

Maria das Graças Pinto de Britto
Bruno Rotta Almeida - Laerte Radtke Karnopp
(organizadores)

CONSTITUCIONALISMO
DEMO
CRACIA
E DIREITOS HUMANOS



UFPEL





Larissa Rodrigues Ribeiro Pereira
Diretora Comercial

Winstom Ercick Cardoso Pereira
Diretor Administrativo

CONSELHO EDITORIAL

ACADÊMICO

Prof. Me. Adriano Cielo Dotto (Una Catalão)
Prof. Dr. Aguinaldo Pereira (IFRO)
Profa. Dra. Christiane de Holanda Camilo (UNITINS/UFG)
Prof. Dr. Dagoberto Rosa de Jesus (IFMT)
Profa. Me. Daiana da Silva da Paixão (FAZAG)
Profa. Dra. Deise Nanci de Castro Mesquita (Cepae/UFG)
Profa. Me. Limerce Ferreira Lopes (IFG)
Profa. Dra. Márcia Gorett Ribeiro Grossi (CEFET-MG)
Prof. Dr. Marcos Pereira dos Santos (FAQ)
Profa. Dra. Maria Adélia da Costa (CEFET-MG)
Profa. Me. Patrícia Fortes Lopes Donzele Cielo (Una Catalão)
Profa. Dra. Rosane Castilho (UEG)
Prof. Dr. Ulysses Rocha Filho (UFCAT)

CONSULTIVO

Nelson José de Castro Peixoto
Núbia Vieira
Welima Fabiana Vieira Borges

Maria das Graças Pinto de Britto
Bruno Rotta Almeida
Laerte Radtke Karnopp
Organizadores

**CONSTITUCIONALISMO,
DEMOCRACIA E
DIREITOS HUMANOS**

1ª edição

Goiânia - Goiás
Editora Alta Performance
- 2023 -

Copyright © 2023 by
Maria das Graças Pinto de Britto
Bruno Rotta Almeida
Laerte Radtke Karnopp

Editora Alta Performance

Rua 132-A, nº 100, Qd F-45 Lote 2
Setor Sul - CEP 74093-22 - Goiânia/Goiás
CNPJ: 21.538.101/0001-90
Site: <http://editoraaltaperformance.com.br/>

Contatos:

Larissa Pereira - (62) 98230-1212

Editoração: Franco Jr.
Imagem da capa: Pixabay

CIP - Brasil - Catalogação na Fonte
Dartony Diocen T. Santos CRB-1 (1º Região) 3294

C758 Constitucionalismo, democracia e direitos humanos. / Maria das Graças Pinto de Britto, Bruno Rotta Almeida, Laerte Radtke Karnopp (orgs.). – 1ª ed. – Goiânia : Editora Alta Performance, 2023.

570 p.

ISBN: 978-65-5447-054-4

1. Direito Constitucional. 2. Democracia. 3. Reflexões Acadêmicas. 4. Direitos Humanos. I. Título.

CDU: 342.7

O conteúdo da obra e sua revisão são de total responsabilidade dos autores.

DIREITOS RESERVADOS

É proibida a reprodução total ou parcial da obra, de qualquer forma ou por qualquer meio, sem a autorização prévia e por escrito dos autores. A violação dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....9

**DERECHO ROMANO Y CONSTITUCIÓN DE LA
DIALÉCTICA (CANCELADA) SOBRE LA LIBERTAD
A LA DIALÉCTICA (POR ESCRIBIR) SOBRE LA
AUTONOMÍA..... 17**

Giovanni Lobrano

**FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA MUNICIPAL:
ROMA E BRASIL..... 40**

Maria das Graças Pinto de Britto

Itibere de Oliveira Castellano Rodrigues

**OS DIREITOS HUMANOS COMO PROCESSOS DE
LUTA PELA DIGNIDADE HUMANA..... 89**

Ruben Rockenbach Manente

**DEMOCRACIA E DIREITOS SOCIAIS: À GUISA DA
INDISSOCIABILIDADE 108**

Guilherme Camargo Massáu

Alex Jordan Soares Monteiro Mamede

**NEOCONSTITUCIONALISMO: O FETICHISMO DE
UMA TEORIA CONSTITUCIONAL IMPRECISA 130**

Ândreo da Silva Almeida

Marcelo Nunes Apolinário

**LA DOGMÁTICA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PERUANO FRENTE A LOS DERECHOS SOCIALES 160**

Antonio Rubio Correa

**INSTRUMENTOS NO JURISDICCIONALES DE
PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES 191**

Carlos R. Constenla

**MOBILIDADE SOCIOTERRITORIAL, DIREITOS
HUMANOS E INTEGRAÇÃO SOCIAL 218**

Francesco Lazzari

**(IN)JUSTIÇA AMBIENTAL, REFUGIADOS
AMBIENTAIS E DIREITOS HUMANOS:
ALGUMAS REFLEXÕES 253**

Emília Piñeiro

César Augusto Costa

**LOS TRIBUTOS Y LA DEMOCRATIZACIÓN DE
LOS DERECHOS: REFLEXIONES ACERCA DE
LA NECESIDAD DEL PODER DE TRIBUTAR EN
LA REALIDAD BRASILEÑA..... 275**

Bruno Leitão

Francisco de Assis de França Júnior

Roneide Lucia da Silva

**CRISE DEMOCRÁTICA NACIONAL: PEDAGOGIA
JURÍDICA TRADICIONAL E NECESSIDADE DA
JUSTIÇA PARTICIPATIVA 296**

Valmôr Scott Junior

Taiquer Henrique Silva Saraiva

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN
FRENTE A LOS DELITOS DE ODIOS: ENFOQUE AL
SISTEMA REGIONAL EUROPEO317**

Eliane Peres Degani

Márcia Rodrigues Bertoldi

**OS DESAFIOS DA INDEPENDÊNCIA DO PODER
JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO
MOÇAMBICANO336**

Zacarias Filipe Zinocacassa

**RELAÇÕES ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL
E O DIREITO LINGÜÍSTICO PARA PENSAR A
REALIDADE LATINO-AMERICANA.....368**

Jael Sânera Sigales Gonçalves

Ricardo Nascimento Abreu

**ACIONAMENTO JUDICIAL E CONTRAMOBILIZAÇÃO
LEGISLATIVA: OS DIREITOS LGBTI+ COMO DISPUTA
POLÍTICA.....395**

Otávio Santiago Gomes da Silva

**ACESSO À JUSTIÇA E ENSINO JURÍDICO:
INTERSECÇÕES ENTRE AS ONDAS RENOVATÓRIAS
E OS MOVIMENTOS EM DIREÇÃO A UMA NOVA
ÉTICA PROFISSIONAL431**

Karinne Emanoela Goettems dos Santos

**A EDUCAÇÃO COMO FENÔMENO E COMO DIREITO
E A CONSTRUÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988458**

Laerte Radtke Karnopp

**DIREITO À EDUCAÇÃO E JUSTIÇA CURRICULAR:
A DOMINAÇÃO COMO ESTRUTURANTE DE
DISCRIMINAÇÕES.....481**

Renata Gerhardt de Barcelos

Rodrigo da Silva Vernes-Pinto

**A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE SUBVERTIDA:
ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS POLÍTICO-JURÍDICOS
DA REFORMA NEOLIBERAL NA PEC DA “MORTE” 507**

Lucas Machado Fagundes

Ana Karina Licodiedoff Baethgen

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO JUSTIÇA SOCIAL
NAS PRISÕES537**

Bruno Rotta Almeida

Aline Santestevan Oliveira Iribarrem

SOBRE AS AUTORAS E AUTORES563

APRESENTAÇÃO

Constitucionalismo, democracia e direitos humanos, como sugere o título desta obra, são temas intimamente correlatos, que necessariamente perpassam um Estado democrático e social de Direito. As constituições, tomadas tão somente em seu sentido formal, como documentos político-jurídicos fundantes de uma ordem estatal, têm se encarregado, como nos mostra a História, de estabelecer as bases que sustentam uma ação democrática, tanto nas relações privadas (o que não constitui objeto do presente trabalho) quanto na relação (bidirecional) entre o Estado e seus cidadãos.

É precisamente a (re)construção democrática e cidadã do fenômeno constitucional, isto é, a configuração material da Constituição, o ponto de partida das reflexões propostas nos textos que ora apresentamos. Como a Constituição “acontece” na sociedade? De que forma e em que medida o Estado atua na concretização do princípio democrático, por intermédio de suas instituições? – são questões sobre as quais este livro procura refletir e agregar algumas contribuições.

Para a concretização democrática do que a Constituição preconiza em abstrato, não se pode olvidar dos direitos humanos. Estes, traduzidos em direitos fundamentais, constituem um dos pilares do constitucionalismo moderno e devem, por isso, ser objeto de atuação de um Estado de Direito que se pretende democrático e social. Nessa linha, a obra veicula textos que propõem reflexões acerca da temática dos direitos humanos/fundamentais, sempre em diálogo com o constitucionalismo e a democracia, iniciando por uma perspectiva histórica, para alcançar uma discussão teórica sobre essa categoria de direitos e, final-

mente, abordar alguns direitos em espécie, sempre com foco em sua materialização.

Desse modo, o capítulo *Derecho Romano y constitución de la dialéctica (cancelada) sobre la libertad a la dialéctica (por escribir) sobre la autonomía*, que inaugura a obra, é uma contribuição de Giovanni Lobrano (Professor Ordinário da Facoltà di Giurisprudenza da Università degli Studi di Sassari - Itália), que nos deu a honra de ministrar a aula inaugural do Ano Acadêmico da Graduação e da Pós-Graduação – Mestrado em Direito – da UFPel, do ano de 2021. No texto que ora publicamos, Lobrano observa que para compreender e usar – hoje - o Direito, seja positivo, seja romano, devemos entender as elaborações que dele foram feitas nos séculos XVIII e XIX. Lobrano lembra que devemos focar, particularmente, no câmbio de doutrina produzida entre esses dois séculos, a fim de recuperarmos a percepção necessária (perdida no século XX) do caráter não axiomático, mas opcional e questionável da doutrina jurídica também do século XIX e, então, nos libertarmos finalmente de sua hipoteca. Refere que a tarefa deve levar em consideração a tensão revolucionária do pensamento jurídico oitocentista (que levou à Revolução Francesa de 1789-1799) e, ao contrário, o contexto reacionário do pensamento jurídico oitocentista (que se abre com a Restauração do Congresso de Viena, de 1818), e que tal mudança de atitude é acompanhada pelo fenômeno, que ainda persiste, da desvalorização do Direito em favor da Economia e da transferência da atenção científica de um para outro, para a inovação “social”.

Do sistema municipal, especificidade jus-publicística romana, invenção jurídica da autonomia e precedente cronológico das comunas medievais e das cidades modernas, trata o capítulo *Fundamentos da autonomia municipal: Roma e Brasil*, de autoria de Maria das Graças Pinto de Britto e Itibere de Oliveira Castellano Rodrigues, que tem como objeto de estudo a formação histórica e os fundamentos da autonomia municipal na antiga Roma e a evolução histórica da autonomia muni-

cipal no Brasil desde o período colonial até a Constituição Federal de 1988, que reconheceu o município como ente federativo, conferindo-lhe autonomia política, poder de autogoverno e poder de autolegislação. A Lei Orgânica do município é, portanto, o fundamento da autonomia, a Constituição do município.

O capítulo intitulado *Os direitos humanos como processos de luta pela dignidade humana*, de autoria de Ruben Rockenbach Manente, analisa a crise da racionalidade na atualidade, buscando afirmar a imprescindibilidade da adoção da consciência crítica para abordar a referida crise. O autor procura identificar no texto as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos que seja capaz de potencializar a matriz emancipatória, possibilitando a inserção no processo histórico e permitindo a busca da afirmação desses direitos em prol da humanidade sofrida.

A reflexão proposta por Guilherme Camargo Massau e por Alex Jordan Soares Monteiro Mamede, a qual busca estabelecer um diálogo entre democracia e direitos sociais, parte de uma inquietante pergunta: “nós queremos um Estado democrático ou não?”. O texto tem como objetivo discutir as implicações recíprocas entre direitos sociais e democracia e as possíveis consequências dessa relação para o ser humano e para a sociedade.

O objeto de estudo do trabalho de Ândreo da Silva Almeida e Marcelo Nunes Apolinário é o neoconstitucionalismo, no qual adotam uma perspectiva crítica, com o intuito de demonstrar os prejuízos que este, como teoria do direito, pode acarretar à democracia constitucional, em razão da imprecisão conceitual, da doutrina dos princípios e do ativismo judicial, peculiares a essa corrente.

No capítulo intitulado *La dogmática del tribunal constitucional peruano frente a los derechos sociales*, o constitucionalista e ex-reitor da Pontifícia Universidad Católica del Perú, Antonio Rubio Correa, reconhece que o Peru é um país com sério déficit de cumprimento dos di-

reitos sociais. Preocupado com a não efetividade desses direitos, o Tribunal Constitucional previsto na Constituição considera da maior importância a atuação da justiça constitucional para o cumprimento dos direitos sociais, tendo em vista as diferentes barreiras que existem entre ele e a sociedade. Nesse sentido, o Tribunal tem trabalhado em estreita colaboração com a Defensoria do Povo, que tem grande capacidade de investigação e de denúncia ante as violações de direitos humanos e, também, tem resolvido diversos processos, tratando de orientar o trabalho jurídico relativo ao cumprimento dos direitos sociais.

Instrumentos no jurisdiccionales de protección de los derechos sociales, título do estudo de Carlos Constenla, presidente do Instituto Latino-Americano do Ombudsman – Defensorias del Pueblo, trata dos direitos sociais e das resistências ao reconhecimento e garantia desses direitos por parte da doutrina que, ao opor os direitos sociais aos direitos individuais clássicos, não compreende que aqueles são uma extensão dos direitos de liberdade. Consagrados nas Constituições dos Estados e em inúmeros instrumentos internacionais, os direitos de segunda geração não têm, todavia, as mesmas garantias que os direitos de liberdade. Diante da insuficiência dos Estados em garantir os direitos sociais, as Defensorias do Povo têm sido mais efetivas na proteção dos direitos do que os remédios judiciais disponíveis e, ademais, vêm se convertendo em defensores e promotores dos direitos humanos, particularmente nos países da América Latina, atuando por meio do monitoramento das políticas públicas, do acesso à informação, da mediação, de informes, da legitimação processual, da iniciativa parlamentar, de recomendações e de denúncia a organismos internacionais.

Francesco Lazzari, diretor da Rivista Visioni LatinoAmericane da Università di Trieste – Itália, apresenta o capítulo intitulado *Mobildade socioterritorial, direitos humanos e integração social*, no qual trata dos direitos/deveres humanos dos migrantes consagrados nos documentos e na jurisprudência internacional, a partir de uma proposta

mais abrangente que considera a participação e integração da pessoa dos migrantes na vida sociopolítica e econômico-cultural como condição imprescindível para a sua realização como pessoa e como cidadão habitante de uma *polis*, na qual exerce a sua dignidade, com respeito ao outro e ao meio ambiente. Tal concepção pressupõe o respeito à diversidade, à identidade, à coletividade, à multiplicidade, à cultura, à conflitualidade e à contradição, num quadro em que os direitos e deveres de um e de outro evitem o relativismo cultural e respeitem os direitos humanos.

Emília Piñeiro e César Augusto Costa apresentam o capítulo *Mobilidade socioterritorial, direitos humanos e integração social (In)justiça ambiental, refugiados ambientais e direitos humanos: algumas reflexões*. Trata-se de um estudo acerca das relações entre a (in)justiça ambiental e os direitos humanos dos refugiados ambientais, bem como o tratamento nacional e internacional a eles dispensado ante os conflitos ambientais. Como diz Bauman, os refugiados são “estranhos à nossa porta” que nos causam verdadeiro “pânico moral”. Pessoas deslocadas são frutos do modelo de desenvolvimento capitalista excludente que produz os “sem direitos”, as vítimas viventes das franjas do capitalismo. No debate acerca dos refugiados ambientais há, segundo os autores, uma colonialidade decorrente da construção da modernidade, da exploração do ambiente, da expropriação territorial impostas pela lógica da acumulação capitalista que mantém funcionando o “sistema-mundo” “colonial-moderno”. Urge, portanto, lutar por justiça ambiental.

Bruno Leitão, Francisco de Assis de França Júnior e Roneide Lucia da Silva, no artigo *Los tributos y la democratización de los derechos: Reflexiones acerca de la necesidad del poder de tributar en la realidad brasileña*, destacam e contribuem para a compreensão do papel do Estado democrático para a promoção dos direitos das pessoas, proteção de direitos sociais e direitos humanos, levando em consideração a dignidade da pessoa humana e os princípios constitucionais.

A crítica à Pedagogia Jurídica tradicional é abordada por Valmôr Scott Junior e Taiguer Henrique Silva Saraiva, que sugerem uma reflexão sobre a insuficiência do modelo político-jurídico tradicional do Estado liberal monista ante a pluralidade das demandas contemporaneamente reivindicadas pela sociedade, notadamente em situações de crise, como a que foi ocasionada pela pandemia de Covid-19, o que viria a ameaçar o projeto de Estado democrático de Direito. Ante a questão, apontam saídas voltadas à substituição desse modelo pedagógico, que possam oferecer resposta a tais reivindicações.

O estudo de Eliane Peres Degani e Márcia Rodrigues Bertoldi, intitulado *Estándares internacionales de protección frente a los delitos de odio: enfoque al Sistema Regional Europeo*, trata dos delitos de ódio, tema atual muito em voga no Brasil de hoje. A violência contra os imigrantes, as minorias étnicas, as pessoas por sua orientação sexual, os coletivos religiosos, sociais e culturais débeis, os sem teto etc., são produtos da discriminação feroz e da intolerância. A proteção de grupos minoritários ante as manifestações discriminatórias encontra-se no centro dos debates sobre a proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, as autoras descrevem a estruturação dos *standards* internacionais de proteção dos direitos humanos contra os delitos de ódio no âmbito do sistema regional europeu, que orientarão a política criminal dos Estados partes.

No próximo capítulo, denominado *Os desafios da independência do poder judicial no estado de direito democrático moçambicano*, Zacarias Filipe Zinocacassa analisa os desafios da independência do poder judicial diante dos outros poderes do Estado em Moçambique. Estuda as garantias constitucionais dos juízes, a independência institucional do poder judicial, e a independência individual dos juízes.

Jael Sânera Sigales Gonçalves e Ricardo Nascimento Abreu apresentam as bases de um novo ramo da ciência jurídica – o Direito Linguístico –, que se situaria no entremeio do Direito e da Linguística. O estudo se volta a questões surgidas na interface entre o Direito Cons-

titucional e o Direito Linguístico considerando principalmente a realidade brasileira, sem desconsiderar fenômenos linguístico-constitucionais observáveis nas constituições do novo constitucionalismo latino-americano.

A judicialização da política na questão LGBTI+, como ponto de encontro entre a Ciência Política e o Direito, é o mote da contribuição de Otávio Santiago Gomes da Silva. O texto enfrenta a contramobilização da ala conservadora do parlamento brasileiro em face do reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal, propondo-se a avaliar a questão à luz dos estudos comparativos entre as literaturas norte-americana e brasileira acerca do acionamento judicial e do denominado efeito *backlash*.

Paulo Freire chamou de “educação bancária” o ensino dos cursos jurídicos brasileiros, os quais partem do princípio de que o ensino se limita à leitura dos códigos sem a necessária leitura cruzada entre o ordenamento e os problemas reais da sociedade (crítica que se estende também à pesquisa). A sua vez, Boaventura diz que é necessária uma revolução democrática da justiça, condicionando-a, porém, às necessárias mudanças no ensino jurídico. O estudo *Acesso à justiça e ensino jurídico: intersecções entre as ondas renovatórias e os movimentos em direção a uma nova ética profissional*, de Karinne Emanuela Goettems dos Santos, parece concordar com os referidos pensadores. Segundo a autora, a valorização do fenômeno social é a chave que deve ser girada para estabelecer a conexão entre o conhecimento teórico, prático e interdisciplinar, a fim de ampliar as potencialidades de atuação do futuro profissional e contribuir para a efetividade do acesso à justiça, qualificada por um novo *ethos* profissional plural, dialético, comprometido com o ideário constitucional do Estado democrático de Direito e com metodologias compatíveis com as vozes das desigualdades.

O texto de Laerte Radtke Karnopp, ao abordar o tema da educação como fenômeno, busca aportes na teoria de István Mészáros e

de Paulo Freire para discutir as contribuições de uma teoria da educação, em perspectiva emancipatória, na construção da ideia de educação como direito para a concretização da dignidade da pessoa humana na Constituição brasileira de 1988, a partir do direito geral de livre desenvolvimento da personalidade.

Ainda sobre o direito à educação, Renata Gerhardt de Barcelos e Rodrigo da Silva Vernes-Pinto abordam a justiça curricular como instrumento assentado na propositura de projetos de educação integral que objetivam o pleno desenvolvimento humano a partir da concretização da igualdade e do combate à discriminação estrutural, a partir dos estudos antidiscriminatórios e da sociologia reflexiva.

No artigo intitulado *A Constituição Dirigente subvertida: análise dos fundamentos político-jurídicos da reforma neoliberal na PEC da “Morte”*, Lucas Machado Fagundes e Ana Karina Licodiedoff Baethgen analisam, através das teorias críticas do constitucionalismo, as tendências neoliberais vigentes na realidade socioeconômica latino-americana, especialmente a brasileira, buscando observar como opera a tendência neoliberal na realidade concreta da aplicação do texto constitucional.

Por fim, Bruno Rotta Almeida e Aline Santestevan Oliveira Iribarrem, no texto denominado *A justiça restaurativa como justiça social nas prisões*, estudam o paradigma restaurativo e as potencialidades de utilização da justiça restaurativa no ambiente prisional como forma de realização da justiça social e redução da vulnerabilização.

Convictos de que os trabalhos aqui apresentados têm muito a contribuir para o tema do *Constitucionalismo, democracia e direitos humanos*, desejamos uma boa leitura.

Os organizadores

**DERECHO ROMANO Y
CONSTITUCIÓN DE LA
DIALÉCTICA (CANCELADA)
SOBRE LA LIBERTAD A LA
DIALÉCTICA (POR ESCRIBIR)
SOBRE LA AUTONOMÍA**

Giovanni Lobrano

PREMISA. UNA TESIS: ENTRE REVOLUCIÓN Y RESTAURACIÓN

La tesis (que por razones obvias de claridad y concisión voy a exponer de manera muy esquemática) es que para comprender y usar – hoy – el Derecho, sea positivo sea romano, debemos entender, al menos en líneas generales, las elaboraciones, que del mismo se han hecho en dos siglos recientes: el XVIII y el XIX. Menos interesante es la del siglo XX, cuya ciencia jurídica (al menos como regla y, entonces, con muy honrosas excepciones)¹ repite resultados de la ciencia del siglo precedente.

En particular, debemos enfocarnos en el cambio de doctrina que se produce en el paso del siglo XVIII al siglo XIX. Esto nos permite recuperar la necesaria percepción (perdida en el siglo XX) del carácter no axiomático sino optativo y cuestionable de la doctrina jurídica *también* del siglo XIX y, entonces, liberarnos finalmente de su hipoteca.

En esta labor puede ayudarnos considerar: **α**) la tensión revolucionaria del pensamiento *jurídico* del siglo XVIII (que desemboca en la Revolución Francesa, de 1789-1799) y, al contrario, el contexto reaccionario del pensamiento *jurídico* del siglo XIX (que se abre con la Restauración del Congreso de Viena, de 1818); y **β**) que, a este cambio de actitud, sigue el fenómeno, que aún dura, de la devaluación del Derecho a favor de la Economía y de la transferencia de atención científica del uno a la otra, para la innovación ‘social’. Ejemplarmente, en 1859 Karl Marx (a pesar de su formación jurídica en las Universidades de Bonn y Berlín) o, quizás, precisamente por ella, hace la famosa distin-

¹ Pienso, ejemplarmente, en aportaciones como las de Max Weber (ver, *infra*, nt. 42) y Pierangelo Catalano (ver, *infra*, ntt. 29 y 50). Las ‘aportaciones’ de estos dos Autores me parecen especialmente interesantes porque se refieren precisamente a las dos ‘cuestiones’ que (*infra*, §§ 1.d, 2.c y 3.c) señalo como ‘sobresalientes’; con especial atención de Weber para la segunda ‘cuestión’ y de Catalano para la primera.

ción fuertemente jerarquizada entre Economía = estructura y Derecho = superestructura² y en 1867 escribe *El Capital*, mientras que en el siglo antes Montesquieu había escrito *El espíritu de las leyes* (1748) y Jean Jacques Rousseau el *Contrato social* (1762).

1. UNANIMIDAD Y DIALÉCTICA DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XVIII

a. *Dos características: unanimidad y dialéctica para tres elementos primarios: fin, medio y método*

El pensamiento jurídico del siglo XVIII es marcado por dos características, sólo aparentemente contradictorias: la unanimidad y la dialéctica.

Sea la unanimidad sea se la dialéctica se producen en referencia a tres elementos, identificados no como exclusivos pero si como primariamente necesarios para influir correcta y eficazmente en la estructura y en la dinámica de la organización política. Ellos son: el fin, el medio y el método.

Tales características se manifiestan, inicialmente, a nivel científico, alcanzando la forma más madura en las obras de los dos máximos ‘philosophes’ del siglo, Montesquieu y Rousseau³, que hemos mencionado en “Premisa”. Se traducen, luego, a nivel normativo, en forma muy clara en las dos primeras Constituciones francesas, la de

² Karl Marx, *Zur Kritik der politischen Ökonomie*, 1859, opera (en el “Vorwort”) la distinción entre la ‘Struktur’ económica y el ‘Überbau’ (superestructura) jurídica de la organización colectiva.

³ Piénsese en el debate a distancia entre el pro-germanista Marqués Henri de Boulainvilliers (*Histoire de l’ancien gouvernement de la France avec XIV lettres historiques sur les Parlements ou États-Généraux*, 3 vol. La Haye & Amsterdam 1727) y el pro-romanista Abbé Jean-Baptiste Dubos (*Histoire critique de l’établissement de la monarchie française dans les Gaules*, 3 vol., Paris 1734).

Montesquieu, EdL, Livre XXX, Chapitre X “Des servitudes” escribe «il [Boulainvilliers] avait plus d’esprit que de lumières, plus de lumières que de savoir; mais ce savoir n’était point méprisable, parce que, de notre histoire et de nos lois, il savait très bien les grandes choses. [...] M. le comte de Boulainvilliers et M. l’abbé Dubos ont fait chacun un système, dont l’un semble être une conjuration contre le Tiers-État, et l’autre une conjuration contre la noblesse».

1791 (de inspiración montesquieuiana) y la de 1793 (de inspiración rusioniana)⁴.

b. Unanimidad sobre: Libertad, Constitución y estudio histórico del Derecho

El fin unánime es la Libertad.

Para lograr la Libertad, el medio unánime, es el – jurídico – de la Constitución.

Para determinar la Constitución eficaz a tal fin, el método unánime, es el estudio histórico del Derecho; nótese: expresamente descartando el método de la construcción “utópica”⁵ o de lo que es – en relevante medida – su equivalente hoy, la “ingeniería constitucional”⁶.

c. Dialéctica sobre los mismos ‘elementos’

La dialéctica se produce dentro de cada uno de estos tres elementos y de su conjunto.

⁴ Sobre ambas Constituciones, ver Charles Debbasch - Jean-Marie Pontier, *Les Constitutions de la France*, Paris 1989, 8 ss. e 41 ss.

Sobre la especificidad democrática de la Constitución del '93, ver Raymond Carré de Malberg (1861-1935) *Contribution à la Théorie générale de l'Etat*, II, Paris 1922 (reedición Paris 1962); cfr., infra, nt. 32.

⁵ Montesquieu, EdL, Livre XI, Chapitre VI, “De la constitution d'Angleterre” «Harrington, dans son *Oceana*, a aussi examiné quel était le plus haut point de liberté où la constitution d'un État peut être portée. Mais on peut dire de lui qu'il n'a cherché cette liberté qu'après l'avoir méconnue, et qu'il a bâti Chalcédoine, ayant le rivage de Byzance devant les yeux.» James Harrington había escrito la obra utópica *The commonwealth of Oceana* en 1656.

Jean Jacques Rousseau, *Lettres écrites de la Montagne*, 1764, “Sixième lettre” «Eh! Monsieur, si je n'avais fait qu'un système, vous êtes bien sûr qu'on n'aurait rien dit. On se fut contenté de reléguer le Contrat social avec la République de Platon, l'Utopie et les Sévarambes dans le pays des chimères. Mais je peignais un objet existant, et l'on voulait que cet objet changeât de face. Mon livre portait témoignage contre l'attentat qu'on allait faire. Voilà ce qu'on ne m'a pas pardonné.»

Hans Küng escribió, aunque sobre un tema completamente diferente: «Una persona storica concreta possiede una carica di realtà incontestabile, anche se diversamente interpretabile» (*20 These zum Christsein*, München 1975; tr. it. de Germano Re e Marco Beck, *20 tesi sull'essere cristiani*, Cles (Tn) 1980, 81).

⁶ Giovanni Sartori, *Ingegneria costituzionale comparata. Strutture, incentivi ed esiti*⁶, Bologna 2013.

En efecto, se han identificado no uno sino dos tipos – alternativos – de Libertad. Según Montesquieu, Libertad es “obedecer las leyes dadas por gobiernos moderados”⁷. Según Rousseau, en cambio, Libertad es “obedecer a sí mismos aún uniéndose en comunidad”⁸.

En consecuencia de los dos, alternativos tipos de Libertad, se buscan dos – otro tanto alternativos – tipos de Constitución. Según Montesquieu, la Constitución debe garantizar la “limitación al poder de los Gobernantes sobre los Ciudadanos”⁹. Según Rousseau, en cambio, la Constitución debe permitir la “participación de los Ciudadanos al poder sobre sí mismos”¹⁰.

De estos dos tipos de Constitución, se identifican los respectivos “modelos” históricos, con sus respectivas instituciones fundamentales. Según Montesquieu, el modelo histórico de Constitución es el modelo moderno inglés¹¹, es decir parlamentario, y su institución fundamental

⁷ *EdL*, Livre XI, Chapitre III “Ce que c’est que la liberté” «La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent»; XI, 4 “Continuation du même sujet” «La démocratie et l’aristocratie ne sont point des États libres par leur nature. La liberté politique ne se trouve que dans les gouvernemens modérés».

Ver Raymonde Monnier, “Montesquieu et le langage républicain: l’argumentaire de l’*Esprit des lois*” en *La Révolution française. Cahiers de l’Institut d’histoire de la Révolution française*, 5, 2013 Le républicanisme anglais dans la France des Lumières et de la Révolution, §§ I “État libre et république: le contexte, l’argumentaire et la rhétorique de l’*Esprit des lois*”, § II “Qu’est-ce qu’une constitution libre?”.

⁸ *CS*, I, 6 “Du Pacte Social” «forme d’association [...] par laquelle chacun s’unissant à tous, n’obéisse pourtant qu’à lui-même & reste aussi libre qu’auparavant».

⁹ En el capítulo 11.4 (o sea en la “continuación” del capítulo 11.3 “Ce que c’est que la liberté”) dell’ *EdL*, Montesquieu escribe «Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l’oblige pas, et à ne point faire celles que la loi lui permet.»

¹⁰ *CS*, Livre II Chapitre premier “Que la Souveraineté est inaliénable”.

¹¹ *EdL*, Livre XI. Chapitre V “De l’objet des états divers” «... Il y a aussi une nation dans le monde qui a pour objet direct de sa constitution la liberté politique. Nous allons examiner les principes sur lesquels elle la fonde. S’ils sont bons, la liberté y paraîtra comme dans un miroir. Pour découvrir la liberté politique dans la constitution, il ne faut pas tant de peine. Si on peut la voir où elle est, si on l’a trouvée, pourquoi la chercher?» - Chapitre VI “De la constitution d’Angleterre” ...»

Ver Id., *Lettres persanes*, 1721, CXXXI, «L’Europe gémit longtemps sous un gouvernement [romano] militaire & violent [...] Cependant une infinité de nations inconnues sortirent du nord, se répandirent comme des torrents dans les provinces romaines. [...] Ces peuples étoient libres»; cfr. *EdL*, Livre XVII, Chapitre V: «Les Goths, conquérant l’empire romain fondèrent partout la monarchie et la liberté. [...] Le Goth Jornandez a appellé le nord de l’Europe la fabrique du genre humain. Je l’appellerai plutôt la fabri-

es la “división y equilibrio de los tres poderes”: legislativo, ejecutivo y judicial¹². Según Rousseau, en cambio, el modelo histórico de Constitución es el modelo antiguo romano¹³, es decir republicano, y su institución fundamental es el “contrato de sociedad”¹⁴. No es esta la sede para profundizar el tema pero, para no ser demasiado críptico¹⁵, tengo que agregar algunos mínimos datos. En su tratado *de re publica* (55-51 a.C.) Cicerón, había escrito que “el Pueblo es la multitud de los hombres solo en cuanto constituidos en sociedad”¹⁶. La sociedad (“*societas*”) es la forma organizativa que (a diferencia de otras igualmente conocidas por los Romanos, como la *sodalitas* y el *comitatus*)¹⁷ no tiene la figura insti-

que des instrumens qui brisent les fers forgés au midi. C'est là que se forment ces nations vaillantes, qui sortent de leur pays pour détruire les tyrans & les esclaves...», *ibid.* 18.17 «Manière de penser de nos pères» «nos pères les Germains».

¹² *EdL*, Livre XI, Chapitre VI “De la constitution d'Angleterre” «Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil.»

¹³ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, 1755, «Le peuple romain [...] ce modèle de tous les peuples libres».

CS, Livre III. Chapitre XV “Des Députés ou Représentans” «Le peuple Anglois pense être libre; il se trompe fort».

¹⁴ *CS*, Livre I, Chapitre VI “Du Pacte Social” «Trouver une forme d'association qui défende & protège de toute la force commune la personne & les biens de chaque associé, & par laquelle chacun s'unissant à tous, n'obéisse pourtant qu'à lui-même & reste aussi libre qu'auparavant?» Tel est le problème fondamental dont le contrat social donne la solution.»

¹⁵ Dado el estado de la doctrina. Ver, por ejemplo, Vittorio Possenti, “Sul concetto di popolo: momenti della filosofia pubblica antica e moderna” en *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, luglio - settembre 1988, Vol. 80, No. 3, pp. 395-423, en particular la cita de Rousseau en la p. 397.

¹⁶ *rep.* 1.39 *res publica res populi, populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus.* <= República es la cosa del pueblo, y el pueblo es no toda clase de hombres, de cualquier manera congregados, sino la clase de la multitud constituida en sociedad por el consentimiento del derecho y la comunión de lo útil.>

¹⁷ En el *Thesaurus Linguae Latinae*, la primera definición de “*comitatus*” (s.v.) es: «*numerus, multitudo eorum qui comitantur aliquem*»; cfr. Egidio Forcellini, *Totius Latinitatis Lexicon*, 1771, s.v. “*Comitatus*” «It. seguito, compagnia, comitiva, corteggio; Fr. cortège, foule qui accompagne, train, suite; Hisp. comitiva, acompañamiento, tren; Germ. d. Gefolge; Angl. a number of followers, a train, retinue, suit, equipage.» Según el vocabulario Georges - Calonghi, “*comitari*” significa «servir di compagno ad alcuno [...] seguire».

Para el significado de “*sodalitas*” como «‘seguito’ de un personaggio politico» y, por lo tanto, similar al de la palabra alemana “*Gefolgschaft*” (= “seguimiento”) y a su equivalente latino “*comitatus*”, ver Roberto Fiori, “*Sodales* ‘Gefolgschaften’ e diritto di associazione in Roma arcaica (VIII-V sec. a.C.)” en

tucional del ‘jefe’ (“príncipe” o “guía”). En la sociedad, el poder de votación pertenece a la totalidad de los socios, que lo ejercen (en la asamblea, por mayoría)¹⁸ exclusivamente (!) sobre la totalidad de los socios:

“*privilegia ne inroganto*” (*XII tabulae*, 9.1); “*Lex [...] est generale iussum populi*” (Ateius Capito *apud Gell. noctes Acticae*, 10.20); “*Lex est commune praeceptum*” (Pap. D. 1.3.1); *Iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur* (Ulp. D. 1.3.8); “*Quod omnes similiter tangit ab omnibus comprobetur*” (*Cod. Just.* 5.59.5); “*quod in omnes homines resve populus scivit, lex appellatur*” (Fest., *de v. s.*, 326.16 <L.>).

Perfectamente en línea con las fuentes romanas, Rousseau escribe: “quand tout le peuple statue sur tout le peuple [...] C’est cet acte que j’appelle une loi” (CS, Livre II Chapitre VI).

d. Dos cuestiones sobresalientes: relación entre pluralidad de los Ciudadanos y unidad del Pueblo y relación entre limitación al poder y titularidad dinámica del poder

En el pensamiento jurídico del siglo XVIII – así esquematizado – son dos las cuestiones sobresalientes. Se trata de: **α**) la relación entre la pluralidad de los Ciudadanos y la unidad del Pueblo y **β**) la relación entre la limitación al poder y la titularidad dinámica del poder (o sea el régimen unitario de la voluntad colectiva).

Que la palabra Pueblo indique la totalidad de los Ciudadanos puede darse por sentado y así lo está en los léxicos sea de Montesquieu sea de Rousseau. Pero muy diferente es la atención otorgada a tal relación por cada uno de estos dos Autores. Solo en el léxico (y en el pensamiento) de Rousseau la relación entre la pluralidad de los Ciudadanos

Societas - lus. *Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999, en particular p. 105, cf. p. 112 donde cita un fragmento de Dionisio (Dion. Hal. 1.83.3) quien, aunque los distingue, une «*clientes, sodales y servi* ya entre las poblaciones albanas».

¹⁸ Ver Giovanni Lobrano, “Società. Parte giuridica. Concetti e principi” en *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, vol. XI, Napoli 2017.

y la unidad del Pueblo es dogmáticamente importante y es tratada con profundidad consecuente. En el capítulo central de su obra, es decir en el capítulo dedicado al “Pacto Social”, Rousseau produce una formula compleja y muy técnica, que pide atención:

“en lugar de la persona particular de cada contratante, el acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto por tantos miembros cuantos votos tenga la asamblea, el cual [cuerpo] recibe de este mismo acto [de asociación] su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública, que así se forma por la unión de todas las demás, solía tomar el nombre de Ciudad y ahora toma el de República o Cuerpo Político, que es llamado por sus miembros Estado cuando es pasivo, Soberano cuando es activo, Potencia comparándolo con sus semejantes. En cuanto a los asociados, colectivamente toman el nombre de Pueblo, y en particular se les llama Ciudadanos, como partícipes de la autoridad soberana, y Sujetos, como sometidos a las leyes del Estado.”

Cada “máquina” (CS, 1.7) constitucional consta necesariamente de dos ‘mecanismos’ principales. De hecho, cada Constitución debe reglamentar sea la titularidad dinámica del poder sea la limitación al poder. Pero, como hemos visto, los dos ‘discursos’ constitucionales del siglo XVIII están marcados por una notable disimetría en el tratamiento de estos dos ‘mecanismos’. En el discurso constitucional de Montesquieu, la atención se centra en la limitación al poder, mientras que la titularidad dinámica del poder se considera casi ‘sólo’ algo supuesto (como se evidencia en el tratamiento del instituto de la “representación”)¹⁹. En el discurso constitucional de Rousseau, en cambio, la atención se

¹⁹ Montesquieu, *EdL*, Livre XI, Chapitre VI “De la constitution d’Angleterre”: «Le grand avantage des représentants, c’est qu’ils sont capables de discuter les affaires. Le peuple n’y est point du tout propre; ce qui forme un des grands inconvénients de la démocratie. [...] Il y avait un grand vice dans la plupart des anciennes républiques: c’est que le peuple avait droit d’y prendre des résolutions actives, et qui demandent quelque exécution, chose dont il est entièrement incapable. Il ne doit entrer dans le gouvernement que pour choisir ses représentants, ce qui est très à sa portée.»

centra en la titularidad dinámica del poder, mientras que la limitación al poder se considera casi ‘sólo’ una consecuencia (como se evidencia en el tratamiento del instituto del “tribunado”)²⁰.

2. UNIFORMIDAD DEL PENSAMIENTO JURÍDICO DEL SIGLO XIX (Y DEL SIGLO XX)

a. *Cesura doctrinal: cancelación de la dialéctica*

Como advertido en la “Premisa”, entre los siglos XVIII y XIX se produce una cesura bastante circunscrita pero muy profunda en la continuidad de la doctrina jurídica.

Sin embargo, queda la unanimidad sobre los tres ‘elementos primarios’ de influencia en la estructura y en la dinámica de la organización colectiva, que hemos encontrado en el pensamiento jurídico del siglo XVIII. En efecto, no parece relevante que en la ciencia jurídica del siglo XVIII prevalece específicamente el derecho público y en la ciencia jurídica del siglo XIX prevalece específicamente el derecho privado. Después de la gran innovación “constitucional”, la transferencia de resultados a la “*singulorum utilitatem*” es una necesidad. La directa traducción normativa de la nueva doctrina se encuentra en un Código

²⁰ Rousseau, *CS*, Livre IV, Chapitre V “Du tribunat”: «Quand on ne peut établir une exacte proportion entre les parties constitutives de l’État, ou que des causes indestructibles en altèrent sans cesse les rapports, alors on institue une magistrature particulière [...] le tribunat. [...] Le tribunat n’est point une partie constitutive de la cité [...]».

El poder tribunicio es identificado por Rousseau como necesario para la preservación de la articulación volitiva entre legislación y gobierno, que determina la República y a la que se dedican íntegramente los libros 2 y 3 del *CS* (el libro III comienza significativamente con la frase «J’avertis le lecteur que ce chapitre doit être lu posément, & que je ne sais pas l’art d’être clair pour qui ne veut pas être attentif.»)

Cfr. Giovanni Lobrano, “«Mezzi per la difesa della libertà» e «forme di governo»” en Andrea Trisciunglio, a cura di, *Tribunado - poder negativo y defensa de los derechos humanos en homenaje al profesor Giuseppe Grosso*, Milano 2018, 185-236; Id., “Dai «mezzi per difendere la libertà» ai modi per costituirli. Per «sbloccare» la dottrina giuridica” en Antonio Saccoccio - Simona Cacace, a cura di, *Europa e America Latina. Due Continenti, un solo diritto. Unità e specificità del sistema giuridico latinoamericano*, Tomo I, Torino 2020, 67-89.

civil, el *Bürgerliches Gesetzbuch*, emanado por el Rey de Prusia el primero de enero de 1900, y luego en una Ley de sociedades anónimas, el ‘*Aktiengesetz*’, emanado por el Gobierno alemán el 30 de enero de 1937. Pero el *BGB* y el *AktG* perfeccionan el Derecho subyacente a la Constitución francesa del 1791, así como el *Código Napoleón* de 1804 había integrado el Derecho subyacente a la Constitución francesa de 1793²¹. En fin, como enseña Ulpiano (D. 1.1.1.2), derecho público y derecho privado son no ‘dos Derechos’ sino “dos posiciones de estudio” del único Derecho.

La cesura consiste en la cancelación de la dialéctica. Más precisamente, es cancelado su ‘término’ antiguo romano, o sea republicano. La cesura es, en cierto modo, más marcada porque (a diferencia de la que será la ciencia jurídica del siglo XX)²² la ciencia jurídica del siglo XIX sigue siendo histórica (más bien, como veremos, romanística)²³ y su fuerza sigue siendo arraigada en la misma voluntad metodológica: no de inventar “sistemas” sino de estudiar lo “existente”²⁴. La cancelación del término romano-rusoniano de la dialéctica se consigue, sin embargo, con dos técnicas; muy diferentes entre sí, aunque constante-

²¹ Debemos señalar el papel de ‘pivot’ de las nociones de “sociedad” o de “persona jurídica”. Ver Giovanni Lobrano, “*La libertas che in legibus consistit*” en *Diritto@Storia*, n. 16, 2017, §§ 4. '900. Applicazioni normative e romanistiche (con qualche voce dissenziente) della costruzione scientifica '800esca - 4.a. Prima applicazione normativa (sul piano della concezione della collettività). “Juristische Person” del *BGB* in luogo della “société” del *Code Napoléon* - 4.b. Ulteriore applicazione normativa (sul piano del regime della collettività). «Ripudio della sovranità assembleare dei soci» nell’*Aktiengesetz*. [https://www.dirittoestoria.it/15/tradizione/Lobrano-Libertas-in-legibus-consistit.htm#_4._%E2%80%93_%E2%80%999900.]

²² El fenómeno del siglo XX, de la pérdida de atención de los juristas positivos para el estudio histórico del Derecho y de los romanistas (en vano amonestados por Koschaker) para el estudio actual del Derecho romano, aparece de alguna manera explicado – no justificado – por la aparición del *BGB* y quizás la conflictiva relación entre la Escuela histórica y la codificación.

Paul Koschaker, *Europa und das römisches Recht*, München und Berlin 1947, 3a ed. München und Berlin 1958, 352 «Die juristischen Disziplinen haben ihre eigenen Gesetze, und eines dieser Gesetze ist daß sie alle mehr oder weniger auf die Gegenwart orientiert sind» (cfr. Id., *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München 1938).

²³ *Infra*, § 2.d.

²⁴ *Supra*, nt. 4.

mente entrecruzadas y casi mezcladas a nivel ‘cultural’: una, más superficial y evidente, es la crítica demoledora del ‘término romano’; otra, más profunda e insidiosa, es su reescritura (lo que es, notoriamente, la técnica más eficaz de cancelación) como precedente del ‘término inglés’. Esta técnica es la propia de los grandes juristas alemanes del siglo XIX y consiste en una relectura inaudita – más que innovadora – de las fuentes del Derecho romano. Con ambas técnicas, queda sólo el término moderno inglés, o sea parlamentario, como protagonista único del pensamiento y de la praxis jurídicos, y su sombra se extiende sobre toda la historia: incluyendo la antigua y la futura.

b. Dialéctica inconsistente a propósito de la Libertad

Parece negar la ‘cancelación’ de la dialéctica – o, al menos, hacerle excepción – la oposición entre dos tipos de Libertad. En efecto, esta oposición queda objeto de estudio sea en el siglo XIX sea en el siglo XX, en particular con dos ensayos, los cuales han gozado ambos de atención considerable. Es famoso el “discurso” dedicado en 1819, por Benjamin Constant, a la oposición entre “Libertad de los Antiguos y Libertad de los Modernos”²⁵ y, un siglo después, en 1958, Isaiah Berlin reformula la misma oposición con palabras diferentes, “Libertad negativa y Libertad positiva”²⁶, pero con contenidos similares a los de Constant.

²⁵ Benjamin Constant, *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Discours prononcé à l’Athénée royal de Paris, 1819.

²⁶ Guido Seddone, “Libertà negativa e libertà positiva: la distinzione di Isaiah Berlin e successivi sviluppi del pensiero liberale” en *www.filosofia.it*, febbraio 2017 «Berlin è stato il primo pensatore ad introdurre la distinzione tra libertà negativa e libertà positiva nel suo saggio *Two Concepts of Liberty*. Il saggio dopo aver delineato le due versioni procede ad una valutazione che tende a favore della versione negativa.» Sobre la doble contraposición entre Libertades (triple con la contraposición entre “libertad de / freedom for” y “libertad para / freedom to”) y sobre la contraposición homóloga entre “Democracias” (Moses I. Finley, *Democracy Ancient and Modern*, New Brunswick - N.J. 1973) no podemos dejar de mencionar a Norberto Bobbio, entre cuyos ensayos recuerdo: “Libertà” en *Treccani - Enciclopedia del Novecento*, 1978 (retomado en Id., *Eguaglianza e libertà*, Torino 1995) y “La democrazia dei moderni paragonata a quella degli antichi (e a quella dei posteri)” en *Teoria politica*, n. 3, 1987.

Sin embargo, no hay dialéctica real. Ambos Autores son partidarios de la sola “Libertad de los Modernos” o “negativa”. Ninguno de los dos sostiene la “Libertad de los Antiguos” o “positiva”. A este resultado contribuyen reconstrucciones sin contradictório. La “Libertad de los Antiguos” o “positiva” es diseñada: por Constant como obsoleta (así anticipando puntualmente la doctrina del evolucionismo social, que Herbert Spencer formulará en su *First Principles* de 1862)²⁷ y por Berlin como totalitaria (así aplicando puntualmente la doctrina antidemocrática, que Jacob Talmon acababa de formular en *The Origins of Totalitarian Democracy* de 1952)²⁸.

c. Uniformidad

Sin dialéctica, la unanimidad decae a uniformidad.

Este pensamiento jurídico uniforme parece ser repetido – más que compartido – también por Autores no convencionales, como Karl Marx (quien en 1852 define el modelo constitucional romano “antediluviano”)²⁹ y como Juan Bautista Alberdi (autor en 1852 del en-

²⁷ Según el postulado del progreso de la humanidad desde la “impulsividad” al “cálculo”. Más precisamente, habría sido – según Constant – la evolución desde la guerra al comercio, como medio de procurarse ‘bienes’, a hacer obsoleta y no más viable la libertad de los Antiguos: «La guerre est antérieure au commerce; car la guerre et le commerce ne sont que deux moyens différents d’atteindre le même but: celui de posséder ce que l’on désire. [...] La guerre est l’impulsion, le commerce est le calcul. Mais par là même il doit venir une époque où le commerce remplace la guerre. Nous sommes arrivés à cette époque. Je ne veux point dire qu’il n’y ait pas eu chez les anciens des peuples commerçants, mais ces peuples faisaient en quelque sorte exception à la règle générale. [...] Chez les anciens, une guerre heureuse ajoutait en esclaves, en tributs, en terres partagées, à la richesse publique et particulière. Chez les modernes, une guerre heureuse coûte infailliblement plus qu’elle ne vaut [...] le commerce ne laisse pas, comme la guerre, dans la vie de l’homme, ces intervalles d’inactivité. L’exercice perpétuel des droits politiques, la discussion journalière des affaires de l’État [...] des peuples libres de l’antiquité [...] n’offriraient que trouble et que fatigue aux nations modernes, où chaque individu occupé de ses spéculations, de ses entreprises, des jouissances qu’il obtient ou qu’il espère, ne veut en être détourné que momentanément et le moins qu’il est possible.»

²⁸ Jacob Leib Talmon, *The Origins of Totalitarian Democracy*, London 1952.

²⁹ Karl Marx, *Der achtzehnte Brumaire des Louis Napoleon*, Dezember 1851 - März 1852, § I: «... verschwanden die vorsündfluthlichen Kolosse und mit ihnen das wieder auferstandene Römertum - die Brutusse, Gracchusse, Publicolas, die Tribunen, die Senatoren und Cäsar selbst.»

sayo *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, que orientó la redacción de la Constitución argentina de 1853, y quien en 1871 define “muerta” la “Libertad latina” porque “Roma no conoció los Parlamentos”)³⁰.

La uniformidad del pensamiento jurídico se manifiesta en la uniformidad de la producción normativa. Todas las Constituciones que proceden más o menos directamente de la Revolución Francesa son todas rigurosamente inspiradas en el modelo moderno inglés de la concentración del poder en el Gobierno (en el sentido amplio de esta categoría, es decir comprensivo [aunque con “división” o “separación”] del

Marx, sin embargo, en sus *Formas económicas precapitalistas (1857-1858)* afirmará («sulla base di una attenta e acuta lettura del Niebuhr») la diferencia entre las “formas de producción” “antigua romana” y “germánica” y entre las respectivas concepciones de la “comunidad” (Pierangelo Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino 1974, 71-79).

³⁰ Peregrinación de Luz del Día o Viajes y aventuras de la Verdad en el Nuevo Mundo, 1871: §§. 3.15 s. «“libertad latina”, libertad muerta, como la lengua latina, libertad arqueológica, que practicó la difunta República romana, y que sólo vive hoy como vive su lengua, la vida de los fósiles, en los museos y bibliotecas de los eruditos, no en los parlamentos que la antigüedad latina no conoció. [...] La palabra “libertad latina” en el idioma de la libertad moderna expresa un contrasentido [...] La libertad viva y palpitante (que es el gobierno del hombre por sí mismo, como se practica en Inglaterra y en la América del Norte), “ha salido”, como dice Montesquieu, “de los bosques de la Germania”, no del viejo “Latium”, ni de la antigua Roma. Ella es sajona y germánica de origen, anglo-americana de presente y porvenir.»

Alberdi, sin embargo, cambiará de opinión con motivo de la guerra, hecha a Paraguay entre 1864 y 1870 por la “Triple alianza” (Argentina, Brasil y Uruguay): «El Paraguay es una república hecha en un molde, que se asemeja más al de las repúblicas de la antigüedad que al de las repúblicas de Estados Unidos y Suiza. Puede no tener las libertades brillantes y ostensibles de las repúblicas del día, pero tiene otras, derivadas de un orden social, que mucho se asemeja al que formaba el fondo de las repúblicas antiguas. [...] El ejército paraguayo es numeroso en relación con el pueblo, porque no se distingue del pueblo. Todo ciudadano es soldado; y como no hay un ciudadano que no sea propietario de un terreno cultivado por él y su familia, cada soldado defiende su interés propio y el bienestar de su familia en la defensa que hace de su país. [...] Diez libertades de la palabra no valen una Libertad de acción, y solo es libre en realidad el que vive de lo suyo» (Id., *Escritos Póstumos*, IX. Ensayos sobre la sociedad, los hombres y las cosas de Sud-América, Buenos Aires 1899, 432 ss.; cfr. Giovanni Lobrano, “El esquema de la contraposición de ‘romanos-latinos’ con ‘germanos-anglosajones’ y el modelo constitucional romano en el pensamiento jurídico moderno” en *Revista de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador*. Número monográfico de Jurisprudencia, año XVI, n. 50, octubre 1988 - Quito - Ecuador, 245-296, en part. 292 s.; más recientemente Leon Pomer, *La Guerra del Paraguay: estado, política y negocios*, Buenos Aires 2008).

poder legislativo y del poder ejecutivo)³¹; quedando así la ya mencionada Constitución francesa de 1793 (inspirada en el modelo antiguo romano de la participación de los Ciudadanos al poder)³² excepción única y sin descendencia.

d. Doctrina – romanística – inaudita y apodíctica sobre las ‘dos cuestiones’

La contribución fundamental (y aún decisiva) a la cesura con la doctrina jurídica del siglo XVIII la da la ciencia jurídica alemana.

La Historische Rechtsschule, fundada por Friedrich von Savigny, y sus discípulos pandectistas, cuyo máximo exponente es Bernhard Windscheid, realizan objetivamente dos tareas abordando dos cuestiones.

Las tareas realizadas son (con la ‘técnica’ que hemos mencionado)³³: **α**) el perfeccionamiento del modelo constitucional moderno inglés, propuesto por Montesquieu, y **β**) la cancelación de la especificidad y de la identidad del modelo constitucional antiguo romano, propuesto por Rousseau.

Las cuestiones a este fin abordadas son precisamente las dos, ‘sobresalientes’, que hemos destacado en el esquema del pensamiento jurídico del siglo XVIII: **α**) la relación entre la pluralidad de los Ciudadanos y la unidad del Pueblo y **β**) la relación entre la limitación al poder y la titularidad dinámica del poder. Como igualmente hemos destacado, los puntos débiles de la doctrina montesquieuiana y, en cambio, funda-

³¹ También la Constitución italiana del 1948 es ejemplo del predominio de la atención por la limitación del poder frente a la atención sobre la participación al poder, que es liquidada por el artículo 67, donde lacónicamente se afirma: «Ogni membro del Parlamento rappresenta la Nazione ed esercita le sue funzioni senza vincolo di mandato.» (cfr., infra, nt. 43).

³² Según la Constitución francesa de 1793, el poder de decisión pertenece a los Ciudadanos, que lo expresan en las “Asambleas Cantonales Primarias” (cfr., supra, nt. 4). Sobre los distritos territoriales franceses en la era revolucionaria, ver Isabelle Bernier, “Histoire: la création des départements français à la Révolution” en Futura Sciences, 10/10/2019.

³³ Supra, § 2.a

mentales de la rusioniana son: α) la atención a- y el procesamiento de la primera relación en su conjunto y β) la atención a- y el procesamiento, en la segunda relación, de la titularidad dinámica del poder.

Podemos, entonces, decir que la ‘contribución’ de la ciencia jurídica alemana es – al menos de forma objetiva – precisamente fortalecer estos dos puntos débiles de la doctrina ‘inglésa’ de Montesquieu y, al mismo tiempo, golpear estos dos puntos fundamentales de la doctrina ‘romana’ de Rousseau.

El primer punto débil inglés/montesquieuiano (la escasez de atención a- y de procesamiento de la relación entre la pluralidad de los Ciudadanos y la unidad del Pueblo) lo fortalece Savigny. Este, en la primera mitad del siglo: retomando – de hecho – la doctrina hobbesiana del siglo XVII (la doctrina del *Leviatán*, de 1651) pone en el centro de su *Sistema* la construcción de la unidad colectiva como “persona jurídica”. Esta suerte de ‘sucedáneo’ del Pueblo se adapta perfectamente (en cuanto inexistente: es un ser “ficticio”)³⁴ al modelo constitucional inglés y, por lo tanto, a ser necesariamente y técnicamente “sustituido”, en la volición, por (las “personas físicas” de) los “gobernantes”. Savigny atribuye – de forma, nótese, no solo ‘inaudita’ sino también totalmente apodíctica – la invención de la “persona jurídica” al Derecho romano³⁵. Es, físicamente, la sublimación del *corpus*³⁶.

³⁴ Que Otto von Gierke, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung*, Berlin, 1877, se encargará de declarar “real” aunque no “física” (ver Francesco Ferrara, *Teoria delle persone giuridiche*, Napoli Torino 1915; Ludwig Schnorr von Carolsfeld, *Geschichte der juristischen Person*, Munchen 1933).

³⁵ El segundo libro del tercer volumen del *Sistema* (1840) es dedicado a “Die Rechtsverhältnisse”. El párrafo II del capítulo 3 (“Von der Entstehung und dem Untergang der Rechtsverhältnisse”) es dedicado a los “Freye Handlungen”. Este ‘párrafo’ es, a su vez, dividido en “Hindernisse” y “Erweiterung durch Stellvertretung”. La materia de los “Hindernisse” (“§. 112”) es dividida en “Vernunftlose”, “Interdicirte” y “Juristische Personen”. El “§ 113” (“Freye Handlungen”) trata de un solo tema: “Erweiterung durch Stellvertreter”.

³⁶ En la misma línea, Riccardo Orestano (*Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959 [citado aquí de la reproducción anotada por Maria Campolunghi y Franca De Marini Avonzo en *Rivista di Diritto Romano*, VIII, 2008 [= <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>]) mencionando su propio Maestro Emilio Betti, escribe de «lento e faticoso processo di astrazione e di unificazione», operado – aunque no perfeccionado – también por los juristas romanos, hacia las categorías *universitas* y *corpus*.

El segundo punto débil (la escasez de atención a- y de procesamiento de la titularidad dinámica del poder o sea al y del régimen unitario de la voluntad colectiva) es fortalecido de manera coherente. Puede decirse que la ‘respuesta’ de Savigny a la primera cuestión es el ‘lecho de Procusto’ lógico-jurídico al que son forzadas las fuentes romanas también sobre la segunda cuestión. De forma muy concisa, podemos decir que se trata de las fuentes sobre la volición a través de intermediario, es decir: las fuentes sobre el tema del *iussum* y del *mandatum*. En la segunda mitad del siglo, por pandectistas, como Bernard Windscheid (1865-66 y 1867) y juristas del derecho positivo, como Paul Laband (1866), el *iussum* del *dominus negotii* (en nuestro contexto: de la colectividad unitariamente concebida) es interpretado de manera absolutamente innovadora/inaudita (con respeto a la misma doctrina alemana: véase el gran tratado de Pandectas [1790-1830] de Christian Friedrich von Glück³⁷ y la enseñanza [todavía en 1857] de Rudolf von Jhering³⁸). La novedad es que el *iussum* del *dominus negotii* es ‘leído’ ya no como un comando a su agente de negociar con el tercero, sino como una au-

³⁷ *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, 34 volúmenes, Erlangen 1790-1830, aquí citado en la versión italiana de aproximadamente un siglo después = *Commentario alle Pandette*; directores Filippo Serafini - Pietro Cogliolo - Carlo Fadda, Milano 1888-1909, Título IV “*Quod iussum*”, § 919 “Concetto e natura dell’*actio quod iussum*”, 213 s.

³⁸ “Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte” (Teil 1) en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, 1857, Bd. 1, S. 273-350 (Online verfügbar unter <http://www.bibliothek.uni-regensburg.de/ezeit/?2084719>) y “Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte” (Teil 2) *ibidem*, 1858, Bd. 2, S. 67-180 (Online verfügbar unter <http://www.bibliothek.uni-regensburg.de/ezeit/?2084719> [<http://dlib-zs.mpier.mpg.de/pdf/2084719/02/1858/20847190218580071.pdf>]). Escritos de Jhering, directamente críticos de la Pandectística, son los recogidos por él mismo en la obra *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Göttingen 1891 (cfr. Francesco Viola, “R. von Jhering e la conoscenza del diritto” en Id., Vittorio Villa, Mirella Urso, a cura di, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, Palermo 1974, 28 s. [http://www1.unipa.it/viola/Jhering_e_la_conoscenza_del_diritto.pdf]).

El mismo Savigny no alcanza traducir al nivel del régimen volitivo su propia doctrina de la persona jurídica (Giovanni Lobrano - Pietro Paolo Onida, “Rappresentanza o/e partecipazione. formazione della volontà «per» o/e «per mezzo di» altri. Nei rapporti individuali e collettivi, di Diritto privato e pubblico, romano e positivo” en *Diritto@Storia*, n. 14, 2016, § II.1.d. [<https://www.dirittoestoria.it/14/contributi/Lobrano-Onida-Rappresentanza-o-e-partecipazione.htm>] = “Representación o participación. Formación de la voluntad «por» o «por medio de» otros en relaciones individuales y colectivas, de derecho privado y público, romano y positivo” en *Roma e America. Diritto Romano Comune*, n. 38, 2017).

torización al tercero para negociar con su agente (haciendo así del *iussum* el precedente de la procura de hoy³⁹ y pasando de la lógica jurídica antigua, de “actuar por medio de otros”, a la lógica jurídica de hoy, de “actuar por otros”)⁴⁰. En el mismo tiempo se reduce el *mandatum* a mera regulación de la relación interna entre *dominus negotii* y agente: “Se trata de la afirmación progresiva de la autonomía del poder de representación con respecto al contenido del poder de gestión que vincula el representante al representado”⁴¹.

A pesar de la tajante distinción hecha por Max Weber todavía en 1922⁴², la “Libertad de los Antiguos” (o “positiva”), reconocida unánimemente en el siglo XVIII como la alternativa a la “Libertad de los Mo-

³⁹ Giovanni Carlo Seazzu, “Nota sul rapporto tra *iussum* procura e *mandatum*. Da Christian Friedrich von Glück a Botho von Salpius, Vincenzo Arangio-Ruiz e una recente ‘rivisitazione’” en Giovanni Lobrano - Pietro Paolo Onida, a cura di, *Ritorno alla Repubblica: dalla rappresentanza alla partecipazione*, Cagliari 2020, 13-68 y en *Diritto@Storia*, n. 17. 2019 [https://www.dirittostoria.it/17/tradizione/Seazzu-Nota-rapporto-iussum-procura-mandatum.htm].

⁴⁰ Pietro Paolo Onida, «*Agire per altri*» o «*agire per mezzo di altri*». *Appunti romanistici sulla «rappresentanza»*, I. *Ipotesi di lavoro e stato della dottrina*, Napoli 2018.

⁴¹ Mario Campobasso, “Il potere di rappresentanza degli amministratori di società di capitali nella prospettiva dell’unità concettuale delle forme di rappresentanza negoziale e organica” en *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum Antonio Piras, Torino 2010, 452 ss. (cfr. Id., *L’imputazione di conoscenza nelle società*, Milano 2002, 172 ss.) critica la doctrina corriente de la “diversificación profunda” entre las diversas formas de representación (en particular: negocial y orgánica), sitúa sustancialmente entre los mismos polos y por las mismas razones el «proceso evolutivo comune alle varie forme di rappresentanza di cui la rappresentanza delle società costituisce il punto più avanzato. Si tratta della progressiva affermazione dell’autonomia del potere di rappresentanza dal contenuto di potere gestorio che lega il rappresentante al rappresentato. Uno sviluppo di cui si possono rintracciare le lontane origini fin dal XIX secolo, nell’insegnamento del Laband secondo cui la procura è negozio autonomo dal mandato [P. Laband, “Die Stellvertretung bei dem Abschluß von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch” in *ZHR - Zeitschrift für Handelsrecht*, 10, 1866, 183 ss.]»

⁴² Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*⁵, hrsg v. J. Winckelmann, Tübingen 1976, lib. I cap. III §22 p. 172, escribe sobre la “gebundene Repräsentation”: «‘Repräsentanten’ sind in Wahrheit: Beamte der von ihnen Repräsentierten» y esa es el «Surrogat der in Massenverbänden unmöglichen unmittelbaren Demokratie»; sobre la “freie Repräsentation” escribe, en cambio: «Der Repräsentant, in aller Regel gewählt [...], ist an keine Instruktion gebunden, sondern Eigenherr über sein Verhalten. Er ist pflichtmäßig nur an sachliche eigene Ueberzeugungen, nicht an die Wahrnehmung von Interessen seiner Deleganten gewiesen» y «der von den Wählern gekorene Herr derselben, nicht: ihr ‘Diener’ ist [...] Diesen Charakter haben insbesondere die modernen parlamentarischen Repräsentationen angenommen»; cfr p. 173 «Nicht die Repräsentation an sich, sondern die freie Repräsentation und ihre Vereinigung in parlamentarischen Körperschaften ist dem Okzident eigentümlich».

dermos” (o “negativa”), se convierte así, en la ciencia jurídica del siglo XIX (y todavía en la del siglo XX), en su (aún imperfecto) precedente y, con esto, también en la prueba desesperante de su unicidad e inevitabilidad *in omne aevum*.

3. CRISIS DE LA NOCIÓN ÚNICA DE “LIBERTAD”, RELEÍDA COMO “AUTONOMÍA”: EL PROBLEMA DEL DÉFICIT CIENTÍFICO

a. Crisis del pensamiento uniforme y pedido de participación

La uniformidad decimonónica de la opción por la concepción de la Libertad como “limitación al poder de los Gobernantes sobre los Ciudadanos” y por el modelo constitucional correspondiente, ha entrado ahora en crisis evidente y, con la crisis, ha reaparecido el interés por la libertad como “participación de los Ciudadanos al poder sobre sí mismos”⁴³.

Este interés se ha manifestado – lo que parece particularmente relevante – a través de la categoría de “autonomía”. La dialéctica de la libertad, cancelada en el siglo XIX, ha reaparecido recientemente como dialéctica de la autonomía.

Objetivamente, la autonomía es no una categoría ajena a la categoría de libertad, sino una interpretación de la misma orientada a su concepción romana antigua. Esto surge del componente original del significado de la palabra autonomía, que evoca no la limitación del “poder sobre los demás” sino el “poder sobre sí mismos”⁴⁴.

⁴³ La expresión “crisis del sistema representativo” ya se ha convertido casi en un lugar común en la literatura jurídica. Me limito aquí a citar el ensayo muy reciente de Michele Belletti, “La crisi della rappresentanza alla base della crisi del divieto di vincolo di mandato” en *Osservatorio costituzionale* [AIC - Associazione Italiana dei Costituzionalisti] 1/2020.

⁴⁴ De hecho, la contraposición “negativo-positivo” se aplica ahora también a la noción de Autonomía (y lo mismo se puede hacer con la noción de Federación [ver, *infra*, nt. siguiente]) con una atención creciente a la Autonomía (y Federación) “positiva”.

Annamaria Poggi, “Il regionalismo italiano ancora alla ricerca del «modello plurale» delineato in Costituzione” en *federalismi.it*, 8 gennaio 2020, 6 hace remontar a Antonio Ruggeri la aplicación del esquema de Berlin a la noción de Autonomía: «Antonio Ruggeri ha dedicato buona parte delle sue riflessioni al

El significado de autonomía también ha adquirido un componente (al menos principalmente) que no es individual sino colectivo, es decir, la referencia a la realidad humana no como “átomos” sino como “conjuntos”, múltiples y unitarios a la vez. Sobre este segundo significado adquirido se vuelve a proponer la dialéctica de la libertad del siglo XVIII. La autonomía puede ser nuevamente (y por regla general es) entendida de acuerdo con la experiencia jurídica anglosajona (que es la construcción del “federalismo” estadounidense es decir, el “gran centralismo gubernamental y la descentralización administrativa extrema”⁴⁵) o puede ser (y está esperando ser) entendido según la ex-

tema del regionalismo⁷ e altresì a quello della specialità, ritenuta “culturalmente immatura”⁸, in quanto, al pari dell’autonomia regionale tout court afflitta da un male originario, quello di concepirsi quale “autonomia ‘negativa’ che, al pari delle libertà liberali reclamava unicamente di essere lasciata con se stessa per ricercare le vie della propria affermazione e tutela, senza avvedersi che solo un’autonomia anche positivamente ricostruita avrebbe potuto (e potrebbe) essere, per un verso, compiutamente realizzata e dimostrarsi, per altro verso, adeguata all’esigenze di una società complessa”⁹. [7] Basti rammentare le numerose edizioni de Lineamenti di diritto regionale, dal 1984 al 2012 in collaborazione col Maestro, Temistocle Martines, oltreché a partire dal 2002 anche con altri colleghi. Negli “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti sono raccolti anno per anno i numerosi scritti in tema di regionalismo e regioni speciali. —⁸ Prospettive di una “specialità” diffusa delle autonomie regionali, in “Itinerari” di una ricerca sul sistema delle fonti, V, Studi dell’anno 2001, Torino, 2002, p. 2 —⁹ *Ibidem*, p. 4.] ».

La misma aplicación se encuentra en Omar Chessa (“Autonomia negativa, autonomia positiva e regionalismo differenziato: come uscire dalla crisi del principio autonomistico” en Josep Maria Castellà Andreu, Simone Pajno, Guido Rivosecchi y Giuseppe Verde, a cura di, *Autonomie territoriali, riforma del bicameralismo e raccordi intergovernativi: Italia e Spagna a confronto*, Napoli 2018, 175 ss.; = Id., “Il regionalismo differenziato e la crisi del principio autonomistico” en *Diritto@Storia*, n. 15, 2017, § 2 «Il principio di differenziazione») y en Daniele Trabucco (“Referendum consultivi e regionalismo differenziato. Verso un regime di semispecialità” en *Dirittifondamenti.it* - Fasc. 1/2019, § 5 «Dall’autonomia “negativa” alla autonomia “positiva”: il problema della “Camera delle regioni”» 26 ss.)

⁴⁵ Como ya la “Constitución” inglesa había encontrado su máximo intérprete en Montesquieu, la Constitución estadounidense encuentra su máximo intérprete en Alexis de Tocqueville, quien la define brillantemente (en *De la démocratie en Amérique*, I, de 1835) combinación de “très grande centralisation gouvernementale” y “extrême décentralisation Administrative”. Es la federación reducida a la descentralización; es decir: sin la participación de las Comunidades autónomas o federadas al gobierno estatal o federal. Tengase en cuenta que en la *Démocratie en Amérique* la palabra “autonomie” nunca aparece (mientras que la palabra “liberté” aparece 406 veces). Ver Giovanni Lobrano, “Existe um «pensamento político-jurídico latino-americano»? O pensamento democrático-republicano da independência latino-americana federalismo verdadeiro (municipal) versus federalismo falso (estadual) entre Europa e América” en Jovino Pizzi e Maria das Graças Pinto de Britto, coordenação, *Constitucionalismos, democracias e educação: o presente e o futuro da América Latina [VII Seminário*

perienza jurídica romana (que es la construcción del “Imperio Municipal” es decir la participación de las pequeñas ciudades / Repúblicas municipales en la constitución y gestión de la gran República Romana⁴⁶.

b. “Bloqueo teórico”

El obstáculo – no el único pero el primero e ineludible – para la realización constitucional de la Libertad-participación o sea de la autonomía-participación es la ausencia en la “cultura” – incluso antes que en la ciencia – jurídica contemporánea⁴⁷ de un modelo constitucional

Internacional Pensamento Crítico - Universidade Federal de Pelotas (UFPeI) Pelotas, 1-3 de setembro de 2015] Coleção: Diálogo Crítico Educativo, volume VIII, Pelotas 2016, §§ 3.a-c. Versión italiana en https://www.researchgate.net/profile/Jeisson-Martinez-Leguizamo/publication/291947515_Las_implicaciones_del_respaldo_de_la_Union_Europea_y_la_CELAC_al_Proceso_de_Paz_en_Colombia_Sectores_y_mecanismos_para_la_implementacion_de_las_ayudas_Paginas_583_a_600/links/56a7766208ae860e02556148/Las-implicaciones-del-respaldo-de-la-Union-Europea-y-la-CE-LAC-al-Proceso-de-Paz-en-Colombia-Sectores-y-mecanismos-para-la-implementacion-de-las-ayudas-Paginas-583-a-600.pdf

Para la aplicación de la contraposición “negativo-positivo” a la noción de Federalismo hay de considerar que esta noción es inventada especialmente para la Constitución de los Estados Unidos de 1788 (diseñada por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay en los *Federalist Papers* de 1787-1788) sobre el “modelo” de la “Constitución inglesa”, contra la experiencia confederativa europea-continental que es de tradición romana y que se expresa (principalmente, pero no sólo) en la organización original suiza (“Pacto” entre las comunidades de Uri, Svitto y Unterwaldo, 1291) y en la doctrina althusiana (*Politica methodice digesta*, 1603-14) la cual última se ha definido correctamente como “federalismo societario [sozietaeler Föderalismus]” por Thomas Hügin [Berlín-Nueva York 1991].

A la tradición jurídica romana y a la experiencia confederativa europea conectada continúan inspirándose – en el primer cuarto del siglo XIX – las tentativas de organizaciones federales de Francisco de Miranda (1801 y 1808) José Gaspar Rodrigues de Francia (1810) y Simón Bolívar (1815 y 1824); cfr. Giovanni Lobrano, “Existe um «pensamento político-jurídico latino-americano?»” cit., § 3 “Municípios e federação: o verdadeiro federalismo no pensamento político-jurídico da Independência”.

⁴⁶ “Per ri-pensare giuridicamente le «città» e, quindi, l’«impero»: I «concili provinciali»” (comunicazione al XXXVII Seminario internazionale di studi storici “Da Roma alla terza Roma - Le Città dell’Impero da Roma a Costantinopoli a Mosca. Fondazione e organizzazione. Capitale e province”, Campidoglio, 21-22 aprile 2017, e, quindi al seminario “Universalità del Diritto romano”, Università di Niš - Facoltà di Giurisprudenza, Niš, 12-14 Ottobre 2017) in *Ius Romanum*, 2, 2017, 15 ss

⁴⁷ Marcello Cecchetti, “Le autonomie locali nel disegno costituzionale. tra competenze proprie e strumenti di partecipazione all’esercizio di competenze altrui” en Giovanni Lobrano e Marie-Rose Mezzanotte, a cura di, *Sistema delle Autonomie in Sardegna. La riforma necessaria*, Cagliari 2020, 99 «L’autonomia non può limitarsi a essere declinata esclusivamente come difesa di una quota di poteri di “autogoverno” che ci si esercitano “in casa”, ma – in linea con quanto qui sostenuto dal collega Lobrano – deve

adecuado⁴⁸.

Esta ausencia ha sido denunciada clara y contundentemente, por algunos estudiosos, como la verdadera causa del “bloqueo teórico” de la ciencia jurídica de hoy⁴⁹.

c. *Qué hacer: dos operaciones prioritarias*

Para superar el “bloqueo”, debemos recuperar – frente a la cancelación decimonónica, que ha llegado inercialmente hasta nuestros días – la memoria científica y luego cultural del antiguo modelo constitucional romano republicano o sea del Derecho romano mismo. Para hacer esto, necesitamos el estudio histórico del Derecho, prioritariamente: con atención al ‘tema de la sociedad’ y a través de las dos ‘cuestiones sobresalientes’.

Al estado de la doctrina, para la primera cuestión, sirve una operación principalmente *destruens*. Debemos deshacernos del ‘lecho de Procusto’ lógico-jurídico, según el cual la unidad colectiva sólo puede

essere necessariamente declinata anche secondo il paradigma della partecipazione alle decisioni altrui. Autonomia deve significare anche – e, oggi, soprattutto – che tutte le comunità del territorio possano (e debbano) partecipare e cooperare ai processi decisionali che si svolgono ai livelli superiori. È questa la grande lacuna – prima di tutto “culturale” – che ancora affligge il nostro ordinamento» [<http://www.isprom.it/sites/default/files/attachments/2021-02/Quaderni%20Mediterranei%2016.pdf>].

⁴⁸ Prueba de esta ‘ausencia’ es también la escasa consistencia dogmática de la esperada “autonomía positiva”.

⁴⁹ Jacques Lenoble - Marc Maeschalck, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke 2009, en part. xvii s.: «Un premier blocage tient au fait que la philosophie politique s'est généralement concentrée sur la question de la 'légitimité de la norme', c'est-à-dire sur celle des conditions qui étaient à respecter pour que la norme adoptée par une autorité publique soit rationnellement acceptable» lo que lleva a privilegiar una «forme 'représentative' de la démocratie». «La philosophie politique récente n'est pas restée prisonnière de cette approche 'représentative' de la démocratie. [...] L'idée émerge, tant dans les transformations qui affectent la réalité de nos sociétés que dans la pensée politique de la démocratie, d'un nécessaire renforcement des formes de participation des citoyens à l'exercice du pouvoir. Mais le terme reste souvent vague. De plus, même là où l'analyse se fait plus fine, l'exigence que ce terme dénote reste plus de l'ordre de la boîte noire que d'une opération théoriquement construite. Ce défaut de construction théorique explique ce que nous identifions comme un blocage.» Prueba particularmente elocuente del “bloqueo” es la teoría (y, si posible, todavía más la praxis) de la llamada “e-democracy”.

construirse a través de la abstracción de la “juristische Person”, recuperando así la posibilidad y la capacidad de ver, en las fuentes jurídicas romanas, la construcción de la unidad colectiva a través de categorías elocuentemente: unitarias y concretas (‘corporales’) como *universitas* y *corpus*⁵⁰.

Para la segunda cuestión, sirve una más compleja operación principalmente *construens*. Debemos reconstruir el régimen de la voluntad colectiva unitaria propio del Derecho romano. Clave de esta operación son los institutos del *iussum* y del *mandatum*. No debemos que empezar de cero. Tenemos la doctrina pre- (o proto-)pandectista (como la de Christian Friedrich von Glück) y anti-pandectista (como la de Rudolf von Jhering) y la lección de grandes ‘filósofos’ del siglo XVIII (a quienes la tensión ‘revolucionaria’ ha permitido una visión histórico-dogmática excepcionalmente clara y profunda del “modelo” jurídico republicano romano).

Pero ni siquiera debemos detenernos en los resultados de tales doctrina y lección. Como enanos sobre espaldas de gigantes, podemos mirar más allá de ellos, como ellos mismos (en particular Jean-Jacques Rousseau) nos invitan a hacer, señalándonos la “materia totalmente nueva” de las “confederaciones”, en particular de las “confederaciones de ciudades” pero también recordándonos que nos, los “modernos”, ya no sabemos qué es la Ciudad⁵¹.

⁵⁰ El punto de partida de la ‘operación’ es *Populus Romanus Quirites* (cit.) de Pierangelo Catalano.

⁵¹ CS, Livre III, Chapitre XV “Des députés ou représentants” «Tout bien examiné, je ne vois pas qu’il soit désormais possible au souverain de conserver parmi nous l’exercice de ses droits si la cité n’est très petite. Mais si elle est très petite elle sera subjuguée? Non. Je ferai voir ciaprès»³² - n. 32: «C’est ce que je m’étais proposé de faire dans la suite de cet ouvrage, lorsqu’en traitant des relations externes j’en serais venu aux confédérations. Matière toute neuve et où les principes sont encore à établir.» «Le vrai sens de ce mot [Cité] s’est presque entièrement effacé chez les modernes; la plupart prennent une ville pour une Cité & un bourgeois pour un Citoyen. Ils ne savent pas que les maisons font la ville, mais que les Citoyens font la Cité. Cette même erreur coûta cher autrefois aux Carthaginois.» Esta es la nota adjunta por el Autor al pasaje del CS, Livre I. Chapitre VI “Du Pacte Social” citado *supra* (§ 1.d) sobre la relación entre la pluralidad de los Ciudadanos y la unidad del Pueblo.

Como escriben Aristóteles⁵² y Cicerón⁵³: Ciudad es la “sociedad por excelencia”.

⁵² *Política*, I.1252a §1 Ἐπειδὴ πᾶσαν πόλιν ὁρῶμεν κοινωνίαν τινὰ οὕσαν καὶ πᾶσαν κοινωνίαν ἀγαθοῦ τινος ἕνεκεν συνεσθηκυῖαν (τοῦ γὰρ εἶναι δοκοῦντος ἀγαθοῦ χάριν πάντα πράττουσι πάντες), δῆλον ὡς πᾶσαι μὲν ἀγαθοῦ τινος στοχάζονται, μάλιστα δὲ καὶ τοῦ κυριωτάτου πάντων ἢ πασῶν κυριωτάτη καὶ πάσας περιέχουσα τὰς ἄλλας. Αὕτη δ' ἐστὶν ἡ καλουμένη πόλις καὶ ἡ κοινωνία ἡ πολιτικὴ. «puesto que sabemos que toda ciudad es una sociedad y que toda sociedad se constituye con miras a un bien (porque todos hacen todo lo posible para conseguir lo que les parece bueno) está claro que tiende al bien y al más importante de todos la sociedad más importante de todas e que incluye en sí a todas las demás. Esta es la que se llama ciudad y sociedad política.» (ver Enrico Berti, *Società civile - Società politica*, Roma 1993; cfr. Id., *Aristotele nel novecento*, Bari 1992).

⁵³ *rep.*, I.49 *quid est enim civitas nisi iuris societas civium?* Cfr. 1,39 (cit.) e 6.13.

FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA MUNICIPAL: ROMA E BRASIL

Maria das Graças Pinto de Britto
Itibere de Oliveira Castellano Rodrigues

“El municipio es lo más tenaz de la civilización romana, y lo más humano de la España colonial... por los municipios... entró en la libertad la América... Esa es la raíz y esa es la sal de la libertad: el municipio.”
(José Martí)

PARTE I - ROMA ANTIGA

1. FORMAÇÃO E ESPECIFICIDADES DO SISTEMA MUNICIPAL: ORIGEM, EXPANSÃO E CONTINUIDADE

Em conferência proferida por ocasião do VI Colóquio Ítalo Brasileiro de Direito Romano, promovido pela UFPel, intitulada “Município y Tribunato – Elementos constitutivos do Constitucionalismo Republicano”, o Professor Giovaanni Lobrano observa que o constitucionalismo que se forma a partir do século XVIII se articula em dois constitucionalismos contrapostos, os quais assumem explicitamente como ‘modelos’ respectivos o modelo feudal-moderno inglês e o ordenamento antigo romano. O de modelo inglês (prevalente) é definido como feudal-moderno parlamentar-representativo com a conexas divisão-equilíbrio dos poderes (teorizado por Montesquieu e aperfeiçoado por Constant) e o constitucionalismo de modelo romano definido como republicano-municipal e tribunicio (subjacente), desenhado por Rousseau (inspirado em Machiavel) e reproposto pelos jacobinos na Revolução Francesa. O primeiro pode ainda ser definido como aristocrático e o segundo como democrático, ou seja, um tem como fundamento a soberania parlamentar e o outro a soberania popular.¹

Após a queda dos jacobinos, o constitucionalismo burguês liberal se impôs. Em consequência, a tradição do pensamento democrático

¹ G. LOBRANO, Município y Tribunato – Elementos constitutivos do Constitucionalismo Republicano. Conferência apresentada no VI Colóquio Ítalo-Brasileiro de Direito Romano, Pelotas, 13-15/09/1999. Publicada na Revista Iberoamericana de Augustión y Acción Comunal, n. 33. Año XVII, 1999.

de matriz rousseauiano, da soberania do povo e do tribunato como alternativa à divisão-equilíbrio dos poderes desapareceu e, com ela o direito público romano foi esquecido.²

Nada obstante, Lobrano defende a tese da copresença ou convivência dos dois constitucionalismos (o da tradição liberal e o democrático) no direito constitucional contemporâneo, daí o seu reconhecido caráter anfibológico. Para o autor, cada vez que o modelo dominante entra em ‘crise’, há um verdadeiro ressurgir das soluções constitucionais republicanas romanas, essencialmente o papel constitucional dos municípios e o tribunato, na forma de defensor do povo.³

Indubitavelmente, o elemento mais importante de continuidade do mundo romano é o município, o qual prossegue nas comunas medievais. O processo de independência latino-americano foi fortemente marcado pelo ‘constitucionalismo municipal’ de Francia (1811), de Bolívar (1826) e de José Martí.

O Município brasileiro nasceu autônomo, não como corporação administrativa, seguiu a origem romana-visigótica-portuguesa.

A ‘potestà’ estatutária é a máxima expressão da autonomia municipal. Por meio desta o ente local estabelece a norma fundamental relativa à própria organização e à participação popular⁴. Todavia, a história da autonomia dos municípios no constitucionalismo brasileiro é prevalentemente de limitação do poder local.

² “Durant la Grande Révolution, ces deux formes d’Etat entrent dans une compétition ‘sanglante’, gagnée par les partisans de la forme d’Etat ‘fantôme—parlement, qui devient la forme d’Etat dominante. La forme d’Etat «municipale» est —pour le moment — battue et on cherche aussi d’en effacer la mémoire: d’abord, par l’effacement du droit public tout court, qui commence par l’effacement du droit public romain» (LOBRANO, G. Problèmes actuels de droit à travers le Droit (public) romain: de la crise de l’ «Etat-fantôme» à la résurgence de l’ «Etat municipal». Réflexion en cours de systématisation avec quelques notes de sources et bibliographiques. Disponível em: [//www.dirittoestoria.it/lavori/Contributi/Lobrano%20Probl%C3%A8mes%20actuels%20de%20droit%20%E0%20travers%20le%20droit%20\(public\).htm](http://www.dirittoestoria.it/lavori/Contributi/Lobrano%20Probl%C3%A8mes%20actuels%20de%20droit%20%E0%20travers%20le%20droit%20(public).htm). Consulta em: 16/9/2022.

³ LOBRANO, G., op cit, p. 2.

⁴ A. PIRAS. Spunti in tema di potestà normativa comunale e partecipazione Popolare, in Città e Diritto. Studi per la partecipazione cívica. Un “Codice” per Curitiba (Domenico D’Orsogna; Giovanni Lobrano; Pietro Paolo Onida (Orgs.), Napoli: Jovene, 2017, p. 518.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, reconheceu o Município como ente federativo (art. 1º e 18). A Carta conferiu aos municípios autonomia política, isto é, poder de auto-organização através da elaboração de sua Lei Orgânica, poder de autogoverno que corresponde à prerrogativa de eleger seu administrador e legislativo municipal, e o poder normativo ou de autolegislação quanto aos assuntos de interesse local e outros atribuídos pela Constituição de forma suplementar e concorrente⁵. A Lei Orgânica municipal, fundamento da autonomia dos municípios, é considerada para todos os efeitos fonte primária do direito.

De acordo com Antonella Piras, a Constituição brasileira reconheceu aos municípios uma autonomia legislativa, que eleva a Lei Orgânica a um tipo de “Constituição municipal”. Ademais, “La potestà statutaria deve essere considerata quale massima espressione dell’autonomia comunale”⁶.

Ainda que parte da ciência romanística questione a legitimidade científica e até mesmo a sua existência, a juspublicística romana teve profunda influência na formação do direito público positivo⁷. Dizer que o Direito público romano não serve mais⁸ é, no mínimo, temeroso.

⁵ R. POLETTI. O Município no constitucionalismo brasileiro, in *Città e Diritto. Studi per la partecipazione cívica. Um “Codice” per Curitiba*. Domenico D’Orsogna; Giovanni Lobrano; Pietro Paolo Onida (Orgs.), Napoli: Jovene, 2017, p. 488-489.

⁶ PIRAS A. Spunti in tema di potestà normativa comunale e partecipazione Popolare, in *O Município no constitucionalismo brasileiro, in Città e Diritto. Studi per la partecipazione cívica. Um “Codice” per Curitiba*. Domenico D’Orsogna; Giovanni Lobrano; Pietro Paolo Onida (Orgs.), Napoli: Jovene, 2017, p. 517-516.

⁷ A negação da influência e até da inexistência de um direito público romano por uma parte da doutrina romanística se deve, em grande parte, à influência da sistemática mommseniana (*Staatsrecht*, 1871-1888), de matriz liberal, que interpreta sob o prisma de categorias políticas e jurídicas modernas (estranhas às fontes antigas) o sistema do Direito público romano. Na verdade, o equívoco é consequência de uma interpretação pré-conceituosa que concebe o Direito público romano como manifestação do pensamento dogmático estatalista.

⁸ SAVIGNY, F. *Sistema del Derecho Romano Actual*, Granada: Editorial Comares, 205.

Na verdade, o *ius publicum* romano está presente *in verbum* e substância na história e na formação do direito constitucional, particularmente as categorias: *respublica*, *civitates-municipium* e *tribunat*.

O Município é uma criatura de Roma⁹, uma especificidade jus-publicística romana, a invenção jurídica da autonomia¹⁰, o precedente cronológico das comunas medievais e das cidades modernas¹¹, “est la base de notre civilization”¹². O Município, de origem romana, aportou no Brasil por meio da metrópole portuguesa e persiste até os dias atuais.

Etimologicamente, o termo *municipium* encontra-se vinculado a *munia capere*. Para Francesco De Martino¹³ o testemunho de Varrão¹⁴ resume a verdadeira etimologia do vocábulo: *municipium* decorre de *munus capere*, no sentido de *munus capessere* ou *munere fungi*, que significa a submissão a um *munus*. Municípes são, portanto, os cidadãos ligados pela participação comum nos encargos públicos¹⁵, os quais codividem com o povo romano os *munera honoraria* ou função magistratural¹⁶.

Os habitantes dos Municípios, embora não entrem no *populus Romanus*, dividem a gestão da coisa pública (*muneris tantum cum populo Romano honorari participes*). A participação conjunta não rompe o vínculo dos municípes com o seu próprio povo de origem, ao invés,

⁹ R. POLETTI. O Município no constitucionalismo brasileiro, in *Città e Diritto. Studi per la partecipazione cívica*. Um “Codice” per Curitiba. Domenico D’Orsogna; Giovanni Lobrano; Pietro Paolo Onida (Orgs.), Napoli: Jovene, 2017, p. 453.

¹⁰ G. LOBRANO. La Respublica romana, municipale-federativa e tribunitia: modelo costituzionale attuale. *Diritto@Storia*, n. 3, 2004, Memorie, p. 5.

¹¹ Idem, p. 3.

¹² T. MOMMSEN. Le droit public romain. tr. fr. F. GIRARD, VI.II, Paris, 1889, p. 417. Cf. G. LOBRANO, in *Città, municipi, cabildos*, in <Roma e America Diritto Romano Comune>>. *Atti del Congresso Internazionale <Mundus Novus. America Latina. Sistema Giuridico Latinoamericano>>*, n. 18, 2004, p. 172, n. 5.

¹³ F. DE MARTINO. *Storia della Costituzione Romana*, Napoli: Jovene 1975, II, p. 82 ss.

¹⁴ “*Alterum munus quod muniendi causa imperatum, a quo etiam municípes qui una munus fungi debent, dicti*” (*De lingua Latina*, de Marco Terencio Varrão, autor latino do séc. II-I a.C., V.

¹⁵ FEST., 126 L.1; GELL., 16.13.6.1; D.50.1 (ULP, 2 *ad ed* 1; PAUL. FEST., 117 L. e 155 L.

¹⁶ A expressão *munia capere* pode derivar também de *moenia*, muralha, que corresponde à obrigação do cidadão de construir as muralhas de suas cidades, obrigação de natureza cívica e militar, à qual estavam obrigados os cidadãos romanos do início da República.

implica um sistema de relações intercomunitário entre os povos dos Municípios e o povo romano, um ordenamento intercomunitário que regula a ascensão às magistraturas romanas por parte dos munícipes e confere, ao mesmo tempo, o caráter de uma tarefa coletiva na gestão dos *honores* em Roma, o que supõe o concurso dos povos municipais e do povo romano em um mesmo organismo político.¹⁷

A falta de testemunho direto e as incongruências encontradas nas fontes conhecidas foram e continuam sendo empecilhos para que se chegue a um conceito preciso acerca dos vocábulos *municipium* e *municeps*.

Uma definição de *municipium* depende, necessariamente, de quatro das principais fontes: Fest., 126 L.; Gell., 16.13.6; D.50.1 (Ulp., 2 *ad ed*) e Paul. Fest., 117 L. e 155 L.

Apesar das opiniões divergentes, o testemunho de Festo, que o recupera das fontes do final da república e de Paulo, seu epitomador, parece ter sido acolhida como fonte principal para definir *municipium* e *municeps*, para compreender a história da organização municipal e os tipos e *status* jurídicos dos *municipia*¹⁸.

Dentre as modernas interpretações do conceito de *municipium* e *municeps* em Paul-Fest¹⁹, deve-se considerar as contribuições de Michel Humbert e Umberto Laffi²⁰.

¹⁷ F. GRELLE. L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano. Teoria e praxis dell'organizzazione municipale. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1972, p. 118-119.

¹⁸ E. MANNI. Per la storia dei municipi fino alla guerra social, Roma: Signorelli, 1947, p. 20 ss. Cf. M. T. DIANA, Tesi di Laurea, Anno Accademico 1997-1998, Università degli Studi di Sassari, Facoltà di Giurisprudenza, p. 7, n. 10.

¹⁹ [...] *Municipium id genus hominum dicitur, qui cum Romam venissent, neque cives Romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum Romanis civibus, praeterquam de suffragio ferendo, aut magistratu capiendo; sicut fuerunt Fundani, Formiani, Cumani, Acerani, Lanuvini, Tusculani, qui post aliquot annos cives Romani effecti sunt. Alio modo, cum id genus hominum definitur, quorum civitas universa in civitatem Romanam venit, ut Aricini, Caerites, Anagnini. Tertio, cum id genus hominum definitur, qui ad civitatem Romanam ita venerunt, uti municipia essent sua cuiusque civitatis et coloniae, ut Tiburtes, Praenestini, Pisani, Urbinates, Nolani, Bononiensis, Placentini, Nepesini, Sutrini, Lucifrijenses* (PAUL-FEST., s.v. *municipium*, 155, W.M. Lindsay, Lipsia, 1913).

²⁰ U. LAFFI. La definizione di *municipium* in Paolo-Festo, in *Athenaeum* 63, 1985, p. 131 ss. Cf. M. FELICE. Studio sulla città nel sistema giuridico romano, Tesi di Dottorato di Ricerca in Sistema Giuridico roma-

Segundo M. Humbert²¹, o texto de Paulo (155 L.) apresenta a um só tempo um plano lógico e cronológico (“le plan est à la fois logique et chronologique”): o primeiro parágrafo corresponde à categoria dos Municípios *sine suffragio* do período mais antigo; o segundo refere-se à transformação dos *municipia sine suffragio* em *municipia optimo iure*, da etapa posterior; o terceiro parágrafo descreve o processo de municipalização das colônias latinas e das cidades federadas após a guerra social.

Ao analisar a definição tripartida de *municipium*, de Paul. (155 L.), Laffi²² procura demonstrar as diferenças entre as três categorias, nas quais a definição de Paulo está articulada e, ao mesmo tempo, intenta descobrir o que confere unidade lógica às três partes da definição. Segundo o autor, a primeira categoria dos *municipia* é constituída daquele *genus hominum* que, quando vinham a Roma, participavam de todos os direitos e deveres dos cidadãos romanos, exceto os direitos políticos de votar e de ser eleito magistrado.

A *civitas sine suffragio*, que está na origem do sistema municipal romano, foi concedida a várias comunidades itálicas a partir de 338 a.C. Os cidadãos eram inseridos na lista do censo como *cives sine suffragio*.

O segundo tipo de *municipium* é constituído por habitantes de uma comunidade a qual é concedida a cidadania romana plena, de forma coletiva. Corresponde à transformação dos *municipia sine suffragio* em *optimo iure*²³.

Na terceira categoria estão aqueles que entraram na cidadania romana após a guerra social, quando a condição de município é estendida a cada cidade *foederata* e a cada colônia latina, por meio de regulamento geral.

nístico; unificazione del Diritto e Diritto dell'Integrazione, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”, Anno Accademico 2000/200, p. 124-125.

²¹ M. HUMBERT. *Municipium et civitas sine suffragio*. L'organisation de la conquête jusqu'à la guerre sociale., Roma: Scuola tipografica S. Pio X, 1978, p. 32 ss.

²² U. LAFFI, op. cit., p. 131 ss. Cf. Maurilio Felice, op. cit., p. 122.

²³ M. HUMBERT, op. cit., p. 32 ss. Cf. Maurilio Felice, op. cit., 122.

De acordo com Laffi, o elemento comum que articula as três definições é a integração dos respectivos *genera hominum* na plena cidadania romana. Todavia, o autor adverte que a definição apresenta algumas discrepâncias, como a presença dos *Tusculani* e *Lanuvini* na primeira categoria (quando se sabe que foram desde o início *optimo iure*), e a inclusão dos *Caerites* e *Anagnini* na segunda categoria (quando se sabe que foram originalmente *sine suffragio*). Nada obstante, Laffi afirma que o texto reflete uma lógica ‘unidimensional’ na qual os elementos históricos foram atenuados em face da exigência de uma definição funcional²⁴.

2. DA LIGA LATINA À GUERRA SOCIAL

O processo de expansão municipal foi marcado por dois fatos históricos importantes: a Guerra latina e a dissolução da Liga latina, concluída em 338 a.C.; a Guerra Social, finalizada em 90-89 a.C.; e a *Constitutio Antoniniana*, de 212 d. C., que estendeu a cidadania romana a todas as cidades do Império.

A vitória de Roma contra os latinos e a dissolução da Liga impuseram uma nova forma de organização do território conquistado. O sistema de alianças, a *deductio* de (*coloniae civium romanorum* e *latinae*), a incorporação dos territórios e a consequente concessão da cidadania romana foram os instrumentos utilizados por Roma para reorganizar o território.

O *foedus*, elemento característico do sistema jurídico-religioso romano²⁵ foi utilizado para ligar as cidades a Roma e criar um amplo sistema de alianças. *Foedus* eram tratados celebrados por sacerdotes (latinos ou sabinos) depositários do *ius fetiale*.

Segundo Livio (1.32.3), a própria Roma se formou a partir de um *foedus*, firmado entre Túlio Ostílio e os latinos. A partir de então, Roma passou a integrar a Liga Latina.

²⁴ U. LAFFI, op. cit., p. 124-125.

²⁵ P. CATALANO. Linnee del sistema sovranazionale romano, I, Torino: Giappichelli, 1965, p. 22.

De acordo com Catalano, o *foedus* foi largamente utilizado por Roma graças à permeabilidade da religião romana e sua estreita conexão com a potencial aplicabilidade da norma do *ius fetiale* a todos os povos independentemente de vínculos étnicos, ou de outro tipo de vínculo²⁶. A propósito, Lobrano recorda uma afirmativa de romanista italiano do oitocentos: “il merito vero dell’*jus fetiale* fu quello di inaugurare il sistema dei *municipi*”²⁷.

Concluída a guerra, Roma passa a ocupar uma posição hegemônica ante as cidades conquistadas, não obstante, as *civitas foederadas* mantiveram sua autonomia e soberania. O sistema de alianças criado transformou a Itália em um agregado de diversas cidades, tendo Roma como ponto comum.

No ano 381 a.C., a cidade latina de *Tusculo* tornou-se Município, *municipium antiquissimum* (Cic. *pro Plancio*, 8), recebendo a cidadania plena. Em 353 a.C. a fórmula municipal foi aplicada à cidade etrusca de *Caere*, na condição de *civitas sine suffragio*. Desde então, aparece a distinção entre Municípios de *cives Romani*, e cidades federadas, cujos cidadãos não tinham a cidadania romana²⁸.

Bellum sociale (90-89 a.C.) foi a guerra movida pelas cidades federadas italianas (*socii*) contra a República romana (*populus Romanus*) pela obtenção da cidadania romana e a sua consequente transformação em Municípios romanos. O término do conflito exigiu de Roma uma complexa obra de definição ou redefinição do território, o qual foi organizado em Municípios de *cives optimo iures*. As comunidades de *civitas sine suffragio* desaparecem.

A *Lex Iulia de civitate Latinis danda* (90 a.C.), seguida da *Lex Plautia Papiria* (89 a.C.), permitiu a entrada em bloco das cidades fe-

²⁶ P. CATALANO. *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino: Giappichelli, 1990, p. 15 ss.

²⁷ G. LOBRANO. *Città, municipi, cabildos*, in “Roma e America Diritto Romano Comune”, Modena: Mucchi Editore, 2004, p. 174.

²⁸ *Ibidem*, p. 172.

deradas na cidadania romana plena e a assunção da condição de Municípios. No mesmo ano a *Lex Pompeia de Transpadanis* (89 a.C.) estendeu o direito latino às comunidades da Transpandania como recompensa pela lealdade a Roma no decorrer da guerra.

A expansão de Roma na península itálica ocorreu por meio de dois sistemas: o sistema federativo e a incorporação territorial por meio da anexação. Ambos os sistemas, segundo Grosso²⁹, estavam baseados em *foedera*, tratados entre Roma e as comunidade ou federação.

Posteriormente, foi promulgada a *lex Iulia municipalis*, lei quadro de Augusto (não de Cesar) para os Municípios da Itália³⁰, no intuito de conferir maior uniformidade e obter uma maior adesão das estruturas institucionais ao modelo romano³¹.

3. DA REPÚBLICA DE MUNICÍPIOS AO IMPÉRIO MUNICIPAL

Com o fim da guerra social, Roma procura reforçar vínculos políticos e jurídicos com as cidades aliadas a fim de dar continuidade à cidadania crescente (Pomponio *D.* 1.2.2), a *civitas augescens*³².

Conforme Lobrano, a federação de cidades torna sócios os respectivos povos para fundi-los em um só povo, esse mesmo uma sociedade formada de cidades: os *municipia*³³.

²⁹ G. GROSSO. *Lezione di Storia del diritto romano*, Torino: G. Giappichelli, 1965, p. 240.

³⁰ Sobre a *Lex Iulia municipalis* (Lei quadro para os Municípios da Itália) e a *Lex Flavia municipalis* (Lei modelo para os municípios da Espanha), ver: M. G. PINTO DE BRITTO. *Los Municipios de Italia y España: ley general y ley modelo*. Madrid: Dykinson, 2014.

³¹ T. SPAGNUOLO VIGORITA. *Città e Impero*. Un Seminario sul pluralismo cittadino nell'Impero Romano. Napoli: Jovene, 1996, p. 89.

³² L. DAL RI; A. DAL RI Jr. *Cidadãos e latinos na experiência jurídica da Roma antiga: novas possibilidades para um modelo de inclusão*. *Revista Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 2, mai-ago 2013, p. 311. Disponível: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/4681/2593>. Consulta: 01/12/2022.

³³ G. LOBRANO *La Respublica romana, municipale-federativa e tribunizia: modelo costituzionale attuale*. *Diritto@Storia*, n. 3, 2004, *Memorie*, p. 6.

O vínculo societário fruto do *foedus sociale* liga não somente o povo da cidade de Roma aos povos de outras cidades, seus sócios - o próprio *populus romanus* é uma sociedade e os *cives: populus autem non omnis coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus* (Cic. rep. 1.25.39). Roma transforma-se em uma *civitas* de *civitates*, um *populus* de *populi*, uma *res publica* de *res publica*³⁴.

Finalmente, a República é municipal. O Município, a invenção jurídica da ‘autonomia’, por meio da qual várias cidades podem conviver em uma única república e em um único povo, sendo e permanecendo juridicamente, cada uma dessas, uma república e um povo (Gell. n.A.16.19.6)³⁵.

No dizer de Cícero, há dois níveis de cidadania: a cidadania natural (local) e a outra ligada à cidadania romana (*et omnibus municipiis duas esse censeo pátrias, unam naturae, alteram civitatis*. Cic. *De leg.* 2.2.5), porém Roma é e permanece *communis mostra pátria est* (Modestin. D. 50.1.3.3).

A ‘revolução municipal’ gestada na guerra social, da qual é filha a *res publica-res socialis*, tem no Império seu herdeiro³⁶.

Assim, a *Constitutio Antoniniana de Civitate*, de 212 d.C., conhecida como Édito de Caracala, estende a cidadania romana a todas as cidades do Império, transformando-as em Municípios. Doravante podemos falar de um Império municipal, tendencialmente universal.

No ano 74 a.C., o Édito de Latinidade de Vespasiano concede o *ius Latii* a todas as províncias da Espanha: *Universae Hispaniae Vespasianus imperator Augustus iactatum procellis rei publicae latium tribuit* (Plínio, *Naturalis Historia* III, 3.3.30). As cidades de *ius Latii* se organizam segundo o modelo municipal e os magistrados locais, após o

³⁴ Idem, 2004, p. 177.

³⁵ G. LOBRANO, 2004, op. cit., p. 5.

³⁶ G. LOBRANO, 2004, op. cit., p. 179.

exercício da magistratura, obtêm, com os familiares sob sua *potestas*, a cidadania romana³⁷. Em pouco tempo todos os cidadãos da Espanha tinham a cidadania romana.

A ‘República do Império’ (Catalano) não é somente a “rede de cidades, mas um sistema de cidade-municípios, societário-federativo e centrípeto-*augens*, que tem como centro a cidade de Roma”³⁸.

4. FUNDAMENTOS DA AUTONOMIA MUNICIPAL

O conceito atual de autonomia municipal não pode ser confundido com a concepção antiga, uma vez que a autonomia municipal é própria do sistema jurídico-religioso, uma especificidade da juspublicística romana presente desde o século IV a.C.

O ‘novo’ conceito decorre, em larga medida, da criação de Mommsen³⁹ de ‘autonomia dependente’ e ‘autonomia controlada’. Tal concepção é própria do contexto histórico-dogmático do Estado moderno, o qual concebe ‘autonomia’ como descentralização, como uma delegação de competências do poder central. A criação procede da interpretação de Mommsen acerca das relações entre *imperium/città* e da contraposição entre *foedus* e *municipium*⁴⁰. A tese do autor permeou a doutrina romanista oitocentista e persiste na noção hoje dominante de autonomia como delegação de competências do poder central aos entes da federação. Mommsen contrapõe *foedus* a *Municípios*, como se não fossem faces da mesma moeda. Para o grande histórico, as relações entre as cidades não eram de natureza federativa, tampouco eram frutos de tratados. Resultavam de um sistema no qual o poder monolítico do

³⁷ *Ut magistratus civitatem Romanam consequantur...Qui Ilvir aedilis quaestor ex hac lege factus erit, cives Romani sunt, cum post annum magistratu abierint, cum parentibus (lex Salpensana, Cap. 21).*

³⁸ G. LOBRANO, 2004, op. cit. p. 180.

³⁹ T. MOMMSEN. *Le droit public romain*, tr. fr. GIRARD, VI.II, Paris, 1889, p. 419 e 422 s. Cf. G. LOBRANO, 2004, op. cit, p. 175.

⁴⁰ G. LOBRANO, 2004, op. cit., p. 171.

Estado se irradiava do centro à periferia, do vértice à base⁴¹. Nesse sentido, ante o Estado legalmente soberano, a autonomia do município só pode ser compreendida como dependente, tolerada, limitada, praticamente suprimida quando ocorre a entrada da cidade no Estado Romano. A interpretação de Mommsen é considerada pelos romanistas pós-mommsenianos, como Cardilli, ‘a histórica’ e ‘dogmaticamente incorreta’, por interpretar o modelo juspublicístico romano sob a perspectiva estatalista da divisão de poderes e da relação Estado central e autonomias infraestatais. Ela traduz a sistemática ideológica condicionada à doutrina da soberania do Estado⁴².

Roma teve que administrar relações complexas e diversas na sua relação com as comunidades preexistentes, sem adotar um esquema unitário e monolítico.

A relação *Imperium Romanum* e *municipia civium Romanorum* foi sempre uma relação da ‘parte’ com o ‘tudo’, fundada sob um princípio voluntarístico-federativo, diferentemente da relação entre autonomia e Estado-Nação soberano⁴³.

Entre os anos 118 e 121, na *oratio in senatu habita* (de *Italicensibus*), dirigida aos municípes de Italica, reportado por Aulio Gellio⁴⁴, o Imperador Adriano faz um elogio à autonomia dos municípios, reco-

⁴¹ Ibidem, p. 174.

⁴² R. CARDILLI. ‘Autonomia’ e libertas. Delle civitates peregrinae e dei municipia nell’Imperium Populi romani, in *Città e Diritto. Studi per la partecipazione cívica. Un “Codice” per Curitiba* (Domenico D’Orsogna; Giovanni Lobrano; Pietro Paolo Onida (Orgs.), Napoli: Jovene, 2017, p. 88.

⁴³ Ibidem, p. 101.

⁴⁴ Gellius, *noct. att. XVI, 13,6; 8-9: Municipis ergo sunt cives Romani ex municipiis legibus suis et suo iure utentes, muneris tantum cum populo Romano honoraris participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus est... 8. Sed coloniarum alia necessitudo est; non enim veniunt extrinsecus in civitatem nec suis radicibus nituntur, sed ex civitate quasi propagatae sunt et iura institutaque omnia populi Romani, non sui arbitrii, habent. 9. Quae tamen condicio, cum sit magis obnoxia et minus libera, potior tamen et praestabilior existimatur propter amplitudinem maiestatemque populi Romani, cuius istae coloniae quasi effigies parvae simulacraque esse quaedam videntur, et simul quia obscura oblitterataque sunt municipiorum iura, quibus uti iam per innotitiam non queunt.*

nhecendo *uti suis legibus*⁴⁵ como atributo próprio da organização municipal em contraposição às colônias, onde se aplicava o *iura* próprio do *populus Romanus*. O Imperador demonstra surpresa com o pedido feito por seus concidadãos de converter o próprio Município em colônia. Na *oratio*, Adriano afirma que os cidadãos provenientes dos Municípios usam suas próprias leis e o seu próprio direito, participam das funções honoríficas do povo romano, não estão vinculados a outras obrigações nem a alguma lei do povo romano, a não ser àquela que o seu povo tenha explicitamente feito própria⁴⁶.

Ainda que se reconheça a heterogeneidade e autonomia do sistema normativo municipal em face da *iura Populi Romani*⁴⁷, Adriano propõe o ordenamento municipal como o esquema mais funcional para uma política de desenvolvimento e promoção das estruturas urbanas nos territórios latinizados⁴⁸.

A adesão das estruturas locais ao modelo romano levou à adoção de critérios mais uniformes para a organização de colônias e Municípios, particularmente depois da *lex Iulia municipalis*, de Augusto, a lei geral quadro para os Municípios da Itália, e da *lex Flavia municipalis*, a lei modelo para os Municípios da Espanha⁴⁹, sempre respeitando as peculiaridades locais. Os municípios eram constituídos por adesão através das *lex munnicipii*, eram administrados por magistrados locais com jurisdição civil e penal, tinham seus próprios senados e assembleias, go-

⁴⁵ Segundo Sandro Schipani, o princípio *suis legibus uti* está na origem do próprio sistema jurídico romanístico e na sua própria fundação, está presente na rede de *foederas* que Roma estabeleceu com outros povos e cidades que mantiveram seus ordenamentos integrados a um mosaico bem articulado e acompanhado, mais tarde, o crescimento do sistema até desembocar nas autonomias municipais (Sandro Schipani. *Suis legibus uti: Fazer uso das próprias leis*, in Sistema jurídico romanístico e subsistema jurídico latino-americano, S. SCHIPANI, D. B. GOMES DE ARAUJO (orgs), tr. T. OLCESE São Paulo: FGV Direito SP, 2015, p. 250.

⁴⁶ GELL. 16.13, tr. F. GRELLI. L'autonomia cittadina fra Traiano e Adriano. Teoria e prassi dell'organizzazione municipale. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1972, p. 66.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 82-83.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 117.

⁴⁹ M. G. PINTO DE BRITTO. Los municipios de Itália y de España: ley general y ley modelo. Madrid: Editorial Dykinson, S.L. 2014.

zando, portanto, de autonomia normativa, judiciária e administrativa, isto é, viviam *suis legibus uti*.

Como refere Giovanna Merola, havia uniformidade e pluralismo, mas isso não significou o fim da autonomia administrativa ou normativa. A autonomia local desde a república até o principado foi incontestável⁵⁰.

Um estudo acerca do conceito antigo de autonomia deve levar em consideração as fontes jurídicas, evitando sobrepor as concepções modernas de ‘autonomia’ sobre a verdadeira autonomia dos antigos, fundada no princípio do *suis legibus moribusque uti*. Na práxis organizativa romana o reconhecimento do *uti suis legibus* garante formalmente a independência normativa das comunidades, excluindo a possibilidade de que os seus ordenamentos possam ser considerados derivados daquele do povo romano⁵¹.

5. CONTINUIDADE

O elemento mais importante de continuidade do mundo romano é município, o qual prossegue nas comunas medievais. O processo de independência latino-americano foi fortemente marcado pelo ‘constitucionalismo municipal’ de Francia (1811), Bolívar (1826) e José Martí.

O Município brasileiro, como se verá a seguir, nasceu autônomo, não como corporação administrativa. Seguiu, como não poderia deixar de ser, a origem romana-visigótica-portuguesa. A ‘potestà’ estatutária é considerada a máxima expressão da autonomia municipal. Por meio desta o ente local estabelece a norma fundamental relativa à própria organização e à participação popular⁵².

⁵⁰ G. MEROLA. *Sui moribus legibusque uti.*, in Città e Diritto. Studi per la partecipazione cívica. Un “Codice” per Curitiba (Domenico D’Orsogna; Giovanni Lobrano; Pietro Paolo Onida (Orgs.), Napoli: Jovene, 2017, p. 218-219.

⁵¹ S. SCHIPANI, 2015, op. cit., p. 253.

⁵² A. PIRAS. Spunti in tema di potestà normativa comunale e partecipazione Popolare, in Città e Diritto. Studi per la partecipazione cívica. Un “Codice” per Curitiba (Domenico D’Orsogna; Giovanni Lobrano; Pietro Paolo Onida (Orgs.), Napoli: Jovene, 2017, p. 518.

Ensina Lobrano que o constitucionalismo que se forma a partir do século XVIII se articula em dois constitucionalismos contrapostos: o constitucionalismo de modelo inglês (feudal-moderno parlamentar-representativo inglês com a conexas divisão-equilíbrio dos poderes e o constitucionalismo de modelo romano republicano-municipal e tribunicio). Cada vez que o modelo prevalente entra em crise, há um verdadeiro ressurgir das soluções constitucionais republicanas romanas, ou seja, o papel constitucional dos Municípios e o tribunato, na forma de defensor do povo⁵³.

PARTE II - O MUNICÍPIO NO BRASIL: DA COLÔNIA À REPÚBLICA

1. BRASIL COLÔNIA

Ainda sob o regime feudal do Condado Portucalense, e sob o movimento de reconquista contra a dominação árabe, foram surgindo os “Concelhos” (do latim “*concilium*”, reunião em assembleia), uma comunidade assentada sobre um território mais ou menos definido e organizada sob essa assembleia local composta pelas pessoas do lugar, e que passam a ser formalmente reconhecidos, com certos graus de autonomia, em “cartas de foral” (do latim “*ferendo*” ou “*ferendo foro*”) editadas pelas autoridades centrais do Condado (nobres e igreja)⁵⁴ - “Com o

⁵³ G. LOBRANO. Municipio y Tribunato. Elementos constitutivos del ‘Constitucionalismo republicano’. Conferência realizada no VI Colóquio Ítalo-Brasileiro de Direito romano, Pelotas, 1999. Publicada na Revista Iberoamericana de Augustión y Acción Comunal, n. 33. Año XVII, 1999.

⁵⁴ A carta de foral “se qualifica o diploma concedido pelo rei, ou por um senhorio laico ou eclesiástico, a determinada terra, contendo normas que disciplinam as relações dos povoadores ou habitantes, entre si, e destes com a entidade outorgante. Representa o foral a espécie mais significativa das cartas de privilégio [= diplomas que, embora de carácter diverso, criam para certas comunidades ou localidades uma disciplina jurídica específica e mais favorável do que a comum]. (...) as dimensões e os conteúdos dos forais são variáveis. Via de regra, os seus preceitos disciplinam as matérias seguintes: liberdades

tempo, estas formas embrionárias vão-se desenvolvendo e vai ganhando corpo a tendência para conceder a estas comunidades locais o direito de se auto-organizarem, elegendo órgãos próprios encarregados da administração e da aplicação da justiça”⁵⁵.

A mesma prática das cartas de foral para o reconhecimento de concelhos locais se mantém depois da criação do Reino de Portugal, em 1139, pelo rei Dom Afonso Henriques (Afonso I de Portugal). O primeiro caso que resta documentado é o foral de São João da Pesqueira, de 1055, ao norte de Portugal, próximo ao Rio Douro e à Galícia espanhola. Já para a hoje capital Lisboa o foral real data de 1197, quase 60 anos depois da criação do Reino; e nos séculos XIV e XV o inteiro território do Reino já estava dividido em Concelhos formalmente reconhecidos.

Os monarcas, decorridos os tempos iniciais, em que partilharam o território preferencialmente com as entidades senhoriais, cumulando os magnates, as dioceses, os conventos e as ordens militares com doações generosas, convenceram-se gradualmente do papel que estava reservado às comunidades constituídas por gente anónima e laboriosa, na consolidação das fronteiras, no desenvolvimento do país, na defesa da ordem pública e até na administração local e no financiamento do estado.⁵⁶

Os Concelhos (por meio da enumeração das instituições e dos principais cargos públicos neles existentes, com suas respectivas atribuições e funções) e as cartas de foral sempre apareceram reconhecidos

e garantias das pessoas e dos bens dos povoadores; impostos e tributos; composições e multas devidas pelos diversos delitos; imunidades colectivas; serviço militar; encargos e privilégios dos cavaleiros vilãos; ónus e forma das provas judiciais, citações, arrestos e fianças; aproveitamento dos terrenos comuns”. COSTA, M.J.A. História do direito português. p. 188-189. Na Espanha medieval a carta de privilégio tinha o mesmo nome, são os “*fueros*” ou “*fueros municipales*”.

⁵⁵ A. MANUEL HESPANHA. História das instituições. Coimbra: Almedina, 1982, p. 151-152.

⁵⁶ A. MATOS REIS. História dos municípios (1050-1383). Lisboa: Livros Horizonte, L.da., 2015. Edição electrónica.

e regradados nas Ordenações do Reino de Portugal. Essas Ordenações foram compilações do direito português vigente, e conhecidas pelo nome dos sucessivos reis que determinaram a feitura dessas compilações: Afonsinas (1446/1447), Manuelinas (1511-1521) e Filipinas (1603).

As Ordenações Manuelinas e as Filipinas foram também as normas básicas aplicáveis ao Brasil colônia. E uma parte das Ordenações Filipinas continuou em vigor no Brasil mesmo depois da sua independência em 1822. Depois da declaração de apossamento do território brasileiro pela coroa portuguesa em 1500, o regime do foral previsto nessas Ordenações (acompanhado de cartas de doações de terras – capitânicas e sesmarias) foi utilizado a partir de 1532/1534 pela coroa portuguesa para efetivar a ocupação e povoamento da nova colônia⁵⁷.

Nesse primeiro momento, fidalgos portugueses que receberam doações de terra como gratidão pelos serviços prestados à coroa portuguesa (sistema das “capitânicas hereditárias”) recebiam via foral prerrogativas para autorizar a criação de vilas e povoados em suas terras, e para reconhecer poderes de auto-organização local dessas vilas e povoados.

Em um segundo momento (e depois do fracasso do sistema de capitânicas), cria-se em 1548-1549 o cargo de Governador-Geral do Brasil, centralizando o poder estatal acima dos capitães donatários, e que passa a deter a prerrogativa de autorização para criação de vilas e povoados - e, mais do que isso, já na primeira Carta de Regimento ao primeiro Governador-Geral, “fundar uma fortaleza e uma povoação grande e forte”, ou seja, a primeira cidade, Salvador, na Bahia de Todos os Santos, para se tornar a primeira capital da colônia brasileira (Carta do Rei D. João III ao Governador-Geral Tomé de Souza, 1548)⁵⁸.

⁵⁷ Nas ORDENAÇÕES FILIPINAS de 1603 o Foral está regulado no Livro I, Título XXVII.

⁵⁸ Texto integral do Regimento-Geral: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5523820/mod_resource/content/1/2.%20Regimento%20do%20Governo-Geral%20%28Tom%C3%A9%20de%20Sousa%29%2C%201548.pdf.

O regime de Governo-Geral perdurará até 1808, quando a família real portuguesa emigra para o Brasil por causa da invasão napoleônica em Portugal.

O regime municipal brasileiro tem então, nas suas origens coloniais, essa característica diferencial e peculiar de, antes mesmo da chegada das populações urbanas, haver servido como um instrumento da política colonialista do Estado português; uma *longa manus* do Estado português, para uma progressiva e planejada ocupação do inteiro território da colônia e servindo a fins sobretudo políticos e econômicos do seu entorno:

Até a Independência brasileira, em 1822, o município funcionava como ponta-de-lança para penetração no território, sem nunca deixar de ser uma afirmação da soberania da coroa portuguesa. (...) Dentro do vasto território da colônia, com sua baixíssima densidade demográfica, encontravam-se as fazendas de produção agropecuária e as plantações de cana-de-açúcar e café; eram estes os verdadeiros centros da vida diária do povo simples, que em sua grande maioria jamais saía desses lugares ao longo da vida. Nesse contexto, um município já representava a congregação de várias dessas microssociedades com o centro comercial da região como a sede do governo municipal, as Câmaras. O poder das Câmaras passava a ser o poder dos proprietários: eram eles que fixavam salários e preços, regulavam o curso e o valor das moedas, votavam a tributação etc, chegando até mesmo a substituir governadores e capitães. (...) A base do município brasileiro, portanto, não é a cidade, como foi na Europa, mas a propriedade rural. Assim surgiu o “sistema social das fazendas”, com suas estruturas autoritárias e feudais que quase nada tinham em comum com a vida política e social dos municípios europeus.⁵⁹

Por exemplo, no Foral de Duarte Coelho (Capitania de Pernambuco, 1534 – o primeiro foral para o Brasil) foi estipulado pela coroa

⁵⁹ A. KRELL. O município no Brasil e na Alemanha. 2003, São Paulo: Oficina Municipal, p. 31.

que, para vilas e povoados no “sertão” (i.e., no interior da Capitania), o capitão-donatário “só as poderá erigir em distância de seis léguas de umas às outras”, de modo que as vilas e povoados ficassem espalhadas e ao mesmo tempo servissem capilarmente como postos avançados das regiões do entorno, onde se davam a produção agrícola e pecuária (no caso de Duarte Coelho, como ponto de apoio aos recém-implantados engenhos de cana-de-açúcar no nordeste da colônia, movidos pela mão de obra escrava).

Ao mesmo tempo, as Ordenações do Reino garantiam amplos poderes locais de auto-organização dos núcleos urbanos⁶⁰, e aqui notam-se os traços organizacionais e institucionais do antigo direito municipal romano.

Em cada povoado havia uma Câmara (a assembleia comunal), composta por uns poucos vereadores. Ao lado dos vereadores havia uma variada série de cargos de caráter administrativo, mais ou menos decalcados das antigas magistraturas romanas ou mesmo do período da dominação árabe sobre a Ibéria (procurador, tesoureiro, escrivão, almotacel, alcaide, etc.), e por fim havia os juizes ordinários, todos os cargos eleitos por um grupo de seis “homens bons” (no caso brasileiro, tendencialmente os maiores proprietários das terras vizinhas), e estes escolhidos como colégio eleitoral pela população local (“homens bons e povo, chamado a Concelho”)⁶¹. Por outro lado, a coroa portuguesa nomeava um “juiz-de-fora” (ou seja, um juiz que não era natural do local - um cargo vitalício, e que funcionava também como fiscal do rei na Câmara e no Concelho).

Apenas no exemplo dos vereadores, estes exerciam parcelas de todas as três clássicas funções estatais, e sempre relacionadas com o âmbito local: legislação (“ter carrego de todo o regimento da terra”

⁶⁰ Cf., v.g., ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título XXVI e seguintes, onde estão enumerados os principais cargos públicos municipais e suas competências ou atribuições.

⁶¹ ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título LXVII.

bem como as normas sobre as “posturas, Vereações e costumes antigos da cidade, ou villa”), governo/administração (“ter carregos... das obras... e de tudo o que puderem saber, e entender, porque a terra e os moradores dela possam viver”) e jurisdição sobre os casos criminais menores (injúrias e pequenos furtos – aos juízes municipais, ordinários ou “de-fora”, ficava a reservada a jurisdição dos crimes mais graves e importantes)⁶².

E já com esse único exemplo resta claro que os Municípios no Brasil colonial gozaram de ampla autonomia no seu autogoverno para os temas de interesse local, a mais ampla autonomia já reconhecida aos Municípios no Brasil.

2. BRASIL IMPERIAL – CONSTITUIÇÃO DE 1824

Proclamada a independência do Brasil em 1822 pelo Príncipe-Regente português Dom Pedro, depois Dom Pedro I, imperador brasileiro, este outorga uma Constituição em 1824, cujas características básicas deitam raízes na ideologia do princípio monárquico do Congresso de Viena de 1815, e portanto de concentração plena do poder estatal nas mãos do imperador, inclusive com a existência de um quarto Poder estatal, o “Poder Moderador” (de inspiração apenas formal na teoria de Benjamin Constant, em *Princípios De Política Aplicáveis A Todos Os Governos*, de 1810), pelo qual o imperador podia interferir diretamente na organização e no funcionamento dos três outros Poderes tradicionais, controlando-os direta e efetivamente.

No tocante aos Municípios, por um lado ainda se nota na Constituição imperial a herança da estrutura organizacional básica de poder local provinda da tradição das Ordenações portuguesas. Assim, a Constituição imperial de 1824 declarava inicialmente no art. 167 que “Em todas as cidades e vilas ora existentes, e nas mais que para o futuro se

⁶² ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro I, Título XXVI.

criarem, haverá Câmaras, às quais compete o Governo econômico e municipal das mesmas cidades e vilas”.

Por outro lado, os arts. 168 e 169 determinaram que tanto a composição do número de vereadores nas Câmaras quanto o “exercício de suas funções municipais, formação das posturas policiais, aplicação das suas rendas e todas as suas particulares e úteis atribuições, serão decretadas por uma Lei regulamentar”. Ou seja, na prática os Municípios foram tornados reféns de uma lei imperial, a quem caberia fixar o conteúdo e a extensão da autonomia local.

Essa lei regulamentar sobreveio em 1º.10.1828. Adotando o princípio da tutela estatal sobre os Municípios, tal e qual já vigente tanto em monarquias absolutistas europeias (exemplo das reformas de Luís XIV da França, em 1692) quanto na França de Bonaparte, a lei regulamentar desferiu um profundo golpe na autonomia municipal, instituindo o chamado “princípio da tutela” estatal sobre as vilas e cidades⁶³. Assim, ela declarou que as Câmaras “são corporações meramente administrativas, e não exercerão jurisdição alguma contenciosa”, perdendo elas as funções legislativas e jurisdicionais. Depois, a lei regulamentar subordinou as restantes decisões administrativas das Câmaras às vezes à prévia chancela, outras vezes ao referendo dos Presidentes das Províncias e dos Ministros de Estado (tornando-os tutores de uma pupila Câmara). Por fim, a lei regulamentar transferiu para cargos provinciais uma série de competências administrativas que no Brasil colonial eram das magistraturas municipais.

Depois da abdicação de Dom Pedro I em 1831, duas novas leis rumaram para lados opostos. Em 1832 é publicado o primeiro Código de Processo Penal do Império (inspirado no modelo inglês), que cria, ao lado dos juízes criminais ordinários (vinculados às Províncias), o cargo de juiz de paz municipal, com eleição direta pelos munícipes, e com a

⁶³ BRASIL. Texto integral da lei regulamentar: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lm/lm-1-10-1828.htm.

competência para julgar as infrações às posturas municipais aprovadas pela Câmara e outros crimes menores (art. 12, § 7º), devolvendo assim um pouco da função jurisdicional a uma autoridade municipal. Todavia, isso durou muito pouco, um segundo Código de Processo Penal, publicado em 1840, transferiu as competências do juiz de paz municipal para autoridades provinciais.

Já o Ato Adicional à Constituição Imperial (1834) seguiu a anterior linha centralizadora. Ele criou as Assembleias Legislativas Provinciais e, ao mesmo tempo, subtraiu uma outra série de competências municipais e as transferiu a esses novéis Poderes Legislativos provinciais (v.g. “desapropriação por utilidade municipal”, “polícia e economia municipal”, “fixação das despesas municipais... e os impostos para ellas necessarios”; “fiscalização do emprego das rendas publicas municipais”, “criação e supressão dos empregos municipais... e estabelecimento dos seus ordenados”, “autorizar as Camaras Municipaes... para contrahir empréstimos” etc.)⁶⁴.

Não por último, e inspirada em atos interventivos nos Municípios franceses pelo consulado de Bonaparte (Lei do 28 Pluviôse do ano VIII, que criou os “*Conseils de Préfecture*”), a Lei nº 18 da Província de São Paulo, de 11.04.1835, criou o cargo do Prefeito e de Subprefeitos, nomeados pelo Presidente da Província, como agentes delegados do Poder Executivo provincial junto a cada Câmara de Vereadores da Província de São Paulo, ali ditando ordens, chefiando, fiscalizando e controlando a Câmara e todos os demais cargos municipais⁶⁵. Esse mesmo modelo foi depois seguido pelas demais Províncias brasileiras. Os Municípios do Império brasileiro receberam assim uma última e mortal estocada em sua autonomia. Um tal grau de perda de autonomia que se equipara aos períodos de ditadura no Brasil republicano, conforme se verá adiante.

⁶⁴ BRASIL. Texto integral do Ato Adicional: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim16.htm.

⁶⁵ BRASIL. Texto integral da lei paulista: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1835/lei-18-11.04.1835.html>.

Às vésperas da Proclamação da República em 1889, Ruy Barbosa, um dos grandes juristas da época, escreverá, antecipando as mudanças que se avizinhavam: “Sob a Monarquia unificada os municípios terão de definhar sempre adstritos ao princípio da uniformidade mecânica, que atrofia a vida local... não pode haver, num país como este, reorganização municipal séria, inteligente, fecunda antes da federação”⁶⁶.

3. BRASIL REPÚBLICA - CONSTITUIÇÕES REPUBLICANAS DE 1891, 1934 E 1946

a) Constituição de 1891

Proclamada a República em 1889, suas bases fundamentais são dadas pela Constituição de 1891, com texto de lavra básica do mesmo Ruy Barbosa, aprovado às pressas pelo Congresso Nacional e bastante fiel ao texto da Constituição liberal norte-americana de 1787. A Constituição dos Estados Unidos do Brasil dá as costas para a Europa e vê no “grande irmão” da América do Norte o novo exemplo jurídico a ser seguido.

A profecia de uma “reorganização municipal séria, inteligente, fecunda”, todavia, não se realizou, pois o modelo municipal norte-americano não deixa de ser uma variante baseada no princípio europeu da tutela, neste caso centrado no Estado-membro como tutor. A descentralização federativa deu-se unicamente em favor dos Estados-membros, não chegando aos Municípios.

Assim, o art. 68 da Constituição de 1891 (único dispositivo a tratar dos Municípios) dispunha que: “Os Estados organizar-se-ão de forma que fique assegurada a autonomia dos Municípios em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”. E quando a discussão judicial sobre

⁶⁶ R. BARBOSA. O liberalismo e a Constituição de 1888 - Textos selecionados de Ruy Barbosa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1991. p. 54.

o alcance e extensão desse “peculiar interesse” chegou ao Supremo Tribunal Federal, este decidiu em favor dos tutores: “O art. 68 da Constituição não declara precisamente em que consiste a autonomia municipal, nem quaes os seus limites necessarios, dependendo isto de leis estaduais que definam o que, dentro do municipio, constitue o interesse peculiar deste com exclusão do interesse do Estado”⁶⁷.

Além disso, a Constituição de 1891 não enumerava fontes de renda própria em favor dos Municípios, tornando as finanças municipais plenamente dependentes da legislação de seus Estados-membros tutores.

Na prática, as leis estaduais, denominadas de Lei Orgânica dos Municípios, se encarregaram de restringir ao máximo o “peculiar interesse” dos Municípios⁶⁸. Em regra, foram reconhecidos dois Poderes municipais, o Poder Legislativo, corporificado na Câmara de Vereadores (e cujas leis dependiam na prática do quanto de autonomia a lei estadual lhes havia reservado para tanto); e o Poder Executivo, nas figuras do Prefeito e Vice-Prefeito. Mas ainda aqui “somente em oito dos vinte Estados a eleição do prefeito era a regra. Nos outros doze o prefeito era de nomeação do governador, senão em todos os Municípios, pelo menos na capital do Estado e naqueles em que o governo estadual tinha invertido grandes somas em estâncias hidrominerais”⁶⁹. Em suma, “durante os 40 anos em que vigorou a Constituição de 1891, não houve autonomia municipal no Brasil”⁷⁰, e os Municípios foram “assunto doméstico das províncias”⁷¹.

⁶⁷ STF, Agravo 1118, de 13.01.1909.

⁶⁸ O único caso histórico de exceção durante a República Velha foi o Estado do Rio Grande do Sul, que delegava a cada Município poderes para promulgar a sua Lei Orgânica Municipal. Na década de 1940 o Estado de Goiás foi o segundo caso de exceção.

⁶⁹ D. LORDELLO DE MELLO. “Desenvolvimento histórico do govêrno local no Brasil”, in Samuel H. Jameson, Administração Municipal, Rio de Janeiro: Ed. FGV, 1965, p. 40.

⁷⁰ H. LOPES MEIRELLES. Direito municipal brasileiro, 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

⁷¹ R. MACHADO HORTA. “Posição do Município no Direito constitucional federal brasileiro” in RDP 63/12, 1982, p. 109.

Por outro lado, uma doutrina municipalista, desenvolvida sobretudo na Faculdade de Direito de São Paulo a partir da década de 1920, desenvolveu as bases de uma interpretação mais ampla e alargada da cláusula geral “peculiar interesse”, e com isso pode ser vista como o nascedouro de uma teoria jurídica municipalista para o Brasil republicano (e que acabou afirmada na Constituição de 1988, conforme se verá adiante). Assim, o “peculiar interesse” foi interpretado como todo caso em que o interesse municipal predominava sobre os interesses estaduais e federais, surgindo daí uma esfera de competência (legislativa e administrativa) de caráter próprio dos Municípios, indelegável e imune a restrições estaduais ou federais (teoria da “predominância do interesse local”). As primeiras bases foram lançadas em 1923 pelo professor Herculano de Freitas, em debate no Senado Federal:

Primeiro, a autonomia do município é imposta pela Constituição aos Estados... a competência dos Estados para regular a actividade municipal não é originária, é derivada... pelo ônus de respeitarem a autonomia dos municípios em tudo quanto fôr de seu peculiar interesse... Não é vaga a disposição constitucional:... Peculiar interesse do município é o que não é interesse próximo da União ou do Estado, pois que remoto interesse têm todos os poderes públicos nas cousas nacionaes.⁷²

Essas bases foram aperfeiçoadas em 1928 por outro professor da mesma Faculdade, Sampaio Dória, que contrapôs o termo “peculiar” (interesse) às espécies de competências exclusiva e privativa, sempre típicas no âmbito dos Estados-membros e da União (criando com isso uma tríade de competências exclusivas, privativas e peculiares):

⁷² Texto da transcrição dos debates no Senado Federal - Jornal Correio Paulistano, 20.09.1923, p. 2: http://memoria.bn.br/DocReader/Hotpage/HotpageBN.aspx?bib=090972_07&pagfis=12792&url=http://memoria.bn.br/docreader#.

O interesse ou é peculiar, ou é geral, subdividindo-se este em estadual e nacional... A diferença está na idéia de exclusão: privativo importa exclusão, e peculiar não. A ordem pública de um Estado é seu interesse peculiar, mas é também interesse da Nação. Logo, não é privativo do Estado. Uma escola primária que certo município abra é seu interesse peculiar, mas não exclusivo, não privativo, porque a instrução interessa a todo o País. O entrelaçamento dos interesses dos municípios com os interesses dos Estados, e com os interesses da Nação, decorre da natureza mesma das coisas. O que os diferencia é a predominância e não a exclusividade... Os interesses peculiares dos municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades locais, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais. Sob certo aspecto, e por alto, todos os interesses são comuns; distribuem-se em peculiares a esta ou aquela entidade, quando lhe aproveita diretamente, imediatamente, e só reflexamente às demais. O estado a todo momento se defronta com todos os municípios. Em todos eles, há coexistência de interesses peculiares ao município, e interesses diretos do estado. A cada um toca prover os que lhe forem próprios... A realidade insofismável é existirem, em seja qual for a circunscrição territorial, em que se divide o estado, interesses peculiares ao lugar, ao lado de interesses gerais. E, na esfera dos interesses peculiares aos municípios, nem o estado, nem a União podem decidir. E, quando aí ponham as suas mãos, ferem a autonomia dos municípios.⁷³

Daí em diante a tarefa daquilo que será conhecido como “movimento municipalista” foi defender a autonomia municipal por meio da cláusula geral “predominância do interesse local”, em oposição à predominância de interesses estaduais ou federais a cada caso concreto. E assim foram se afirmando em espécie as competências legislativas e administrativas peculiares e próprias dos Municípios brasileiros.

⁷³ S. DÓRIA. “Autonomia dos Municípios”, in Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, vol. 24, 1928.

b) Constituição de 1934

A Constituição de 1934 traz consigo os efeitos do constitucionalismo democrático-social da Constituição alemã de Weimar de 1919. E pioneiramente seu art. 13 irá definir de modo bastante claro aquilo que ficou conhecido como a “cláusula da tripla autonomia” dos Municípios brasileiros (ao lado das autonomias da União e dos Estados-membros), e que passou a constituir o núcleo-duro do “peculiar interesse” local (o caput do art. 13 referia expressamente que essas eram as matérias especiais de peculiar interesse, deixando ainda aberta a possibilidade da inclusão de outras): autonomia política (inciso I: “a eletividade do Prefeito e dos Vereadores da Câmara Municipal, podendo aquele ser eleito por esta”); autonomia financeiro-orçamentária (inciso II: “a decretação dos seus impostos e taxas, e a arrecadação e aplicação das suas rendas” – na sequência eram numerados cinco tributos de competência originária dos Municípios); e autonomia administrativa (inciso III: “a organização dos serviços de sua competência”).

A nova Constituição [de 1934] deu um passo decisivo para o fortalecimento da autonomia municipal (...). A estrutura básica do governo municipal foi, portanto, estabelecida na Constituição federal... Ao fazer uma divisão tripartida da competência entre a União, os Estados e os Municípios, o Brasil inaugurava o que desde então tem sido considerado uma peculiaridade do seu sistema federal.⁷⁴

Todavia, a Constituição de 1934 não chegou a desenvolver seus efeitos práticos, pois já em 1937 sobreveio a ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas. O movimento municipalista terá de esperar a redemocratização do pós-guerra, na forma da Constituição de 1946, para efetivamente lutar pela autonomia do peculiar interesse local.

⁷⁴ D. LORDELLO DE MELLO. Op. cit. p. 40.

c) Constituição de 1946

A Constituição de 1946 refinou a cláusula da tripla autonomia dos Municípios. No texto do art. 28 restou que “a autonomia dos Municípios será assegurada: I - pela eleição do Prefeito e dos vereadores; II - pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais”.

Sob essas bases, o Supremo Tribunal Federal desenvolveu uma jurisprudência diversa daquela verificada no regime da Constituição de 1891, e por variadas vezes decretou a inconstitucionalidade de leis estaduais que invadiam a esfera de autonomia municipal (v.g. Rp 295, Rp 314 e Rp 350).

Ao lado disso afirmava-se o desenvolvimento do chamado movimento municipalista, que propugnava pelo reconhecimento dos Municípios como terceira entidade da federação brasileira, no mesmo nível hierárquico da União e dos Estados-membros, e com autonomia político-constitucional de mesmo status. Mas o Supremo Tribunal Federal não chegou a tanto.

4. BRASIL REPÚBLICA – CONSTITUIÇÕES DITATORIAIS DE 1937 E 1967

A caminhada do municipalismo durante a república brasileira foi ainda interrompida por duas vezes, durante os períodos das duas ditaduras vividas entre 1937 e 1945 (ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas) e 1964 e 1985 (ditadura militar).

A Constituição outorgada de 1937, nada obstante afirmasse no art. 26 a cláusula de tripla autonomia, declarava imediatamente a seguir que “o prefeito será de livre nomeação do governador do estado” (art. 28), enquanto o art. 178 declarava dissolvidas as Câmara Muni-

cipais. Os Municípios foram, assim, governados por interventores estaduais, ditadores locais à imagem e semelhança do ditador nacional Vargas.

A ditadura militar de 1964 se assentou editando uma série de sucessivos “Atos Institucionais”, que foram paulatinamente extinguindo a Constituição de 1946 e a autonomia municipal nela consagrada (sobrevivendo também a Constituição militar de 1967, uma “Constituição semântica”, porque também restou submetida a esses Atos Institucionais e derogada por eles).

Assim, o Ato Institucional nº 1, de 09.03.1964, permitiu aos comandantes militares da ditadura “suspender os direitos políticos pelo prazo de 10 (dez) anos e cassar mandatos legislativos federais, estaduais e municipais, excluída a apreciação judicial desses atos”.

O Ato Institucional nº 2, de 05.02.1966, instituiu a nomeação pelos Governadores dos Estados-membros, dos Prefeitos das Capitais, após assentimento do Poder Legislativo estadual.

E o Ato Institucional nº 5, de 13.12.1968, autorizava a decretação do recesso das Câmaras de Vereadores pelo Presidente da República (art. 1º), que ficava “autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios” (art. 1º, § 1º), bem como a intervenção em Municípios, “sem as limitações previstas na Constituição” (art. 3º). Daí seguia a nomeação de interventores nos Municípios, nomeados pelo Presidente da República (art. 3º, parágrafo único). Todos esses atos e seus efeitos ficavam excluídos da apreciação judicial (art. 11).

Digno de nota é ainda o Decreto-lei nº 201/67, editado pelo Presidente militar, que previu a responsabilidade por “crimes de responsabilidade” e por “infrações político-administrativas” dos Prefeitos e Vereadores, utilizado para perseguir os políticos municipais contrários ao regime militar. Paradoxalmente, esse Decreto-lei continua em vigor até hoje.

5. CONSTITUIÇÃO DE 1988

a) Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988

Devolvido em 1985 o poder federal a um governo civil, foi depois convocada a Assembleia Nacional Constituinte para redemocratização do Brasil, pela via do Congresso Nacional eleito em 1986. Sobre o regramento da matéria municipal, tramitaram basicamente duas propostas de caráter oposto entre si.

Uma primeira era da Subcomissão dos Municípios e Regiões da Assembleia Constituinte, portanto o anteprojeto oficial, baseado no modelo europeu de “tutela estatal”. Os Municípios perderiam a função legislativa e a função política ou de governo, sendo declarados (meras) “autarquias territoriais prestadoras de serviços públicos”. Na exposição de motivos vinha dito que “não é necessário que haja política ou ideologia partidária para a prestação de serviços de interesse local – a Administração local não precisa de decisões políticas ou de governo, e sim de decisões puramente administrativas”. A legislação municipal seria editada pelos Estados-membros, com base em uma lista de serviços administrativos municipais já posta no próprio texto constitucional e na cláusula geral do “peculiar interesse” como norma suplementar.

A segunda proposta era da Comissão ou Movimento Municipalista, apresentada à Assembleia Constituinte como projeto de emenda popular (o Regimento Interno da Assembleia Nacional Constituinte permitia a apresentação de emendas populares, subscritas por um mínimo de 30.000 cidadãos em listas organizadas por no mínimo três entidades associativas), e que se baseava no anterior modelo das Constituições de 1934 e 1946 (Emenda Popular nº 29/87). Ela afirmava o Município como terceiro ente integrante da federação brasileira, ao lado da União e dos Estados-membros (mantendo assim seu caráter político-constitucional). Depois também enumerava uma lista de serviços públicos e de atividades a cargo dos Municípios (v.g. saneamento bási-

co, transportes coletivos urbanos e intermunicipais, iluminação pública, distribuição de gás natural, cemitérios e serviços funerários, atenção primária da saúde, uso do solo urbano e urbanização, funcionamento do comércio local, etc.), uma lista sem maior importância prática (posto que tais serviços e atividades já eram histórica ou tradicionalmente deduzidos da cláusula geral do “peculiar interesse”). E propunha a cláusula geral do “peculiar interesse” como norma suplementar para outros serviços ou atividades já não expressos no texto constitucional.

Nenhuma das duas propostas vingou por inteiro, mas o texto final da Constituição aproximou-se muito mais do modelo proposto pela iniciativa popular (e pelo Movimento Municipalista) do que do modelo de autarquia territorial tutelada proposto pela Subcomissão dos Municípios e Regiões.

b) Município como Terceira Entidade Federativa

Na linha da proposta do Movimento Municipalista, o art. 1º, caput, da Constituição Federal de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil é “formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal”. E mais adiante reafirma no art. 18, caput, quando do regramento da organização político-administrativa do Estado brasileiro: “A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

Nada obstante, várias vozes importantes da doutrina constitucional manifestaram-se contrárias a esse caso único no constitucionalismo ocidental de elevação de uma terceira entidade integrando um Estado federal – um exemplo, dentre vários:

Foi equívoco do constituinte incluir os Municípios como componente da federação. Município é divisão política do Estado-membro. E agora temos uma federação de Municípios e Estados, ou uma federação de Estados? Faltam outros elementos pa-

ra a caracterização de federação de Municípios. A solução é: o Município é um componente da federação, mas não uma entidade federativa... Não é porque uma entidade territorial tenha autonomia político-constitucional que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Nem o Município é essencial ao conceito de federação brasileira. Não existe federação de Municípios... Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Municípios é algo sem sentido... os Municípios continuam a ser divisões dos Estados.⁷⁵

O Supremo Tribunal Federal, todavia, não tomou conhecimento de tais objeções da doutrina, e afirmou a nova realidade trazida pela Constituição de 1988:

No modelo federativo brasileiro - no ponto acentuado na Constituição de 1988 - os temas alusivos ao Município, a partir das normas atinentes à sua criação, há muito não constituem... uma questão de interesse privativo do Estado-membro. Ente da Federação (CF, art. 18), que recebe diretamente da Constituição Federal numerosas competências comuns (art. 23) ou exclusivas (art. 30) - entre elas a de instituir e arrecadar tributos de sua área demarcada na Lei Fundamental (art. 156) - além de direito próprio de participação no produto de impostos federais e estaduais (art. 157-162) - o Município, seu regime jurídico e as normas regentes de sua criação interessam não apenas ao Estado-membro, mas à estrutura do Estado Federal total.⁷⁶

Um exemplo ainda mais claro encontra-se no seguinte voto:

Federativo há mais de um século, o modelo de federação brasileiro foi profundamente alterado pela Constituição da República de 1988, tendo-se nela definida nova relação a ser estabelecida entre os entes federados, passando-se a considerar o Município

⁷⁵ J. AFONSO DA SILVA. Direito constitucional positivo, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 101 e 473.

⁷⁶ STF, ADI-MC 2381, in DJU 14.12.2001, p. 23.

componente da estrutura federativa e, nessa condição, dotando-o de competências exclusivas que traçam o âmbito de sua autonomia política. Não se há de esquecer, entretanto, que, mesmo no modelo de descentralização constitucionalmente adotado, o Estado brasileiro formou-se por entidades voltadas para o centro. Nesse contexto, perigosa é a interpretação constitucional – e mais ainda a prática constitucional – que conduz à restrição das autonomias das entidades federadas, por desvirtuar a própria ideia de federação.⁷⁷

c) autonomia municipal

Em termos gerais, a autonomia municipal foi sensivelmente ampliada e reforçada com a Constituição de 1988. Na esteira da tradicional “tripla autonomia”, ela é descrita como sendo uma autonomia política, administrativa e financeira.

No plano político, garantiu-se ao próprio Município a competência para promulgar a sua Lei Orgânica (art. 29 c/c art. 11, § único, ADCT, CF 1988). O procedimento de discussão, votação e publicação obedece analogamente ao procedimento de emendas da própria Constituição de 1988 (destoando assim do processo legislativo ordinário), inclusive com um quórum de aprovação que hoje é o mais rígido no direito constitucional brasileiro (a LOM é “votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal”, sendo publicada diretamente pela Câmara de Vereadores, sem sanção ou veto pelo Poder Executivo municipal).

Cria-se com isso uma “pirâmide das normas municipais”, havendo hierarquia entre a Lei Orgânica do Município e as demais leis complementares (leis aprovadas pelo voto da maioria absoluta da Câmara de Vereadores) e leis ordinárias municipais (leis aprovadas pelo voto da maioria simples).

⁷⁷ STF, ADI 3549, in DJe 134, p. 31.10.2007, voto da Ministra Relatora Carmen Lúcia.

Conseqüentemente, a Lei Orgânica do Município faz as vezes de uma Constituição Municipal, como um segundo Poder Constituinte decorrente da Constituição Federal de 1988, ao lado das Constituições dos Estados-membros. Aliás:

Alguns Anteprojetos da Constituinte ainda assinalaram essas leis orgânicas como “constituições municipais”, insistindo muitos autores até o final que fosse empregado o conceito Constituição, porque somente ele expressaria corretamente a valorização que a nova Carta atribuía à instituição do município. Na redação final da Constituição desistiu-se de usar esse termo apenas por razões de tradição.⁷⁸

O Supremo Tribunal Federal afirmou que o princípio da autonomia municipal constitui “uma das pedras angulares sobre a qual se estrutura o edifício institucional do Estado federal brasileiro”, e que “a Lei Orgânica (CF, art. 29, “caput”) qualifica-se como verdadeiro estatuto constitucional do Município”⁷⁹.

Depois, a Constituição de 1988 cria os dois Poderes municipais, e autônomos em relação aos Poderes da União e dos Estados-membros: o Poder Legislativo municipal, corporificado na Câmara Municipal, composta por Vereadores (art. 29, IV a XIII, CF 1988) e o Poder Executivo, corporificado na Prefeitura Municipal, composta pelo Prefeito e Vice-Prefeito (art. 29, I a III e XIV, CF 1988).

A autonomia política se completa com a garantia constitucional de uma competência legislativa municipal própria e originária, i.e., legislar sobre “assuntos de interesse local” - art. 30, I, CF 1988 (nova cláusula geral que substituiu a antiga do “peculiar interesse”), e que é inusurpável e não restringível, seja pelo Poder Legislativo da União, seja pelo Poder Constituinte decorrente dos Estados-membros em suas

⁷⁸ A. KRELL. Op. cit., p. 49.

⁷⁹ STF, ADI 1374, in DJe-051, p. 15.03.2019.

Constituições Estaduais, e menos ainda pelas leis das Assembleias Legislativas dos Estados-membros. Depois, o art. 30, II, CF 1988 também atribui aos Municípios uma competência legislativa para suplementar a legislação federal e estadual “no que couber”, e que vem sendo interpretada em sistemática.

A autonomia administrativa do Município dá-se, por um lado, pela competência constitucional própria e originária para prestação de certas atividades ou tarefas concretas de interesse coletivo (i.e., ações administrativas) aos seus munícipes (art. 30, V a VII, CF 1988 - expressão-chave: “serviços públicos de interesse local”, estando ali expressamente referidos o transporte coletivo, educação infantil e ensino fundamental, e os serviços de atendimento à saúde), e, por outro lado, pelo exercício da polícia administrativa para o “adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano” e a “proteção do patrimônio histórico-cultural local” (art. 30, VIII e IX, CF 1988).

Para a realização dessas atividades administrativas o Município possui um quadro próprio de agentes públicos municipais (v.g. servidores públicos, empregados públicos, exercentes de funções temporárias, etc.), e com legislação municipal própria de regência – o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos do Município (art. 39, caput, CF 1988).

Não por último, o Município possui um conjunto de bens próprios (“bens públicos municipais”), i.e., um patrimônio próprio, tendencialmente afetado para a realização das atribuições municipais, e que não se confunde com o patrimônio dos Estados-membros e da União (cf. v.g. arts. 98 e 99, Código Civil).

A autonomia financeira significa que o Município possui competência constitucional e própria para instituir e arrecadar rendas próprias, dentre as quais se destacam os tributos (cf. especialmente: art. 30, III c/c art. 156, CF 1988). Essas rendas próprias não podem ser objeto de regulamentação (sobretudo contrária) por Estados-membros e União

Federal, as quais servem para que as autonomias política e administrativa não se transformem em letra morta: as atividades próprias dos Municípios devem ser mantidas via recursos arrecadados pelos próprios Municípios.

Do lado disso, e com base no princípio do “federalismo cooperativo”, os Municípios também possuem direito a uma participação percentual na arrecadação de tributos arrecadados pela União Federal e pelos Estados-membros (“transferências obrigatórias”) – cf. v.g. arts. 157 a 162, CF 1988. Inclusive o Supremo Tribunal Federal considera que tais direitos de participação (ou direitos de transferência) também constituem um direito próprio dos Municípios (cf. v.g. STF, in ADI 1106 e tese firmada no RE 572762). Nesse contexto, deve-se entender que, nos casos das transferências tributárias, a União e os Estados funcionam como meros arrecadadores de rendas municipais, não podendo reter os valores dessas transferências obrigatórias (salvo os casos excepcionais do art. 160, CF 1988).

Do mesmo modo, as leis orçamentárias municipais (lei do plano plurianual, lei de diretrizes orçamentárias e lei do orçamento anual), as quais definem como e onde as receitas municipais serão aplicadas (“programas de trabalho”), constituem competência originária dos próprios Municípios (art. 165 e segs., CF 1988), sem possibilidade de intervenção pela União ou Estados-membros nos orçamentos municipais, bem como em suas diretrizes orçamentárias e planos orçamentários plurianuais.

d) A garantia da autonomia municipal pelo Supremo Tribunal Federal

O principal ponto de fricção com a autonomia municipal tem vindo dos Estados-membros, muito provavelmente pela manutenção das velhas e anteriores preconcebidas ideias do constitucionalismo mais antigo de submissão dos Municípios a uma prévia vontade estadual (prin-

cípio da tutela, etc.). Com efeito, o art. 29, caput, CF 1988 determina que na promulgação da Lei Orgânica do Município deverão ser “atendidos os princípios estabelecidos (...) na Constituição do respectivo Estado”. Mas já uma interpretação literal permite deduzir que não se trata de o Município ter de atender ou obedecer a regras específicas dispostas na Constituição estadual, e sim somente aos “princípios” desta, ou seja, aos seus fundamentos básicos.

A *contrario sensu*, têm sido muito numerosos os casos de Constituições e leis estaduais que intentam limitar ou restringir a autonomia de seus Municípios. Mas têm sido igualmente numerosos os julgados do Supremo Tribunal Federal contra essas restrições. Em linhas gerais, o tribunal somente aceita uma limitação ou restrição no caso de ser possível deduzir essa limitação ou restrição diretamente da Constituição de 1988 (porque a rigor é dela que igualmente provêm os princípios básicos das Constituições estaduais), caso contrário o ato normativo (constitucional ou legal estadual) é declarado nulo por inconstitucionalidade, por exemplo: “a Constituição da República fixou ela mesma os parâmetros limitadores do poder de auto-organização dos Municípios e excetados apenas aqueles que contém remissão expressa ao direito estadual (art. 29, VI, IX e X) - a Constituição do Estado não os poderá abrandar nem agravar”⁸⁰. Essa jurisprudência foi iniciada já nos primeiros anos de vigência da Constituição de 1988 e tem se mantido frequente e extensa até os dias de hoje⁸¹.

e) Limitações constitucionais à autonomia municipal

A Constituição de 1988 também adscrive limites à autonomia municipal. Uma primeira delas dá-se por um significativo número de

⁸⁰ STF, in ADI-MC 2112, Informativos STF nº 188 e 228.

⁸¹ “Leading case” em 1990: ADIn-MC 307, in DJU 28.09.1990. Outros exemplos: ADI 106, ADI 144, ADI 261, ADI 322, ADI 507, ADI 512, ADI 687, ADI 770, ADI 826, ADI 845, ADI 1106, ADI 1221, ADI 1374, ADI 2217, ADI 2327, ADI-MC 2299, ADI 2337, ADI 2338, ADI-MC 2443, ADI 2544, ADI 2738, ADI 3549, etc.

competências legislativas atribuídas à União para editar leis-quadro de espécies variadas (“leis de diretrizes”, “leis de diretrizes gerais”, “leis de diretrizes e bases”, “normas de princípios”, “leis de normas gerais”, etc.) em relação a matérias típicas do direito municipal.

Daí resulta um conjunto de normas padronizadas de caráter nacional que limita a autonomia municipal, por exemplo, leis de “diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”, “diretrizes e bases da educação nacional”, “normas gerais de licitação e contratos”, “normas gerais de direito tributário e financeiro”, “normas gerais de florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição”, “normas gerais de proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico”, “normas gerais de educação, cultura, ensino, desporto, ciência, tecnologia, pesquisa, desenvolvimento e inovação”, “normas gerais de proteção e defesa da saúde”, “normas gerais de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência”, “normas gerais de proteção à infância e à juventude”, “diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano dos Municípios”, etc.

Tais exemplos bastam para demonstrar que a autonomia legislativa do Município é exercida virtualmente sob um amplo conjunto de leis-quadro nacionais editadas pela União (mas que não raras vezes preveem igualmente políticas de cooperação e de transferências de recursos financeiros federais aos Municípios nesses mesmos temas e matérias). O direito dos servidores públicos municipais é uma das raras áreas que não se submete ao sistema de leis-quadro da União.

Uma segunda limitação se refere aos Estados-membros. De um lado, as Leis Orgânicas dos Municípios devem respeito aos princípios das Constituições dos Estados-membros, conforme já se viu acima. De outro lado, o art. 25, § 3º, CF 1988 dispõe que “os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações

urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum” (são os “arranjos supramunicipais”). Quanto a isso, uma discussão surgida logo após a vigência da CF 1988 era se ainda cabia ao Município (por força do princípio da autonomia municipal e mediante lei municipal posterior), decidir se iria aderir ou não ao sistema de região metropolitana tal como previsto na lei complementar estadual, ou se a criação de regiões metropolitanas era exemplo de norma que excepciona o princípio da autonomia municipal, cabendo portanto apenas ao Estado-membro decidir, por meio da lei complementar estadual, quais Municípios a integrariam, inexistindo necessidade de aquiescência formal do Município atingido.

O Supremo Tribunal Federal tinha dois precedentes do ano de 1999 e 2002 afirmando que bastava a vontade unilateral e determinante do Estado-membro via lei complementar estadual, sendo assim compulsório o ingresso do Município em regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões (ADI 796, in DJU 17.12.1999 e ADI 1841, in Informativos STF nº 275 e 282). Mais recentemente (ADI 1842 e ações conexas, e ADI 2077, anos de 2013 e 2014), o STF abandonou o poder dos Estados-membros, afirmando que o Estado-membro não tem poderes plenos e absolutos sobre a decisão, e que deve haver uma análise e justificativa caso a caso sobre o modo de gestão das atividades e serviços públicos que serão prestados na região metropolitana (no caso concreto: serviços de saneamento básico). O tema poderá ser rediscutido e aprofundado em função de uma nova ação direta de inconstitucionalidade, ainda em trâmite, envolvendo a região metropolitana de Salvador/BA (ADI 5155).

E uma terceira limitação é de caráter implícito, pois é criação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal para o caso específico das relações inter-Poderes, e com núcleo no âmbito do processo legislativo. Trata-se do “princípio da simetria”, que remonta ao início da década de

1960 e tem seu fundamento no princípio da separação dos Poderes. Assim, em tudo que disser respeito às relações entre os Poderes Legislativo e Executivo municipal, e também em relação à organização e funcionamento internos desses dois Poderes (e o mesmo vale para o direito dos Estados-membros), as normas – seja na Lei Orgânica do Município, seja nas demais leis municipais – devem guardar estrita simetria com o disposto na Constituição de 1988 para os Poderes Legislativo e Executivo federais, por exemplo: “Os mecanismos de controle recíproco entre os Poderes, os ‘freios e contrapesos’ admissíveis na estruturação das unidades federadas, sobre constituírem matéria constitucional local, só se legitimam na medida em que guardem estreita similaridade com os previstos na Constituição da República” (ADI-MC 1905). Eventuais desvios normativos do modelo federal de separação dos Poderes causa a inconstitucionalidade dos dispositivos legais municipais⁸².

f) Associações intermunicipais

As associações intermunicipais não gozam no Brasil do mesmo prestígio e práxis que se vê, por exemplo, no caso do “*Kreis*” alemão ou do “*groupement de collectivités territoriales*” francês (art. L5111-1 do “*Code général des collectivités territoriales*”). Um primeiro problema para tais associações reside nas dimensões continentais do território brasileiro, e na distância física intermunicipios, em especial intercidades, dificultando sobremaneira o desenvolvimento de parcerias e associações intermunicipais.

Nada obstante, o art. 241, CF 1988 (acrescentado por emenda no ano de 1998) prevê que:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou

⁸² V.G. STF, in RE 317574 e RE 497554.

parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

Os consórcios são a associação típica entre entidades federativas de mesmo status, ou seja, entre dois ou mais Estados-membros, ou entre dois ou mais Municípios (e por meio deles ocorre a associação intermunicipal). Em 2005 a União editou a Lei nº 11.107, que instituiu normas gerais para a constituição e funcionamento dos consórcios públicos, mediante uma série de termos e contratos que são firmados sucessivamente entre os entes consorciados (a fim de impedir eventuais denúncias e/ou rescisões unilaterais entre os entes consorciados, ou de impedir o simples descumprimento unilateral do ajuste pelos consorciados). Eles resultam na criação de uma nova entidade estatal, que assume a prestação consorciada de serviços públicos. Sua fonte mais próxima é o direito administrativo francês (“agrupamento de coletividades territoriais” - art. L5111-1 do Código Geral das Coletividades Territoriais, e o “agrupamento de interesse público” - GIP).

O número de consórcios intermunicipais vem experimentando um crescimento nos anos recentes, com destaque para os consórcios intermunicipais de saúde (CIS).

g) Participação popular no Direito Municipal

Um grande problema prévio (e dilema) que aqui se apresenta é que os cargos de Vereadores e de Prefeito e Vice-Prefeito têm natureza eminentemente política. Diferentemente do que ocorre em vários países europeus, nas eleições municipais brasileiras somente são elegíveis candidatos de nacionalidade brasileira e que sejam filiados e indicados em convenção pelos mesmos partidos políticos que participam das eleições estaduais e federais (art. 14, § 3º, I e V, CF 1988).

Isso naturalmente provoca um conflito entre democracia representativa e democracia participativa – toda decisão tomada por parti-

cipação popular pode significar potencialmente uma perda ou diminuição do poder político dos Vereadores ou do Prefeito. Assim, a tentação de afastar os mecanismos de participação popular pelos representantes políticos é um fenômeno que não pode ser afastado do horizonte da democracia brasileira, devendo por isso ser objeto de constante e permanente controle social.

Independentemente disso, a participação popular na esfera municipal está prevista - e de modo muito prestigiado na Constituição de 1988 - em três grandes áreas do direito público: no plano político-constitucional, no plano administrativo e no plano financeiro-orçamentário.

No plano político-constitucional (em dispositivo que resultou de projeto de iniciativa popular na Assembleia Nacional Constituinte – art. 14) estão previstos os institutos do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular de leis. Estão, todos os três, referidos na Constituição de 1988 como manifestações dos direitos fundamentais políticos, exercitáveis por qualquer cidadão brasileiro que esteja no uso e gozo de seu direito de votar.

No plano administrativo, o art. 29, XII, CF 1988 coloca dentre os preceitos regedores da Lei Orgânica Municipal a “cooperação das associações representativas no planejamento municipal”. É de notar-se que o texto constitucional não coloca essa cooperação como uma faculdade concedida ao Municípios, mas como uma obrigação ou imperativo (“*regar-se-á pelos seguintes preceitos*”). Logo, ela é constitucionalmente garantida e deve efetivamente estar prevista na legislação municipal. Associações representativas são entidades da sociedade civil, externas, portanto, ao Município ou ao seu círculo de influência (associações de classe e profissionais, sindicatos, associações civis, etc.).

Depois, o art. art. 37, § 3º, CF 1988 determina que “a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta”, o que inclui também a participação do usuário na administração pública direta e indireta dos Municípios. Só recentemente,

em 2017, sobreveio a Lei nº 13.460, que “estabelece normas básicas para participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos prestados direta ou indiretamente pela administração pública”. Trata-se de lei que merece críticas, pois ela dá uma ênfase muito grande aos direitos de petição, manifestação e de informação dos usuários, ou ainda de acesso a ouvidorias das entidades administrativas (arts. 9º a 17). Quando depois reconhece os Conselhos de Usuários, para fins de “participação dos usuários no acompanhamento da prestação e na avaliação dos serviços públicos” (art. 18, caput), ela atribui aos Conselhos o caráter (apenas) de “órgãos consultivos” (art. 18, parágrafo único), portanto sem quaisquer poderes deliberativos, o que soa contrário ao espírito da democracia participativa.

Por outro lado, um outro instituto que não possui previsão constitucional, mas que é fartamente utilizado tanto nas leis-quadro da União quanto nas Leis Orgânicas dos Municípios são os Conselhos Municipais, que são acoplados aos órgãos administrativos municipais respectivos (Conselho Municipal de Saúde, Conselho Municipal de Educação, Conselho Municipal de Transportes, Conselho Municipal de Urbanismo, Conselho Municipal do Meio Ambiente, etc.).

Os Conselhos possuem boa parte de seus assentos ocupados por representantes de outras instituições públicas (por exemplo, universidades) e da sociedade civil em geral (“terceiro setor”, associações civis, associações filantrópicas, organizações não governamentais, corporações profissionais e empresariais, etc.) oxigenando a administração pública municipal, e trazendo pluralidade, publicidade e transparência aos procedimentos de tomadas de decisão pelos órgãos públicos municipais. Em regra, os Conselhos precisam ser ouvidos e têm competências decisórias ou deliberativas acerca das matérias envolvidas, limitando com isso a liberdade de decisão do Poder Executivo municipal.

Tome-se o exemplo do Município de Porto Alegre. O art. 101 de sua Lei Orgânica cria os Conselhos Municipais. E o art. 102 cria os

Conselhos Populares. Os Conselhos Municipais (atualmente funcionam 25 diferentes Conselhos, segundo as informações oficiais) “são órgãos de participação direta da comunidade na Administração Pública e têm por finalidade propor e fiscalizar matérias referentes a setores da Administração, bem como sobre elas deliberar”. Eles são compostos de representantes de órgãos da Administração Municipal, e, conforme a área de atuação temática de cada Conselho Municipal (educação, saúde, transportes, etc.): “a) entidades de moradores com atuação no Município; b) entidades de classe com atuação no Município; c) instituições públicas ou privadas com atuação no Município; e d) outras organizações da sociedade civil, desde que registradas ou reconhecidas como tais e com atuação no Município”⁸³.

Já os Conselhos Populares “são instâncias regionais a partir de discussão e elaboração de políticas municipais, formados a partir de entidades representativas de todos os segmentos sociais da região”. Depois, a Lei Complementar municipal nº 195/88 cria o “sistema de Participação do Povo no Governo Municipal”, instituindo 17 diferentes Conselhos Populares em Porto Alegre⁸⁴.

No plano financeiro-orçamentário encontra-se, talvez o caso brasileiro mais famoso de democracia participativa, que é o procedimento do “orçamento participativo”. Mas que talvez também por isso foi sendo amputado e enfraquecido nos últimos anos tanto pelos movimentos políticos mais conservadores quanto pelo próprio Supremo Tribunal Federal.

O orçamento participativo é um sistema de consulta prévia à população para fins de elaboração da proposta orçamentária de uma entidade federativa. Ele foi instituído “de baixo para cima”, inicialmente no

⁸³ Sites oficiais dos Conselhos Municipais - Prefeitura de Porto Alegre: http://www2.portoalegre.rs.gov.br/smg/default.php?p_secao=128 e <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/casaconselhos/>.

⁸⁴ Texto integral da Lei Complementar: <https://leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/1988/19/195/lei-complementar-n-195-1988-cria-o-sistema-de-participacao-do-povo-no-governo-municipal-e-da-outras-providencias>.

Município de Pelotas (Programa “todo poder emana do povo”, governo municipal Bernardo de Souza, mas somente por um ano, durante a gestão 1983/1987), e depois se espalhou para outros Municípios (Porto Alegre é o exemplo mais conhecido porque ele foi realizado por vários anos consecutivos, a partir de 1988, nas sucessivas administrações do Partido dos Trabalhadores, ao mesmo tempo que se trata de Município que é uma capital estadual e de renome nacional).

O orçamento participativo constitui um procedimento de participação popular mediante audiências públicas e consultas públicas, sobre prioridades orçamentárias, basicamente: em que temas ou matérias a população deseja que haja mais investimentos/despesas pelo Poder Público, ou em quais programas de governo se deseja mais investimentos/despesas. Isso ocorre no âmbito dos trabalhos preparatórios de elaboração do projeto de lei orçamentária que o Poder Executivo depois encaminhará ao Poder Legislativo (a quem compete, na forma do art. 165, CF 1988, aprovar todas as leis orçamentárias que compõem o sistema brasileiro: Lei do Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual).

Não existe na CF 1988 um dispositivo específico que disponha sobre o orçamento participativo. Mas depois que ele foi instituído e praticado em vários Municípios brasileiros por meio de normas municipais, o “Estatuto da Cidade” (Lei nº 10.257, publicada em 2001, e que é a Lei-quadro da União com as diretrizes gerais de direito urbanístico) determinou que no planejamento municipal deve ser utilizada a “gestão orçamentária participativa” (art. 4º, III, “f”), e que tal inclui a “realização de debates, audiências e consultas públicas sobre as propostas do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como condição obrigatória para sua aprovação pela Câmara Municipal” (art. 44).

Mais recentemente, em 2009, uma segunda lei-quadro da União (Lei Complementar nº 101, a “Lei de Responsabilidade Fiscal” - LRF)

estendeu em nome de um dever geral de transparência para todas as entidades federativas (mas tão só de transparência, e não de deliberação popular) obrigações de participação popular: “A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos” (art. 48, I).

Note-se que tanto pelo art. 44 do Estatuto da Cidade quanto pelo art. 48, I da LRF, o direito de participação popular via orçamento participativo tem um caráter marcadamente formal ou procedimental, é dizer: devem ser oportunizadas a participação e previstos procedimentos de debates, audiências e consultas públicas à população, mas ali não consta que as decisões provenientes de participação, debates, audiências ou consultas possam ser obrigatórias ou de caráter deliberativo para o Poder Executivo (i.e., decisões populares vinculativas).

Em vista dessa lacuna, agora em outubro de 2021 o Supremo Tribunal Federal criou um precedente no qual considerou inconstitucionais dispositivos de orçamento participativo da Constituição do Estado de Santa Catarina por obrigarem o Poder Executivo estadual a cumprir as prioridades do orçamento estabelecidas em audiências públicas regionais. Os fundamentos, para o tribunal, estão no poder de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo para a propositura dos projetos de lei orçamentária (art. 61, § 1º c/c art. 165, CF 1988), não podendo ela ser coartada por uma deliberação popular; e depois no princípio da simetria, i.e., o orçamento participativo impositivo não está previsto na Constituição Federal de 1988, e portanto não pode ser viabilizado somente por meio de normas estaduais ou municipais – deveria haver uma emenda constitucional para sua viabilização com força vinculativa ou deliberativa (STF, in ADI 5274).

O orçamento participativo sobrevive, todavia. Se, por um lado, e na linha do recente precedente do Supremo Tribunal Federal, o Chefe do Poder Executivo pode recusar as propostas populares no âmbito do

orçamento participativo, por outro lado ele também pode aceitar essas propostas populares e incluí-las no seu anteprojeto de lei orçamentária (“decisão por autovinculação”).

Diferentemente do próprio Brasil, que deu origem ao orçamento participativo, mas não o incentiva de fato na prática, em outros países do mundo o orçamento participativo tem tido uma sensível repercussão, sobretudo na esfera municipal (exatamente onde a participação dos cidadãos pode ser implementada de modo mais fácil e efetivo). A partir do orçamento participativo brasileiro, já surgiu uma ampla literatura internacional sobre democracia participativa e orçamento participativo⁸⁵. Na Europa, dados já desatualizados mostravam que até o fim de 2010 mais de 200 cidades europeias já haviam adotado o orçamento participativo. O caso mais emblemático (por seu renome mundial como cidade) poderia ser, no outro lado do Atlântico, o da cidade de Nova York, nos Estados Unidos da América, que adotou o orçamento participativo a partir de 2011⁸⁶.

Resta ao Brasil reconciliar-se com seu próprio passado recente e instituir de vez na Constituição de 1988, tal como exigido no precedente do Supremo Tribunal Federal, o orçamento participativo, com decisões populares de caráter vinculante e obrigatório, ao menos na esfera de seus Municípios. A democracia representativa não deveria ter medo do povo.

Resumo

O presente artigo apresenta resumidamente os fundamentos da autonomia municipal na Roma Antiga e depois no Brasil, buscando em um

⁸⁵ V.g. J. L. CREIGHTON, *The public participation handbook*, 2005; A. SHAD, *Participatory budgeting*, 2007; B. WAMPLER, *Participatory budgeting in Brazil: contestation, cooperation, and accountability*, 2007; J. TALPIN, *Schools of democracy*, 2011; A. RÖCKE, *Framing citizen participation*, 2014; O. PORTO DE OLIVEIRA, *Internacional policy diffusion and participatory budgeting*, 2017.

⁸⁶ Cf. v.g. D. WILLIAMS & D. WAISANEN, *Real money, real power? The challenges with participatory budgeting in New York City*, 2020.

primeiro momento mostrar sinteticamente a formação histórica da autonomia municipal em Roma, a formação e evolução históricas da autonomia municipal no Brasil e, por fim, como se apresenta atualmente essa autonomia municipal na Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Municípios. Fundamentos da autonomia municipal. Roma Antiga. Constituição Brasileira 1988.

Abstract

Questo articolo presenta brevemente i fondamenti dell'autonomia municipale nell'antica Roma e successivamente in Brasile, cercando, in un primo momento, di mostrare sinteticamente la formazione storica dell'autonomia municipale a Roma, la formazione storica e l'evoluzione dell'autonomia municipale in Brasile e, infine, come questa L'autonomia comunale è attualmente presentata nella Costituzione federale del 1988.

Parole chiave: Comuni; Fondamenti di autonomia comunale; Antica Roma; Costituzione brasiliana 1988.

Abstracto

Este artículo presenta brevemente los fundamentos de la autonomía municipal en la antigua Roma y luego en Brasil, buscando, en un principio, mostrar sintéticamente la formación histórica de la autonomía municipal en Roma, la formación histórica y evolución de la autonomía municipal en Brasil y, finalmente, cómo esta La autonomía municipal se presenta actualmente en la Constitución Federal de 1988.

Palabras clave: Municipios; Fundamentos de la autonomía municipal; Roma Antigua; Constitución brasileña de 1988.

**OS DIREITOS HUMANOS COMO
PROCESSOS DE LUTA PELA
DIGNIDADE HUMANA**

Ruben Rockenbach Manente

“As modalidades atuais da racionalidade não estão encaminhando a sociedade rumo a um mundo melhor. Pelo contrário, estão afastando-a cada vez mais desse mundo melhor. Essas modalidades operam desde o Renascimento e continuarão a operar enquanto forem prementes as necessidades de alimento, vestimenta e abrigo. Porém, numa época em que essas necessidades já não são as mais urgentes da vida para um número enorme de pessoas, a estrutura inteira da razão que nos foi legada pela Antiguidade já não é mais suficiente. Começa a ser vista tal como realmente é – emocionalmente oca, esteticamente absurda e espiritualmente vazia. É nesse estado que ela se encontra hoje”

(PIRSIG, Robert. *Zen e a arte da manutenção de motocicletas*).

INTRODUÇÃO

Estamos (desde muito) em crise. As promessas de um mundo novo e melhor não se concretizaram. Atualmente, a política de direitos humanos é um fator-chave para compreender tal crise. A luta pelos direitos humanos passa, necessária e obrigatoriamente, por sua redefinição teórica. Identificaremos no presente texto as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos que seja capaz de potencializar sua matriz emancipatória.

Para tanto, apresentaremos uma construção alternativa ao modo de conceituar, pensar e atuar os direitos humanos. Uma perspectiva que seja capaz de instrumentalizar a luta pela dignidade enquanto componente universal.

Enxergar os direitos humanos como processos culturais nos permite, como veremos, diferenciar o “estado de fato” e a “realidade” para podermos imprimir a noção dos signos como guia que oriente nossa ação social a partir das funções reveladas pelo aspecto causal (visibilizar), metamórfico (desestabilizar) e interativo (transformar).

É com o propósito de contribuir com os processos de emancipação que o pensamento crítico realiza sua tarefa, revelando as conexões

e causas que geralmente permanecem ocultas nos fenômenos sociais, e intervindo para apoiar transformações que favoreçam aqueles setores da população que são submetidos às relações de subordinação.

Cumprir destacar a importância de uma consciência crítica acerca da atual conjuntura dos direitos humanos para possibilitar a abertura de caminhos à expressão das insatisfações sociais. A conscientização nos possibilita a inserção no processo histórico e permite a inscrição na busca da afirmação desses direitos em prol da humanidade sofrida.

1. DESENVOLVIMENTO

Para identificarmos as bases para a reconstrução de uma teoria crítica dos direitos humanos que seja capaz de efetivar uma política progressiva e emancipatória em prol do acesso aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis a uma vida digna necessitamos entender as tensões dialéticas que informam a modernidade e os paradoxos que subjazem à forma ocidental de entender os direitos humanos como universalismo abstrato. É que a política de direitos humanos é atualmente um fator-chave para compreender dita crise.

A ideia central é desenvolver um panorama geral capaz de potencializar a matriz emancipatória da política de direitos humanos.

A forma como os direitos humanos se transformaram, nas últimas décadas, na linguagem da política progressista e em quase sinônimo de emancipação social causa alguma complexidade, como nos lembra Boaventura de Sousa Santos. A justificativa, segundo o sociólogo português, reside no fato de que, quer nos países centrais, quer em todo o mundo em desenvolvimento, as forças progressivas preferiram a linguagem da revolução e do socialismo para formular uma política emancipatória. No entanto, perante a crise aparentemente irreversível desses projetos de emancipação, são essas mesmas forças que recorrem hoje aos direitos humanos para reinventar a linguagem da emancipação.

É como “se os direitos humanos fossem invocados para preencher o vazio deixado pelo socialismo ou, mais em geral, pelos projetos emancipatórios” (SANTOS, 2006, p. 433).

Por essa razão, Joaquín Herrera Flores afirma que os direitos humanos constituem o principal desafio para a humanidade no nosso século. Contudo, os limites impostos ao longo da história pelas propostas do liberalismo político e econômico exigem uma reformulação geral que aproxime os direitos humanos da problemática do complexo contexto atual.

A globalização da racionalidade capitalista supõe a generalização de uma ideologia baseada no individualismo, competitividade e exploração. Essa constatação nos obriga – já que estamos comprometidos com uma visão crítica e emancipadora dos direitos humanos – “a contrapor outro tipo de racionalidade mais atenta aos desejos e às necessidades humanas que às expectativas de benefício imediato do capital” (HERRERA FLORES, 2009, p. 21).

Os direitos humanos poderão realmente preencher o referido vazio se for adotada uma nova política de direitos humanos radicalmente oposta da concepção liberal hegemônica e se tal política for concebida como parte de uma constelação mais ampla de luta pela emancipação social. Assim, os direitos humanos poderão se converter em uma pauta jurídica, ética e social que sirva de fio condutor para a construção dessa nova racionalidade, mas, para tanto, “devemos libertá-los da jaula de ferro na qual foram encerrados pela ideologia de mercado e sua legitimação jurídica formalista e abstrata” (HERRERA FLORES, 2009, p. 21).

Por isso é urgente apontar as condições que permitem conferir aos direitos humanos, tanto na esfera global, como na legitimidade local, para fundar uma nova política progressista concebendo-os como a energia e a linguagem de esferas públicas locais, nacionais e transnacionais, com atuação em rede para garantir novas e intensas formas de inclusão social, ou ainda, processos de luta pela dignidade.

Os direitos humanos são conceituados, apresentados e pensados – de maneira tradicional e hegemônica – como sendo “direitos inerentes a todos os seres humanos, sem distinção alguma de nacionalidade, lugar de residência, sexo, origem nacional ou étnica, cor, religião, língua ou qualquer outra condição”¹. Com efeito, consoante a mencionada teoria tradicional, os direitos humanos são caracterizados por sua universalidade abstrata, uma vez que decorreriam da própria dignidade humana representada pela essência da nossa natureza.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948², ao estabelecer a ideia da universalidade, destaca “como ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações (...) por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva”, dispondo em seu artigo I que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, e acrescenta no artigo II, que “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”. A Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos.

O ideário comum dos direitos humanos como universais se origina – e justifica suas raízes – na própria natureza da condição humana (todos têm esses direitos ao nascer!), sendo considerados prévios aos contextos socioculturais onde se encontram.

A concepção tradicional (e hegemônica) do conceito dos direitos humanos resulta da enorme positivação no âmbito internacional em

¹ Conceito extraído do sítio do Alto Comissariado de Direitos Humanos da ONU. Disponível em: <https://www.ohchr.org>. Acesso em: 14 jul. 2022.

² Texto da Declaração Universal de 1948 extraído do sítio da ONU Brasil. Disponível em: <https://www.brasil.un.org>. Acesso em: 14 jul. 2022.

relação à matéria, surgida, em especial, na época do pós-guerra e com a elaboração pela Organização das Nações Unidas (ONU) da Declaração dos Direitos Humanos de 1948, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, ambos de 1966.

Tem-se que o processo de internacionalização dos direitos humanos foi celebrado em um contexto histórico de repúdio às violações da vida humana geradas pelo período de guerras (em específico, os atos que ultrajaram a consciência da humanidade durante a Segunda Guerra Mundial). A barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos por meio da negação do valor da pessoa humana como valor-fonte do Direito. Igualmente, a Declaração Universal de 1948 e os Pactos Internacionais de 1966 atuaram como elementos formadores do atual conjunto da legislação internacional de direitos humanos, uma vez que gradativamente foram sendo ratificados pelos Estados-nações e impulsionaram o advento de uma série de acordos regionais e seus respectivos mecanismos e instrumentos de proteção, desenvolvendo o direito internacional dos direitos humanos.

Sim, pois a criação da ONU para manter a paz, proporcionar a segurança no mundo e aumentar padrões de vida, ao lado da posterior Declaração dos Direitos Humanos de 1948, marcou o nascimento do novo Direito Internacional com a instauração de um pacto social e ordenamento jurídico mundial. Por meio da ratificação dos pactos, acordos e tratados internacionais de direitos humanos, os governos nacionais se comprometeram a adotar medidas internas (políticas, jurídicas, econômicas e culturais) compatíveis com as obrigações e deveres assumidos nos documentos perante a comunidade global.

Nas últimas décadas houve um amplo processo de alargamento no âmbito jurídico em relação aos direitos humanos (e sua normatização), em nível interno e/ou externo aos Estados, formando uma base mínima de proteção aos direitos.

Reforçando a elaboração de uma base mínima de direitos e garantias humanas, dispõe o preâmbulo da Declaração dos Direitos Humanos: “o advento de um mundo em que todos gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do ser humano comum”.³

De forma idêntica, além do repúdio às mencionadas atrocidades das grandes guerras, o surgimento do conceito hegemônico (tradicional ou contemporâneo) dos direitos humanos deve ser analisado sob o enfoque de outras duas perspectivas: (1) sociopolítica no marco da Guerra Fria com a luta ideológica, política e econômica travada entre os países defensores do capitalismo e do socialismo que provocou um enfrentamento entre a defesa e garantia dos direitos individuais e os direitos sociais, econômicos e culturais; e (2) geoestratégica no marco do processo de descolonização das colônias que reduziu o papel liberador dos direitos de autodeterminação e consolidou um sistema jurídico internacional baseado na supremacia dos Estados centrais sobre os periféricos (HERRERA FLORES, 2005, p. 224).

Dessa forma, podemos contextualizar (cenário em que se celebrou) a reconstrução, internacionalização e humanização dos Direitos Humanos levada a efeito pela Comunidade Mundial no período do pós-guerra (com seus momentos de atrocidades e horrores) e na época da guerra fria (bipolarização global), iniciando-se os movimentos da comunidade internacional em prol da criação de sistemas regionais (consolidados e formalmente constituídos) com a perspectiva de estabelecer parâmetros protetivos mínimos atinentes à dignidade humana.

A concepção contemporânea dos direitos humanos e os respectivos sistemas normativos elaborados ocasionaram a redução da liberdade absoluta e selvagem da soberania externa e interna dos Estados-Nações a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e tutela dos direitos humanos (FERRAJOLI, 2006, p. 144).

³ Idem.

Ocorre, contudo, que atualmente vivemos em outro (e muito distinto) contexto social, econômico, político e cultural (impulsionado a partir da queda do Muro de Berlim e suas respectivas consequências), no qual são flagrantes a degradação (contínua e progressiva) do meio ambiente, as injustiças propiciadas por um comércio e um consumo indiscriminado e desigual, uma cultura de violência e de guerra e as deficiências na seara da saúde e da convivência individual e social. Estamos (e vivemos) em um contexto absurdamente diferente daquele que impulsionou a comunidade internacional a partir de 1948 e em que se construiu a teoria tradicional (e hegemônica) dos direitos humanos.

As declarações, os pactos e as convenções assinadas pela comunidade internacional estão cada vez mais longe de serem efetivadas. A existência de uma legião de excluídos e alijados do processo econômico revela a incapacidade – pelo menos em termos de efetivação e implantação – da racionalidade e das promessas da modernidade.

O custo desse fracasso é que milhões de pessoas estão sendo privadas de seu direito a viver com dignidade – não apenas desfrutar de sua liberdade política, mas também ter acesso a alimentos, à moradia, a serviços de saúde, à educação e à segurança, tal como está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse avassalador contexto, que, repita-se, a esmagadora maioria da população vive em exclusão social e está apartada do poder econômico, é necessária uma nova concepção dos direitos humanos que possa potencializar a multidão oprimida e reduzir a desigualdade de poder material no momento de ascender aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para uma vida digna de ser vivida.

Por certo não podemos rechaçar e abandonar como um todo as conquistas jurídicas obtidas nos tratados, convenções internacionais e na Constituição Federal do Brasil, mas sim, ao contrário, devemos ampliar o objeto de estudo do âmbito normativo.

Não estamos negando a importância dos ordenamentos jurídicos, do Estado Democrático de Direito e do sistema de garantias estabelecidas, afinal não se pode negar o esforço da comunidade internacional realizado para lograr êxito em estabelecer uma base de proteção mínima de direitos que alcance a todos os indivíduos e demais formas de vida.

A pretensa universalidade abstrata que reconhece os direitos a todos os seres humanos por natureza e pelo simples fato de terem nascido surgiu em determinado contexto histórico (trânsito para a modernidade e desenvolvimento do sistema capitalista) que atualmente não nos serve para compreender e atuar sobre a realidade social existente.

Pensar as lutas pela dignidade humana significa problematizar a realidade.

Por esse motivo que Joaquín Herrera Flores (2009, p. 178-179) propõe que os direitos humanos sejam entendidos como produtos culturais (e não ideológicos), podendo nos servir de “armas de antagonismo sempre e quando saíamos do círculo hermenêutico da falácia ideológica (...) se situam no meio dessas propostas, evitando em todo momento ficar reduzidos a meras pautas jurídicas de decisão judicial ou elevar-se aos céus estrelados da indecisão humana”.

Necessitamos entender os direitos humanos não só pela concepção tradicional que dita seu conceito universal e natural, mesmo quando grande parte da população é excluída do processo social, mas, ao contrário, compreender que não há somente uma teoria sobre esses direitos e que podem coexistir várias concepções diferentes.

Os direitos não são prévios à construção de condições sociais, econômicas, políticas e culturais que propiciam o desenvolvimento e sua apropriação nos contextos em que se situam.

O que não podemos aceitar como natural é um universalismo como ponto de partida (humanismo abstrato) que justifica as raízes dos direitos humanos na própria natureza da condição humana e os considera prévios aos contextos socioculturais onde se encontram e são superior-

res à sociedade e ao Estado, mas, ao revés, devemos fazer da característica da universalidade um ponto de chegada, por meio da criação de condições (não de imposições ou exclusões) para o desenvolvimento das potencialidades humanas.

Com efeito, a luta pelos direitos humanos e suas respectivas garantias devem abrir e consolidar espaços e opções em direção de um mundo menos injusto e cruel, como mecanismo de apelação e enfrentamento contra a adversidade consciente (e/ou inconsciente) provocada desde as múltiplas e variadas expressões de poder.

Precisamos, pois, entender os direitos humanos – não como imposição ideológica – como produto cultural que nos ofereça instrumentos para poder reagir política, social, jurídica e economicamente, irrompendo nos contextos concretos e propiciando as rupturas e discontinuidades necessárias para poder construir novos caminhos de dignidade.

Teorias que intensifiquem o desejo de potência que está latente sempre sob a capacidade humana de transformar o mundo e instituir novas formas de relação.

Se os direitos humanos constituem o principal desafio de nosso século e o atual contexto social, econômico, político e cultural revela o fracasso da universalidade desses direitos, é imperioso reconhecer que a temática dos direitos humanos no mundo contemporâneo passa necessariamente por sua redefinição teórica.

Uma nova perspectiva que seja capaz de instrumentalizar a luta pela dignidade enquanto componente universal. Por essa razão é que Joaquín Herrera Flores (2009, p. 153) afirma que os direitos humanos são algo mais que as “normas que os reconhecem em escala nacional ou internacional, e algo menos que as propostas idealistas que repetem a existência de uma esfera moral externa aos seres humanos (...) falar de direitos humanos supõe enfrentar diretamente esse dualismo castro que divide ideologicamente onde a própria realidade não pode distinguir”.

Mais do que de uma teoria comum, o que necessitamos é de uma teoria de tradução que torne as diferentes lutas mutuamente inteligíveis e permita aos atores coletivos “conversarem” sobre as opressões a que resistem e as aspirações que os animam.

As garantias jurídicas e as políticas públicas não podem ser uniformes e sequer tratar os titulares de direitos como meros objetos de intervenção, mas sim, ao contrário, devem se adequar às reais e concretas situações. Por isso, explica Carol Proner (2011, p. 34):

As garantias são essenciais como parte do processo de luta, mas muitas vezes são insuficientes ou ineficazes. Por um lado, é necessário evitar a tendência de rejeitar a própria norma, o impulso à desqualificação imediata gerada pelo pensamento crítico, mas, por outro, é necessário sujeitar a mesma norma à prova do contexto, da história, da capacidade de transformação, aplicar sobre a norma a técnica de visibilidade de suas fraquezas e contradições (Tradução livre).

Registre-se, ainda, que os direitos humanos devem ser compreendidos não como um dado histórico e sim um construído, uma invenção (e intervenção) humana em constante processo de construção e reconstrução, ou seja, uma racionalidade de resistência na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana:

O fundamento dos direitos humanos está em outro mundo possível, derivado das lutas de diversas sociedades civis emergentes modernas, e na capacidade destas lutas para conseguir a judicialização de suas demandas e a incorporação de sua sensibilidade específica ou peculiar na cultura reinante e na cotidianidade que se segue dela e que potencializa sua reprodução (GALLARDO, 2008, p. 5, tradução livre).

Joaquín Herrera Flores nos propõe uma teoria crítica dos direitos humanos que pretende fugir desse círculo vicioso em que nos encerra o aparente simplismo da teoria tradicional que começa falando dos direitos e termina falando dos direitos. Para tanto, no objetivo de apresentar seu pensamento, o filósofo espanhol particulariza sua teoria por meio de três níveis de trabalho: “o quê” dos direitos; “por quê” dos direitos; e “para quê”.

No primeiro nível, Herrera Flores estabelece que os direitos humanos – mais que direitos propriamente ditos – são processos, é dizer, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para a vida.

Isso implica a necessidade de reconhecer que os direitos humanos não devem confundir-se com os direitos positivados em nível nacional ou internacional, afinal “admitir que o direito cria direito significa cair na falácia do positivismo mais retrógrado que não sai de seu próprio círculo vicioso” (HERRERA FLORES, 2009, p. 34).

Os direitos humanos são uma convenção cultural que utilizamos para introduzir uma tensão entre os direitos reconhecidos e as práticas sociais que buscam tanto seu reconhecimento ou outro procedimento que garanta algo que é, ao mesmo tempo, exterior e interior a tais normas.

Por isso, complementa Herrera Flores (2009, p. 34), “nós não começamos pelos direitos, mas sim pelos bens exigíveis para se viver com dignidade (...) os direitos virão depois das lutas pelo acesso aos bens”. Assim, quando falamos de direitos humanos, falamos de dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito:

Quer dizer, ao lutar por ter acesso aos bens, os atores e atrizes sociais que se comprometem com os direitos humanos colocam

em funcionamento práticas sociais dirigidas a nos dotar, todos e todas, de meios e instrumentos – políticos, sociais, econômicos, culturais ou jurídicos – que nos possibilitem construir as condições materiais e imateriais necessárias para poder viver (HERRERA FLORES, 2009, p. 35).

Em um segundo nível, no “por quê” de todas essas lutas, ou melhor, as razões pelas quais construímos essa convenção que chamamos de direitos humanos, devemos reconhecer que “promovemos processos de direitos humanos, primeiro, porque necessitamos ter acesso aos bens exigíveis para viver e, segundo, porque eles não caem do céu, nem vão correr pelos rios de mel de algum paraíso terrestre” (HERRERA FLORES, 2009, p. 36).

Começamos a lutar pelos direitos porque consideramos injustos e desiguais os processos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

É que o acesso aos bens, sempre e em todo momento, insere-se num processo mais amplo que faz com que uns tenham mais facilidade para obtê-los e que a outros seja mais difícil ou, até mesmo, impossível de alcançar.

Importante destacar que a teoria hegemônica não explica o “por quê” dos direitos humanos, justamente pelo fato de que se detém no “o quê” dos direitos.

Ora, se todos já têm direitos humanos pelo simples fato de haverem nascido, isso implica a desnecessidade de lutar pelo acesso aos bens.

No terceiro nível, a teoria crítica dos direitos humanos indica que lutamos “para quê” o resultado de nossas lutas seja a dignidade humana, entendida não somente como o simples acesso aos bens, mas que tal acesso seja igualitário e não esteja hierarquizado *a priori* por processos de divisão do fazer que coloquem alguns, na hora de ter acesso

aos bens, em posições privilegiadas, e outros em situação de opressão e subordinação.

No entanto, adverte Herrera Flores (2009, p. 37), “falar de dignidade humana não implica fazê-lo a partir de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade é um fim material. Trata-se de um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja digna de ser vivida”. Quer dizer, estamos marcando os fins que buscaremos na hora de levar adiante nossas práticas sociais sob a forma dos direitos humanos.

Analisando a teoria proposta por Herrera Flores, Carol Proner destaca que a proposta teórica do autor “segue uma direção oposta às propostas das correntes teóricas abstracionistas. Ao elaborar uma teoria crítica e contextualizada dos direitos humanos, ele trabalha propositalmente em concreto, ao mesmo tempo em que não evita testar o potencial de aplicabilidade das próprias análises quando confrontadas com práticas sociais” (PRONER, 2011, p. 27, tradução livre).

Os direitos humanos devem ser entendidos como processos de luta pela abertura e consolidação dos espaços da dignidade humana.

Uma teoria crítica que conceba e reflexione sobre os direitos na possibilidade de melhor distribuição da riqueza, de um melhoramento da relação dos explorados do sistema e, por fim, da eliminação das múltiplas formas de exclusão em que vivem os seres humanos.

A luta pela dignidade humana é a razão e a consequência da luta por democracia e justiça. Os direitos humanos entendidos como prática social, como expressão axiológica, normativa e institucional que, em cada contexto, abre e consolida espaços de luta por uma vida mais digna, não se reduzem a um único momento histórico e a uma única dimensão jurídico-procedimental.

A proposta é, pois, um conceito de direitos humanos que se traduza mais do que o conjunto de normas formais (internacionais e nacionais) que os declarem.

É dizer: os direitos humanos não se limitam aos tratados, declarações e constituições nacionais, mas, sim, resultado de lutas sociais e coletivas que buscam a construção de espaços sociais, econômicos, políticos e jurídicos que permitam a subjetividade coletiva se tornar sujeito absoluto dos processos de potência.

Dessa forma, as bases de nossa teoria crítica dos direitos humanos estariam esquematizadas em cinco pontos (HERRERA FLORES, 2009, p. 38-39) básicos assim reproduzidos:

Primeiro, devemos começar reconhecendo que nascemos e vivemos com a necessidade de satisfazer conjuntos culturalmente determinados de bens materiais e imateriais e, dependendo do entorno de relações nas quais vivamos, serão os bens a que tentamos ter acesso. Mas, em primeiro lugar não são os direitos, são os bens.

Segundo, devemos ter em conta que temos de satisfazer nossas necessidades imersos em sistemas de valores e processos que impõem um acesso restringido, desigual e hierarquizado aos bens, sendo este fato materializado ao longo da história por meio de marcos hegemônicos de divisão social, sexual, étnica e territorial do fazer humano.

Terceiro, a história dos grupos marginalizados e oprimidos por esses processos de divisão do fazer humano é a história do esforço para levar adiante práticas e dinâmicas sociais de luta contra esses mesmos grupos. Daí corresponder a nós pôr as frases dos direitos, mas admitir que a verdade deles reside em lutas raramente recompensadas com o êxito.

Quarto, o objetivo fundamental de tais lutas não é outro que poder viver com dignidade, o que, em termos materiais, significa generalizar processos igualitários (e não hierarquizados *a priori*) de acesso aos bens materiais e imateriais que levam a dignidade.

Quinto, se temos o poder político e legislativo necessários para estabelecer sistemas de garantias (econômicas, políticas, sociais e, sobretudo, jurídicas) que comprometam as instituições nacionais e inter-

nacionais ao cumprimento daquilo conquistado por essas lutas pela dignidade de todos e todas.

Dessa forma, destaca Herrera Flores (2009, p. 39), para nós, “o conteúdo básico dos direitos humanos será o conjunto de lutas pela dignidade, cujos resultados, se é que temos o poder necessário para isso, deverão ser garantidos por normas jurídicas, por políticas públicas e por uma economia aberta às exigências da dignidade”.

2. CONCLUSÃO

O texto se propôs analisar a crise da racionalidade do tempo atual (o velho está morrendo e o novo ainda não pode nascer), afirmando a necessidade da adoção de uma consciência crítica que nos auxilie para abordar – de forma emancipadora – referida crise.

Essa tendência é a que permite que o direito possa ser objeto exclusivamente das análises lógico-formais e submetido a fechamentos epistemológicos, como se as normas jurídicas estivessem separadas e isoladas dos contextos e dos interesses que necessariamente estão entranhados a toda produção jurídica.

O próprio discurso teórico, necessário à reflexão crítica, tem de ser de tal modo concreto que quase se confunda com a prática; uma consciência crítica que se traduza em ação e prática revolucionária, na qual irão se transformar o contexto, as condições sociais, as estruturas, o Estado, a sociedade, a economia e os próprios indivíduos (autores da ação).

Dessa maneira, resta evidente que as teorias, quaisquer que sejam, formam parte do social e do humano, surgindo desde a realidade social e contribuindo de diversas formas com a reprodução da ordem que as requer e as legitima, podendo ser politicamente funcionais ou disfuncionais. No entanto, as teorias não podem deixar de cruzar-se com a realidade ou, melhor dito, não se cruzam com ela porque são

constitutivas de sua representação e reprodução humana e porque são constituídas por e para esta realidade.

Os direitos humanos, como todo fenômeno jurídico e político, estão penetrados por interesses ideológicos e não podem ser entendidos à margem de seu fundo cultural.

É necessária uma consciência crítica que contextualize a concepção tradicional e hegemônica dos direitos humanos (aquela que nos afirma que temos idênticos direitos em razão do seu caráter universal) e exponha a enorme divergência existente entre o discurso e a prática.

Para tanto, é imperioso assumir nossa teoria crítica e comprometida para entender os direitos humanos – não como meras abstrações – como processos, sempre provisórios, das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens (materiais e imateriais) indispensáveis para a vida.

Ainda que tal conjunto de direitos nos tenha devotado um círculo de garantias, às quais por nenhuma razão devemos renunciar – dado que em sua construção participamos todos e todas com a esperança posta em um “garantismo jurídico” que respeitasse nossas lutas –, se não tomarmos consciência dessa interação sistêmica entre o jurídico, o político e o sistema capitalista (como elementos necessários para entender o conceito de modernidade e seu processo de injustiça e explorações), resta impossível a adoção de uma nova política de direitos humanos que empodere as classes sociais historicamente desfavorecidas.

Até o presente momento indicamos que os direitos humanos não podem ser caracterizados como propriedade de indivíduos isolados, senão que – assim como todo direito ou norma jurídica – supõe relações sociais concretas.

Afirmamos, ainda, a necessidade de uma consciência crítica para a construção de uma teoria crítica dos direitos humanos que torne visível que a lógica da ideologia dominante (e as instituições que a instrumentalizam) funciona em desfavor do empoderamento da multidão

oprimida. De fato, se os direitos humanos não “caem do céu” e tampouco são uma projeção de uma metafísica da dignidade humana, necessitamos, assim, entender os direitos humanos não só pela concepção tradicional (e hegemônica) que dita seu conceito universal e natural, mesmo quando grande parte da população é excluída do processo social, mas, ao contrário, compreender que não há somente uma única teoria sobre esses direitos e que podem coexistir várias concepções e entendimentos diferentes.

REFERÊNCIAS

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 2006.

GALLARDO, Helio. **Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos**. Murcia, 2008.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Los derechos humanos como productos culturales**. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Catarata, 2005.

HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de Carlos Roberto Diogo Garcia; Antonio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Tradução de Luciana Caplan, Carlos Roberto Diogo Garcia, Antonio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PRONER, Carol; CORREAS, Oscar (coord.). **Teoria Crítica dos direitos humanos**: in memoriam Joaquín Herrera Flores. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

**DEMOCRACIA E DIREITOS
SOCIAIS: À GUISA DA
INDISSOCIABILIDADE**

Guilherme Camargo Massaú
Alex Jordan Soares Monteiro Mamede

*“Die Staatsgewalt geht kulturell vom Volk (von den Bürgern) aus,
nicht von den Märkten!”*
(Häberle, 2013, p. 60)

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro constitui-se em um Estado democrático de Direito (art. 1º, *caput*, da CRFB), tendo como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB) e objetivos fundamentais reduzir as desigualdades sociais (art. 3º, III, da CRFB), tornando-a mais igualitária. Os direitos fundamentais em suas dimensões constituem-se em suporte para a concretização da democracia, da dignidade da pessoa humana e da redução das desigualdades. Tal redução da desigualdade envolve reduzir a pobreza e não aumentá-la (KRIELE, 2004, p. 207). Eles promovem o ser humano em seu direito de subsistência. Sem as condições mínimas de proteção e promoção do ser humano não há que falar em democracia. Sem a democracia não há como garantir a proteção e promoção do ser humano.

O texto tem como base este pressuposto, a relação entre o Estado democrático de Direito e os direitos fundamentais, especificamente, a relação entre a democracia e os direitos sociais. Para delinear esta relação, estabelecerá um itinerário que inicia com a concepção de democracia, após abordar-se-ão os direitos sociais e, por fim, analisar-se-á a relação entre democracia e direitos sociais. Com isso, pretende-se pôr em evidência, ao menos, sob a visão dos autores, qual é a função dos direitos sociais na democracia e o impacto da democracia nos direitos sociais. Essa mutualidade envolve uma gama de consequências no que respeita ao ser humano e à sociedade. O problema não se resume na denominação e na previsão da democracia e dos direitos sociais, mas é, fundamentalmente, no exercício conjunto de ambos.

A questão – parafraseando Karl Jaspers (1966, p. 23) – fundamental a ser respondida é: nós queremos um Estado democrático ou não? Se a resposta é negativa, não importa a existência de direitos fundamentais, especificamente os sociais. Nesse caso, a análise encerra-se aqui. Se a resposta é positiva, é preciso agir para concretizar os direitos sociais na democracia. Isso impõe a busca de condições próprias para o fomento da democracia em um Estado. Nesse sentido encontra-se a posição estratégica dos direitos sociais.

O método de abordagem da pesquisa de natureza qualitativa será o dedutivo, e contará com o auxílio da técnica de pesquisa bibliográfica-documental para a reflexão crítica a partir do referencial teórico e das decisões judiciais no âmbito da jurisdição constitucional.

1. DEMOCRACIA

A democracia tem como pressuposto tratar o ser humano como ser humano, não só como cidadão da *polis*, mas a partir do fundamento de liberdade e de igualdade. Está aí a concepção da dignidade humana desvinculada do *status* ou mérito do ser humano no meio social. Na história se destacam a construção e juridicização da liberdade e da igualdade, que, internamente aos Estados, exigem a presença dos direitos humanos/fundamentais, a separação do poder e a democracia representativa. Trata-se da tradução iluminista da tríade legada pela Revolução Francesa – a liberdade do espírito, a igualdade no direito e a solidariedade na vida econômica (KRIELE, 1987, p. 9, 19, 28-29, 49, 50). Tanto que, atualmente, a forma de Estado dominante é a república democrática representativa e constitucional (HOBSBAWM, 2008, p. 91).

1.1 A vinculação à lei: a liberdade e a igualdade

A história dos Estados constitucionais democráticos é a mesma do desenvolvimento dos direitos fundamentais e da separação do poder.

Há que se destacar a vinculação do executivo à lei (princípio da estrita legalidade) e da independência dos juizes no concernente à interpretação do texto legal. Ao legislador (representante do soberano, o povo) cabe a prerrogativa de criar e instituir as leis. Por isso, sem separação funcional do poder soberano, não há liberdade nem Estado de direito. Os direitos fundamentais, a separação do poder e a democracia formam uma unidade institucional, e sem a efetividade dessa tríade os cidadãos vivem em insegurança e medo (KRIELE, 1987, p. 34-36).

Por conseguinte, os limites constitucionais-legais propiciam ao ser humano sujeito ao Estado e à relação com os outros a segurança para agir de forma autônoma assegurando para si a dignidade humana – premissa antropológica da democracia (HÄBERLE, 2013, p. 74) – perante o Estado e respeitando a dos outros. Sendo a soberania associada ao poder de fazer leis, a democracia – mesmo que representativa – torna-se fundamental para que o povo manifeste o poder soberano, por meio da lei que é reflexo da *volunté général* (LOMBRANO, 1996, p. 246, 254-255). Torna-se patente que, independentemente do grupo a que a pessoa pertença, o ponto em comum de referência do regime democrático é a pessoa humana. Por isso, a ideia do governo das pessoas para as pessoas (HOBSBAWM, 2008, p. 95).

O problema do regime democrático está no fato da crença do governo da maioria, quando na verdade são poucas pessoas que chefiam e governam a grande massa. A apatia política de grande parte dos cidadãos, em muitos Estados calcados nas desigualdades sociais, é ocasionada pela forma e estrutura da dinâmica cotidiana (HOBSBAWM, 2008, p. 96-97). Destacam-se como fator de apatia a necessidade e a dificuldade de as pessoas hipossuficientes conseguirem se manter com o mínimo e ocuparem seu dia trabalhando. Ainda, quanto maior necessidade material se tem, proporcional é o déficit educacional (sentido amplo). Destarte, não há ou há pouca participação política se existe ausência ou deficiência nas condições mínimas de vida, pois a prioridade das

peças é conquistar, no dia a dia, os recursos mínimos para sobreviver. Por conseguinte, a efetiva e constante participação política fica restrita aos poucos que possuem condições materiais.

Por isso, há que se estabelecer a relação entre a liberdade e a igualdade, exigências do contexto democrático, na medida em que os cidadãos precisam ser livres e estarem em grau similar de igualdade material para participarem no espaço público democraticamente. A liberdade para os cidadãos agirem em conformidade com as suas convicções. A igualdade material para que os cidadãos possam construir suas convicções em grau de igualdade com os seus pares. Sem liberdade e igualdade não há solidariedade (KRIELE, 1987, p. 50), sem solidariedade não há sociabilidade. Sem sociabilidade é inviável a democracia (TOURAINÉ, 1996, p. 104)¹.

A lei derivada do processo democrático deve conter as defasagens sociomateriais e proporcionar a esfera de liberdade a fim de dar suporte à efetiva participação política de todos, seja em votar ou em ser votado. Com a participação política de todos a tendência é o movimento de retorno de leis que contemplem o interesse comum, ao menos de uma maioria mais próxima da quantidade. Contudo, sabe-se que o problema da participação efetiva no processo político democrático é mais complexo que a equalização de uma igualdade material. Porém, o pressuposto para uma participação política com o mínimo de qualidade e o consequente fortalecimento do processo democrático é a existência de condições básicas dos cidadãos. Por isso, os direitos sociais são fundamentais quando se pensa em democracia e a democracia é essencial para se pensar em direitos sociais.

¹ Touraine (1996, p. 104) faz uso da palavra fraternidade, como princípio que equilibra a relação entre a liberdade e a igualdade, pois se a liberdade é privilegiada a desigualdade social aumenta, se inversamente a igualdade for privilegiada, perde-se a liberdade. Contudo, defende-se que a palavra solidariedade e a sua concepção são mais adequadas para se referir ao contexto moderno-iluminista até aos dias atuais devido à sua conotação laica (MASSAÚ, 2016, p. 30-50).

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA FUNÇÃO DIANTE DO ESTADO E DE TERCEIROS

2.1 Direitos fundamentais e sua função diante do Estado

O constitucionalismo contemporâneo do segundo pós-guerra trouxe consigo uma identificação entre o constitucionalismo e a democracia, ou seja, há uma associação entre Estado constitucional e o dever de ele ser também democrático (BOTELHO, 2005, p. 61). A democracia vem a ser mais um elemento do constitucionalismo para além da compreensão da Constituição como separação de poderes e direitos fundamentais.

Importante mencionar que as declarações liberais de direitos do século XVIII já traziam essa ideia de que a “Constituição é direito fundamental e separação de poderes” (NOVAIS, 2014, p. 22). Encontramos formulações nesse sentido no artigo 16 da declaração francesa de 1789 e nos aditamentos de 1798 à Constituição americana². Além disso, também já há alguns direitos sociais reconhecidos formalmente, ainda que de forma episódica. Na sequência da Revolução Francesa de 1789, a Constituição de 1793, em seu artigo 21, já previa o dever de assistência pública aos cidadãos miseráveis, garantindo-lhes trabalho ou meios de subsistência. Em seguida, o artigo 22 previa a educação como uma necessidade comum, cabendo à sociedade colocar a instrução ao alcance de todos os cidadãos (FRANÇA, 2022).

Dessa forma, não é incorreto afirmar que “o ideário dos direitos sociais enquanto direitos de categoria constitucional antecede o do pró-

² Segundo o artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (tradução nossa). Com a aprovação das emendas à Constituição americana em 1798, também notamos a existência dessa conjugação entre separação de poderes e direitos fundamentais relacionados às liberdades de religião, expressão, e de imprensa, ao direito de reunião e de petição, à inviolabilidade da residência, e às garantias processuais do devido processo legal.

prio Estado social” (BOTELHO, 2005, p. 90), uma vez que a gênese histórica dos direitos sociais nos textos constitucionais remonta ao período histórico dos movimentos liberais (BOTELHO, 2005, p. 90). No entanto, o que se viu na Europa nas décadas seguintes às declarações do século XVIII foi que “os direitos fundamentais permaneciam no limbo da mera proclamação política simbólica em contraste com a dominância jurídico-formal da ideia de separação de poderes” (NOVAIS, 2010, p. 22). Em outras palavras, os direitos fundamentais estavam fortemente sujeitos à reserva de lei, por isso os direitos de liberdade e os direitos sociais já existentes na época “seriam aquilo que o legislador democrático livremente decidisse” (NOVAIS, 2010, p. 22).

A compreensão dos direitos fundamentais substancialmente diversa em comparação aos dias de hoje demonstra a distância em relação ao Estado democrático de direito atual alicerçado nas concepções de dignidade humana e democracia (NOVAIS, 2014, p. 23). Pode-se dizer que no período que se seguiu após a Segunda Guerra observamos a conversão do Estado liberal em um Estado social³ (BOTELHO, 2005, p. 94), no qual os direitos deliberados são acolhidos por essa nova compreensão normativa do Estado. O próprio direito fundamental de votar e ser votado – encarado como um direito de liberdade – era extensível a uma minoria de pessoas e só veio a ser assegurado com o Estado Social. O reconhecimento do Estado Social e as reivindicações por direitos sociais caminham simultaneamente com a extensão do reconhecimento

³ Embora se reconheça a importância histórica da Constituição mexicana (1917) e da Constituição de Weimar (1919), não se pode afirmar que já há nesses textos um princípio de Estado social ao nível constitucional, uma vez que os direitos sociais foram encarados como normas-programa sem vinculação do legislador (BOTELHO, 2005, p. 91). Além disso, a democracia instituída pela Constituição de Weimar não correspondia ao *Zeitgeist* do povo alemão, sobretudo, após a assinatura do Tratado de Versalhes em 1919, quando o ressentimento da população não foi direcionado contra os militares que planejaram a Primeira Guerra Mundial, mas sim contra a recém-criada república democrática liberal, sendo o ônus rapidamente imputado à coalisão em torno do gabinete social-democrata do então Presidente (VALADÃO, 2022, p. 265-266).

do sufrágio universal como instrumento democrático de reivindicação de direitos (BOTELHO, 2005, p. 95).

De fato, os direitos sociais demandam toda uma estrutura estatal para a sua defesa e implementação, o que só foi possível com a emergência do Estado Social (BOTELHO, 2005, p. 91). A índole normativa-constitucional do Estado Social constitucionaliza as obrigações do Estado no âmbito de políticas sociais e econômicas, o que leva à criação de um “integrated welfare State”⁴ (BOTELHO, 2005, p. 96).

Associado a isso, o nível de implementação dos direitos sociais é o que efetivamente demonstrará o grau de transição de uma democracia política para uma democracia econômica e social, mesmo que determinado país não incorpore à sua Constituição direitos sociais explícitos. Exemplo disso é o Estado alemão, que por meio de sua Lei Fundamental de 1949 (LFRFA) influenciou as demais democracias e as Constituições vindouras na constitucionalização da defesa da dignidade humana (art. 1, LFRFA), da democracia (art. 18, art. 20, LFRFA), e do Estado Social (art. 20, LFRFA), a despeito de o texto constitucional alemão trazer apenas um único direito social relacionado ao direito de toda mãe à proteção e à assistência da comunidade (ALEMANHA, 2021, p. 17).

Vale lembrar que o Tribunal Constitucional Federal alemão (TCF) decidiu logo no primeiro ano de sua criação que, mesmo sem a positivação de um amplo catálogo de direitos sociais, o legislador democraticamente legitimado deve buscar tornar o Estado social uma realidade (ALEMANHA, 1951, p. 104-105). Dessa maneira, essa nova concepção normativa do Estado influenciou as Constituições europeias e latino-americanas do século XX, bem como trouxe destaque à função do TCF como tribunal dos direitos fundamentais (VALADÃO, 2022, p. 168).

⁴ Vale lembrar que não se deve confundir os conceitos de Welfare State e Estado Social. Enquanto o Estado Social possui essa índole normativa-constitucional, o Welfare State se associa a considerações histórico-políticas (tais como o New Deal, nos EUA, ou o Estado-providência europeu que sucedeu à II Guerra Mundial) (BOTELHO, 2005, p. 95).

2.2 Direitos fundamentais e sua função diante de terceiros

2.2.1 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais: o constitucionalismo contemporâneo do segundo pós-guerra e o paradigmático caso Lüth

Após o fim da empreitada nazista de destruição das instituições democráticas e do modelo jurídico liberal-positivista (VALADÃO, 2022, p. 379), a maioria dos Estados europeus do segundo pós-guerra reorientou as suas preocupações para a justiça constitucional e para a proteção dos direitos fundamentais. Os tribunais constitucionais ou cortes superiores incumbidas pela guarda da Constituição assumem no constitucionalismo do segundo pós-guerra a tarefa de resguardar os direitos fundamentais dotados da força constitucional que vincula todos os poderes dos Estados, incluindo o legislador democrático, sendo a supremacia dos direitos fundamentais “assegurada por um poder judicial funcionalmente independente da maioria política que ocupa conjunturalmente o poder” (NOVAIS, 2012, p. 199).

A íntima associação entre a justiça constitucional e os direitos fundamentais aproximou o modelo europeu do modelo americano, no qual prepondera o controle difuso de constitucionalidade e o sistema de precedentes⁵. Essa hibridização entre os sistemas torna os tribunais constitucionais europeus instituições substancialmente distintas da proposta originária de Kelsen, vez que incorporaram algumas vantagens do controle difuso ao controle concentrado⁶ (NOVAIS, 2012, p. 207).

⁵ Os Estados Unidos adotam um sistema misto que mescla o controle difuso e o controle concentrado. O controle difuso é exercido por todas as instâncias, que podem se pronunciar sobre matéria constitucional inerente a qualquer lide posta a julgamento, com apoio na jurisprudência que firmou o controle difuso de constitucionalidade: *Tennessee v. Davis* 100 U.S. 257 (1879), *Metcalf v. Watertorn* 128 U.S. 586 (1888), *Southern Pacific Railroad Removal Company v. California* 115 U.S. 2 (1886) (LIMA, 2009, p. 85).

⁶ O modelo austríaco (ou europeu) defendido por Kelsen estava baseado em um controle de constitucionalidade objetivo e abstrato exercido por um tribunal constitucional especializado separado da estru-

A hibridização dos modelos, combinando elementos dos controles difuso e concentrado, traz um aspecto interessante relativo à ligação entre o grau de acesso dos particulares ao tribunal constitucional e a possibilidade de defesa dos seus direitos fundamentais. Pois um sistema constitucional baseado exclusivamente em um controle normativo de constitucionalidade pode ser ineficiente na defesa dos direitos fundamentais violados por atos de particulares, que em regra não produzem normas jurídico-públicas⁷. Dessa forma, no âmbito das relações entre particulares, o que é controvertido raramente são as normas, vez que as violações ocorrem por meio de atos dos particulares ou decisões judiciais que violam um direito fundamental ou faz prevalecer de forma excessiva um dos direitos em colisão (NOVAIS, 2012, p. 295).

Em face disso, Novais (2012, p. 291) defende a importância de a Constituição prever a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, mas ressalta que é crucial a criação dos recursos processuais contra atos da Administração e decisões judiciais. Pois dessa forma é possível assegurar o acesso do particular ao tribunal constitucional para questionar uma ação ou omissão do juiz comum “que não atendeu a invocação jusfundamental do particular e, assim, indiretamente, ga-

tura hierárquica do poder judicial, com decisões de natureza constitutiva (*ex nunc*) limitadas às questões de inconstitucionalidade formal e orgânica. O sistema americano (*judicial review*), por sua vez, é dotado de um caráter eminentemente subjetivo e concreto com decisões com natureza declaratória (*ex tunc*). Em texto escrito em 1942, Kelsen crítica o modelo americano alegando que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade (KELSEN, 2003, p. 303). Prossegue dizendo que isso provoca a ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, o que é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição (KELSEN, 2003, p. 303).

⁷ Novais faz uma severa crítica ao sistema constitucional português no âmbito da fiscalização concreta de constitucionalidade exatamente porque o sistema está exclusivamente dirigido à fiscalização de normas. Desse modo, a priori, ficam excluídas da apreciação do Tribunal Constitucional português todas as inconstitucionalidades provocadas por decisões e atos individuais e concretos praticados por particulares, pelos titulares do poder político, pela Administração ou pelo poder judicial (NOVAIS, 2012, p. 259-260).

rantir a proteção do acesso individual aos bens jusfundamentais nas relações entre privados” (NOVAIS, 2012, p. 291).

Importante citar que o paradigmático caso Lüth do TCF é um produto dessa maior abertura do tribunal às reclamações constitucionais ajuizadas por particulares, que buscam levar as violações aos direitos fundamentais perpetradas contra eles à Corte constitucional. Na reclamação constitucional BVERFGE 7, 198, de 15 de janeiro de 1958, o TCF analisou o caso do crítico de cinema alemão Erich Lüth, que clamou os distribuidores e o público a boicotar o filme lançado na época por Veit Harlan, que atuou como diretor e roteirista do filme nazista “Jud Süß” (1941) encomendado por Joseph Goebbels para promover a propaganda nazista e incentivar a perseguição contra os judeus. Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme ajuizaram uma ação cível contra Lüth, a fim de que ele deixasse de incentivar o boicote, sob ameaça de uma pena pecuniária ou até mesmo prisão (SCHWABE, 2005, p. 385). O Tribunal Estadual de Hamburgo julgou procedente a ação por considerar a convocação ao boicote contrária à moral e aos bons costumes. Lüth interpôs uma apelação ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua reclamação constitucional no TCF, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo art. 5, 1, da Lei Fundamental alemã⁸.

Embora a liberdade de expressão, na condição de um direito fundamental, fosse destinada originalmente à proteção ou resistência do cidadão contra o Estado, o caso Lüth envolve uma questão do direito privado (SCHWABE, 2005, p. 382). A questão levada ao TCF consistia, portanto, na definição dos limites de aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. Ao decidir o caso, o TCF considerou que

⁸ Artigo 5 - Liberdade de opinião, de arte e ciência. (1) Todos têm o direito de expressar e divulgar livremente o seu pensamento por via oral, por escrito e por imagem, bem como de informar-se, sem impedimentos, em fontes de acesso geral. A liberdade de imprensa e a liberdade de informar através da radiodifusão e do filme ficam garantidas. Não será exercida censura (ALEMANHA, 2021, p. 17).

o Tribunal Estadual violou o direito fundamental do reclamante, e por isso julgou procedente a reclamação e revogou a decisão⁹ (SCHWABE, 2005, p. 381). A decisão traz um novo paradigma ao reconhecer que os direitos fundamentais não são apenas direitos de defesa contra o Estado, pois o texto constitucional por meio dos direitos fundamentais consolida um ordenamento axiológico objetivo cujo conteúdo normativo “enquanto normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (Medium) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica” (SCHWABE, 2005, p. 388).

Além de fundamentar a irradiação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o TCF definiu na decisão Lüth que: (i) os juízes das varas cíveis, ao ignorar a influência dos direitos fundamentais sobre o direito civil, também podem violar direitos fundamentais por meio de suas decisões; (ii) as leis civis podem limitar a liberdade de expressão, mas essa limitação precisa ser justificada constitucionalmente, sendo introduzida a ideia da ponderação como mecanismo para a análise de todos os fatores e direitos fundamentais envolvidos no caso (SCHWABE, 2005, p. 382-393); (iii) a topografia constitucional em que os direitos fundamentais estão à frente dos demais capítulos no texto constitucional evidenciam a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal (SCHWABE, 2005, p. 387); (iv) Embora não seja competência do TCF revisar em sua plenitude os erros de direito os juízes, o TCF precisa avaliar o chamado “efeito de radiação (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais no di-

⁹ As decisões do TCF que julgam a constitucionalidade de decisões dos tribunais ordinários não julgam seu mérito propriamente dito, mas somente seus aspectos relevantes para o direito constitucional (avaliam a possível violação de direito fundamental cometida pelos tribunais ordinários). Na divisão de competências entre os tribunais constitucionais e os tribunais ordinários verifica-se que o TCF não é a última instância revisional tal qual o STF brasileiro, mas um tribunal cuja competência se limita a decidir sobre o direito constitucional. A consequência é que, em casos como o presente, o Tribunal verifica uma violação de direitos fundamentais partida das decisões dos tribunais, suspende tais decisões por representarem violações constitucionais, mas não decide a questão principal do mérito, devolvendo os autos para uma segunda decisão, que cabe, então, ao tribunal ordinário (SCHWABE, 2005, p. 383).

reito civil e fazer valer também para aquele ramo jurídico o conteúdo axiológico da prescrição constitucional” (SCHWABE, 2005, p. 389).

2.2.2 O Supremo Tribunal Federal e a eficácia dos direitos fundamentais (sociais) nas relações privadas

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, um caso representativo da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas foi o Recurso Extraordinário nº 201.819-8-RJ, julgado em 2005 pela Segunda Turma. Por apertada maioria de três votos a dois, decidiu-se acerca da aplicabilidade direta do direito à ampla defesa à relação privada envolvendo a União Brasileira de Compositores e um sócio excluído da entidade¹⁰. Na ementa do acórdão, cujo redator foi o Min. Gilmar Mendes, ficou registrado que as violações de direitos fundamentais também ocorrem nas relações entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado, de forma que os direitos fundamentais vinculam diretamente os poderes públicos e, também, estão direcionados à proteção dos particulares em face dos poderes privados (BRASIL, 2005, p. 577). Embora conste de forma tão explícita na ementa do acórdão a questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, o colegiado não adentra na definição da questão da aplicabilidade direta ou indireta dos direitos fundamentais às relações privadas. O próprio ministro redator responsável por abrir a divergência que prevaleceu no julgado destaca em seu voto que não estava em discussão “a forma geral de aplicabilidade dos direitos fundamentais” nas relações entre particulares (BRASIL, 2005, p. 607), motivo por que direcionou as suas preocupações apenas para demonstrar que a aplicabilidade (direta ou

¹⁰ Nos três votos que integraram a maioria (Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa, Celso de Mello) observamos dois fundamentos comuns que servem como fio condutor dos votos: a aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas, e a função “quase pública” da União Brasileira de Compositores, que é uma associação privada, mas filiada à estrutura do ECAD a fim de repassar o numerário arrecadado pelo ECAD a título de direitos autorais (BRASIL, 2005, p. 609, 627, 641).

indireta) dos direitos fundamentais às relações entre particulares já era algo presente nas decisões do tribunal (BRASIL, 2005, p. 607). Ademais, o Min. Joaquim Barbosa, que também integrou a divergência prevalente, concorda com a aplicabilidade dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas, mas faz a ressalva de que no campo das relações privadas a incidência das normas de direitos fundamentais precisa ser verificada caso a caso (BRASIL, 2005, p. 622).

A Constituição brasileira elenca um rol de direitos fundamentais sociais trabalhistas que demonstram a ampla aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, de modo que os acordos de direito privado, convenções e acordos coletivos não podem contrariar os direitos fundamentais. Dessa forma, nas hipóteses em que as normas constitucionais trabalhistas não demandam regulamentação normativa ulterior, a aplicabilidade direta dos direitos fundamentais sociais às relações privadas decorre de uma determinação explícita do próprio texto constitucional.

Verifica-se que não é possível vincular os particulares de maneira uniforme em relação aos direitos fundamentais, uma vez que a eficácia direta ou indireta será aferida à luz do caso concreto e das peculiaridades da área específica do direito (SARLET, 2021, p. 399). No entanto, em face do caráter compromissório e dirigente da Constituição brasileira (art. 1º, III c/c art. 3º, III, CRFB), tem-se que há uma vinculação direta (imediate) *prima facie* dos particulares aos direitos fundamentais quando estamos a tratar das normas constitucionais de alta densidade normativa (SARLET, 2021, p. 260, 401).

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO SUPORTE PARA O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA

A efetivação dos direitos fundamentais sociais é determinante para o exercício da liberdade inserta nos pressupostos da dinâmica de-

mocrática. Trata-se de direitos que se opõem às condições de doença, de pobreza e de analfabetismo. Essas três condições depreciativas da dignidade humana são preocupações, tal como se pode inferir do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), internalizado pelo Decreto nº 591/92. O art. 2º, 1, do Pidesc, que expressa a importância dos direitos sociais para os Estados signatários e para a comunidade internacional, na medida em que estabelece o esforço interno e a cooperação internacional para a efetivação dos direitos contidos no Pacto (KRIELE, 2004, p. 205).

3.1 A função do Direito

O direito moderno, a partir do Estado social com sua juridificação (TEUBNER, 1988, p. 39-40), intervém nos espaços funcionais da ordem social, na medida em que é sobrecarregado com prestações integrativo-sociais (HABERMAS, 1998, p. 61). Por isso, ele tem as funções de fomentar a consecução de fins (TEUBNER, 1988, p. 43) e de garantir a efetivação das conquistas advindas do processo histórico como a liberdade, a igualdade e a solidariedade, ao limitar o poder do Estado (WALZER, 2003, p. 385-387). Os direitos fundamentais encontram-se como suporte mínimo da garantia à dignidade humana. Eles buscam proteger o ser humano do despejo e da prisão arbitrárias, tortura e assassinato, isso pelo fato de o Estado estar vinculado a princípios jurídicos que limitam o poder de quem está no governo (KRIELE, 1987, 97-98).

Para isso, cabe ao direito manifestar-se por comandos normativos que promovam a justiça distributiva (WALZER, 2003, p. 385) a fim de reduzir as desigualdades sociais ocasionadas pelas diferenças sociais material-historicamente formadas, possibilitando o cidadão participar na arena política. Além de definir e organizar os procedimentos do processo democrático. É por meio das normas jurídicas que se estabelecem

e consolidam as instituições que suportam o movimento e os choques dos embates políticos, sem que isso signifique ruptura no tecido socio-institucional. Isso significa reverter o “efeito Mateus”, em que os privilegiados aumentem seus privilégios e os desprivilegiados piorem a sua situação (SUPIOT, 2014, p. 45-46).

O fato de o regime democrático ser a forma política que proporciona maior liberdade ao maior número de pessoas e que protege e reconhece a diversidade entre as pessoas (TOURAINÉ, 1996, p. 25) necessita da organização e de um certo grau de igualdade (KRIELE, 2004, p. 210) a fim de manter a segurança jurídica, ao menos, estabilizar as relações sociais no seio da diversidade em uma sociedade.

3.2 Democracia como condição fundamental do desenvolvimento social e vice-versa

A efetivação dos direitos sociais é dever indispensável do Estado, tendo-se como vínculo indissociável a efetivação dos direitos civis e políticos (KRIELE, 1987, p. 40, 42). Os objetivos dos direitos sociais são estabelecer critérios materiais de justiça distributiva aos hipossuficientes, para que eles possam subsistir com o mínimo existencial, já que o predomínio do capital fora do mercado radicaliza a injustiça do capitalismo (WALZER, 2003, p. 433). O capitalismo é essencialmente transgressor das regras jurídicas na medida em que busca o acúmulo incessante da riqueza. Porém, necessita delas para garantir a liberdade econômica, limitando-a e ordenando-a (GRAU, 2013, p. 123).

Por conseguinte, é essencial ter as condições mínimas para exercerem com autonomia os direitos civis e políticos. Sem tais condições, o ser humano acaba por participar deficitariamente na arena do processo democrático. Os conflitos de interesse exsurgentes na disputa político-democrática se equilibram na proporção da igualdade material entre os participantes da disputa. Quanto maior for a desigualdade social,

mais desvantagens os hipossuficientes terão na arena política. Mais suscetíveis se tornam diante das pressões político-econômicas, reduzindo a sua autonomia.

A democracia, no contexto da organização da política, revela-se de caráter progressivo (KRIELE, 1987, p. 91), em que pese, circunstancialmente, se possa vivenciar momentos reacionários. O reacionarismo encontra-se estreitamente vinculado às desigualdades sociais como a falta de educação, a precariedade na prestação do serviço em saúde e o déficit de habitação com a percepção de que a única opção para amenizar as desigualdades é se submeter às ordens de um “salvador”. Na democracia o cidadão é representado e pode vir a ser um representante. Todos os cidadãos encontram-se aptos, de uma forma ou de outra, a participarem na esfera pública. Ao contrário de um regime tirânico, em que se tem soberano e súditos, nem há a possibilidade do súdito de representar nem ser representado.

A democracia possibilita que os cidadãos exerçam o poder decisório de forma conjunta, ou seja, é a oportunidade de governarem-se a si mesmos por meio da argumentação. Na arena política democrática o debate é o fundamental meio de convencimento da maioria decidir sobre a pauta em disputa política. Os bens materiais, títulos, diplomas, armas, dentre outros artifícios (WALZER, 2003, p. 394, 416). Por isso, é fundamental que o cidadão, ator da política e participante na democracia, deve encontrar-se em condições de participar do processo de debate em espaço público, pois isso é condição *sine qua non* do exercício da cidadania. Somente com o aporte material, o cidadão poderá participar e argumentar na arena política em equivalentes condições de seus pares.

Por conseguinte, a efetivação dos direitos civis e políticos depende da efetivação dos direitos sociais. Sem as condições materiais mínimas, não há como exercer de forma autônoma a liberdade que requer a participação democrática. Não basta o acesso ao voto ou à decisão sem

que os governados tenham suporte mínimo para exercer o direito ao voto e à decisão de forma precária e desqualificada.

2. CONCLUSÃO

O texto teve como objetivo ressaltar os vínculos entre a democracia e os direitos sociais. Isso não significa que se considera a democracia um regime perfeito nem os direitos sociais infalíveis para correção das desigualdades sociais. O que se pôde observar é a função estratégica que o regime político ocupa na constituição da realidade social assim como a função dos direitos sociais em relação à maior participação dos cidadãos no regime democrático. A democracia possibilita a participação decisória dos cidadãos na vida política, o que significa que para participar e tomar decisão é necessário ter condições para isso. Não é suficiente ter a pretensão jurídica de exercer direitos civis e políticos, é fundamental ter as condições para exercê-los de forma otimizada.

Por isso, é preciso um determinado grau mínimo de igualdade material entre os cidadãos e o suporte mínimo (o mínimo existencial) para o exercício da cidadania com autonomia. A paridade de condições entre os cidadãos na arena política é o insumo fundamental para a qualidade da democracia e para que o resultado das decisões seja próximo à ideia de *vontade geral* ao invés de ser a soma das vontades individuais dos representantes. Isso significa que maior capacidade e disponibilidade de participação dos cidadãos na arena política, a democracia tende a ser mais consistente e consolidada. Quanto mais consistente e consolidada for a democracia, as decisões democráticas tendem a beneficiar o bem comum.

Uma das evidências do bem comum está na efetivação e amplitude dos direitos sociais, *e.g.*, saúde, educação e moradia para todas as pessoas. O acesso a esses bens tende a reduzir as desigualdades sociais,

primeiro, pela captação de recursos financeiros por parte do Estado e, segundo, pela distribuição e investimento destes recursos na sociedade. O processo democrático leva à decisão de em que, como, quando e onde tais recursos devem ser empregados. Por isso, participar na arena política requer responsabilidade e condições para o bom exercício dos direitos civis e políticos.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 1, 97 - Hinterbliebenenrente I**, p. 104-105, 1951. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv001097.html>. Acesso em: 09 ago. 2022.

ALEMANHA. Deutscher Bundestag. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Tradução: Aachen Assis Mendonça. Berlim: Deutscher Bundestag, 2021.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise: ou visitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **RE 201.819-8-RJ**. Acórdão. Rel. Min. Ellen Gracie. Red. Min. Gilmar Mendes, j.11.10.2005. 2005.

FRANÇA. Conseil constitutionnel. **Constitution du 24 juin 1793: Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (1793)**, 2022. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-constitutions-dans-l-histoire/constitution-du-24-juin-1793>. Acesso em: 08 ago. 2022.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur** – Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre. Berlin: Dunker & Humblot, 2013.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. Miguel Romeira. Lisboa: Presença, 2008.

JASPERS, Karl. **Wohin treibt die Bundesrepublik?** München: Piper, 1966.

KELSEN, Hans. 1942. O controle judicial da constitucionalidade (um estudo comparado das Constituições austríaca e americana). In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 299-319.

KRIELE, Martin. **Die demokratische Weltrevolution**. Warum sich die Freiheit durchsetzen wird. München: Piper, 1987.

KRIELE, Martin. **Grundprobleme der Rechtsphilosophie**. 2. Aufl. Münster: Lit, 2004.

LIMA, Newton de Oliveira. **Jurisdição constitucional e construção de direitos fundamentais no Brasil e nos Estados Unidos**. São Paulo: MP Ed., 2009.

LOMBRANO, Giovanni. **Res publica res Populi**. La legge e la limitazione del potere. Torino: G.Giappichelli, 1996.

MASSAÚ, Guilherme. **O princípio republicano constituinte do mundo-da-vida do Estado constitucional cosmopolita**. Ijuí: Unijuí, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**. 1. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Em defesa do tribunal constitucional**. Coimbra: Almedina, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Tradução organizada por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. p. 381-395.

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia**. A justiça social diante do mercado total. Trad. Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TEUBNER, Gunther. Juridificação. Noções, características, limites, soluções. Trad. José Engrácia Antunes e Paula Freitas. In: **Revista de direito e economia**. a. XIV, Coimbra, 1988. p. 17-100.

TOURAINÉ, Alain. **O que é a democracia?** Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

VALADÃO, Rodrigo Borges. **Positivismo jurídico e nazismo**: formação, refutação e superação da lenda do positivismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

WALZER, Michael. **Esferas da justiça**. Uma defesa do pluralismo e da igualdade. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

**NEOCONSTITUCIONALISMO:
O FETICHISMO DE UMA TEORIA
CONSTITUCIONAL IMPRECISA**

*Ândreo da Silva Almeida
Marcelo Nunes Apolinário*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto a análise do neoconstitucionalismo e as respectivas incongruências existentes nesta proposta de teoria do direito. A investigação concentra-se especificamente na demonstração de eventuais impropriedades que o neoconstitucionalismo ostenta enquanto teoria do direito, apresentando, ao final do trabalho, o efeito negativo que as ideias neoconstitucionais acarretam para a democracia constitucional.

Para tanto, inicia-se o trabalho demonstrando que a classificação do neoconstitucionalismo como teoria do direito é algo questionável, tendo em vista as incertezas que pairam sobre ele, sendo tal imprecisão evidenciada pela própria impossibilidade de apresentar um conceito seguro para a expressão neoconstitucionalismo, dado que essa teoria abarca pensamentos de autores de escolas diversas e até mesmo conflitantes.

Prosseguindo, o estudo dedica-se à análise das fragilidades do neoconstitucionalismo. Nessa oportunidade são tecidas críticas à doutrina exacerbada dos princípios defendida pela teoria, bem como o enfraquecimento do espírito democrático incentivado pelo ativismo judicial inerente à atuação de juízes e cortes filiados à teoria neoconstitucional.

No último tópico, é apresentada uma abordagem realista acerca do neoconstitucionalismo, objetivando constatar que a forte adesão à teoria se deu mais pelo momento histórico em que foi desenvolvida no Brasil do que propriamente pelo seu rigor científico. Ao lado dessa constatação, é perquirido o potencial de redução da participação política quando se adota uma teoria do direito de caráter totalizante, como é o caso do neoconstitucionalismo.

A partir de uma metodologia orientada pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, almeja-se realizar um estudo descritivo, de

nítido caráter exploratório, acerca das imperfeições do neoconstitucionalismo enquanto teoria do direito.

1. O QUE É NEOCONSTITUCIONALISMO?

O tema neoconstitucionalismo, como uma concepção de teoria do direito, ganhou espaço na produção científica nos últimos anos, sendo possível encontrar inúmeros trabalhos com as mais variadas perspectivas sobre o referido tema. Todavia, quando nos deparamos com a pergunta “o que é neoconstitucionalismo?”, torna-se difícil conceituar com precisão essa suposta teoria do direito, visto que, não obstante o crescente número de pesquisadores que se debruçam sobre o assunto, até hoje pairam dúvidas acerca da sua definição.

Esse déficit de precisão conceitual pode ser verificado no fato de o neoconstitucionalismo ser conhecido por suas características principais, inexistindo uma sistematização do seu estudo que possa fornecer com clareza o seu conceito. Dessa forma, a definição mais difundida de neoconstitucionalismo, ainda que flagrantemente imprecisa, é a que o apresenta como uma teoria do direito defensora de:

Mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e a coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas (SANCHÍS, 2009, p. 207-208).

Apesar da insegurança acerca da definição do neoconstitucionalismo existir, há de se reconhecer que a retórica inerente a esse novo

movimento constitucional encontrou acolhida nos mais variados meios, ultrapassando os limites dos bancos acadêmicos¹ para fixar-se nas linhas argumentativas dos tribunais brasileiros². Portanto, não se trata mais de um mero projeto a ser implementado, mas sim de uma mutação em constante andamento. De simples projeto ideológico, o neoconstitucionalismo está próximo de consolidar-se no pensamento jurídico nacional (MÖLLER, 2011).

É essa proximidade da consolidação de uma teoria imprecisa que estimula a investigação ora realizada. Como é possível consolidar-se algo que não se sabe o que é? Ainda que os conceitos nunca sejam uniformes, é imperioso traçar balizas mínimas acerca do objeto em estudo, como a sua origem e proposta enquanto teoria do direito.

O nascedouro do neoconstitucionalismo está atrelado aos trabalhos desenvolvidos por estudiosos da Escola de Gênova. Os registros indicam que Susanna Pozzolo utilizou o termo, pela primeira vez, em 1997, na conferência ministrada no XVIII Congresso Mundial de Filosofia Jurídica e Social. Naquela ocasião, a autora empregou o termo para se referir “a um grupo de jusfilósofos que compartilham de um peculiar modo de abordar o direito”, relacionando, entre esses filósofos do direito, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky e Carlos Santiago Nino (MARTINS, 2017). Contudo, a populariza-

¹ Pesquisa realizada no catálogo de teses e dissertações da Capes com a inserção do termo “neoconstitucionalismo” aponta a existência de 355 trabalhos, dentre os quais 292 são dissertações de mestrado e 60, teses de doutoramento. Isso, por si só, demonstra a adesão que o neoconstitucionalismo encontrou no meio acadêmico nos últimos anos.

² A título de exemplo, seleciona-se trecho do voto do Ministro Celso de Mello no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 477.544/MG, no qual se debatia a possibilidade de qualificar como entidade familiar a união homoafetiva, sendo enaltecido no voto o suporte teórico do neoconstitucionalismo como apto a legitimar uma interpretação judicial construtiva: “A força normativa de que se acham impregnados os princípios constitucionais e a intervenção decisiva representada pelo fortalecimento da jurisdição constitucional exprimem aspectos de alto relevo que delineiam alguns dos elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao *neoconstitucionalismo*, em ordem a permitir, numa perspectiva de implementação concretizadora, a plena realização, em sua dimensão global, do próprio texto normativo da Constituição”.

ção do estudo do neoconstitucionalismo ocorreu na Europa a partir de 2003, quando foi publicada pela editora espanhola Trotta uma coletânea de artigos intitulada Neoconstitucionalismo(s), o que viabilizou a apresentação das premissas básicas dessa teoria do direito que ainda estava sendo gestada.

Sobre a justificativa da teoria neoconstitucionalista, García Jaramillo (2017, p. 157-158) sustenta que:

O neoconstitucionalismo se apresenta como doutrina de justificação, como uma teoria e uma metodologia do direito referidas ao Estado constitucional a partir dos alinhamentos sentados na Alemanha e Itália logo após a Segunda Guerra. Isso credita o uso da expressão neoconstitucionalismo para destacar as diferenças entre o discurso constitucional atual e o fio condutor que caracterizou o constitucionalismo histórico. A forma de Estado que marca numa democracia constitucional, traz consigo importantes transformações nos sistemas jurídicos que suscitam a revisão da teoria do direito tradicional de matiz positivista, o qual amplia o discurso do constitucionalismo para desenvolver uma teoria e metodologia jurídicas que podem responder à complexidade dos ordenamentos jurídicos contemporâneos. O neoconstitucionalismo, que amplia de forma complementar em vez de excluir os conteúdos do constitucionalismo histórico, se pode conceber como uma forma substantiva de constitucionalismo.

Nessa senda, é possível ressaltar que o neoconstitucionalismo possui uma matriz teórica, caracterizada por uma Constituição invasora, que disciplina quase todas as matérias do campo político-social e que prevê um catálogo extenso de direitos fundamentais do qual se extraem regras e princípios, uma matriz ideológica, caracterizada pela garantia dos direitos fundamentais como objetivo principal a ser alcançado e uma matriz metodológica, caracterizada pela conexão entre o Direito e a Moral (COMANDUCCI, 2003, p. 83; MARTINS, 2017, p. 07).

No Brasil, o neoconstitucionalismo encontrou um bom espaço para ser desenvolvido e aperfeiçoado. No ano de 2004, o tema foi explorado pela primeira vez em uma publicação nacional, constando do segundo volume da Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica que veiculou estudo com o seguinte título: “(Neo)constitucionalismo: ontem, os códigos, hoje, as constituições”. Não há como negar que a retomada da democracia constitucional no Brasil com a Constituição Federal de 1988 incentivou que as ideias neoconstitucionais encontrassem no direito brasileiro um ambiente tranquilo e acolhedor para que fossem amadurecidas e aprimoradas, a ponto de alguns autores classificarem a Constituição de 1988 como produto do pensamento neoconstitucional.

O modo de interpretar o direito proposto pelo neoconstitucionalismo representa uma verdadeira mudança em relação às premissas que sustentavam o constitucionalismo moderno. A proposta neoconstitucional defende que o positivismo jurídico, teoria adotada até então, valoriza demasiadamente os critérios formais da lei, sem focar, contudo, no aspecto substancial da norma.

Fatos históricos são invocados pelos autores neoconstitucionalistas como forma de demonstrar a superação do positivismo jurídico, sendo a formação do Estado Nazista (como um Estado juridicamente legítimo) a prova de que os critérios formais não são suficientes para aferir a validade do direito, tanto é que a insuficiência desses critérios assegurou que leis racistas aprovadas pelo Parlamento de Nuremberg fossem consideradas válidas e vigentes (MARTINS, 2017). Assim, a delimitação histórica do pensamento neoconstitucional está ligada à derrocada dos regimes autoritários e ao término da Segunda Guerra Mundial, eventos que evidenciaram a necessidade de uma aproximação do direito com a moral, a fim de que a aplicação do direito seja norteadada por uma teoria de justiça, algo que até aquele momento era impensável (BARROSO, 2014).

É no período pós-segunda-guerra, portanto, que o neoconstitucionalismo começa a ser forjado, pois nessa fase, marcada pela redemocratização de países europeus, surgem textos constitucionais contemplando direitos fundamentais em dispositivos caracterizados pela abertura e indeterminação semântica. Isso faz com que a interpretação do direito adote novas técnicas hermenêuticas que permitam a aplicação direta dos preceitos constitucionais, aparecendo, ao lado da subsunção, métodos de aplicação do direito como a ponderação e a utilização do postulado da proporcionalidade (SARMENTO). Assim, o neoconstitucionalismo aprimorou os instrumentos de interpretação constitucional ao incorporar novos métodos de aplicação do direito, o que não significa, obviamente, que substituiu a subsunção pela ponderação ou que defende abstratamente que a interpretação deve conter “mais ponderação que subsunção”.

Ao lado disso, o reconhecimento da força normativa da constituição como elemento do neoconstitucionalismo faz com que a Constituição passe a ter um valor até então inexistente no constitucionalismo moderno. A Constituição deixa de ser concebida como um documento meramente político, cuja regulamentação estava à mercê da vontade do legislador, passando a ser considerado um documento jurídico passível de aplicação imediata por juízes e cortes. Essa mudança enseja um deslocamento do polo de tensão do Legislativo para o Judiciário, pois os direitos estampados nos textos constitucionais, quando verificada a inércia dos poderes originariamente competentes, encontram na jurisdição constitucional uma forma legítima de efetivação (TASSINARI, 2013).

É esse fortalecimento da normatividade constitucional que opera, de forma reflexa, um enfraquecimento na tarefa efetivadora de direitos constitucionais pelo Poder Legislativo, acarretando uma ampliação das atribuições do Poder Judiciário para intervir em questões que por muito tempo foram reservadas à arena política. Essa mudança, que afeta in-

clusive a concepção de separação de poderes³, de certa forma esclarece o motivo de estudiosos afirmarem que o neoconstitucionalismo assegura a “onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços em favor da opção legislativa ou regulamentadora; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário”.

Outro fator que colabora para a ampliação da atuação do Judiciário nas questões políticas é a relevância dada aos princípios jurídicos no neoconstitucionalismo. Os princípios e a sua natural abertura semântica possibilitam o exercício de um controle de constitucionalidade expansivo e criativo, de sorte que permite que o Poder Judiciário exerça um papel mais ativo na tomada de decisões da sociedade. Através dos princípios, o neoconstitucionalismo viabiliza uma interpretação moral da Constituição por parte de juízes e tribunais, permitindo-lhes modelar as relações sociais entre os cidadãos de modo a adequá-las aos requisitos substanciais de justiça (GALVÃO, 2012).

Esse papel expansivo e criativo conferido a juízes gera uma aproximação de ordenamentos jurídicos filiados ao *civil law* de algumas características do direito constitucional próprio do *common law*. A aplicação dos princípios impregnados de valores morais restringe a livre disposição do legislador e, ao mesmo tempo, colocam os juízes como protagonistas na produção do Direito, a exemplo do que se verifica no sistema da *common law* (MÖLLER, 2011).

O protagonismo da jurisdição constitucional no neoconstitucionalismo decorre do fato da teoria aceitar a ideia de “emancipação humana pela via jurídica”, já que, ao conferir a juízes e cortes a interpretação dos princípios constitucionais, acredita-se que o direito pode ter

³ Sobre a nova concepção de separação de poderes no marco do Estado Constitucional Democrático: LINS, Liane Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva, **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 182, abril/junho de 2009.

assegurado a sua essência humanista, o que não seria possível com a adoção do positivismo jurídico e da concepção de separação estrita dos poderes. Todavia, a pluralidade de valores contemplados nos princípios jurídicos leva a crer que o neoconstitucionalismo está muito mais comprometido em assegurar a interpretação criativa do direito do que a tão buscada segurança jurídica. Por isso, está elencado como característica do neoconstitucionalismo “a coexistência de uma constelação plural de valores, por vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um pequeno grupo de princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, das sucessivas opções legislativas”.

É fácil perceber que, apesar de o neoconstitucionalismo abarcar uma série de elementos que o distanciam do positivismo jurídico, não apresenta uma envergadura teórica capaz de o delimitar com precisão, visto que a própria análise de suas características apresenta um caráter generalista e impreciso. Ademais, os autores que Pozzolo classifica como neoconstitucionalistas têm uma produção teórica diversa, o que dificulta ainda mais a delimitação do objeto de estudo.

À vista dessa imprecisão, levanta-se a crítica no sentido de que o termo neoconstitucionalismo carece de sentido e utilidade científica, pois não passa da concentração de pensamentos díspares:

Es una idea difusa que el así llamado “neoconstitucionalismo” sea nada menos que una (nueva) articulada filosofía del Derecho, con un componente metodológico, teórico e ideológico. A mí no me parece. Me da la impresión, por el contrario, que el neoconstitucionalismo consiste em um amontado (de confines indeterminados) de posturas axiológicas y de tesis normativas, entre las cuales no es fácil identificar alguna tesis propiamente teórica reconocible y susceptible de discusión. (GUASTINI, 2014)

Ademais, Miguel Carbonell, em que pese não conteste a cientificidade do termo neoconstitucionalismo, também admite que ele contempla visões diferentes do Estado Constitucional de Direito, tanto é que advoga existirem uma pluralidade de neoconstitucionalismos, já que cada modelo traz peculiaridades condizentes com o local e momento em que foi desenvolvido (CARBONELL, 2009).

Desse modo, responder o que é neoconstitucionalismo não é tarefa simples, pois ainda inexistente segurança na sua definição, de sorte que qualquer tentativa de conceituação que abarque todos os sentidos deferidos ao termo pela doutrina incorrerá em flagrante contradição. Assim, guiado pela cautela, a única afirmação que se pode fazer em relação ao neoconstitucionalismo é que se trata de uma teoria que busca romper com os postulados do positivismo jurídico para que o Direito seja iluminado por um fundamento filosófico que o aproxime da noção de justiça.

2. AS FRAGILIDADES DA TEORIA NEOCONSTITUCIONAL

2.1 A demasia na Doutrina dos Princípios

A fundamentação filosófica pós-positivista que alicerça o neoconstitucionalismo não reconhece a primazia de uma espécie normativa sobre a outra, vez que são ressaltadas as funções diversas exercidas pelas regras e pelos princípios. Contudo, no Brasil, é possível perceber que o discurso neoconstitucional tem negligenciado essa lição, pois alguns doutrinadores conferem uma importância demasiada aos princípios jurídicos, como se esses fossem abstratamente superiores às regras.

A preferência pelos princípios é notória diante dos escritos de alguns neoconstitucionalistas. Eduardo Ribeiro Moreira afirma que os princípios, antes considerados a “última fonte no sistema positivado, passaram a ser a primeira fonte”, e ressaltando a relevância dessa espécie normativa, registra que “as antinomias entre regras, hoje coloca-

das em segundo plano em relação ao conflito de princípios” (MOREIRA, 2008, p. 250-251). Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos sustentam que “o discurso acerca dos princípios (...) deve ter repercussão sobre o ofício dos juízes, advogados e promotores, sobre a atuação do Poder Público em Geral e sobre a vida das pessoas” (BARROSO; BARCELLOS, 2014, p. 147). Na mesma linha posiciona-se Daniel Sarmiento, reconhecendo que “nesta nova fase, a doutrina brasileira passa a enfatizar o caráter normativo e a importância dos princípios constitucionais” (SARMENTO, s.d., n.p.).

Ocorre que essa valorização desmedida dos princípios representa o enfraquecimento do caráter heterolimitador do próprio Direito, pois concede ao intérprete uma liberdade excessiva na formulação da decisão, permitindo que a interpretação jurídica seja tisdada por juízos puramente arbitrários (ÁVILA, 2009). A decisão baseada exclusivamente em princípios faz com que o intérprete não esteja vinculado a uma conduta previamente descrita, de modo que a sua função será apenas reconduzir a sua conclusão ao ordenamento jurídico, tarefa extremamente fácil quando se tem em mãos uma constelação de princípios de conteúdo aberto e indeterminado.

Além disso, elementos característicos do neoconstitucionalismo, como a força normativa da Constituição, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a constitucionalização do direito, incentivam que os princípios constitucionais sejam utilizados em todos os casos jurídicos, trazendo como consequência uma atuação por parte de juízes mais criativa e livre (GALVÃO, 2012).

Diante dessa invasão dos princípios em todos os campos do direito, levanta-se a crítica contra o neoconstitucionalismo, já que passa a ser visto como uma mera superação das concepções formalistas da teoria do direito, sendo um produto dos partidários do direito livre, da jurisprudência dos interesses, ou na versão contemporânea desta última, da jurisprudência dos valores (STRECK, 2012).

O exagero na dogmática principialista quebra o equilíbrio proposto pelo próprio pós-positivismo entre segurança jurídica e a justiça, dado que, equivocadamente, os neoconstitucionalistas erigiram os princípios a um *status* normativo superior ao das regras, de sorte que o neoconstitucionalismo perde a sua credibilidade como teoria capaz de reduzir o poder discricionário do intérprete. A utilização errática dos princípios reduz a decisão judicial a um ato balizado exclusivamente pelas razões pessoais do julgador, sendo um agir apoiado, em última análise, na premissa autoritária e antidemocrática de que o “o direito deve ser unicamente o que agrada a mim e aos meus compadres” (BARZOTTO, 2015, p. 183).

A desvalorização das regras em prol de uma supervalorização dos princípios retira a previsibilidade do próprio ordenamento jurídico, reduzindo a segurança jurídica do sistema. Exemplo disso é encontrado nas teses referentes à nova interpretação constitucional, como é o caso da *derrotabilidade da norma-regra*. Segundo Eduardo Ribeiro Moreira, tal fenômeno “é verificado somente no caso concreto, quando, excepcionalmente, os efeitos da regra são retirados por uma situação excepcionalmente não prevista (*post factum*)”, o que, na linha argumentativa defendida pelo autor, é possível em razão das “disposicionalidade das regras” que permite o afastamento dessa espécie normativa quando elas não cumpram o objetivo e a finalidade constitucional (MOREIRA, 2008).

A verdade, contudo, é que esse tipo de hermenêutica constitucional representa uma inovação em relação ao próprio pensamento pós-positivista, já que é fruto de excessos na aplicação da doutrina principialista. Tal tratamento dispensado às regras está em manifesto conflito com a ideia originária de Dworkin de que as regras são aplicadas à maneira “tudo-ou-nada” (*all-or-nothing-fashion*), tendo em conta que a interpretação neoconstitucional autoriza o afastamento de uma regra mesmo sem considerá-la inválida e, além disso, fundamenta tal exclusão em uma exceção inexistente no enunciado normativo (DWORKIN, 2002).

É inegável que com esse tipo de raciocínio o Direito ganha em criatividade e liberdade, porém é igualmente inegável que a razão de existir do Direito resta enfraquecida, dado que a capacidade de regular a vida em sociedade através de segurança jurídica acaba deveras diminuída.

A perda de segurança jurídica constata-se no modo irresponsável e arbitrário de utilização dos princípios por juízes e tribunais, fazendo com que essa espécie normativa seja um “truque jurídico” para decidir o caso da forma que lhes aprouver. Isso porque, ante a escassez de argumentos jurídicos, o julgador “recorre ao truque jurídico do princípio na cartola, a partir do qual afasta regras e precedentes que não favorecem a decisão”. Assim, a decisão judicial se transforma em “técnica ilusionista”, na qual a mera apresentação de um princípio permite resolver o caso sem apresentar uma efetiva fundamentação jurídica. A conclusão, portanto, é que tal truque permite que o julgador decida qualquer coisa (MENDES, 2018).

Por isso, Carlos Ari Sunfeld afirma que citar hiperprincípios é, em geral, o melhor modo possível de trapacear, pois representa, na prática, um truque para esconder a falta de fundamento dos pedidos, o puro voluntarismo na tomada de decisões e até a mais descarada violação de normas (SUNDFELD, 2017).

A correção na doutrina dos princípios desenvolvida pelo neconstitucionalismo está na observância de quatro premissas básicas acerca da hermenêutica jurídica⁴.

A um, a ideia de prevalência abstrata dos princípios sobre as regras é errada, pois as regras têm a função de resolver conflitos que já foram reconhecidos e antecipados pelo Poder Legislativo Ordinário ou Constituinte, de forma que as soluções traçadas por esses Poderes blo-

⁴ As premissas citadas neste trabalho foram analisadas por Humberto Ávila no seguinte artigo: ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009.

queiam eventuais soluções decorrentes dos princípios. Conclusão: havendo um conflito real entre uma regra e um princípio do mesmo nível hierárquico deve vencer a regra.

A dois, os princípios somente poderão bloquear uma regra quando estiverem em nível hierárquico distinto, isto é, quando o princípio constitucional apresentar conteúdo conflitante com a regra legal, de modo que a norma infraconstitucional será afastada por ser inconstitucional. Conclusão: sempre que a regra legal for compatível com a Constituição ela deverá ser aplicada, pois do contrário estar-se-ia reduzindo a regra a um mero conselho.

A três, adotar a ponderação como critério geral do direito gera a desvalorização da função legislativa, já que utilizar os princípios e a ponderação para resolver conflitos, mesmo existindo uma regra legal compatível com a Constituição e aplicável pela subsunção, significa depreciar o papel democrático do Poder Legislativo. Conclusão: a interpretação centrada em princípios, ao desvalorizar a função legislativa, viola o princípio democrático, da legalidade e da separação dos poderes.

A quatro, a justiça real exige o uso de regras, haja vista que em uma sociedade complexa e plural os cidadãos conseguem entrar em acordo abstrato acerca de valores fundamentais a serem protegidos, porém dificilmente se encontra o consenso quando da solução para o conflito concreto entre valores. Conclusão: as regras exercem uma função essencial de estabilizar os conflitos morais e reduzir a incerteza e arbitrariedade de um sistema baseado exclusivamente em normas de conteúdo aberto.

Por fim, cumpre registrar que a aplicação exacerbada dos princípios proposta pelo neoconstitucionalismo tem um efeito paradoxal. Não se pode esquecer que os princípios ganham relevância no pós-positivismo exatamente pelo novo constitucionalismo reconhecer a força normativa da Constituição (tanto das regras como dos princípios). Todavia,

quando os princípios são utilizados sem cautelas, torna-se tudo subjetivo, desconsiderando, inclusive, a própria normatividade constitucional ao afastar arbitrariamente as regras constitucionais (SCHIER, 2003).

Sucedee que essa subjetividade, decorrente da alta discricionarieidade (próxima da arbitrariedade), transforma juízes em legisladores, porquanto o amplo poder discricionário permite que o intérprete crie o próprio objeto de conhecimento. É nesse sentido, portanto, que Streck alerta que, nesse paradigma, “as coisas são reduzidas aos nossos conceitos e às nossas concepções de mundo, ficando à disposição de um protagonista (no caso, o juiz, enfim, o Poder Judiciário)” (STRECK, 2012, p. 91), evidenciando o prejuízo causado ao Estado de Direito pela aplicação antidemocrática dos princípios jurídicos.

2.2 O enfraquecimento da democracia pelo ativismo judicial

O estudo do ativismo judicial, numa perspectiva histórica, tem como origem o período em que a Suprema Corte americana foi presidida pelo *Chief of Justice* Earl Warren (1953-1969). Os dezesseis anos em que Warren esteve no comando da corte foram marcados por decisões que contribuíram para a afirmação da igualdade entre os homens e a proteção dos direitos individuais, inspirando movimentos sociais, constitucionalistas e estadistas preocupados com a causa dos Direitos Humanos. A relação da Corte Warren com o ativismo judicial está no fato de suas decisões serem orientadas pela ideia da possibilidade conferida a uma corte de justiça progressista para promover a revolução humanista que não é alcançada ao processo político majoritário (BARROSO, 2008).

Ocorre que os elementos da interpretação progressista da Corte Warren são absorvidos e reverberados pelo neoconstitucionalismo, cujo pensamento inclina-se no sentido de que o Poder Judiciário é um importante veículo de transformação da sociedade, sobretudo por deli-

berar sobre questões que o processo político majoritário não é capaz de abordar devido à falta de mobilização política que proporcione um debate amplo sobre o tema. Dessa forma, por meio da interpretação progressista das normas constitucionais, a teoria neoconstitucional transfere à jurisdição constitucional a “função profética” de apresentar as diretrizes corretas a serem seguidas pela sociedade (GALVÃO, 2012).

Contudo, a adoção do ativismo judicial pelo neoconstitucionalismo brasileiro apresenta uma incongruência com o sistema jurídico. Os juristas brasileiros, ao adotarem como postura correta o ativismo judicial desenvolvido nos Estados Unidos, ignoram, aparentemente, o fato de que decisões judiciais progressistas no sistema pátrio podem ser interpretadas de modo diverso do que lhe é dado no sistema estadunidense, tendo em vista que o papel institucional do Poder Judiciário é diverso a depender do sistema jurídico em que ele está inserido.

A propósito, René David já lecionava no sentido de que “o lugar atribuído às decisões judiciárias entre as fontes do direito opõe os direitos da família romano-germânica à *common law*” (DAVID, 2002, p. 147). Analisando tal diferença, o mestre francês questiona: “Dever-se-á considerar que, apesar desta posição de modéstia, as regras de direito sejam de fato criadas por juízes?”. Ao responder, esclarece que a importância das regras de direito jurisprudencial é sempre relativa, pois a relevância dependerá do sistema em que estão inseridas, já que “a jurisprudência move-se dentro de quadros estabelecidos para o direito pelo legislador, enquanto a atividade do legislador visa precisamente estabelecer esses quadros”. A par disso, conclui que “o alcance do direito jurisprudencial é, por isto, limitado, sendo a situação nos países da família romano-germânica, neste aspecto, exatamente o inverso da que é admitida nos países de *common law*” (DAVID, 2002, p. 150).

Deve-se esclarecer, portanto, que a atuação do Poder Judiciário no sistema da *common law* desenvolve-se de maneira diversa daquela verificada no *civil law*. Na família originária do direito anglo-saxônico

a atuação do juiz está muito próxima da efetivada pelo legislador quanto à elaboração de normas jurídicas, pois o próprio espírito do *common law* – criação do direito a partir de casos julgados – afeta a percepção dos juízes e tribunais em relação ao direito legislado, a ponto de se entender que as leis somente estarão integradas no direito quando as decisões judiciárias tenham reconhecido o seu alcance (RAMOS, 2010).

Diante dessa maior liberdade que as decisões judiciais recebem no sistema da *common law*, a expressão “ativismo judicial”⁵, no sentido de interpretação progressista do direito, não recebe um sentido negativo, ao revés, o ativismo, na perspectiva da família anglo-saxônica, é digno de elogios, porquanto permite a atualização do direito diante das modernas demandas sociais e axiológicas. No sistema da *common law* o juiz que adota uma postura progressista não pode ser classificado de ativista, vez que é inerente ao seu papel institucional realizar uma improvisação contínua do direito ao deliberar sobre um caso concreto (REVERBEL, 2009).

A fragilidade do neoconstitucionalismo brasileiro concentra-se no fato de ter importado o ativismo judicial estadunidense sem se atentar para as especificidades do seu sistema, acreditando que as teorias utilizadas no *common law* seriam perfeitamente aplicáveis ao sistema romano-germânico. Tal equívoco, segundo Tassinari, decorre de uma tendência da atual fase do constitucionalismo, na qual se acredita que as construções justeóricas possuem um caráter transnacional, o que, em tese, autorizaria que o conhecimento formado por elas fosse utilizado em diferentes contextos e por culturas com antecedentes distintos (TASSINARI, 2013).

⁵ Clarissa Tassinari, amparada nos escritos do autor Keenan D. Kmiec, informa que o termo “ativismo judicial” ingressou no léxico político-jurídico estadunidense no ano de 1947, por meio de artigo publicado na revista *Fortune* pelo historiador Arthur Schlesinger Jr. Na época, Schlesinger denominou de ativistas (*judicial activists*) os juízes que tinham uma atuação pautada pela realização de políticas de bem-estar. Ver: TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 65-66.

É evidente, entretanto, que no sistema brasileiro, filiado à família romano-germânica, em que a lei é alçada ao patamar de princípio fundamental para soluções justas, o ativismo judicial não pode ser visto com a mesma admiração dos que lhe apreciam sob as lentes do *common law*. Afinal, em um sistema calcado na supremacia da lei, confiar a um grupo de juízes a tarefa de construir o direito sempre representará um equívoco ao papel institucional conferido aos poderes constituídos.

Nesse contexto, Elival da Silva Ramos, ao conceituar o ativismo judicial em sistemas constitucionais de origem romano-germânica, cuja organização do aparato estatal orienta-se pelo princípio da separação dos Poderes, reconhece a conotação negativa dessa postura judicial:

Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes (RAMOS, 2010, p. 129).

A interpretação judicial sempre terá como parte integrante a discricionariedade, cujo grau será maior ou menor conforme a vagueza e ambiguidade do texto normativo. Esse elemento da interpretação (discricionariedade) está fortemente vinculado ao princípio da separação dos Poderes, razão pela qual a discricionariedade da atividade jurisdicional deve sofrer uma contenção em favor do Poder Legislativo ou da Administração. Sucede que, no ativismo judicial, os juízes e tribunais não observam as balizas impostas pela separação de Poderes, pois, ao se excederem no uso da discricionariedade, invadem uma área reservada aos poderes políticos.

Assim, temos ativismo judicial no sistema romano-germânico quando juízes e cortes ultrapassam os limites do campo do direito e invadem a área reservada à política. Merece ser sublinhado, contudo, que o campo do direito tem dimensões diversas a depender do sistema jurídico no qual se está inserido, de sorte que o ativismo judicial realizado pela Corte Warren no sistema da *common law* não pode ser importado para o direito brasileiro sem restrições, visto que a deliberação por juízes de temas que naquele sistema estavam inseridos no campo do direito podem representar no Brasil uma ilegítima usurpação por parte do Poder Judiciário das competências do Legislativo e Executivo.

Flagrantes, portanto, são os efeitos deletérios ao Estado de Direito causados pelo ativismo judicial incentivado pelo neoconstitucionalismo, dado que, ao importar de modo imprudente uma postura judicial desenvolvida em outro sistema jurídico, cria-se uma teoria do direito descompromissada com os limites institucionais e hermenêuticos que condicionam a atividade jurisdicional, culminando num cenário em que os juízes acreditam que qualquer interpretação judicial é possível (APOLINÁRIO, 2018).

Em síntese, a fragilidade do neoconstitucionalismo está na tendência por substituir as razões jurídicas, insculpidas no âmbito do processo político majoritário, por razões de magistrados, revestidas de subjetivismo, acreditando que assim se está promovendo o avanço da sociedade.

3. A PARTICIPAÇÃO POLÍTICA ENGESSADA PELO FETICHISMO CONSTITUCIONAL

Os excessos do neoconstitucionalismo o coloca como uma teoria do direito de cunho totalizante, em que toda questão jurídica se resume a uma questão constitucional. As soluções traçadas pelo legislador no plano infraconstitucional são desconsideradas em troca de uma res-

posta extraída diretamente da interpretação da Lei Maior (APOLINÁRIO, 2018).

Diante desse fenômeno, a pergunta que exsurge é: de qual seria o papel da participação política no cenário do neoconstitucionalismo? Isso porque a proposta neoconstitucional coloca a interpretação da Constituição como uma panaceia, capaz de desvendar a solução de todos os problemas inerentes à vida em sociedade. A dúvida que remanesce é de qual seria a relevância da política, dos movimentos sociais, das escolhas legislativas legitimadas no processo político majoritário, se tudo se resume à interpretação da Lei Maior no neoconstitucionalismo.

Essa resposta não é fornecida pelos adeptos do neoconstitucionalismo, visto que tal pensamento, apesar de pretender ser reconhecido como uma teoria do direito, é pouco deferente à teoria do Estado e à filosofia política. A bem da verdade, repercussão do neoconstitucionalismo no Brasil se justifica em razão da esperança que suas promessas utópicas geraram na população brasileira, dado o momento histórico de valorização da Constituição, do que propriamente pelo seu rigor científico.

O movimento de redemocratização do país, guiado pela ideia de instauração de uma nova ordem constitucional, faz com que a Carta de 1988, para os homens do Direito, tenha uma validade mais pela aura que ostenta do que por seus preceitos, pois é flagrante que o seu dirigismo analítico tem um potencial desestabilizador que obrigatoriamente exige a adoção de interpretações consequencialistas. Quando Ulysses Guimarães ergueu, em 05 de outubro de 1988, no Plenário do Congresso Nacional, um exemplar da nova Constituição como se fosse uma taça de campeão do mundo, instaurava-se no Brasil uma democracia hipnotizada pelo “sentimento constituinte” (SUNDFELD, 2017).

Todavia, tal “sentimento constituinte” é responsável por excessos nos anos posteriores à promulgação da Constituição, tendo em vista que os debates sobre conflitos políticos, econômicos e da sociedade em

geral passaram a ser resolvidos com base na interpretação de juristas e Tribunais acerca dos preceitos constitucionais. A consequência disso foi o crescente desprestígio em relação aos movimentos sociais, atos normativos do Executivo e das próprias leis aprovadas pelo Congresso Nacional, ou seja, um descrédito em relação à participação política.

Esse “sentimento constituinte” não passa de uma atitude de soberba, construída na base do desprezo aos políticos (“impuros”), cuja consequência é deferir aos homens do Direito (“os puros”) a elaboração, no interior de seu próprio mundo de baixa participação política (academias e tribunais), solução jurídica para problemas administrativos, econômicos, sociais e de organização política, tudo isso com base numa autonomia da interpretação da Constituição frente à ordem legal instituída pelo Poder Legislativo e Executivo (SUNDFELD, 2017).

Esse alargamento do potencial da Constituição e a sua consequente tendência a resolver os problemas sociais por meio de demandas judiciais acarretam uma redução da cidadania dos próprios brasileiros, pois incentivam a desvalorização dos direitos políticos, do sufrágio universal e, sobretudo, das lutas sociais em prol de igualdade material, já que a judicialização das relações sociais está intimamente ligada à ideia de que todos os problemas podem ser resolvidos por um seletivo grupo de juristas que ostenta um poder sem lastro no voto popular.

Essa redução da cidadania do brasileiro, verificada no seu descrédito em relação ao potencial da participação política direta e na sua crença excessiva na solução de conflitos por meio do Direito, representa um reflexo do que é denominado de alienação constitucional, que possui dois sentidos. O primeiro corresponde à ignorância/desconhecimento dos cidadãos acerca do conteúdo da Constituição e de suas reais limitações, pois superestimam o seu potencial sem conhecê-la. O segundo, por sua vez, é identificado a partir da teoria da alienação proposta por Marx, simboliza a separação do cidadão em relação à cidadania, visto que a última é transferida para a normatividade dos direitos e da

constituição, colaborando para a formação de um modelo estadocêntrico (BELLO, 2010).

A alienação constitucional somada à crescente judicialização das relações sociais com suporte no direito constitucional enseja o que é denominado de “fetichismo constitucional”, que é a ilusão, gerada pela concepção moderna da cidadania passiva (cidadão como aquele detentor de direitos), de que a cidadania se realizaria plenamente ao ser confiada ao direito e à constituição (BELLO, 2010).

O atual modelo de democracia representativa faz com que a cidadania seja fetichizada, já que incentiva que a efetiva participação política seja substituída pela titularidade universal (com exercício limitado) de direitos de participação política, de modo que a participação se limita à tarefa de votação nas urnas para delegar o poder decisório aos “representantes do povo”. Dessa forma, ocorre o processo de alienação jurídica e constitucional, resumido em dois efeitos: (1) desloca a participação ativa e direta do homem concreto da vida em sociedade para o cidadão abstrato previsto no mundo jurídico (constituição); e (2) cria a impressão de que o *status* de cidadão, isto é, a titularidade dos direitos de cidadania, independe da sua real efetividade, guindando todo homem à posição de cidadão ativo na sociedade (BELLO, 2010).

A concepção restrita dos direitos de participação política advinda do caráter totalizante do neoconstitucionalismo ignora a força dos movimentos sociais na tarefa de fiscalizar e contestar, algo que é inerente ao núcleo da ideia de democracia. Ao lado disso, verifica-se o incentivo às políticas públicas de “acesso à justiça”, fortalecendo a ideia de que o exercício da cidadania política se restringe ao ingresso no Judiciário, onde se questionam políticas públicas e condutas do Estado e de particulares.

Ademais, não se pode esquecer que a ideia de transformação da realidade pelo Direito ganhou prestígio no Brasil, sobretudo, em razão de um movimento de juristas que defendiam a máxima efetividade das

normas constitucionais que compunham o plano para o futuro estampado na Constituição Federal. O referido movimento, que é um braço do neoconstitucionalismo, ficou conhecido como “doutrina brasileira da efetividade” e sustenta que é tarefa do jurista atribuir eficácia social às normas constitucionais para afastar a frustração constitucional existente nas Constituições anteriores, de modo que os jurisdicionados devem exigir do Estado, por meio do Poder Judiciário, a concretização das normas constitucionais programáticas (BARROSO, 2014).

Nesse cenário de máxima efetividade da Constituição, a judicialização abarcou até mesmo a criação e controle de políticas públicas, fazendo com que magistrados (não eleitos) substituam legisladores (eleitos) e administradores públicos (eleitos, nomeados ou técnicos), de sorte que o Poder Judiciário se autoinvocou como legitimado para adentrar na esfera de discricionariedade do Estado e, assim, estar apto a proferir decisões com feições de leis ou medidas administrativas (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019).

A grande falha do neoconstitucionalismo, que se popularizou nesse momento de fetichismo constitucional, é que ele apresenta uma concepção isolada do direito, desconsiderando os motivos de ordem material que não autorizam a plena aplicabilidade da normatividade do direito. Assim, a proposta teórica neoconstitucional ignora temas que há muito tempo vêm sendo enfrentados pela doutrina estrangeira, tais como: o custo dos direitos, amadurecimento da decisão pelo debate público e a capacidade do povo, e não de juízes e Cortes, serem os intérpretes finais da constituição.

Aliás, o neoconstitucionalismo conflita com a sua própria teoria de base, que é a teoria da força normativa da constituição (*die normative kraft der verfassung*). Para constatar tal incongruência, basta lembrar que Konrad Hesse, ao expor a teoria da força normativa da constituição, consignou que a pretensão de eficácia da constituição (*Geltungsanspruch*), correspondente à sua capacidade de imprimir ordem e conforma-

ção à realidade política e social, sempre levará em consideração as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas, e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas (HESSE, 1991, p. 14-15).

Defender que a Constituição é capaz de mudar a realidade sem considerar as limitações de ordem econômico-financeiras é um risco à própria manutenção da democracia, pois leva a interpretar a quebra financeira do Estado como um efeito colateral irrelevante desse pensamento. À vista disso, Barzotto afirma que esse pensamento termina na aceitação da tese “faça-se justiça, ainda que pereça o mundo”, o que, em síntese, significa que a Constituição, de um instrumento de progresso para o futuro, se torna um pacto suicida (BARZOTTO, 2015).

Percebe-se, portanto, que o neoconstitucionalismo se afirma no Brasil não pelo seu rigor científico ou pela clareza de suas ideias, mas, sobretudo, pelo fetichismo constitucional que se instalou no país pós-1988. Essa ilusão acerca do potencial da Constituição mudar a realidade afasta a população dos movimentos sociais e do debate político em geral, naturalizando-se no Brasil a figura do cidadão passivo, que enten-

de que a sua participação política está na judicialização das relações sociais. Afinal, em tempos de neoconstitucionalismo, a Constituição tem o remédio para todos os males.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo principal do texto foi evidenciar as incongruências existentes no neoconstitucionalismo, o que dificulta a aceitação desse movimento ideológico como uma teoria do direito.

A partir da investigação acerca do conceito de neoconstitucionalismo, constatou-se que esse pensamento sequer apresenta uma definição precisa, pois é anunciado pela doutrina como uma proposta teórica que contempla linhas de pensamento diversas e conflitantes. Contudo, percebe-se que o ponto em comum nas linhas de pensamento que estão abarcadas pelo neoconstitucionalismo é a tentativa de se distanciar do caráter formalista do direito tão presente no positivismo jurídico exegético.

Ao analisar os excessos cometidos pelo neoconstitucionalismo ao supervalorizar os princípios, percebe-se que a proposta teórica sequer guarda compromisso com as premissas básicas do pós-positivismo, uma vez que irresponsavelmente advoga existir uma prevalência abstrata dos princípios sobre as regras, algo incompatível com a hermenêutica constitucional desenvolvida no período pós-positivista que reconhece a legitimidade do Poder Legislativo e Executivo para decidir sobre conflitos morais.

Ainda, os excessos do neoconstitucionalismo também foram constatados no incentivo ao ativismo judicial, pois estimula juízes e cortes a interpretar o direito de modo amplo e criativo, o que, inegavelmente, reduz a segurança jurídica, sobretudo aquela advinda das escolhas legislativas legitimadas no processo político majoritário.

Por outro lado, os achados da pesquisa demonstram que o neoconstitucionalismo se desenvolveu no Brasil não pela clareza de suas

ideias ou pelo rigor científico de sua teoria, mas sim por ter encontrado no país um forte “sentimento constitucional” decorrente da redemocratização simbolizada pela promulgação da Constituição de 1988.

Com o exposto, é possível concluir que o neoconstitucionalismo não apresenta uma congruência para ser considerado como uma teoria do direito, podendo, sim, ser analisado como um movimento ideológico alicerçado na valorização da Constituição e na crença de que a mudança da sociedade pode decorrer da atuação ativista de juízes e tribunais. Todavia, há de se reconhecer que esse movimento tem como efeito colateral a desvalorização do papel exercido pela participação política, já que o neoconstitucionalismo tem um fetiche pela interpretação constitucional, que, na sua concepção, apresenta a solução para todos os problemas sociais.

REFERÊNCIAS

APOLINÁRIO, Marcelo Nunes. Reflexões sobre as razões e contradições do neoconstitucionalismo a partir dos postulados do Estado de Direito. In: SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela (org.). **Estudos em teoria do Estado e Constituição: desafios e perspectivas**. 1. ed. Campo Grande: Instituto Brasileiro de Pesquisa Jurídica, 2018. p. 237-259.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito de Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./fev./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 24 abr. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. A americanização do direito constitucional e seus paradoxos: teoria e jurisprudência constitucional no mundo contem-

porâneo. **Cadernos da Escola de Direito do UNIBRASIL**, Curitiba: Centro Universitário Autônomo do Brasil, v. 2, n. 9, p. 258-301, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 187-235.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios o direito brasileiro. In: **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 137-185.

BARZOTTO, Luis Fernando. Positivismo, Neoconstitucionalismo e Ativismo Judicial. In: ALVAREZ, Alejandro Montiel; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski; FELONIUK, Wagner Silveira (org.). **Perspectivas do discurso jurídico**: argumentação, hermenêutica e cultura. Porto Alegre, 2015. p. 161-186.

BELLO, Enzo. Cidadania, alienação e fetichismo constitucional. In: BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto (org.). **Direito e Marxismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988? **Revista Direito e Praxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019.

CARBONELL, Miguel. Nuevos tiempos para el constitucionalismo. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 9-12.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução Hermínio A. Carvalho. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. **O neoconstitucionalismo e o fim do Estado de Direito**. 2012. 217f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Desafíos conceptuales y prácticos del neoconstitucionalismo: hacia una agenda latinoamericana de investigación. In: LEITE, George Salomão; LEITE, Glauco Salomão; STRECK, Lenio (org.). **Neoconstitucionalismo: avanços e retrocessos** Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 141-160.

GUASTINI, Ricardo. **Otras distinciones**. Tradução: Diego Dei Vecchi, Pedro Caballero Elbersci, Alejandro Calzetta. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1991.

LINS, Liane Cirne. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 46, n. 182, abr./jun. 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Neonconstitucionalismo. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/134/edicao-1/neonconstitucionalismo>. Acesso em: 22 dez. 2020.

MENDES, Conrado Hübner. Um juiz de princípios: decisões de Gilmar são previsíveis, mas essa previsibilidade não tem relação com segurança jurídica, como se pede a um bom juiz. **Revista Época**, 17 de maio de 2018. Disponível em: <https://epoca.globo.com/politica/Conrado-Hubner/noticia/2018/05/um-juiz-de-principios.html>. Acesso em: 18 maio 2018.

MÖLLER, Max. **Teoria geral do neoconstitucionalismo**: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Neoconstitucionalismo e Teoria da Interpretação. **Revista da EMERJ**, v. 11, n. 43, p. 247-268, 2008.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, Santa Maria, RS, v. 4, n. 1, abr. 2009, ISSN 1981-3694, Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7028/4246>. Acesso em: 02 jun. 2019.

SANCHÍS, Luis Prieto. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. In: CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. 4. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009. p. 123-158.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil**: riscos e possibilidades. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/15-o-neoconstitucionalismo-no-brasil-riscos-e-possibilidades/o-neoconstitucionalismo-no-brasil.riscos-e-possibilidades-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em: 24 maio 2019.

SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **A&C Revista de direito administrativo e constitucional**. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 145-165.

STRECK, Lênio Luiz. Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo. In: FERRAJOLI, Luigi *et al.* (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 52-94.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo para céticos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

**LA DOGMÁTICA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL PERUANO
FRENTE A LOS DERECHOS
SOCIALES**

Antonio Rubio Correa

El Perú es un país con serio déficit de cumplimiento en los derechos sociales. El Tribunal Constitucional previsto en la Constitución¹ ha considerado importante que la justicia constitucional se preocupe del cumplimiento de estos derechos, tomando en cuenta las diferentes barreras que existen para ello en la sociedad. Ha trabajado cerca de la Defensoría del Pueblo, que tiene grandes capacidades de investigación y de denuncia ante la vulneración de los derechos humanos y, también, ha resuelto diversos procesos tratando de orientar el trabajo jurídico hacia el cumplimiento de los derechos sociales.

Los magistrados del Tribunal Constitucional deben ser sustituidos a los cinco años de mandato². Su cambio genera, también, modificación en la opinión de la mayoría en relación a diversos temas, entre ellos, el de los derechos sociales. Por ello, no es posible afirmar que hay determinaciones inmodificables en su concepción de las cosas. Sin embargo, hay ciertas líneas directrices que se han mantenido. A ellas nos referiremos a continuación.

Entendemos por *dogmática* el conjunto interrelacionado de conceptos con los que, en este caso, el Tribunal Constitucional aborda un tema específico como el de los derechos sociales. A esa dogmática se refiere este trabajo y la induce a partir de sus sentencias.

¹ En términos generales, de acuerdo con la Constitución, el Tribunal Constitucional en el Perú resuelve en última instancia los procesos de amparo, hábeas corpus y hábeas data referentes al incumplimiento de los derechos fundamentales, la declaración de inconstitucionalidad de las normas con rango de ley y los conflictos de competencia entre los distintos órganos constitucionales del Estado. Según su Ley Orgánica es, además, *el intérprete supremo de la Constitución*.

² El nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional es hecho por el Pleno del Congreso de la República. Muchas veces, la sustitución se hace mucho tiempo después de vencido el mandato de cinco años. Cuando eso ocurre, además del retraso de los nuevos nombramientos, se produce la nominación de varios magistrados al mismo tiempo, lo que tiende a cambiar significativamente la opinión de sus miembros sobre diversos asuntos constitucionales.

1. EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

La República del Perú es caracterizada como democrática, social independiente, soberana, una e indivisible³. Hay que notar que la Constitución no caracteriza *al Estado* sino a *La República*. No siempre es fácil entender la taxonomía conceptual que usan los constituyentes y no corresponde a este trabajo analizar estos asuntos conceptuales. Pero sí, decir que el Tribunal Constitucional del Perú, en su trabajo, utiliza el concepto de *Estado social y democrático de Derecho*, que no está expresamente mencionado en la Constitución. El Tribunal lo elabora concordando diversas normas:

“5. Queda, en todo caso, por reiterar que aunque la Constitución peruana no consigne expresamente la existencia de un Estado social y democrático de derecho, el mismo es un concepto deducible de los preceptos que reconocen tanto el Estado democrático de derecho (artículo 3º) como el carácter de República Social (artículo 43º). La orientación democrática del Estado no supone, como a menudo se pretende, un componente exclusivamente político, sino elementos de variada connotación. Ello en tanto la Democracia, como valor, no solo puede ser política, sino también social, económica, cultural y, por supuesto, ética. Por su parte, la denominada República Social no es otra cosa que una forma de gobierno que, además de sustentarse en el poder soberano del pueblo, apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión. De allí que la existencia del Estado social, bien que implícita, resulta inobjetable en sus alcances, siendo necesario un referente para toda decisión en la que sus componentes o elementos puedan encontrarse en entredicho”⁴.

³ “Constitución del Perú, artículo 43. La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana. El Estado es uno e indivisible. Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes”.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 30 de mayo del 2005 en el Exp_3208_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Jorge Carlos Castañeda Espinoza contra EsSalud, solicitando que se declare inaplicable el artículo 37º del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, Reglamento de la Ley de

Esta caracterización del Estado social y democrático de Derecho es importante al tratar de los derechos sociales porque, una de sus dimensiones es la *social*, que está vinculada no solo a la necesaria consideración de la sociedad como un elemento del Derecho, sino también a otros componentes específicos como, por ejemplo, el contenido social de la democracia o el trato respetuoso a las diferentes culturas que conforman la diversidad cultural del pueblo peruano, que se deben mutuo respeto entre sí. El Tribunal interpreta que el Estado social y democrático de Derecho, *apunta hacia el bienestar social como objetivo de toda decisión.*

El Estado social y democrático de Derecho tiene un *programa social* que llevar a cabo con la existencia de los derechos sociales. Es un mandato constitucional que forma parte de su *ethos* y que debe hacer cumplir. Por ello, dice que los derechos prestacionales son los fines sociales del Estado. Inclusive, las decisiones de naturaleza presupuestaria deben quedar alineadas con el cumplimiento de esta dimensión social del Estado. Todo ello ha sido sintetizado en la siguiente sentencia:

“8. Conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Roberto Nesta Brero y más de 5000 ciudadanos contra la Presidencia del Consejo de Ministros (Expediente N.º 008-2003-AI/TC), el Estado peruano, definido por la Constitución de 1993 presenta las características básicas de un Estado social y democrático de derecho, en el cual se requiere la configuración de dos aspectos básicos: la existencia de condiciones materiales mínimas para alcanzar sus presupuestos, y la identificación del Estado con los fines de su contenido social (Fund. Jur.12).

9. Este mínimo vital busca garantizar la igualdad de oportunidades en todo nivel social, así como neutralizar las situaciones discriminatorias y violatorias de la dignidad del hombre; por

ello, el logro de estas condiciones materiales mínimas de existencia debe motivar la intervención del Estado y la sociedad de manera conjunta para la consecución de este fin.

10. Es ahí donde se hace necesaria la exigencia de los derechos sociales y económicos, también llamados derechos prestacionales, como la seguridad social, salud pública, vivienda, educación y demás servicios públicos, pues ellos representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación.

Debe entenderse, empero, que cuando se habla de exigencia, nos referimos al derecho de requerir que el Estado adopte las medidas adecuadas para el logro de fines sociales, pues no en todos los casos los derechos sociales son por sí mismos jurídicamente sancionables, al ser necesario el soporte presupuestal para su ejecución”⁵.

De esta caracterización del Estado emergen los siguientes deberes de naturaleza constitucional:

♦ Los derechos sociales fundamentales son deberes concretos para el Estado, en beneficio de sus titulares. No está en discusión si estos derechos son exigibles, sino la forma en que lo son y debe cumplirse con ellos⁶.

⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 20 de abril del 2004 en el Exp_2945_2003_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por doña Azanca Alhelí Meza García contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud.

⁶ “22. Los derechos sociales fundamentales, en tanto posiciones jurídicas subjetivas a acciones positivas por parte del Estado, representan obligaciones concretas para este respecto a los titulares de estos. En ese sentido, la problemática respecto a los derechos sociales fundamentales no gira en torno a si estos son derechos fundamentales vinculantes, sino respecto a la forma en que estos han de ser cumplidos por el Estado” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de febrero de 2019 en el Exp_1470_2016_PHC_TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Javier Velásquez Ramírez contra la gobernadora regional de Arequipa, el gerente regional de Arequipa, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el procurador público de la Beneficencia Pública de Arequipa).

♦ Este deber debe ser llevado a cabo por el Estado a través de políticas sociales que conduzcan a la progresiva extensión de los derechos sociales a todos⁷.

♦ La interpretación de toda norma del Estado inferior a la Constitución debe hacerse siempre en consonancia con ésta y ponderando debidamente el cumplimiento de los derechos sociales, aun cuando tales normas de inferior rango no sean específicamente inconstitucionales: habrá que elegir la interpretación más adecuada al cumplimiento de los derechos fundamentales⁸.

♦ Tarea especial del Tribunal Constitucional será hacer control constitucional de las *omisiones del legislador* y, también, de la administración del Estado. Corresponde a la justicia constitucional dar pleno cumplimiento a la exigencia de las normas constitucionales, a pesar de la desidia que pueda mostrar el órgano legislativo al regular los derechos sociales para posibilitar su cumplimiento, o el ejecutivo al poster-

⁷ “43. Es importante que, a colación del presente caso, el Tribunal deje sentada su posición respecto a la ejecución de políticas sociales para la máxima realización de los derechos que estas involucran y, en ese sentido, considera que es responsabilidad del Estado priorizar la recaudación y la distribución presupuestal en este tipo de planes.

44. Es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 20 de abril del 2004 en el Exp_2945_2003_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por doña Azanca Alhelí Meza García contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud).

⁸ “49. Ciertamente, existen circunstancias en las que la aplicación de las disposiciones, incluso infraconstitucionales, a algún caso concreto, puede acarrear problemas que incidan en la vulneración de algún(os) derecho(s) fundamental(es) como en el presente caso. Sin embargo, ello no significa que dichas disposiciones sean inconstitucionales o inválidas per se; sino que la correcta aplicación de ellas debe darse ponderando también otros derechos, principios o valores que se encuentran en la Constitución, en las normas de desarrollo constitucional y en las normas y estándares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (Sentencia 738-2021 del Tribunal Constitucional emitida el 01 de julio de 2021 en el Exp_1146_2021_AA_TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Andrés Amílcar Zapata Silva a favor de don Pablo José Zapata López contra la Gerencia General de SALUDPOL, publicada en la web el 30-07-2021).

gar las acciones respectivas. El Tribunal es consciente de que los diversos órganos del Estado tienden a disminuir la exigencia de los derechos sociales⁹.

♦ En aplicación de las ideas previas, el Tribunal Constitucional ha establecido que, dentro de la actuación del Estado, deben existir *acciones positivas*, tanto normativas como de ejecución, que permitan el cumplimiento de los derechos sociales.

♦ En el ámbito normativo, ello supone dictar las normas que faciliten el cumplimiento de los deberes del estado en esta materia, en especial, las disposiciones tributarias, administrativas y de regulación de servicios públicos que organicen la satisfacción de las necesidades pendientes.

♦ En el ámbito ejecutivo, el Estado debe tener una organización que permita atender los requerimientos que se le haga, así como los procedimientos correspondientes, diseñados para la mayor eficiencia posible. Dice que esto se refiere “*al aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento*”.

♦ Finalmente, es preciso que las prestaciones específicas que sean otorgadas para la satisfacción de los derechos sociales puedan ser exigidas judicialmente al Estado. Para ello deben ser diseñadas y adap-

⁹ “113. Este Tribunal Constitucional, tiene resuelto que la necesidad de la inclusión del control de las omisiones obedece, entre otras razones, a las siguientes:

- La necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución.

- *La reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales.*

- *La necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución.*

- *La naturaleza y el rol actual que han asumido los Tribunales - Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena.*

- *La necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en particular, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales”* (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 10-09-2019 en el Exp_0013_2014_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados del Callao contra el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo, publicada en la web el 09-03-2020).

tadas a las necesidades de las personas y a las posibilidades de prestación del Estado¹⁰.

Como puede verse, partir de la concepción del Estado Social y democrático de Derecho, da al Tribunal Constitucional la posibilidad de ejercer funciones de interpretación constitucional favorables al cumplimiento de los derechos sociales y a su impulso de oficio, si es indispensable, incluso mediante las medidas de coerción y sanción con que cuenta en su ley orgánica.

Es interesante notar que las sentencias citadas en esta parte del trabajo cubren un período de dieciocho años (2003, 2004, 2014, 2016 y 2021), lo que quiere decir que la idea del Estado social y democrático de Derecho vinculada a la protección y desarrollo de los derechos sociales ha sido consistente en el tiempo y ha evolucionado positivamente a lo largo del tiempo.

2. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

La jurisprudencia constitucional del Perú reconoce como suya la interdependencia de los derechos humanos y, como corolario de ello, ha buscado dar la mayor aplicación y extensión posible a tres normas que figuran en su Constitución:

- ♦ La que establece que los derechos escritos en la Constitución se interpretan según los tratados internacionales de los que el Perú es parte.
- ♦ La cláusula de enumeración abierta de los derechos humanos, que se halla establecida en el artículo 3 de la constitución.

¹⁰ Todo lo que figura en este párrafo, ha sido dicho por el Tribunal Constitucional en un largo texto que, por su extensión, está añadido como anexo 1 a este trabajo. La sentencia que lo contiene es la emitida el 12 de febrero de 2019 en el Exp_1470_2016_PHC_TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Javier Velásquez Ramírez contra la gobernadora regional de Arequipa, el gerente regional de Arequipa, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el procurador público de la Beneficencia Pública de Arequipa.

♦ La de aplicación progresiva de las normas constitucionales que exijan mayor gasto del Estado, entre las que se encuentran, desde luego, las que establecen los derechos sociales.

Desarrollamos estos temas a continuación.

2.1 Adhesión a la interdependencia de los derechos humanos

El Tribunal Constitucional peruano ha declarado la necesaria vinculación entre los derechos humanos. Si bien no renuncia a las clasificaciones clásicas, las interconecta:

“24.- En ese sentido, los derechos sociales fundamentales no son meras normas programáticas de eficacia mediata, como tradicionalmente se ha señalado para diferenciarlos de los denominados derechos civiles y políticos de eficacia inmediata, pues justamente su mínima satisfacción representa una garantía indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos (sentencias emitidas en los expedientes 03945-2003-AA/TC, fundamento 11 y 02016-2004-AA/TC, fundamento 10)”¹¹.

También ha sostenido, en nuestro criterio con razón, que ha ocurrido un proceso de *socialización* de los derechos clásicamente individuales (civiles). Lo ejemplifica en diversos derechos:

“5.- (...) Es más, en la actualidad, algunos de los derechos clásicamente considerados civiles y políticos han adquirido un indudable matiz social. Al respecto, se ha sostenido que “La pérdida del carácter absoluto del derecho de propiedad sobre la base

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de febrero de 2019 en el Exp_1470_2016_PHC_TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Javier Velásquez Ramírez contra la gobernadora regional de Arequipa, el gerente regional de Arequipa, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el procurador público de la Beneficencia Pública de Arequipa.

de consideraciones sociales, es el ejemplo más cabal al respecto, aunque no el único. Las actuales tendencias del derecho de daños asignan un lugar central a la distribución social de riesgos y beneficios como criterio de determinación de obligación de reparar. El impetuoso surgimiento de un derecho del consumo ha transformado sustancialmente los vínculos contractuales cuando participan de la relación consumidores y usuarios. La consideración tradicional de la libertad de expresión y prensa ha adquirido dimensiones sociales que cobran cuerpo a través de la formulación de la libertad de información como derecho de todo miembro de la sociedad (...)". [Víctor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid, Trotta, 2002, p. 26].

*Por tanto, en un Estado democrático y social de derecho los derechos sociales se constituyen en una ampliación de los derechos civiles y políticos, y tienen por finalidad, al igual que estos, constituirse en garantías para el individuo y para la sociedad, de manera tal que se pueda lograr el respeto de la dignidad humana, una efectiva participación ciudadana en el sistema democrático y el desarrollo de todos los sectores que conforman la sociedad, en especial de aquellos que carecen de las condiciones físicas, materiales o de otra índole que les impiden un efectivo disfrute de sus derechos fundamentales"*¹².

Combate con esta concepción, como es conocido en la doctrina, aquélla otra según la cual los derechos sociales son solamente enumeraciones constitucionales, sin posibilidad de ser exigidos y sujetos a la libre decisión del legislador en lo que se refiere a su ejecución. El Tribunal peruano retira el cumplimiento de los derechos sociales de la discrecionalidad de los poderes legislativo y ejecutivo, para colocarlo en el plano de los imperativos exigidos por el poder constituyente:

¹² Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 03 de marzo de 2005 en el Exp_4232_2004_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por don Larry Jimmy Ormeño Cabrera contra la Universidad Privada de Tacna.

“54. Ahora bien, ha sido común, particularmente en distintos estudios a nivel de la doctrina, que se estime que los denominados derechos sociales (y, con mayor medida, los beneficios sociales) son, en esencia, facultades que se encuentran a merced del legislador. Esto implica, como no podía ser de otro modo, que no se encontrarían revestidos de las mismas garantías que los derechos civiles o los políticos, por lo que se afirmarían que estos derechos “a diferencia de los derechos en serio, son derechos de libre configuración legislativa, esto es que su realización depende de lo que el legislador de turno decida hacer o no hacer con ellos, sin que pueda imponérseles mayores límites o vínculos al respecto” [Pisarello, Gerardo (2007). Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madrid: Editorial Trotta, pág. 79].

55. Esta lectura de los derechos sociales (y, también, de los beneficios a los que alude la ley fundamental) como simples atributos a ser desarrollados por el legislador de turno no solo implica la inobservancia del principio de interdependencia de los derechos constitucionales, sino que además supone, en los hechos, concebir a estos atributos de la persona como colocados íntegramente a disposición de los poderes públicos, lectura que no se condice con el cuadro de principios y valores que dimanarían de la ley fundamental”¹³.

Como se puede apreciar de las fechas de las sentencias citadas, la interdependencia es una convicción de largo plazo, arraigada en la jurisprudencia constitucional peruana. Esta concepción, permite elaborar consideraciones que se traducen en reglas prácticas de ejecución de los derechos sociales, que tratamos a continuación.

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 26 de mayo de 2020 en el Exp_0023_2018_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Profesores del Perú contra la ley 29944, Ley de Reforma Magisterial, publicada en la web el 03-07-2020.

2.2 La interpretación de los derechos escritos en la Constitución según los Tratados internacionales de los que el Perú es parte

La cuarta disposición final de la Constitución peruana establece:

“Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

El texto parece dar al contenido de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y a los demás tratados mencionados, una función interpretativa por encima de la Constitución misma, lo que no se condice con otras de sus normas¹⁴. Aunque el Tribunal Constitucional no se ha pronunciado sobre este tema particular, sí ha sido consistente en sostener que los derechos declarados en los tratados de los que el Perú es parte iluminan, desagregan y enriquecen el contenido, a veces genérico, de la declaración de derechos que hace la Constitución. Su jurisprudencia cita constantemente los instrumentos internacionales de derechos humanos y también es frecuente la referencia al *control de convencionalidad* en relación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisprudencia de su Corte internacional.

Aunque no haya vínculo formal del Perú con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, también existen referencias a su jurisprudencia sobre las mismas materias.

La Constitución peruana de 1979 estableció en su artículo 105 que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”.

¹⁴ El artículo 51 de la Constitución dice: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal”.

La Constitución de 1993, actualmente vigente, guardó silencio sobre ellos y la interpretación histórica que muchos hicieron (pues existen detractores de los derechos humanos) fue que la decisión del constituyente de 1993 fue eliminar el rango constitucional de los tratados. El tema se discutió durante cerca de trece años y, finalmente, fue zanjado por el Tribunal de la siguiente manera:

“26.- Los tratados internacionales sobre derechos humanos no sólo conforman nuestro ordenamiento sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las “normas con rango constitucional” se encuentran los “Tratados de derechos humanos”.

27.- La Constitución vigente no contiene una disposición parecida al artículo 105° de la Constitución de 1979, en la cual se reconocía jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos; sin embargo, a la misma conclusión puede arribarse desde una interpretación sistemática de algunas de sus disposiciones”¹⁵.

No fue el texto constitucional sino su jurisprudencia, quien declaró el rango constitucional de los tratados referentes a derechos humanos. Sin duda, la existencia de la cuarta disposición final de la Constitución dio soporte a esta decisión.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 25 de abril de 2006 en el Exp_0025_2005_PI_TC y Exp_0026_2005_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura.

La sentencia a la que se refiere la parte final del fundamento 26, es la 0047-2004-AI/TC del 24 de abril de 2006, es decir, ambas sentencias son del mismo año y fueron dictadas con un día de diferencia, de manera que el tema se resolvió al décimo tercer año de vigencia de la Constitución de 1993. Lo que esta sentencia 0047-2004-AI/TC declaró fue que los tratados de derechos humanos estaban en la categoría de normas constitucionales en tercer grado, correspondiendo los dos primeros a la Constitución y a las leyes de reforma constitucional (fundamento 61).

En todo caso, lo que puede afirmarse de la dogmática del Tribunal en torno a los derechos humanos, y consiguientemente a los sociales, es que tienen plena aplicabilidad en el Perú, estén contenidos en el texto de la Constitución, en el de los tratados, o en ambos. Es una recepción abierta y considerable.

2.3 La enumeración abierta del artículo 3 de la Constitución

El dispositivo dice:

“Constitución, artículo 3.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo¹⁶ no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno”.

Hay que decir que, literalmente, este artículo incluye entre los derechos fundamentales a los sociales y económicos, que se hallan dentro del capítulo II “de los derechos sociales y económicos”, del título I “de la persona y de la sociedad”.

También el Tribunal ha establecido que los *derechos análogos* que menciona el artículo 3 son, *por antonomasia*, los contenidos en los tratados referentes a derechos humanos¹⁷, aunque reconoce la posibi-

¹⁶ Se refiere al capítulo I “derechos fundamentales de la persona”, contenido dentro del título I “de la persona y de la sociedad”.

¹⁷ “30.- Los «derechos de naturaleza análoga» pueden estar comprendidos en cualquier otra fuente distinta a la Constitución, pero que ya conforma el ordenamiento jurídico. Dentro de las que pudiera identificarse como tal no cabe duda que se encuentran los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado peruano es parte. En efecto, si en las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico se indaga por aquella donde se pueda identificar derechos que ostenten «naturaleza análoga» a los derechos que la Constitución enuncia en su texto, resulta indudable que tal fuente reside, por antonomasia, en los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman nuestro ordenamiento jurídico. En consecuencia, dichos tratados, todos ellos de consuno, enuncian derechos de naturaleza «constitucional»” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 25 de abril de 2006

lidad de que haya también otras fuentes de ellos que, sin embargo, no identifica. Es preciso decir que este reconocimiento por antonomasia, tiene problemas de compatibilidad con lo dicho anteriormente: que los tratados de derechos humanos tienen rango constitucional. Es un tema de taxonomía normativa pero, en todo caso, refuerza la convicción de que el Tribunal Constitucional peruano hace una amplísima recepción de los derechos humanos y los aplica efectivamente.

Pero, adicionalmente, en virtud de la parte final del artículo 3, el Tribunal considera su labor reconocer *derechos no escritos o no enumerados* como otros derechos fundamentales, de igual valor jerárquico y con igual protección que los derechos escritos en la Constitución¹⁸. Hay que decir que la jurisprudencia constitucional peruana subclasifica estos derechos no escritos como novísimos, nuevos e implícitos, categorías que no son suficientemente claras y, muchas veces, aparecen intercambiadas al referirse a un mismo derecho no escrito.

También hay que señalar que la referencia del artículo 3 a aquellos otros derechos “*que se fundan en la dignidad del hombre*”, tiene una potencialidad muy grande para permitir la incorporación de nuevos derechos. El Tribunal Constitucional ha declarado siempre su convicción de que este principio, como los otros mencionados al final del artículo 3, deben ser utilizados restrictiva y no extensivamente en el establecimiento de nuevos derechos fundamentales.

en el Exp_0025_2005_PI_TC y Exp_0026_2005_PI_TC sobre proceso de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Arequipa y el Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima, contra el artículo 22, inciso c), de la Ley N.º 26397, Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura).

¹⁸ Existen aproximadamente veintinueve derechos no escritos, declarados en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional, que se refieren a diversos campos de los derechos humanos: desde el libre desenvolvimiento de la personalidad hasta la sepultura digna, pasando por derechos procesales, sociales como el de acceso al agua potable o el derecho a la verdad en las desapariciones forzadas de personas. El número de ellos y el alcance de su protección es significativo en el plano jurídico y ha influido positivamente en diversos aspectos de la vida social, aun cuando los derechos sociales tienen déficit significativo de cumplimiento en el Perú.

Más allá de estas limitaciones conceptuales y de esta auto restricción del Tribunal a declarar nuevos derechos, el artículo 3 ha sido fructíferamente utilizado para proteger extensas e importantes áreas de la vida social con derechos que no figuraban en la Constitución y que aparecieron como muy importantes en distintos momentos. Los derechos no escritos y análogos reciben la misma protección que los escritos, a través de la jurisdicción constitucional.

2.4 La de aplicación progresiva de las normas constitucionales que exijan mayor gasto del Estado

La undécima disposición final de la Constitución peruana establece:

“Undécima.- Las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos o mayores gastos públicos se aplican progresivamente”.

Existe la sentencia 2945-2003-AA/TC, emitida el 20 de abril de 2004 en un caso individual de acción de amparo, en el que la demandante reclama al Ministerio de salud atención médica integral por ser paciente de VIH/SIDA. El Tribunal Constitucional declaró fundada la demanda e hizo una serie de consideraciones, que constituyen un antecedente jurisprudencial importante para el reconocimiento de los derechos sociales.

Parte de reconocer que la Ley de procedimiento de las acciones constitucionales de aquel momento, no autorizaba la recurrencia a la acción de amparo para demandar cumplimiento de los derechos sociales porque *“las disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”*. Como puede verse, es una alusión directa a la undécima disposición final de la Constitución peruana que ahora tratamos.

Sin embargo, considerando tácitamente inconstitucional la norma procesal aludida¹⁹, el Tribunal toma ciertas decisiones sobre la exigencia de los derechos sociales a través del amparo, que resumimos en la enumeración que sigue:

1. En la medida que los derechos sociales requieren de atención y recursos presupuestales del Estado para beneficiar a toda la población, generan al Estado deberes concretos y exigibles progresivamente. Nótese que el Tribunal invierte el argumento de la *progresividad*: en el concepto conocido como *derechos programáticos* esta característica excusa de cumplimiento. En la que asume el Tribunal Constitucional, exige dicho cumplimiento incrementalmente²⁰.

2. Es indispensable reconocer y aplicar la idea de la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales, en el sentido que la Constitución es un texto normativo, de orden público y exigible²¹.

3. Por ello mismo, se requiere del Estado establecer políticas sociales específicas para la aplicación de los derechos sociales, con metas cuantitativas incrementales²².

¹⁹ El Tribunal Constitucional, desde luego, puede hacer control difuso de una norma con rango de Ley, como también todo juez, pero debe seguir un procedimiento de declaración específica para el caso que, en esta sentencia, no utilizó. El segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución peruana establece: “(...) *En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera (...)*”.

²⁰ “12. Si bien es cierto que la efectividad de los derechos sociales requiere un mínimo de actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal, también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población” (Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 20 de abril del 2004 en el Exp_2945_2003_AA_TC sobre acción de amparo interpuesta por doña Azanca Alhelí Meza García contra el Estado peruano, representado en este caso por el Ministerio de Salud).

²¹ Ibidem. “13.- *De manera que los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales (...)*”.

²² Ibidem. “14.- *El reconocimiento de estos derechos implica, entonces, (...) la obligación del Estado, en la cual se impongan metas cuantificables para garantizar la vigencia del derecho (José Luis Cascajo Castro. La tutela constitucional de los derechos sociales. Cuadernos y Debates Nº 5. Madrid. 1998, pág. 53)*”.

4. El Estado debe entender la exigencia de los derechos sociales, también, como un requerimiento de solidaridad a toda la sociedad, particularmente en materia de recaudación tributaria y de combate a la evasión²³.

5. Una dimensión adicional de los deberes del Estado para con los servicios sociales, y la solidaridad, es la lucha frontal contra la corrupción en el uso de los recursos públicos, que drena las disponibilidades presupuestales necesarias²⁴.

6. En la medida que los tratados internacionales en materia de derechos humanos forman parte del nivel jurídico constitucional, como ya se vio antes, el Tribunal sostiene que la undécima disposición final de la Constitución, debe ser aplicada en concordancia con el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, utilizando siempre el máximo de recursos de que se disponga para los gastos sociales, a fin de cumplir con la progresividad, que es exigencia perentoria²⁵.

En base a estas consideraciones, la jurisprudencia constitucional peruana exige que el concepto de *progresividad* en el gasto del Estado en los derechos sociales, sea un imperativo perentorio e incremental, hasta el límite de las posibilidades del Estado según tratados internacio-

²³ Ibidem. “24. En una sociedad democrática y justa, la responsabilidad por la atención de los más necesitados no recae solamente en el Estado, sino en cada uno de los individuos en calidad de contribuyentes sociales. Es así como adquieren mayor sentido las sanciones jurídicas frente al incumplimiento de estos deberes, por ejemplo, las sanciones que se imponen ante la omisión del pago de impuestos, pues justamente a través de ellos se garantiza la recaudación y una mayor disponibilidad presupuestal para la ejecución de planes sociales”.

²⁴ Ibidem. “36. La realidad política de los últimos años ha revelado cómo la corrupción en el uso de los recursos públicos afectó la atención de derechos como la educación, salud y vivienda”.

²⁵ Ibidem. “37. Lo declarado en la undécima disposición final y transitoria de nuestra Constitución concordante con el artículo 2.1 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que precisa que los estados se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de recursos que se disponga para lograr, progresivamente, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos la salud. Es evidente que el Estado peruano no puede eximirse de esta obligación, ni tampoco asumirla como un ideal de gestión, pues se trata de una obligación perentoria a ser cumplida, si bien de manera progresiva, siempre en plazos razonables y acompañados de acciones concretas”.

nales, y con sentido de solidaridad y honestidad en el uso de los recursos presupuestales. Estas exigencias se deben materializar a través del establecimiento de políticas públicas con metas cuantificables. El Tribunal ha sintetizado todo ello en una reciente sentencia:

“6. Lo señalado cobra sentido si se concibe que los derechos sociales se encuentran, en primera instancia, dentro de la obligación del Estado de proveer los recursos necesarios que hagan posible el efectivo ejercicio del principio-derecho a la dignidad de la persona (artículo 1 de la Constitución) y la satisfacción de sus necesidades humanas básicas encaminadas a su pleno bienestar (artículo 2, inciso 1 de la Constitución), esto a través de acciones concretas y permanentes del Estado y atendiendo a la sujeción de plazos razonables. En efecto, el concepto de progresividad del gasto público no está exento de observar el establecimiento de plazos razonables y adecuados a los fines que se pretende, ni de acciones concretas y constantes del Estado para el diseño y la implementación de políticas públicas”²⁶.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional peruano ha combatido la reiterada argumentación de los poderes ejecutivo y legislativo del Estado, según la cual, la carencia de recursos presupuestales asignados para cumplir las exigencias de los derechos sociales justifica la inacción del poder público. Estos poderes esgrimen el argumento de carencia de recursos presupuestales, tanto para incumplir la progresividad de estos derechos, como para hacer lo propio con los mandatos de sentencias que establezcan su cumplimiento obligatorio (así como el cumplimiento de otros mandatos como, por ejemplo, los de pagar indemnizaciones). Ya hemos citado antes el vínculo que la jurisprudencia ha establecido entre los derechos sociales y el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. A ello es necesario añadir que la elaboración

²⁶ Sentencia 738-2021 del Tribunal Constitucional emitida el 01 de julio de 2021 en el Exp_1146_2021_AA_TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Andrés Amílcar Zapata Silva a favor de don Pablo José Zapata López contra la Gerencia General de SALUDPOL, publicada en la web el 30-07-2021.

y ejecución del presupuesto público, debe tomar en cuenta necesaria y prioritariamente el pago de los derechos sociales:

“7. Si bien es cierto que las dimensiones prestacionales de los derechos, que son un raso común a todos los derechos, incluyendo los sociales, ello no puede ser una excusa para incumplir o postergar indefinidamente su plena satisfacción. Al respecto, por ejemplo, no es posible alegar cuestiones de orden presupuestal o de falta de políticas públicas cuando resulta manifiesta la vulneración o amenaza de vulneración de derechos fundamentales sociales, pues resulta claro también que, sin involucrar mayores gastos que los ya presupuestados, la autoridad pública puede destinar parte de dichos recursos, priorizando la atención de situaciones graves y urgentes, considerando las circunstancias concretas de cada caso”²⁷.

Como también hemos visto en este trabajo, la jurisprudencia constitucional ordena el cumplimiento de los derechos sociales en ciertos casos de especial urgencia o gravedad. Hay regla establecida para ello:

“50. El principio de legalidad presupuestaria debe armonizarse con el de efectividad de las sentencias judiciales. La preservación del primero no justifica el desconocimiento o la demora irracional en el cumplimiento de las sentencias judiciales. En consecuencia, debe darse preferencia al pago de las deudas más antiguas y reconocerse los intereses devengados por demoras injustificadas del pago.

51. La eventual colisión entre el principio de legalidad presupuestaria y el principio de efectividad de las sentencias judiciales debe resolverse sobre la base de los test de proporcionalidad

²⁷ Sentencia 738-2021 del Tribunal Constitucional emitida el 01 de julio de 2021 en el Exp_1146_2021_AA_TC sobre proceso de amparo interpuesto por don Andrés Amílcar Zapata Silva a favor de don Pablo José Zapata López contra la Gerencia General de SALUDPOL, publicada en la web el 30-07-2021.

*y razonabilidad, ponderando a cuál de esos principios debe dársele mayor peso y sin desconocer, sin embargo, la importancia del otro*²⁸.

La regulación de las obligaciones presupuestales del Estado para con los derechos sociales, es un aspecto fundamental del cumplimiento de estos últimos. Sin ello, falta la herramienta operativa para realizar los fines constitucionales establecidos en relación con ellos.

3. LAS METODOLOGÍAS JURISPRUDENCIALES EVALUATIVAS DE ATENCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

La jurisprudencia constitucional peruana, tomando como base instrumentos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU (Observación General 3 de 1990), ha decidido adoptar tres *umbrales* para el cumplimiento de los derechos sociales en su sentencia 1470-2016-PHC/TC²⁹:

♦ El primero es la obligación mínima del Estado que “(...) *garantiza la satisfacción de, cuando menos, niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos*”. Se trata de lo que el Estado no puede dejar de satisfacer a su población. El Tribunal Constitucional considera que, en el caso de la alimentación, este primer nivel exige satisfacer una alimentación de subsistencia, la que colinda con el derecho a la vida: no padecer hambre y mantener las funciones corporales. El cumplimiento

²⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 29 de enero del 2004 en los Exp_0015_2001_AI_TC Y 016_2001_AI_TC sobre acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica y la Defensoría del Pueblo contra el Decreto de Urgencia N.º 055_2001, y demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Colegio de Abogados de Ica contra la Ley N.º 27684.

²⁹ El texto conceptual de esta sentencia figura como anexo 2 de este artículo, debido a su extensión. Además, la misma sentencia ha aplicado las consideraciones generales que figuran en su fundamento 27, al derecho a la alimentación, que figura en el fundamento 40 y que está en el anexo 3 de este artículo. Los ejemplos que ponemos en la enumeración que sigue, son tomados de este fundamento 40.

de este primer umbral es indispensable y debe ser realizado con sostenibilidad.

♦ El segundo son las políticas programáticas de desarrollo en materia social, destinadas a incrementar el nivel de bienestar social, por encima del primer umbral, con capacidad de “(...) *realizar un amplio espectro de propósitos*”. No se trata en este caso de la atención de casos urgentes sino de la extensión progresiva del cumplimiento de los derechos sociales en áreas que no son de supervivencia y que mejoran la calidad de vida. En el caso de la alimentación, este segundo nivel se orienta a lograr la seguridad alimentaria de la sociedad, de manera que se supere la urgencia de abordar el primer umbral.

♦ El tercer umbral es la satisfacción de los intereses individuales de las personas. Es un nivel discrecional en función de las disponibilidades presupuestales, que supone el cumplimiento de los dos niveles previos. En el caso de la alimentación, se tratará de colaborar en la atención de preferencias alimentarias específicas de la población, más allá de los mínimos de calorías, proteínas y demás nutrientes, con perspectiva de largo plazo.

Lo que consideramos importante de mostrar esta enumeración, es que constituye un baremo para que la jurisdicción constitucional tenga elementos de juicio objetivos con los que evaluar el cumplimiento de los mandatos constitucionales, especialmente en la omisión del legislador y en la inoperancia de los órganos ejecutivos, en la medida que la evaluación de dicho cumplimiento forma parte de la constitucionalización cabal de la vida social.

4. SÍNTESIS

El tratamiento del tema de los derechos sociales que hace el Tribunal Constitucional del Perú comienza introduciendo el concepto de

Estado social y democrático de Derecho, no existente textualmente en la Constitución, que hace del cumplimiento de los derechos sociales, uno de los fines esenciales de su existencia. El Estado social y democrático de Derecho tiene un programa social que llevar a cabo con ellos.

Los derechos sociales fundamentales son deberes concretos del Estado, en beneficio de sus titulares. No está en discusión si estos derechos son exigibles, sino la forma en que lo son y debe cumplirse con ellos, la que ocurre a través de políticas sociales, asignaciones presupuestales y acción positiva. Desde el punto de vista jurídico, la interpretación de toda norma del Estado siempre debe hacerse en consonancia con la Constitución y ponderando debidamente el cumplimiento de los derechos sociales.

La interdependencia de los derechos humanos, recogida expresamente por el Tribunal Constitucional peruano, colabora de manera importante a la aplicación jurídica de los derechos sociales en el Perú.

El Tribunal ha hecho uso intensivo de diversas normas constitucionales para reforzar el cumplimiento de los derechos humanos especialmente la cláusula de recepción extensiva que tiene su artículo 3, la norma de reconocimiento del valor jurídico interno de los tratados y la regla de aplicación progresiva de los derechos constitucionales, a la que entiende como el mandato de un cumplimiento progresivo e incremental de ellos.

La generación de una política de solidaridad, en especial pero no únicamente con relación al pago debido de los tributos, de una política de fijación de metas incrementales cuantitativas en la tarea de gobierno y de una política anticorrupción en el uso de los recursos, son instrumentos con los que la labor del Tribunal contribuirá a consolidar la exigencia de los derechos sociales.

El Tribunal Constitucional peruano, también es consciente de su deber de controlar el cumplimiento de los derechos sociales. Para ello, en su jurisprudencia ha adoptado tres *umbrales* para el cumplimiento

de los derechos sociales, tomando como base la Observación General 3 de 1990, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU.

ANEXO I

Este anexo contiene la cita extensa del Tribunal Constitucional a que se hace referencia en la nota a pie de página número 10.

“19.- Los derechos a acciones positivas por parte del Estado consisten precisamente en realizar acciones fácticas o normativas a efectos de dar cumplimiento a la obligación correlativa derivada del derecho subjetivo que ostentan los particulares. Dichas acciones positivas responden a tres tipos de derechos: derecho a protección, derecho a la organización y procedimiento y derecho a acciones positivas en sentido estricto o derechos sociales fundamentales.

a) Derecho a protección

Son derechos que ostentan los privados ante el Estado a fin de que este les proteja de la intervención de terceros. El Estado, en ese sentido, está obligado a desarrollar políticas fácticas y normativas para impedir o minimizar la afectación de los ámbitos de libertad de las personas por parte de otros particulares. Ello justifica, por ejemplo, la necesidad de que el Estado emita normas en materia penal, civil, tributaria, administrativa, etc., así como cree entes reguladores de servicios públicos.

A nivel de su interpretación, los derechos de protección se enfrentan al problema de su inevitable colisión con otras posiciones jurídicas. En efecto, mientras que, por ejemplo, el Estado protege al consumidor respecto a algunas prácticas de las empresas, de otro lado se está afectando el derecho a la libertad de empresa. La solución interpretativa

a dicha relación de tensión radica en la determinación de un punto de equilibrio entre ambas situaciones jurídicas por medio del principio de proporcionalidad en sentido amplio.

b) Derecho a la organización y procedimiento

Derechos que buscan, mediante la organización de un sistema y la implementación de un procedimiento, efectivizar los derechos fundamentales. El Estado debe poner a disposición de los titulares de derechos fundamentales una organización que permita atender sus requerimientos de acción estatal (fáctica o jurídica), así como un procedimiento para hacer efectivos dichos requerimientos. El titular del deber correlativo a este derecho es el legislador, quien deberá estructurar organizaciones a efectos de brindar realizar la obligación de dar o hacer del Estado, así como el procedimiento que los titulares del derecho deben cumplir para acceder a dichas prestaciones. Se refiere entonces “al aseguramiento de los derechos fundamentales por medio de la organización y el procedimiento”. Este tipo de derechos a acciones positivas del Estado es entendido en la doctrina como un *status activus processualis*, pues confiere a su titular la capacidad de exigir al Estado instituya organismos y procedimientos para hacer valer sus derechos fundamentales.

c) Derecho a acciones positivas en sentido estricto o derechos sociales

Fundamentales Son posiciones jurídicas subjetivas de derecho fundamental que confieren a su titular la capacidad de exigir al Estado una prestación positiva (fáctica o jurídica) en su favor. En ese sentido, el titular tiene la capacidad de exigir judicialmente la efectivización de dicha prestación positiva. Por ejemplo, el titular del derecho a la pensión tiene la capacidad de exigir al Estado, una vez cumplidos los requisitos formales de ley, le provea de una asignación dineraria; correlativamente el Estado tiene la obligación jurídica de brindar dicho derecho.

Los derechos sociales fundamentales pueden ser entendidos como derechos explícitamente reconocidos por el ordenamiento positivo o como derechos adscritos a la Constitución interpretativamente. El reconocimiento positivo de los derechos sociales implica el haber incorporado en el catálogo de derechos fundamentales reconocidos a los derechos sociales, o haber suscrito pactos internacionales sobre derechos económicos y sociales que justifiquen su incorporación al ordenamiento positivo interno. El reconocimiento interpretativo de los derechos sociales ocurre cuando estos no han sido reconocidos explícitamente en el ordenamiento positivo y no pueden ser válidamente deducidos a partir de los tratados internacionales suscritos por el Estado. En ese sentido, son los órganos de interpretación constitucional los que deben construir interpretativamente a partir de la dignidad humana y las condiciones fácticas de la realidad social nuevos derechos”.

(Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de febrero de 2019 en el Exp_1470_2016_PHC_TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Javier Velásquez Ramírez contra la gobernadora regional de Arequipa, el gerente regional de Arequipa, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el procurador público de la Beneficencia Pública de Arequipa).

ANEXO 2

“27. Cumplir tanto con el carácter vinculante de los derechos sociales fundamentales, así como con las restricciones pragmáticas que su implementación implica, es necesario diseñar una estructura de cumplimiento progresivo o escalonado que parta desde una obligación mínima vinculante para el Estado hacia distintos umbrales de cumplimiento progresivo sujetos a las condiciones presupuestales del Estado. Garan-

tizar niveles mínimos de cumplimiento en materia social permite asegurar las precondiciones necesarias para el desarrollo de los individuos en condiciones de igualdad. Así, se ha sostenido que “los derechos [sociales] surgen de la exigencia de que una sociedad basada en el derecho debe tratar con igual importancia las vidas de cada ser individual”⁶. Esta estructura se ordena en función de umbrales de realización o cumplimiento del mandato de deber ser de los derechos sociales fundamentales para el Estado.

Primer umbral: la obligación esencial mínima del Estado.

Este primer umbral de realización o cumplimiento corporiza una obligación del Estado ante los ciudadanos respecto a garantizar la realización mínima del contenido de los derechos sociales fundamentales. Ciertamente, dicha obligación ha sido reconocida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en la observación General N. 3 del año 1990 como una de las obligaciones a ser cumplidas por los Estados parte en el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Para el Comité, una obligación esencial mínima es aquella que garantiza “la satisfacción de, cuando menos, niveles esenciales mínimos de cada uno de los derechos, es de incumbencia de los Estados parte”⁷. La satisfacción de tal obligación esencial mínima representa, por tanto, el contenido vinculante que el Estado solo en circunstancias especialmente justificadas está en posición de incumplir. En efecto, el propio comité prevé esta situación cuando afirma que “a fin de que un Estado parte sea capaz de justificar su fallo en satisfacer sus obligaciones mínimas esenciales con base en la falta de recursos a disposición, se debe demostrar que cada esfuerzo que ha sido hecho ha estado dirigido a usar todos los recursos que están a su disposición a fin de satisfacer, como una cuestión de prioridad, dichas obligaciones mínimas”⁸. Por lo tanto, la obligación esencial mínima viene a ser la razón

justificante del reconocimiento de los derechos sociales fundamentales como razones vinculantes para los Estado parte del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “si el Pacto ha de ser leído de tal manera que no establezca tal obligación mínima esencial, estaría ampliamente privado de una razón de ser”.

Segundo umbral: políticas programáticas de desarrollo en materia social

El segundo umbral de realización o cumplimiento de los derechos sociales fundamentales se refiere los medios orientados a complementar y desarrollar la exigencia mínima esencial de dichos derechos. El Estado está obligado a realizar, de manera progresiva, políticas programáticas orientadas a incrementar el nivel de bienestar social de los individuos, así como también a justificar las medidas que ha ido realizando en este sentido. “El segundo umbral implica un interés importante en poseer los recursos generales y capacidades necesarias para tener y realizar un amplio espectro de propósitos”. La condición necesaria para el cumplimiento de este umbral lo representa la satisfacción de las obligaciones incondicionales mínimas comprendidas en el primer umbral.

Tercer umbral. Satisfacción de finalidades individuales.

El tercer umbral de realización o cumplimiento está conformado por las condiciones que los individuos en forma individual o colectiva requieren para alcanzar diversos propósitos específicos de su interés derivados del derecho social fundamental tutelado. En ese sentido, el Estado podrá cumplir discrecionalmente con este umbral de necesidades en función las restricciones presupuestales que su concretización impliquen. Por tanto, el Estado es libre de valorar la prioridad en la realizaci-

ón de los mismos en tanto su nivel de urgencia y necesidad no demande el cumplimiento incondicionado o condicionado del primer o segundo nivel respectivamente.

Los derechos sociales fundamentales, por definición, pueden ser desarrollados de manera progresiva. Sin embargo, el aseguramiento de un primer umbral de cumplimiento incondicionado es requisito necesario para que dichos derechos no se vean reducidos a meros fines programáticos o simples buenas intenciones”.

(Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de febrero de 2019 en el Exp_1470_2016_PHC_TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Javier Velásquez Ramírez contra la gobernadora regional de Arequipa, el gerente regional de Arequipa, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el procurador público de la Beneficencia Pública de Arequipa).

ANEXO 3

“40.- En función al criterio de umbrales de realización o cumplimiento de los derechos sociales fundamentales y con base en la definición de derecho a la alimentación planteada líneas arriba, este Tribunal Constitucional está en posibilidad de delimitar el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la alimentación y la forma o grados en que puede ser cumplido progresivamente.

Primer umbral: la alimentación de subsistencia

El primer umbral de realización o cumplimiento del derecho social fundamental a la alimentación lo constituye el derecho a una alimentación de subsistencia. Dicho derecho viene a ser una obligación de

cumplimiento incondicionado para el Estado, ya que representa el grado mínimo de provisión alimentaria que un ciudadano, que se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida poder brindársela por sí mismo, debe tener garantizada para verse libre de padecer hambre y mantener sus funciones corporales. Sin tal nivel mínimo de provisión, los ciudadanos no podrían tener una existencia digna y no estarían en posibilidad de gozar sus demás derechos fundamentales. “[E]l primer paso en la realización de los derechos socioeconómicos es garantizar aquellos que se encuentran en peor situación y sean los vulnerables en la sociedad suficiente alimentación para hacer posible que ellos se vean libres de amenazas a su supervivencia (inanición y hambre)”ⁱ I.

La alimentación de subsistencia no solo implica poner a disposición de las personas es estado de vulnerabilidad los alimentos que contengan el número de calorías, proteínas y demás nutrientes que les permitan mantener su funcionalidad corporal; sino que también implica hacer accesibles dichos alimentos a quienes los necesiten, garantizando la permanencia y sostenibilidad de las vías que así lo permitan.

Segundo umbral: políticas programáticas de complementación alimentaria

El segundo umbral de realización o cumplimiento del derecho a la alimentación gira en torno a las políticas programáticas que complementan a la alimentación de subsistencia garantizada en el primer umbral. Es a este nivel que el desarrollo y concretización de las políticas públicas en materia alimentaria son aplicadas de manera progresiva por parte del Estado. Dichas políticas deben estar orientadas a lograr seguridad alimentaria en la sociedad, es decir, asegurar el acceso permanente a medios de alimentación suficientes que permitan a los ciudadanos llevar una vida activa, saludable y sin necesidad de recurrir a los medios de alimentación de subsistencia garantizados en el primer umbral para

poder satisfacer sus necesidades alimentarias. La obligación del Estado en este segundo umbral, si bien es cierto es progresiva y sujeta a cuestiones presupuestales, no por ello implica que se encuentre enteramente a su libre discrecionalidad. En efecto, la obligación en este segundo umbral radica en implementar políticas públicas en materia alimentaria de manera progresiva, por lo que incumplir con tal implementación equivale a un incumplimiento de la obligación.

Tercer umbral: satisfacción de fines individuales en materia alimentaria

El tercer umbral de realización o cumplimiento del derecho a la alimentación está conformado por las acciones estatales orientadas a satisfacer necesidades alimentarias de los ciudadanos basados en los especiales intereses o propósitos que estos tengan en su vida individual o colectiva. En este umbral, el grado de discrecionalidad con el cual el Estado puede operar es mayor que a nivel del segundo umbral, dado que su acción ahora está orientada a satisfacer intereses alimentarios específicos de determinados individuos o grupo de individuos y no en función a alcanzar el aseguramiento alimentario de toda la comunidad en su conjunto. En ese sentido, la satisfacción de este umbral será posible una vez se haya logrado satisfacer el primer y cumplido con desarrollar políticas alimentarias eficaces a nivel de segundo umbral”.

(Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 12 de febrero de 2019 en el Exp_1470_2016_PHC_TC sobre proceso de hábeas corpus interpuesto por don Javier Velásquez Ramírez contra la gobernadora regional de Arequipa, el gerente regional de Arequipa, el procurador público encargado de los asuntos judiciales del Gobierno Regional de Arequipa, el presidente del Directorio de la Beneficencia Pública de Arequipa y el procurador público de la Beneficencia Pública de Arequipa).

**INSTRUMENTOS NO
JURISDICCIONALES DE
PROTECCIÓN DE LOS
DERECHOS SOCIALES**

Carlos R. Constenla

1. EL CONSTITUCIONALISMO DEL SIGLO XX Y LOS DERECHOS SOCIALES

No imagino mejor introducción a este tema que transcribir una afirmación de Burdeau que caló hondo en el pensamiento político durante las últimas décadas del siglo pasado: “El derecho social si bien reside como el derecho individual, en una exigencia de la naturaleza humana, tiene sus raíces no en un ser definido en abstracto, sino en el individuo condicionado por su posición social. Es el derecho del hombre situado, es decir considerado a través de la situación real que le asigna el ambiente en el cual vive” (BURDEAU, 1983, p. 161). La idea que anima este concepto es que el ser humano, antes que ciudadano es un trabajador, un profesional, un artista, un desocupado, un jubilado que está sometido al poder económico que lo somete generalmente a fuertes coerciones. La mujer lo está también o más aún porque a ese sometimiento añade las del poder masculino. Allí están las raíces de los llamados derechos sociales; se trata de derechos que si bien tienen una base común con todos los derechos, están condicionados por la situación particular económica y social que presenta la sociedad en su conjunto. Frente a los derechos sociales las personas dejan de ser sujetos abstractos; pasan a ser concretos por esa situación dada, a las que hay que brindarle apoyo, para compensar las inequidades a los que los somete el sistema económico social imperante. Esto determina concretas obligaciones del Estado para reparar la desigualdad y dar certidumbres. Tienen como finalidad satisfacer las necesidades básicas del ser humano.

Los derechos sociales integran con los derechos civiles y políticos la gran construcción jurídica moral que se denominan los derechos humanos. Son en consecuencia universales, indivisibles, intransferibles e independientes.

“La Revolución francesa fue afirmación de una libertad y de un individualismo profundamente diferente de la liberal...” (CATA-

LANO, 1971, p. 10/1), por eso la revolución democrático burguesa y liberal alcanzó hasta las declaraciones y no pasó de allí. Si era cierto que el pueblo había luchado por más libertad y más igualdad, la nueva clase dominante lo había hecho básicamente para consolidar su poder económico. Los nuevos derechos políticos y civiles fueron funcionales para la consolidación del capitalismo, pero no mucho más. Se puede valorar entonces la expresiva certeza de Anton Menger gran jurista de la Universidad de Viena: “La cuestión social no se resolverá en una noche – ¡4 a 5 de agosto de 1789!- como la cuestión política”¹ (MENGER, 1944, p. 169).

El liberalismo, descarnadamente, niveló todas la diferencias entre los seres humanos; persona es tanto el poseedor como el no poseedor, el individuo débil aislado como los representantes de los grandes grupos económicos. En el concepto de persona se presume la igualdad jurídica como la libertad patrimonial y la libertad contractual de todos. Pero en la realidad del derecho, tanto la propiedad, como la libertad contractual en manos del poderoso es algo esencialmente distinto que en las manos del débil. La libertad de propiedad del poseedor se transforma de una libertad de disposición sobre las cosas, en una libertad de disposición sobre las personas: quien dispone sobre los medios de trabajo, tiene también la fuerza de mando sobre los trabajadores para imponerles las reglas que más convengan a su interés. Y no solamente eso, como observa Radbruch “... en la misma medida se transforma en un poder sobre los hombres, ahora ya no sólo sobre el trabajador, sino también sobre los consumidores a los que puede imponer sus frenos...” (RADBRUCH, 1980 p. 47/8).

¹ La noche del 4 de agosto de 1789, a la que alude Menger, pocos días después de la *toma de la Bastilla*, fue en la que la Asamblea Constituyente de Francia votó la supresión de los derechos feudales, las justicias señoriales, la redención de los diezmos a la Iglesia y del tributo a los nobles, la abolición de todos los privilegios, el establecimiento de la justicia gratuita y la admisión de los franceses, sin distinción, a todos los empleos. La revolución estaba en marcha y el primero y tal vez el más contundente de sus triunfos estaba logrado: La destrucción del antiguo régimen político.

La separación postulada por la ideología jurídica liberal entre Economía y Política, entre Sociedad y Estado y la proclamada primacía del individuo concebido como productor personalmente libre e independiente sobre el Estado - Política, deriva en la certeza de que el Derecho Público (que según la acepción romana original es el derecho del pueblo) pasa a ser el derecho en el que participa como sujeto el Estado y su contenido no es otro que la protección del Derecho Privado.

“Contratan el fuerte y el débil – dice Alfredo Palacios -, el que detenta los medios de producción y el que sólo tiene necesidades que subvenir y trabajo en potencia para vender. ¿Dónde está la libertad?” (PALACIOS, 1928 p. 80).

A partir de los devastadores efectos de la Primera Guerra -descartadas las propuestas totalitarias -, se fue evolucionando desde el Estado liberal de derecho, al Estado social de derecho, corrigiendo el individualismo clásico, a través de la afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social. A la par de los derechos de la libertad, van naciendo los derechos sociales que trasladan el eje de los intereses jurídicamente tutelados desde lo individual a un equilibrado punto que se ubica entre cada persona y la sociedad. Se trata de convertir en Derecho positivo antiguas y trajinadas aspiraciones sociales, reparando las incontrovertibles desigualdades entre los hombres mediante la ley a la que se eleva a la categoría de principios constitucionales. Es el Estado -según García Pelayo- que junto a la misión de asegurar el orden público y la certeza jurídica se responsabiliza de crear la infraestructura de bienestar general y de asegurar la reproducción del equilibrio dinámico del conjunto del sistema social (GARCÍA PELAYO, 1985. p. 116). Estamos frente a los llamados derechos de segunda generación, los derechos sociales, económicos y culturales que marcarán un nuevo horizonte para el derecho en el siglo XX, como los derechos fundamentales o de primera generación lo habían hecho en el derecho del siglo XIX.

Pese a todo, esta evolución no quedó allí. Las transformaciones del derecho no pueden estancarse equiparando el derecho social (forma superior del derecho) a la simple protección de la seguridad y bienestar de los económicamente más débiles. Esto se hizo evidente a partir de que los derechos de segunda generación fueron interpretados (con algún sarcasmo ideológico) como simples posturas políticas que como tales, podían cambiar - y de hecho cambiaron -, con el signo del partido en el gobierno. Dicho más claramente, nadie discute - al menos de palabra -, la intangibilidad y la exigibilidad de los derechos de primera generación (libertad, igualdad, derecho de defensa, propiedad, etc.), pero sí se discute -y muchas veces se abroga-, la necesaria participación que debe tener el Estado para satisfacer mínimas condiciones sociales y económicas de vida de la población. Por lo menos hay quienes los consideran no como derechos humanos de segunda generación sino de segunda categoría, negándoles toda posible exigibilidad. Ejemplo de ello es el trato que se le ha dado al Derecho del Trabajo elaborado a través de más de ciento cincuenta años de lucha y que hoy se encuentra en pleno retroceso mundialmente, lo mismo que los regímenes de previsión social basados en la solidaridad.

Pese a todo, en estos tiempos se afirma la tendencia que reconoce la indivisibilidad de los derechos humanos y la inmanencia de los derechos económicos, sociales y culturales a los derechos políticos y sociales. Se advierte la inseparable relación de la democracia con el desarrollo. La sustentabilidad de la democracia requiere del desarrollo, y el desarrollo requiere de una estrecha relación entre los derechos políticos y los derechos económicos y sociales. Se está llegando al estadio del pleno reconocimiento operativo de los derechos económicos, sociales y culturales y al de su subsiguiente exigibilidad.

“Los derechos de la segunda generación son exigibles del Estado y oponibles a los sectores aventajados económicamente de la sociedad; los derechos de la primera generación, en cambio fueron oponi-

bles al Estado. Los derechos de la segunda generación no consisten en meras inacciones del Estado como fueron esencialmente los derechos de la primera generación (no torturar, no matar, no detener sin fórmula de juicio, no invadir la esfera privada), sino que van más allá: exigen la presencia dinámica del Estado en forma de prestaciones y servicios compensatorios a favor de los sectores más desafortunados de la población” (BORJA, 2004 p. 59)

Después de la primera guerra mundial algunos de los nuevos textos constitucionales enunciaron al lado de los tradicionales derechos de libertad y de derechos políticos, los derechos sociales. El gran comparatista italiano Paolo Biscaretti di Ruffia afirmó sin embargo que “... varias de estas constituciones se estimaron excesivamente teóricas, es decir fueron más el fruto de elaboraciones doctrinales de gabinete, que el resultado de apreciaciones concretas, realizadas con apoyo en las exigencias de los de los diversos Estados, en los cuales debería ser aplicadas posteriormente... Como es bien sabido se habló abiertamente de ‘Constituciones de profesores’ en cuanto varios ilustres constitucionalistas colaboraron en su redacción, como ocurrió con Preuss en la alemana de 1919, Kelsen respecto de la austríaca de 1920, y Posada en la española de 1931 (BISCARETTI DI RUFFIA, 1979, p. 300). Sin embargo el constitucionalismo social puso al día las normas que regían a la organización del Estado y la consagración de los derechos de la ciudadanía frente al sistema que reconocían los derechos a la libertad, pero ignoraba los derechos sociales. Esto provocó la mayor desorientación política registrada en la historia a la luz de las soluciones que halló, basculando entre el liberalismo, el socialismo y los autoritarismos de distinto color. Se había puesto en juicio la eficacia del liberalismo clásico “...como sistema capaz de resolver los difíciles y complejos problemas que en el marco de la moderna sociedad se plantean tanto con respecto de la expansión y desarrollo económico como de la acción ejecutiva y administrativa de los órganos de gobierno. La cultura de masas, la pla-

nificación incluso capitalista, la sociedad de consumo, el constante progreso de la técnica, etc. son hechos y problemas que no parecen encontrar suficiente solución a través de los instrumentos y procedimientos típicos del Estado liberal” (DÍAZ p. 84/5).

El reconocimiento de los derechos sociales generó –y generó muchas resistencias. Unas corrientes de pensamiento pretendieron colocar a los derechos sociales en oposición a los derechos individuales clásicos sin comprender que los derechos sociales son en cierto modo la extensión de aquellos. Los derechos a la vida, a la libertad de movimiento, de asociación, de cultos, de expresión, están esencialmente vinculados con la idea de la autonomía y protegen a los individuos contra toda interferencia con su libre elección de planes de vida. El reconocimiento de derechos tales como son los de contar con atención médica adecuada, vivienda digna, jubilación justa, y otros semejantes, deriva de la comprensión de que esa misma autonomía o libertad de elección de planes de vida, no se logra con la mera abstención de interferir en ella por parte del Estado o de los demás individuos sino que requiere, además, la colaboración solidaria y activa de todos ellos para que cada individuo cuente con iguales posibilidades reales de elegir y materializar su proyectos de vida. Más aún, en realidad los derechos sociales no son derechos distintos de los derechos individuales, sino que consisten en una ampliación del alcance de éstos que no sólo se violan por agresiones activas que lesionan, por ejemplo, la vida o la integridad corporal, sino también por la omisión de proporcionar a todos los individuos, los medios necesarios para una subsistencia digna y plena. Los derechos sociales plantean deberes de cooperación solidaria con aquellos miembros de la sociedad que son menos autónomos, porque cuentan con menos atributos naturales y sociales para elegir y materializar un proyecto que de significado a su vida.

El constitucionalismo social se consagró primeramente en México en 1917. Sus normas no se limitaron a establecer las bases de la or-

ganización política de los estados y a reconocer y proteger los derechos del hombre en su aspecto individual, sino que agregaron el valor de los derechos sociales y estableció también las bases de un sistema económico democrático. En Europa, después de la caída de las potencias centrales (imperios alemán y austro-húngaro, luego el otomano y Bulgaria), la llamada Constitución de Weimar sancionada en 1919 atribuyó a las organizaciones obreras un papel privilegiado, no sólo en lo concerniente a la resolución de los problemas laborales, en la acepción limitada del término, sino también en el funcionamiento de la economía.

Desde esta perspectiva los derechos sociales son netamente reivindicativos a los que hoy se debe prestar atención con aquellos colectivos que han sido excluidos por alguna circunstancia social o política: indígenas, niños, niñas y adolescentes, afro descendientes, mujeres, diversidad sexual, personas con alguna discapacidad y otros grupos minoritarios.

Los derechos sociales son principalmente:

- a) El derecho a un trabajo y a un salario justo;
- b) A la protección social como la seguridad social, a la desocupación, al desempleo, a la jubilación, a la maternidad, etc.;
- c) A la vivienda;
- d) A la educación gratuita y de calidad;
- e) A la salud;
- f) A la protección de la familia;
- g) A un entorno saludable y a la cultura;
- h) A la alimentación y a la soberanía alimentaria; y
- i) A una mejora continua a las condiciones de existencia.

2. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Varios son los documentos aprobados en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas como también los regionales, en rela-

ción a los llamados derechos económicos, sociales y culturales, genéricamente denominados derechos sociales. De entre ellos destacamos en primer lugar la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 que se refiere a ellos en seis artículos². En segundo lugar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas que complementó la Declaración Universal³. El pacto obliga asimismo a los Estados parte a presentar informes sobre las medidas que hayan adoptado y los progresos realizados con el fin de asegurar el respeto a esos derechos.

Los derechos sociales se establecieron con una cierta disfuncionalidad agregada consecuencia de ser aceptados como programáticos o progresivos lo que implicó ciertamente la postergación y en muchos casos la invisibilización de esos derechos por supuestas razones financieras, cuando no políticas que sentaron las bases de una clara desigualdad social (MUÑOZ, 2004, p. 509). Fue recién a fines de 2008 que el Protocolo Facultativo para los DESC fue aprobado y en 2013 entró en vigor en que se instituyó (después de cuatro décadas) un mecanismo internacional que permite presentar quejas por violaciones a alguno de los derechos (DELAPLACE, 2022, p. 209).

Por su parte, la Convención Americana de Derecho Humanos de 1969, en su artículo 26 reconoce la obligación de los Estados americanos parte de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales y en 1988 se sanciona un instrumento específico, el llamado “Protocolo de San Salvador” que si bien enumera de manera precisa estos derechos, limita la aplicación del sistema de peticiones individuales, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los únicos casos de violencias al derecho a la educación y los derechos sindicales.

² <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

³ <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

A estos instrumentos se podrían agregar la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986; Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de 1992; Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y la Declaración del Milenio (2000).

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales desde 1988 ante una invitación del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas formuló Observaciones Generales que ayudan a mejorar la presentación de Informes por los Estados Partes. Estas Observaciones son resultado de la experiencia adquirida sobre la presentación de Informes iniciales e Informes posteriores de los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estos informes permiten una evaluación de la situación de los derechos sociales en un Estado y su análisis por la comunidad internacional. El informe debe representar un análisis objetivo de las condiciones existentes en el país y del cumplimiento de los derechos previstos en el Pacto. Por otra parte, el informe presentado por el Estado debe contener un programa que busque la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales que aún se hallen deprimidos en ese país. Es decir, debe tenerse en cuenta cuál es el compromiso del Estado para cumplir con los compromisos pactados

De entre estas observaciones –todas ellas de especial interés– nos permitimos destacar la registrada como Observación General n° 10 referida a la función de las Instituciones Nacionales de Derechos Humanos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. El constitucionalismo moderno ha previsto en la mayoría de los países, instituciones no jurisdiccionales de protección de los derechos humanos a los que la Observación a la que estamos aludiendo llama impropriadamente Instituciones nacionales de derechos humanos. Decimos impropriadamente porque las hay también, regionales, provinciales, estatales, locales y municipales. Muchos o la mayoría de los informes que se realizan en esta materia, según sea la organización política del Estado,

se nutren de la información que esas instituciones elaboran, procesan y alcanzan como para formular un informe que atienda apropiadamente al estado de situación en esta materia. Estas instituciones establecidas de acuerdo a los llamados Principios de París trabajan específicamente en la protección y promoción de los derechos humanos con muy buenos resultados.

3. LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS SOCIALES.

Las defensorías del pueblo fueron establecidas en América Latina a partir de 1985 cuando se incluyó en la Constitución de Guatemala de 1985 la Procuraduría de los Derechos Humanos. En 1983 se había creado en Caracas el Instituto Latinoamericano del Ombudsman (ILO) que doctrinariamente adscribía a la figura del *ombudsman* escandinavo, en la convicción de que la incorporación de esa figura en el derecho público de los países de la región, mejorarían las prácticas administrativas y mejoraría la calidad institucional fortaleciendo a la democracia. Fue determinante sin embargo la participación de Joaquín Ruiz Jiménez, primer Defensor del Pueblo de España en un seminario organizado por el ILO en Buenos Aires en 1985. Sin embargo, cuando hacia 1985, para que se desarrollara otra visión del instituto a partir de la Constitución portuguesa de 1976 y especialmente de la española de 1978. La clásica del Ombudsman. “A partir del *Provedor de Justiça* en Portugal [1976] y fundamentalmente de la incorporación del Defensor del Pueblo en España de 1978, la institución del *ombudsman* comenzó a comprometerse con objetivos que trascendían aquellos que los identificaron en sus orígenes. Su reciente incorporación a las democracias de América Latina, Europa oriental y África, y la paulatina institucionalización en países de Asia, son testimonio de un proceso generalizado en los últimos veinte años, que afirma la vinculación del *ombudsman* de nuestros días con

los derechos humanos y con la consolidación del sistema democrático” (MAIORANO, 2001 p. 63/4). A pesar que las líneas transcriptas tienen más de veinte años. No perdieron vigencia.

En los países de la América Latina, las defensorías del pueblo se convirtieron en entidades que logran a menudo ser más efectivas en la protección de derechos que los remedios judiciales disponibles, además de cumplir un papel complementario importante en la solución de conflictos. El replanteo que la institución del *ombudsman* sueco había sufrido en la península ibérica se consolidaría plenamente en América Latina. Las defensorías del pueblo no agotarían su misión en vigilancia de una buena administración, y se convirtió en un defensor y promotor de los Derechos Humanos (CONSTENLA, 2011, p. 329).

Antes de detenernos en la responsabilidad que le cabe a las defensorías del pueblo en la protección de los derechos sociales, es necesario aclarar que en la evolución y progresividad de los derechos humanos, se registró la aparición de una nueva generación de derechos conocidos como derechos de la solidaridad que, con nuevos alicios, impulsaron al derecho a desarrollarse en otras perspectivas. El derecho de la solidaridad -virtud que adjetiva en su versión jurídica-, es el que establece un conjunto de acciones legales que procuran reparar la inequidad, la discriminación en todas sus variantes, y el abuso sobre los bienes naturales y culturales. En el ejercicio de ese derecho, se puede demandar a todos los individuos, a todos los sectores, a todas las naciones del mundo, pues como decía José Ingenieros: “...cuanto más alto es el nivel del hombre, más vasto es el horizonte de su solidaridad” (INGENIEROS, 1965, XI, P.109).

Los derechos de tercera generación (como se los reconoce académicamente) comprenden acumulativamente a los de las anteriores pero tomando a la sociedad como conjunto y como unidad. Entre ellos se encuentran el derecho al desarrollo, a la paz, a la libre determinación, a la participación, a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado,

al disfrute de los bienes culturales, a la información, a las nuevas tecnologías etc. Los titulares de esos derechos son uno y todos. Estos nuevos derechos no están orientados hacia el individuo o hacia algún sector, sino hacia el pleno universo de hombres y mujeres de toda condición. Del mismo modo que la acción de las defensorías del pueblo tiene diferentes posibilidades de procedimiento según sean los derechos de primera o segunda generación, en relación a los de tercera generación las ejerce, fundamentalmente a través de procesos judiciales de protección o de amparo, acciones de clase, etc.

Volviendo a los derechos sociales dejamos sentado que entre los mandatos de las defensorías del pueblo, se hallan la protección y promoción de los derechos económicos, sociales y culturales, a pesar de que en la mayoría de los cuerpos normativos relacionados con este instituto no haya referencias específicas. Esta conclusión deriva del hecho de que sus mandatos comprenden la protección y promoción de los derechos humanos y hay unánime interpretación que los derechos económicos sociales y culturales deben interpretarse como tales. “De modo que debe concluirse, sin mayor duda, que cuando las constituciones o las leyes reglamentarias definen el mandato de las instituciones nacionales [defensorías del pueblo] haciendo referencia los derechos humanos, esta referencia incluye a los derechos económicos, sociales y culturales” (COURTIS, 2013, P. 363).

Sin embargo debe tenerse en cuenta el condicionamiento que representa para las instituciones públicas no jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos, la situación política imperante en la región. Dice al respecto Ceriani Cernadas “La debilidad de los mecanismos institucionales de control de la labor de los distintos poderes del Estado o ciertos actores privados, así como de organismos creados para facilitar la transparencia y la legalidad de procesos democráticos (consejos de la magistratura, órganos de control de las empresas de servicios públicos, procesos de juicios políticos, comisiones de derechos humanos

u *ombudsman*, sindicaturas, auditorías, defensoría general, entre otros) es un problema serio. Si bien varían de país a país, y entre uno y otra institución –de acuerdo al país bajo análisis- esa debilidad (o ineficacia) constituye un rasgo bien marcado en los diferentes gobiernos de América Latina. Por esta razón, y pensando, particularmente en la exigibilidad de los DESC (y en consecuencia su plena efectividad) resulta fundamental que tanto la sociedad civil como los funcionarios honestos y responsables que trabajen en esos mismos organismos de control, desarrollen acciones, planes y estrategias por lograr una amplia reforma de esos mecanismos, en diversos aspectos” (CERIANI CERNADAS, 2006, p. 537). Pero estas prevenciones no pueden ni deben quedar confinadas al voluntarismo de las buenas intenciones. Es necesario un fuerte involucramiento de la sociedad civil en torno a estas instituciones para fortalecerlas e insuflarle vigor a sus acciones. En este sentido vale la pena poner atención a los procedimientos que la doctrina y la experiencia han revelado como los más adecuados para defender la efectiva vigencia de los derechos sociales.

4. INSTRUMENTOS DE LOS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO

a) Promoción de los derechos humanos

La indiferencia, la ineficacia y hasta la mala fe hacen que los derechos sociales y su exigibilidad sean desconocidos por la mayoría de la población, en particular por parte de quienes son mayormente víctimas de su incumplimiento: los sectores sociales más excluidos y vulnerables. Históricamente fueron más protegidos y tenidos en cuenta los derechos humanos de primera generación es decir aquellos que afectan los derechos civiles y políticos. Por esa razón la promoción, esto es la enseñanza, la comunicación y la información sobre derechos humanos en su integralidad, universalidad y progresividad, debe ser tarea prioritaria de las defensorías del pueblo. A esos fines deberán organizar cam-

pañas públicas de divulgación, cursos y seminarios de capacitación para funcionarios, producción de material escrito y audiovisual, y de ese modo superar las barreras y obstáculos que impiden que los derechos económicos sociales y culturales sean considerados con igual atención que cualquiera de los otros derechos humanos.

Transcribimos esta reflexión de Ceriani Cernadas por considerarla de especial interés: “Entre esas estrategias corresponde hacer una mención especial respecto de la labor que podrán desempeñar los medios de comunicación, sean medios masivos, comunitarios o alternativos. Por ello, el trabajo de las organizaciones así como de los organismos gubernamentales (especialmente las comisiones de derechos humanos) debe tener particularmente en cuenta los distintos espacios o ámbitos de comunicación para lograr, de forma inmediata o mediata, la exigibilidad de los derechos humanos. Independientemente del obstáculo que significa el hecho de que los medios masivos de comunicación generalmente representan más bien intereses económicos que fines de índole público (o social) esto no puede llevarnos a desechar de plano esta vía de acción, ni tampoco a restringir las relaciones entre comunicación y derechos humanos únicamente al acceso a los circuitos de comunicación masiva. Todo lo contrario. Debe obligarnos a explorar formas novedosas de comunicación y a repensar una y otra vez las estrategias para incidir en la agenda de esos medios, para involucrarlos en la responsabilidad social que les cabe –en términos de derechos humanos, como transmisores de información pública. En muchas ocasiones ciertos medios no sólo no colaboran en la difusión de los derechos humanos, sino que, en sentido opuesto, contribuyen a tergiversar, su sentido, a confundir a la población en cuanto al contenido, el alcance y la importancia de esos derecho e incluso, a legitimar su violación” (CERIANI CERNADAS, 2006, p. 548). Cabe señalar también la significación que tiene el empleo de las redes sociales que son también un medio fundamental para la divulgación y difusión de los derechos humanos.

En orden a las acciones de las defensorías del pueblo para promocionar los derechos humanos debe señalarse el compromiso que éstas deben asumir participando en las campañas a favor de la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos. De este modo contribuirán a darle mayor visibilidad a esas peticiones y presionaran para que los cuerpos legislativos o a la autoridad a la que le corresponda, para que sean consideradas en el menor tiempo posible.

b) Monitoreo de políticas públicas

Dice Bobbio que “La doctrina liberal de origen iusnaturalista revaloriza, frente al Derecho positivo del Estado los derechos naturales de los individuos. Estos derechos en cuanto dictados por la naturaleza y no impuestos por una autoridad externa, son anteriores al Estado y constituyen por tanto para la autoridad política un límite insuperable. El constitucionalismo, nacido de la experiencia política inglesa, contempla la soberanía en su aspecto de poder unitario y busca hacerla inofensiva, no limitándola por el exterior sino descomponiéndola en el interior, de aquí nace la célebre teoría de la división de poderes” (BOBBIO, 1991, p. 29). El Estado, por la lógica de la construcción jurídico institucional liberal que detenta el monopolio de la creación del derecho⁴ atribuye a una de sus exteriorizaciones, el llamado poder legislativo, la potestad de controlar las acciones del poder administrador *Ex post facto*. Esto significa que el poder administrador hace, y después el legislativo controla. Existen también controles administrativos internos con procedimientos específicos que toman sus decisiones como un tribunal de justicia. Es decir no hay en las raíces del sistema controles que actúen contemporáneamente a los hechos que se deben investigar. Si a esto se suma la presunción de legitimidad de los actos administrativos se advierte que el sistema institucional ha creado un escudo impenetrable a su arbitrio, que únicamente se puede saltar promoviendo una acción ju-

⁴ Hobbes decía que fuera del Derecho positivo del Estado no existe Derecho alguno.

dicial ordinaria o extraordinaria muy lejos de las posibilidades para que lo haga la mayor parte de la población que coincide en la mayoría de los casos con las personas que se hallan en mayor situación de vulnerabilidad. Para paliar la situación el constitucionalismo creó órganos de control externo que si bien pudieron haber mejorado el funcionamiento administrativo del Estado no pudieron hacerse cargo de proteger los derechos de las personas, sobre todo en orden a satisfacer sus más apremiantes necesidades, en una palabra sin cuidar el respeto de sus derechos sociales. En ese punto es cuando se crean las defensorías del pueblo que no es propiamente un órgano de control externo, sino un instrumento de garantías para la efectiva vigencia de los derechos humanos. En base a estas consideraciones es que empalmamos con el tema en estudio: el monitoreo de las políticas públicas.

Este no ha sido suficientemente abordado desde la teoría y la práctica por las defensorías del pueblo, a pesar de ser una herramienta formidable para proteger, aun preventivamente los derechos humanos. En el curso de once años como Defensor del Pueblo de la ciudad de Vicente López en la Provincia de Buenos Aires, sólo lo pude hacer una vez para verificar el cumplimiento de las prescripciones legales establecidas en protección de la salud sexual y reproductiva. Los resultados no sólo fueron impactantes por haber podido verificar su incumplimiento sino también en las áreas en que se registraban. Por ejemplo y paradójicamente donde menos se aplicaban era en la Maternidad municipal. Y en donde hallamos los mejores resultados fue en la Escuela de nivel medio municipal.

En conclusión, a los órganos públicos no jurisdiccionales de defensa de los derechos humanos les cabe prioritariamente hacer el monitoreo, es decir el seguimiento de las políticas públicas para verificar en qué medida tienen correspondencia con las exigencias jurídicas establecidas en protección de los derechos humanos, como así también y complementario con los fallos de los tribunales internacionales en la materia.

c) Acceso a la información

El acceso a la información pública es un derecho estrechamente ligado a la forma democrática de gobierno: mejora la legitimidad en el poder y en el ejercicio de la ciudadanía, elementos indispensables para la existencia de un estado de derecho. En el plano de la gestión pública el acceso a la información y la transparencia permiten la interacción de los ciudadanos y ciudadanas con la Administración, que facilita la evaluación de las políticas públicas. Además, al contar con ciudadanos y ciudadanas adecuadamente informados los costos de transacción entre los actores públicos y sociales se reducen, se asignan adecuadamente los recursos públicos y, por ende, la eficiencia en la prestación de los servicios públicos mejora.

Debe tenerse en cuenta que el acceso a la información pública es un “derecho instrumental” en la medida que posibilita el ejercicio de otros derechos. En este sentido, el derecho de acceso a la información responde de manera efectiva a la necesidad de obtener beneficios específicos del acceso a la información general, así como también la demanda de mejorar su calidad. Este derecho instrumental requiere que el gobierno estandarice y publique información específica, resuelva problemas sociales concretos, producto de la mejor información disponible, y con ello lograr beneficios sociales específicos.

El acceso a la información tiene implicancias significativas en la administración pública que van más allá de ser un elemento importante para la lucha contra la corrupción, como tradicionalmente es enfocado. En tal sentido, también mejora la participación ciudadana, mejora la legitimidad de las instituciones y de los actores públicos, mejora los flujos financieros y económicos, entre otras importantes dimensiones. Así lo han demostrado distintas experiencias en el mundo en el que se presentan evidencias sobre cómo el acceso a la información ha mejorado la atención de los servicios públicos en sectores tan disímiles como

el la educación, la salud, finanzas, industrias extractivas, seguridad ciudadana, entre otros.

Afirman Abramovich y Courtis “Uno de los ejes de definición de acceso a la información en tanto derecho ha tendido a presentarlo como correlato de la libertad de expresión. En este sentido el abordaje que se hace del acceso a la información se sitúa en el plano de justificación de los derechos individuales y más específicamente en el marco de los llamados derechos de libertad o derechos autonomía dirigidos a sustentar el espacio de autonomía personal de los individuos y a permitirles la realización de un plan de vida que se ajuste a su libre decisión... un segundo abordaje parte de su consideración ya no como presupuesto de ejercicio de un derecho individual sino de su carácter de bien público o colectivo. Funcionalmente, este carácter público tiende a relevar el empleo instrumental como mecanismo o andamiaje de control institucional” (CERIANI CERNADAS, 2006, p. 554).

El acceso a la información es fundamental para dar vida a los derechos sociales. En ese sentido resulta de capital importancia la figura de las defensorías del pueblo. Garantizar ese derecho a personas o colectivos que por diferentes razones no están en condiciones de poder ejercerlo directamente y que carecen además de medios e información técnica apropiada para sacar provecho de la información obtenida neutralizaría el sentido de ese derecho. Sólo con información se pueden ejercer los demás derechos. En términos generales, el contenido y el alcance de los derechos, desarrollados mediante instrumentos internacionales y de la jurisprudencia de los órganos de protección, sólo se pueden conocer a través del acceso a la información.

El acceso a la información pública es un derecho fundado en una de las características principales del gobierno republicano, que es el de la publicidad de los actos de gobierno y transparencia de la administración. Esta característica se explica a partir de los propios cimientos

del ejercicio del gobierno: la representación democrática tiene carácter temporal, y el ejercicio defunciones públicas en nombre de la representación otorgada por el pueblo soberano está abierta al refrendo o escrutinio de la población en cuyo nombre se gobierna, a través del voto. En este sentido, la publicidad de los actos de gobierno constituye el mejor factor de control –o bien de legitimación- del ejercicio del poder por parte de los representantes.

d) Mediación

Jacques Pelletier, *Mediateur* que fue de la República Francesa, dice que el campo de la mediación no tiene límites; comprende todos los sectores de la actividad humana, desde los problemas privados hasta los asuntos públicos. La mediación se refiere tanto a las personas públicas como a las particulares, a los individuos como a los grupos, a las actividades locales, regionales, nacionales e internacionales (PELLETIER, 1995, p. 105). La tendencia actual revela un desarrollo de los modos no adversariales o jurisdiccionales de solución de conflictos. Las defensorías del pueblo son consideradas calificadas mediadoras entre la Administración y la ciudadanía. Las defensorías del pueblo son instituciones en las que prevalece la cultura de la hospitalidad, el encuentro y la proximidad; prima el diálogo sobre la confrontación. De allí el natural compromiso de esta institución con la solución de los conflictos, cualquiera sea su naturaleza. Tal vez se encuentre en esta vocación, que hace a la naturaleza de cualquier institución diseñada a proteger los derechos humanos, antes que en otro motivo, la apelación a las defensorías del pueblo para mediar en los conflictos.

Las defensorías del pueblo reúnen varios atributos que facilitan su intervención como mediadoras en un conflicto: independencia, imparcialidad ética, informalidad, confidencialidad, prescindencia política. Por estas condiciones genera un ponderable nivel de credibilidad y aceptación.

La esencia de la función mediadora del *Ombudsman* surge a partir de su potestad para valorar si la Administración está actuando enteramente al servicio de la población “...y, de no ser así, mediar proponiendo a la Administración una manera diferente de aplicar la ley, en su criterio más favorable a los intereses y a los derechos de los ciudadanos” (CANELLAS, 2003 P. 78).

La Mediación se presenta hoy en una forma autónoma que desborda la reducción del diccionario. En términos generales puede decirse que es una forma de resolución alternativa de disputas a las convencionales vías de la Justicia: “Un recurso humano y un instrumento cívico mediante el cual los integrantes de una sociedad pueden tramitar sus diferencias y / o gestionar los conflictos que se les presentan en el ámbito privado y / o público, así como también participar en la construcción de la sociedad que integran” (NATÓ, RODRÍGUEZ QUEJERAZU, CARBAJAL, 2006, p. 27).

Sin embargo debe advertirse que su actividad no será la de un mediador en sentido estricto, pues carecerá del atributo de imparcialidad absoluta que caracteriza a este último, desde que a partir del momento en que da curso a una queja, está tomando posición. Su deber en principio es asistir y proteger a las personas que acudan a su intervención. En cierto modo la posición del *Defensor del Pueblo* encuadra en la máxima que José Ingenieros dedica al filósofo francés Emile Boutroux: “Nunca ni joven ni viejo, tuvo la hipocresía de ser imparcial, ya que sinceramente no puede serlo ningún hombre que tiene principios o ideales” (INGENIEROS, 1957, XVII, P. 63).

Las defensorías del pueblo pueden cumplir un papel importante en materia de conflictos en la que está involucrada la afectación o reivindicación de derechos económicos, sociales y culturales tales como huelgas, conflictos laborales, despidos masivos, ocupaciones de tierras y desalojos forzosos, corte de rutas y caminos, reclamos y protestas de sectores vulnerables o marginalizados, entre otros.

e) Informes y reportes monográficos

Los informes y los reportes monográficos referidos a la promoción y protección de los derechos humanos son importantes instrumentos para la acción de las defensorías del pueblo. En ellos se documenta un problema de derechos humanos, se califica la situación jurídicamente y se dictan recomendaciones para superar el problema y, cuando corresponda, ofrecer reparaciones adecuadas a las víctimas. Estos informes son regularmente rendidos ante el parlamento el que haga sus veces anualmente, registrando todos los casos y quejas recibidas y el trato que se le dio a cada una de ellas. Los informes también pueden ser monográficos y referirse a casos puntuales. Estos se pueden presentar en cualquier momento ante la legislatura y lo que es más importante comunicarlos a la prensa y a la sociedad en general, lo que tiene un efecto alto impacto

f) Legitimación procesal

Muchas de las defensorías del pueblo tiene legitimación procesal para iniciar acciones judiciales en defensa de los derechos humanos o bien participar en litigios en los que se debaten cuestiones interés público como *amicus curiae*. Pueden también interponer tercerías. La peculiaridad de las acciones procesales de las defensorías del pueblo, es que en algunos casos se requiere la afectación colectiva de derechos o la afectación de bienes de carácter público no individualizable (como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico), ya que se supone que, salvo circunstancias excepcionales, las violaciones individuales deben ser accionadas por las propias víctimas, de acuerdo a su interés (COURTIS, 2013 p. 370). Estas cuestiones se presentan con especial importancia en lo que se refiere a las acciones que se promueven en defensa de los derechos sociales y son generalmente las que se promueven a través de las defensorías del pueblo por la naturaleza colectiva o supraindividual de los derechos que se protegen. Estos derechos

son aquellos que teniendo como titulares una pluralidad indeterminada de personas, presentan como objeto de tutela una pretensión general insusceptible de fragmentación en cabeza de cada reclamante. “Estos se hallan en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como también la lesión de uno solo constituye lesión a la comunidad” (BUGALLO, 2022 P. 378). La legitimación procesal corresponde a todas las escalas en que existan las defensorías del pueblo: nacional; regional, provincial, estadual o municipal.

g) Iniciativa parlamentaria y Recomendaciones

Las defensorías del pueblo tienen facultades de iniciativa legislativa y pueden efectuar recomendaciones sobre modificaciones a la Administración. Esta potestad resulta muy apropiada porque un reclamo por la incorrecta aplicación de una política pública, de una norma legal o de un reglamento administrativo, puede dar origen a su rectificación, corrección o abrogación, con el añadido de que sus raíces surgen de una iniciativa de la misma sociedad.

h) Denuncias a organismos internacionales

Las defensorías del pueblo pueden cumplir un trascendente papel aportando información sobre el estado de situación de los derechos económicos, sociales y culturales ante los organismos internacionales. Tómese por caso que el Comité de Derechos Humanos, órgano de aplicación del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, ha adoptado una interpretación amplia del derecho a la vida, que incluye aspectos de nutrición y de acceso a servicios médicos. El Comité contra la Tortura ha considerado violaciones a las disposiciones de la Convención en casos de desalojos forzosos violentos y ha demostrado especial preocupación por la situación de personas internadas compulsivamente en institu-

ciones psiquiátricas, y la falta de acceso a la atención en salud, educación y oportunidades de trabajar a personas privadas de libertad como un factor que puede transformar la detención en trato cruel, inhumano o degradante.

Los países de América Latina forman parte del Sistema Interamericano y del Sistema Universal de Derechos Humanos. Con respecto al Sistema Interamericano existe posibilidad de llevar casos de violaciones por diversas vías. La más importante es la de la interconexión de derechos económicos sociales y culturales con derechos civiles y políticos reconocidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Protocolo de San Salvador permite además presentar peticiones en casos de violaciones a la libertad sindical y al derecho a la educación.

5. CONCLUSIÓN

Si bien las instituciones públicas de Derechos Humanos, como es el caso de las defensorías del pueblo, no son las únicas que deben velar por la efectiva vigencia de los derechos sociales resulta evidente, después de lo precedentemente expuesto que son eficaces instrumentos para su protección. Las defensorías del pueblo -no viene al caso detallarlo ahora-, son instituciones que actúan con informalidad y autonomía política funcional y administrativa, lo que les permite desarrollar su acción con dinamismo e inmediatez. Son por otra parte órganos de estrecha relación con la población y portadores de los reclamos y quejas de más urgente atención de la sociedad. Armado de herramientas procesales que pueden llegar a dejar sin efecto una ley, un reglamento o un acto administrativo, están llamados a cumplir un papel preponderante no sólo en la defensa de los derechos humanos, sino también en el fortalecimiento del sistema político democrático.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor – COURTIS Christian: **Acceso a la información y derechos sociales en Derechos sociales. Instrucciones de uso** organizado por Víctor Abramovich, María José Añón y Christian Courtis, Fontamara México 2003.

BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo: **Introducción al Derecho Constitucional Comparado**, 1. reimpresión de la 2. edición, Madrid 1979.

BOBBIO, Norberto: **El tiempo de los derechos**, traducción por Rafael de Asís Roig, Sistema, Madrid 1991.

BORJA, Rodrigo: **La experiencia del enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas en El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas**, Comisión Andina de Juristas, Lima 2004 p. 59.

BUGALLO, Daniel J.: **Diccionario de las Defensorías del Pueblo ENTRADA: Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Coordinada por Carlos R. Constenla, María Soledad Manín y Alejandro Nató, Jusbares, Buenos Aires 2022.

BURDEAU, Georges: **El liberalismo político**, traducción por G. A. Piemonte, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1983.

CANELLAS, Anton: **A mediação do Ombudsman nos conflitos entre a Administração e os cidadãos em Ombudsman. Novas competências. Novas funções**, edición Provedor de Justiça, Lisboa 2003.

CATALANO, Pierangelo: **Tribunato e resistenza**, Paravia, Torino 1971.

CERIANI CERNADAS, Pablo: **El desafío de hacer realidad los DESC en América Latina. Experiencias y estrategias de exigibilidad del derecho a la educación y a la vivienda en Curso interdisciplinario de alta formación en derechos humanos** editado por Programa de Fortalecimiento Institucional de Organismos Públicos de Derechos Humanos, México 2006.

CONSTENLA, Carlos R.: **Defensores del Pueblo, Ouvidores, Ombudsman: apuntes para un análisis comparativo en Defensorías del Pueblo y Ouvidorías en Iberoamérica. Nuevos conceptos y perspectivas**, Carlos R. Constenla – Rubens Pinto Lyra organizadores. Editora Universidad Federal de Paraíba, Joao Pessoa 2012.

COURTIS, Christian: **Las instituciones nacionales de derechos humanos y los derechos económicos sociales y culturales. Apuntes sobre una relación clave en La protección de los derechos humanos por las defensorías del pueblo** organizado por Guillermo Escobar Roca, Dykinson, Madrid 2013.

DELAPLACE, Domitile: **Diccionario de las Defensorías del Pueblo ENTRADA: Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. Coordinada por Carlos R. Constenla, María Soledad Manín y Alejandro Nató, Jusbaire, Buenos Aires 2022.

DÍAZ, Elías: **Estado de Derecho y sociedad democrática**, 5. reimpresión de la 8. edición Taurus, Madrid.

GARCÍA PELAYO, Manuel: **Las transformaciones del Estado contemporáneo**, 2. edición, Alianza, Madrid 1985.

INGENIEROS, José: **Emilio Boutroux y la Filosofía francesa en Obras Completas** Elmer, Buenos Aires 1957.

INGENIEROS, José: **Hacia una moral sin dogmas**, en **Obras Completas**, Elmer, Buenos Aires 1965.

MAIORANO, Jorge Luis: **Pasado, presente y futuro del ombudsman**, en revista Historia, Buenos Aires año XXI, marzo – junio 2001, n. 81 p. 63/4.

MENGER, Antón: **El derecho al producto íntegro del trabajo en su desarrollo histórico**, traducción por Adolfo Posada, Americalee, Buenos Aires 1944.

MUÑOZ, Vernor: **El derecho humano a la educación. Bitácora y desafíos** en Curso Interdisciplinario de alta formación en derechos humanos, editado por Programa de Fortalecimiento Institucional de Organismos Públicos de Derechos Humanos, México 2006.

NATO, Alejandro Marcelo - RODRÍGUEZ QUEREJAZU, María Gabriela – CARBAJAL Liliana María: **Mediación Comunitaria**, Editorial Universidad, Buenos Aires 2006.

PALACIOS, Alfredo L.: **El nuevo derecho**, 2. edición, El Ateneo, Buenos Aires 1928.

PELLETIER, Jacques: **El Ombudsman como mediador en El Ombudsman y el fortalecimiento de los derechos ciudadanos ante los retos del siglo XXI** – Memorias del VI Congreso Internacional del International Ombudsman Institute, Buenos Aires 1996.

RADBRUCH Gustav: **El hombre en el derecho**, traducción por Aníbal Del Campo, Depalma, Buenos Aires 1980.

**MOBILIDADE
SOCIOTERRITORIAL,
DIREITOS HUMANOS E
INTEGRAÇÃO SOCIAL**

Francesco Lazzari

INTRODUÇÃO. DINÂMICAS MIGRATÓRIAS E DIREITOS HUMANOS

A questão dos direitos-deveres do cidadão em mobilidade que queremos enfrentar neste ensaio pode ser proposta de forma mais abrangente se for colocada dentro de um quadro de referência que considere a *participação do cidadão migrante* na vida sociopolítica e econômico-cultural como *conditio sine qua non* para a plena realização de si mesmo como pessoa e como *civis*, habitante da *polis*, que exerce livremente sua dignidade de homem em harmonia e respeito ao Outro e ao meio ambiente¹. Princípio válido para o migrante como para qualquer outro cidadão.

A participação, antes mesmo de se manifestar como valor político ou questão técnico-organizacional ou metodológica, é uma variável cultural que expressa sobretudo “a convicção de sua utilidade para promover um desenvolvimento econômico e social profundo” (SORGI, 1980, p. 17). É um processo que exige “uma conquista gradual e um meio de amadurecimento social, tanto a nível individual como grupal, que se dará tanto mais rapidamente quanto mais se organizar o seu desenvolvimento através de métodos e técnicas de trabalho” capazes de permitir “uma evolução do grau de consciência” (SORGI, 1980, p. 18) tendo como referência sobretudo a “necessidade de autorrealização” de cada indivíduo (SORGI, 1980, p. 269)² tanto migrante quanto autóctone.

Processos que devem visar essencialmente a iniciar comportamentos proativos que facilitem a transição da *assistência* à *participação*, justamente para evitar “criar uma categoria de *assistidos* ou *desaparecidos* no cenário social brasileiro, italiano ou global”. Ou seja, dar espaço real aos direitos-deveres e necessidades socioeconômicas com

¹ As reflexões aqui propostas retomam o que foi expresso sobretudo no recente trabalho de López-Pozos e Lazzari (2021).

² Para uma análise aprofundada da posição assumida aqui, ver também Chombart de Lauwe (1976), Albou (1975), Maslow (1982), Lazzari (2007, 2008, 2015).

o objetivo comum de desenvolvimento eco-justo-sustentável. Sustentável na medida em que, no uso-exploração dos recursos naturais, o homem, consciente da capacidade de reproduzir determinado recurso, não ultrapassa um determinado limiar na exploração do próprio recurso.

Ou seja, um desenvolvimento capaz de satisfazer as necessidades presentes sem, no entanto, comprometer a capacidade das gerações futuras de satisfazer as suas próprias, conforme os documentos da Década das Nações Unidas para o desenvolvimento sustentável (2005-2014) e as metas da Organização das Nações Unidas (ONU), *Agenda global para o desenvolvimento sustentável (Sustainable development goals)* a ser perseguida antes de 2030. Programa de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade assinado por 193 países no âmbito da ONU para o alcance de 17 objetivos em um programa que inclui 169 objetivos que visam erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir a prosperidade e a paz, harmonizando e integrando as três dimensões: crescimento econômico, inclusão social, proteção do meio ambiente em todo o mundo (ONU, 2015).

A necessidade de fazer dialogar diferentes identidades e gerações parece ser um elemento-chave nas relações entre os povos tanto em nível inter-regional – Leste-Oeste, Oeste-Leste, Cristianismo-Islã – como em nível infrarregional/infranacional como no quadro da União Europeia (UE), Itália, ou do subcontinente latino-americano, Brasil.

Se é verdade que tanto o velho continente como o novo mundo têm uma herança relativamente comum em nível da religião, pensamento, ciência, tecnologia e organização social, é igualmente verdade que cada um destes mundos manifesta diferenças fundamentais, mesmo nas suas próprias peculiaridades internas, que devem ser defendidas, desde que respeitem a *Declaração universal dos direitos humanos* (de agora em diante *Declaração universal*), pois cada uma é expressão de *poli-identidade* (familiar, local, regional, nacional, transnacional, confessional, etc.), ou seja, de uma identidade *multiplex unitas* (LAZZARI, 2015, 2021).

A diversidade, a multiplicidade, a conflitualidade e a contradição não devem ser negadas mesmo que gerem conflitos, mas sim geridas como recursos dentro de um quadro rigoroso de regras e ações que saibam combinar devidamente os direitos e deveres de um e de outro, evitem o relativismo cultural e respeitem os direitos humanos.

Nessa visão, o conflito pode ser considerado parte do processo de interação social, “um processo de adaptação que estabelece um novo nível de normalidade”, além de produzir um “maior nível de integração social e [de] solidariedade dentro dos grupos” (BARTOLI^a, 1987, p. 513; GALLINO^c, 2004).

Os elementos de que depende o conflito, como força dinâmica primária em inúmeras instituições sociais, podem ser identificados sobretudo em alguns fatores sociais como “a diferenciação nas relações humanas que cria contrastes e diversidade entre os indivíduos em termos de interesses, valores e estilos de vida” (BARTOLI^a, 1987, p. 518); relações de poder dentro de uma organização social, como reivindicado por Dahrendorf (1957, 1989), Crozier e Friedberg (1978); a discrepância entre sistemas de normas alternados por mudanças recorrentes no que diz respeito à gestão do poder, à divisão do trabalho, à produção de ideias, à estratificação socioeconômica, ao desafio ambiental, etc. (BARTOLI^a, 1987).

Dahrendorf argumenta que o conflito pode se configurar tanto como uma força destrutiva quanto construtiva na sociedade, é “a grande força criadora da história humana” que tem em si uma tendência ao conflito que deve ser encontrada no próprio sistema social de que é dotada (DAHRENDORF, 1975, p. 17).

O conflito, segundo Coser (1967), pode contribuir para a identidade, estabilidade e coesão de um grupo social com a ressalva, porém, que se os indivíduos pertencem a muitos grupos diferentes com interesses específicos, é pouco (ou menos) provável que coloquem todos os seus recursos em um único conflito que poderia de fato radicalizar a luta e dividir a sociedade.

Isso poderia, de alguma forma, explicar os motivos da relativa falta de “luta de classes” em uma sociedade cujos membros participam de diferentes grupos e associações marcadas por características de classe, mas cujas linhas de conflito não convergem (COSER, 1967). Uma exemplificação dessa posição parece ser encontrada nos grupos étnicos de migrantes pertencentes não apenas a diferentes grupos e associações, mas localizados ora em um e ora em outro país.

Os conflitos são “uma característica essencial da vida social” e não manifestações artificiais, desviantes ou patológicas que percorrem a sociedade de forma mais ou menos convulsiva (COSER, 1967, p. 518)³. Se os conflitos souberem respeitar as regras da democracia, podem não apenas enriquecê-la, mas também torná-la mais vital graças à valorização das diferenças sociais, culturais, étnicas e políticas (LAZZARI, 2014, 2019^a, 2019b).

Só o diálogo que faça referência consistente e rigorosa à *Declaração universal* adotada pela assembleia geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948 em Paris pode permitir uma recomposição da diversidade, no respeito de cada um e no enriquecimento mútuo, baseado num processo que visa firmemente à integração e evita os perigos da opressão e da fragmentação.

1. O DIREITO À MOBILIDADE NA JURISPRUDÊNCIA INTERNACIONAL

Nas páginas seguintes procuraremos considerar, sem contudo poder ser exaustivos, a contribuição oferecida pelo direito internacional para a criação e desenvolvimento de um processo que considere não só – e talvez cada vez menos – os estados, mas também – e talvez cada

³ Para uma leitura do conflito eminentemente em termos de luta de classes e ideologia de consenso, ver o verbete *Conflitos sociais relatados* em Boudon, Bourricaud (1991). Veja também Sorokin (1974), Wallace e Wolf (2008), Lazzari (2015, 2021).

vez mais – os indivíduos como sujeitos do direito internacional, segundo uma orientação centrada no ser humano (*humanocêntrica*) (KANT, 1795; PAPISCA, 1985) em que as pessoas são protagonistas da vida política internacional. Um processo que obviamente pode ser compartilhado com as comunidades a que pertencem.

Em outras palavras, tentaremos destacar como as recomendações, resoluções, diretrizes e pareceres adotados por órgãos internacionais e regionais podem contribuir para a promoção, conscientização e aprofundamento dos vínculos éticos e morais e do amadurecimento de legislações nacionais mais avançadas, especialmente nos setores relacionados com as políticas sociais, os direitos das pessoas em mobilidade (assim como de qualquer pessoa autóctone que viva em condições de discriminação e privação), a participação democrática, a qualidade de vida, a cultura e a ciência⁴.

O estudo dos direitos humanos e dos migrantes só pode partir da Declaração universal de 1948, da Convenção europeia para a defesa dos direitos do homem e das liberdades fundamentais assinada em Roma em 4/XI/1950, da Carta social europeia de 1961, do Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos e seu Protocolo, que entraram em vigor em 1976 como Carta internacional dos direitos humanos, da Convenção europeia sobre o estatuto jurídico do trabalhador migrante de 1983 (embora aberta para assinatura pelos estados membros do Conselho da Europa em 24/XI/1977), da Convenção sobre migrações em condições abusivas e promoção da igualdade de oportunidades e tratamento dos trabalhadores migrantes n° 143 de 1975 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) (ratificada pela Itália em 1981 e não pelo Brasil), da Convenção sobre emigração por trabalho n° 97 de 1949 e das Recomendações relativas à emigração por trabalho (n° 86) e aos trabalhadores migrantes (n° 151), às Convenções relativas ao trabalho força-

⁴ Tópicos abordados mais amplamente em López-Pozos e Lazzari (2021).

do (nº 29) e à abolição do trabalho forçado (nº 105) (*Bureau international du travail*, 1980)⁵, a Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial adotada pela ONU em 1963 e a Declaração sobre raça e preconceitos raciais da Unesco de 1978, da Convenção internacional sobre os direitos da criança da ONU de 1989, que transpôs e aprofundou a de 1959, Declaração dos direitos da criança, da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres das Nações Unidas de 1979, da Declaração sobre o direito ao desenvolvimento da ONU de 1986, dos acordos de associação entre vários estados, das Convenções de Lomé I, II, III, IV e IV bis, que entre 1975 e 2000 regulamentou a parceria entre a UE e os países da África, Caribe e Pacífico (ACP) substituídos pela Convenção de Cotonou por vinte anos, da Ata final de Helsinque de 1975, do Acordo de Schengen “o laboratório da Europa de 1993” intervindo em 14/VI/1985 entre Bélgica, França, Alemanha, Luxemburgo, Holanda e ao qual foram posteriormente adicionados todos os países membros da União com à exceção do Reino Unido e da Irlanda. Três países não pertencentes à UE (Islândia, Noruega, Suíça) também pertencem ao espaço Schengen.

Uma menção específica merece a Convenção relativa ao reconhecimento do direito de voto dos migrantes nas eleições locais adotada em 25 de novembro de 1991 pelo Conselho da Europa.

Finalmente, não pode ser omitida a Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e suas famílias (brevemente citada também como Convenção internacional sobre migrantes) adotada pela assembleia geral das Nações Unidas em dezembro de 1990 e que entrou em vigor internacional só em 1º de julho de 2003 após sua ratificação por 20 estados. Até janeiro de 2022 foi ratificada por 68 estados, mas não pela Itália ou pelo Brasil.

⁵ Para uma consulta atualizada e mais abrangente de algumas das convenções e recomendações mais importantes adotadas pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) em favor dos trabalhadores migrantes, consulte o site do Bureau international du travail.

É significativo que a maioria dos países signatários sejam principalmente países exportadores de migrantes, enquanto nenhum país com forte impacto imigratório (como países ocidentais, Austrália, países árabes do Golfo Pérsico, Índia e África do Sul) aderiu à convenção.

A Organização internacional para as migrações (OIM) estima que em 2022 os migrantes presentes no mundo sejam cerca de 281 milhões (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, 2021), cuja composição está em constante mudança, afetada por condições socioeconômicas, ambientais, climáticas e demográficas. Até a composição por nacionalidade muda de acordo com os momentos sócio-históricos e geopolíticos. Hoje há uma mobilidade crescente mesmo entre países que estão geográfica e culturalmente muito distantes. As migrações devido a guerras e crises geoclimáticas merecem uma discussão à parte.

Problemas econômicos, trabalhistas, previdenciários e de proteção social se entrelaçam com problemas culturais e religiosos, linguísticos e escolares, bem como com a plena satisfação das liberdades fundamentais, direitos civis, políticos e sindicais, cidadania e voto, participação e associação (ROSSI, 2013).

Não analisaremos servilmente todos os documentos internacionais mencionados acima⁶, mas tentaremos considerar a participação do migrante na vida político-cultural e associativa em relação tanto à sua cultura de origem quanto à do país de acolhimento com referência às cartas internacionais.

As cartas internacionais reconhecem a cada indivíduo o direito à liberdade de movimento e residência dentro das fronteiras de cada estado, bem como o direito de sair e retornar a qualquer país, incluindo o seu. Em particular, o artigo 13 da Declaração universal e o artigo 8 da Convenção internacional sobre a proteção dos direitos de todos os tra-

⁶ Interessantes, e talvez mais atuais do que então, são as reflexões a que nos referimos, elaboradas durante o seminário *Les droits de l'homme des étrangers en Europe* realizado no Funchal-Madeira (Portugal) de 17 a 19 de outubro de 1983 (Conseil de l'Europa, 1985: 110-119).

balhadores migrantes e membros de suas famílias e os direitos consagrados respectivamente nos artigos 22, 23, 25, 26 e 28 da Declaração de 1948 e retomada pelos artigos 25, 26, 27, 30 e 31 da Convenção internacional sobre migrantes de 1990 são os pré-requisitos – reconhecidos pelo direito à seguridade social, a um trabalho bem remunerado, à educação e à cultura – para a implementação do direito à participação e vida associativa do migrante.

A liberdade de pensamento e de expressão, a liberdade de opinião e informação, a liberdade de reunião e associação e o direito de voto encontram na referida Declaração universal, na Convenção europeia de 1950, no Pacto internacional dos direitos civis e políticos, no Pacto internacional sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, bem como na Carta social europeia a sua mais árdua defesa⁷.

Conceitos que em 1990 foram retomados pela Convenção internacional sobre migrantes. Com ela o “trabalhador migrante” passa a ser sujeito de direito internacional, uma pessoa “que está ocupada, ou que esteve ocupada, ou estará ocupada em uma atividade remunerada em um estado do qual não é cidadão nacional” (artigo 2º, parágrafo 1).

A não discriminação em termos de direitos deve ser-lhe assegurada com o pleno envolvimento do país de partida, de qualquer país de trânsito e do país de chegada, pois a emigração é considerada um processo global que inclui várias fases que abrangem “a preparação para a emigração, partida, trânsito e todo o período de permanência e atividade remunerada no estado de chegada, bem como o regresso ao estado de origem ou ao estado de residência habitual” (artigo 1º, nº 2)⁸.

⁷ Especificamente nos artigos 20, 23 (parágrafo 4) e 27 da Declaração e nos artigos 8, 9, 10 e 11 da Convenção europeia para a defesa dos direitos humanos e liberdades fundamentais e nos artigos 18, 19, 20, 21 e 22 do Pacto internacional sobre direitos civis e políticos, artigos 3, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13 e 15 do Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais e todos os artigos das partes I e II da Carta social europeia de 1961.

⁸ Para uma ilustração mais completa da Convenção internacional sobre os direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros de suas famílias e sua relação com outros documentos internacionais, ver a edição monográfica da *International migration review* (1991).

Essa convenção pode, com razão, ser considerada a magna carta do migrante e dos membros de sua família e o primeiro instrumento mundial de sempre, se forem excluídas certas convenções internacionais já mencionadas, como a Convenção nº 143 da OIT ratificada na Europa apenas por dois estados, incluindo a Itália em 1981. A convenção de 1990 considera todas as problemáticas e figuras presentes no processo migratório mundial, protegendo também o trabalhador fronteiriço, sazonal, itinerante, autônomo, técnico empregado por empresas que operam no exterior, etc. (LAZZARI, 1999).

Reconhece na indivisibilidade dos direitos humanos, proclamada pela Declaração universal, os direitos de todo migrante e de sua família, distinguindo entretanto entre migrantes legais e ilegais, com o objetivo de eliminar qualquer movimento irregular ou clandestino de trabalhadores migrantes. Distinção que talvez explique o difícil e longo caminho da convenção, fruto de compromissos entre países importadores e exportadores de mão de obra.

2. O DIREITO À DIFERENÇA

A revolução mobilética minou a ideia tradicional de comunidade local e todas as organizações sociais foram profundamente abaladas por ela, a começar pelo estado, a família e os sistemas formais e informais (DE SOUZA MARTINS, 1999, p. 68). A pessoa pertence cada vez mais a sistemas a-espaciais, identifica-se com comunidades simbólicas e refere-se a grupos setoriais onde a estrutura espacial mais significativa passa a ser a superfície topológica definida pelos sistemas de comunicação, sendo a referência territorial pelo menos parcialmente suplantada. No entanto, é também verdade que os sistemas tecnológicos de comunicação, por mais úteis que sejam, não podem suplantam as relações humanas face a face, as relações pessoais diretas e a identificação com um território preciso, ainda que limitado.

É justamente à luz disso que na sociedade atual vemos um crescimento generalizado da racionalidade sistêmica com suas necessidades de legitimação e institucionalização que de alguma forma sufocam a comunidade participativa e os “mundos vitais” (ARDIGÒ, 1980), cujas presença e ação buscam aqueles que vivem em sociedade.

Nesse sentido, a reflexão sobre a *Declaração universal* permite destacar, por um lado, a *unidade* da espécie humana independentemente da *diversidade* das ‘raças’, grupos ou indivíduos que a compõem e, por outro, a *universalidade* dos valores humanos apesar de sua relatividade ligada à especificidade de diferentes culturas.

É sobretudo desde a Segunda Guerra Mundial que se adquire cada vez mais claramente uma visão e uma prática que, ao apoiar a originalidade do indivíduo e as liberdades que lhe são reconhecidas pela *Declaração universal*, reivindicam a mesma universalidade e igualdade para os diferentes povos e culturas diferentes. Onde por igualdade entre os povos se entende o direito de cada povo à diferença, ou seja, o direito de manter sua especificidade nas diversas manifestações da vida (língua, arte, religião, costumes, cultura, etc.).

Um direito que obviamente pressupõe o direito à identidade, visto que a definição de si só pode ser feita em relação ao outro. Não há contradição entre direitos particulares e direito universal: os primeiros podem ser considerados as determinações do direito universal, do eu formal, são, por assim dizer, seu conteúdo diversificado. É justamente em sua junção que o direito à diferença está vinculado ao direito natural, ao menos na medida em que:

A ideia de ‘homem em geral’, como ser universal, racional e livre, necessariamente desenvolve (como condição de possibilidade uma vida coletiva adequada à própria sociabilidade fundamental) a ideia republicana, entendida como o ideal de um estado democrático capaz de assegurar a todos os homens a igualdade através e além de suas diferenças (ABOU, 1992, p. 114).

Esse é um princípio que o artigo 2º da referida *Declaração universal* reafirma claramente quando especifica que os homens são indivíduos pertencentes à mesma espécie, pertencentes a comunidades mais ou menos grandes, por mais específicas e diferentes, nas quais nascem e atuam.

É aí que surgem o conflito e a síntese entre o indivíduo entendido, por um lado, como cidadão condicionado por sua experiência sociocultural, e por outro, como pessoa capaz, graças “à sua racionalidade e à sua liberdade, de superar tais condicionamentos julgando-os de acordo com o ideal incondicional que os habita” (ABOU, 1992, p. 114).

O encontro-choque entre culturas, povos e indivíduos deve ser visto numa dimensão capaz de conferir um valor positivo ao conflito: ao conflito entre o *eu* e o *outro*, entre o *próximo* e o *distante*, entre o *familiar* e o *estranho*, entre o *cidadão* e o *homem* (LAZZARI, 2015, 2021).

O resultado desse processo dependerá tanto da história que o precedeu quanto do contexto temporal em que se situa e se desenvolve, segundo suas próprias características específicas.

A aculturação é um processo que exige reciprocidade, mesmo que as contribuições das respectivas culturas envolvidas não sejam da mesma natureza ou possam ser assimétricas; sem chegar ao relativismo radical, defendido por Claude Lévi-Strauss (1952, 1955, 1958), que considera as culturas iguais e equivalentes. Em outras palavras, queremos enfatizar que “os homens são iguais na medida em que todos têm a mesma alma, a mesma inteligência e o mesmo coração” (ABOU, 1992, p. 125) e que:

As culturas são funcionalmente iguais no sentido que – primitivos, tradicionais ou modernos – todas elas são capazes de mediar as relações do homem com a natureza, com seus semelhantes e com o transcendente. No entanto, não são de forma alguma equivalentes porque as próprias relações são qualitativamente

diferentes e manifestam precisamente suas diferenças no contato, agora inevitável, entre diferentes tipos de culturas (ABOU, 1992, p. 125).

A hipótese aqui defendida de relações interculturais deve, obviamente, corresponder a uma ideia de pessoa entendida como um sujeito racional e livre que supervisiona e regula todos os intercâmbios e cuja “penetração” não pode ser alcançada por meio de uma chamada compreensão científica – segundo o positivismo, behaviorismo e funcionalismo – mas recorrendo a uma abordagem filosófica – que é também artística e religiosa como já sublinhavam Platão ou Hegel – capaz de uma compreensão dialética em que o *homem*, “homem abstrato, fonte do imperativo moral, não revela si mesmo como horizonte de todo pensamento em busca de inteligibilidade que através da relação com o *outro* presente à minha consciência como outro que é *eu mesmo* sem deixar de ser diferente de mim” (ABOU, 1992, p. 139).

Conhecimento do homem baseado numa compreensão positivista, numa “abordagem dialético-filosófica” que vê no homem o ser nu, irreduzível e inqualificável, existente ontologicamente antes de qualquer história e de qualquer cultura. O homem abstrato, o homem sem qualificações, especificado unicamente pela razão e pela liberdade, e habitado pelo imperativo moral da universalidade.

A noção de “subjetividade” deve ser elaborada, partindo de Hegel e Freud e passando pelo estruturalismo, seguindo uma tentativa de explicitar fortemente a ideia do homem como um ser moral que deve ser abstraído de experiências históricas e culturais cotidianas particulares, para ser concretizada na experiência da relação com o outro (LÉVINAS, 1972, 1979).

Isso pode levar à possibilidade de construir um “humanismo crítico” em que os direitos humanos, independentemente da latitude em que sejam vividos, possam encontrar uniformidade de aplicação recor-

rendo ao *direito natural* – que se refere justamente ao homem em geral, abstrato e indeterminado, de sujeito livre e racional – e ao *direito positivo* – entendido como expressão da consciência histórica do homem, definida pelo espaço e pelo tempo, no que diz respeito às exigências do direito natural que transmite a história.

Em outras palavras, os direitos da pessoa expressos pela *Declaração universal* “não podem ser considerados um ‘modelo bloqueado’, mas ‘uma força geradora’ capaz de atuar como *instância crítica* contra qualquer sistema jurídico, político ou cultural que não leve em consideração a igualdade dos homens como seres racionais e livres” (ABOU, 1992, p. 106).

A questão que se coloca é então esta: como é possível resolver o conflito entre a dupla pertença do homem como sujeito *pertencente* à mesma espécie - *homo sapiens* (pense no artigo 2º da *Declaração universal*: “a cada indivíduo são devidos os direitos e todas as liberdades estabelecidas nesta declaração, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento e outras condições”) - e à uma comunidade mais ou menos ampla – seja nacional, étnica ou regional, mas caracterizada em qualquer caso por alguma coincidência entre o espaço geográfico e o espaço cultural – que o define como *cidadão*?

3. O DIREITO À IDENTIDADE E AO ‘NÓS’ SOCIAL

As articuladas complexidades do processo migratório parecem minar o conceito de *nação* como fonte de direitos civis (direito a um emprego público, moradia, assistência social e de saúde, etc.), de direitos políticos (direito ao voto, participação na vida pública, etc.), dos conceitos de *territorialidade nacional* (pertencimento dos serviços a um território específico, uso de uma língua considerada oficial) e de *universalidade do sistema escolar, social e de saúde* (*conditio sine qua*

non para uma educação e assistência básica e nacional, independentemente da renda a que pertencem. Pré-requisitos de qualquer sociedade que queira garantir o efetivo e pleno funcionamento de sua própria democracia).

A definição sociológica de uma comunidade nacional nem sempre parece evidente dadas as muito variadas abordagens e hipóteses que podem ser registradas a esse respeito. No entanto, algumas referências podem ser feitas ao conceito de *nação* e *territorialidade*. A ideia de ser um grupo distinto dos demais com suas peculiaridades específicas surge de experiências históricas e linguísticas comuns combinadas com símbolos compartilhados. Isso pressupõe a existência de princípios ideológicos comuns, o compartilhamento de normas comuns e o amadurecimento de uma consciência coletiva. De acordo com K. W. Deutsch, “a nacionalidade é um agrupamento (baseado na complementaridade de hábitos, comunicação e preferências sociais e econômicas) de um grande número de indivíduos das classes média e baixa, ligados aos grupos e centros líderes por canais de comunicação e intercâmbio econômico” (GUBERT, 1987, p. 1351).

Nesse processo, o idioma comum assume grande importância como elemento de pertencimento e assimilação nacional. Historicamente pode-se dizer que o nacionalismo surgiu na Europa favorecido por alguns acontecimentos históricos como as Cruzadas, a diferenciação linguística, econômica, política, comercial, cultural e religiosa, o advento dos princípios de soberania popular e autodeterminação proclamados pela Revolução francesa, o crescente desenvolvimento induzido pela revolução industrial e a afirmação da filosofia romântica (GUBERT, 1987).

Do ponto de vista psicossocial, o nacionalismo encontra respaldo nas necessidades do indivíduo de proteção de si mesmo, de sua família, de seus vizinhos e de identificação em causas e grupos capazes de transcender a si mesmo.

No plano cultural, por outro lado, pode ser uma nova religião, laica e racional, em que o bem nacional e a pátria assumem a função de fim último e supremo e para o qual tudo tende (ROUSSEAU, 1762; BELLAH, 2009, 1973; RUSCONI, 1999).

Além dos laços com a religião, o nacionalismo tem ligações estreitas com a intolerância, o imperialismo, o colonialismo, a guerra, como consequência da grande importância que este fenômeno atribui ao território da nação, aos interesses e missão nacionais, aos direitos e ao prestígio da nação. Em outras palavras, é uma população que, em decorrência de precisas condições de afinidades de vida, desenvolveu uma consciência precisa dessa “comunalidade”, bem como “um alto vínculo afetivo”. São precisamente esses processos que fazem com que a “ideia e sentimento de nação se tornem poderosos fatores de integração social e solidariedade” (GALLINO^b, 2004, p. 450).

No entanto, nem sempre é evidente que o sentimento nacional ou o caráter nacional de um indivíduo ou grupo se materialize com uma orientação desfavorável à cooperação internacional. Pelo contrário, K.W. Terhune afirma que a pertença nacional é sentida com menos intensidade do que aquela dirigida ao mundo e a favor da cooperação, pelo menos a partir, talvez, de certos níveis de nacionalismo.

Argumentam Parsons e Robertson (1951, 1966) que a interpenetração no nível mundial de diferentes setores da vida nacional coloca o estado-nação em uma posição de particular penetrabilidade de seu território (controle do meio ambiente e localização de serviços relacionados à vida econômica, social, política, cultural, escolar, etc. de seus cidadãos) que tem como consequência uma integração cada vez mais importante no sistema global e mundial e uma redução do papel da nação nas relações internacionais e sua função como o “centro supremo de solidariedade social no seu próprio interior” (GUBERT, 1987, p. 1358).

Nessa perspectiva o território, em processo de construção nacional, perde a sua importância como um “espaço controlado por um sistema”, assumindo em vez um sentido de espacialidade entendido “como uma variável contínua que serve para caracterizar em termos de acessibilidades e valores (mesmo simbólico) do local toda ação e posição social” com consequências evidentes para a própria concepção de estado, “baseada no território”, que o estado moderno possui (GUBERT^a, 1987, p. 2209).

De tal visão sociológica das relações internacionais pode-se deduzir que mesmo para as migrações chegou a hora de colocá-las dentro de um sistema mundial em que a interdependência nacional e de cada sistema ou subsistema social deve ser estudada como um processo de integração de unidades menores das quais a nação é um – e não o único – dos elementos (GUBERT, 1987).

Portanto se, como argumenta Perotti (1987), “o papel e o compromisso dos movimentos migratórios é transformar os fatos econômicos em fatos culturais fazendo evoluir o direito”, qualquer tensão por eles produzida deve ser vista não como um obstáculo, mas como uma “*interfécondation sociale et culturelle*” (PEROTTI, 1987, p. 304) capaz de transformar as sociedades europeias e latino-americanas em *comunidades educadoras* (LAZZARI, 2008) nas quais o *saber*, o *saber fazer*, o *saber ser* e o *saber trabalhar juntos* (DELORS, 1998) conseguem encontrar sínteses fecundas que promovem a *formação permanente e recorrente* justamente porque – e sobretudo – experimentada, vivida, elaborada e filtrada por instrumentos críticos de abertura ao *outro* e ao *diferente*, numa atitude de promoção mútua (LAZZARI, 2008; MARTAIN, 1979).

Pessoa, portanto, entendida na sua multidimensionalidade, no seu ser portadora de valores múltiplos e diferenciados-diversificados com particular referência sobretudo à sua identidade cultural, aos seus pertencimentos, muitas vezes múltiplos (que cada vez mais caracteri-

zam os membros das sociedades atuais dentro e fora de suas fronteiras), às suas visões do mundo e às suas expressões mais profundas e autênticas.

O povo como depositário da plena soberania e cujos direitos, tanto individuais como coletivos, devem ser reconhecidos não apenas com base na cidadania política ou econômica, mas também, e sobretudo, social. Conceito de “pluralidade e unidade” que, aliás, já se encontra nos conceitos romanos de *populus* e que nos permite encontrar na ideia de *peuple* de Jean-Jacques Rousseau os primeiros elementos do novo conceito de povo, propriamente democrático, verdadeiro e único depositário da soberania que a ideia liberal (e não somente ela), por outro lado, atribuiu então ao estado e à nação (CATALANO, 1974).

A afiliação étnica tem sido muitas vezes “assumida e proclamada não tanto como fator de distinção cultural, mas como argumento de autonomia e independência política” (ROSOLI, 1994, p. 47). Não pode ser considerada um “fenômeno puramente político ou uma espécie de ‘projeção fantasmática’ de conflitos de classe”; ao contrário, ela constitui “um ‘complexo’ prático-simbólico multifacetado, que tem sua razão de ser em motivos políticos, ideológicos, simbólicos, psicológicos, afetivos, econômicos e que só se lidos simultaneamente podem explicar o fenômeno com suficiente plausibilidade” (FABIETTI, 1999, p. 11; LAZZARI, 2008).

No entanto, é preciso ir além do estereótipo e considerar a noção de identidade étnica, e daqueles a ela vinculadas, em relação a uma realidade de ordem cultural e não natural. Uma noção que tem a ver com o simbólico, com as definições coletivas do Eu e/ou do Outro que se enraízam nas diversas relações de poder que caracterizam os diferentes grupos em seus interesses específicos, e da qual a especificidade étnica é apenas a tela.

O conceito de etnia relembra o conceito de cultura.

4. O DIREITO À CULTURA

Entre as muitas e variadas definições do conceito de cultura, é interessante a do já citado Sélim Abou (1992), que considera a cultura como “o conjunto de modelos de comportamento, pensamento e sensibilidade que estruturam as atividades do indivíduo na sua tripla relação com a natureza, com o homem e com o transcendente”, ou seja, “se a economia, a política, a religião são mediadas pelas instituições correspondentes, elas estão condicionadas pelo *modo de viver* essas instituições, que varia de uma região para outra, de um país para outro” (ABOU, 1992, p. 112; LAZZARI, 2015).

“O dogma do relativismo cultural” ao negar “a necessidade do universal como horizonte de todas as relações interculturais equilibradas”, absolutiza “a noção de identidade cultural em detrimento da identidade humana, que a engloba e transcende, e mitifica um direito à diferença que se vira contra” a própria diferença, chegando a questionar os direitos da pessoa (ABOU, 1992, p. 32). De fato, alguém gostaria de substituir a definição do homem como *ser* a definição do homem como *ser vivo*, com base no que Lévi-Strauss disse em sua obra *Le regard éloigné* (1974).

Por outro lado, na opinião de quem escreve, não é possível fundar os direitos humanos sem se referir à subjetividade transcendental que especifica o homem, que é fundamentalmente intersubjetividade (ABOU, 1992). Ao revisitar filosoficamente conceitos básicos como os de direito natural, direito positivo e direitos humanos, observa-se que “esses princípios intermediários entre direito natural e direitos positivos definem aqueles que chamamos de direitos humanos” (ABOU, 1992, p. 103).

Os direitos humanos constituem hoje uma espécie de super-direito positivo com o qual as nações expressam a consciência histórica que o homem tem das exigências do direito natural. Ou seja, é graças

à intermediação dos direitos humanos, declarados pelas cartas internacionais, que o direito natural expressa sua função reguladora sobre os direitos positivos, que regem justamente pessoas, nações e povos, onde o direito natural “tem por amostra o homem em geral”, ou “o homem sem determinação”, como sendo especificado pela liberdade racional ou, nas palavras de Eric Weil, “o princípio da igualdade dos seres racionais e livres, pois este princípio é fonte inesgotável de direitos fundamentais” (citado por ABOU, 1992, p. 102).

Segundo Tullio Tentori, “os sistemas comunicativos simbólicos, por meio dos quais os indivíduos se entendem no contexto das relações necessárias para sua existência na vida, fazem parte de concepções específicas de realidade que são herdadas ou desenvolvidas em cada grupo, e para indicar as quais usamos o termo ‘cultura’” (TENTORI, 1987, p. 19).

Edward Burnett Tylor enfatizou que “cultura, ou civilização, entendida em seu amplo sentido etnográfico, é aquele conjunto complexo que inclui conhecimento, crenças, arte, moralidade, direito, costume e qualquer outra capacidade e hábito adquirido pelo homem como membro de uma sociedade” (TYLOR, 1871, p. 76).

A Recomendação n. 27 aprovada pela Conferência mundial de políticas culturais realizada no México em julho-agosto de 1982 (Unesco) estende a ideia de cultura àquele “conjunto de traços distintivos, espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social, que inclui, além das artes e letras, os sistemas de vida, os direitos fundamentais da pessoa humana, sistemas de valores, tradições e crenças” (UNESCO, 1982, s.p.).

Isso permite-nos apreender, com Gallino, que a cultura:

É um património intelectual e material, quase sempre heterogêneo, mas às vezes relativamente integrado. Às vezes, ao contrário, internamente antagônico, em geral duradouro, mas sujeito a transformações contínuas com ritmos variáveis de acordo com a natureza de seus elementos e das épocas – consistindo

em: a) valores, normas, definições, linguagens, símbolos, signos, modelos de comportamento, técnicas mentais e corporais, tendo funções cognitivas, afetivas, avaliativas, expressivas, reguladoras, manipuladoras; b) as próprias objetivações, suportes, veículos materiais ou corporais; c) os meios materiais de produção e reprodução social do homem – produzido e desenvolvido inteiramente por meio do trabalho e da interação social, transmitido e herdado em grande parte por gerações passadas, também de outras sociedades, e apenas em pequena parte produzido originalmente ou modificado por gerações vivas, que os membros de uma determinada sociedade compartilham em graus variados ou aos quais várias partes podem acessar seletivamente ou apropriar-se sob certas condições. Nesse sentido, a cultura representa um nível particular da realidade social, interdependente e interpenetrante com o nível da interação ou do sistema social, por um lado, e o nível da personalidade, por outro, mas analiticamente distinto deles (GALLINO^b, 2004, p. 341-342; SCIOLLA, 2009).

Será, portanto, sobretudo da comparação através do pensamento crítico e dentro de uma cultura assim compreendida, que poderão surgir novas respostas e novas trocas mutuamente enriquecedoras, capazes de valorizar os processos, ainda que imparáveis, de encontro-choque entre culturas e de uma culturação que deve reconhecer a igualdade funcional das culturas. Culturas que são funcionalmente iguais, mas não equivalentes, como os estruturalistas gostam de argumentar.

Uma visão de cultura capaz de não subestimar tensões e conflitos, mas que, guiada por uma abordagem global e integrada, seja capaz de estudar cuidadosamente os desequilíbrios-equilíbrios que podem ocorrer quando, por exemplo, um ator subordinado e periférico se encontra (ou se choca) com outro, dominante e central (UNESCO, 1982), tanto no nível nacional quanto entre diferentes países e nações.

À ideologia da uniformidade e do etnocentrismo, mais ou menos disfarçado, trata-se, portanto, de substituir a cultura do confronto, do encontro-choque, dos processos sinérgicos entre culturas e povos, todos

colocados indiscriminadamente no mesmo caminho da humanização do homem e da autêntica promoção de cada individualidade e de cada diversidade. Em que esta última não deve de forma alguma ser considerada como uma manifestação exclusiva de oposição, falta de comunicação, ou conflito entre diferentes culturas e civilizações. Um confronto e um conflito que talvez sobretudo hoje também assume a dimensão da luta entre a globalidade e as culturas locais, entre o real e o virtual, entre a civilização e o mercado (RIFKIN, 2000), entre a paz e a guerra, entre a justiça social e a iniquidade de classe.

“O caráter dramático da situação do homem no mundo de hoje é que ele pode escolher o encontro como fruto do diálogo entre as diferentes etnias-identidades-culturas ou o encontro irracional que resulta em confronto violento e aniquilamento” (FERRAROTTI, 2000, p. 100; DE VITA, 2004).

É justamente na perspectiva histórica “realista” de superação gradual das relações baseadas na existência e no conflito entre estados soberanos que se pode de fato hipotetizar um abandono da ética da responsabilidade – que é obrigatoriamente exigida para se conformar à razão de estado – a favor da ética da convicção e dos princípios que orientam deontologicamente o homem (BOBBIO, 1991, p. 235; 2014). Direitos e deveres que a própria jurisprudência internacional reconhece a cada indivíduo.

Seria possível acontecer que a partir de um processo assim hipotetizado o contraste entre a razão do indivíduo, dos povos e nações, e a razão do estado, poderia finalmente desaparecer. Ou seja, somente depois que:

O sistema internacional tivesse se tornado em um sistema democrático composto de estados democráticos, um sistema em que o poder último, o poder soberano, pertencesse aos indivíduos, não mais súditos de um estado despótico, ou cidadãos, sim, mas não de um único estado que é forçado a viver em um sistema antide-

mocrático com outros estados, apenas quando, em outras palavras, cada indivíduo se tornará em um cidadão do mundo, como resultado da transformação da sociedade internacional como é agora numa cosmopolis (BOBBIO, 1991, p. 236).

Dinâmicas e processos já em curso, pois, segundo Bobbio, desde que a *Declaração universal* e as declarações posteriores permitiram reconhecer não apenas os estados, mas também os indivíduos “como sujeitos de direito internacional” (BOBBIO, 1991, p. 236).

Conceitos já bem ilustrados por Kant dois séculos antes em seu *Por uma paz perpétua* (KANT, 1795), em que o direito cosmopolita que rege as relações entre o estado e os cidadãos de outros estados é identificada como o direito de cada indivíduo a ser tratado em qualquer estado como amigo e não ser reduzido a um objeto de exploração em seu próprio território.

Segundo Kant, o direito cosmopolita é o direito de todo homem, como homem, de ser cidadão não apenas de um estado, mas do mundo. Ou seja, é seu direito à cidadania universal (LAZZARI, 1999).

Ir além do estado-nação, superar as esferas estreitas de políticas em que predominam as necessidades do mercador e do príncipe, praticar uma concepção de desenvolvimento que vê na relação entre o estado e a sociedade civil a possibilidade de oferecer novas e mais criativas respostas às necessidades humanas, permitem colocar finalmente a pessoa e o seu autêntico desenvolvimento numa posição de prioridade. E isso é tanto mais necessário enquanto em muitos estados restritas e autorreferenciais elites ocupam o próprio estado com a falsa presunção de buscar o bem comum, quando na realidade usam o estado para seu próprio uso e consumo em detrimento de inteiras massas empobrecidas pela sua ganância.

É assim, como aponta Ardigò, que “sistemas” e “estruturas” poderão expressar qualificantes “mundos vitais intersubjetivos” nos quais

será possível praticar efetivamente um uso local dos recursos humanos e materiais disponíveis, ou recuperáveis externamente (ARDIGÒ, 1980; COCCO, 2005), e em que a pessoa e suas identidades possam ser autenticamente valorizadas. Onde precisamente a cultura expressa “um nível particular de realidade social que é interdependente e interpenetrante com o nível de interação”, isto é, do sistema social, por um lado, e da personalidade, por outro, em qualquer caso “analiticamente distinto deles” (GALLINO^a, 2004, p. 188).

Isso dá “sentido, orientação, conteúdo, eficácia a quase todas as ações humanas” e, justamente em função disso, pode ser considerado “o maior fator de humanização” do homem, de superação dos constrangimentos que a natureza lhe impõe, bem como de “regulação e controle de todo tipo de comportamento, das relações sociais, da troca de recursos, especialmente os sexuais, inclusive a atividade física” (GALLINO^a, 2004, p. 195).

Por outro lado, lembra o economista Paul Collier, mesmo em uma economia moderna o bem-estar geral de um estado aumenta em função da consideração mútua, que está na base de dois comportamentos fundamentais: a) a disposição das classes mais ricas em apoiar a redistribuição de recursos; b) a presença de uma cooperação que permita a entrega de bens públicos (por exemplo, o sistema nacional de educação e saúde) não entregáveis ao mercado. Tanto a confiança quanto a cooperação não surgem espontaneamente, mas são construídas com base em interdependências e fatores no campo. Em outras palavras, sempre de acordo com Collier, “uma pequena migração pode produzir benefícios sociais generalizados, enquanto uma migração rápida e massiva corre o risco de causar enormes custos” (COLLIER, 2015, p. 31) em todos os níveis, em particular no nível socioeconômico. De acordo com os estudos de Robert Putnam, estas dinâmicas e dimensões também têm a ver com a confiança dentro de um grupo e entre diferentes grupos: quanto mais aumenta a proporção de imigrantes (ou de pobres ou de

marginalizados) em uma comunidade, menores são os níveis de confiança mútua entre imigrantes (ou pobres ou marginalizados) e a restante parte da população; isso pode também acontecer dentro dos mesmos grupos (PUTNAM, 2007).

A aculturação, portanto, não é tida como certa e que por suas relações complexas e articuladas nem sempre parece fácil, principalmente, por exemplo, quando toca contextos religiosos e relações entre sociedades ocidentais, modernas e/ou cristãs, muçulmanas, em desenvolvimento ou em industrialização recente. Há dificuldades que parecem inconciliáveis entre a concepção laica do estado, baseada na Declaração Universal e nos princípios democráticos, e uma visão teocêntrica em que o religioso se funde com o civil a ponto de dominar todos os aspectos da sociedade civil (direito de família, relações de gênero, menores, transações comerciais, financeiras, etc.) (ETIENNE, 1988; EL AYOUBI, PARAVATI, 2018; PACE, 2004; TINCQ, 1991; BARREAU, 1991; MARTINI, 1990; MINISTERO DELL'INTERNO, 2007; 2017; 2021).

5. ALGUMAS REFLEXÕES PARA NÃO CONCLUIR

À luz do que tentamos mostrar, a ação política e as políticas sociais que dela derivam devem ser recolocadas no centro da análise, indo além da visão que vê a economia funcionando fora do contexto político e social.

A integração do migrante (como também dos pobres ou dos marginalizados) só pode ser o resultado de um processo multifacetado, que implica as diferentes esferas da vida da pessoa bem como a ideia de estado, de democracia, de participação, de pessoa, de direitos-deveres: *integrá-los* significa trabalhar pela *integração* da própria sociedade como um todo, sem distinção entre novos e velhos cidadãos, entre pobres e ricos, entre elites e massas subordinadas. Para *integrar*, no entanto – como De Vita muito oportunamente aponta – “é necessário ter um modelo

específico de cidadania que inclua direitos, mas também regras a serem observadas”. Um modelo de base para a implementação de políticas sociais, educacionais e urbanas. Se ainda queremos falar de integração, devemos especificar que esta é essencialmente “política, ligada à aceitação e conhecimento do estado de direito e socialmente à capacidade e pleno conhecimento da língua e das tradições” (DE VITA, 2008, p. 72).

A política social, portanto, ainda importa e as suas orientações futuras, também no que diz respeito à inclusão, coesão, integração e democracia sustentável, dependerão, em última análise, do que emerge do mundo da cidadania com referência ao que é certo e ao que é possível em responder às necessidades (não apenas econômicas) das pessoas. Além disso, os processos migratórios cumprem também uma função de espelho da sociedade italiana ou brasileira, ou seja, trazem à tona as latências relativas à ordem social e ao funcionamento das instituições, revelando a essência e a verdadeira natureza da sociedade, suas raízes, ambições e perspectivas (LAZZARI, 2015, 2021).

Por outro lado, como lembra Bauman:

Não pode haver soluções locais para problemas que têm origem global e que extraem da globalização sua linfa vital (...). Admitindo-se que seja possível fazê-lo de forma absoluta, reunir poder e política só é possível em nível planetário. (...) “Nenhuma criança americana poderá se sentir segura em sua cama se as crianças de Karachi ou Bagdá não se sentirem seguras na sua. Os ocidentais não poderão se gabar de sua liberdade por muito tempo se os povos de outras partes do mundo continuam pobres e humilhados (BAUMAN, 2014, p. 48)

E sem conhecer o respeito de seus direitos humanos.

O interculturalismo certamente representou um avanço sobre o multiculturalismo com sua insistência na interação e no intercâmbio, mas o transculturalismo (HOERDER, HARZIG, SHUBERT, 2003; BLAISE, 2008; CESAREO, 2013; CESAREO, 2015) com seu objeti-

vo de ultrapassar as fronteiras culturais, de sair das próprias identidades esclerosadas, de ir em direção ao Outro e à alteridade, acaba por nos permitir trabalhar para uma transformação das representações, modos de pensar e comportamentos de cada um em que justamente conflitos e tensões possam se tornar motores de desenvolvimento e elementos efetivos de conhecimento de uma cultura; onde os processos integrativo-disjuntivos são resultado de dinâmicas que envolvem as dimensões da personalidade, do social, da história, da política e do global em diferentes graus (LAZZARI, 2015). Conscientes de que, de fato, os processos de integração entre indivíduos e grupos podem ser mais bem construídos trabalhando com as relações, e não com a valorização das diferenças, e as interconexões e junções, e não com a dinâmica interna de cada cultura.

Reflexões que devem nortear não apenas as dinâmicas migratórias e de classe, mas também todas as relações interpessoais, intersocietárias e intercomunitárias, bem como as relações entre estados e governos a partir da ONU e da composição de seu Conselho de segurança e dos cinco países com o direito de veto.

REFERÊNCIAS

ABOU, S. **Cultures et droits de l'homme**. Paris: Hachette, 1992.

ABOU, S. **L'identité culturelle**: relations interethniques et problèmes d'acculturation. Paris: Anthropos, 1981.

ARDIGÒ, A. **Crisi di governabilità e mondi vitali**. Bologna: Cappelli, 1980.

BARREAU, J.C. **De l'islam en général et du monde moderne en particulier**. Belfond: Le Pré aux Clercs, 1991.

BARTOLI^a, G. Conflitto. In: DEMARCHI F.; ELLENA A.; CATTARINUSSI B. (org.). **Nuovo dizionario di sociología**. Milano: Paoline, 1987. p. 511-518.

BARTOLI^b, G. Status. In: DEMARCHI F.; ELLENA A.; CATTARINUSSI B. (org.). **Nuovo dizionario di sociología**. Milano: Paoline, 1987. p. 2057-2064.

BAUMAN, Z. **Il demone della paura**. Roma-Bari: Laterza, 2014.

BELLAH, R.N. La religione civile in America. In: SABINO, A.; GUIZZARDI, G. (org.). **La secolarizzazione**. Bologna: il Mulino, 1973. p. 145-166.

BELLAH, R.N. **La religione civile in Italia e in America**. Roma: Armando, 2009.

BLAISE, M. De la pluralité culturelle à la transculturalité. L'apprentissage-enseignement d'une langue vivante peut-il avoir de transformation personnelle et collective? **Ela. Etudes de Linguistique Appliquée**, v. 152, p. 451-462, 2008.

BOBBIO, N. (1994). **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi, 2014.

BOBBIO, N. Ragione dell'uomo e ragione dello stato. **Il Veltro**, Roma, v. 3-4, 1991.

BOUDON, R.; BOURRICAUD, F. Conflitti sociali. In: BOUDON, R.; BOURRICAUD, F. **Dizionario critico di sociologia**. Roma: Armando, 1991. p. 92-97.

CESAREO, V. La crisi del multiculturalismo e l'approccio interculturale nella scuola italiana. **Libertà civili**, Roma, v. 6, p. 51-54, 2013.

CESAREO, V. **La sfida delle migrazioni**. Milano: Vita e Pensiero, 2015.

CHOMBART DE LAUWE, P. H. **Per una sociologia delle aspirazioni**. Firenze: Guaraldi, 1976.

COCCO, M. **Migrazioni, educazione solidale, percorsi di co-sviluppo**. Milano: FrancoAngeli, 2005.

COLLIER, P. **Exodus**. I tabù dell'immigrazione. Roma-Bari: Laterza, 2015.

CONSEIL DE L'EUROPE. **Actes du colloque sur 'les droits de l'homme des étrangers en Europe'**. Strasburgo, 1985.

COSER, L. (1956). **Le funzioni del conflitto sociale**. Milano: Feltrinelli, 1967.

CROZIER, M.; FRIEDBERG, E. **Attore sociale e sistema**. Sociologia dell'azione organizzata. Milano: Etas, 1978.

DAHRENDORF, R. (1957-1959). **Classi e conflitto di classe nella società industriale**. Roma-Bari: Laterza, 1963-1977.

DAHRENDORF, R. **Conflict and Contract: Industrial Relations and the Political Community in Times of Crisis**. The Second Luverhulme Memorial Lecture. Liverpool: Liverpool University Press, 1975.

DAHRENDORF, R. **Conflitto sociale nella modernità**. Roma-Bari: Laterza, 1989.

DE SOUZA MARTINS, J. Migrações internas. In: **Pontifical council for the pastoral care of migrants and itinerant people, Migration at the Threshold of the Third Millennium**. Vaticano, 1999.

DE VITA, R. **Convivere nel pluralismo**. Siena: Cantagalli, 2008.

DE VITA, R. Identità e dialogo. In: LAZZARI F., MERLER A. (org.). **La sociologia delle solidarietà**. Milano: FrancoAngeli, 2004. p. 149-160.

ELAYOUBI, M.; PARAVATI, C. (org.). **Dall'islam in Europa all'islam europeo**. La sfida dell'integrazione. Roma: Carocci, 2018.

ETIENNE, B. **L'islamisme radical**. Paris: Hachette, 1987, tr. it., **L'islamismo radicale**. Milano: Rizzoli, 1988.

FERRAROTTI, F. **L'enigma di Alessandro**. Incontro fra culture e progresso civile. Roma: Donzelli, 2000.

GALLINO^a, L. Cultura. In: GALLINO, L. **Dizionario di sociologia**. Torino: Utet, 2004. p. 188-196.

GALLINO^b, L. Nazione. In: GALLINO, L. **Dizionario di sociologia**. Utet, Torino, 2004. p. 450-451.

GALLINO^c, L. Integrazione sociale. In: GALLINO, L. **Dizionario di sociologia**. Utet, Torino, 2004. p. 376-379.

GUBERT, R. Nazione. In: DEMARCHI, F.; ELLENA, A.; CATTARINUSSI, B. (org.). **Nuovo dizionario di sociologia**. Milano: Paoline, 1987. p. 1349-1359.

GUBERT^a, R. Territorio. In: DEMARCHI, F.; ELLENA, A.; CATTARINUSSI, B. (org.). **Nuovo dizionario di sociologia**. Milano: Paoline, 1987. p. 2206-2211.

HOERDER, D.; HARZIG, C.; SHUBERT, A. (org.). **The Historical Practice of Diversity**. Transcultural Interactions from the Early Modern Mediterranean World to the Postcolonial World. Oxford: Berghahn Books, 2003.

INTERNATIONAL MIGRATION REVIEW, v. 4, 1991.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION, World Migration Report 2022. Geneva, 2021.

KANT, I. (1795). **Per la pace perpetua**. Milano: Feltrinelli, 2013.

LAZZARI, F. **L'altra faccia della cittadinanza**. Contributi alla sociologia dei processi migratori. Milano: FrancoAngeli, 1999.

LAZZARI, F. **Persona e corresponsabilità sociale**. Milano: FrancoAngeli, 2007.

LAZZARI, F. **L'attore sociale fra appartenenze e mobilità**. Analisi comparate e proposte socio-educative. Padova: Cedam, 2008.

LAZZARI, F. Spazio pubblico, cultura e democrazia. I tanti modi di avvicinarsi/allontanarsi. In: Colombo M. (org.). *Immigrazione e con-*

testi locali. **Annuario CirMib 2014**. Milano: Vita e Pensiero, 2014. p. 151-164.

LAZZARI, F. **La sfida dell'integrazione**. Un patchwork italiano. Milano: Vita e Pensiero, 2015.

LAZZARI^a, F. Conflicto, participación, democracia. **Visión LatinoAmericana**, v. 20, p. 9-20, 2019.

LAZZARI^b, F. Sviluppo sostenibile e giustizia sociale. **Visión LatinoAmericana**, v. 21, p. 9-26, 2019.

LÉVINAS, E. **Humanisme de l'autre homme**. Paris: Fata Morgana, 1972.

LÉVINAS, E. **La traccia dell'altro**. Napoli: Pironti, 1979.

LÉVI-STRAUSS, C. (1952). **Razza e storia**. Razza e cultura. Torino: Einaudi, 1967.

LÉVI-STRAUSS, C. (1955). **Tristi tropici**. Milano: Il Saggiatore, 1960.

LÉVI-STRAUSS, C. (1958). **Antropologia strutturale**. Milano: Il Saggiatore, 1966.

LÉVI-STRAUSS, C. (1974). **Lo sguardo da lontano**. Antropologia, cultura, scienza a raffronto. Torino: Einaudi, 1983.

LÓPEZ-POZOS, C.; LAZZARI, F. **Los descalzados de la tierra**: ni de aquí ni de allá. Prologo di VINCENZO CESAREO, Universidad autó-

noma de Tlaxcala (México), Università degli studi di Trieste (Italia), Impretlax, Tlaxcala, 2021.

MARITAIN, J. **L'educazione al bivio**. Brescia: La Scuola, 1979.

MARTINI, C. M. **Noi e l'islam**. Dall'accoglienza al dialogo. Milano: Centro ambrosiano di documentazione, 2000.

MASLOW, A. H. (1954). **Motivazione e personalità**. Roma: Armando, 1982.

MINISTERO DELL'INTERNO. **Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione**. CARDIA C. (org.). Roma, 2007.

MINISTERO DELL'INTERNO. **Rapporto annuale Sprar 2017**. Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati. Atlante Sprar 2017. Roma, 2017.

MINISTERO DELL'INTERNO. **Rapporto annuale Siproimi/Sai 2020**. GIOVANNETTI M.; SOMA A. (org.). Roma, 2021.

ONU. Sustainable Development Goals, risoluzione n.70/1 del 15 settembre. 2015: New York: Assemblea generale delle Nazioni unite. Disponibile em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>. Accesso em: 17 ago. 2022.

PACE, E. **Sociologia dell'islam**. Fenomeni religiosi e logiche sociali. Roma: Carrocci, 2004.

PAPISCA, A. **Democrazia internazionale, via di Pace**. Per un nuovo ordine internazionale democratico. Milano: FrancoAngeli, 1985.

PARSONS, T. (1951). **Il sistema sociale**. Milano: Comunità, 1965.

PARSONS, T. (1966/1971). **Sistemi di società**. Bologna: il Mulino, 2 voll., 1971/1973.

PUTNAM, R.D. E Pluribus Unum: Diversity and Community in the 21st Century. In: **Scandinavian Political Studies**, v. 2, p. 137-174, 2007.

RIFKIN, J. **L'era dell'accesso**. La rivoluzione della new economy. Milano: Mondadori, 2000.

ROSOLI, G. Migrazioni internazionali, nuove minoranze etniche e società multiculturale. In: **ISPRUM, Migrazioni e cooperazione**, Cagliari: Tema, 1994, p. 47-55, 2013.

ROSSI, C. Mediazione (inter)culturale e partecipazione, due ingredienti essenziali per una 'nuova' convivenza. **Libertà civili**, Roma, v. 2, p. 89-94, 2013.

ROUSSEAU, J. J. **Du contrat social**: ou principes du droit politique. Amsterdam: Marc Michel Rey, 1762.

RUSCONI, G. E. **Possiamo fare a meno di una religione civile?** Roma-Bari: Laterza, 1999.

SCIOLLA, L. (org.). **Processi e trasformazioni sociali**. La società europa dagli anni Sessanta a oggi. Roma-Bari: Laterza, 2009.

SORGI, T. **Cultura e sviluppo nella comunità montana**. Roma: Inemo, 1980.

SOROKIN, P. **Teorie sociologiche contemporanee**. Roma: Città Nuova, 1974.

TENTORI, T. **Il rischio della certezza**. Pregiudizio potere cultura. Roma: Studium, 1987.

TINCQ, H. Les balbutiements de l'islam français. **Le Monde**, v. 14/15, juillet, 1991.

TYLOR, E.B. cit. da ALTAN, C.T. **Manuale di antropologia culturale**. Storia e metodo. Bompiani, Milano, 1979.

TYLOR, E.B. **Primitive Culture**. Researches into the Development of Mythology, Philosophy, Religion, Language, Art and Custom. London: John Murray, 1871.

UNESCO. Conférence mondiale sur les politiques culturelles. In: **Problèmes et Perspectives**. Paris, Doc. Clt-82/Mondialcult/3, 1982.

WALLACE, R.A.; WOLF, A. (2006). **La teoria sociologica contemporanea**. Bologna: il Mulino, 2008.

**(IN)JUSTIÇA AMBIENTAL,
REFUGIADOS AMBIENTAIS
E DIREITOS HUMANOS:
ALGUMAS REFLEXÕES**

Emília Piñeiro
César Augusto Costa

INTRODUÇÃO: OS REFUGIADOS AMBIENTAIS NA LÓGICA DO CAPITAL

O foco deste trabalho é abordar as relações entre a (in)justiça ambiental e os direitos humanos a partir do conceito de refugiados ambientais. Tais questões estão relacionadas ao posicionamento do Estado ante os conflitos ambientais envolvendo as populações denominadas como “refugiados ambientais” no Brasil.

Compreendemos que o deslocamento humano forçado por motivos ambientais não é nenhuma novidade em termos de pesquisas, muito se vem debatendo e problematizando a falta de amparo jurídico, social e político às pessoas que se deslocam internamente ou internacionalmente de seus locais por impactos ambientais. Ao refletirmos sobre refugiados ambientais, nos deparamos com inúmeras pesquisas debatendo sobre a questão da nomenclatura refugiados ambientais, uma vez que esta não é reconhecida em nenhum instrumento jurídico normativo internacional, tampouco nacional.

A compreensão dos conflitos ambientais, bem como dos refugiados ambientais, já é uma realidade que beira a nossa porta, pois constatamos que cada vez mais a lógica do modelo de desenvolvimento capitalista evidencia a necessidade da luta por Justiça Ambiental. É a partir desta problemática que entendemos a continuidade dos processos de expropriação de recursos naturais por subjugação dos “sem direitos” (DUSSEL, 2015) ou “vítimas” (DUSSEL, 2000) localizados em países da periferia do capitalismo, que, embora não sejam mais alvo do domínio social, político e econômico da Europa, ainda permanecem como espaço de avanço das frentes de acumulação e reprodução ampliada do capital (FERNANDES, 2008) na América Latina (AL).

No que tange ao debate sobre os refugiados ambientais, há uma colonialidade na apropriação da natureza, entendida tanto como resultado da construção da modernidade de formas econômico-instrumentais

de exploração do ambiente, quanto como expressão de processos concretos de expropriação territorial que sustentam a lógica de acumulação capitalista e mantém em funcionamento o sistema-mundo colonial-moderno (COSTA; LOUREIRO, 2019).

A questão dos refugiados por motivos ambientais requer destaque não só pelo fato de que, atualmente, com o aumento de eventos danosos que levam à mobilidade de pessoas em níveis nacionais e internacionais, mas também pela questão de ausência de políticas migratórias de Estados, comunidades e locais que os recebem, que passam a ser vistos com olhares de discriminação, repúdio e sob a concepção da competitividade em vários setores e segmentos da sociedade. Devido à não existência de um consenso conceitual para designar os seres humanos que se deslocam motivados por questões ambientais, são reconhecidos como “deslocados ambientais”, “refugiados”, “migrantes ambientais” ou “ecorefugiados”. A Organização Internacional de Migrações (OIM, 2012) conceitua migrantes ambientais, como:

Pessoas ou grupos de pessoas que, por motivos de mudanças bruscas ou progressiva no ambiente que afetam negativamente as suas vidas ou condições de vida, são obrigados a ter que deixar suas casas habituais, ou optar por fazê-lo, temporária ou permanentemente, e que se deslocam, quer no seu território ou no estrangeiro (OIM, 2012).

A questão da obrigatoriedade para se deslocar, para se retirar de determinado local, é entendida por Sassen (2016) como uma expulsão. Para a autora, atualmente enfrentamos um problema na economia política global, que é o surgimento de novas lógicas de expulsão, pois nas últimas décadas houve um crescimento na quantidade de pessoas, empresas e lugares expulsos de ordens sociais e econômicas centrais mundiais, que refletem em um capitalismo avançado, complexo e brutal. Sassen (2016) exemplifica diferentes formas de expulsões, dentre elas

a que aqui nos interessa, que estão relacionadas aos impactos ambientais, sociais e financeiros que perpassam as relações com os sujeitos refugiados ambientais.

As complexas expulsões de Sassen (2016) nos demonstram que esse conceito está para além da categoria desigualdade social e segregação, é necessário compreender as contradições do capitalismo e a lógica financeira executada pelas grandes empresas. Assim, estamos diante de um enigma social, no qual a capacidade de as finanças gerarem capitais lucrativos deveria ser utilizada para o desenvolvimento social da sociedade, entretanto, o que vivenciamos é um desenvolvimento social de extrema desigualdade, uma democracia comprometida com a lógica mais perversa do capital, a expulsão de pessoas de suas terras e/ou propriedades, e também a degradação do meio ambiente.

Aprofundando essa discussão dos refugiados ambientais sob outro ponto de vista, Vainer (2008, p. 39 ss.) pontua que, ao abordar o conceito de *atingido*, é importante evidenciar o contexto e o sentido do debate, de modo a explicitar o que é que está em jogo. Segundo ele:

Na verdade, embora o termo apareça em documentos técnicos e remeta a dimensões econômico-financeiras, a noção não é nem meramente técnica, nem estritamente econômica. Conceito em disputa, a noção de atingido diz respeito, de fato, ao reconhecimento, leia-se legitimação, de direitos e de seus detentores. Em outras palavras, estabelecer que determinado grupo social, família ou indivíduo é, ou foi, atingido por determinado empreendimento significa reconhecer como legítimo – e, em alguns casos, como legal – seu direito a algum tipo de ressarcimento ou indenização, reabilitação ou reparação não pecuniária. Isto explica que a abrangência do conceito seja, ela mesma, objeto de uma disputa.

A degradação do meio ambiente é, segundo Sassen (2016), o campo mais visível à impetração da lógica das expulsões, porque sabe-

mos que utilizam do meio ambiente e que estamos destruindo a biosfera. Porém, as políticas ambientais utilizadas não refletem, nem levam a uma compreensão clara de suas condições atuais, ou seja, podemos dizer aqui que as políticas ambientais adotadas são como uma máscara para a população. Evidencia-se que esse extrativismo uma hora vai cesar os recursos naturais, mas nos é escondido como e quais os seus reais objetivos, “contêm enormes capacidades de intermediação que agem como uma espécie de névoa, reduzindo nossa capacidade de enxergar o que está acontecendo” (SASSEN, 2016, p. 23).

Para dar contas das questões acima, o texto está organizado em dois momentos, seguidos desta introdução. No primeiro, conceituaremos os refugiados e sua relação com a injustiça ambiental; no segundo momento, relacionaremos os impactos da violação dos Direitos Humanos sobre os Refugiados Ambientais. Por fim, indicamos que as questões que orientam este ensaio buscam compreender o posicionamento do Estado ante os conflitos ambientais que envolvem populações denominadas como “refugiados ambientais” no Brasil e nos Direitos humanos para os impactados.

1. OS REFUGIADOS AMBIENTAIS NA PERSPECTIVA DA (IN)JUSTIÇA AMBIENTAL

Concordamos com Loureiro e Layrargues (2013) quando postulam que, para o movimento de justiça ambiental, uma situação de injustiça ambiental caracteriza-se quando na sociedade se destina a maior carga dos danos ambientais a grupos sociais de trabalhadores ou grupos étnicos discriminados, entre outros segmentos vulnerabilizados de forma social e econômica, ameaçando a integridade da saúde ambiental e comprometendo a sua reprodução social.

Dessa forma, a mobilidade humana é permeada por causas políticas, sociais e econômicas motivadas por diferentes circunstâncias,

ligadas à globalização e seus avanços tecnológicos e a uma sociedade complexa, marcada por tensionamentos do modo de produção do capitalismo e que, nos últimos anos, vem demonstrando impactos socioambientais cada vez mais agudos em nível global.

Em diálogo com tais aspectos, o movimento de justiça ambiental, em decorrência da aproximação no modo como definem as causas da crise atual, estabelece estratégias de luta social e defende o projeto societário anticapitalista. Essa articulação entre refugiados ambientais e direitos humanos não só é oportuna para os processos de superação das relações sociais alienadas destrutivas da natureza, mas também reforça uma perspectiva crítica para a discussão crítica ambiental, para a qual as determinações são materiais e de classe.

Entendemos que a reprodução ampliada do capital (HARVEY, 2004) impulsiona lógicas assimétricas visibilizadas na esfera estatal. No caso do Estado brasileiro, vem produzindo refugiados ambientais dentro do seu próprio território sob a lógica excludente nas aqui consideradas novas fronteiras de extensão do capital. Portanto, para o presente escrito, trazemos algumas nuances donexo entre refugiados ambientais, desigualdade ambiental e justiça ambiental.

O deslocamento forçado de pessoas no Brasil vem se tornando uma realidade social. Segundo dados do Observatório das Migrações Forçadas do Instituto Igarapé¹, entre 2000 e 2017, 8.8 milhões de brasileiros foram deslocados forçadamente. As causas de deslocamento forçado resultam da construção de infraestruturas de grande porte, como usinas hidroelétricas, megaempreendimentos, rodovias, rompimento de barragens, enchentes, deslizamentos, entre outras, aqui consideradas injustiças ambientais, que produzem refugiados ambientais por todo o Brasil. Compreende-se que essas pessoas deslocadas de forma forçada são refugiados ambientais.

¹ <https://igarape.org.br/apps/observatorio-de-migracoes-forçadas/>

O debate acerca da definição dos refugiados ambientais é fundado por complexidades e controvérsias, mas torna-se cada vez mais necessária esta delimitação e conseqüentemente a proteção a estes indivíduos que se deslocam em estado de vulnerabilidade e necessitam de refúgio devido aos mais variados desastres e degradação ambientais.

De acordo com a pesquisa de Raiol (2010), o termo “refugiados ambientais” (*environmental refugees*) ganhou notoriedade no ano de 1985 sendo apresentado pelo professor egípcio Essan El-Hinnawi na Conferência das Nações Unidas realizada em Nairóbi, na África. Entretanto, mesmo com a urgência dessa nova categoria de refúgio, na época não surtiu nenhum efeito prático, tampouco discutido profundamente. Foi com as inúmeras mutações ambientais do século XXI que esta temática voltou ao centro das pesquisas e debates, demonstrando, assim, o potencial urgente emergente da causa ambiental.

Muitos pesquisadores distinguem os desastres ambientais causados pelo homem (como o rompimento de barragens) com desastres motivados por força da natureza (enchentes, terremotos) ou projetos de obras justificadas pelo desenvolvimento e progresso de localidades (construção de hidrelétricas). Entretanto, entende-se que todas essas motivações caracterizam e produzem refugiados ambientais, porque, conforme análise do Coletivo Brasileiro de Pesquisadores de Desigualdade Ambiental (ACSELRAD ET ALL, 2012), são os grupos socialmente vulneráveis que mais sofrem impactos de catástrofes ambientais, pois são os mesmos que, além de estarem expostos a estes riscos, possuem uma capacidade desigual de proteção adequada por parte das autoridades públicas e do Estado.

No mais, por ser difícil de separar em alguns casos concretos o real motivo que leva pessoas a se deslocarem, há certa resistência em considerar os que se deslocam por motivos ambientais como refugiados. O maior argumento utilizado para barrar esse reconhecimento é o de que essa terminologia enfraqueceria o instituto internacional do re-

fúgio. Entretanto, defendemos o contrário: o reconhecimento dos deslocados por motivos ambientais como refugiados fortaleceria esta pauta, através da renovação do conceito de refugiado.

Em suma, bastando que a pessoa seja forçada a deixar o seu *habitat* tradicional por motivo ambiental que prejudique a qualidade ou torne insustentável a vida humana, reflete em injustiças ambientais para com esses refugiados. Complementando esse posicionamento:

Do mesmo modo, é nas áreas de maior privação socioeconômica e/ou habitadas por grupos sociais e étnicos sem acesso as esferas decisórias do Estado e do mercado que se concentram a falta de investimento em infra-estrutura de saneamento, a ausência de políticas de controle dos depósitos de lixo tóxico, a moradia de risco, a desertificação, entre outros fatores, concorrendo para suas más condições ambientais de vida e trabalho (ACSELRAD ET ALL, 2009, p. 8).

Logo, o Estado cumpre relevante papel neste processo de desregulação e injustiça ambiental, pois sua lógica está pautada por um movimento de liberalização da economia e flexibilização de direitos, que garantem a expansão e acumulação do capital que reflete em um meio ambiente gerenciado por interesses do capital, gerador de expulsões e, conseqüentemente, produtor de refugiados ambientais.

Tal lógica estatal ganha evidência quando relacionamos a dimensão do neoextrativismo neste debate (COSTA; LOUREIRO, 2018). Na visão de Gudynas (2012), o neoextrativismo pode ser visto como um modelo de desenvolvimento baseado no crescimento econômico e na apropriação de recursos naturais, em redes produtivas pouco diversificadas numa inserção internacional subordinada. Assim, o Estado, controlado por frações das classes dominantes que se beneficiam desse padrão de acumulação, tem um papel ativo, buscando legitimação por meio da apropriação e redistribuição de parte da renda gerada.

Essa retórica engrenagem movida pela extensão do capital na sociedade gera impactos diretos ao meio ambiente e a populações residentes de determinadas áreas vistas como lucrativas a esse capital, e o certo é que essas comunidades serão instigadas a se deslocar ou então, como no caso de rompimento de barragens, que são obrigadas a se deslocar com a anuência e a negligência do Estado. E é a esse movimento da relação meio ambiente e capital, gerador de refugiados ambientais, que se converge a luta por justiça ambiental.

Henri Acselrad (2010, p. 108) define justiça ambiental como um movimento de resignificação da luta ambiental, fruto “de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social”. Dessa forma, o significado do conceito de justiça ambiental relaciona-se com os refugiados ambientais, pois, sob o olhar de Acselrad (2010), a justiça ambiental identifica a desigual exposição ao risco ambiental, que resulta na acumulação de riqueza a partir da degradação ambiental dos mais despossuídos. Somado a isso, está o aval do Estado, que, além de desassistir essas populações, colabora de forma sistemática em favor da desigualdade socioambiental, sendo ausente em políticas que limitem a ação dessa lógica de mercado.

Ou seja, na atual conjuntura brasileira, questões sociais e ambientais são inseparáveis e intrínsecas ao desenvolvimento econômico do capital, gerando o que Acselrad (2010) identifica como desigualdade ambiental. O coletivo brasileiro de pesquisadores da desigualdade ambiental (ACSELRAD ET ALL, 2012) aponta para o combate ao senso comum que responsabiliza a todos os seres humanos pelos danos ambientais ao planeta e também de que os desastres ambientais são democráticos. Mas sabemos, conforme nos demonstra Fontes e Miranda (2014) que os atingidos por desastres ambientais pertencem a grupos socialmente vulneráveis, como negros, índios, ribeirinhos, pescadores artesanais, dentre outras populações tradicionais, e portanto, não

somos todos responsáveis e tampouco os desastres ambientais são democráticos.

Juntando os posicionamentos de Acsehrad (2010) e Pacheco (2008), ganância e preconceito constroem esse cenário emergente político, social e ambiental. Podemos visualizar que o capital possui poder de opção, escolhendo onde quer atuar e quem quer atingir.

Foi na década de 1970, nos Estados Unidos, que surgiu a conceituação de desigualdade ambiental, também chamada de racismo ambiental por Tania Pacheco (2008), pois, a partir de protestos contra um depósito de resíduos tóxicos, que se percebeu que esses locais de descarte eram bairros habitados por negros. Atualmente, após 50 anos do surgimento da denúncia contra desigualdades ambientais e racismo ambiental, Pacheco (2008) afirma que essa luta transcende a cor, pois o Brasil e o seu atual modelo extrativista não demonstram respeito e reconhecimento aos moradores das regiões vistas como lucrativas para a lógica extrativa do capital, que em sua maioria pertencem a grupos socialmente vulneráveis.

Loureiro e Layrargues (2013) apontam que os últimos 30 anos no Brasil foram marcados pela liberalização da economia, a flexibilização do trabalho e também a reorganização do Estado para garantir a continuidade do modelo expansionista do capital, no qual o meio ambiente possui o papel de servir aos interesses públicos em uma sociedade que preza pelo poder do interesse privado. E é nessa mudança do Estado brasileiro em prol da continuidade do capitalismo que se formam essas relações políticas, sociais e ambientais.

Por conseguinte, estamos nos referindo a uma crise socioambiental, marcada para além do desmatamento, do aquecimento global, de inundações ou instalação de grandes empresas, é também uma crise social porque destrói localidades, pessoas, estilos de vida e todo esse prejuízo é socializado pelo capital, ou seja, todos pagam, mas poucos lucram e é por isso que se afirma que existe desigualdade ambiental e,

desse modo, não é democrática a distribuição dos efeitos ambientais como nos é pregado. Nesse horizonte:

Segundo tal discurso, fortemente empregado na mídia, mas também identificável em parte da literatura acadêmica, os danos ambientais incidiram de forma igual sobre todos os grupos sociais, considerados parte de “um mesmo planeta”. A noção de desigualdade ambiental, ao contrário, procura evidenciar que o planeta” não é compartilhado de forma igual entre todos e que para se construir um mundo efetivamente “comum” seria preciso que as iniquidades fossem devidamente enfrentadas (ACSELRAD ET ALL, 2012, p. 166).

As comunidades mais vulneráveis são instigadas a se deslocar, pois a sua qualidade de vida pode ser deverasmente afetada e, ainda, quando se negam a sair de seus locais, são tidas como contrárias ao desenvolvimento, o que não passa de uma manobra criada para que a sociedade as taxe assim. Pacheco (2008) enfatiza que para essas comunidades tradicionais resta o exílio, tornam-se refugiadas obrigadas a residir em assentamentos ou em locais onde não é possível manter suas tradições culturais e laborais. Na maioria das vezes, essas pessoas não encontram um local para residir em plenas condições de sobrevivência.

Esse impasse entre comunidades tradicionais e ilusório desenvolvimento desencadeia o conflito ambiental, categoria que pela percepção de Loureiro e Layrargues (2013) qualifica e integra uma ação em defesa da justiça social e ambiental, fruto das relações estabelecidas nos processos antagônicos de interesses entre agentes que disputam recursos naturais e aqueles que buscam legitimar seus modos de vida.

Nesse sentido, o Estado, ao adotar o seu modelo de expansão e acúmulo de capital como prioridade, reproduz uma sociedade de exclusão e expropriação no qual alguns seres humanos não são prioridade. Essa lógica é marcada pela desigualdade ambiental e por injustiças

ambientais com algumas comunidades que se aprofundam em uma crise socioambiental. Para compreender toda essa dinâmica, é necessário refletir de forma conexa e abrangente o social, o capital e o ambiental, buscando alternativas para cessar com esse sistema excludente, priorizando o ser humano e seus saberes culturais e seu modo de vida.

Por fim, também torna-se necessário compreender que nesta dimensão social, capital e ambiental, o papel do Estado, que a partir de suas políticas de flexibilização do capital que culmina na flexibilização de leis ambientais, isenções/benefício fiscais, e cessão de terras para grandes empreendimentos, está concomitantemente produzindo refugiados ambientais.

Logo, o objetivo e a relevância política destas notas introdutórias é debater a questão dos refugiados ambientais e da justiça ambiental, para fortalecer não somente a luta por reconhecimento jurídico dessa categoria, mas também expor problemas causados pelo ataque do capital ao meio ambiente, que provoca a expulsão social humana e da biosfera.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: POR UMA OUTRA LÓGICA DE DIREITOS HUMANOS PARA OS REFUGIADOS AMBIENTAIS

À luz do que foi dito, contemporaneamente, podemos perceber que existe uma relação intrínseca entre os direitos humanos e a justiça ambiental. Calgaro e Rech (2017) identificam essa relação como uma postura atualmente de grande relevância para a transformação da realidade social. Consequentemente, cabe refletir que:

Os mecanismos de desigualdade socioambiental, estabelece-se em sociedades desiguais por meio de mecanismos políticos, sociais e econômicos que concentram os processos decisórios e privatizam os bens públicos, tornando possível e legítimo a utilização dos bens coletivos e naturais para interesses privados. Es-

sa distribuição desigual por classe é entendida como intrínseca às economias capitalistas e necessária à reprodução ampliada do capital. Assim, na sociedade capitalista o acúmulo material das classes dominantes se dá mediado pela expropriação ambiental dos trabalhadores (LOUREIRO; LAYRARGUES, 2013, p. 63).

Atualmente, Calgaro e Rech (2017) apontam para uma crescente tendência em relacionar a dignidade da pessoa humana, os direitos humanos e a questão ambiental, especialmente as relacionadas com a luta por justiça ambiental, que estão ligadas a lutas por direitos humanos e fundamentais. As evidências dessa relação entre os direitos humanos e a dignidade humana, analisadas a partir do contexto social capitalista, originam situações objetos deste estudo, que são os refugiados e impactos na violação de seus direitos. Tal visão diverge da perspectiva antrópica que responsabiliza a ação humana ante a questão ambiental, pois:

Nesse sentido, ações humanas que provocam o desequilíbrio ecológico, provocam igualmente inúmeras situações que configuram uma negação da dignidade a certos setores e grupos sociais, em especial os grupos em situação de pobreza e vulnerabilidade social. Portanto, a relação entre um ambiente ecologicamente equilibrado e a dignidade humana é evidente, isto é, a existência de um meio ambiente sadio e equilibrado é condição de possibilidade de uma vida digna (CARVALHO, 2006, p. 78).

Em 1972, a Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano² foi o primeiro marco jurídico a reconhecer que as questões ambientais compõem um dos direitos básicos do ser humano. Segundo Thomé (2016), a Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano pretendeu marcar a inserção dos Estados no âmbito do debate ambiental

² A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, e atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio ambiente humano.

em nível global. Ademais, ao final desta Conferência, foi firmada a Declaração sobre o Meio Ambiente, que constitui um prolongamento da Declaração Universal dos Direitos do Homem, como podemos observar no seu primeiro princípio:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas (DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO, 1972).

No mais, a Declaração destaca o ser humano como resultado do meio que o circunda, proclama pela defesa e melhoria do meio ambiente para as gerações presentes e futuras, sugerindo que todas as cidadãos, comunidades, empresas e instituições buscam equacionar desenvolvimento e a preservação ambiental. Logo:

A maior questão que afronta o caráter universal dos direitos humanos são os efeitos da globalização e do pensamento neoliberal, a lógica de mercado atual, a atuação das empresas multinacionais, a posição das instituições financeiras, dentre outras, buscam um desenvolvimento estritamente econômico que não observa os direitos historicamente construídos para a proteção e bem-estar do ser humano com uma vida digna (WOLKMER; LIPPSTEIN, 2017, p. 289).

Consoante com o entendimento de Wolkmer e Lippstein (2017, p. 288), “o caráter universal dos Direitos Humanos enfrenta alguns paradoxos quando depara-se com princípios como a soberania dos Esta-

dos ou a autodeterminação dos povos”. Assim, na maioria das vezes, acaba por legitimar violações aos Direitos Humanos, uma vez que o Estado reconhece os sujeitos de direitos de forma formal, mas não contempla essas pessoas. No caso dos refugiados ambientais, é reconhecido o seu direito a permanecer no seu lugar de origem, mas não é contemplado, igualmente o Estado não os protege e acaba por expulsá-los. Sendo assim, reiteramos com Dussel (2015, p. 128) que:

Estes cidadãos com consciência de serem sujeitos de novos direitos se experimentam a si mesmos como vítimas, sofrendo inevitavelmente os efeitos negativos do corpo do direito ou de ações políticas (...). São as gerações futuras diante dos crimes antiecológicos das gerações presentes; é o caso da mulher na sociedade machista, das raças não brancas na sociedade racista ocidental, dos homossexuais nas estruturas heterossexuais, dos marginais, das classes exploradas por uma economia do lucro, dos países pobres e periféricos, dos imigrantes e ainda dos Estados nacionais debilitados pela estratégia do capital global nas mãos de corporações transnacionais (às quais não se pode, e de destruição ecológica ou social, como efeito de suas estratégias como aumento de pobreza no mundo).

Não obstante, para de fato compreender a questão dos refugiados ambientais no Brasil ao caráter universal dos Direitos Humanos, é necessária uma compreensão latino-americana de direitos humanos. A América Latina possui uma história de luta, reivindicações, reconhecimentos, de diversas culturas que não condizem com a construção europeia de direitos humanos. Para Wolkmer e Lippstein (2017, p. 291), “viver um discurso ideológico que não pertence a América Latina a título de Direitos Humanos universais é admitir a subalternidade e a perpetuação da colonização”.

O atual cenário nos mostra uma outra perspectiva. As ações do capitalismo monopolista impõem à sociedade lógicas mercantis na

apropriação da natureza, gerando impactos às populações atingidas por tal perspectiva, provocando inúmeras situações de violação de direitos humanos, negação de direitos fundamentais. Isso se verifica do seguinte modo:

De forma similar, está claro que a depredação deliberada do meio ambiente pode gerar efeitos catastróficos não apenas em termos ecológicos, mas também sobre as populações humanas. Ações estrategicamente planejadas para destruir uma parte importante do meio ambiente representam uma infração aos direitos humanos básicos das pessoas afetadas (FREELAND, 2005, p. 119).

Diante disso, o capitalismo e a globalização se sobrepõem à lógica dos direitos universais dos seres humanos, ou seja, existe uma incompatibilidade entre o capitalismo e os direitos humanos que é negada, não discutida. A modernidade e os próprios direitos humanos possuem uma face que não é mostrada, ficando o discurso preso à garantia e efetividade e à falsa universalidade dos direitos humanos. Ademais, sabemos que os direitos humanos não estão ao alcance se todos, as desigualdades existentes atualmente, as expulsões, os refugiados ambientais evidenciam que há uma impotência no alcance global da universalização desses direitos.

A reprodução do capital que nos aponta Harvey (2004) impõe a transformação da natureza em mercadoria, bem como de todos os bens comuns naturais, o que conduz à destruição do ambiente. Torna-se inconcebível que as populações que vivem em relações mais próximas com a natureza sejam as primeiras vítimas desse ecocídio, e que muitas vezes tentam opor-se à expansão devastadora do capitalismo. Vislumbramos não apenas mobilizações em defesa dos rios ou das florestas, contra as multinacionais petrolíferas e mineradoras, mas também propondo um modo de vida alternativo ao capital. Essas lutas podem

ser sobretudo indígenas, mas com frequência elas ocorrem em aliança com camponeses sem terra, ecologistas, comunidades cristãs, sindicatos, partidos de esquerda, pastoral da terra e pastoral indígena (LOWY, 2014).

Nessa esteira, compreende-se que a matriz colonial de poder instaurou uma racionalidade de *poder, ser e saber* (QUIJANO, 2005) que, através do controle da economia, possibilitou historicamente alicerçar um paradigma civilizacional que tem na apropriação desigual e mercantil da natureza um dos traços mais significativos! Isso aponta para a lógica perversa do “ambientalismo liberalizado” (ACSELRAD, 2005), em que a racionalidade econômica neoliberal está intensificada por meio da desigualdade ambiental, ou seja, a distribuição locacional das atividades portadoras de riscos de forma concentrada para áreas ocupadas por populações mais suscetíveis a agravos.

A competição e a disputa se dão em torno dos recursos naturais e da oferta de espaços a degradar e a espoliar, assim como de áreas de fronteira com povos tradicionais e comunidades camponesas, cujas consequências estão na violência territorial de grupos sociais despossuídos. Em síntese, tal matriz civilizatória postula que são os grupos mais despossuídos e vulneráveis, onde a desigualdade ambiental mostra-se parte integrante da espacialidade do capitalismo liberalizado (ACSELRAD, 2005).

Assim, esse contexto expõe que precisamos reconhecer que o sistema universal dos direitos humanos possui uma matriz eurocêntrica, apropriada de um discurso de dominação e colonização, que nega e não reconhece direitos e histórias de outros povos, que não se enquadram no padrão reconhecido pelo eurocentrismo, que é o do homem branco, europeu e burguês. Consequências vistas no processo de dominação da natureza instaurado pela modernidade/colonialidade.

Por isso, é necessário examinar criticamente a historicidade dos direitos humanos, a partir da sua trajetória convencional, porque é pre-

ciso reconhecer que existe uma outra história interpretativa dos direitos humanos, como reconhece Wolkmer (2015) no direito dos marginalizados, dos negados, dos injustiçados, e neste caso em análise, dos refugiados ambientais, ou seja, como os direitos humanos dos refugiados ambientais podem ser vistos? Já que estamos falando de sujeitos negados, ou como nos ensina Dussel (2017), encobertos.

Para isso, é necessário agregar uma crítica emancipadora aos direitos humanos, ou seja, os direitos dos negados de cidadania, o direito dos refugiados, dos povos tradicionais, porque há de se ter em mente as lutas sociais das minorias, a busca por reconhecimento do seu modo de viver, o respeito a sua cultura, a preservação da sua identidade.

Para a vertente crítica da questão ambiental assumida neste trabalho, Dussel contribui na compreensão dos processos de exclusão em relação às lutas sociais e resistências dos trabalhadores, camponeses, povos originários, em suma, dos refugiados ambientais nas lutas contra as expropriações na AL. A partir dele e com ele, indicamos que é necessário, por um lado, integrar uma perspectiva libertadora às lutas mais amplas pela libertação da sociedade como um todo, e por outro, ao colocar-se a serviço das transformações estruturais do capitalismo (COSTA; LOUREIRO, 2019).

Consequentemente, para além da violação dos direitos humanos e ambientais, a luta por justiça ambiental, nesses termos, nos mostra sua importância em reconhecer os direitos fundamentais e ambientais para todos os indivíduos. Entendemos que, atualmente, a relação entre os direitos humanos e a justiça ambiental é de grande impacto e relevância, e precisa ser debatida em conjunto sobre o modelo de desenvolvimento capitalista, sobretudo para os atingidos em seus modos de existir e habitar.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. **Estudos avançados**, v. 24, n. 68, p. 103-119, 2010.

ACSELRAD *et al.* Desigualdade ambiental e acumulação por espoliação: o que está em jogo na questão ambiental? **e-cadernos CES** [online], 17, 2012, posto online no dia 01 setembro 2012. Disponível em: <https://journals.openedition.org/eces/1138> Acesso em: 4 fev. 2020.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do A.; BEZERRA, Gustavo das Neves. **Vulnerabilidade social, conflitos ambientais e regulação urbana**. *O Social em Questão*, Ano XVIII, n. 33, p. 57-68, 2015.

CALGARO, Cleide; RECH, Moises João. Justiça ambiental, direitos humanos e meio ambiente: uma relação em construção. **Rev. de Direito e Sustentabilidade**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-16, jul./dez. 2017.

CARVALHO, Edson Ferreira de. **Meio ambiente e Direitos humanos**. Curitiba: Juruá, 2006.

DA COSTA, C. A. S; LOUREIRO, C. F. Questão ambiental, neoextrativismo e capitalismo periférico: uma leitura política em Enrique Dussel. **SER Social**, [S. l.], v. 20, n. 42, p. 164–181, 2018.

DA COSTA, C. A. S; LOUREIRO, C. F. A Questão ambiental a partir dos “sem direitos”: uma leitura em Enrique Dussel. **E-curriculum**, v. 17, n. 2, 2019, p. 673-698.

DECLARAÇÃO DE ESTOCOLMO SOBRE O AMBIENTE HUMANO (1972). Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-stocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html> Acesso em: 25 out. 2020.

DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação**: na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes, 2000.

DUSSEL, Enrique. Direitos Humanos e Ética da Libertação: pretensão política de justiça e a luta pelo reconhecimento dos novos direitos. **Revista InSURgência**, Brasília, ano 1, v.1, n.1, p. 121-136, jan./jun. 2015.

DUSSEL, Enrique. A filosofia da libertação frente aos estudos pós-coloniais, subalternos e a pós-modernidade. **Rev. Direito e Práx**, Rio de Janeiro, v. 08, n.4,, p. 3232-3254, 2017.

FERNANDES, Florestan. **Sociedade de Classes e Subdesenvolvimento**. São Paulo: Global, 2008.

FREELAND, Steven. Direitos Humanos, meio ambiente e conflitos: enfrentando os crimes ambientais. **SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos**, ano 2, n. 2, 2005.

GUDYNAS, E. Estado compensador y nuevos extractivismos. **Nueva Sociedad**, v. 237, p. 128-146, 2012.

HARVEY, D.**O novo imperialismo**. São Paulo: Loyola, 2004.

LOUREIRO, Carlos Frederico B.; LAYRARGUES, Philippe Pomier. Ecologia política, justiça e educação ambiental crítica: perspectivas de aliança contra-hegemônica. **Trab. Educ. Saúde**, Rio de Janeiro, v.11, n.1, p. 57-71, jan./abr. 2013.

LOWY, M. Lutas ecossociais dos indígenas na América Latina. **Revista Crítica marxista**, n. 38, p. 61-69, 2014.

OIM. Organização Internacional de Migrações. Disponível em: <http://www.iom.int/jahia/Jahia/definitional-issues> Acesso em: 30 ago. 2019.

PACHECO, Tânia. **Racismo Ambiental**: expropriação do território e negação da cidadania. 2008. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/textos-e-artigos/racismo-ambiental-expropriacao-do-territorio-e-negacao-da-cidadania-2/> Acesso em: 10 mar. 2020.

QUIJANO, A. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (org.). **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Buenos Aires: Clacso, 2005. p. 227-278.

RAIOL, Ivanilson Paulo Corrêa. **Ultrapassando fronteiras**. A proteção jurídica dos refugiados ambientais. Porto Alegre: Nuria Frabis, 2010.

SASSEN, Saskia. **Expulsões**. Brutalidade e complexidade na economia global. 1. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2016.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

VAINER, Carlos. Conceito de “Atingido”: uma revisão do debate. In: ROTHMAN, Franklin Daniel (org.). **Vidas Alagadas** - conflitos socioambientais, licenciamento e barragens. 1. ed. Viçosa: UFV, 2008. p. 39-63.

WOLKMER, Antonio Carlos; LIPPSTEIN, Daniela. Por uma educação latino-americana em direitos humanos: pensamento jurídico crítico contra-hegemônico. **R. Dir. Gar. Fund.**, Vitória, v. 18, n. 1, p. 283-301, jan./abr. 2017.

**LOS TRIBUTOS Y LA
DEMOCRATIZACIÓN DE LOS
DERECHOS: REFLEXIONES
ACERCA DE LA NECESIDAD DEL
PODER DE TRIBUTAR EN LA
REALIDAD BRASILEÑA**

Bruno Leitão

Francisco de Assis de França Júnior

Roneide Lucia da Silva

INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como objetivo principal destacar y ayudar a comprender el papel del Estado democrático y como este modelo de Estado es destinando a la promoción de los derechos de las personas, cómo la protección de los derechos sociales y los derechos humanos. Teniendo como base valores como la dignidad de la persona humana y los demás principios constitucionales que son de suma importancia para el desarrollo de un país.

Sabemos que para tener un país desarrollado con la concretización y protección de los derechos humanos no es una tarea fácil, sin embargo, con las herramientas ciertas y un planeamiento fiscal adecuado (esencial para que el Estado tenga recursos para hacer cumplir los derechos de las personas) esa tarea se torna plenamente posible. Además de derechos, los ciudadanos también poseen deberes para con el mantenimiento del estado y de la democracia.

Para que eso sea mejor comprendido, mediante el método hipotético-deductivo, este ensayo se divide en cuatro puntos fundamentales a saber:

En primer lugar, aportamos algunos conceptos y consideraciones de los filósofos sobre el derecho al patrimonio como derecho fundamental, y que es importante cuestionar: ¿se consideraría fundamental este derecho en sí mismo? Al recorrer, el según punto, se toca la temática de que el deber de pagar tributos es un derecho fundamental, acentuando la realidad brasileña en el campo del derecho tributario (fiscal). En el tercero punto, sin embargo, se discute la legitimidad de ciertos grupos sociales para resistirse al pago de impuestos mediante el uso de la desobediencia civil, dando algunos ejemplos de España. Finalmente, el cuarto punto desarrolla en el aspecto de que los tributos son instrumentos efectivos para el cumplimiento de los derechos humanos y

los demás derechos que son capaces de promover una vida digna para cualquier persona.

1. LA DIFERENCIA ENTRE EL DERECHO PATRIMONIAL Y LO DERECHO FUNDAMENTAL

Inicialmente traeremos algunas visiones de algunos filósofos (Locke y Kant) sobre el derecho a la propiedad. El derecho a la propiedad es uno de los más importantes y consolidados de todos los derechos subjetivos, teniendo amplia relevancia no solo para el derecho, sino, también para la filosofía, sociología y la economía política. Entonces, se hace necesario estudiar y tener una reflexión acerca del tema, para que mejor se comprenda el desarrollo del tema aquí propuesto y su relación con los demás puntos que se interrelacionan entre sí.

Locke, sigue la tendencia iusnaturalista, en este sentido, para el filósofo, los derechos naturales humanos no desaparecen en consecuencia de un consentimiento, sin embargo, subsisten para limitar el poder del Estado. La propiedad, además de poseer los fundamentos propios que lo pone en la categoría del derecho natural, según Locke, eso sirve de fundamento para la legitimación de gobiernos dentro de la sociedad civil, cualquier forma que sea, y también de la burguesía que, además del poder económico, buscaba una afirmación en el poder político.

La teoría de la propiedad privada, fue formulada por Locke en el final del siglo XVII y el inicio del siglo XVIII, al que Bobbio (2004, p. 32) llamó “campeão dos direitos de liberdade”. Leal (2012, p. 55), dice que:

Considerada, a partir das lições de John Locke (1963), como direito vinculado às ideias de liberdade e de trabalho, a propriedade passou a constar de tais declarações como direito fundamental, inato à pessoa humana. Assim, a Declaração da Virgínia, ao anunciar, em seu art. 1o, os direitos certos, essenciais e naturais

do homem, indica o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança. Por seu turno, o art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ao discriminar os direitos naturais e imprescritíveis do homem, estabelece: esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão. Já o art. 17 da mesma Declaração reitera a mesma ideia, agregando, ainda, a seguinte disposição: como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado (...).

El patrimonio es como un derecho natural, para Locke, está relacionado a un ideal liberal, marcado por un aspecto individualista. Sin embargo, Aranha y Martins (2009, p. 35) en una excelente reflexión dicen: “a concepção ampla de liberdade leva, entretanto, a certas contradições, pois o direito à ilimitada acumulação de propriedade produz um desequilíbrio na sociedade, criando um estado de desigualdade”.

Algunos Estados más modernos, están estableciendo límites al derecho a la propiedad, visualizando principalmente, una utilización sustentable y productiva. En Brasil, por ejemplo, hay la función social de la propiedad (art. 5º, XXIII, de la Constitución), esto es, hay la garantía del derecho a la propiedad, desde que sea respetada la función social (respeto al medio ambiente, a las políticas urbanas y etc.).

Sobre el tema, otra importante reflexión hecha por Carvalho Filho (2014, p. 788) es: “[...] o conteúdo do direito de propriedade sofre inúmeras limitações no direito positivo, tudo para permitir que o interesse privado não se sobreponha aos interesses maiores da coletividade”.

Para Kant, la propiedad no sería el fundamento del Estado, como es para Locke. Según Kant, la propiedad surge para establecer un modelo sistemático de mejora continua enfocado en las relaciones de propiedad, basado en un sistema de principios de iguales libertades. La

propiedad se presenta como un derecho privado en el estado pre-civil. Kant, tiene el interés en la propiedad como siendo algo que se tiene en el exterior, como suyo. Todo derecho es una pose sobre algo y todo derecho es inseparable de su carácter obligacional. Para él, el límite de la propiedad sería hasta el punto en que se pueda conservar en su poder. Se puede colocar la propiedad como una consecuencia de principios, conceptos y postulados del derecho que son comprendidos desde un punto de vista puramente racional.

Kant, presenta una ocupación sencilla, que es sin comprobación del trabajo y esfuerzo, como siendo uno de los fundamentos de la propiedad originaria. Dice también que, el derecho a la propiedad consiste en el consentimiento de todos que cada uno use un objeto privadamente, sin embargo, ese acuerdo no es el resultado de una negociación, es de una imposición de la razón práctico-jurídica.

Entendemos que, es necesario que se busque paralizar el egoísmo individualista del propietario, para una relevancia a valores relacionados a la solidaridad social, para que el dominio sea hecho por una conducta ética, con respeto a los intereses colectivos, y el acceso de todos a los bienes mínimos capaces de conferir para todas las personas una vida digna. La propiedad, así como todo y cualquier derecho (con excepción del derecho a no ser torturado y el derecho a no ser esclavizado – BOBBIO, 2004, p. 41), no es absoluta, es relativa (como la vida misma, por ejemplo, tal como se entiende la disposición del art. 5º, XLVII, “a”, de la Constitución brasileña, que posibilita la pena de muerte en caso de guerra declarada).

El interés de la colectividad tiene que estar siempre junto a la preocupación con el social. Hay que encontrar un cierto equilibrio. El derecho al patrimonio no está arriba de los derechos colectivos, la sociedad necesita vivir en una mayor armonía y equilibrio en relación a las cuestiones sociales y económicas, en los puntos a seguir se explicará mejor esta relación.

2. ¿PAGAR TRIBUTOS ES UN DERECHO FUNDAMENTAL?

El poder de tributar brasileño es amparado en la solidaridad social, así como prevé la Constitución Federal, también prevé la existencia de derechos y deberes fundamentales, y, para que sean garantizados, se hace necesario el deber de financiamiento para que se mantenga de forma colectiva. Como advierten Stephen Holmes y Cass R. Sunstein (2019, p. 61), mantener derechos requiere costos, “Os direitos liberais clássicos dependem necessariamente de relações de comando e obediência cuja criação e manutenção, por sua vez, custa muito dinheiro”.

Conforme el artículo tercero e inciso primero de la Constitución Federal de 1988, tiene como objetivo la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria. De ese modo, todos deben contribuir para el desenvolvimiento de la sociedad común.

Con eso, se nota que, para la construcción de un Estado Democrático de Derecho, con una sociedad solidaria (como prevé la de Brasil), se tiene la necesidad de recaudar fondos, entre otras, la tributaria, para que se tenga en efectivo los derechos y garantías individuales, colectivas y sociales. Los tributos actúan como una o la principal fuente de receta del Estado y en este sentido el pagamiento de tributos por los ciudadanos tiene como objetivo garantizar el propio respeto a los derechos fundamentales, porque, para que el Estado pueda garantizar los derechos, principalmente los sociales, necesita de recursos, que son la grande mayoría fruto de los pagamientos de impuestos.

Siendo así, la obligación de pagar impuestos es una consecuencia lógica de una estructura estatal que busca conciliar la financiación de las actividades del ente político y las limitaciones y obligaciones de éste en la formulación de leyes y actos administrativos coherentes con las necesidades sociales, dando efectividad a los derechos prometidos, vinculando esta recaudación, entre otros, al criterio de proporcionalidad, observando las obligaciones asumidas por la carta constitucional.

No se puede dejar de notar que la facultad de tributar se manifiesta también como una característica intrínseca de la soberanía, de la propiedad que pertenece al pueblo, que delega su competencia en el Estado, ejerciéndola por la legalidad – en inferencia por el respeto al contrato social.

Este poder debe ser materializado por la ley -el artículo 6º del Código Tributario Nacional define estas facultades, indicando las entidades y sus atribuciones-, buscando la concreción de los derechos fundamentales (deber), bajo el riesgo de carecer de legalidad (aspecto formal), y de legitimidad (aspecto material), en vista de las limitaciones que pueden imponerse a los poderes tributarios, que no son absolutas, pues no deben actuar, por ejemplo, en detrimento de los derechos y garantías fundamentales (AMARO, 2010, p. 128).

Jose Casalta Nabais (1998, p. 192) considera que existen dos corrientes que legitiman el deber de pagar impuestos: a) motivos meramente formales -que se desprenden de la soberanía del Estado derivada del deber de obediencia, y de la propia solidaridad social-; b) motivos materiales -más vinculados a la libertad y al respeto y promoción de la dignidad humana.

Siguiendo el entendimiento del autor, la soberanía es vista como un concepto jurídico (limitado), en el que el Estado debe hacer uso de este mecanismo (fiscal/impositivo) para lograr una actuación efectiva en la promoción de la dignidad humana, y precisamente por esta limitación es que ante una no actuación o una actuación ineficaz, Pueden surgir cuestionamientos por parte de los destinatarios -también titulares del poder en la democracia, en este caso más allá de los legitimadores- para la realización de los derechos, lo que hace necesario el entendimiento de institutos como la democracia, la soberanía y el pueblo, que en este interaccionismo jurídico, deberían ser armónicos, pero es ocasionalmente conflictivo, debido a numerosos factores.

En vista de eso, entendemos que la recaudación de los tributos está destinada para la manutención de los derechos que fueran asegurados constitucionalmente, para que sean concretizados los derechos fundamentales que amparan el principio de la dignidad humana. La relación tributaria está íntimamente ligada al núcleo social, esto es, la contribución de los ciudadanos a la manutención de una esfera pública y privada de libertad e igualdad. Conforme Grecco (2005, p. 177):

[...] a tributação deixa de ser mero instrumento de geração de recursos para o Estado, para se transformar em instrumento que – embora tenha este objetivo mediato – deve estar em sintonia com os demais objetivos constitucionais que, por serem fundamentais, definem o padrão a ser atendido.

La relación entre pagar tributos y la dignidad de la persona humana (además de los otros derechos fundamentales) es que el deber fundamental de pagar tributos es la forma que existe de ser efectiva los derechos sociales prestacionales. Sin embargo, es importante mencionar que, la recaudación de las recetas tributarias para la garantía del Estado y de lo bien común no es absoluta y tiene límites. Debe siempre tener en cuenta los principios constitucionales, como la legalidad, la isonomía, la capacidad contributiva de los contribuyentes y de la prohibición al confisco.

Al tratar del tema, podemos citar como ejemplo, el impuesto sobre grandes fortunas (IGF), todavía no está en efectivo ejercicio en Brasil, sin embargo, tiene previsión expresa en la Constitución Federal de 1988 que dice: “grandes fortunas, nos termos de lei complementar” (art. 153, VII). Entendemos que el impuesto podría servir de más una forma del Estado arrecadar, y para el mantenimiento del estado democrático. Con la regulación del IGF, que va más allá de una “simple” imposición, engloba todo un contexto social y económico, que nos lleva a la reflexión sobre una justicia fiscal equilibrada (de acuerdo con la capaci-

dad contributiva de cada contribuyente y también una justa tributación.

Como ya afirmado, la Constitución brasileña establece en sus bases un Estado social, de bien-estar y garantizador de derechos, de desarrollo social y de tantos otros derechos que están previstos en la carta magna para todas las personas, es por eso que es tan común que hablen de una Constitución ciudadana, porque la Constitución brasileña trae en su texto varios derechos y preocupaciones sociales para con los ciudadanos de Brasil¹. Cuanto a ese aspecto social, también de desigualdades que existen, el tema de los tributos y principalmente en la implementación del IGF (como entendemos), el tema proviene de una grande relevancia en la comprensión de la política fiscal en Brasil, en tener una fiscalidad que tenga siempre en cuenta la capacidad contributiva.

3. ¿EL DERECHO A RESISTIRSE A LA RECAUDACIÓN DE IMPUESTOS? OBLIGACIÓN DE PAGAR *VERSUS* DESOBEDIENCIA CIVIL

La resistencia se encuadra como un derecho político, dentro de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuando en su artículo segundo dice que “el objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre”. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”, derechos de carácter liberal.

¹ Después de 21 años de dictadura cívico-militar, la Constitución Federal de 1988 es el resultado de un movimiento democrático, que tiene varios principios que rigen el Estado brasileño, en el sentido de garantizar los derechos y garantías individuales, trae el gran estímulo para la participación popular en las decisiones importantes para el país, Agrega derechos considerados fruto de la lucha social, como los vinculados a la salud, la educación, el trabajo, entre otros, y sobre todo, coloca como supuesto general e impositivo, la realidad del cumplimiento de los derechos generales que involucran a los individuos, en el ámbito privado, y a la sociedad en el ámbito público, a través de instrumentos legislativos y estrategias de gobierno. Así, este período de redemocratización en Brasil trae como marco civilizador este conjunto de principios y reglas que generan otros espacios legislativos de discusión, y, además, abre espacio a lo que también se ha producido en el ámbito internacional, en materia de carácter progresista y de protección de los derechos de las minorías.

Desde una perspectiva histórica, Wolkmer (1994, p. 34) entiende las revoluciones liberales sobre tres núcleos: a) económico (libre empresa, propiedad privada, economía de mercado); b) político-jurídico (estado de derecho, soberanía popular, supremacía constitucional, separación de poderes, derechos civiles y políticos); y c) ético-filosófico (libertad personal, tolerancia, optimismo en la vida, individualismo).

A esta matriz ideológica se suma una base de teorías contractuales, que aportan severas divergencias en cuanto a la justificación de la legitimidad del poder estatal, en la que evitaremos un análisis principalmente histórico, en vista de la brevedad del objetivo propuesto, optando por el análisis de *Weber* y *Habermas*. El primero principalmente porque fue el pionero en distinguir la legitimidad vinculada al soporte normativo, así como otros tipos de legitimidad derivados de las costumbres, destacando la vital importancia del consenso social como atributo de validez a la norma jurídica, sin embargo, deriva de la coacción (WOLKMER, 1994, p. 181).

El uso de la coerción como elemento constitutivo de la legitimidad es el gran punto de contención de *Habermas*, que lo sustituye por el concepto de aceptación, como núcleo central de caracterización de la legitimidad, introduciendo un formato dinámico a este concepto, alejándose de la idea estática y valorativa de *Weber*, que no puede considerarse del todo opositor, sino también seguidor. En realidad, *Habermas* pretendía reconstruir tanto la metodología weberiana como la sociología sustantiva, a través de sus ideales de ver el derecho, la política y la moral como inseparables. (SOUZA, 2007)

Weber, en su análisis de la legitimidad, se acerca a la visión de Hans Kelsen (2000, p. 55), no por casualidad, ya que también es positivista, sin olvidar su base neokantiana. Este último, considerado el padre del normativismo, ni siquiera trabaja con el término legitimidad, sino con las nociones de validez y eficacia, donde la primera se vincula a la obligatoriedad de las normas, imponiendo el deber de obediencia

cia y aplicación de las mismas. La segunda, en cambio, se traduce en la conducta de los hombres conforme a la norma jurídica, de forma valorativa.

Independientemente de la noción de legitimidad adoptada, varios de los contractualistas entendieron posible la rebelión, como *Hobbes* y *Locke*, debido a una especie de incumplimiento contractual por parte del poder político, en relación con los titulares del poder, “el pueblo” -como menciona *Müller*-, ya que el cuerpo político no es más que una formación resultante de las parcelas de las libertades individuales de cada ciudadano, como señala *Locke* (2002, p. 101). 101) “cabe ainda ao povo o poder supremo para afastar ou modificar o legislativo se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram”.

Sin embargo, cabe señalar que *Buzanello* (2002, p. 135) divide el derecho de resistencia en dos modalidades: a) institucional (huelga política; objeción de conciencia; desobediencia civil); y b) no institucional (derecho de autodeterminación de los pueblos; revolución y guerra).

Las bases tradicionales del uso de la desobediencia civil en la modernidad suelen asociarse a tres nombres: *Thoreau*, *Gandhi* y *Luther King*. El primero materializa los ideales de legitimidad de algunos autores del siglo XXVII, como *Locke*, en su *Carta sobre la Tolerancia* (1689), que entendía la persuasión interna (asimilación de la legitimidad del poder estatal), más como algo surgido del libre consenso que de la coerción (modelo weberiano), idea teorizada por primera vez por *Marsilio de Padua*, en *Defensor Pacis* (1324), entendiendo que el pueblo tiene derecho a elegir, corregir y, en su caso, apartar del poder, tanto a los representantes del Estado como de la Iglesia. (MERQUIOR, 2014, p. 71-72)

Se puede inferir la desobediencia civil de *Thoreau* (2012, p. 8-10) como un acto público lícito (aunque ilegal, no antijurídico), no violento (porque sería una renuncia al diálogo, lo que sería contrario a la idea misma de derecho como consenso), con dos fines principales, sensibili-

zar a la opinión pública y llegar al círculo oficial del poder, sin confundirse con el derecho de resistencia, dado que no se cuestiona la legitimidad del poder constituido, sino de un acto concreto. Tales elementos serán seguidos casi en esencia por *Gandhi* y *Luther King*, yendo más allá de la mera objeción de conciencia (RAWSL, 2008, p. 458), es decir, de la negativa a los actos, como en *Thoreau*, para actuar activamente por la realización de los derechos suprimidos.

Actualmente, dos conceptos se superponen en las discusiones, el de *Rawls* (2008, p. 453) que clasifica la desobediencia civil como “ato político, não violento, decidido com o objetivo de provocar uma mudança nas leis ou na política seguida pelo governo”, y el de *Dworkin* (2002, p. 328) que añade el derecho a no conformarse únicamente con los mecanismos legales para solicitar la protección de un derecho.

Así, vemos que el uso de la desobediencia civil también está respaldado legalmente, incluso en Brasil Buzanello (2002, p. 193-194) reafirma que se encuentra en la Constitución Federal inserta en una cláusula constitucional abierta, art. 5, §2 de la CF/88, así como la objeción de conciencia (art. 5, VIII c/c art. 143, § 1) y el principio de autodeterminación de los pueblos (art. 4, III), asociados a los principios de solidaridad y proporcionalidad, en los que se defiende como garantía de autodefensa de la sociedad, para el mantenimiento del pacto social y la preservación de las libertades y sus garantías.

3.1 El ejemplo de los movimientos de resistencia en España

En España existe actualmente un fuerte movimiento de objeción fiscal, llamado resistencia o desobediencia civil (en el ámbito fiscal). Se observa una base ideológica común, vinculada a los mismos objetivos y argumentos utilizados por *Thoreau*, es decir, apoyada en el pacifismo.

Algunos grupos se oponen al gasto militar, entendiendo que no deben financiar las guerras, ya que no están de acuerdo con esta finan-

ciación, pues consideran que hay motivos injustos que son contrarios a los valores que se deben proteger, con ramificaciones en otros países como Alemania, Holanda, Italia, EEUU y Canadá. Pero, para ilustrar, mencionaremos sólo dos de los movimientos más organizados, entre otros ubicados en territorio español: el “*Grup Antimilitarista Tortuga*”, e o “*Antimilitaristes Moc – Valencia*”.

El primero tiene como finalidad primordial la eliminación de los ejércitos y de cualquier entorno militar industrial a través de una reducción progresiva de las inversiones militares, ante el gran rechazo social de estos gastos y el interés de desplazar estos ingresos a otras ramas prioritarias, como el medio ambiente y los derechos humanos.²

Este grupo, después de recopilar datos sobre el gasto en el sector militar, llegó a la conclusión de que, sólo en 2014, se gastaron unos 41.393,28 millones de euros, lo que daría per cápita 890,87 euros. De este modo, cada contribuyente, haciendo uso de la objeción de conciencia al no estar de acuerdo con la campaña militarista y armamentista, ejercería un acto práctico, caracterizando la desobediencia civil (fiscal), en su declaración de la renta, para declarar lo que llaman “impuesto de la oposición para el gasto militar”, como algo a deducir del impuesto sobre la renta en su declaración.³

El grupo “*Antimilitaristes Moc – Valencia*” igue el mismo perfil, muy bien organizado y estructurado, con una página web y acciones de movilización civil desde 1977, teniendo entre innumerables acciones destacadas, la movilización que llevó al fin del servicio militar obligatorio en 2001.⁴

En el ámbito jurídico, el movimiento no ha encontrado todavía un respaldo por parte de los tribunales superiores, como pone de ma-

² GRUP ANTIMILITARISTA TORTUGA. Campaña de Objeción Fiscal. Disponible em: <<http://www.grupo-tortuga.com/Campana-de-Objecion-Fiscal-al,305>>. Acceso em: 05 jul. 2022.

³ GRUP ANTIMILITARISTA TORTUGA. Campaña de Objeción Fiscal. Disponible em: <<http://www.grupo-tortuga.com/Campana-de-Objecion-Fiscal-al,305>>. Acceso em: 05 jul. 2022.

⁴ ANTIMILITARISTES MOC VALENCIA. Quienes somos. Disponible em: <<http://mocvalencia.org/es/quienes-somos>>. Acceso em 05 jul. 2022.

nifiesto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

(...) aunque a la parte recurrente le asista el derecho a la objeción de conciencia por motivos ideológicos explicada en el art. 16.1 del a CE, tal circunstancia no explica un derecho a la objeción fiscal por motivaciones pacifistas en tanto que el reconocimiento de dicho derecho supondría un grave desconocimiento de otros derechos y valores constitucionales dignos de protección.⁵

Este entendimiento no sirvió para desmotivar las acciones, que tienen como esencia dar publicidad a los hechos que caracterizan las injusticias y lesiones a los derechos fundamentales, estimulando la discusión pública, que puede refrendar el consenso o cambiar la perspectiva del cuestionamiento, lo que puede ocurrir gradualmente.

Roberto Gargarella (2006, p. 46), En una crítica a una posición similar de los tribunales argentinos, destaca la noción de democracia pluralista que vincula sólo la idea de democracia representativa, citando a *John Ely*, y la idea de “*discrete and insular minorities*”, cuando la acción democrática del poder judicial debe basarse en la comprensión de agendas no priorizadas políticamente por el poder político, pero que son de interés relevante para ciertos grupos minoritarios -cualitativa o cuantitativamente- de la sociedad.

Así, la argumentación para la defensa del principio democrático con interpretaciones tendenciosas de conceptos como democracia y pueblo, suelen caracterizar una distorsión del lenguaje con vistas a mitigar los intereses de dichas “minorías”, lo que cae en una falaz contextualización de la democracia y la soberanía.

La recaudación de impuestos es necesaria, sobre todo cuando se destina a garantizar los derechos fundamentales, pero aún queda mucho

⁵ ESPANHA. *Superior Tribunal de Justicia – Comunidad Valenciana*. Procedimiento Ordinario n.º 000420/2010. Sección 3. Sentença 55/13. 22 jan. 2013.

por discutir cuando observamos el destino de lo recaudado, por lo que no podemos subestimar los movimientos de desobediencia fiscal.

4. LOS IMPUESTOS COMO FORMA EFECTIVA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Se sabe que todo derecho posee un costo, entonces, es por eso que los impuestos son tan importantes para el mantenimiento de un Estado democrático y también en el cumplimiento de los derechos humanos. El IGF, puede ser un instrumento para la reducción de desigualdades y promoción de los derechos humanos, para eso, es necesario tener un enfoque progresivo⁶ de los derechos y prohibir la regresión social.

El tema de los impuestos con el mínimo existencial, con los derechos fundamentales, los derechos humanos, poseen una relación más íntima que lo que se nota. Para tener un país que asegure los derechos básicos de su población, especialmente frente a los más vulnerables socialmente, es necesarios que se tenga recursos. El Estado, posee ese papel de garantizador de las normas y de los derechos, y para eso, los tributos que se pagan deben tener alguno tipo de retorno para la población. Cómo, por ejemplo, inversiones en políticas públicas, educación, salud, cultura y deporte, y etcétera.

La política fiscal, es redistributiva por naturaleza, una vez que beneficia más o menos determinados individuos o grupos de personas. Las decisiones de política fiscal son (y tiene que ser) decisiones sobre desigualdad, donde debe el dinero público tener como una de sus finalidades la reducción de las desigualdades y el efectivo cumplimiento de

⁶ La regresividad del sistema tributario brasileño implica que los que tienen menos capacidad contributiva pagan más y gastan más que los que tienen mayor capacidad contributiva. En otras palabras, los más pobres pagan más impuestos que los más ricos, en proporción a sus ingresos. Un sistema progresivo es exactamente lo contrario: grava de forma proporcional, es decir, según la capacidad contributiva de cada contribuyente, gastando más en los que tienen menos capacidad de contribuir.

los derechos humanos. Como advierte Costas Douzinas (2009, p. 189), “não pode haver liberdade sem igualdade econômica”.

Desigualdades y derechos humanos son dos dimensiones ligadas, sin embargo, son diferentes en su esencia. Los estudios sobre las desigualdades hacen referencia a los niveles de renda, de la riqueza, educación, etc. Los estudios sobre los derechos humanos, ya traen indicadores más absolutos como, por ejemplo, tener o no tener acceso al agua potable, alimentos, un nivel de ingresos mínimos para tener una vida digna. De esa forma, se entiende que las violaciones de un derecho humano no son necesariamente fijados en índices agregados.

Los impuestos son un importante instrumento para garantizar los derechos humanos, una vez que todos los derechos, exigen recursos para su garantía. No en tanto, los principios de los derechos humanos que deben ser considerados como base para la elaboración, la ejecución y evaluación de la política fiscal. Deben ser considerados bases, porque es necesario que se garanta el contenido mínimo de los derechos, el uso máximo disponible de los recursos para que se tenga una realización progresiva de los derechos, no retroceso social, no discriminación, transparencia y participación social. Según Rossi, et al. (2020, p. 32):

Na realização progressiva de direitos, os principais tratados de direitos humanos reconhecem que, dadas as limitações de recursos, os DESC podem ser assegurados em seu nível pleno de forma progressiva, com vistas a alcançar a completa realização dos direitos previstos no Pacto. Mas também estabelecem que os Estados devem, de forma imediata, adotar todas as medidas devidas, até o máximo de recursos disponíveis e com mobilização de novas receitas para chegar à plena efetividade dos direitos. Uma das bases do pilar da realização progressiva dos direitos é o conceito de não retrocesso social. Esse conceito implica que não é permitida a adoção de medidas deliberadas e injustificadas pelos Estados nacionais que impliquem em retrocesso, isto é, medidas que suponham a deterioração do nível de cumprimento de um direito.

Entonces, es necesario que se piense de manera conjunta los temas de derechos humanos, de la política fiscal y de las desigualdades. Para que así, se tenga una política fiscal de acuerdo con los derechos humanos y los otros principios basales de una vida digna, pues, para que se mantenga la democracia de un país se hace necesario tener principios como estos y además de principios, tense que poner en práctica. La vida y el mundo capitalista en que vivimos nos faz creer que todo tiene relación con el dinero, sin embargo, en algunos puntos eso se hace real, como en el mantenimiento de un Estado que sea democrático y que tiene como obligación hacer efectivos los derechos humanos y mínimo existencial de sus ciudadanos.

REFLEXIONES FINALES

Conforme en lo que fue estudiado en este ensayo, se comprende que el derecho al patrimonio no es un derecho fundamental absoluto, que pagar tributos e impuestos sí es un deber fundamental (de acuerdo con todos los límites y detalles explicados en el cuerpo del ensayo). El papel de la política fiscal (de los impuestos) en la garantía de los derechos humanos es extremadamente importante para su garantía, porque son necesarios recursos para la concretización de ellos.

Los derechos tienen costos, entonces su implementación y respeto, en específico (de los derechos humanos), implica en elegir a partir de varias limitaciones de recursos.

Por otro lado, no se pueden ignorar los movimientos de resistencia, que actúan a través de la desobediencia fiscal, que utilizan la objeción de conciencia para organizarse y llamar a la sociedad a tomar conciencia de hechos que consideran perjudiciales -como el excesivo gasto militar-, con el fin de crear mecanismos de desobediencia que imposibiliten la continuidad de determinadas acciones estatales, obligando al Estado -a la vez que se informa a la sociedad- a abrir canales de con-

versación para cambiar las leyes que consideran injustas, por la gravedad del hecho, o incluso por no tener mecanismos directos para legalizar sus demandas.

Por lo tanto, no se sostiene ninguna marginación de los movimientos de contestación, siempre que actúen con la intención de buscar la protección de los derechos fundamentales, en actos no violentos, apoyándose no sólo en la legalidad, sino también en la legitimidad de su reivindicación, actuando más como innovadores del ordenamiento jurídico, que necesariamente como infractores del mismo.

Sin embargo, está dentro de los límites que fueran establecidos por medio del concepto de matriz tributaria, no ignorar que los derechos son pos-tributación y que tiene costos. Siendo así, Brasil como un país que tiene varios tributos e impuestos que son cobrados de su población - además del IGF, que nunca fue cobrado, sin embargo, entendemos ser una herramienta importante para el mantenimiento y la garantía de los derechos básicos que las personas poseen – deben ser revertidos en derechos fundamentales, deben tener todo el cuidado en saber cómo, cuándo y a quien se hace ciertos tipos de cobranzas de tributos e impuestos, respetando la capacidad contributiva y enfocando en tener un sistema tributario más progresivo.

REFERÊNCIAS

AMARO, L. (2010). Direito tributário brasileiro. 16. ed. São Paulo: Saraiva.

ARANHA, M, L, A., & amp; MARTINS, M, H, P. (2009). Filosofando: introdução à filosofia. 4. ed. rev. São Paulo: Moderna.

BOBBIO, N. (2004). A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier.

BUZANELLO, J. C. (2002). *Direito de Resistência Constitucional*. Rio de Janeiro: América Jurídica.

CARVALHO FILHO, J, S. (2014). *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Editora Atlas.

DOUZINAS, C. (2009). *O fim dos direitos humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos.

DWORKIN, R. (2002). *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes.

LEAL, R, S. (2012). A propriedade como direito fundamental: breves notas introdutórias. Brasília a. 49 n. 194 abr./jun. *Revista de Informação Legislativa*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496577/000952682.pdf?sequence=1>.

GARGARELLA, R. (2006). *Carta abierta sobre la intolerancia: apuntes sobre derecho y protesta*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina.

GRECO, M, A. (2005). *Solidariedade Social e Tributação*. In: São Paulo: Dialética.

HOLMES, Stephen & SUNSTEIN, Cass R. (2019). *O custo dos direitos – por que a liberdade depende dos impostos*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes.

KANT, I. (2005). *A metafísica dos costumes*. Tradução José Lamago. Lisboa: Calouste gulbenkian.

KANT, I. (2011). *Crítica da razão prática*. Tradução, introdução e notas de Valerio Rohden. São Paulo: Martins Fontes.

KELSEN, H. (2000). *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes.

LOCKE, J. (2002). *Segundo Tratado sobre o governo*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Martin Claret.

MERQUIOR, J. G. (2014). *O liberalismo antigo e moderno*. Trad. Henrique de Araújo Mesquita. 3. ed. São Paulo: É Realizações.

NABAIS, J. C. (1998). *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina.

RAWLS, J. (2008). *Uma teoria da justiça*. Trad. Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes.

ROSSI, P., DAVID, G., & CHAPARRO, S. (2020). Política fiscal, desigualdades e direitos humanos. In: DWECK, E, ROSSI, P, & OLIVEIRA, A. (orgs.). *Economia pós-pandemia: desmontando os mitos da austeridade fiscal e construindo um novo paradigma econômico*. São Paulo, SP: Autonomia Literária.

SOUZA, J. (2007). *O Direito e a Democracia Moderna: a crítica de Habermas a Weber*. Disponível em: <http://estadoedemocracia.blogspot.com.br/2007/05/o-direito-e-democracia-moderna-crtica.html>. Acesso em: 05 jul. 2022.

THOREAU, H. D. (2012). *A desobediência civil*. Trad. José Geraldo Couto. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras.

WOLKMER, A. C. (1994) Pluralismo Jurídico: fundamento de uma nova cultura no direito. São Paulo: Alfa Ômega.

WOLKMER, A. C. (1994). Legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. Revista de informação legislativa, v. 31, n. 124, p. 179-184, out-dez 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/176273>. Acesso em: 05 jul. 2022.

**CRISE DEMOCRÁTICA NACIONAL:
PEDAGOGIA JURÍDICA
TRADICIONAL E NECESSIDADE
DA JUSTIÇA PARTICIPATIVA**

Valmôr Scott Junior
Taiguer Henrique Silva Saraiva

ELEMENTOS INTRODUTÓRIOS: CONTEXTO INVESTIGATIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/88 elencou um rol extensivo de direitos e garantias fundamentais que visam atingir os objetivos e fundamentos da República, assim como a manutenção do regime democrático de representação política para a concretização das vontades constitucionais. Entretanto, na prática, o Estado brasileiro, constantemente, tem fracassado na execução de parcela considerável dos direitos e garantias fundamentais, colocando o sistema democrático, também, em uma situação de vulnerabilidade.

Este estudo visa demonstrar que o modelo político-jurídico tradicional do Estado liberal monista não responde, satisfatoriamente, às demandas plurais da sociedade na contemporaneidade, sobretudo, em situações extraordinárias, como a da recente crise sanitária e socioeconômica ocasionada pela Covid-19. O fator da crise sanitária tornou-se um elemento adicional para o agravamento da crise democrática nos últimos dois anos (2020-2021) em razão do diálogo precário entre os Poderes da República, os Entes Federativos, as Instituições e a Sociedade Civil.

Por meio de pesquisa bibliográfica e indutiva, tecemos críticas à Pedagogia Jurídica tradicional - de muita reprodução e pouca reflexão - como complicadora da falência do modelo jurídico estatal monista que, em crise, ameaça constantemente o projeto do Estado Democrático de Direito. Por fim, apresenta-se como possibilidade de ferramenta mitigadora da crise democrática nacional a teoria do Pluralismo Jurídico, especialmente, por meio da corrente da Justiça Participativa.

1. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: DESDOBRAMENTOS

Os ideais libertários foram o ponto de partida da forma mais sofisticada - por uma visão ocidentalizada - de organização social que dispomos na contemporaneidade: o Estado Democrático de Direito. “A ideia moderna de um Estado democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana”, inicialmente ancorado nos valores da liberdade (DALLARI, 2011, p. 145).

Brevemente, convém destacar dois conceitos de liberdade que, grosso modo, dividem-se em negativa e positiva. A primeira ligada à autonomia individual sobre interferências inapropriadas do Estado que, futuramente, influenciaria nas características da primeira geração de Direitos Fundamentais¹. A segunda, por sua vez, conectada aos Direitos Políticos, pilares da cidadania e da democracia (SILVA, 2005).

Na sua gênese, o Estado de Direito teve seu desenvolvimento, “(...) das lutas contra o absolutismo, sobretudo através da afirmação dos direitos naturais da pessoa humana” (DALLARI, 2011, p. 147). A partir do século XVIII, as revoluções liberais inglesa, americana e francesa conduziram o Estado democrático do plano prático para o plano teórico, apoiados em três características principais: a) supremacia do debate público, o qual introduziu a participação popular nos governos, tornando-os representativos e reforçando os Direitos Políticos; b) preservação da liberdade, como princípio básico da não interferência do Estado na

¹ A respeito das dimensões dos Direitos Fundamentais, insta salientar, as características, em regra, abstencionistas dos direitos de primeira dimensão que limitam o poder do Estado e estão ligados ao ideal de liberdade. Somente a partir do final do século XIX e, principalmente, no século XX, pelas demandas dos movimentos sociais e políticos, sobretudo os da classe operária no contexto da industrialização, que os Direitos Sociais foram gradualmente sendo reconhecidos pelos Constitucionalismos nacionais. Sarlet aduz que (2018, p. 47): “Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”.

vida dos particulares, quando não houver ofensa a nenhum bem jurídico; e c) igualdade de direitos, a qual associa-se à vedação de distinções na fruição deles, principalmente, no que concerne às discriminações de vieses classistas.

Nesse encadeamento do desenvolvimento histórico das declarações de direitos, segundo Bobbio (2004), pode-se elencar três estágios históricos fundamentais: o filosófico, o declaratório, e o da associação das bases filosóficas e positivistas nos instrumentos de garantias (inter)nacionais.

As teorias filosóficas, de vieses individualistas, como a ‘jusnaturalista’, na proteção da liberdade e da igualdade, com base nas ideias de Locke e Rousseau, fundaram as bases das declarações de direitos.

Após essa fase, ocorre a positivação dos direitos, com o registro escrito no âmbito nacional. As teorias são (re)conhecidas por um legislador, nas palavras de Bobbio (2004, p. 19): “(...) os direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos”.

Uma associação entre as duas fases anteriores, com a junção entre a positivação dos direitos - considerados universais nas esferas (inter)nacional - fechou os estágios clássicos, e houve a compreensão de que alguns valores sociais transcendem a necessidade de reconhecimento das esferas nacionais, e devem ser protegidos de forma transnacional, até mesmo contra eventuais violações dos próprios Estados nacionais.²

² Piovesan (2018) expõe que a urgente necessidade da proteção internacional dos direitos dá-se em oposição aos horrores ocorridos na Segunda Guerra Mundial. Segundo a autora, na nova ótica contemporânea dos direitos humanos podem ser consideradas principalmente duas características: por um lado, global e regionalmente, há declarações e instrumentos de direitos humanos em comum com vários estados partes signatários. Por outro lado, a maioria das Constituições nacionais trataram de positivar normas e valores, muitas vezes, inspiradas ou influenciadas nos documentos de proteção internacional de direitos.

Cumpridos esses momentos, no Constitucionalismo contemporâneo, ordinariamente da forma monista estatal, não há como não vincular os Direitos Fundamentais, a Constituição e o Estado de Direito. Sob o enfoque jurídico positivo brasileiro, a CRFB/88, no título II, dos Direitos e Garantias Fundamentais promulgou: os Direitos Individuais; Coletivos; Sociais; de Nacionalidade e Políticos. O Estado brasileiro aglutina na sua estrutura todas as principais forças do desenvolvimento social, inclusive, relativamente aos Direitos Políticos, alicerces da democracia e da cidadania (SARLET, 2018, p. 59).

As poucas ferramentas de democracia direta pátria, como a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, o Plebiscito e o Referendo, não concorrem com as “regras do jogo” postas pelo Estado e seus mecanismos de representação indireta. Por isso, existe uma limitação prática da constitucionalização dos Direitos Políticos na CRFB/88, destarte, se por um lado, deve ser valorizada a positivação dos direitos fundamentais, por outro lado, persiste um discurso vencedor em relação a eles, mas importa que os direitos, por si, são meramente declaratórios, necessitando do funcionamento regular das instituições, em regime democrático, para garanti-los.

No agravamento dessa situação, para Rossi e Dwek (2016), as consequências da aprovação do Projeto de Emenda Constitucional (PEC 55), conhecida popularmente como “PEC do teto de gastos”, responsável pelo congelamento do orçamento público, exceto no que se refere ao pagamento da dívida pública que visava, em tese, à mitigação da dívida econômica brasileira, apresentou impactos macroeconômicos e consequências para o exercício dos direitos fundamentais.

A persecução pela austeridade de forma equivocada, além de comprometer o bem-estar social dos cidadãos, em virtude dos cortes efetuados no orçamento público, deprimiu a demanda de postos de trabalho. Os autores previam, já em 2016, que, “se o governo procurar evitar o déficit público cortando suas despesas, ele pode simplesmente

piorar a sua situação patrimonial e a do setor privado, ou seja, o esforço fiscal cortará ainda mais as receitas do setor privado” (ROSSI; DWECK, 2016, p. 1).

No Brasil, a política de austeridade é aplicada desde 2014, pelo governo Dilma Rousseff, continuada pelo presidente interino Michel Temer - independentemente da experiência desastrosa experimentada no governo petista - tendo em vista o caráter contraproducente da política aderida. A procura pelo gasto público federal nulo e, consequentemente, pela redução da dívida pública em proporção ao PIB, tentou reduzir o papel do Estado na economia, todavia, demonstrou-se infundada, também, do ponto de vista da macroeconomia.

A reforma fiscal caracterizou-se como uma forma de redução drástica das ocupações estatais, sendo um retrocesso tanto do ponto de vista macroeconômico - gerou um entrave à economia - quanto do ponto de vista social, pois o crescimento da população não foi acompanhado pelos gastos públicos, gerando uma (maior) crise no exercício dos Direitos Fundamentais, sem exclusão dos Direitos Políticos.

Nessa perspectiva, levanta-se uma problemática de ordem prática para o exercício dos Direitos Fundamentais, porque sua aplicação deve ocorrer através do protagonismo dos órgãos políticos na elaboração e manutenção das Políticas Públicas. Em tempos de crise democrática prolongada – combinada com uma crise sanitária - o protagonismo dos órgãos políticos e jurídicos na execução dos direitos fundamentais foi questionado com mais intensidade.

A qualidade dos serviços sob responsabilidade dos órgãos políticos e jurídicos deve ter como base a efetivação dos Direitos Fundamentais que, no que lhe concerne, baseia-se em Princípios próprios; essencialmente, no Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, em que o intérprete deve escolher a alternativa mais ampla de proteção entre as materialmente palpáveis; e no Princípio do mínimo existencial, que, vinculados ao Princípio da dignidade da pessoa huma-

na, analisam a razoabilidade do pedido com a disponibilidade financeira do Estado (SARLET, 2018).

A problemática de efetividade dos Direitos é um dos motivos que oportunizaram o fenômeno denominado como (neo)constitucionalismo. Atualmente, muitos autores acreditam que a jurisdição brasileira se encontra na fase do (neo)constitucionalismo. Segundo Ávila (2009), Barberis (2006) e Barroso (2005), mesmo com as divergências sobre o conceito e a aplicabilidade dessa teoria no país, ele caracteriza-se, resumidamente, pelas alterações na forma de compreender o fenômeno do constitucionalismo e interpretá-lo, privilegiando, principalmente, a força normativa da constituição, a expansão da jurisdição constitucional, e uma interpretação que considera as relações entre valores, Princípios constitucionais – técnica da ponderação – e regras. Em outras palavras, uma aplicação do Direito centrada na constituição e nos Direitos Fundamentais, especialmente, através do Poder Judiciário. Trata-se de uma solução parcial para um problema hipotético, se utilizado com razoabilidade ou um problema político-jurídico, caso aplicado de forma exagerada, pois se tende ao mero “decisionismo”.

Os Direitos Fundamentais reconhecidos, sobretudo concretizados, são condições indispensáveis para a manutenção do regime democrático. O “dever ser” deve “tornar-se”. O tornar-se só pode ocorrer pela capacidade dos Direitos Fundamentais lastreados em ferramentas emancipatórias, visando à mitigação/superação da crise democrática nacional atual.

Neste estudo apresenta-se o Pluralismo Jurídico, especialmente, na figura da espécie da Justiça Participativa para o estabelecimento de critérios objetivos para aplicação das Políticas Públicas e dos Direitos, consoante com a Constituição e controle externo pelos cidadãos, porque o cidadão não deve ser objeto passivo do Estado, mas agente ativo na construção do espaço público.

Diante da breve base teórica dos desdobramentos do Estado brasileiro em situação de crise democrática, passa-se à discussão da falên-

cia da concepção estatal monista, acompanhada por uma Pedagogia Jurídica com forte caráter de reprodução e comumente de currículos condensados.

2. PARADIGMA TRADICIONAL DA PEDAGOGIA JURÍDICA: PREJUÍZOS AO MODELO JURÍDICO DO ESTADO MONISTA

Para além da incapacidade palpável do Estado na melhor execução das Políticas Públicas e posterior tutela dos Direitos Fundamentais, no modelo de legitimidade única de tutela, vislumbra-se que uma parcela considerável dos profissionais do Poder técnico da República – o Poder Judiciário – passam pelo Ensino Jurídico. Com base nisso, abre-se espaço para tratar da Pedagogia Jurídica, do ensino do direito nas universidades, faculdades, seus limites e desafios para a garantia do regime democrático.

A Pedagogia Jurídica pode ser definida como o campo do conhecimento que estuda os processos de educação jurídica. Considera-se que esta última ocorre mediante o ensino e aprendizagem dos princípios, das normas, dos institutos e dos procedimentos jurídicos de caráter oficial ou não, dos significados criados por seus conteúdos e aplicações, pelas formas de regulação produzidas, mediante processos interativos desenvolvidos por pessoas e instituições em tempos e espaços determinados (LEITE, 2004, p. 1).

A Pedagogia Jurídica trata dos processos substanciais da educação jurídica, em sentido *lato*, e em sentido *stricto*, do ensino do Direito, e de seus institutos, dos mais conservadores aos mais progressistas, e, também, dedica-se aos reflexos que esses processos produzem no corpo social em determinado espaço-tempo histórico.

O ensino jurídico e seus instrumentos possuem particularidades, pois as relações estabelecidas entre os diversos atores que os produzem os colocam nessa condição. Por um lado, o ‘Campo Jurídico’ com as associações entre legisladores, operadores do direito e sociedade civil; e, por outro, o ‘Campo Pedagógico’ e as relações entre pesquisadores, professores e estudantes; formam um terceiro campo, quando da oportunidade da constituição do ‘Campo Pedagógico’ dos profissionais que atuarão posteriormente no ‘Campo Jurídico’. Este último produz o Direito e colabora com o primeiro em uma relação dialógica, ora verticalizada, por vezes, horizontalizada, sem um padrão definido:

Neste sentido, observo uma certa singularidade entre os dois campos; do Campo Jurídico, a recontextualização de leis, jurisprudência e, relacionada a elas, a doutrina. Do campo pedagógico do Ensino Jurídico, a ação de formar profissionais para as carreiras jurídicas do Estado (LEITE, 2004, p. 13).

Além do conteúdo/substância da Pedagogia Jurídica, a estrutura quantitativa e qualitativa dos locais nos quais ocorre o Ensino Jurídico oficial, tornaram-se um problema. Para Leite e Dias (2013) o aumento da criação e autorização de cursos e faculdades de Direito pode estar associado com a baixa qualidade de alguns cursos, considerando a opção de boa parte dos currículos jurídicos preocuparem-se, como regra, mais fortemente, com o conhecimento técnico e objetivo do que com formações mais amplas e críticas na área. Um dos fatores determinantes para essa situação na contemporaneidade é a mercantilização/privatização da educação jurídica, “esta constante precarização do ensino do direito alcança limites indesejáveis, como, por exemplo, cursos autorizados sem condições estruturais mínimas” (LEITE; DIAS, 2013, p. 5).

Em associação aos problemas substanciais e de estrutura que a Pedagogia Jurídica enfrenta como campo autônomo do conhecimento,

existem desafios acessórios: a) elevado grau de currículos com um tecnicismo exacerbado em detrimento de um diálogo mais amplo com as humanidades em geral. Os currículos tendem a tratar as áreas da sociologia, filosofia, história do direito, entre outras, geralmente, como propedêuticas, apenas como suporte inicial sem uma conexão maior com a Ciência e a Pedagogia Jurídica ao longo da formação do bacharel; e b) linguagem jurídica demasiadamente técnica que não conversa diretamente com a sociedade, e não se exclui a complexidade dos signos que determinada área do conhecimento pode adotar.

Algumas ações simples podem colocar o Ensino Jurídico em situação de inovação para mitigação da problemática apresentada até o presente momento (falência do modelo estatal-liberal-individualista), sendo: a) o estudo do direito no ensino fundamental e médio, visando oportunizar a todos os brasileiros uma apropriação dos conceitos básicos da Pedagogia Jurídica oficial; b) a ampliação da formação do docente da área jurídica em Pesquisa, Extensão e, especialmente, em Ensino Jurídico; por fim, c) uma Pedagogia Jurídica interdisciplinar e multidisciplinar, pois estão em jogo a organização e o bem-estar da sociedade e, neste contexto, o campo jurídico, seja na teoria ou *práxis*, não pode prescindir dos campos da História, da Ética, da Política, entre outros tantos (LEITE, 2013).

As questões levantadas até então referem-se a uma situação de ‘normalidade’. A pandemia da Covid-19 apresentou desafios específicos para todos os campos do conhecimento, inclusive, para o Ensino Jurídico. Elgueta (2020) menciona: a precariedade da disposição das Tecnologias Digitais da Informação e Comunicação (TDICs); o desenvolvimento das habilidades e competências necessárias para o uso das potencialidades das TDICs; e, por fim, a criatividade em utilizá-las em atividades pedagógicas efetivas, como as principais adversidades:

Se ha venido implementando una docencia virtual en réplica de la docencia presencial, pero sin un diseño instruccional previo; no se han preparado clases e-learning, sino que se han impartido sesiones con formato presencial en la web. Se implementó el proceso como se pudo, sin preparación pedagógica y didáctica, en buena parte de las escuelas de derecho. Sin embargo, ha sido notable el trabajo de los y las académicas, su compromiso con seguir adelante a pesar del desconocimiento y la incertidumbre en un contexto de pandemia: su trabajo ha permitido la continuidad del año académico (ELGUETA, 2020, p. 4).

Nesse processo, o que ocorreu foi a execução de uma Pedagogia Jurídica através do Ensino Remoto Emergencial (modelo excepcional no qual transportam-se elementos didáticos presenciais para uma versão remota análoga), não uma Pedagogia Jurídica em Educação à Distância (EaD), modalidade educacional com metodologias consolidadas e (re)formuladas por longos anos de estudos. Contudo, não podemos deixar de observar a implementação de uma Pedagogia Jurídica em tempo exíguo (semanas ou meses para implantação), ao permitir a continuação da educação jurídica nas faculdades de Direito, sobretudo em dois anos excepcionais (2020-2021) da história recente da educação.

Em estudo sobre em quais aspectos o Ensino Jurídico foi afetado durante a pandemia, Tabarelli e Galia (2021), a partir da premissa de que a hermenêutica jurídica no Estado brasileiro, pautada no exercício dos direitos fundamentais, não comporta mais que os intérpretes do Direito – incluídos os estudantes de Direito - sejam meros reprodutores de textos legais, concluem:

(...) já nos bancos acadêmicos das Faculdades de Direito Brasil afora, imprescindível que dos discentes sejam exigidas atividades crítico-reflexivas, além dos compromissos tradicionais vinculados a aquisição de conhecimentos teóricos e a correlata aproximação dos mesmos com a prática forense (TABARELLI; GALIA, 2021, p. 73).

Além disso, é imperioso que, na era da sociedade da informação, a Pedagogia Jurídica não trate as TDICs como prescindíveis, mas que as use para potencializar os processos de ensino-aprendizagem:

Dessa forma, a tecnologia digital acaba com a narrativa contínua e sequenciada dos textos escritos, apresentando-se como um fenômeno descontínuo. Sendo assim, sua temporalidade e espacialidade, expressa em imagens e textos nas telas, acontecem na hora de sua apresentação. As aulas expositivas, centradas apenas na apresentação de conteúdos pelo professor, restam prejudicadas nessa nova realidade virtual tecnológica, em que a produção do conhecimento pode e deve se dar de múltiplas formas (rede wireless, uso de tablets e notebooks, aulas construídas com data show, quadros interativos, entre outros exemplos ocasionados por essa evolução da tecnologia na produção do conhecimento) (TABARELLI; GALIA, 2021, p. 75).

Dito de outra forma, ocorreu uma mudança significativa no acesso aos estímulos dos estudantes de Direito, com uma ruptura do ensino meramente expositivo e presencial, de leitura maciça dos códigos e doutrinas jurídicas. Vislumbrando-se mais como uma atualização do que já deveria estar sendo difundido no Ensino Jurídico do que com a inovação pedagógica propriamente dita.

Embora os desafios sejam imensos, os ganhos em habilidades e competências relativas às TDICs por parte dos docentes e discentes “(...) marcará un antes y después en la formación jurídica, lo experimentado y aprendido en el aula de clases a propósito de la pandemia traerá cambios que creemos ya han sido advertidos por la Unesco y por la investigación y que serán oportunidades de cambio e innovación” (ELGUETA, 2020, p. 5).

Uma possível consequência, fruto das mudanças que a pandemia acarretará na oferta dos cursos de Direito, refere-se à implementação da modalidade EaD. No cenário atual de autorizações de novos cursos nes-

sa modalidade, por um lado há juristas contrários apontando a fundamentalidade da presencialidade para a formação do bacharel em Direito, por tratar-se de ciência social que demanda durante a sua formação o espaço dialógico presencial. Sob outro prisma, há profissionais que defendem a implementação de cursos de Direito na modalidade EaD, como fundamento, relatam que grupos que não tenham disponibilidade da presencialidade, por quaisquer motivos, possam realizar uma formação jurídica (DURLO; GENTIL, 2022).

Contudo, independentemente da modalidade adotada, o futuro da Pedagogia Jurídica, que no ensino presencial se expressava por currículos condensados, permanecerá dessa forma ou mais agravada em prováveis modelos EaD, ou semipresenciais. Por esse motivo, sem depender da metodologia a que se filia, o que é mais relevante em uma Pedagogia Jurídica que visa enfrentar a falência do modelo Jurídico do Estado monista:

Repensar a forma de ensinar o direito está muito longe de resumir-se em novas metodologias. Será necessário visualizar a formação pedagógica do professor de direito, que não raras vezes tem o magistério como seu segundo ou terceiro empregos. E o mais importante: a reformulação do ensino deve passar por avaliar o conteúdo das matrizes curriculares. Por isso o ideal é que se discuta o que é o direito, para depois debater como ensiná-lo (DURLO; GENTIL, 2022, p. 27239).

Além disso, para complementar:

Momento de crise, trazido pela pandemia do coronavírus, pode ser oportuno para revisão de paradigmas. O que se busca é o despertar, ainda que inicial, de um olhar crítico sobre os fenômenos jurídicos, passando de produções e repetições dogmáticas a um processo democrático de busca pelo conhecimento (DURLO; GENTIL, 2022, p. 27242).

Dessa maneira, a situação da crise democrática atual, agravada, também, em virtude da crise sanitária da Covid-19, figura-se como um local de possibilidades para repensarmos a Pedagogia Jurídica. Para tanto, propõe-se, sobretudo, refletir sobre a forma de ensinar o Direito, que pode ter reflexos na mitigação da crise do estado-liberal-individualista de forma mediata. Enquanto isso não ocorre, como recurso imediato, analisam-se, no próximo tópico, as contribuições da Teoria do Pluralismo Jurídico, especialmente, a espécie da Justiça Participativa como ferramenta mitigadora dessa crise.

3. MODELO INSTITUCIONAL JURÍDICO ÚNICO: NECESSIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE NOVOS SUJEITOS

Os limites ao exercício do Poder estatal estão vinculados estritamente à execução das garantias e dos direitos fundamentais, sobretudo, na era pós-democrática matriz da Constituição de 1988, em que o cenário contemporâneo pode ser denominado de Pós-Democrático. Na reforma do Direito, realizada pelo Poder constituinte derivado, há mais influências dos Poderes Econômicos do que quando do exercício do Poder Constituinte originário, que contemplava uma maior diversidade em termos de grupos com efetiva força na tomada de decisões (CASA-RA, 2017).

Nesse viés, a crise no Estado Democrático torna-se quase que permanente, perde-se a qualidade de situação passageira, visto que é o próprio Estado nacional, na sua forma monista, agente das mais variadas ocorrências de precarização dos direitos, devendo-se considerar a possibilidade de contenção ao exercício do Poder estatal.

Nessa senda, propõe-se que as ações para mitigação da crise democrática nacional, além de transitarem por uma Pedagogia Jurídica crítico-reflexiva, como opção mediata, também, devem aderir a movimentos pluralistas como possibilidade imediata. Para Wolkmer (2001,

p. 288), a tradição legislativa brasileira é marcada por crescentes desigualdades sociais, marginalização de vários setores populares e, dentre outras características, a ineficácia de uma justiça demasiadamente formalista e burocrática.

Os desafios dos cidadãos para o exercício de uma cidadania coletivo-participativa envolvem a criação de “direitos comunitários” insurgentes surgidos através das necessidades da população e, sob outro ângulo, na luta pela afirmação de direitos existentes na legislação, mas não regulamentados.

Insta salientar a necessidade do pluralismo comunitário-participativo, que reconhece os movimentos sociais, bem como outros sujeitos individuais e coletivos, como também legitimados a produzir política, paralelamente, ao Poder Estatal. Wolkmer (2001, p. 294-295) menciona que alguns instrumentos de utilidade aos sujeitos coletivos para o exercício da cidadania participativa estão elencados na própria Constituição, sendo conveniente citar a Ação Civil Pública, o Mandado de Segurança Coletivo, o Mandado de Injunção, além das convenções coletivas.

Importante se faz salientar que a concepção de pluralismo jurídico como forma de pensar o Direito para além do monismo estatal envolve uma série de concepções distintas de pluralismo, que vão desde correntes mais conservadoras até outras mais libertárias. Nesse sentido, há necessidade de distinguir a concepção de pluralismo jurídico que se defende, sob pena de abrir margem para a defesa de pluralismos jurídicos não apropriados para mitigação das crises democrática/sanitária nacional.

Wolkmer (2001, p. 234) assinala que a articulação de um Direito emancipatório e pluralista envolve a interação entre o pluralismo legal (nível do Direito) com um pluralismo comunitário-participativo (nível do social e da política), a partir do desenvolvimento de condições básicas, que envolvem a definição das fontes, os fundamentos e o objeto desta nova forma de pensar o Direito.

O pluralismo jurídico, como modelo de inovação, depende do comprometimento com a atuação dos sujeitos coletivos, conferindo legitimidade aos atores sociais e a satisfação das necessidades humanas, pilares que compõem os fundamentos de “efetividade material” para esta corrente contra-hegemônica. Sob outro aspecto, a noção de pluralismo jurídico comunitário-participativo envolve os fundamentos de “efetividade formal”, que consistem na descentralização dos espaços públicos, a partir da participação e controle (estratégia) exercidos pela comunidade (WOLKMER, 2001, p. 231).

Ainda, adiciona-se a inserção do pluralismo jurídico com certos “fundamentos formais” como a materialização de uma “ética concreta de alteridade” e a construção de processos atinentes com uma racionalidade emancipatória”, ambas capazes de traduzir a diversidade e a diferença das formas de vida cotidianas, a identidade, a informalidade e autonomia dos agentes legitimadores (WOLKMER, 2001, p. 234). Para o autor (2001, p. 125), “a solução para o amplo processo de conflitos e de crise das estruturas está na prática participativa e transformadora dos movimentos sociais, portadores de nova ordem social emancipadora”.

Por conseguinte, constata-se nesse movimento, a título ilustrativo, a participação de cidadãos em uma audiência pública, por exemplo, uma *práxis* que pode ser considerada uma forma de pluralismo jurídico comunitário-participativo. Trata-se da insurgência das comunidades historicamente oprimidas e marginalizadas intervindo nos espaços políticos de decisão, tais como as audiências públicas, ratificando que o poder político não se resume somente ao Estado, visando recuperar, mesmo que ainda em baixa intensidade com uma menor crítica à legitimidade popular de representação política.

Dito de outra forma, as coletividades, atuando em prol da satisfação das necessidades da comunidade em um caso concreto (efetividade material), demonstram organização e autodeterminação para atingir um objetivo comum (efetividade formal).

Isso se faz necessário, na busca por novos mecanismos que legitimem a democracia nacional, sobretudo em situações que ensejam inovações, pois, para Abranches (2018, p. 15), “a democracia não é um ponto de chegada, é um processo, um alvo móvel. Após cada rodada de aperfeiçoamentos, aprofundamentos, outras se farão necessárias”, inclusive teorias jurídico-pluralistas.

A história recente do Constitucionalismo nacional será marcada pela pandemia do novo coronavírus, declarada como emergência de saúde pública internacional, em 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial da Saúde (OMS). A colaboração mútua e responsabilidade compartilhada, pilares do federalismo cooperativo e modelo adotado pelo Constituinte de 1988, foi pouco observada pelos Entes Federativos e pelos Poderes da República durante o estado emergencial da crise pandêmica.

Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, na maior parte desse período, inclusive, protagonizaram disputas de Poder, sendo oportuno mencionar o debate jurídico que culminou com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) de que as medidas adotadas pelo Governo Federal, na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do Novo Coronavírus, não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020).

Tendo em vista que as ações dos Poderes e dos Entes Federativos, no Estado brasileiro, modelam a qualidade dos direitos fundamentais ofertados, se o próprio Estado, por atos comissivos (má gestão dos recursos públicos, corrupção, privilégios econômicos para grupos não vulneráveis, divergências institucionais) ou omissivos, é o principal causador da situação de precarização dos direitos, tanto pelo viés positivo – da relação de ausência do ponto de vista prestacional das garantias constitucionais – como no viés negativo – de abster-se a infringir

gir Direitos, vislumbra-se a Teoria do Pluralismo Jurídico com as ferramentas de Justiça Participativa como alternativas adequadas para colocar novos atores sociais no jogo democrático, visando à mitigação da crise de representatividade atual do Estado brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o agravamento da crise democrática nacional, causada pela crise sanitária da Covid-19, verificou-se uma maior dificuldade de implementação do Estado de Bem-Estar Social no país. Nesse sentido, identificou-se a insuficiência do modelo jurídico liberal-individualista, que, com limitada participação popular e respostas insatisfatórias às necessidades sociais, tem sido deslegitimado constantemente.

Dessa feita, elencou-se a importância de uma Pedagogia Jurídica inovadora que vise à superação das lacunas apresentadas pelo modelo jurídico liberal-individualista de forma mediata, assim como a possibilidade de implementação do Pluralismo Jurídico e da Justiça Participativa como alternativa imediata aos problemas apresentados. Na busca por uma maior legitimação, tanto das representações políticas quanto das ações comunitárias dos grupos sociais, vislumbrando no horizonte dos direitos fundamentais, reconhecimento e, especialmente, efetivação.

Pelo exposto, conclui-se que uma Pedagogia Jurídica mais crítico-reflexiva, e ferramentas de democracia direta como a Justiça Participativa, são instrumentos eficazes, tanto teóricos quanto práticos para: a) identificar os problemas explícitos e implícitos do sistema democrático nacional; e b) propor e executar ações efetivas tanto no campo teórico quanto na esfera prática, atuando na solução dos problemas de representatividade e legitimidade política.

A crise democrática – estruturada no velho modo de pensar o constitucionalismo nacional – precisa ser superada. Com isso, um novo

Estado Democrático de Direito deve afastar-se do que não deu ou não está dando certo, sob pena de repetir erros de outros tempos.

O Estado, a política e a sociedade encontram-se em crise, ora por influência dos poderes econômicos, ora por corrupção interna, e, principalmente, pela confusão sobre seu próprio momento histórico que deve estar diretamente relacionado com o efetivo exercício de direitos e garantias fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. **Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

AGÊNCIA BRASIL. **Primeiro caso de COVID-19 no Brasil completa um ano**. Agência Brasil EBC: Brasília, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-02/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-completa-um-ano>. Acesso em: 2 ago. 2022.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Instituto Brasileiro de Direito Público, Salvador, n. 17, jan./fev./mar. 2009.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, São Paulo, v. 1, n. 7, p. 18-30, jan./jun. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Re-**

vista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7. reimpressão.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DURLO, Juliana Vendramini; GENTIL, Plínio AB. Ensino jurídico em crise e construção de novos paradigmas pós-pandemia. **Brazilian Journal of Development**, v. 8, n. 4, p. 27231-27249, 2022.

ELGUETA, María Francisca. **Desafíos de la educación jurídica latinoamericana en tiempos de pandemia**. 2020.

LEITE, Maria Cecilia Lorea. Pedagogia jurídica e democracia: possibilidades e perspectivas. In: **Anais VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais**. Coimbra. 2004. p. 01-18.

LEITE, Maria Cecilia Lorea; DIAS, Renato Duro. **Imagens da justiça e educação jurídica na contemporaneidade**. 2013.

PIOVESAN. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. “Direitos Humanos: Desafios da Ordem Internacional Contemporânea. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. **Cadernos de Saúde Pública**. Espaço Temático: austeridade fiscal, direitos e saúde. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005.

TABARELLI, Liane; GALIA, Rodrigo Wasem. Repensando o ensino jurídico a partir da pandemia (covid-19) e as novas tecnologias para a educação à distância. **Revista Científica Disruptiva**, v. 3, n. 1, p. 65-80, 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Editora Alfa Omega, 2001.

WOLKMER, Antonio *et al.* (org.). **Pluralismo Jurídico**: Os novos caminhos da contemporaneidade. San Pablo, Brasil: Editora Saraiva Jurídico, 2010.

**ESTÁNDARES INTERNACIONALES
DE PROTECCIÓN FRENTE A LOS
DELITOS DE ODIO: ENFOQUE AL
SISTEMA REGIONAL EUROPEO**

Eliane Peres Degani
Márcia Rodrigues Bertoldi

1. INTRODUCCIÓN

El poder semántico que se ha conferido a la expresión delitos de odio (*hate crimes*) hace con que el tema, hoy día, sea de los más recurrentes, entrecruzando debates entre el derecho penal y el derecho internacional y, asimismo, en áreas ajenas al Derecho. En suma, aparte de los actos discriminatorios violentos sean cada vez más frecuentes en la sociedad internacional actual¹, la expresión delitos de odio pasa por un proceso de banalización, por lo cual cualquier acto de intolerancia, con independencia de las características del colectivo o personas a las que se dirija, es susceptible de ser calificado como infracción penal².

Dicha evidencia, al mismo tiempo en que lanza luz a la marginación y exclusión históricas a que son sometidos determinados grupos minoritarios, abre espacio para generalizaciones y el manejo inadecuado de bienes jurídicos de categorías distintas, desnaturalizando conceptos y vaciando de sentido la razón misma que justifica el uso de la intervención penal como mecanismo de protección de los derechos humanos y su principal fundamento, la dignidad humana.

A raíz de este fenómeno, el presente trabajo objetiva exponer la mirada por la que operan los estándares internacionales de protección, con especial enfoque a los organismos europeos, al dictaminar los mar-

¹ Véase *Hate crime recording and data collection practice across the EU*, último informe elaborado por la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), que recopiló los registros de delitos de odio informados por los Estados miembros de la UE entre 2007 y 2017: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-hate-crime-recording_en.pdf.

² Como bien advierte LAURENZO COPELLO (2019, p. 459), si bien los delitos de odio nacieron con la finalidad de tutelar a las minorías y grupos socialmente discriminados, un rápido recorrido por la jurisprudencia española en materia de delitos de odio (donde se incluyen las conductas relacionadas con el discurso del odio), pone de manifiesto la prevalencia de una versión puramente subjetivista, que da lugar al sorprendente resultado de utilizar estas figuras delictivas para conceder una protección penal reforzada a algunos de los grupos e instituciones asentados en la cúspide del poder político o con mayor reconocimiento social, como es el caso de la monarquía, la guardia civil, la iglesia católica o las víctimas del terrorismo.

cos jurídicos a ser seguidos por los Estados bajo su jurisdicción en materia de delitos de odio.

Así que, en un primer momento, se acudirá a los textos fundacionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, examinando en qué medida el ideal de igualdad es utilizado como instrumento político-criminal de enfrentamiento a las manifestaciones de discriminación e intolerancia hacia grupos determinados (minoritarios) de la sociedad.

A continuación, se elucidará la evolución y estructuración normativa en materia de delitos de odio, violencia discriminatoria e intolerancia en el sistema europeo de protección de los derechos humanos.

2. LA IGUALDAD A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS COMO ORIGEN DEL DERECHO DE LA NO DISCRIMINACIÓN: EL RÉGIMEN UNIVERSAL

Para intentar comprender las diferentes concepciones político-criminales en torno a la garantía de la dignidad humana y protección de las minorías³ frente a las manifestaciones de odio es fundamental acudir a las bases normativas del derecho internacional de los Derechos Hu-

³ Cabe señalar que el término minoría todavía no dispone de un concepto unívoco. La primera dificultad para su formulación objetiva reside en su forma de presentación en la realidad, con diferenciación cuatripartita, como: étnica, nacional, lingüística y religiosa; y la segunda, por los componentes que integran su definición, tanto cuantitativos como cualitativos, teniendo estos últimos una gama de diferenciación mucho más amplia. Así, el que un mismo grupo cumpla todos los elementos diferenciadores, lo cual daría validez a una sola concepción de minoría, en la realidad actual es inviable por la diversidad de situaciones en las que viven las minorías y los diferentes criterios restrictivos de algunos Estados (APARICIO GERVÁS, *et al.*, 2016, p. 16). En la Recomendación n.º 1201 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa (1993) para un protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre los derechos de las minorías, define las minorías como un grupo de personas de un Estado que: i) residen en el territorio de este Estados e son ciudadanos del mismo; ii) mantienen desde largo tiempo lazos firmes con este Estado; exhiben características distintivas étnicas, culturales, religiosas o lingüísticas; iii) son suficientemente representativos, aunque en menor número que el resto de la población de ese Estado o de una región de ese Estado; iv) están motivados por el interés de preservar conjuntamente aquello que constituye su identidad común, incluida su cultura, sus tradiciones, su religión o su idioma.

manos, a fin de identificar los estándares de protección que se establecen sobre el tema (GASCÓN CUENCA, 2016, p. 23).

Tal como destaca Fernández Liesa (2012, p. 101), la tutela de las minorías fue, esencial e históricamente, un problema europeo que desembocó, tras la I Guerra Mundial, en el reconocimiento de los derechos humanos a nivel internacional y en la creación del primer modelo de protección regional. Este modelo no se aplicaba en Latinoamérica (y mucho menos en África), pues, en aquellos momentos, la cuestión de las minorías solo se consideraba en Europa como fuente de conflictos internacionales.

El final de la Segunda Guerra Mundial inauguró una nueva era, en la que los Estados, ante los estragos del totalitarismo, volvieron su atención a temas como los derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana. La preocupación era garantizar la igualdad de todos a fin de evitar cualquier forma de exclusión.

Surge así la Declaración de los Derechos Humanos de 1948, marco de una nueva generación de derechos -los derechos de solidaridad-, un modelo alijado del estándar individualista-liberal, que posibilita que los derechos individuales y colectivos sean ejercidos por una universalidad reguladora de los derechos y de las garantías fundamentales inherentes a los individuos sin distinción.

Bajo estos fundamentos, la Declaración fue adoptada por cincuenta de los cincuenta y ocho países integrantes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), constituyendo el mayor éxito diplomático del periodo de posguerra⁴.

Con la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, todas las miradas fueron dirigidas a la protección del princi-

⁴ Entre los países miembros de la ONU que se abstuvieron estaban Sudáfrica, Arabia Saudí y la antigua Unión Soviética, contrarios, respectivamente, al principio de la igualdad racial, a la igualdad entre hombres y mujeres y a la supremacía de los derechos políticos sobre los derechos económicos y sociales. (BRISSET, 2018, pág. 12).

pio de igualdad⁵, pues se planteaba que al proteger los derechos humanos de todos estaban protegidos también los miembros de grupos minoritarios. Ello produjo un vacío con respecto al desarrollo de instrumentos normativos volcados, específicamente, al derecho de las minorías ya que se entendía que con la consagración del principio de igualdad no era necesaria otra norma para asegurar los derechos de todos los ciudadanos, cualesquiera fuesen sus características identitarias (FERNÁNDEZ LIESA, 2012, p. 101). Posteriormente, con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1976, las minorías tuvieron reconocido el derecho a disfrutar de su propia cultura⁶.

A partir de entonces, la Asamblea General de la ONU, por medio de su Comisión de Derechos Humanos⁷, pasó a exigir de los Estados parte la adopción de medidas concretas con el objetivo de prevenir y eliminar todas las formas de discriminación. En este sentido, el camino encontrado para el uso de la intervención penal fue la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, por la cual los Estados firmantes se comprometieron, según el artículo 4, “a”, a “declarar como acto punible toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas

⁵ La igualdad, además de un juicio valorativo [...] es también una norma, dada la constatación fáctica de que las personas son diferentes entre sí y de que, en particular no son neutras [...]. Por otro lado, la igualdad es asimismo un principio porque marca el criterio que rige la conducta a seguir en determinadas situaciones y permea al ordenamiento jurídico en su conjunto cuando unifica a los sujetos en la titularidad de aquellos derechos que - en cuando conocidos y garantizados a todos y en igual medida - son llamados universales o fundamentales. La igualdad jurídica es, entonces, un principio normativo sobre la forma universal de los derechos que se ha convenido sean fundamentales: del derecho a la vida a los derechos de libertad y de los derechos políticos a los sociales. (PÉREZ PORTILLA, 2005, p. 15).

⁶ Artículo 27. “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma.”.

⁷ La Comisión de Derechos Humanos fue sustituida, en el año de 2006, por el Consejo de Derechos Humanos.

de otro color u origen étnico”. En definitiva, la Convención obliga a los Estados parte a criminalizar el discurso de odio.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, además de definir y ampliar el concepto universal de discriminación⁸, reforzó el uso de la ley en general con el objetivo de prohibir toda discriminación y “garantizar a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social” (artículo 26).

La Declaración de Viena de 1993, fue más expresa al exhortar que todos los gobiernos “adopten medidas inmediatas y elaboren políticas firmes para prevenir y combatir todas las formas de racismo, xenofobia o manifestaciones análogas de intolerancia [...] mediante la promulgación de leyes apropiadas, incluidas medidas penales, y a través de la creación de instituciones nacionales para combatir tales fenómenos” (artículo 20).

La necesidad de criminalización de las conductas racistas, discriminatorias, xenófobas o que representen formas conexas de intolerancia volvió a ser suscitada por los estándares de protección internacional en la Conferencia Mundial contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia que tuvo lugar en Durban, en el año de 2001. Cabe señalar que el Documento Final de esta Conferencia de esta Convención es el primer instrumento en el ámbito internacional que orientó a los Estados parte a considerar las moti-

⁸ Así entendida como “toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”. Cfr.: Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas: Observación General n. 18, *No discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párrafo 7.

vaciones racistas, discriminatorias, xenófobas e intolerantes como circunstancia agravante de la pena aplicada a un delito subyacente⁹.

En igual medida, el Informe de la Conferencia de Durban instó a los Estados parte a declarar punible la difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial (artículo 86), adoptando, en la medida de lo posible, “leyes apropiadas para enjuiciar a los responsables de la incitación al odio o la violencia racial por medio de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, inclusive Internet” (artículo 174, “b”).

Todos estos instrumentos internacionales, junto a otras convenciones específicas¹⁰, fueron poco a poco incorporándose al orden jurídico transnacional y consagrándose como marco para hacer efectivas las políticas legislativas antidiscriminatorias adoptadas tanto en el ámbito internacional como en los sistemas jurídicos regionales de protección:, a saber: la Convención Europea de Derechos Humanos (1950), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) y la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981).

Este análisis, como ya se ha dicho, se detendrá al sistema regional europeo, cuyo instrumento clave en materia de protección a la dignidad, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), aporta a los Estados bajo su jurisdicción las directrices necesarias para que adapten sus legislaciones internas a las normativas aprobadas en el seno de la organización regional de pertenencia.

En este sentido, se ha establecido un mecanismo comunitario de criminalización de conductas de odio, las que afectan a los derechos humanos de colectivos secularmente vulnerables¹¹.

⁹ Artículo 84. Véase: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7718.pdf>.

¹⁰ En que se destacan la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio (1948), la Convención sobre el estatuto de los refugiados (1951), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979) y Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984).

¹¹ LAURENZO COPELLO, 2019, p. 462.

3. LOS DELITOS DE ODIOS EN EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El sistema europeo, más allá de ser el primer modelo de protección regional, ha sido el que más ha impulsado el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sobre todo tras las consecuencias de la I y II Guerra Mundial. No por otra razón, a diferencia de lo que ocurre en el sistema interamericano y en el africano, la sistemática de prohibición de los delitos de odio en Europa sigue una dinámica compleja, en la cual coexisten tres subsistemas de protección de derechos humanos: el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

3.1 Consejo de Europa

El Consejo de Europa es una organización política intergubernamental creada en 1949, con sede en Estrasburgo, que en el ámbito de los cuarenta y siete Estados europeos que la componen, presta una actuación altamente especializada en el combate del racismo, la xenofobia, la intolerancia, la discriminación étnica y hacia las minorías (GÓMEZ; AGUILAR, 2015, pág. 135). Para ello, el Consejo actúa a través de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), a la que le cabe revisar la legislación, las políticas y otras medidas antiodio adoptadas por los Estados parte.

En el marco del Consejo de Europa están los instrumentos jurídicos más efectivos en materia de delitos de odio, dado el carácter vinculante que presentan¹². Son ellos: el Convenio Europeo para la Protec-

¹² Las Recomendaciones Generales son otros instrumentos del Consejo de Europa de carácter no vinculante, pero que establecen disposiciones concretas en materia de delitos de odio. En este sentido, se destacan: la Recomendación N.º 97, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa al discurso del odio; la Recomendación de Política General N.º 1, de la Comisión Europea, contra el Racismo y la Intolerancia sobre la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia; la Reco-

ción de los Derechos Humanos de 1050, el Convenio sobre Ciberdelincuencia de 2001 y su Protocolo Adicional firmado en Estrasburgo en 2003 y, como ya se ha adelantado, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI).

3.1.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos (CEDH)

Firmado y ratificado por todos los países miembros del Consejo de Europa, el Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, adoptado en 1950, y con entrada en vigor en 1953, fue el primer instrumento regional de protección en transformar los principios generales de la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas (1948) en estrictas obligaciones jurídicas.

Se establece inicialmente un mecanismo de actuación bipartito, formado por la Comisión Europea de los Derechos del Hombre (ya extinta) y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH). No obstante, desde 1998, la Convención Europea pasó a actuar solo a través del TEDH, cuya sistemática, a diferencia de los otros sistemas regionales, permite a los ciudadanos de los Estados miembros acceder directamente al propio Tribunal, una vez hayan recorrido todos los caminos para la defensa de sus derechos en el sistema legal de su país de origen.

mendación de política general N.º 7, de la Comisión Europea, contra el Racismo y la Intolerancia sobre la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial; y la Recomendación sobre la política N.º 11, de la Comisión Europea, contra el Racismo y la Intolerancia sobre la lucha contra el racismo y la discriminación. Todas estas recomendaciones, a pesar de tener un valor meramente recomendatorio, constituyen un marco de referencia para los Estados miembros a la hora de adoptaren medidas efectivas en la lucha contra los delitos de odio (QUESADA ALCALÁ, 2015, p. 13).

3.1.2 Convenio sobre la Ciberdelincuencia y Protocolo Adicional relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos

Por medio del Convenio sobre la Ciberdelincuencia firmado en Budapest el 23 de noviembre de 2001 y, más específicamente, del Protocolo adicional relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos, firmado en Estrasburgo el 28 de enero de 2003, el Consejo de Europa deja clara la necesidad de los Estados miembros de criminalizar el discurso de odio practicado en conexión con la ciberdelincuencia. Dicho Protocolo así define la concepción de material racista y xenófobo en su artículo 2:

Por material racista y xenófobo se entenderá todo material escrito, toda imagen o cualquier otra representación de ideas o teorías, que propugne, promueva o incite al odio, la discriminación o la violencia, contra cualquier persona o grupo de personas, por razón de la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, así como de la religión en la medida en que ésta se utilice como pretexto para cual quiera de esos factores.

Además, el Protocolo Adicional insta a los Países miembros a que adopten las medidas legislativas y de otro orden necesarias para tipificar como delito, en su derecho interno, conductas como la difusión de material racista y xenófobo mediante sistemas informáticos y las amenazas e insultos con motivación racista y xenófoba¹³.

La referencia a ambos instrumentos es importante porque se trata de normativas de Derecho internacional con fuerza vinculante, lo que deja en evidencia que el sistema europeo representa uno de los más eficientes mecanismos de protección de derechos humanos en el ámbi-

¹³ Cfr. artículos 3, 4 y 5 del Protocolo Adicional relativo a la Penalización de Actos de Índole Racista y Xenófoba.

to regional. De hecho, no por otra razón, el TEDH es hoy la principal fuente de la jurisprudencia sobre odio adoptada em el ámbito supranacional.

3.1.3 Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)

Tal y como se ha adelantado, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) es un organismo especializado a través del cual el Consejo de Europa dicta las Recomendaciones Políticas Generales en materia de racismo, xenofobia, antisemitismo e intolerancia en el espacio europeo. La importancia de tales normativas está en que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) a menudo las utiliza para fundamentar sus decisiones “en los casos en que un Estado es demandado por no llevar a cabo investigaciones eficaces de los hechos denunciados” (GÓMEZ, AGUILAR, 2015, p. 138).

Desde el punto de vista jurídico-penal, merece destacar la Recomendación n.º 7¹⁴, por la cual la ECRI considera que deben ser perseguidas en la jurisdicción penal una serie de manifestaciones ligadas al discurso de odio, tales como la incitación pública a la violencia, el odio o la discriminación, los insultos y difamaciones públicas contra personas o grupos de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad u origen, nación o etnia, la negación, banalización, justificación o aprobación en público con un objetivo racista, de delitos de genocidio, crímenes contra la humanidad o crímenes de guerra.

La referencia es importante por dos fundamentos que se entrecruzan. Primero, porque, como se ha mencionado, el TEDH suele utilizar las recomendaciones emitidas por la ECRI en los fundamentos jurídicos de las sentencias. Y, segundo, porque de lo que se deduce del am-

¹⁴ Véase: <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-no-7-revised-on-national-legislatio/16808b5aaf>

plio listado de manifestaciones, se puede concluir que la Recomendación N.º 7 de la ECRI no tomó en consideración una serie de principios penales fundamentales, tales como el principio de la proporcionalidad, el principio de la taxatividad y, en especial, el principio de la legalidad estricta.

3.2 La Unión Europea

La actuación de la Unión Europea en el sistema regional europeo fue impulsada por la decisión del TEDH en el Caso *Nachova x Bulgaria*, de 6 de julio de 2005¹⁵. A través de esta decisión, el TEDH dictaminó la obligación de las organizaciones estatales de actuar frente a los crímenes cometidos con motivación de odio, por fuerza del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que asegura a todos el derecho de estar protegidos contra el odio y la discriminación (GARLAND; FUNNELL, 2016, p. 18).

Bajo estos dictámenes, el Parlamento Europeo lanza en 2007 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Normativa de la Unión Europea), instrumento por el cual se reconoce la importancia de la dignidad humana y del principio de igualdad y no discriminación y, asimismo, la necesidad de su observancia por las instituciones de la UE y los países miembros, ámbito de aplicación de la normativa (GÓMEZ; AGUILAR, 2015, p. 157).

¹⁵ La decisión en el caso *Nachova* es la primera del Tribunal Europeo que declara una violación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en base a discriminación por motivos de raza/etnia. En su decisión, el Tribunal estableció un marco de análisis para determinar si el Estado violó la prohibición de la discriminación, utilizando un abordaje en dos pasos dirigido a determinar por separado los aspectos sustantivos y procedimentales de la obligación del Estado. El Tribunal otorgó una deferencia significativa al Estado en cuanto a los aspectos sustantivos, utilizando un estándar de “prueba más allá de la duda razonable” en relación con la conexión causal entre los motivos racistas y los actos impugnados. Sobre las obligaciones procedimentales, el Tribunal sostuvo que la falta por parte del Estado de investigar los posibles motivos racistas constituyó una violación del artículo 14 en relación con el artículo 2 de la Convención. Véase: <https://www.womenslinkworldwide.org/observatorio/base-de-datos/nachova-y-otros-v-bulgaria>

En el mismo año, con el objetivo de asesorar a las instituciones de la Unión Europea y a los países miembros sobre los derechos fundamentales y su plasmación en la normativa comunitaria, se crea la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), con sede en Viena¹⁶. La creación de la FRA posee repercusiones importantes para los delitos de odio, puesto que, a través de sus funciones, la Agencia no sólo pasa a recopilar, analizar y divulgar datos que afectan a estos delitos, sino también a fomentar la investigación sobre los mismos, y elaborar conclusiones y dictámenes a petición de instituciones de la Unión Europea o a iniciativa propia (QUESADA ALCALÁ, 2015, p. 18).

En el marco de sus objetivos, uno de los destaques de la FRA fue la celebración, en noviembre de 2013, en Vilnius, Lituania, de la Conferencia “Combatiendo los delitos de odio en la Unión Europea, dando a las víctimas un rostro y una voz”, que, ante el crecimiento en toda Europa de los delitos motivados por el odio y la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones, hizo hincapié en el incremento de los esfuerzos para dar apoyo y protección a las víctimas de los delitos de odio y discriminación, en especial lesbianas, gays, bisexuales y transexuales, mujeres, judíos e inmigrantes¹⁷.

Adelante, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2009 (Tratado de la Unión Europea), el Tratado de Funcionamiento de la Uni-

¹⁶ La creación de la FRA, según Quesada Alcalá (2015, p. 18), posee repercusiones importantes para los delitos de odio, puesto que, a través de sus funciones, la Agencia no sólo pasa a recopilar, analizar y divulgar datos que afectan a estos delitos, sino también a fomentar la investigación sobre los mismos, y elaborar conclusiones y dictámenes a petición de instituciones de la Unión Europea o a iniciativa propia.

¹⁷ En las conclusiones de la conferencia se invitó a los Estados miembros a tomar medidas apropiadas para facilitar la presentación de denuncias de delitos de odio por parte de las víctimas y, en cuanto fuera posible, también por las asociaciones que las apoyan, incluyendo medidas para construir la confianza en la policía y otras instituciones. Asimismo, la FRA se propuso a trabajar junto con los Estados parte para facilitar el intercambio de buenas prácticas y asistirlos en sus esfuerzos por desarrollar métodos efectivos para fomentar las denuncias y asegurar un adecuado registro estadístico de los delitos de odio, ya que era bastante escaso en la época (GÓMEZ MARTÍN; AGUILAR GARCÍA, 2025, p. 163).

ón Europea conferió al Consejo¹⁸ poderes para adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (artículo 19.1)¹⁹. Esto refuerza sobremanera su papel en el marco de la legislación antididio, impulsando su actuación legislativa a través de la aprobación de un número cada vez mayor de directivas con fuerza vinculante. Así, desde la aprobación de dicho Tratado, cada uno de los 28 países miembros de la Unión Europea ha ido incorporando estas normativas a su propia legislación nacional (GÓMEZ, AGUILAR, 2015, p. 157).

En lo que interesa al objeto de este estudio, la Directiva más importante aprobada por el Consejo de la Unión Europea ha sido la Decisión Marco de la Unión Europea sobre el Delito Racista y Xenófobo (2008/913/JAI)²⁰, considerada la primera decisión que vincula la lucha contra las manifestaciones de odio con la utilización del Derecho penal.

Esta Decisión Marco requiere que los Estados, entre otros temas, penalicen la incitación pública a la violencia y al odio contra grupos religiosos, raciales y étnicos y garanticen la inclusión de las motivaciones racistas y xenófobas como circunstancias agravantes. El objetivo es limitar las diferencias dentro de la Unión Europea en las leyes que abordan el comportamiento racista y xenófobo y, asimismo, las diferentes aproximaciones a la prohibición del discurso de odio, como forma de exigir que los Estados miembros adopten un enfoque común en las leyes penales internas de conformidad con los términos de la referida Directiva²¹.

¹⁸ Institución de la Unión Europea, ejercida conjuntamente con el Parlamento Europeo, distinta del Consejo de Europa.

¹⁹ Véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>

²⁰ Véase: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008F0913&from=ES>

²¹ A los Estados miembros se les concedió un plazo de 2 años para cumplir la Directiva, en reconocimiento de que cada uno abordaría el acuerdo desde diferentes posiciones legales y políticas. Sin embargo, lo que ocurre en Europa es que los Estados parte miden realidades diferentes, por lo cual el análisis estadístico de delitos de odio en la EU no ha sido llevado a efecto de manera uniforme.

3.3 Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE)

Creada en la Conferencia de Helsinki sobre Seguridad y Cooperación de Europa en 1975, la OSCE está compuesta actualmente por 57 países y, a través de la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (ODIHR), con sede en Varsovia, dicta las principales líneas de actuación de la Unión Europea en la lucha contra los delitos de odio.

Una de las principales contribuciones de la OSCE es la definición de delito de odio elaborada en la undécima reunión del Consejo de ministros, celebrada en Maastricht, en diciembre de 2003. Así, de acuerdo con la OSCE, delito de odio es:

(A) Cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B²².

(B) Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su cómo su raza real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar.

Este concepto sirve de orientación a los 57 países miembros de la OSCE y contiene dos puntos clave. Lo primero es que un delito de odio debe incidir sobre una infracción penal. El segundo punto es que, para la configuración de un delito de odio, la víctima o grupo deben haber sido deliberadamente atacados debido a una caracterís-

²² <https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/https://www.interior.gob.es/opencms/es/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/que-es-un-delito-de-odio/>

tica que los identifique, como la raza, etnia, religión, orientación sexual etc.²³.

Los compromisos en la OSCE para combatir los delitos motivados por prejuicios se han fortalecido aún más tras la Decisión N.º 13/06 2006²⁴ del Consejo Ministerial, que encomendó a la ODIHR servir como punto de recopilación información y estadísticas sobre delitos de odio y legislación relevante, y, asimismo, hacer con que esta información esté disponible públicamente²⁵.

En este marco, a través de la ODIHR, la OSCE asume un papel de destaque en el sistema de protección europeo, ya que se constituye una de las únicas organizaciones que, a la vez, actúa en colaboración estrecha con el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de Naciones Unidas, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) (QUESADA ALCALÁ, 2015, p. 19-20).

4. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha expuesto el contexto político criminal de los delitos de odio en el sistema regional europeo bajo la perspectiva universal de protección de los derechos humanos.

La consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la creación, en los ámbitos universal y regional, de instrumen-

²³ A pesar de la precisión del concepto de delito de odio elaborada por la OSCE, lo cierto es que los países que forman la OSCE adoptan en sus legislaciones propias los motivos de discriminación que bien entienden, es decir, no hay uniformidad (GARLAND; FUNNELL, 2016, p. 22).

²⁴ Véase: <https://www.osce.org/files/f/documents/b/2/23119.pdf>.

²⁵ Además, ODIHR reconoció tipos específicos de crímenes de odio, incluidos aquellos contra judíos, musulmanes, romanís y sinti, y comunidades de lesbianas, homosexuales, bisexuales y transexuales. Estas categorías también han sido reconocidas en las decisiones del Consejo ministerial. Véase: <https://www.osce.org/files/f/documents/3/3/88640.pdf>.

tos y organismos de protección de las minorías frente a las manifestaciones de odio inauguró, desde Europa, un modelo de internacionalización del control del delito, por lo cual los Estados integrantes del sistema de protección de derechos humanos se obligan a criminalizar todas las formas de expresión de odio, incluidas las manifestaciones de intolerancia verbal y no solo las conductas violentas o tipificadas como delitos autónomos.

Sin embargo, la sistemática de prohibición de los delitos de odio en Europa sigue una dinámica compleja, en la cual, más allá de coexistieren tres subsistemas de protección de derechos humanos (el Consejo de Europa, la Unión Europea y la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa - OSCE), vigoran un sin número de instrumentos y directivas (muchas incluso de carácter vinculante) que no son llevadas a efecto. Eso se debe a que los Estados miembros miden realidades diferentes en términos de ordenamiento jurídico interno.

De cara a ese escenario, se plantea que la elección por el sistema de protección europeo de un concepto expansivo de delito de odio como la principal estrategia político-criminal de enfrentamiento a las manifestaciones de discriminación e intolerancia resulta poco clara y, por lo tanto, no va más allá del carácter meramente simbólico.

En definitiva, se entiende que el manejo inadecuado de la concepción de delito de odio puede llevar a su banalización, por la cual grupos históricamente dominantes se apropien del concepto de víctima y subviertan la propia lógica justificadora de la tutela penal. Eso puede generar una percepción social de selectividad de la ley penal, lo que, más allá de reforzar la idea de impunidad y contribuir a la perpetuación del sentimiento de inferioridad entre los colectivos más desfavorecidos, desacredita el sistema penal como un todo.

REFERÉNCIAS

APARICIO GERVÁS, Jesús María; DELGADO BURGOS, María de los Angeles; SAN JUAN VELASCO, Cristina. El concepto de ‘minoría’ como controversia político-jurídica en su aplicación a la comunidad gitana española. In: **TRIM: revista de investigación multidisciplinar**, 11, p. 15-26, 2016.

BRISSET, Claire. “Setenta años después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: un largo camino hacia la dignidad”. In: **Le Monde Diplomatique en español**, 278, p. 7, 2018.

FERNÁNDEZ LIESA, Carlos. **Cultura y derecho internacional**. Madrid: Universidad de Alcalá, 2012.

GARLAND, Jon; FUNNELL, Corinne. Defining Internationally: Issues and Conundrums. In: Jennifer Schweppe and Mark Austin Walters **The Globalization of Hate: Internationalizing hate crime?** Oxford: University Press, p. 15-30, 2016.

GASCÓN CUENCA, Andrés. **El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: una adecuación a los estándares internacionales de protección**. Pamplona: Editorial Arazandi, 2016.

GÓMEZ MARTÍN, Víctor; AGUILAR GARCÍA, Miguel Ángel (dir.). **Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de delitos de odio y discriminación**. Catalunya: Centre d’Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2015.

LAURENZO COPELLO, Patricia. La manipulación de los delitos de odio. In: **Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez**, Dykinson, p. 45-468, 2019.

PÉREZ PORTILLA, Karla. **Principio de igualdad alcances y perspectivas**. 1a ed. México, D.F: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.

QUESADA, Carmen. La labor de la Unión Europea, el Consejo de Europa y la OSCE en materia de delitos de odio: sus repercusiones en España. In **Revista General de Derecho Europeo** n. 36, 2015.

**OS DESAFIOS DA INDEPENDÊNCIA
DO PODER JUDICIAL NO ESTADO
DE DIREITO DEMOCRÁTICO
MOÇAMBICANO**

Zacarias Filipe Zinocacassa

INTRODUÇÃO

A doutrina da Separação dos Poderes ou da Tripartição dos Poderes do Estado foi desenvolvida por John Locke e mais tarde por Montesquieu, no seu livro intitulado o *Espírito das Leis* (1748), que visou limitar o Poder do Estado, dividindo-o em funções, e dando competências a órgãos diferentes do Estado. Assim, de acordo com a teoria da separação de poderes, as funções do Estado estão divididas em Legislativa, Executiva e Jurisdicional, e são harmônicas e independentes entre si.

A teoria de separação de poderes, além de identificar quais seriam as funções exercidas pelo Estado, também defende a necessidade de que o exercício de cada uma dessas funções seja atribuído a diferentes titulares. No que diz respeito ao Estado moçambicano, as suas Constituições, sobretudo a Constituição de 1990, 2004, atualizada em 2018, sempre consagraram normativamente a clássica doutrina que separa os poderes ou as funções em Legislativo, Executivo e Judicial.

Para o exercício da função jurisdicional a atual Constituição moçambicana de 2004, atualizada em 2018, prevê um conjunto de garantias e princípios, dentre os quais se destaca o princípio da independência do Poder Judicial. Mas será que podemos considerar superada a possibilidade de intromissões no poder judicial e, com isso, a desvalorização do princípio da independência dos tribunais? Como garantir a independência institucional do Poder Judicial e do juiz na sua dimensão individual na Constituição e nas leis ordinárias?

No presente artigo tentaremos responder a essa questão, analisando a independência do Poder Judicial em face dos outros poderes do Estado tendo em conta as garantias constitucionais dos juízes, a independência institucional do Poder Judicial; a independência individual dos juízes, sem descurar dos desafios atuais da independência do Poder Judicial na ordem jurídica moçambicana.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, com o recurso ao método dedutivo, na medida em que terá a sua base numa consulta bibliográfica, partindo de uma análise geral sobre independência do Poder Judicial, para uma análise particular dos desafios da independência do Poder Judicial na ordem jurídica moçambicana.

1. A INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIAL NO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO

O Poder Judicial é um dos três poderes no Estado de Direito Democrático, fundado na teoria de separação de poderes. Trata-se do “conjunto de órgãos públicos aos quais a Constituição atribui a função jurisdicional de julgar de acordo com a própria Constituição e demais Leis Ordinárias” (VENTURA, 2012, p. 13).

O Estado de Direito aparece, no final do século XVIII, associado ao princípio de separação dos poderes do Estado, concebida como expediente de limitação deles com vista à garantia dos direitos e liberdades do indivíduo. Assim, quando falamos da independência do Poder Judicial no quadro do Estado de Direito Democrático, devemos recorrer à teoria e ao princípio de separação de poderes, segundo o qual, os poderes do Estado; designadamente os Poderes Executivo, Legislativo e Judicial constituem poderes autônomos, que se equilibram, com o fim de prevenir a ocorrência de abusos de poder, de arbitrariedade nociva à construção do Estado de Direito Democrático (VENTURA, 2012, p. 15).

A teoria da separação dos poderes do Estado remonta dos movimentos revolucionários dos anos de 1787, influenciados pelas ideias de John Locke, Montesquieu e outros, ao revelar ao mundo os contornos da aceção mais difundida da separação dos poderes:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade.

Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: **o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares** (PIÇARRA, 1989, p. 98-103).

A função judicial, mesmo quando exercida apenas por juízes, que não têm acesso direto ao Comando da força pública, tornar-se-ia muito mais temível e opressiva, quando prosseguida pelo Executivo, que detém simultaneamente as rédeas da força pública. A reunião nas mesmas mãos do Poder Executivo e do Poder Judicial, tratando-se, sobretudo de matéria criminal, pode conduzir ao emprego de força pública contra os acusados, à sua intimidação ou à destruição do caráter do processo jurídico regular que um julgamento deve patentear para, como tal, poder ser considerado.

Se o titular do poder executivo for simultaneamente Juiz, cessam todas as formalidades dos julgamentos e fica postergado o princípio de que ninguém pode ser juiz em causa própria, pois é aquele que acusa criminalmente, quem confisca, quem comuta e indulta as penas (PIÇARRA, 1989, p. 99-100).

Quando da transição do regime absolutista para o regime liberal, a separação dos poderes do Estado foi convertida de teoria para princípio fundamental e referência material das Constituições, tal como resulta do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 ao estabelecer que “a sociedade em que não esteja assegura-

da a garantia dos direitos nem assegurada a separação dos poderes não tem Constituição”¹. Tratava-se de anúncio da necessidade de garantia dos direitos humanos e de separação entre os poderes, que hoje corresponde aos Poderes Legislativo, Executivo e Judicial (VENTURA, 2012, p. 16).

Na atualidade, pode considerar-se que a separação dos poderes é um princípio universalmente aceite, mas a sua compreensão tem evoluído bastante, sobretudo a partir da transição do Estado de Direito Liberal para o Estado Social de Direito. Com efeito, no constitucionalismo atual o princípio é formulado em termos de **separação e interdependência de poderes**², pois procura-se alcançar um equilíbrio dos poderes do Estado mediante mecanismos de cooperação mútua, atribuindo-se a cada um deles, em simultâneo, uma *faculté de statuer* e uma *faculté d’empêcher*, ou seja, estabelecendo-se um sistema de *checks and balances*, conforme a formulação norte-americana. Portanto, “É unânime, hoje, a opinião de que a efectiva independência orgânico-pessoal do Poder Judicial, é também traço essencial de um Estado de Direito” (PIÇARRA, 1989, p. 218).

Note-se que no século XIX, graças ao positivismo jurídico, o Poder Judicial continuou a ser idealizado, tal como no século XVIII, como um poder dependente orgânico-funcionalmente do Executivo, formado por juizes apolíticos, neutros e vinculados à lei. Foi essa ideia de representação do Poder Judicial como o poder do juiz exercido através dos tribunais e a ideia segundo a qual a independência dos juizes era não só funcional, mas também institucional, que contribuíram durante o século XIX e princípios do século XX para se desconfiar dessa independência

¹ Artigo 16º da Declaração Dos Direitos Do Homem e Do Cidadão De 1789, disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf – Acesso em: 27 jul. 2011.

² Nos termos do artigo 134 conjugado com o artigo 133 da Constituição moçambicana atualizada em 2018, os órgãos de soberania (o Presidente da República, a Assembleia da República, o Governo, os Tribunais e o Conselho Constitucional), assentam nos princípios de separação e interdependência de poderes consagrados na Constituição, e devem obediência à Constituição e às Leis.

do Poder Judicial ante os outros poderes do Estado, dando o começo da agitação do fantasma do governo dos juízes. Uma das formas encontradas para evitar o governo dos juízes é o controlo do poder judicial pela via de nomeação dos juízes-robôt⁽³⁾.

A concepção clássica do juiz-robôt, e do Poder Judicial nulo, invisível e apolítico, defendida por Montesquieu, começa a entrar em crise com o surgimento da teoria do controle da constitucionalidade das leis pelos Tribunais constitucionais⁴. Analisando o Direito público comparado, constata-se que a preocupação de instituir um órgão de competência especializada no domínio das questões jurídico-constitucionais fez surgir três grandes sistemas típicos de garantia da Constitucionalidade (CANOTILHO, 2003, p. 895; MIRANDA, 2002, p. 760 e ss), a saber:

1) O sistema de fiscalização política: em que a fiscalização da constitucionalidade de actos normativos (leis, decretos-lei, decretos e diplomas equiparáveis) é feito por órgãos políticos. Assim, no sistema político de fiscalização da constitucionalidade distingue-se “a fiscalização pelo próprio parlamento, pelo órgão legislativo qua tele; e a fiscalização pelo órgão político especialmente constituído para o efeito, seja ligado ao parlamento (...) a comissão constitucional romena de 1965 (...), o Conselho constitucional de 1958)” (MIRANDA, 2002, p. 761-762).

³ Trata-se do conceito de juiz na percepção de Montesquieu, que é um dos teóricos mais destacados na formulação da teoria de separação de poderes.

⁴ A fiscalização da constitucionalidade das leis pelos Tribunais constitucionais pode ser abstrata, preventiva ou sucessiva. **A fiscalização abstrata preventiva da constitucionalidade dos atos normativos** “consiste num processo de controlo da constitucionalidade, que incide sobre certas normas jurídicas, antes de se encontrar concluída a sua formação, podendo de um eventual juízo de inconstitucionalidade das mesmas, proferido pelo tribunal Constitucional, resultar a preclusão da respectiva existência jurídica”. **A fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade dos atos normativos** “consiste num tipo de controlo abstrato de validade de normas, exercido por via directa ou principal, e que tem por finalidade essencial, a eliminação de normas jurídicas já publicadas, que sejam julgadas inconstitucionais ou ilegais, bem como de efeitos que as mesmas hajam produzido no passado” (Cf. MORAIS, 2011, p. 21, 146).

A inexistência de um controle judicial e a acentuação do controle político não é apenas uma consequência das concepções Rosseauniana-Jacobinas, mas também da doutrina de soberania do parlamento Inglês, segundo a qual o poder do parlamento é absoluto e incontrolável, ou seja, “*the power of the parliament is absolute and without control*” (BLACKSTONE *apud* CANTOTILHO, 2003, p. 897).

2) O sistema difuso Americano ou de fiscalização judicial (*judicial review*): em que a competência para fiscalizar a constitucionalidade das leis é reconhecida a qualquer juiz chamado a fazer a aplicação de uma determinada lei a um caso concreto submetido à apreciação judicial (CANOTILHO, 2003, p. 898). A fiscalização difusa confere aos tribunais a sua plena dignidade de órgãos de soberania e com ela a questão da inconstitucionalidade se põe naturalmente como uma questão jurídica, e não política e que permite a maior eficácia possível da constituição, já que, sem haver por aguardar qualquer decisão de qualquer órgão central, o tribunal que julga no caso concreto deixa de aplicar a lei inconstitucional. Contra a fiscalização difusa invocam-se a possibilidade de desarmonia de julgados e a diluição do poder de fiscalização pelas centenas de tribunais existentes, com o conseqüente risco de não acatamento das decisões pelos órgãos políticos, legislativos e administrativos (MIRANDA, 2002, p. 771).

3) O sistema fiscalização jurisdicional concentrada em tribunal constitucional: em que a competência para julgar definitivamente acerca da constitucionalidade das leis é reservada a um único órgão com exclusão de quaisquer outros. Este sistema comporta uma grande variedade de subtipos: o órgão competente para a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos tanto pode ser um órgão de jurisdição ordinária (por exemplo, o Tribunal Supremo) ou um órgão especialmente criado para o efeito (por exemplo, o Tribunal Constitucional) (CANOTILHO, 2003, p. 898). O sistema de tribunal constitucional pa-

rece agregar elementos político e do sistema judicial, pelo fato de o tribunal ostentar características de órgão jurisdicional, mas não de um tribunal como outros, **pela sua composição e pelo modo de recrutamento dos juízes** (MIRANDA, 2002, p. 764). A ideia de controle concentrado está ligada ao nome de Hans Kelsen, que o concebeu para ser consagrado na Constituição Austríaca de 1920. Com efeito:

No pensamento de Kelsen, anular uma lei, significa emanar uma norma geral, visto que a anulação tem a mesma característica de generalidade que possui a formação de lei, sendo por assim dizer uma formação de sinal negativo. Mas ela dá-se em aplicação das normas da constituição e os poderes do legislador negativo, do órgão de justiça constitucional, estão aí completamente definidos. E é por isso, que tal função se assemelha a de qualquer outro tribunal (MIRANDA, 2002, p. 765).

A concepção Kelseniana diverge substancialmente da *judicial review* americana na medida em que o controle constitucional não é propriamente uma fiscalização judicial, mas uma função constitucional autônoma que tendencialmente se pode concretizar como função de legislação negativa (CANOTILHO, 2003, p. 898-899).

Em favor da fiscalização concentrada apontam-se a certeza do direito; principalmente; quando haja eficácia geral das decisões sobre inconstitucionalidade; formação de uma jurisprudência enriquecedora do conteúdo da constituição; a sensibilidade às implicações políticas ou comunitárias globais dos problemas, o realçar da autoridade do órgão fiscalizador a par dos órgãos legislativos e de governo (MIRANDA, 2002, p. 771).

Note-se que, além dos sistemas típicos de fiscalização da constitucionalidade, existem ou têm existido **sistemas atípicos**, bem como **sistemas mistos**, **intermédios** e **complexos**, que combinam características do sistema de fiscalização difusa do tipo americano, de fisca-

lização concentrada do tipo austríaco e de fiscalização política do tipo francês. Observe-se também que nos últimos anos têm-se registrado um crescente alargamento da fiscalização da constitucionalidade, principalmente da fiscalização jurisdicional. A este respeito refira-se “à tendência acentuada para a transformação do Conselho Constitucional francês em órgão jurisdicional (apesar de só exercer a fiscalização preventiva) aproximável de um Tribunal constitucional; e a difusão do modelo de Tribunal constitucional na Europa e na América Latina” (MIRANDA, 1996, p. 386).

Sem contar com os sistemas atípicos (...), o sistema de fiscalização de constitucionalidade de cada país oferece sempre aspectos peculiares, ditados por fatores locais. A recondução a um ou outro dos grandes modelos historicamente não significa coincidência total de formas e de regimes jurídicos (MIRANDA, 2002, p. 768).

No caso moçambicano, o artigo 240/1 do anteprojecto da Revisão da Constituição moçambicana de 2004, elaborado em 1998, dispõe que **“o tribunal constitucional é o órgão jurisdicional de competência especializada em questões jurídico-constitucionais”**. Essa disposição corresponde ao artigo 240 n°1 da CRM de 2004, atualizada em 2018, que por razões que se desconhecem, apenas substituiu a expressão “Tribunal Constitucional” do anteprojecto e manteve a expressão “Conselho Constitucional”. Portanto, o Conselho Constitucional exerce a ***jurisdição constitucional*** em Moçambique, na medida em que reveste a natureza de um órgão do Estado e de soberania de competência especializada no domínio das questões jurídico-constitucionais (Cf. artigo 241 n°1 da CRM), que se assemelha aos tribunais constitucionais. Note-se também que a fiscalização sucessiva da constitucionalidade das leis estende-se no caso moçambicano a todos os tribunais, na medida em que “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição” (Cfr. 1rtigo 213 da CRM).

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIAL

2.1 A independência institucional ou externa do Poder Judicial na ordem jurídica moçambicana

“Por independência externa da magistratura deve entender-se a sua não sujeição a ordens ou instruções provenientes dos órgãos externos, incluindo dos órgãos políticos. O juiz não é um juiz político, nem a justiça que administra, uma justiça política, enfeudada a interesses políticos” (QUEIROZ, 2009, p. 105). O Poder Judicial é independente na medida em que se manifesta como um poder à parte no âmbito da divisão interna dos poderes do Estado. Ou seja, a independência institucional significa que o Poder Judicial tem de ser independente dos restantes poderes do Estado, designadamente dos Poderes Legislativo e Executivo. Assim, “a independência da magistratura será garantida pelo Estado e consagrada na Constituição ou na legislação do país. É dever de todas as instituições, governamentais e outras, respeitar e acatar a independência da magistratura” (VENTURA, 2012, p. 21).

Portanto, para que a independência do Poder Judicial seja assegurada perante os outros poderes do Estado, é necessário que seja prevista e escrita, de preferência na Constituição, e nas demais leis ordinárias fundamentais. Note-se que a reserva da função jurisdicional para os tribunais e a independência dos juizes têm sido consideradas, constantemente, como manifestação específica do princípio constitucional em que se traduz a mesma concepção e pilares essenciais do Estado de Direito Democrático.

Daí que, tendo abraçado modelo de Estado de Direito Democrático, a **Constituição moçambicana** de 1990, além de explicitar a qualificação dos tribunais como órgãos de soberania, com dignidade igual à do Presidente da República, da Assembleia da República e do Governo

no artigo 109º, fixou-lhes o objetivo de garantir a legalidade, o respeito pelas leis, os direitos e liberdades dos cidadãos e os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal (artigo 161º, n.º 1 da CRM de 1990).

Os tribunais receberam ainda da Constituição de 1990 a função, por um lado, preventiva, de educar os cidadãos no cumprimento voluntário das leis, com vista a estabelecer uma convivência social justa e harmoniosa, por outro, repressiva, de penalizar a violação da legalidade e decidir pleitos de acordo com a lei (artigo 161º, n.º 3 da CRM de 1990).

Assim, espelha-se na Constituição de 1990 o princípio da reserva da função judicial para os tribunais (artigo 168º, n.º 1). Em conexão com o **princípio da independência do Poder Judicial**, a Constituição de 1990 explicitou o dever dos juizes de obedecer exclusivamente a lei (Cfr. artigo 164º), e estabeleceu uma série de garantias da magistratura, designadamente as garantias de *imparcialidade* e *inamovibilidade*, a restrição da responsabilidade civil e criminal dos juizes, no exercício das suas funções, aos casos especialmente previstos na lei e a sujeição da medida de afastamento de um juiz de carreira da respectiva função aos termos legalmente estabelecidos (artigos 164º, n.º 2 e 165). Não menos importante entre essas garantias foi a consagração constitucional do regime de incompatibilidades para os magistrados, por força do qual tornou-se impossível o exercício cumulativo da função de juiz e de qualquer outra função pública ou privada, excetuada a atividade docente ou de investigação (Cf. artigo 166º).

Na perspectiva institucional, a independência dos juizes passou, a partir de 1990, a beneficiar de uma outra garantia fundamental de índole constitucional, que consistiu na criação do Conselho Superior da Magistratura Judicial, cuja competência, composição, organização e funcionamento seriam regulados por lei ordinária (artigo 172). Note-se que “os **Conselhos Superiores de administração e gestão das magis-**

traturas são órgãos de defesa da independência externa dos magistrados relativamente a outros poderes estranhos à organização judiciária” (CANOTILHO, 2003, p. 686).

A Constituição moçambicana de 2004, atualizada em 2018, reforça os princípios estabelecidos na Constituição moçambicana de 1990. Com efeito, o Estado de Direito Democrático e a separação dos poderes apareciam na Constituição de 1990 como princípios políticos conformadores da organização do Estado e do poder político, mas de forma implícita, sendo então apreensíveis a partir da interpretação e compreensão sistêmica do texto constitucional. Já na Constituição de 2004, atualizada em 2018, os mesmos princípios aparecem expressamente consagrados em disposições específicas (Cf. artigos 3º e 134º da CRM).

No que toca particularmente à função jurisdicional, a Constituição de 2004, atualizada em 2018, mantém, no essencial, os princípios estruturantes basilares da Constituição de 1990, ou seja, o princípio da reserva da função jurisdicional aos tribunais (artigo 211º) e o da independência dos juízes (artigo 216º, nº 1). Não obstante, à continuidade, a nova Constituição introduz inovações de grande relevância, com vista ao aperfeiçoamento do sistema nacional de administração da justiça.

A **independência do Poder Judicial**, ou, em termos mais amplos, dos tribunais e respectivas magistraturas, não ficou excluída dos ganhos trazidos pelo desenvolvimento constitucional moçambicano operado em 2004. A título de exemplo, observamos que a Constituição de 2004, atualizada em 2018, regula, com certo pormenor, o Conselho Superior da Magistratura Judicial, definindo-o como “...o órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial” (artigo 219º), fixando a sua composição (artigo 220º) e as suas competências (artigo 221º), das quais merecem destaque as seguintes: nomear, colocar, transferir, promover, exonerar e apreciar o mérito profissional e exercer a acção disciplinar e, em geral, praticar todos os atos de idêntica natureza respei-

tantes aos magistrados judiciais [alínea a)]; propor a realização de inspeções extraordinárias, sindicâncias e inquéritos aos tribunais [alínea c)]. Além do Conselho Superior da Magistratura Judicial, passaram a existir, com dignidade constitucional formal, mais dois órgãos de gestão e disciplina das magistraturas, designadamente o Conselho Superior da Magistratura Judicial Administrativa (artigo 231º) e o Conselho Superior da magistratura do Ministério Público (artigo 237º). Note-se que, num Estado de Direito Democrático, a independência institucional ou externa do Poder Judicial manifesta-se de várias maneiras, nomeadamente:

a) Autonomia nas questões administrativas: os tribunais deverão ser independentes quanto às questões internas da administração judicial, incluindo a distribuição dos processos aos juízes, conservação e arquivamento dos processos nos respectivos tribunais. os membros do Poder Judicial devem ter competências para praticar certos atos administrativos relativos a organização e sustentação dos seus serviços internos da secretaria, serviços auxiliares, realização de concursos públicos para a admissão do pessoal, contratação de serviços, etc.

b) Autonomia em questões financeiras: os tribunais deverão possuir um orçamento próprio, possuindo para o efeito uma unidade orçamental, e como consequência disso, devia atribuir-se aos tribunais o direito de participarem da preparação e discussão dos seus orçamentos. A autonomia financeira permitirá aos tribunais cobrir despesas com o apetrechamento das instalações, aquisição de equipamento, de material de escritório e de apoio administrativo. O Poder Judicial não será capaz de desempenhar as suas funções de forma eficaz e livrar-se das pressões externas (políticas, militares e económicas) e da corrupção, se não estiver dotado de condições financeiras e materiais para administrar a justiça em nome do povo, com independência e com base na Constituição e na Lei.

c) Independência na tomada de decisões: as decisões dos tribunais devem ser cumpridas e respeitadas por todas as entida-

des públicas e privadas. Tal ideia foi acolhida formalmente na Constituição moçambicana de 2004 atualizada em 2018, no artigo 214º, ao dispor que *“as decisões dos Tribunais são de cumprimento obrigatório para todos os cidadãos e demais pessoas jurídicas e prevalecem sobre as de outras autoridades”*. Decorre do artigo 214º da CRM, que os demais poderes públicos, incluindo as instituições, governamentais e outras têm o dever de respeitar e acatar a independência da Magistratura. Ou seja, os poderes executivo e legislativo, bem como as outras autoridades públicas⁵, têm a obrigação de respeitar acatar as sentenças e decisões do Poder Judicial, mesmo que não concordem com elas. *“Este respeito pela autoridade judicial é indispensável para garantir o respeito do princípio do Estado de Direito, incluindo o respeito das normas dos direitos humanos e todos os departamentos governamentais e todas as instituições públicas têm o dever de impedir qualquer enfraquecimento desta autoridade decisória independente do Poder Judicial.*

A exigência da independência do Poder Judicial na tomada de decisões, é ainda apoiada pelo princípio segundo o qual, “não haverá quaisquer interferências indevidas ou injustificadas no processo judicial e as decisões dos tribunais não serão sujeitas a revisão, sem prejuízo da revisão judicial ou da possibilidade de atenuação ou comutação efectuadas pelas autoridades competentes, de penas impostas pelos magistrados, em conformidade com a lei”, como acontece com as amnistias e os perdões de pena concedidos pelo executivo.

d) Independência nas questões de competência jurisdicional: o poder decisório independente da magistratura compreende também a competência sobre todas as questões de natureza judicial e a autoridade exclusiva para decidir se um caso que lhe tenha sido submetido para decisão é da sua competência nos termos definidos pela lei. A atribuição da competência jurisdicional aos tribunais, *“é feita numa tríplice vertente: 1) a defesa dos direitos, liberdades e interesses legalmente protegidos dos cidadãos; 2) a repressão das violações da legalidade democrática;*

5 Pode-se apontar como autoridades públicas as autoridades policiais, prisionais, sociais, educativas e outras.

3) e a resolução dos conflitos de interesse públicos e privados” (VENTURA, 2012, p. 28).

A ideia da independência do Poder Judicial nas questões de competência jurisdicional, foi acolhida no artigo 211º nº1 e 2 da CRM de 2004, ao estipular que “os tribunais têm como objectivo garantir e reforçar a legalidade como fator de estabilidade jurídica, garantir o respeito pelas leis, assegurar os direitos e liberdades dos cidadãos, assim como os interesses jurídicos dos diferentes órgãos e entidades com existência legal. Os tribunais penalizam as violações da legalidade e decidem pleitos de acordo com o estabelecido na lei” (GOUVEIA, 2015, p. 505-506);

e) Autonomia legislativa: a par da autogestão do Poder Judicial, devia dar-se a iniciativa do processo de atos normativos⁶ ao Poder Judicial nas “questões que dizem respeito à gestão dos Tribunais e que dependem de regulamentação por lei por Decreto ou qualquer outra forma normativa do acto. Por exemplo, pode caber ao Poder Judicial a iniciativa legislativa em matéria ligada ao estatuto dos Magistrados judiciais e do Ministério público, incluindo os direitos, deveres, sanções, recrutamento, remoção e, promoção dos magistrados, definição de subsídios, regalias, organização dos tribunais, etc.” (VENTURA, 2012, p. 28-29).

A Constituição da República de Moçambique de 2004, no artigo 221º alínea d), atribui ao Conselho Superior da Magistratura judicial a competência para “dar pareceres e fazer recomendações sobre a política judiciária, por sua iniciativa ou a pedido do Presidente da República, da Assembleia da República ou do Governo”.

6 Os atos Legislativos da Assembleia da República de Moçambique assumem a forma de Lei e as demais deliberações revestem a forma de resolução e são publicados no *Boletim da República*, nos termos do artigo 182 da CRM. Os atos Normativos do Presidente da República de Moçambique assumem a forma de Decreto Presidencial e as demais decisões revestem a forma de despacho e são publicadas no *Boletim da República*, nos termos do artigo 158 da CRM. Os atos Normativos do Conselho de Ministros reveste a forma de Decreto-Lei e de Decreto, os demais atos do Governo tomam a forma de resolução. Os Decretos-Leis são assinados e mandados publicar pelo Presidente da República, e os demais decretos do Governo são assinados e mandados publicar pelo Primeiro Ministro (vide o artigo 210 da CRM).

2.2 A independência individual e interna do Poder Judicial na ordem jurídica moçambicana

“Por independência interna, alude-se à tutela dos magistrados singularmente considerados face aos possíveis actos violadores da sua independência provenientes do interior das próprias magistraturas. Os magistrados encontram-se vinculados à lei e ao Direito e apenas a estes” (QUEIROZ, 2009, p. 105). As garantias da magistratura são os instrumentos constitucionais postos à disposição do magistrado destinados a protegê-lo de eventuais retaliações ou manipulações que a atividade por ele desenvolvida possa ocasionar. O trabalho do Juiz, por vezes, contraria interesses político-econômicos muito fortes que, naturalmente, poderão voltar-se contra a pessoa do Juiz. Sem tais garantias e prerrogativas legais, o Juiz fatalmente ficaria à mercê de condutas vingativas. Portanto, **as garantias da magistratura visam a proteger o exercício da função jurisdicional**⁷.

Note-se que o aspecto moral do magistrado é imprescindível para mantê-lo a coberto de ingerências indevidas na sua função, uma vez que nenhuma arquitetura de garantias é suficiente para assegurar a incolumidade da atividade jurisdicional. Assim, mediante uma conduta independente, o Juiz estará apto a “legitimar-se a si mesmo e ao próprio Poder judicial. A independência do juiz constitui viga mestra do processo político de legitimação da função jurisdicional” (VINÍCIUS, 2011, p. 282).

Outra garantia ligada à independência dos juízes é a imparcialidade, ou seja, a:

Independência e imparcialidade, embora conceitos conexos, eis que servem ao mesmo valor de objectividade do julgamento, no entanto têm significações diferentes. Enquanto a imparcialida-

7 Cf. VINÍCIUS, Amorim de Oliveira Marcus, *op. cit.*, p. 281

de é um modelo de conduta relacionado ao momento processual, significando que o juiz deve manter uma postura de terceiro em relação às partes e seus interesses, devendo ser apreciada em cada processo, pois, só então é possível conhecer a identidade do juiz e das partes e suas relações, a independência é uma nota configuradora do estatuto dos membros do Poder judicial, referente ao exercício da jurisdição em geral, significando ausência de subordinação a outros órgãos (VINÍCIUS, 2011, p. 282).

O texto constitucional, no artigo 216º da CRM de 2004, estabelece que “no exercício das suas funções, os juízes são independentes e apenas devem obediência à lei. Os juízes têm ainda as garantias de imparcialidade e irresponsabilidade. Os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos, senão nos casos previstos na Lei”. A independência dos juízes, referida no artigo 216º da CRM de 2004, atualizada em 2018, significa que “têm o direito, assim como o dever, de decidir os casos que lhes são submetidos de acordo com a lei, sem receios de críticas pessoais ou represálias de qualquer espécie, mesmo nas situações em que são obrigados, a pronunciar-se em casos difíceis ou sensíveis, vulgarmente designados por ‘casos quentes’”. A independência do juiz individualmente considerado pode ser garantida de diversas formas, sendo as mais importantes as seguintes, de acordo com Ventura (2012, p. 30-39):

a) Forma de designação dos juízes

Existem vários modelos ou formas de se escolherem os juízes, nomeadamente, através da nomeação livre pelo executivo, eleição ou concurso público. Independentemente da forma a ser adoptada, as pessoas seleccionadas para o exercício da Magistratura, deverão ser íntegras e competentes, dispondo de formação ou das qualificações jurídicas adequadas. Qualquer método de selecção dos magistrados deverá conter salvaguardas contra as nomeações por motivos indevidos. A selecção dos juízes deverá ser efetuada sem qualquer discriminação por motivos de

raça, cor, sexo, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou condição; contudo, a exigência de que os candidatos a cargos judiciais sejam nacionais do país em questão não será considerada discriminatória. Este princípio significa que, independentemente do método de selecção dos juizes, os qualificadores profissionais e a integridade pessoal dos candidatos, deverão ser os únicos critérios de selecção.

Em Moçambique, os juizes dos Tribunais inferiores, são seleccionados por Concurso público, nos termos da lei e da Constituição, mas o mesmo já não acontece com os juizes Presidentes dos Tribunal Supremo, do Conselho Constitucional e do Tribunal Administrativo. Com efeito, o presidente e o Vice-Presidente do Tribunal Supremo são nomeados pelo Presidente da República, ouvido o Conselho Superior da Magistratura judicial. Os juizes Conselheiros, do Tribunal Supremo, são nomeados pelo Presidente da República, sob proposta do Conselho Superior da Magistratura judicial, após concurso público, de avaliação curricular, aberto aos magistrados e outros cidadãos nacionais, de reputado mérito, todos licenciados em Direito, no pleno gozo dos seus direitos civis e políticos (artigo 225 n.º 2 e 3 da CRM de 2004). Similarmente, o Presidente do Conselho Constitucional é nomeado pelo Presidente da República, sendo que os restantes Juizes Conselheiros, são designados cinco pela Assembleia da República, segundo o critério de representação proporcional; e um juiz-Conselheiro designado pelo Conselho superior da Magistratura judicial (artigo 241 n.º 1 alíneas a), b), c) da CRM de 2004 atualizada em 2018).

Quanto ao Tribunal administrativo, extrai-se do artigo 228º n.º 2 e 3 da CRM de 2004 atualizada em 2018, que o Presidente do Tribunal Administrativo, é nomeado pelo Presidente da República, ouvido o Conselho Superior da Magistratura judicial administrativa. Os Juizes-Conselheiros, do tribunal administrativo são nomeados pelo Presidente da República, sob proposta do Conselho Superior da Magistratura Judicial Administrativa.

Num contexto político, como o de Moçambique, onde a separação de poderes ainda é muito frágil em termos práticos, existir

juízes nomeados ou unicamente designados pelo Presidente da República, pelo executivo, ou eleitos pela Assembleia da República, sem prévia participação ou com participação quase insignificante de um órgão independente ligado ao judiciário (Conselhos Superiores da Magistratura judicial), seria “deixá-los à mercê do executivo ou do poder legislativo partidarizados” (VENTURA, 2012, p. 31), o que de certa forma pode influenciar a independência pessoal do juiz e a independência do sistema judicial no seu conjunto, prejudicando a confiança do público na administração da justiça. As designações dos Juízes, deverão constituir em si mesmas um importante fator de independência e não podem ser deixadas na exclusiva discricionariedade do poder executivo ou legislativo.

b) Inamovibilidade dos juízes

A concessão aos juízes de um mandato permanente permite maximizar a respectiva independência, bem como a confiança do público na Magistratura. Portanto, deve conceder-se aos juízes um mandato de longa duração, com avaliações periódicas, para que a sua independência não seja comprometida (VENTURA, 2012, p. 32). Contudo, a *“inamovibilidade não implica, como consequência necessária, a garantia da vitaliciedade do cargo”* (BRITO, 2008, p. 75). Como já se referiu- a Constituição moçambicana de 2004 atualizada em 2018 mantém, no essencial, os princípios estruturantes basilares da Constituição de 1990, ou seja, o princípio da reserva função jurisdicional aos tribunais (artigo 211º) e o da independência dos juízes (artigo 216º). Assim, nos termos do artigo 216 nº 3 da CRM de 2004, *“os juízes são inamovíveis, não podendo ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos, senão nos casos previstos na lei”*. Compete ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, *“nomear, transferir, exonerar, os magistrados judiciais”* nos termos do artigo 221 alínea a) da CRM de 2004 atualizada em 2018.

Trata-se de uma garantia de independência, que tem que ter dignidade constitucional, para impedir que haja mudanças de juízes ditadas por critérios políticos ou interesses governamentais. Note-se que a inamovibilidade não pode ser absoluta, na medida

em que “a constituição judicial deve, devia salvaguardar e reafirmar o princípio da inamovibilidade, com a possibilidade de afastamento da carreira, mediante processo, em caso de comprovada incompetência, imoralidade e corrupção” (VENTURA, 2012, p. 33).

c) Segurança financeira

Os juízes devem auferir uma remuneração adequada e também beneficiar de pensões, fato que pode ajudar a atrair pessoas qualificadas para a magistratura judicial, bem como tornar os juízes menos susceptíveis de ceder à tentação da corrupção e às influências políticas ou outras influências indevidas. Note-se que sempre que os poderes executivo e legislativo controlam os orçamentos judiciais, a independência dos magistrados pode estar ameaçada.

d) Promoção

A promoção dos juízes, deve basear-se em fatores objetivos, em particular a capacidade profissional, a integridade e a experiência. Compete ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, “*apreciar o mérito profissional, promover os magistrados judiciais*” nos termos do artigo 221 alínea a) da CRM de 2018. A doutrina defende que “**o critério da promoção por antiguidade dos juízes** íntegros e competentes é capaz de respeitar o princípio da independência, e parece ser o único susceptível de subtrair os juízes dos favoritismos, perseguições e manipulações, a que o critério de mérito sujeitava, isto porque o sistema de classificações de mérito, permite ao Conselho Superior da Magistratura, por critérios de oportunidade e conveniência, sem qualquer rigor científico, escolher os juízes que terão acesso privilegiado em matéria de transferências e promoções” (VENTURA, 2012, p. 34).

e) Responsabilização

Nos termos do artigo 216º nº2 da CRM de 2018, os juízes têm a garantia de *irresponsabilidade*. Isto quer dizer que “os juízes não podem ser responsabilizados politicamente pelas decisões

que tomam. No entanto, eles podem ser responsabilizados penal, disciplinar e civilmente pelos danos causados no exercício da função de julgar, nos termos da Lei” (VENTURA, 2012, p. 34). Compete ao Conselho Superior da Magistratura Judicial, “*exercer a acção disciplinar aos magistrados judiciais*” nos termos do artigo 221º alínea a) da CRM de 2004 atualizada em 2018.

f) Garantias de imparcialidade

No exercício das suas funções, os juízes apenas devem obediência à lei, e têm as garantias de imparcialidade (artigo 216 nº1 e 2 da CRM de 2004). “A imparcialidade é um estado do espírito, ou uma atitude do tribunal em relação às questões e às partes de um caso concreto. A imparcialidade implica que os juízes não deverão ter ideias preconcebidas sobre a questão submetida à sua apreciação e que não deverão agir de forma a promover o interesse de uma das partes. A independência e a imparcialidade dos juízes, pressupõe também “a impossibilidade de os juízes receberem, a qualquer título ou pretexto, contribuições e ofertas de pessoas físicas ou entidades públicas e privadas (VENTURA, 2012, p. 38).

Outra garantia da imparcialidade, tem a ver com o princípio da dedicação exclusiva dos Magistrados judiciais, segundo o qual, “os magistrados judiciais em exercício, não podem desempenhar quaisquer outras funções públicas ou privadas, excepto a actividade de docente ou de investigação jurídica ou outra de divulgação e publicação científica, literária, artística e técnica, mediante prévia autorização do Conselho Superior da Magistratura judicial” (artigo 218 da CRM).

g) Liberdade de expressão e de associação

Na Constituição da República de Moçambique de 2004, atualizada em 2018, não existe um preceito específico que reconhece a liberdade de expressão e de associação aos Magistrados judiciais. Por isso, parece-nos que valem também para os magistrados, os preceitos constitucionais relativos à liberdade de expressão e informação e à liberdade de associação dos cidadãos (Cfr. artigo 48 e 52 ambos da CRM).

O reconhecimento constitucional da liberdade de expressão e de associação aos magistrados judiciais, é fundamental numa sociedade democrática, respeitadora do princípio do Estado de Direito e dos direitos humanos. Sendo livres de formar associações, os juízes serão mais capazes de defender a sua independência e outros interesses profissionais.

3. DESAFIOS DA INDEPENDÊNCIA DO PODER JUDICIAL EM MOÇAMBIQUE

A **independência do Poder judicial** pode ser expressa em dois momentos: um político e outro administrativo; ou seja:

A independência de ordem política está ligada ao exercício da função que a Constituição atribui ao Poder Judicial: julgar e executar o julgado, para dizê-lo sumariamente. Portanto, a independência política do Poder judicial destina-se a garantir o exercício da função jurisdicional exclusivamente por esse Poder. A natureza política dessa dimensão da independência decorre, primeiro, de sua relação com o exercício do poder estatal, que é político por excelência (a jurisdição exercida pelo Poder Judicial é modalidade de exercício do poder estatal); segundo, por ter finalidade política, qual seja, a defesa da liberdade contra o arbítrio de toda espécie de poder, sobretudo do poder político; finalmente, por ser garantia da função de controlo exercida pelo Poder Judicial sobre a constitucionalidade dos atos dos demais poderes, o que importa o exercício de ponderável parcela do poder político. Já no tocante à independência de natureza administrativa, também chamada de autogoverno da magistratura, consiste na aptidão do Poder Judicial de gerenciar com autonomia os elementos pessoais e os meios materiais e financeiros imprescindíveis ao exercício da função jurisdicional (VINÍCIUS, 2011, p. 279).

Analisando a atual Constituição moçambicana de 2004, atualizada em 2018, nota-se que há uma declaração formal de independência do

Poder judicial em face dos demais poderes. Mas isso não significa que o Poder Judicial moçambicano, seja de per si independente do Poder Executivo. Existem muitos desafios da independência do Poder Judicial ante os outros poderes do Estado, na medida em que os presidentes do Tribunal Supremo, do Conselho Constitucional e do Tribunal Administrativo são nomeados pelo Presidente da República e alguns juizes Conselheiros destes órgãos são designados pela Assembleia da República (Cf. artigo 225 n° 2 e 3; artigo 241 n°1 alíneas a), b), artigo 228 n° 2 e 3 todos da CRM de 2004, atualizada em 2018). Esse fato leva-nos a crer que **a cúpula da organização judiciária sofre ingerência direta do chefe do Executivo ou mesmo do parlamento.**

Com efeito:

Não-raras vezes essa distorção, porquanto constitui um verdadeiro atentado ao regime democrático e um contra-senso relativamente ao princípio da separação de poderes – influencia sobremaneira a composição desses Tribunais. Consequentemente, em razão da estrutura rigidamente hierarquizada dos Tribunais, que subjugam os juizes de primeiro grau às orientações advindas do escalão superior, **todo o Poder judicial indiretamente se submete ao Poder Executivo** que, além dessa prerrogativa, conta com o poder de gerência dos recursos financeiros do Estado (VINÍCIUS, 2011, p. 280).

Refere-se a esse propósito as questões colocadas por Jorge Miranda (2002, p. 776): “(...) como pode um tribunal com juizes designados desta maneira vir a sindicam os atos daqueles órgãos; como pode a criatura fiscalizar o criador; como um tribunal assim, composto não reproduzir a composição do parlamento ou a orientação do Chefe do Estado”. Com efeito, pode-se questionar em que medida a forma de composição do Conselho Constitucional, do Tribunal Supremo e o do Tribunal Administrativo pode afetar a independência e a imparcialidade

dos Juízes Conselheiros destes órgãos, sobretudo, quando estejam em jogo interesses políticos dos titulares dos órgãos de designação.

Os órgãos políticos caracterizam-se por serem ativos, exercem a função política de acordo com critérios igualmente políticos, e gozam de uma larga margem de discricionariedade na sua atuação. Diferentemente, os órgãos jurisdicionais são reativos, integram necessariamente juízes independentes que exercem a função jurisdicional em obediência a critérios jurídicos e vinculados ao dever de obedecer exclusivamente a lei (MIRANDA, 2004, p. 22 e seguintes).

As regras constitucionais não se sustentam sozinhas, mas, ao contrário, necessitam do devido suporte político para viger (LASSALLE, 2001, p. 2). As regras são cumpridas porque há interesse dos demais agentes da arena política em observá-las, especialmente daqueles atores capazes de intervir no sentido de modificar essas mesmas regras. O mesmo pode ser dito sobre as decisões proferidas por tribunais que interfiram diretamente sobre a arena política. Isso é especialmente aplicável aos Tribunais constitucionais (que no caso moçambicano corresponde ao **Conselho Constitucional**), que interpretam as regras básicas do convívio democrático. A sua independência e o eventual ativismo judicial daí decorrente não se fundamentam na mera existência de regras jurídicas prévias, mas pura e simplesmente em uma determinada correlação de forças políticas capaz de fornecer suporte para que assim atuem (ROS, 2007, p. 2-3).

Com efeito:

O comportamento judicial não é insensível ao ambiente político em que opera. Ao contrário do que muito se afirma, magistrados não decidem apenas tendo em conta as regras formais do ordenamento jurídico. Ao contrário, pode-se afirmar que realizam cálculos sobre as possíveis consequências de suas decisões. Desta maneira, adotam um comportamento estratégico, especialmente verificando quais são os eventuais suportes políti-

cos para suas decisões. Quanto maior for a distribuição do poder político existente no sistema político em si mesmo, maiores são as possibilidades de que o judiciário se manifesta mais independente e ativamente; ou seja, judiciários tendem a ser mais ativos e independentes quanto maior for a competição política existente num dado contexto político (ROS, 2007, p. 4).

Note-se que, embora a Constituição seja vista como um instrumento político, na medida em que regula a atividade política, o exercício do poder, não se pode concluir que a atividade de quem interpreta a Constituição seja política. Ocorre que, mesmo a matéria sendo política, as decisões do Conselho Constitucional são baseadas na fundamentação e racionalidade. Segue-se o procedimento preestabelecido adotado nos processos jurisdicionais (artigo 40 e seguintes da Lei nº 6/2006 de 2 de Agosto). Tanto assim que o juiz somente tem duas opções de julgamento: procedência ou improcedência. A decisão judicial constitucional advém de um rigoroso método objetivo de interpretação e aplicação da Constituição, que garanta o acerto e a segurança desejados, bem como demonstre com extremo rigor e clareza sob quais fundamentos e justificativas a decisão foi tomada. Os fundamentos exigidos em toda decisão judicial são sempre argumentos jurídicos, sem posição política no sentido partidário.

A esse propósito António de Araujo (2000, p. 234-235) diz que:

A maior parte dos estudos empíricos existentes têm sido incapazes de detetar fatores que, de forma sistemática, estruturam o comportamento judicial e influenciem o sentido das decisões. Apesar de a designação partidária dos juizes e a não vitaliciedade do seu mandato – traços comuns à maioria dos tribunais constitucionais – sugerirem que o seu comportamento de voto poderia ser influenciado pelos laços ideológicos e partidários assim estabelecidos, não é isto que tem sido encontrado por estudos feitos sobre os casos alemão, francês, espanhol e da Euro-

pa de Leste”. Para a generalidade dos tribunais constitucionais europeus, “os juízes – mesmo os seleccionados na base de lealdade partidária – comportam-se frequentemente de uma forma diferente da esperada pelos seus partidos (BRÜNNECK *apud* ARAÚJO; MAGALHÃES, ano? p. 235).

No caso moçambicano a análise dos fatores político-partidários por detrás do comportamento judicial tem uma relevância direta para a questão do papel político da justiça constitucional e dos outros Tribunais em que os respectivos presidentes são nomeados pelo Presidente da República. Se se provar, por exemplo, que esses fatores não influenciam as decisões do Conselho Constitucional, as tensões recorrentes e as negociações complexas que sempre se geram em torno da recomposição do Conselho Constitucional tornam-se difíceis de compreender e a chave para a compreensão do papel político do Conselho Constitucional terá de ser procurada noutra lado. Todavia, se esse impacto se confirmar, poderá se prever que o Conselho Constitucional será, de fato, uma força promaioritária, dada a inexistência de regras que tendem a evitar a coincidência entre a composição político-partidária do Conselho e os partidos ou coligações que controlam o parlamento e o governo.

A este propósito, Araujo e Magalhães (2000, p. 235-236), ao estudarem o comportamento judicial e o contramaioritarismo do Tribunal Constitucional Português dão conta da hipótese de que o sentido das decisões do Tribunal seja “influenciado pela sua composição político-partidária (medida, para cada decisão, pela proporção de juízes designados por partidos que apoiaram o diploma em causa). Há necessidade de testar se o Tribunal Constitucional se comporta estrategicamente face à dimensão das maiorias responsáveis pela aprovação dos diplomas”.

No caso moçambicano há que indagar se, independentemente das preferências ideológicas e/ou fidelidades partidárias dos juízes do Conselho Constitucional, a probabilidade de o Conselho Constitucional

declarar a inconstitucionalidade de diplomas da Assembleia da República diminui quando eles resultam de um mais vasto apoio parlamentar, com o fim de evitar reações parlamentares que pusessem em causa a integridade institucional do Conselho ou a sua jurisprudência.

A composição político-partidária do Conselho Constitucional é a única que explica o sentido das decisões do Conselho Constitucional na fiscalização da Constitucionalidade e no exercício de outras competências que lhe são constitucionalmente conferidos. No mesmo sentido há que destacar que em cada decisão, quanto maior for a proporção de juizes no interior do TC designados pelos partidos que apoiaram o diploma em análise, mais provável se torna que o Tribunal decida no sentido da não inconstitucionalidade desse diploma. Parece que os partidos que compõem o parlamento moçambicano e as suas lideranças sabem já há muito tempo: a centralidade política dos processos ligados à composição “partidária” do Conselho Constitucional. Durante a discussão do anteprojeto de Revisão da Constituição de 1990, que previu a transformação do Conselho Constitucional em Tribunal constitucional, uma corrente de opinião defendia que os juizes do Tribunal constitucional devem ser todos eleitos pela Assembleia da República, e o respectivo presidente nomeado pelo Presidente da República dentre aqueles.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da descrição e análise precedentes dos desafios da independência do Poder Judicial na ordem jurídica moçambicana, pode-se tirar as seguintes conclusões:

1. Na concepção clássica de separação de poderes do Estado, o Poder Judicial era tido como um poder nulo, invisível, apolítico, secundarizado e controlado pelo Poder Executivo e/ou Legislativo, que nomeavam os juizes-robô, cuja tarefa era pronunciar a lei, reproduzindo-a na sentença.

2. A concepção clássica do juiz-robô, e do Poder Judicial nulo, invisível e apolítico, começou a entrar em crise com o surgimento da teoria do controle da constitucionalidade das leis pelos Tribunais constitucionais; fato que tornou os juízes verdadeiros legisladores negativos e positivos, ao declararem a inconstitucionalidade dos atos normativos emanados pelo Executivo e pelo Poder Legislativo.

3. A efetiva independência orgânico-pessoal do Poder Judicial é também traço essencial de um Estado de Direito democrático.

4. No caso moçambicano, existe um quadro normativo constitucional favorável à independência dos juízes, mas ele não é por si suficiente para concluirmos que tal independência se verifica efetivamente no exercício das suas funções, porque, norma e fato nem sempre coincidem. A independência dos juízes depende também de outros fatores que, vezes sem conta, escapam à regulamentação jurídica, que podem ser de ordem objetiva ou subjetiva, internos ou externos à função jurisdicional.

6. Com efeito, parece que a independência da função jurisdicional em Moçambique é formal em face dos demais poderes do Estado e enfrenta desafios, na medida em que os Presidentes do Tribunal Supremo, do Tribunal Administrativo e do Conselho Constitucional são nomeados pelo Presidente da República e alguns juízes do Conselho Constitucional são indicados pelo Parlamento. Este fato leva-nos a concluir que a cúpula da organização judiciária sofre ingerência direta do chefe do Estado (chefe do Poder Executivo) e do Parlamento, fato que constitui um atentado ao regime democrático e um contrassenso relativamente ao princípio da separação de poderes.

7. Pese, embora, a ingerência do Chefe do Estado (Poder Executivo) e do Parlamento na nomeação ou indicação dos Juízes Presidentes e dos juízes Conselheiros do Conselho Constitucional, do Tribunal Supremo e do Tribunal Administrativo, acreditamos que a independência do juiz no exercício de funções, que se deve traduzir na objetividade,

isenção, imparcialidade e justeza das decisões, depende muito da postura de cada juiz, que pode ser influenciada por múltiplos fatores, tais como a formação moral e cívica, a personalidade, o caráter e o modo de perceber e encarar a missão de serviço público que implica o desempenho do cargo.

REFERÊNCIAS

Obras consultadas e citadas

BRITO, Wladimir. **Lições de Direito Processual Administrativo**. 2. ed. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Moçambique**. Lisboa/Maputo: IdiLP, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional; Constituição e Inconstitucionalidade**. 3. ed. (Reimpressão). Tomo II. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MIRANDA, Jorge **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora. 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo V. *Actividade Constitucional do Estado*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MORAIS, Carlos Blanco De. **Justiça Constitucional**. Tomo II, O Direito Contencioso constitucional, 2. Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos Poderes como doutrina e princípio constitucional**. Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

QUEIROZ, Cristina. **Direito Constitucional**. As instituições do Estado Democrático e Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

VENTURA, António José. **Da independência do poder judicial na Constituição da República de Angola**. Coimbra: Reimpressão, Almedina, 2012.

Legislação

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. Assembleia da República. **Ante-projecto da Revisão da Constituição**. Maputo - 1998. Lei 6/2006 de 2 Agosto.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique de 16 de Novembro de 1990**.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique de 2004**. In Boletim da República, I Série número 51 de 22 de Dezembro de 2004.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Constituição da República de Moçambique de 2018**. In Boletim da República, I Série número 115 de 12 de Junho de 2018.

REPÚBLICA DE MOÇAMBIQUE. **Lei nº 1/2018 de 12 de Junho**. Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique, in Boletim da República, I Série número 115 de 12 de Junho de 2018.

Internet

ARAÚJO, António de; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. **A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?**. Disponível em: <http://sites.google.com/site/pmdccm/Apis3431.pdf>. Acesso em: 1 set. 2010.

BADDAUY, Letícia de Souza; NORTE Janaína Braga, **Tribunal constitucional**. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-9.pdf – Acesso em: 10 set. 2010.

DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO DE 1789. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf Acesso em: 27 jul. 2011.

MALDONADO, Maurílio. **SEPARAÇÃO DOS PODERES E SISTEMA DE FREIOS E CONTRAPESOS: DESENVOLVIMENTO NO ESTADO BRASILEIRO**. p. 6. Disponível em: http://www.al.sp.gov.br/web/instituto/sep_poderes.pdf Acesso em: 27 jul. 2011.

NAÇÕES UNIDAS. **Direitos Humanos na Administração da Justiça, Série Manual de Formação profissional**. N. 9, p. 99. Disponível em: <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Volume1/04.CAP%C3%8DTULO%204.pdf> Acesso em: 27 jul. 2011.

ROS, Luciano da. **Tribunais como árbitros ou como instrumentos da oposição?** Judicialização da política em novas poliarquias à luz do caso brasileiro. p. 2-3. Disponível em: http://aucip.org.uy/docs/estado_gobierno_y_reformas_en_alatina/luciano_da_ros.pdf Acesso em: 04 ago. 2011.

VINÍCIUS, Amorim de Oliveira Marcus. **GARANTIAS DA MAGISTRATURA E INDEPENDÊNCIA DO JUDICIÁRIO**. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/21207/garantias_magistratura_independencia.pdf?sequence=1 Acesso em: 27 jul. 2011.

**RELAÇÕES ENTRE O DIREITO
CONSTITUCIONAL E O DIREITO
LINGUÍSTICO PARA PENSAR A
REALIDADE LATINO-AMERICANA**

Jael Sânera Sigales Gonçalves

Ricardo Nascimento Abreu

APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA

Este trabalho tem como objetivo central apresentar questões entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico considerando, fundamentalmente, a realidade jurídica do Brasil. Tal proposta é possível porque assumimos quatro premissas encadeadas, sobre as quais são necessários alguns esclarecimentos.

Premissa 1 - Existem dois ramos distintos do Direito: o Direito Constitucional, que trata das normas constitucionais, e o Direito Linguístico, que trata das normas relativas à língua. Essa premissa explica a opacidade da proposta e de seu título, que imediatamente reconhecemos e relacionamos à segunda premissa.

Premissa 2 - Direito Constitucional e Direito Linguístico gozam de diferente estatuto de reconhecimento na ciência jurídica. Ou seja: se acadêmicos e operadores do Direito reconhecem o que seja o “Direito Constitucional”, seu conceito, objetos, fundamentos, fontes, o mesmo não acontece com o Direito Linguístico. Dito ainda de outro modo: assumimos a premissa de que, se perguntarmos a estudantes, estudiosos e operadores do Direito “qual é o objeto do Direito Linguístico?” ou “dê um exemplo de norma de Direito Linguístico”, provavelmente não obteremos resposta.

Premissa 3 - Apesar da heterogeneidade em conteúdo e em reconhecimento, há uma relação fundamental entre o Direito Linguístico e o Direito Constitucional. Essa relação é, além de fundamental, explícita e implícita. Ora, se é verdade que todo Estado, para se constituir, necessitaria de uma Constituição, é verdade que todo Estado necessitaria de uma língua, e isso está ou não está previsto nas constituições nacionais. Um exemplo: o artigo 13 da Constituição Federal brasileira de 1988 dispõe que a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil. Essa norma é ao mesmo tempo uma norma de Direito

Constitucional (está na Constituição) e uma norma de Direito Linguístico (regula juridicamente a língua).

Premissa 4 - Propostas de trabalho como esta têm circulação exterior e constituição exógena ao Direito. Com isso, queremos dizer que, diferentemente de pares como Direito Constitucional-Direito Administrativo, Direito Constitucional-Direito Tributário, Direito Constitucional-Direito Penal, a relação Direito Constitucional-Direito Linguístico tem circulação externa pelo menos em outra área do conhecimento – a Linguística – e constituição que também diz de algo que não é tipicamente abordado como “bem jurídico” – a linguagem e a língua. Isso dá uma responsabilidade científica a todo trabalho que se inscreva na relação Direito (Constitucional)-(Direito) Linguístico, de explicar seus termos para leitores de diferentes campos do conhecimento. Isso não é comum ao hermetismo do Direito e ao modo como se produz conhecimento jurídico.

Estabelecidas essas premissas, retomamos o objetivo central que enunciamos – apresentar questões entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico –, para formular as questões que norteiam este trabalho:

(i) uma questão para os linguistas: do que trata o Direito Constitucional?;

(ii) uma questão para os juristas: do que trata Direito Linguístico?;

(iii) uma questão para quem se interessa pela relação entre o Direito e a Linguística, enquanto campos científicos distintos e, particularmente, pelo Direito Linguístico: quais questões emergem da relação entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico?

Essas perguntas pressupõem que o leitor deste texto pode não ser familiarizado com os estudos do Direito – por isso a questão sobre do que trata o Direito Constitucional – e/ou com os estudos do Direito Lin-

guístico – por isso a pergunta sobre do que trata o Direito Linguístico. Assim, investimos nessas questões introdutórias para, então, alcançarmos a discussão sobre as relações possíveis entre o Direito Linguístico e o Direito Constitucional.

Imediatamente, é preciso dizer que não trata este trabalho de esgotar os elementos sobre os quais versa, de modo que não é nosso objetivo ser exaustivos e apresentar um “curso” de Direito Constitucional e Direito Linguístico. No entanto, pretendemos trazer bases necessárias e suficientes para mostrar como esses dois campos se relacionam e apresentam questões um ao outro. Fazemos isso através de trabalho de cunho teórico com base em fontes bibliográficas e documentais. Organizamos o texto de modo a dar linearidade à resposta às perguntas anteriormente formuladas: tratamos do Direito Constitucional, primeiro; depois, do Direito Linguístico; e, em seguida, apresentamos as questões que se podem formular na interface entre um e outro ramo do Direito, considerando a realidade jurídica brasileira, principalmente.

1. BASES PARA A RELAÇÃO ENTRE DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO LINGUÍSTICO

1.1 Do que trata o Direito Constitucional

Direito Constitucional é o nome de uma disciplina do domínio jurídico (CAMPOS, 2004). Com atenção principalmente fixada no sistema federal da Argentina, Raúl Gustavo Ferreyra (2015) apresenta três acepções para o termo “Direito Constitucional”: como direito objetivo que emana diretamente da Constituição Federal; como direitos fundamentais dos sujeitos; e como área do saber ou domínio científico, em que está a dogmática ou a teoria constitucional.

O constitucionalista argentino alerta que o conhecimento e a compreensão do Direito Constitucional dependem do conhecimen-

to prévio da “*fuelle de la que emana y que lo determina: la constitución*” (FERREYRA, 2015, p. 331). Para o autor, constituição é a “*combinación de normas jurídicas que regulan y determinan el modo en que debe ser ejercido y controlado todo el poder político*” e, ao mesmo tempo, as normas por meio das quais “*se confiere reconocimiento a los derechos fundamentales de los habitantes*” (FERREYRA, 2015, p. 212). A constituição trata, portanto, de ao mesmo tempo oferecer-se como instrumento para a limitação do poder do Estado e para a concretização de direitos fundamentais.

Quando estudamos determinando ramo do direito, nos perguntamos sobre suas bases fundamentais, como sua natureza, conceito e objeto.

Quanto à natureza do Direito Constitucional, José Afonso da Silva situa o Direito Constitucional como ramo distinto do Direito Público, porque se trataria, segundo o autor, do “Direito Público fundamental” (2014, p. 36) na medida em que é esse o ramo do direito que organiza o funcionamento do Estado. Quanto ao conceito, expõe o constitucionalista que “podemos defini-lo como *ramo do Direito Público que expõe, interpreta e sistematiza os princípios e normas fundamentais do Estado*”. Em relação ao objeto, o constitucionalista indica que cabe a esse ramo

O estudo sistemático das normas fundamentais da organização do Estado, isto é, pelas normas relativas à estrutura do Estado, forma de governo, modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos, limites de sua atuação, direitos fundamentais do homem e respectivas garantias básicas da ordem econômica e social (SILVA, 2014, p. 36).

Silva (2014) chama a atenção para o fato de que o Direito Constitucional também tem um conteúdo de cunho científico, ou seja, também comporta interesses acadêmicos em torno de uma compreensão teórica

ou analítica dos seus objetos. Nesse sentido, destacamos o esforço de José Canotilho e seu clássico *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ao dar centralidade científica à constituição enquanto categoria jurídico-política, o jurista português indica que para compreender o Direito Constitucional é “necessário, em primeiro lugar, aludir aos grandes problemas jurídico-políticos a que o *movimento constitucional* moderno procurou dar resposta” (CANOTILHO, 2003, p. 51). Portanto, a questão inicial é compreender o movimento constitucional enquanto movimento gerador das constituições, reconhecendo que “tem várias raízes localizadas em horizontes temporais diacrônicos e em espaços históricos geográficos e culturais diferenciados” (CANOTILHO, 2003, p. 51). É nesse sentido que, para o autor, “*não há um constitucionalismo mas vários constitucionalismos*” (CANOTILHO, 2003, p. 51).

Com essas premissas de trabalho, Canotilho (2003, p. 51) define que

Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade. Neste sentido, o constitucionalismo moderno apresentará uma *técnica específica de limitação do poder* com fins garantísticos. O conceito de constitucionalismo transporta, assim, um claro juízo de valor. É, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo.

Algo importante a dizer sobre a Constituição é que ela nem sempre existiu, e uma mirada para sua evolução histórica permite confirmar isso. Com Ferreyra (2013), aprendemos que o constitucionalismo é produto do pensamento iluminista dos séculos XVII e XVIII. Como aponta Karl Loewenstein, jusfilósofo constitucionalista alemão, já na Antiguidade Clássica podemos identificar o surgimento do constitucionalismo

no Estado teocrático hebraico, em que os profetas eram legitimados a fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem o limite bíblico; a experiência grega com as Cidades-Estados também é seminal para o constitucionalismo (LOEWNSTEIN, 1986).

A propósito dessa evolução histórica do constitucionalismo, Canotilho (2003, p. 52) promove uma distinção entre o constitucionalismo antigo e o constitucionalismo moderno:

Fala-se em *constitucionalismo moderno* para designar o movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político. Este constitucionalismo, como o próprio nome indica, pretende opor-se ao chamado *constitucionalismo antigo*, isto é, o conjunto de princípios escritos ou consuetudinários alicerçadores da existência de direitos estamentais perante o monarca e simultaneamente limitadores do seu poder.

É no constitucionalismo moderno que veremos aparecer o que o jurista chama de “constituição moderna”: “ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político” (CANOTILHO, 2003, p. 52). É esse documento escrito que domina nosso imaginário quando falamos em “Direito Constitucional” e em “Constituição”.

Marcam o constitucionalismo moderno, no final do século XVIII, a Constituição norte-americana de 1787 e a Constituição francesa de 1791, caracterizando o constitucionalismo liberal, com valorização de direitos e garantias individuais. Já no início do século XX, justamente em função das desigualdades sociais provocadas pelo incentivo à propriedade privada, emergem textos constitucionais dispostos à consagra-

ção do Estado Social do Direito, dando espaço à proteção dos direitos sociais, com destaque para a Constituição do México de 1917 e para a Constituição de Weimar, da Alemanha, de 1919.

A partir do início do século XXI, a doutrina constitucional passou a desenvolver a ideia de “neoconstitucionalismo”. Leitura fundamental para compreender os aspectos conceituais e teóricos em torno da perspectiva neoconstitucional, sobretudo considerando a realidade jurídica brasileira, é o texto *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*, de Luis Roberto Barroso (2006).

Barroso indica o neoconstitucionalismo como uma “nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral” (BARROSO, 2006, p. 1). Para alcançar esse “novo Direito Constitucional”, o autor reconstrói a trajetória do Direito Constitucional a partir de três marcos: o marco histórico; o marco teórico; e o marco filosófico. Nessa reconstrução proposta por Barroso, são feitas considerações a propósito do constitucionalismo europeu e do constitucionalismo brasileiro.

Quanto ao marco histórico, Barroso indica que, na Europa, o marco histórico do neoconstitucionalismo foi a 2ª Guerra Mundial, especialmente os documentos produzidos no pós-guerra. Barroso chama esse momento de “*constitucionalismo do pós-guerra*”, sobretudo considerando as realidades de Alemanha e Itália. Já no Brasil a Constituição Federal de 1988 ocupa o momento da história que marca o início de um novo Direito Constitucional na ordem jurídica brasileira. Tanto na Europa como no Brasil, a redemocratização aparece como traço histórico do neoconstitucionalismo no sentido da configuração de organizações políticas pautadas pela lógica do Estado Democrático de Direito, visando pôr fim às ordens autoritárias e antidemocráticas antecedentes. No caso brasileiro, inclusive, Barroso se refere à Constituição de 1988 como promotora de um “*sentimento constitucional*”, caracterizado pe-

lo respeito à Constituição que, por sua vez, denuncia um respeito ao direito positivo.

Nesse sentido, o pós-positivismo emerge como marca filosófica do neoconstitucionalismo¹. Essa posição jusfilosófica pós-positivista busca superar o positivismo jurídico à medida que, sem desprezar o direito posto, “busca ir além da legalidade estrita” (BARROSO, 2006. p. 2), reaproximando o direito da ética e da moral, distanciadas na posição puramente positivista:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia (BARROSO, 2006. p. 2-3).

Como marco teórico, Barroso destaca três transformações por que passou o Direito constitucional: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional” (BARROSO, 2006. p. 4).

¹ Conforme explica Mascaro (2014, p. 24), “ao contrário das tradições jusnaturalistas, que falavam em geral do que deve ser, a contemporaneidade inaugura, com excelência, a filosofia do direito positivo. O juspositivismo passa a ser a tábua rasa do pensamento jurídico, como em todo o passado o foram os tantos jusnaturalismos. O juspositivismo é o patamar a partir do qual se constrói filosoficamente o problema do direito e do justo desde o século XIX”.

Em relação à força normativa, é preciso situar essa normatividade atribuída ao texto constitucional no trabalho do alemão Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*. Conforme ensinou Gilmar Ferreira Mendes na apresentação da obra, com Hesse a Constituição deixa ser “apenas um pedaço de papel” (MENDES in HESSE, 1991, p. 5):

Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a *vontade de concretizar essa ordem* (HESSE, 1991, p. 19, grifos nossos).

No neoconstitucionalismo, então, a Constituição passa a ser concebida como portadora de vontade e de imperatividade, o que coloca o Poder Judiciário em posição de destaque diante dos Poderes Legislativo e Executivo, uma vez que assume papel determinante no controle judicial da concretização das vontades constitucionais. Assim, a dotação de força normativa leva a outra transformação característica do neoconstitucionalismo – a expansão da jurisdição constitucional. Desse modo, as constituições passaram a dizer o direito sobre outras questões que não meramente a organização do Estado e dos poderes. A constitucionalização dos direitos fundamentais – ou seja, a previsão de direitos fundamentais já no texto constitucional – e a criação de mecanismos de controle da constitucionalidade – ou seja, de controle da adequação à vontade constitucional – dizem sobre esse momento em que prevalece a supremacia da Constituição. O controle de constitucionalidade, por sua vez, precisa se basear em parâmetros de legitimidade e de racionalidade, razão por que se desenvolve uma dogmática de interpretação constitucional que delimite as decisões judiciais.

A partir desses marcos, é possível dizer que o neoconstitucionalismo é pautado pela busca pela eficácia da Constituição e pela limitação do poder político. Fala-se, no neoconstitucionalismo, num Estado Constitucional de Direito, não mais “legislativo de Direito”, de modo que a Constituição ganha centralidade, superioridade e supremacia e alta carga axiológica no sistema jurídico. Nas palavras de Ferreyra (2017), com base no constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides, esse Estado constitucional é “todo ente que congrega em sua composição dois elementos constituintes naturais (território e população) e dois elementos constituintes não naturais (poder e Constituição)” (FERREYRA, 2017, p. 1058). Trata-se de um Estado caracterizado pela supremacia da Constituição, fundada no princípio da força normativa, e da constitucionalização dos direitos fundamentais. O Direito, então, passa por um processo de constitucionalização.

Já temos base para voltar ao início desta seção e retomar o objeto do Direito Constitucional. Neste ponto, considerando que o constitucionalismo se presta à limitação do poder do Estado e à concretização de direitos fundamentais, com Ferreyra (2017) podemos considerar que os temas usualmente abordados no Direito Constitucional têm um núcleo comum e um núcleo variável.

Chamamos de núcleo comum de temas do Direito Constitucional aquele em que se enquadram tópicos de ordem filosófica, teórica e histórica independente do sistema jurídico. É o caso, por exemplo, do conceito, do fundamento, da evolução histórica tanto do Direito Constitucional como disciplina como de sua materialidade específica, a Constituição; da força normativa da Constituição; do controle de constitucionalidade; da natureza das normas de direitos fundamentais; da interpretação e da mutação constitucional.

O núcleo variável de temas de Direito Constitucional oscila justamente com o conteúdo das opções políticas feitas pelo poder constituinte. Esse núcleo variável nos interessa sobremaneira para pensar a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico, já que

podemos questionar as diferenças entre esses núcleos variáveis no que diz respeito à constitucionalização de temas relativos às línguas, isto é, como a regulação jurídica da língua comparece nos textos constitucionais – como e se a língua é constitucionalizada nas ordens jurídicas.

Por exemplo: o poder constituinte da Constituição brasileira de 1988, ao editar artigo específico para dispor que a língua portuguesa é a língua oficial da República Federativa do Brasil (art. 13º) e artigo específico para dispor que o ensino fundamental deve ser ministrado em língua portuguesa (art. 210), fez essas questões formalmente constitucionais. Assim também fizeram a Constituição da Bolívia (2009) e a Constituição do Equador (2008), por exemplo. Chile e Argentina, no entanto, não constitucionalizaram a língua.

Neste ponto, é imperativo dizer que a constitucionalização da língua nos casos de Bolívia e Equador está relacionada à proteção dos direitos indígenas, que marca, no “novo constitucionalismo latino-americano” ou “constitucionalismo andino”, o modelo plurinacional do constitucionalismo pluralista, que começa a acontecer no início do século XXI²³. Aparece aí uma relação direta entre a constitucionalização da

² A compreensão do novo Direito Constitucional na América Latina passa necessariamente pela incursão nos trabalhos de Raquel Fajardo. Em *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, Fajardo, ao fazer uma revisão das constituições americanas, identifica três marcos: constitucionalismo liberal; constitucionalismo social; e constitucionalismo pluralista. O constitucionalismo liberal – que tem como marcas temporais os séculos XVIII e XIX – “se caracteriza por el establecimiento del sistema institucional democrático y garantías liberales de corte estrictamente individualista” (FAJARDO, 2006) e se configurou em três modalidades. O primeiro modelo é o segregacionista colonial de tutela federal de nações domésticas, marcado pela Constituição dos Estados Unidos de 1787 e pautado na domesticação dos indígenas e por um pluralismo jurídico subordinado e limitado, além da suspensão constitucional da cidadania dos indígenas que não tributários. O segundo modelo é o modelo propriamente liberal-assimilacionista, marcado pela Constituição da Venezuela, de 1811, em que se buscava converter os indígenas em cidadãos. O terceiro modelo do constitucionalismo liberal - modelo constitucional missionário-civilizador – caracteriza as constituições de Nova Granada (Colômbia), de 1811 e de Cádiz, de 1812, que, sob a tutela eclesial, buscava a conversão e a civilização de indígenas considerados infiéis ou incivilizados (FAJARDO, 2006, p. 12).

³ A Constituição brasileira de 1988 é mencionada por Fajardo como indicativo do início do constitucionalismo pluralista na América Latina, já que esse texto constitucional reconhece importantes direitos

língua e o novo constitucionalismo na América Latina, questão central quando se trata da relação entre Direito Constitucional e Direito Linguístico pensando realidades jurídicas no espaço lationamericano.

Portanto, tem relevância a retomada dos marcos histórico, filosófico e teórico do neoconstitucionalismo para pensar sobre as relações entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico nas realidades jurídicas contemporâneas. Esse movimento auxiliar na compreensão dos fatos históricos e das posições jusfilosóficas e teóricas da emergência de normas de regulação jurídica da língua nas Constituições contemporâneas, ou seja, da constitucionalização da língua.

A relação entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico, isto é, a série de perguntas que se podem formular de um ramo do Direito para outro, está conectada diretamente ao modo como o poder constituinte originário tratou da questão da língua, ao lugar que a língua ocupa na ordem constitucional. Vejamos adiante, então, mais especificamente do que trata o Direito Linguístico, para em seguida passarmos a algumas dessas questões, pontualmente tratando da realidade jurídica brasileira.

indígenas (como nos artigos 210, 215, 231 e 232 da Constituição). No ano seguinte, em 1989, a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), considerada “núcleo duro” dos direitos indígenas”, também passa a reconhecer uma série de direitos. Esse período marca o que Fajardo (2009) chama de ciclo multicultural do constitucionalismo pluralista latino-americano. Além desse ciclo multicultural, o constitucionalismo pluralista tem outros dois ciclos: o ciclo pluricultural e o ciclo plurinacional. O ciclo pluricultural é caracterizado pelo reconhecimento de nações multiétnicas e de estados pluriculturais, presente das constituições da Colômbia (1991), México (1992), Paraguai (1992), Peru (1993), Bolívia (1994), Argentina (1994), Equador (1996 e 1998) e Venezuela (1999): “afirma o direito (individual e coletivo) à identidade e diversidade cultural, já introduzido no primeiro ciclo, mas desenvolve mais o conceito de “nação multiétnica” e “estado pluricultural”, qualificando a natureza da população e avançando rumo ao caráter do Estado. Também reconhece o pluralismo jurídico, assim como novos direitos indígenas e de afrodescendentes”. Já o ciclo plurinacional, marcado pelas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), é pautado pelo reconhecimento de diversas nações dentro de uma mesma organização estatal e pela busca de um efetivo pluralismo jurídico por meio do diálogo intercultural.

1.2 Do que trata o Direito Linguístico

Como afirmamos numa das proposições que introduzem este trabalho, não é transparente, facilmente reconhecido e institucionalmente comum falarmos de um “Direito Linguístico” enquanto ramo do Direito. Menos incomum – mas ainda incomum no campo jurídico – é ouvirmos a expressão “direitos linguísticos” para referir, por exemplo, o direito linguístico de não ser discriminado em razão do idioma, conforme esculpido já desde a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945 e reiterado em diferentes documentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a exemplo da Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a minorias étnicas, religiosas e linguísticas, de 1992; ou para referir a série de direitos linguísticos declarados na Declaração Universal dos Direitos Linguísticos, de 1996⁴.

Para ilustrar o que estamos dizendo e expor concretamente o leitor a isso que estamos chamando de normas de Direito Linguístico, apresentamos textualmente dispositivos desses documentos:

Artigo 2º

1. Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

(Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

Artigo 14

[...]

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

⁴ Para consultar outros documentos internacionais nesse sentido, ver, por exemplo, Castelano-Rodrigues (2018), Abreu (2020), Sigales-Gonçalves (2020), Silva (2019) e Silva (2021).

a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada;

[...]

f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento;

(Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, 1966)

Artigo 2º

1. As pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas (doravante denominadas “pessoas pertencentes a minorias”) terão direito a desfrutar de sua própria cultura, a professar e praticar sua própria religião, e a utilizar seu próprio idioma, em privado e em público, sem ingerência nem discriminação alguma.

(Declaração das pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas, 1992)

Artigo 3.º

1. Esta Declaração considera como direitos individuais inalienáveis que devem ser exercidos em todas as situações os seguintes: o direito a ser reconhecido como membro de uma comunidade linguística; o direito ao uso da língua em privado e em público; o direito ao uso do próprio nome; o direito a relacionar-se e associar-se com outros membros da comunidade linguística de origem; o direito a manter e desenvolver a própria cultura; e todos os outros direitos de caráter linguístico reconhecidos no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 16 de Dezembro de 1966 e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da mesma data.

2. Esta Declaração considera que os direitos coletivos dos grupos linguísticos podem incluir ainda, em acréscimo aos estabelecidos no número anterior, e de acordo com as especificações do ponto 2 do artigo 2º: o direito ao ensino da própria língua e da própria cultura; o direito a dispor de serviços culturais; o direito a uma presença equitativa da língua e da cultura do grupo

nos meios de comunicação; o direito a serem atendidos na sua língua nos organismos oficiais e nas relações socioeconômicas. (Declaração Universal dos Direitos Linguísticos, 1996)

Por esses documentos, é possível dizer que a emergência e a intensificação do discurso dos direitos linguísticos estão fortemente associadas ao discurso dos direitos humanos e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos que se seguiu sobretudo após a 2ª Guerra Mundial. No entanto, seja “Direito Linguístico” como campo, seja “direitos linguísticos” como direitos subjetivos, o fato é que é incomum encontramos juristas ocupados da questão da regulação da língua. É incomum, mas não é inédito. Conforme aponta Sigales-Gonçalves (2020), a partir da década de 70, já conseguimos localizar esforços de se pensar o Direito Linguístico como campo do Direito no trabalho de Guy Héraud (1971) e de Joseph Turi (1986), ambos juristas e mais ocupados da realidade multilíngue do continente europeu e da América do Norte, respectivamente.

Na América Latina, a imensa maioria dos trabalhos em torno dos direitos linguísticos é desenvolvida por linguistas, de modo que situar a questão em um ramo do Direito, tal qual o “Direito Linguístico”, não tem se apresentado como uma preocupação predominante. Em termos disciplinares, na Linguística, esses estudos se situam no campo da Sociolinguística, das Políticas Linguísticas e da Glotopolítica⁵. Há exceções a essa realidade predominante, e alguns juristas latino-americanos têm se ocupado da temática e também empreendido esforços no estudo dos direitos linguísticos e no desenvolvimento de uma Teoria Geral dos Direitos Linguísticos. Veja-se, nesse sentido, a tese de doutorado de Adriana Rodríguez Caguana, advogada equatoriana, defendida em

⁵ Arnoux (2016, p. 19) explica que *Glotopolítica* “estudia las intervenciones en el espacio del lenguaje, entendidas estas en un sentido amplio ya que pueden ser planificadas, explícitas, voluntarias, generadas por agentes – colectivos o individuales – que podemos identificar, o producidas ‘espontáneamente’ sin mediadores claramente identificables”.

2015 no Doutorado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (CAGUANA, 2015). No Brasil, é inaugural a dissertação de mestrado de Ricardo Abreu, defendida em 2016 no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe e intitulada *Os direitos linguísticos: possibilidades de tratamento da realidade plurilíngue nacional a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* (ABREU, 2016).

No entanto, ainda que os primeiros esforços para uma compreensão jurídica dos direitos linguísticos em um campo de saber de nome “Direito Linguístico” remontem aos meados do século XX, são necessários esforços teóricos, analíticos e descritivos para estabelecer sua teoria geral e sua autonomia científica. Nesse ponto, há uma diferença bastante sensível entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico: por um lado, o Direito Constitucional está disciplinarizado (em uma disciplina nos currículos de graduação em Direito, por exemplo) e manualizado (nos inúmeros manuais de Direito Constitucional à disposição dos iniciados e iniciantes ao Direito); por outro lado, o Direito Linguístico está numa fase de configuração e de consolidação em que pesquisadores têm se esforçado para estabelecer seu sistema conceitual – definição, conceito, natureza, fontes, objetos, fundamentos – valendo-se, para isso, de diálogos interdisciplinares entre diferentes áreas das Ciências Humanas e das Ciências Sociais Aplicadas. Nossos trabalhos anteriores indicam esse momento (ABREU, 2020; SIGALES-GONÇALVES, 2020).

Abreu (2020) avança de indicar a definição e as principais fontes do Direito Linguístico. O autor define Direito Linguístico como “campo de estudos e pesquisas que se ocupa, dentre outras questões, da produção, aplicação e análise das normas que tutelam as línguas e os direitos de uso dessas línguas pelos indivíduos e grupos falantes, minoritários ou não” e indica a necessidade de “uma teoria geral que consiga es-

tabelecer parâmetros científicos de análise, amparados principalmente na ciência Linguística e no Direito” (ABREU, 2020, p. 172):

O ainda tímido estado da arte do Direito Linguístico no Brasil tem revelado uma tendência que aponta para o fato de os operadores do direito, de os pesquisadores e de os ativistas político-linguísticos conceberem o campo a partir de duas vertentes:

- a. Uma primeira vertente que privilegia o estudo dos direitos linguísticos em espécie, ou seja, assume, por um olhar stricto, a expressão “direitos linguísticos” e busca verificar, em suas pesquisas, o atendimento ou não das normas jurídicas existentes, por parte dos Estados nacionais.
- b. Uma segunda vertente que toma, por um viés lato, a expressão “direito linguístico”, e busca compreender as bases constitutivas de uma Teoria do Direito Linguístico, por meio da qual seja possível realizar uma análise da pertinência e da eficácia das normas existentes, bem como balizar o trabalho daqueles agentes envolvidos na concepção, implementação e usufruto das políticas emanadas dessas normas.

Contribuindo com a segunda vertente, Abreu nos apresenta às principais fontes do Direito Linguístico, entre as quais estão justamente o Direito Constitucional e os princípios constitucionais⁶. Segundo o autor:

A Constituição pode ser retratada como um espelho da existência e da eficácia de políticas de garantia de Direitos Linguísticos pelos cidadãos de um determinado país. Diante do seu silenciamento perante à questão desses direitos, mas audíveis simbolicamente serão os conflitos linguísticos existentes entre as minorias

⁶ São também fontes do Direito Linguístico o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o direito estrangeiro e comparado, o direito infraconstitucional, a jurisprudência dos tribunais e os costumes das comunidades linguísticas. Em face do nosso objetivo neste capítulo, concentramo-nos no Direito Constitucional como fonte do Direito Linguístico. Focamos neste texto o Direito Constitucional e os princípios constitucionais.

linguísticas outsider se aqueles que representam a maioria usuária das línguas do/no poder (ABREU, 2020, p. 178).

A importância do Direito Constitucional como fonte do Direito Linguístico é recuperada por Sigales-Gonçalves (2020) em trabalho também ocupado de contribuir para uma Teoria Geral do Direito Linguístico. A autora indica que o Direito Linguístico tem como objeto direitos linguísticos e também deveres linguísticos, no sentido de que os sujeitos estão também obrigados a deveres linguísticos, a obrigações relacionadas à língua, diante das quais a Constituição Federal tem um papel determinante:

O artigo 13 da Constituição Federal, ao declarar que a língua portuguesa é o idioma oficial da República Federativa do Brasil, impõe a todos o dever linguístico não-explicito de utilizar a língua portuguesa na relação com a administração estatal. Não está explícita na Constituição a formulação “todos devem utilizar a língua portuguesa para a comunicação com as instituições estatais”, a análise da jurisprudência do STF mostra que o dispositivo já foi utilizado pela corte para justificar a obrigação de interposição de *Habeas Corpus*, a exemplo do que aconteceu no julgamento do já mencionado Habeas Corpus 72.391/1995 (SIGALES-GONÇALVES, 2020, p. 268).

Como se vê, a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico é patente, e o diálogo entre esses dois campos de saber já tem se mostrado produtivo tanto do ponto de vista teórico como dos pontos de vista analítico e descritivo das normas existentes no ordenamento jurídico. Cabe a nós indicar as questões que emergem desse diálogo, sobretudo para apontar caminhos de trabalho no campo nas atuais condições de produção do saber jurídico afetadas pelo novo Direito Constitucional e, portanto, pela preocupação com a concretização dos direitos fundamentais.

2. QUESTÕES ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL E O DIREITO LINGÜÍSTICO NA REALIDADE JURÍDICA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E AS VULNERABILIDADES

Organizamos as questões que podem emergir entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico em formato de “proposições capitais”⁷. Em seguida, passamos a detalhar cada uma delas. Limitamos-nos neste trabalho, conforme o anunciado, em dois aspectos: o do neoconstitucionalismo e o do controle de constitucionalidade.

Proposição 1. O Direito Linguístico deve ser estudado em relação ao neoconstitucionalismo.

Nesse ponto, entendemos que a análise da evolução histórica do constitucionalismo em cada país pode contribuir para a compreensão da formação do Direito Linguístico em âmbito local, regional e supranacional. No caso brasileiro, é importante que se considere que a história constitucional do país é marcada por oito documentos: a Constituição de 1824; a Constituição de 1891; a Constituição de 1934; a Constituição de 1937; a Constituição de 1946; a Constituição de 1967; a Emenda Constitucional nº 01, de 1969; e a Constituição de 1988, atualmente vigente.

Algumas questões que emergem do ponto de vista descritivo, na relação entre Direito Linguístico e Direito Constitucional:

- a. As Constituições brasileiras têm normas a respeito da língua? Quais?
- b. Os direitos linguísticos são considerados direitos fundamentais pelas Constituições brasileiras?
- c. Como as constituições latino-americanas têm tratado a questão da língua no constitucionalismo contemporâneo, após a 2ª Guerra Mundial?

⁷ Com inspiração no modo como Morales (2019) apresentou seu tema de tese, em *Pressupuesto de Gastos y Recursos – conceptos, funciones e mecanismos constitucionales*.

Abreu (2016) dá subsídios para responder a essas perguntas, quando mostra que a Constituição de 1988 foi a primeira constituição brasileira em que se constitucionalizou a língua oficial, fazendo emergir o debate de qual seja o estatuto das demais línguas faladas no Brasil, entre as línguas indígenas, as línguas de migração, as línguas de sinais, por exemplo. Abreu (2016, p. 60) analisa as Atas da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e mostra que a constitucionalização da língua “foi realizada com uma superficialidade de debates de causar espanto”.

Emergem daí novas perguntas:

a. Quais as implicações jurídicas do fato de a Constituição de 1988 ter constitucionalizado uma língua oficial (art. 13) e determinado que o ensino fundamental será em português (art. 210)?

b. A constitucionalização da língua portuguesa no Brasil indica que os direitos linguísticos e deveres linguísticos constantes no texto constitucional têm estatuto de direitos e deveres fundamentais?

c. Uma vez que há constitucionalização de direitos e deveres linguísticos, quais as implicações para o controle de constitucionalidade de normas infraconstitucionais que tratem da língua?

Alcança-se, assim, a segunda proposição.

Proposição 2 - O Direito Linguístico deve ser estudado em relação ao controle de constitucionalidade.

No neoconstitucionalismo, a Constituição ganha *status* de centralidade e superioridade no ordenamento, e é a partir da Constituição que se analisa a validade de todas as demais normas. O controle de constitucionalidade das leis é tema de central relevância no estudo do Direito Constitucional contemporâneo, portanto. Quando pensamos em Direito Linguístico, do ponto de vista constitucional, no caso do Brasil, pensamos imediatamente nos artigos sobre a oficialidade da língua portuguesa e sobre o ensino nessa língua no ensino fundamental. No entanto, é necessário considerar que todas as demais legislações sobre a

língua, na instância infraconstitucional, precisam passar pelo crivo da Constituição, seus princípios e fundamentos eleitos pelo Poder Constituinte.

Toda legislação sobre a língua deve ser analisada sob a ótica constitucional e deve passar sob o crivo do controle de constitucionalidade. No Brasil, a legislação sobre a língua permite que falemos em direitos e deveres linguísticos educacionais, penais, migratórios, autorais, não necessariamente referentes a falantes e línguas indígenas⁸. Para dar um exemplo concreto recente, vejamos a Nova Lei de Migração brasileira, Lei nº 13.445, de 2017, que condiciona a aquisição de nacionalidade por naturalização ordinária a comprovação de que o naturalizando se comunica em língua portuguesa. Trata-se de um dever linguístico que obriga ao conhecimento da língua portuguesa, mesmo que a não discriminação e a dignidade da pessoa humana estejam entre os valores e princípios da República.

Desse exemplo, emergem algumas perguntas:

a. Há discussão sobre o controle de constitucionalidade das leis que preveem direitos e deveres linguísticos no Brasil? Se sim, essa discussão ocorre no nível judicial-jurisprudencial e no nível acadêmico-doutrinário?

b. Se não há discussão sobre o controle de constitucionalidade de leis que versem sobre a língua, como explicar essa despreocupação do sistema constitucional com a questão da língua?

Abreu (2016) nos conta que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Habeas Corpus 72.391, adotou a tese da imprescindibilidade do uso do idioma nacional nos atos processuais, com base na ideia de soberania. E o que mais tem a Corte Constitucional a dizer sobre os deveres e direitos linguísticos, enquanto objetos do Direito Linguístico? O que mais tem o Direito Linguístico a perguntar ao Direito Constitucional?

⁸ Nesse sentido, ver o Observatório de Direito Linguístico (SIGALES-GONÇALVES, 2021).

Essas questões teóricas têm preocupações práticas no sentido de que, da posição que assumimos, o diálogo entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico tem efeitos concretos no reconhecimento e no exercício de direitos humanos. A constitucionalização ou não das línguas nas ordens jurídicas e, sobretudo, o modo como essa constitucionalização acontece, tem diferentes afetações sobre os aspectos e feições jurídicas em torno da questão dos direitos linguísticos: no ativismo político-linguístico, em distintos cenários e demandas sociais (por exemplo, legislação a respeito da cooficialização de línguas indígenas e de línguas de migração; legislação a respeito da linguagem inclusiva de gênero); na judicialização das questões linguísticas, como em disputas judiciais em torno do direito à tradução e interpretação nos processos judiciais.

O diálogo entre a regulação jurídica das questões linguísticas e o constitucionalismo conduz a compreender esses movimentos situados no entremeio das práticas sociais (ativismos) com as práticas jurídicas (legislações e judicializações) no conjunto de mecanismos também emergidos no seio desses novos constitucionalismos. Destacamos, nesse ponto, a retórica pautada na insuficiência de recursos financeiros para a implementação e sustentação de políticas públicas relacionadas às questões linguísticas, como políticas públicas de garantia de tradutores e intérpretes nos órgãos públicos, temática diretamente afeta à relação entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico.

COMENTÁRIOS FINAIS

Com este trabalho, tivemos a oportunidade de apresentar questões entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico, considerando fundamentalmente a realidade jurídica brasileira. Assumindo algumas premissas, o texto trouxe elementos em torno das seguintes perguntas: do que trata o Direito Constitucional?; do que trata Direito Lin-

guístico?; quais questões emergem da relação entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico?.

Assim, após expor aspectos principais do Direito Constitucional, passamos à explicação do que seja o Direito Linguístico, e da reunião dessas considerações conseguimos formular algumas proposições e questões na relação entre esses dois ramos do Direito. Mostramos que, a partir da discussão sobre o neoconstitucionalismo e sobre o controle de constitucionalidade, algumas questões emergem da relação entre a Constituição e a regulação da língua. Estudos posteriores devem dar sequência e profundidade a essas questões, de modo a explorar cada uma dessas proposições e a relação entre o Direito Constitucional e o Direito Linguístico.

Sob efeito do neoconstitucionalismo, marcado pela força normativa, pela supremacia da Constituição e pela busca por concretização efetiva de direitos fundamentais, assumimos que toda a regulação jurídica da língua promovida pelo ordenamento jurídico em diferentes instâncias – legislativa, na elaboração de leis sobre a língua; judicial, nas decisões judiciais sobre a língua; executivas, no planejamento de políticas públicas - está determinada pelo modo como a Constituição tratou da questão linguística. A realidade latino-americana se apresenta, nesse sentido, como um campo fértil para a concretização dessa agenda, uma vez que já é possível observar uma assimetria no modo como as constituições tratam da questão da língua nos constitucionalismos latino-americanos nos diferentes ciclos que o neoconstitucionalismo apresenta na América Latina. Apresenta-se aí uma agenda de trabalho que se ocupe dos efeitos da (não) constitucionalização da língua nas realidades jurídicas e seus impactos diretos sobre a efetivação dos direitos humanos, o que nos levará a repensar as premissas que homogeneizam os constitucionalismos latino-americanos e os efeitos que a constitucionalização de questões linguísticas possam ter nas diferentes ordens jurídicas.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ricardo Nascimento. **Os direitos linguísticos**: possibilidades de tratamento da realidade plurilíngue nacional a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal de Sergipe (UFS), Aracaju, 2016.

ABREU, R. N. Direito Linguístico: olhares sobre as suas fontes. **A COR DAS LETRAS (UEFS)**, v. 21, p. 172-184, 2020.

ARNOUX, Elvira. **La Glotopolítica**: transformaciones de un campo disciplinario. *Lenguajes: teorías y práctica* (p. 3-27). Buenos Aires: Secretaría de Educación, GCBA, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo**: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=2 Acesso em: 13 jan. 2023.

BEIN, Roberto *et al.* **Legislación sobre lenguas en la Argentina**. Manual para docentes. 2015. Disponible en <http://www.linguasur.com.ar/manual/>. Acesso em: 13 jan. 2023.

BIDART CAMPOS, Germán J. **Compendio de Derecho constitucional**. Buenos Aires: Ediar, 2004.

CAGUANA, Adriana Rodriguez. **Los derechos lingüísticos y culturales de los pueblos indígenas del Ecuador**: antecedentes y vinculación com la legislación internacional de derechos humanos 1944-2014. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Buenos Aires, 2015.

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

FAJARDO, Raquel Yrigoyen. Hitos del Reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino. In: BERRAONDO (coord.). **Pueblos Indígenas y derechos humanos**. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. p. 537-567.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Sobre la constitución. Concepto, composición y mecanismos. In: **Revista de Derecho Político**, n. 86, enero-abril 2013, p. 327-378.

FERREYRA, Raúl Gustavo. **Fundamentos constitucionales**. Buenos Aires: Ediar, 2015.

FERREYRA, Raúl Gustavo. Notas sobre a paz: a propósito de um constitucionalismo cidadão. In: **Journal of institutional Studies** 2, 2017.

HÉRAUD, Guy. Pour un droit linguistique comparé. In: **Revue internationale de droit comparé**, v. 23, n. 2, avril-juin 1971, p. 309-330. DOI: <https://doi.org/10.3406/ridc.1971.15975>. Disponível em: www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1971_num_23_2_15975. Acesso em: 13 jan 2023.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1997.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Barcelona: Ariel, 1986.

MORALES, Enrique Javier. **Presupuesto de Gastos y Recursos**. Concepto, Función y mecanismos constitucionales. 2019. Disponível em: https://www.academia.edu/43394186/MORALES_ENRIQUE_J_PRESUPUESTO_DE_GASTOS_Y_RECURSOS_1. Acesso em: 13 jan. 2023.

RODRIGUES, Fernanda Castelano. A noção de direitos linguísticos e a sua garantia no Brasil: entre a democracia e o fascismo. In: **Língua e instrumentos linguísticos**, n. 42, jul.-dez. 2018.

SIGALES-GONÇALVES, Jael Sânera. A noção de deveres linguísticos e sua contribuição para a configuração do Direito Linguístico no Brasil. **Travessias Interativas**, v. 22, p. 256-278, 2020.

TURI, Joseph-Giusepe. Quelques considérations sur le droit linguistique. **Les Cahiers de droit**, v. 27, n. 2, p. 463-476, 1986. <https://doi.org/10.7202/042750ar>

**ACIONAMENTO JUDICIAL
E CONTRAMOBILIZAÇÃO
LEGISLATIVA: OS DIREITOS
LGBTI+ COMO DISPUTA POLÍTICA**

Otávio Santiago Gomes da Silva

INTRODUÇÃO

Dentre os muitos elementos discutidos em pesquisas que relacionam Ciência Política e Direito, na atual crise institucional brasileira, estão o enfraquecimento e a gradual perda de legitimidade das instituições representativas dos Poderes Executivo e Legislativo. O Judiciário, por sua vez, considerado como poder-guardião, acaba por exercer, além da competência jurisdicional, por provocação, atribuições tipicamente executivas e legislativas. Nesse sentido, surgem muitos questionamentos a respeito da atuação e do papel das instituições judiciais no contexto político.

A intervenção do Poder Judiciário nas questões sociais e políticas, assim, suscita debates na ordem nacional e internacional. A discussão sobre judicialização da política, ainda que não seja um tema novo, passou a ser debatida na ordem global a partir dos estudos da expansão do poder judicial, decorrente da delegação de assuntos políticos às Cortes Supremas norte-americanas. Editado por Neal Tate e Torbjörn Vallinder (1995), o livro *A Expansão Global do Poder Judiciário (The Global Expansion of Judicial Power)* é um dos principais trabalhos sobre o tema, originado de um encontro, ocorrido em 1992, no qual se debatia o Poder Judiciário e a política.

Os autores Tate e Vallinder, ao analisarem os casos de intervenção das Cortes Supremas em questões políticas em países como Estados Unidos, França, Alemanha e Rússia, afirmam que o fenômeno representa “o exemplo mais dramático da expansão global do poder judiciário, que, por brevidade, frequentemente nos referimos como ‘a judicialização da política’” (TATE; VALINDER, 1995, p. 5)¹. Outro exemplo, menos dramático da expansão do poder judicial (ou judicialização), seria o

¹ Os trechos do livro de Tate e Vallinder (1995) foram realizados por livre tradução (inglês para o português) pelo autor do presente trabalho. Destaca-se, também, que foi adotado o termo “expansão global do Poder Judiciário”, uma vez que a tradução literal e a literatura da área em Ciência Política admitem tanto essa expressão quanto outra, como “expansão global do poder judicial”.

domínio de arenas de negociação não judiciais ou de tomada de decisão por procedimentos quase judiciais. Para os autores, este último, como um tipo *from within* (vinda de dentro), estaria em ascensão, diante da criação, em muitos países, de agências, tribunais administrativos e ouvidorias com métodos (quase) judiciais de atuação.

No cenário brasileiro, os estudos sobre o fenômeno da judicialização, mais propriamente no enlace entre as áreas da Ciência Política e Direito, intensificaram-se no período de redemocratização e com a promulgação da Constituição Federal de 1988. A partir dos anos 1980/1990, com as atribuições e competências dadas ao Poder Judiciário pelo Constituinte, em especial ao Supremo Tribunal Federal (STF), a temática despertou interesse a respeito das causas e das consequências de judicializar conflitos oriundos da esfera política.

Dessa forma, no Brasil há inúmeros trabalhos a respeito da judicialização da política, com enfoque em diferentes perspectivas e metodologias, desde a análise do fenômeno pelo comportamento decisório dos juízes (DA ROS; TAYLOR; 2008), passando pelo controle de constitucionalidade das leis (ARANTES, 1997; VIANNA *et al.*, 2007), questões do ensino jurídico e judicial no país (ENGELMANN, 2017), chegando à mobilização do espaço judicial por diferentes grupos sociais (CITTADINO, 2004; KOERNER, 2013).

Especificamente quanto à terminologia “judicialização da política”, o conceito remete tanto à análise do fenômeno de crescimento da atuação política do Poder Judiciário, quanto para uma percepção de desvirtuamento de quais seriam as atividades típicas de um poder de Estado, o qual deve ser politicamente neutro e encarregado da interpretação das leis e a vontade do legislador (ENGELMANN, 2017, p. 12)². Embora conceituar o termo seja importante e apresente debate intenso

² A expressão “judicialização da política” apresenta algumas controvérsias por parte da literatura especializada no tema, o que será abordado no capítulo teórico. No Brasil, parte da agenda de pesquisa afirma que a utilização do termo se mostra como um atalho aparentemente simples para formulação de questões polêmicas que envolvam o Judiciário e políticas públicas no Brasil (KOERNER; MACIEL, 2002, p. 10).

nos campos da Ciência Política e do Direito a respeito do fenômeno, o que será exposto oportunamente, o presente artigo tem como objeto o acionamento do Poder Judiciário, com recorte ao Supremo Tribunal Federal (STF), na judicialização de um tema político e social relevante relacionado à diversidade sexual e gênero, os direitos LGBTI+ - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais, Intersexos e pluralidade de outras identidades –, bem como os reflexos após a primeira decisão de reconhecimento da união afetiva, na arena política brasileira, em especial, no Poder Legislativo.

No ano de 2011, o STF pronunciou-se, com procedência unânime, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132/RJ, que buscava o reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar³. Em 2013, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) expediu a Resolução nº 175/2013, obrigando os cartórios de todo o país a realizarem a união entre casais do mesmo sexo, proibindo a recusa pelas autoridades competentes à habilitação ou celebração do casamento civil, ou a conversão da união estável em casamento⁴. Tal acionamento judicial foi apenas o primeiro dentre as diversas questões essenciais nos avanços dos direitos LGBTI+, como a possibilidade de alteração do nome, prenome e sexo sem cirurgia de redesignação sexual (2018), a criminalização da homofobia (2019) e a doação de sangue por homens gays e bissexuais (2020).

³ A ADPF nº 132 do Estado do Rio de Janeiro, julgada em par com a ADI nº 4.277/DF, foi proposta perante o STF pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento na interpretação dada às normas previstas no Decreto-Lei nº 220/1975 (Estatuto dos Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro), por autoridades administrativas e judiciais, que negavam aos servidores com união estável homoafetiva os mesmos direitos pacificamente reconhecidos aos casais heterossexuais (BRASIL, 2011).

⁴ A Resolução nº175/2013 do CNJ teve como base as decisões na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132, as quais produziram efeito vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário. Dessa forma, diante da competência dada ao Conselho, prevista no artigo 103-B da Constituição Federal (BRASIL, 1998), foi vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo, implicando a imediata comunicação ao juiz corregedor em caso de descumprimento da resolução para tomar as providências cabíveis (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013).

Por outro lado, embora a acionamento judicial da questão da união homoafetiva, em 2011, pareça revelar à sociedade um posicionamento liberal do STF, em contrapartida, é possível perceber uma movimentação contrária, em especial dos partidos conservadores do Congresso Nacional, em clara oposição ao reconhecimento dos direitos relacionados à diversidade sexual e ao gênero. Em 2013, após a decisão do STF e a expedição da Resolução pelo CNJ, foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 6.583/2013, de autoria do Deputado Anderson Ferreira (PR-RJ), denominado “Estatuto da Família”. De acordo com a proposta legislativa, define-se entidade familiar como “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

Considerando o teor do PL nº 6.583/13, observa-se que o texto confrontava o entendimento dos ministros do STF na ADI nº4.277/DF e na ADPF nº132/RJ. Além disso, em enquete realizada pela Câmara dos Deputados, em meio virtual, aberta em fevereiro de 2014 e encerrada em agosto de 2015, 4,9 milhões dos votos (48,09%) foram favoráveis à proposta legislativa (PIMENTEL, 2017, p. 20). Assim, revela-se também, por parte da população votante considerada, certa contrariedade ao reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos.

Nesse sentido, alguns estudos, principalmente da literatura norte-americana, chamam de “efeito *backlash*” a reação social e/ou institucional às decisões judiciais envolvendo direitos civis, políticos, sociais e culturais. O termo surgiu na década de 1960 na arena política estadunidense, a partir de reações às decisões da Suprema Corte, como nos casos *Brown v. Board of Education* (1954), *Roe v. Wade* (1973) e mais recentemente, em *Goodridge v. Department of Public Health* (2003)⁵.

⁵ O caso *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) refere-se à decisão da Suprema Corte norte-americana de Massachusetts que vedou a discriminação entre casais heterossexuais e homossexuais,

Em todos esses momentos, após a apreciação e deliberação da Corte a respeito do tema (segregação racial, interrupção da gravidez, etc.), em vários estados foram aprovadas leis que contrariam frontalmente a decisão do órgão judicial colegiado.

Observa-se que semelhante ao caso norte-americano, em 2011, o reconhecimento da união homoafetiva no Brasil, essa primeira grande conquista do movimento LGBTI+, apresentou duas questões em choque. De um lado, a iminente necessidade da judicialização e acionamento judicial do tema, obtendo, como resultado, uma decisão do STF que – embora ainda inexistente previsão legal específica – garantiu direitos aos casais de pessoas do mesmo sexo. Por outro lado, um movimento contrário, encampado pelos partidos conservadores atuantes no Congresso Nacional, atuando para que, na arena política legislativa, seja aprovada lei em sentido contrário aos direitos relacionados à diversidade sexual e gênero. Tal disputa política – declaradamente combativa – foi apenas o início de outras tantas que seguiram durante os últimos 10 anos, reforçadas, nesse momento, para fragmentação democrática pela qual se encontra o Brasil.

Com isso, partindo-se da literatura que entende a expansão do Poder Judiciário como um fenômeno ocorrente e necessário aos países democráticos; a intervenção judicial em questões políticas como retirada de temas das instituições representativas para entregá-los às judiciais; e dos estudos norte-americanos que colocam o *backlash* como a reação institucional a uma decisão judicial paradigmática, o presente artigo pretende verificar se, no caso brasileiro, após a judicialização da questão homoafetiva pelo STF, nas ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ, deu causa ao *backlash* legislativo, no período posterior a 2011. A pesquisa, extraída da dissertação de mestrado defendida em 2018, te-

a fim de equiparar mesmas proteções e benefícios (licenças de casamento) (SIEGEL, 2017, p. 8). Diante do julgamento, houve reação social e institucional, seguida da aprovação de leis nos estados norte-americanos negando direitos aos casais homoafetivos.

ve como afirmativa a hipótese, no sentido de que, no Brasil, a judicialização da questão homoafetiva deu causa ao *backlash* legislativo posterior a 2011. Além disso, nesse momento, foram acrescentados e atualizados novos dados, atualizados até março de 2022, ante os avanços obtidos pela comunidade LGBTI+ e, de outro lado, a contramobilização reativa dos movimentos conservadores.

A partir dos estudos a respeito do tema na área e da clássica concepção da tripartição dos poderes, de Montesquieu, é possível perceber que a iniciativa de políticas que visem às mudanças sociais profundas, como é o caso do reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos, apesar de presentes na agenda do Executivo, sofrem resistência de setores representados por partidos conservadores no Congresso Nacional. Tal dinâmica, contudo, parece invertida quando se apresentam os ministros do STF como agentes ativos e protetivos de grupos minoritários, por meio da judicialização e do acionamento judicial de temas políticos e sociais, e deputados federais e senadores, membros representativos e constitucionalmente legitimados, inoperantes e, até mesmo, resistentes a mudanças necessárias.

A metodologia adotada foi de abordagem qualitativa, exploratória e descritiva. Por meio da revisão da literatura, propôs-se, em um primeiro momento, analisar a expansão global do Poder Judiciário na obra de Tate e Vallinder (1995), observando as razões para ocorrência do fenômeno e de que modo a judicialização de temas políticos passou a ser debatida nos âmbitos internacional e nacional, bem como a perspectiva dos autores nacionais clássicos (VIANNA *et al.*, 2007; ARANTES, 1997; CITADINO, 2004) e contemporâneos (DA ROS; TAYLOR, 2008; KORNER; MACIEL, 2002; ENGELMANN, 2017).

Quanto à pesquisa exploratória, foram buscadas as fontes de dados nos sites do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, com acesso aos documentos referentes ao trâmite, votos e julgamento das ações constitucionais ADI nº4.277/DF e ADPF nº132/RJ

e da Resolução nº175/2013 do CNJ, referentes ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar. No mesmo sentido, foram analisadas as proposituras legislativas contrárias à decisão da Corte pelo material disponível no site da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, entre os anos de 2011 e 2018, como projetos de lei e de emenda constitucional no âmbito do Legislativo Federal. Ainda, para renovação do material, foram coletados novos dados entre 2018 e 2022, no que tange aos avanços e retrocessos às pautas LGBTI+.

O objetivo geral do artigo, assim, é analisar se, no caso brasileiro, semelhante ao que descreve a literatura norte-americana, a decisão judicial de reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos deu causa ao *backlash* legislativo pelos partidos conservadores do Congresso Nacional, observando como foram tratados os temas da expansão global do Poder Judiciário nas questões políticas, bem como do *backlash* como reação social e institucional ante a decisões judiciais de grande relevância social e política. Hoje, transcorridos mais de quatro décadas do surgimento do primeiro coletivo que discutiu direitos sexuais, o Movimento de Homossexuais (MHB), e ainda que exista clara oposição e resistência às pautas do movimento, era impensável o reconhecimento do direito ao casamento e à adoção, a alteração do registro civil, do prenome e do sexo diretamente nos cartórios do país (sem necessidade de cirurgia, laudo ou autorização judicial). Como destacado, são relativamente recentes o engajamento das instâncias governamentais espalhadas pelo país e o surgimento de uma representatividade por parte de partidos políticos com matizes ideológicos diferentes.

Em sendo parte da dissertação de mestrado, a pesquisa realizou um recorte do fenômeno da judicialização no que se refere à decisão do STF, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, mediante uma abordagem descritivo-analítica do julgamento, examinando os argumentos jurídicos e políticos invocados pelos membros do STF, bem como a fundamentação descrita nos votos. Ainda, foram analisados

as reações e os movimentos contrários à pauta LGBT, de modo a observar sua caracterização (ou não) como efeito *backlash* à decisão do STF, no período de 2011 a 2018. Tendo em vista a dimensão (reduzida) do presente artigo, não serão apresentados os dados de forma integral, tendo enfoque apenas no desenvolvimento dos argumentos e na conclusão da pesquisa, atualizadas com dados obtidos no período de 2018 a 2022.

1. TRAJETÓRIA DE LUTAS E AVANÇOS DOS DIREITOS LGBTI+

A judicialização da questão homoafetiva, por meio da decisão proferida pelo STF nas ADI nº 4.277 e ADPF nº 132, reconhecendo as uniões entre pessoas do mesmo sexo, assim como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e do Mandado de Injunção (MI) nº 4.733, em 2020, de criminalização da LGBTI+fobia, representou um avanço para a comunidade LGBTI+. Os direitos em questão, além de conquistas nas áreas do direito constitucional (em especial civil e criminal), são direitos humanos, da pessoa e da dignidade humana. Nos precedentes mencionados, a última instância do Poder Judiciário, ao deliberar sobre os temas e expandir o entendimento do julgado aos demais órgãos administrativos e judiciais, em especial da união homoafetiva, pretendeu pôr fim aos inúmeros processos e decisões controversas no país. Apesar da importância e da conquista pelo julgamento de 2011, constata-se a tensão entre esses movimentos sociais, de um lado, e a resistência à aprovação de medidas envolvendo diversidade sexual e gênero, de outro, não sendo uma questão surgida na última década.

Um dos primeiros debates ocorridos foi sobre criminalização da homossexualidade, em finais de década de 1930. O debate ganhou concretude com a proposta de inserção no Código Penal de 1940, organizado por Alcântara Machado, do tipo penal “homossexualidade”, em que os atos libidinosos entre indivíduos do sexo masculino seriam reprimi-

dos quando causassem escândalo público e punidos com pena de detenção de até um ano (COACCI, 2014, p. 23). Em virtude dessa proposta, entre os anos de 1950 e 1960 surgiram os primeiros grupos e coletivos homossexuais no Brasil, embora seja consenso da literatura na área de estudos LGBTI+ que somente ao final da década de 1970, de fato, surgiu o que se poderia chamar de Movimento Homossexual (SIMÕES; FACCHINI, 2009, p. 15).

No que se refere ao surgimento do movimento LGBTI+ no Brasil, a literatura da área constrói as chamadas de três “ondas” sucessivas (FACCHINI, 2005, p. 50). A primeira seria a do surgimento do movimento no final da ditadura militar, marcada pela informalidade e desconfiança em relação ao Estado. Para a autora, a segunda onda estaria caracterizada pelo arrefecimento do movimento incipiente em razão da epidemia do vírus HIV/AIDS e da luta pelo reconhecimento da diversidade sexual na Constituinte em 1988. Ao fim, na terceira e última onda, o movimento obteve a institucionalização e profissionalização por meio da construção de alianças com o Estado e da formulação de um discurso reivindicatório marcado pelo pragmatismo e pela linguagem dos direitos.

O debate da questão de direitos LGBTI+, assim, passou a ser necessário. Na pesquisa científica onde foram analisados os discursos judiciais sobre a homossexualidade no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no STF, entre os anos de 1989 e 2012, constatou-se que os direitos com temática LGBT estiveram em um total de 38 acórdãos, sendo 32 oriundos do primeiro e seis do último tribunal (COACCI, 2014, p. 33). Dessa análise, também afirma o autor que, embora os acórdãos tenham, em média, 20 páginas, um exemplar fora do padrão é o do julgamento da ADPF nº 132 e ADI nº 4.277, possuindo um total de 270 páginas. Dessa forma, o tema revela, em específico, a importância política da questão dos direitos homoafetivos levada ao Judiciário (OLIVEIRA, 2013, p. 24).

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 até o momento do julgamento da ADI/ADPF, em 2011, o contexto brasileiro

sofreu modificações de cunho social, político e jurídico. Com a emergência das democracias e, principalmente, em âmbito internacional, na II Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, em 1993, houve uma nova agenda inclusiva e relativa aos Direitos Humanos a se estabelecer. O governo Fernando Henrique Cardoso (FHC) passou a incorporar o discurso de direitos humanos como discurso oficial de Estado (BALLESTRIN, 2008, p. 11), o que gerou a implementação de algumas medidas, como a instalação da Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM), em 1995, e da Secretaria Nacional de Direitos Humanos (SN-DH), em 1996, vinculadas ao Ministério da Justiça, configurando o Sistema Nacional de Proteção aos Direitos Humanos.

O discurso dos direitos humanos serviu de estratégia, diante da comunidade internacional, para admissão do Brasil em determinados blocos econômicos e alianças interestatais (BALLESTRIN, 2008, p. 12). Embora presente o interesse econômico do governo tucano, na década de 1990, essa movimentação deu abertura aos grupos que militavam “silenciosamente” por direitos homoafetivos. Facchini (2005, p. 24) afirma como um “reflorescimento do movimento”. Engajados os militantes em políticas de conscientização e prevenção do HIV/AIDS e nos novos formatos de Organizações Não Governamentais (ONGs), foi nos anos de 1990 a fundação da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transgêneros (ABGLT), em um processo de adoção de políticas internacionais e nacionais e de vários movimentos sociais engajados na causa, o que resultou, em 1997, na primeira Parada do Orgulho LGBT, na cidade de Belo Horizonte/MG.

Os debates e as iniciativas legais e jurídicas em curso em nome da “cidadania LGBT” são ilustrativos e emblemáticos do processo de transformações que o Brasil vive no âmbito dos cruzamentos entre sexualidade e política (SIMÕES; FACCHINI, 2009, p. 24). De fato, sempre houve, de alguma forma, militância e campanhas em prol de garantia de direitos ao movimento LGBTI+, como exemplo do Triângulo

Rosa, do Rio de Janeiro, grupo que se articulou com partidos políticos e organizações para alteração do termo “opção sexual” para “orientação sexual” na Assembleia Nacional Constituinte, em 1988 (COACCI, 2014, p. 35). Apesar do grupo de pressão para que fosse incluída no artigo 3º, IV, a proibição de discriminação por orientação sexual, não houve êxito da proposição.

No livro *Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT* (SIMÕES; FACCHINI, 2009, p. 161), há uma cronologia de 1978 a 2007 dando conta de todos os avanços obtidos pelo movimento LGBTTI+. Pelos dados obtidos, pode-se perceber que, a partir de 2001 há alguns indícios de maior concretização de direitos na esfera política, como a sanção pelo Governo no Estado de São Paulo da Lei Estadual nº 10.948, punindo a discriminação por orientação sexual naquele estado. No mesmo ano, o Governo do Estado do Rio de Janeiro, pela Lei Estadual nº 3.406, estabeleceu também penalidades aos estabelecimentos daquele estado que discriminassem pessoas em razão da orientação sexual.

A criação de novas institucionalidades pelo governo Lula (2003-2010) favoreceu as questões relacionadas aos direitos LGBT. Em decorrência do programa Brasil sem Homofobia, entre os anos de 2005 e 2006 foram criados mais de 40 centros de referência pelas capitais e grandes centros no país. Em 2009, houve a criação da Coordenação Geral de Promoção de LGBT e, em 2010, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação dos Direitos de LGBT (SIMÕES; FACCHINI, 2009, p. 38).

No âmbito do Legislativo Federal (OLIVEIRA, 2013, p. 12), entre os anos de 2003 e 2010, surgiram 45 propostas legislativas visando regulamentar direitos da população LGBT. Contudo, apesar do volume, a autora afirma que não havia, em nenhuma delas, uma possibilidade concreta de garantia de direitos aos homossexuais. Esse argumento reforça, cada vez mais, a ideia e a necessidade da apreciação judicial do tema.

Nessa linha, sob a ótica do Poder Judiciário, constatou-se que, em análise do tema no STF e STJ, entre os anos de 1989 e 2012, nos

dois tribunais a primeira ação envolvendo o tema homoafetivo data do ano de 1998, sendo entre 2004 e 2009, uma média de duas ações por ano sobre a temática, com exceção de 2007, quando não foram encontrados processos (COACCI, 2014, p. 32). A partir de 2010, houve um ápice dos julgamentos, encontrando, em 2011, um total de 13 ações, ano em que foram julgadas a ADI nº 4.277/DF e a ADPF nº 132/RJ. Assim, embora sem êxito em estabelecer uma correlação, o autor afirma que o aumento das ações nos tribunais superiores coincide com a ascensão dos partidos de esquerda ao poder nacional.

Outro fato importante que aponta na ampliação do debate da questão homoafetiva, após a ascensão ao poder pelos partidos de esquerda no Brasil, é de que as ações (ADI nº 4.277/DF e ADPF nº 132/RJ) que resultaram no reconhecimento jurídico da união homoafetiva, não foram propostas por grupos ou associações engajadas na mobilização e no reconhecimento de direitos LGTB. Embora tenham tais grupos atuado de forma indireta, como na qualidade de *amici curiae*, a ADPF foi proposta na época pelo governador do estado do Rio de Janeiro/RJ e a ADI pela vice-procuradora-geral da República em exercício. Na pesquisa acima indicada, o autor também destaca que as conquistas obtidas pelo movimento LGBT, por meio das ações no STF, não se deram por uma ação direta dos movimentos sociais, embora se tenha ciência do engajamento da comunidade na causa homoafetiva (COACCI, 2014, p. 50).⁶

⁶ Nesse ponto, cabe destacar (ainda em tempo) em relação aos modelos de análise da judicialização e intervenção judicial em questões políticas, a justificativa da presente pesquisa da não adoção da perspectiva de análise da mobilização do direito (*legal mobilization*), situada predominantemente no escopo da sociologia do direito e do movimento *law & society*. Primeiramente, no recorte à questão homoafetiva, as ações constitucionais (ADI nº 4.277 e ADPF nº 132) não foram propostas diretamente por atores sociais ou grupos de interesse engajados na comunidade LGBT. Dessa forma, a judicialização do tema político chegou ao STF por meio do governador do estado do Rio de Janeiro e da procuradora-geral da República. O controle de constitucionalidade no Brasil permite que entidades e associações proponham ações constitucionais perante o Supremo de questões com pertinência temática. Além disso, essa abordagem da mobilização política do espaço judicial tem como foco os movimentos e grupos de interesse, estudando as relações entre a esfera jurídica e a política de acordo com Engelmann (2017, p. 23). Os estudos, que crescem na literatura da Ciência Política, têm origem em Epp (1998), autor de *"The Rights Revolution:*

Como dados obtidos após a defesa da dissertação de mestrado, defendida em 2018, apresenta-se neste artigo, de forma inédita, um quadro produzido no marco temporal entre os anos de 2010 e 2021, quanto aos avanços da questão envolvendo direitos sexuais, reprodutivos e de gênero pelas vias jurídicas.

Quadro 1 - Conquistas da Comunidade LGBTI+ (2010-2021)

Ano	Legislação	Assunto
2010	Portaria nº 513 Ministério da Previdência Social	Assegurou aos dependentes de união estável entre pessoas do mesmo sexo as garantias previstas no Regime Geral de Previdência Social no que se refere a benefícios previdenciários.
2011	Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 132) e Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI nº4.277)	Em 5 de maio de 2011, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar, com os mesmos direitos das uniões estáveis entre pessoas heterossexuais. A partir disso, a justiça passou a autorizar em alguns casos a conversão das uniões em casamento, bem como o casamento direto. Em 14 de maio de 2013, o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução nº 175, que permite em todo o Brasil o casamento civil ou conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
2011	Portaria nº2.836/2011 e Portaria nº2.803/2013 Ministério da Saúde	A Portaria instituiu, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral de LGBT. A cirurgia para a redesignação de sexo (como era chamada na época) foi autorizada pelo Conselho Federal de Medicina em 2002.

lawyers, activists, and supreme courts in comparative perspective”, e parte do argumento de que o Poder Judiciário adquire capacidade de intervenção em questões proeminentes, desde que esteja inserido em uma sociedade dotada de *support structure*, ou seja, de associações civis bem organizadas, ideologicamente definidas e com assessoria jurídica estruturada. Dessa forma, diversamente do que ocorreu no caso da questão homoafetiva – embora se possa constatar a atuação indireta dos movimentos LGBT, inclusive na condição de *amicus curiae* - essa perspectiva de análise não se presta à pesquisa, uma vez que enfatiza a mobilização das instituições judiciais por indução de demandantes individuais e coletivos, transformando o Judiciário em um mediador político (ENGELMANN, 2017, p. 24).

2013	Estatuto da Juventude (Lei 12.852/13)	No presente Estatuto, o artigo 17 afirma que o jovem tem direito à diversidade e à igualdade de direitos e de oportunidades e não será discriminado por motivo de (inciso II) orientação sexual, idioma ou religião; além do artigo 18, em que a ação do poder público na efetivação do direito do jovem à diversidade e à igualdade contempla a adoção da medida de (inciso III) inclusão de temas sobre questões étnicas, raciais, de deficiência, de orientação sexual, de gênero e de violência doméstica e sexual praticada contra a mulher na formação dos profissionais de educação, de saúde e de segurança pública e dos operadores do direito.
2014	Resolução Conjunta nº 01/2014, do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária	Estabelece os parâmetros de acolhimento de LGBT em privação de liberdade no Brasil. Contudo, desde 2011, com a Resolução nº 4/2011, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, já eram estabelecidas recomendações aos Departamentos Penitenciários Estaduais, garantindo o direito à visita íntima para casais homossexuais.
2015	Recurso Especial RE nº 846.102	Em 09 de março de 2015, pacificando o entendimento e após o reconhecimento da entidade familiar (2011), a Ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, deu a decisão definitiva, reconhecendo o direito de adoção por casais homoafetivos. Em sua decisão, a Ministra destacou que “a Constituição Federal não faz a menor diferenciação” entre casais heterossexuais e homoafetivos, “como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva”. Em relação à reprodução assistida, o provimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº52/2016 regula atualmente o registro do nascimento dos filhos gerados por meio de técnicas de reprodução assistida, de casais heterossexuais e homoafetivos.

2015	Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15)	De acordo com Estatuto, no art. 18 é assegurada atenção integral à saúde da pessoa com deficiência em todos os níveis de complexidade, por intermédio do SUS, garantindo acesso universal e igualitário, em que (§4º) as ações e os serviços de saúde pública destinados à pessoa com deficiência devem assegurar o (inciso VI) respeito à especificidade, à identidade de gênero e à orientação sexual da pessoa com deficiência.
2017	Direitos Migratórios (Lei nº 13.445/17)	A perseguição motivada por orientação sexual ou por identidade de gênero é reconhecida, no Brasil, como causa para o reconhecimento da condição de refugiado a estrangeiro, nos termos da Lei nº 9.474/1997. O cônjuge ou companheiro de estrangeiro imigrante ou visitante tem direito, também, a visto e autorização de residência para fins de reunião familiar, “sem discriminação alguma”, nos termos do art. 37 da Lei de Migração.
2018	Resolução nº 01/2018 Conselho Federal de Psicologia	O Conselho Federal de Psicologia, por meio da Resolução nº001/1999, veda toda e qualquer tentativa de um psicólogo de “curar” o paciente homo ou bissexual. Nesses casos, o profissional que infringir a resolução pode sofrer sanções, inclusive a perda do registro profissional. Também um psiquiatra ou médico pode ser denunciado ao Conselho Regional de Medicina, caso tente “tratar” a homossexualidade. Em janeiro de 2018, no Dia da Visibilidade Trans, o Conselho Federal de Psicologia publicou a Resolução CFP nº01/2018, que regulamenta a forma como a categoria deve atuar no atendimento a travestis e transexuais.
2019	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e Mandado de Injunção (MI) nº 4.733	Em 13 de junho de 2019, o Plenário do STF decidiu que houve omissão inconstitucional do Congresso ao não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia. No julgamento da ADO nº26, de relatoria do Ministro Celso de Mello, e do MI nº4733, a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais da comunidade LGBTI+.

2020	Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5543	O Supremo Tribunal Federal (STF) declarou inconstitucional e discriminatória a restrição da Anvisa (Agência de Vigilância Sanitária), por meio da Resolução RDC Nº34/2014, e do Ministério da Saúde (Portaria nº158/2016), no sentido de proibir a doação de sangue por homens que mantiverem relações sexuais com outros homens nos últimos 12 meses.
2021	Prevenção à violência contra a mulher (Lei 14.164/21)	A Lei alterou a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), para incluir conteúdo sobre a prevenção da violência contra a mulher nos currículos da educação básica, e instituiu a Semana Escolar de Combate à Violência contra a Mulher.

Fonte: Elaborado pelo autor (2022).

O quadro acima apresenta diversos dados obtidos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, além do “Manual de Comunicação LGBTI+” (REIS, 2018), da “Cartilha do Ministério Público” (BRASIL, 2017) e dos “Direitos de LGBT e das Páginas Trans - Guia de acesso a direitos e serviços para pessoas trans” (TERTO, 2019), com as principais conquistas no âmbito jurídico e legal, no período de 2010 a 2021.

Importante destacar, contudo, que ficou de fora a Portaria nº 1.820, de 13 de agosto de 2009, por uma questão cronológica, mas de grande importância para a comunidade LGBTI+. A portaria reconhece a possibilidade do uso do nome social incorporado ao cartão de saúde do SUS. Pelo artigo 4º, toda pessoa tem direito ao atendimento humanizado e acolhedor, realizado por profissionais qualificados, em ambiente limpo, confortável e acessível a todos, sendo o parágrafo único o que destaca ser direito da pessoa, na rede de serviços de saúde, ter atendimento humanizado, acolhedor, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em virtude de idade, raça, cor, etnia, religião, orientação sexual, identidade de gênero, condições econômicas ou sociais,

estado de saúde, de anomalia, patologia ou deficiência, garantindo-lhe (inciso I) identificação pelo nome e sobrenome civil, devendo existir em todo documento do usuário e usuária um campo para se registrar o nome social, independente do registro civil, sendo assegurado o uso do nome de preferência, não podendo ser identificado por número, nome ou código da doença ou outras formas desrespeitosas ou preconceituosas (BRASIL, 2017).

Ainda, quanto à referida portaria, visando garantir maior segurança jurídica e facilitar o acesso à Justiça por parte da comunidade, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.275/2009, no âmbito da qual pede o reconhecimento da retificação do registro civil por via administrativa, sem a necessidade de se comprovar patologia ou modificação corporal. Em 2015, o Cadastro Único para Programas Sociais (CadÚnico) passou a contar com o campo “4.04 – Apelido/Nome Social” (BRASIL, 2017), onde as pessoas trans podem solicitar a inclusão do seu nome social. Apesar de ainda não ser suficiente para atender às demandas da população trans, por colocar o nome social no mesmo campo que apelido, o sistema tem dado passos para garantir o respeito à identidade de gênero da população trans no Brasil. Em 2016, o Ministério do Desenvolvimento Social publicou uma cartilha informativa para todo o SUAS sobre garantia da utilização do Nome Social para pessoas travestis e transexuais, no âmbito do Decreto Presidencial nº 8.727/2016 (REIS, 2018, p. 4).

Recentemente, a Receita Federal expediu a Instrução Normativa nº 1718 (de 18 de julho de 2017), autorizando a inclusão do nome social no CPF do(a) contribuinte transexual ou travesti. Entretanto, o que se percebe atualmente, com o avanço do conservadorismo e a desinformação, a realidade tem sido outra. Um exemplo foi a necessidade da judicialização e do acionamento judicial para o uso de banheiro público segundo a identidade de gênero, o qual é objeto de um incidente de repercussão geral no Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 845779), ainda pendente de julgamento.

2. **BACKLASH, CONTRAMOBILIZAÇÃO E FRAGMENTAÇÃO DEMOCRÁTICA**

Diante do contexto social e político apresentado na seção acima, percebe-se que houve, de fato, uma ampliação do debate e das abordagens de questões relacionadas ao movimento LGBT no período de 1988 a 2011, avançando igualmente em alguns como demonstra o quadro cima. Embora o avanço das temáticas e das políticas públicas que o governo federal empreendeu em diversas épocas, a questão do reconhecimento de direitos homoafetivos sofreu resistência, em especial no Congresso Nacional. Da mesma forma que houve um engajamento da militância em prol de direitos, surgiram novos setores conservadores resistindo às mudanças propostas nas questões relacionadas a gênero, sexualidade e orientação sexual.

Com a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SE-DH), em 2003, e com a XI Conferência Nacional para atualização do Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), em 2008, durante o governo Lula houve um ressurgimento de reações conservadoras. Um dos exemplos foi a organização Tradição, Família e Propriedade (TFP), agindo em conjunto a uma superexposição de posicionamentos ultraconservadores nos meios de comunicação, como “o do jurista Ives Granda Martins para quem o PNDH III seria um decreto preparatório para um regime ditatorial” (CICONELLO, 2011, p. 96). Para esse autor, essas forças – simbolicamente articuladas na época da ditadura pelo lema do TFP – adquiriram uma nova roupagem, articulando-se sob um discurso neoliberal conservador.

Com as eleições presidenciais do ano de 2010, o tema relacionado aos direitos homossexuais permeou o debate dos presidencialistas, não diretamente, mas veiculado por meio de questões como aborto e liberdade religiosa. Com base no Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar (DIAP), nas eleições de 2010 a bancada evangélica

passou de 36 para 73 parlamentares; destes 36, 34 já estariam no segundo mandato consecutivo (CICONELLO, 2011, p. 98). Dessa forma, o enfrentamento da temática LGBTI+ pelos poderes Executivo e Legislativo tornou-se necessária, embora apresentasse forte resistência desses setores que colocavam a religião como argumento principal em oposição aos direitos relacionados à diversidade sexual e gênero.

No ano de 2011, o governo Dilma deu seguimento aos programas relacionados à temática LGBTI+, como a realização das etapas municipal, estadual e federal da 2ª Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos de LGBT, a criação da Comissão Nacional de Diversidade Sexual, ainda por engajamento da Ordem dos Advogados do Brasil, encampado pela desembargadora aposentada Maria Berenice Dias (COACCI, 2014, p. 70). No mesmo ano, um total de 34 novas proposições legislativas envolvendo a garantia de direitos LGBTI+ foram propostas no Congresso Nacional, como destaca Oliveira (2013, p. 21). Contudo, das proposições apresentadas, poucas possuíam previsão de aprovação.

Nesse sentido, as políticas do governo Dilma (2011-2016), no primeiro mandato, passaram a enfrentar resistência dos setores mais conservadores e religiosos para implementação e continuidade dos programas envolvendo direitos LGBTI+. Como parte do programa Brasil Sem Homofobia, em 2011, houve a produção de material, a ser distribuído nas escolas federais, para incentivar o combate ao preconceito e promoção da diversidade. Contudo, os deputados federais, na época, Jair Bolsonaro (PP-RJ) e Marco Feliciano (PR-SP), e o senador Magno Malta (PR-ES) passaram a anunciar nos meios de comunicação sobre a distribuição de um “*kit gay*”, fazendo com que a bancada evangélica declarasse a abstenção de votações de todo e qualquer projeto da Câmara até que o governo recolhesse todos os vídeos e materiais (COACCI, 2014, p. 73).

Destaca-se que na época da veiculação e disseminação pelos parlamentares das bancadas conservadoras a respeito do “*kit gay*” - que resultaram na não distribuição dos documentos pelo governo federal -, o

STF já havia proferido decisão na ADI nº 4.277/ADPF nº 132. O fortalecimento da campanha de combate ao material de conscientização nas escolas pode ser encarado como uma reação dos setores mais radicais à decisão que equiparou a união estável homoafetiva à união heteroafetiva (MELLO *et al.*, 2012, p. 12). Por outro lado, essa Igreja Católica que existe atualmente, representada por esses partidos, não é a mesma dos anos de 1970 e 1980, uma vez que a guinada conservadora da Igreja vem produzindo efeitos devastadores para o avanço de direitos ao bloquear tais demandas dos movimentos feminista, de DST/Aids e LGBT (CICONELLO, 2011, p. 97).

Dessa forma, mesmo diante do avanço de políticas do Executivo e de decisões judiciais favoráveis à questão em diversos estados, as demandas na arena legislativa federal sofreram intensa resistência de setores conservadores ligados a religiões cristãs, principalmente por meio da Frente Parlamentar Evangélica (FPE). A bancada religiosa apresentou um discurso marcado pela defesa de uma concepção de família “exclusivamente heterossexual-monogâmica (‘tradicional’) e pela oposição à repressão de discursos e práticas discriminatórios, com fundamento na liberdade de expressão” (CARDINALI, 2017, p. 44). Com isso, o Legislativo tornou-se um espaço pouco ou nada propício à promoção da agenda de direitos homoafetivos, motivo pelo qual o movimento LGBTI+ passou a apostar na judicialização como estratégia política.

A pesquisa de mestrado, apresentada aqui de forma resumida, por meio da coleta de dados e da revisão bibliográfica, constatou a existência de uma reação legislativa ocorrida, quase imediatamente, posterior à decisão do STF na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº132/RJ: o Projeto de Decreto Legislativo (PDC) nº 224/2011, de autoria do deputado João Campos (PSDB/GO), que na época era da Frente Parlamentar Evangélica⁷. A proposição pretendia sustar os efeitos da decisão do

⁷ O Projeto de Decreto Legislativo nº 224/2011 prevê em seu art. 1º que fica sustada a decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Des-

Supremo, uma vez que o Judiciário teria extrapolado sua competência e invadido as atribuições do Congresso Nacional. Os argumentos apresentados no PDC eram de ordem exclusivamente formal e alegavam que o STF teria promovido verdadeira alteração do texto constitucional sob o pretexto de interpretá-lo (CARDINALI, 2017, p. 46).

O PDC nº 224/2011, com fundamento na competência do Congresso Nacional, prevista nos incisos V e XI, do art. 49, da Constituição Federal, além da sustação dos efeitos da decisão do STF, objetivou a anulação de todos os atos dela decorrente. Na justificativa do projeto consta que o Supremo, ao conceder direitos aos casais homossexuais, ultrapassou os limites da interpretação da Constituição, criando uma nova lei, o que é vedado pela norma constitucional.

Ainda, o PDC nº 224/2011 foi proposto no mesmo dia em que houve o veto presidencial do denominado “*kit gay*” e cancelada a distribuição do material no país (CARDINALI, 2017, p. 47). A proposição é, de fato, reativa à decisão do STF, embora na fundamentação sustente a invasão de atribuições pelo Supremo, sem questionar o mérito do julgamento. De acordo com site da Câmara, o projeto foi devolvido ao autor, deputado João Campos (PSDB-GO), e arquivado em razão de versar sobre matéria evidentemente inconstitucional, nos termos do Regimento Interno da Câmara (RIDC):

No ano seguinte, em 2012, ocorreu novamente um veto presidencial a materiais didáticos. Dessa vez, os documentos informativos versavam sobre prevenção ao HIV/AIDS e era voltado para jovens homossexuais de 18 a 24 anos. Em razão da justificativa dada pelo Ministério da Saúde, tudo levou a crer que o posicionamento tenha sido ocasionado por pressão de grupos e bancadas religiosas do Congresso Nacional (MELLO *et al.*, 2012, p. 15).

cumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a estabilidade da união homoafetiva, anulando-se todos os atos dela decorrentes (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2011).

Em 2013, nesse contexto posterior à decisão do STF e à expedição da Resolução pelo CNJ, que reconheceu e deu tratamento paritário das uniões homoafetivas no Brasil, foi proposto na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 6.583/2013, de autoria do deputado Anderson Ferreira (PR-RJ), denominado “Estatuto da Família”⁸. De acordo com a proposta legislativa, define-se entidade familiar como “núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio do casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013).

A justificativa apresentada no PL nº 6.583/2013 prevê um estatuto sobre questões centrais envolvendo uma família, sendo essa entidade familiar aquela composta pela união entre o homem e a mulher. O teor da proposta legislativa, pelo que se vê, confronta claramente o entendimento dos ministros do STF na ADI nº 4.277/ADPF nº 132. Além disso, um dado preocupante é o apoio social dado em enquete realizada pela Câmara dos Deputados, em meio virtual, aberta em fevereiro de 2014 e encerrada em agosto de 2015, em que 4,9 milhões dos votos (48,09%) foram favoráveis ao PL (PIMENTEL, 2017, p. 13).

O PL nº 6.583/2013 tem por objetivo não só desconstituir a decisão do STF e a posterior resolução do CNJ, como também caracterizar apenas a união entre um homem e uma mulher como família, visando garantir “a firme atuação do Estado na defesa deste modelo tradicional de família, heteronormativo e patriarcal” (CARDINALI, 2017, p. 217). Além disso, o projeto prevê a inclusão de uma nova disciplina obrigatória no currículo do ensino fundamental e médio com a denominação “Educação para a família”, criando a obrigação do “Dia Nacional da

⁸ De acordo com o PL nº 6.583/2013, o artigo 1º prevê o Estatuto da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar, caracterizando no artigo 2º entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável, ou ainda por comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Valorização da Família”, a ser celebrado em todas as escolas (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013). Contudo, nessa parte, o projeto se confronta com a justificativa dos próprios parlamentares evangélicos, os quais criticam, de forma feroz, as medidas de combate à homofobia no ambiente escolar.

Destaca-se, ainda, que a Comissão Especial criada para debater a proposta legislativa é formada em maior parte por integrantes da FPE, e as audiências públicas realizadas até o momento restaram marcadas pela proliferação de falas e atores religiosos (CARDINALI, 2017, p. 218). Dessa forma, o projeto de “Estatuto da Família” é uma clara desautorização da interpretação constitucional feita pelo STF nas ações de controle de constitucionalidade. Além da tensão gerada, em um primeiro momento, com o PDC nº 224/2011, tais setores conservadores insistem em reverter o reconhecimento judicial da questão.

Em 2016, pelos dados obtidos no site da Câmara dos Deputados, verificou-se a existência do Projeto de Decreto Legislativo nº 539/2016, o qual objetiva sustar os efeitos da Resolução nº 001/1999 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), autorizando práticas de patologização ou de ação coercitiva de comportamentos homossexuais. O PDC intitulado “cura gay”, proposto pelo deputado Pastor Eurico (PHS-CE), tem cunho evidentemente religioso e demagógico, mas se fundamenta (à semelhança do PDC nº224/2011) na usurpação de competência do Congresso Nacional.

Também do ano de 2016 é o PL nº 4.754, apresentado pelo deputado e tesoureiro da FPE, Demóstenes Cavalcante (DEM-RJ), na época do PSD/RJ, e integrante da Comissão Especial que analisa o “Estatuto da Família”. A proposta tem como objetivo acrescentar ao artigo 39 da Lei nº 1.079/1950 (Lei do Impeachment), que prevê as hipóteses de crimes de responsabilidade pelos ministros do STF, uma sexta hipótese: “usurpar competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo”. No parecer, o Relator Marcos Rogério (DEM/RO) faz uma extensa

análise dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, descrevendo a ocupação dos espaços decisórios (dos outros poderes) pelo STF.

O PL nº 4.754, assim como os anteriores a 2016, demonstra a tensão existente entre os Poderes Legislativo e Judiciário no que toca à judicialização de temas políticos e sociais relevantes. Quando um tema de difícil enfrentamento chega ao STF e obtém uma resposta (seja positiva, seja negativa), os parlamentares, de alguma forma, tendem a se utilizar de proposições para, no mínimo, manifestar o descontentamento e a oposição diante dessa “derrota” institucional. Na justificativa do projeto de lei, o deputado relator Marcos Rogério (DEM/RO) condena as práticas de “jurisprudência criativa” e “decisionismo judicial” do Supremo.

Como dado coletado igualmente na pesquisa de mestrado, no período que sucede à decisão do STF na ADI nº 4.277/ADPF nº 132, a partir de 5 de maio de 2011, por meio da pesquisa avançada por assunto, pela palavra “união homossexual”, foram encontrados nove resultados pelo site da Câmara dos Deputados, dos quais quatro são proposições que questionam o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos. Além do PDC nº224/2011, foram encontradas três propostas de convocação de plebiscito: duas sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar (PDC nº 495/2011 e PDC nº 521/2011) e uma sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo (PDC nº 232/2011).

Da mesma forma, pelo site do Senado Federal, foi realizada pesquisa avançada/textual, pelo termo “união homossexual”, no período posterior a 05/05/2011. Diferentemente do site da Câmara, no Senado foi encontrada apenas uma proposição legislativa. Contudo, o resultado encontrado (PLS nº 612/2011) não combate o reconhecimento da união homoafetiva; pelo contrário, propõe alteração legislativa para o reconhecimento legal como entidade familiar e os direitos a ela inerentes.

Dessa forma, fica clara a existência de movimentos contrários, por meio das principais proposituras legislativas e das formas de resistência oferecidas pela bancada conservadora, em geral da FPE, com maior destaque no cenário nacional e pela literatura na área. Dos idos de 1986, os primeiros parlamentares eleitos e expressamente identificados com o ideal do “neopentecostalismo” iniciaram essa intransigente oposição às propostas de avanço na pauta moral na nova Constituição (CARDINALI, 2017, p. 207). Dentre elas, em 1988, o engajamento em deixar de fora do artigo 3º a vedação da discriminação em razão de orientação sexual.

Com o passar do tempo, a FPE cresceu e adquiriu novos adeptos e partidos coligados, ancorados na concepção religiosa e pragmática de família. Em 2013, a nomeação do deputado Marco Feliciano (PSC-SP) para presidir a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados parece um bom exemplo do apoio social e dos partidos conservadores no Congresso Nacional a essa política. Não seria diferente, portanto, a maciça reação e a resistência legislativa à garantia de direitos à comunidade LGBTI+.

Ainda e não menos importante, como dado coletado após a defesa da dissertação de mestrado, que embasa o presente artigo, em contraponto aos importantes avanços coletados no período de 2010 a 2021, foi realizada pesquisa nos sites das Casas legislativas, entre 2019 e 2020, a respeito das proposições reativas às políticas LGBTI+ e em consonância com as bancadas apoiadoras da política do atual governo Bolsonaro, que reforçam o projeto da “ideologia de gênero”, em consonância com outros movimentos ao redor da América Latina. Dentre os documentos encontrados, houve requerimentos para convocação de audiências públicas para debate de preconceito contra “ex-homossexuais” e pessoas que “deixaram de ser gay” (Requerimentos nº154/2019 e 173/2019, respectivamente) e projetos de lei para permitir o exercício da liberdade religiosa e à recusa em realizar cerimônias envolvendo homossexu-

ais (PL nº4.649/2019 e PL 4.892/2020, respectivamente). Dessa forma, as reações desses movimentos conservadores parecem intensificar-se à medida que têm apoio do Executivo e das lideranças governistas.

Nesse sentido, ante a pesquisa apresentada, com os acréscimos realizados – quadro e dados coletados entre 2019 e 2020 – e na linha dos estudos que relacionam neoconservadorismo e desdemocratização, assim como no Brasil, a reação à agenda que propõe igualdade de gênero e da diversidade sexual tem sido um fenômeno de dimensões globais, embora tenha padrões regionais (BIROLI *et al.*, 2020, p. 189). A atualização do conservadorismo, em especial o religioso, destacam os autores, está em curso na América Latina. Assim, as alianças realizadas para atacar e desestruturar as políticas de movimentos, conquistas essas recentes e demasiadamente caras ao movimento LGBTI+, merecem atenção de pesquisadores e de estudiosos da área, em especial daqueles preocupados com direitos da pessoa humana e com a recente (e agora fragmentada) democracia brasileira.

CONCLUSÃO

Pela revisão da literatura e análise de dados, realizadas para a dissertação de mestrado, do ano de 1988 até o momento do julgamento da ADI/ADPF, em 2011, o contexto brasileiro sofreu modificações de cunho social, político e jurídico, principalmente após a nova agenda inclusiva e relativa aos Direitos Humanos em 1993. Em termos de políticas LGBT, de um lado, houve no período a ascensão de partidos de esquerda ao Governo Federal e o engajamento em programas de inclusão e proposições legislativas que objetivam o reconhecimento aos direitos homoafetivos (PEC nº 70/2003, PL nº 2.383/2003, PL nº 6.297/2005, PL nº 2.285/2007, PL nº 674/2007, PL nº 4.912/2009 e o Projeto de Lei Complementar 122/2006). De outra banda, contudo, os projetos que tramitavam no Congresso Nacional já sofriam resistência, uma vez que

desde 1995 o tema era discutido pelos parlamentares sem chegarem a um consenso para a aprovação de qualquer regulamentação.

Com as eleições do ano de 2010, o debate dos presidencialistas foi permeado pelas questões atinentes aos direitos homossexuais, embora não diretamente, mas por meio de questões como aborto e liberdade religiosa. Dessa forma, o enfrentamento da temática LGBTI+ pelos poderes Executivo e Legislativo era necessário, embora apresentasse forte resistência desses setores que colocavam a religião como argumento principal em oposição aos direitos LGBTI+. Por outro lado, nessa época, o STF já se preparava para o julgamento das ações constitucionais, propostas entre 2008 e 2009.

O presente artigo, extraído da pesquisa de mestrado, durante o aprofundamento no tema, constatou que, após a decisão do STF na ADI nº 4.277/ADPF nº132, a primeira e imediata reação legislativa foi o PDC nº 224/2011, de autoria do deputado João Campos (PSDB-GO). A proposição pretendia sustar os efeitos da decisão do Supremo, uma vez que o Judiciário teria extrapolado competências e invadido atribuições privativas do Congresso Nacional. Esse projeto representa, se não o principal, um importante *backlash* ao julgamento do Supremo, uma vez que sequer toca o mérito do julgado (reconhecimento da união homoafetiva), mas a (usurpação de) competência do órgão judicial.

Ainda, como dado coletado pela presente pesquisa, no período que sucede à decisão do STF, a partir de 5 de maio de 2011, por meio da pesquisa por assunto (“união homossexual”), foram encontrados nove resultados pelo site da Câmara dos Deputados, dos quais quatro são proposições que questionam o reconhecimento de direitos aos casais homoafetivos. Incluído nessa contagem o PDC nº 224/2011, as propostas tratam da convocação de plebiscito (duas sobre o reconhecimento legal da união homossexual como entidade familiar - PDC nº 495/2011 e PDC nº 521/2011 - e uma sobre a união civil entre pessoas do mesmo sexo - PDC nº 232/2011). Dessa forma, percebeu-se que, embora o Su-

premo tenha pacificado a questão, os parlamentares ainda pretendiam pôr esse tema em debate à população.

Em 2013, outra importante reação legislativa foi o Projeto de Lei nº 6.583/2013, de autoria do deputado Anderson Ferreira (PR-RJ), denominado “Estatuto da Família”. A proposta legislativa, como já mencionado na pesquisa, busca definir entidade familiar como núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher. O projeto revela-se também como *backlash* à decisão do STF, uma vez que confronta diretamente o entendimento dos ministros em dar *status* de entidade familiar à união homoafetiva.

Nesse ponto, cabe destacar que em 2017 (e diante do PL nº 6.583), a Ordem dos Advogados do Brasil apresentou à Comissão de Direitos Humanos e Participação Legislativa do Senado Federal anteprojeto de lei para instituir o “Estatuto da Diversidade Sexual e Gênero”. A presidente da Comissão, a Desembargadora aposentada Maria Berenice Dias, pretende com o projeto, que denomina de “Estatuto das Famílias”, alterar inúmeros dispositivos infraconstitucionais brasileiros. Dessa forma, o projeto (PLS nº 134/2018) vem, a exemplo da Resolução nº 175/2013 do CNJ, como “reforço” à decisão de STF e ao *backlash* legislativo subsequente.

Dessa forma, o pressuposto da pesquisa, assim, de que a judicialização e o acionamento judicial da questão homoafetiva pelo STF, na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº 132/RJ, deram causa ao *backlash* (reação) legislativo, ocorrido após a decisão de 2011, demonstrou-se parcialmente válido. De um lado, pela análise dos estudos da área e dos dados obtidos após o julgamento das ações constitucionais, constatou-se que a judicialização deu causa ao *backlash* por parte da bancada conservadora-religiosa, em especial da Frente Parlamentar Evangélica, na Câmara dos Deputados, no sentido de reverter, contestar ou propor uma redução de direitos LGBTI+. A reação dos parlamentares ocorreu tanto no ataque aos casais homoafetivos e ao desvirtuamento do ideal de fa-

mília, quanto pela crítica ao ativismo e apropriação indevida de atribuições pelo Poder Judiciário.

Por outro lado, tem-se que o pressuposto não restou totalmente procedente, pois a causa do *backlash* legislativo, de acordo com a revisão bibliográfica e análise histórica das questões relacionadas ao movimento LGBTI+, demonstrou que a resistência dos legisladores existe, pelo menos, desde a promulgação da Constituição Federal (1988). No que se refere aos direitos homoafetivos, antes do aprofundamento no tema, como já destacado, acreditava-se que as proposições legislativas reacionárias ocorreram de fato após o ano de 2011. Contudo, ao avançar da dissertação, percebeu-se que a decisão do STF apenas potencializou a reação dos parlamentares e o enfrentamento (já existente) no cenário político brasileiro entre os Poderes Legislativo e Judiciário.

Percebe-se também que em diversos contextos políticos houve reação contrária às pautas, programas e projetos de lei relacionados à comunidade LGBTI+. No Congresso Nacional, a bancada que representa a Frente Parlamentar Evangélica tem freado o reconhecimento de direitos a esse setor social minoritário, o que tornou necessária a judicialização do tema como última via para garantia, ao menos, aos casais homoafetivos. Seguindo o exemplo dos EUA, desde a decisão em *Goodridge v. Department of Public Health* (2003) até a mais recente em *Obergefell v. Hodges* (2015), os estudos na área confirmam a presença de resistência e do *backlash*, antes e depois do julgamento, em vários estados norte-americanos.

Assim, em oposição à hipótese sustentada na pesquisa de mestrado, pelo que se encontra na literatura, o debate e o embate das questões LGBTI+ estiveram presentes desde os idos de 1988, na redemocratização do país. Na época, foi proposto o acréscimo na Constituição da proibição de discriminação em razão de orientação sexual, além da caracterização da união estável entre casais formados por pessoas do mesmo sexo; contudo, sem êxito. A posição de compromisso com os

direitos homoafetivos é uma pauta que tem obtido apoio social, principalmente de partidos mais alinhados à esquerda do espectro político, contudo, ainda sofre resistência ao aprovar projetos das bancadas e os partidos ligados à FPE, por meio do trancamento de pauta e das discussões sobre o tema.

Acrescente-se que no início da pesquisa, pelo material inicialmente coletado e pela revisão bibliográfica prematura, vislumbrava-se como principal *backlash* legislativo ao julgamento do STF o Projeto de Lei nº 6.583/2013 (“Estatuto da Família”). Com o aprofundamento do tema, verificou-se a existência de várias outras proposições ligadas à Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional, como o PDC nº 224/2011, com o objetivo de sustar os efeitos da decisão proferida pelo Supremo na ADI nº 4.277/DF e na ADPF nº 132/RJ. Na questão dos direitos LGBTI+ no Brasil, dessa forma, mesmo tendo o Poder Judiciário judicializado a questão, o *backlash* ocorreria se a atuação fosse do Legislativo ou do Executivo.

Diante do contexto social e político apresentado, percebe-se que houve, de fato, uma ampliação dos espaços de disputa, em especial com as dinâmicas judiciais imersas em grande parte das conquistas, bem como do debate e das abordagens de questões relacionadas ao movimento LGBTI+, no período de 2010 a 2021. Embora o avanço das temáticas e das políticas públicas que o governo federal empreendeu em diversas épocas, a questão do reconhecimento de direitos da comunidade sofreu e sofre resistência, em especial de setores conservadores dos Poderes Legislativo e Executivo. Da mesma forma que houve um engajamento da militância em prol de direitos, surgiram novos atores reativos resistindo às mudanças propostas nas questões relacionadas a gênero, sexualidade e orientação sexual.

A Ciência Política e o Direito, portanto, clamam por pesquisas com enfoque nas mobilizações e nos ativismos contemporâneos, protagonizados por diversos atores, movimentos e organizações. A questão

LGBTI+ como arena de disputa apresenta e representa uma temática que envolve diversidade e política e se propõe a investigar as disputas e conflitos sociais, especialmente em sua dimensão judicial. A análise dos atores, das tensões entre os poderes e das (recentes) instituições democráticas, em contraponto ao *backlash* e aos movimentos reacionários, de diversos setores do espectro da política e o Judiciário, merecem o aprofundamento da pesquisa e a elaboração de trabalhos como o presente.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil**. São Paulo: Educ; Idesp, 1997.

BALLESTRIN, Luciana. Direitos Humanos, Estado e Sociedade Civil nos Governos de Fernando Henrique Cardoso (1994-2002). **Teoria & Sociedade**, v.2, n.16, p. 10-33, 2008.

BIROLI, Flávia; MACHADO, Maria das Dores Campos; VAGGIONE, Juan Marco. **Gênero, neoconservadorismo e democracia: disputas e retrocessos na América Latina**. 1. ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277 e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132**. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Britto, julgado em 05 mai. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>. Acesso em: 23 ago. 2022.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº26 e do Mandado de Injunção nº4.733**. Supremo Tribunal Federal, Relator: Celso de Mello, julgado em 13 jun. 2019. Disponível em: <https://>

portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 01 maio 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 23 ago. 2022.

BRASIL. **O Ministério Público e os direitos de LGBT**: conceitos e legislação. Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, Ministério Público do Estado do Ceará. Brasília: MPF, 2017. 84 p. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midioteca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-os-direitos-de-lgbt-2017> Acesso em: 01 maio 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Proposta de Decreto Legislativo n. 224, de 25 de maio de 2011. Susta a aplicação da decisão do Supremo Tribunal Federal proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, que reconhece a entidade familiar da união entre pessoas do mesmo sexo. **Atividade Legislativa, Projetos de Lei e Outras Proposições**. Brasília, 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503973>. Acesso em 26 ago. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 6.583, de 16 de outubro de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. **Atividade Legislativa, Projetos de Lei e Outras Proposições**. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=597005>. Acesso em 26 ago. 2022.

CARDINALI, Daniel Carvalho. **A judicialização dos direitos LGBT no STF**: limites, possibilidades e consequência. Dissertação (Mestrado em Direito) - Rio de Janeiro: UFRJ, 2017. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=4992792. Acesso em: 23 ago. 2022.

CICONELLO, Alexandre. Os avanços e contradições das políticas de direitos humanos no governo Lula. In: PAULA, Mariline de (org.). **Nunca antes na história desse país...?:** um balanço das políticas do governo Lula. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2011.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. **ALCEU**, v. 5, n. 9, p. 105-113, 2004. Disponível em: http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.

COACCI, Thiago. **Do homossexualismo à homoafetividade**: discursos judiciais sobre a homossexualidade no STJ e no STF de 1989 a 2012. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Belo Horizonte: UFMG, 2014. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1338672. Acesso em: 23 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 175, de 14 de maio de 2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas do mesmo sexo. Presidência do Conselho Nacional de Justiça, 14 maio 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n175-14-05-2013-presidncia.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew M. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, v. 51, n.4, p. 825-864, 2008.

ENGELMANN, Fabiano (org.). **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

FACHINNI, Regina. **Sopa de letrinhas?**: Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90. São Paulo: Garamond Universitária, 2005. 304 p.

KOERNER, Andrei. Ativismo judicial? Jurisprudência constitucional e política no STF pós-88. **Novos Estudos**, n. 96, p. 69-85, 2013.

KOERNER, Andrei; MACIEL, Débora. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**, n. 57, p. 113-133, 2002.

MELLO, Luiz; BRITO, Walderes; MAROJA, Daniela. Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. **Cad. Pagu**, n. 39, p. 403-429, 2012. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332012000200014&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 26 ago. 2022.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **Direitos sexuais de LGBT* no Brasil**: jurisprudência, propostas legislativas e normatização federal. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2013. Disponível em: http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politicas-de-justica/backup/backup-fev-2018/cejus/ppublicacoes/publicacoes/direitos_sexuais_de_lgbt_no_brasil_210x297mm_1411_19h30.pdf/view. Acesso em: 23 ago. 2022.

PIMENTEL, Mariana Barsaglia. Backlash às decisões do Supremo Tribunal Federal sobre união homoafetiva. **Revista de informação legislativa**, v. 54, n. 214, p. 189-202, 2017. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/214/ril_v54_n214_p189. Acesso em: 23 ago. 2022.

REIS, Toni (org.). **Manual de Comunicação LGBTI+**. 2. ed. Curitiba: Aliança Nacional LGBTI/GayLatino, 2018.

SIEGEL, Reva. Community in conflict: Same-sex marriage and backlash. **UCLA Law Review**, v. 64, Yale Law School, Public Law Research paper, n. 595, 09 fev. 2017. Disponível em: https://law.yale.edu/system/files/documents/faculty/papers/siegel_ucla_community_in_conflict_-_final_article_pages_with_space_no_bleed_rev.2.8.pdf. Acesso em: 23 ago. 2022.

SIMÕES, Júlio Assis; FACCHINI, Regina. **Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2009.

TATE, Neal C.; VALLINDER, Torbjörn (eds.). **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press, 1995.

TERTO, Angela Pires (org.). **Guia de acesso a direitos e serviços para pessoas trans**. 2. ed. Brasília: ONU Brasil, 2019. 65p.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, Revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

**ACESSO À JUSTIÇA E ENSINO
JURÍDICO: INTERSECÇÕES ENTRE
AS ONDAS RENOVATÓRIAS E OS
MOVIMENTOS EM DIREÇÃO A
UMA NOVA ÉTICA PROFISSIONAL**

Karinne Emanoela Goettems dos Santos

INTRODUÇÃO

Para além de Tício e Mévio, Joana é uma jovem negra de 18 anos, moradora da periferia. Seu pai é ausente e sua mãe é faxineira. Com a renda proveniente da faxina, a mãe de Joana sustenta quatro filhos, dos quais Joana é a mais velha. Joana decidiu cursar Direito. Seu ingresso na Universidade foi possível em razão do regime de cotas. Suas aspirações como profissional da justiça são motivadas pelos dilemas da violência social decorrentes da fome, da moradia precária e da discriminação de raça e gênero, observados e experimentados por Joana desde muito criança. Deseja ser magistrada, muito embora não tenha nenhuma referência de juízas negras. Encontrou uma Faculdade de Direito que não pauta a sua realidade social. É um lugar que não parece seu. Joana hesita e pensa que não deveria estar ali.

O presente estudo traz reflexões acerca de uma nova ética profissional, gerada por um ensino jurídico que ainda precisa ser constituído. É a complexidade social e a dinamicidade dos conflitos na contemporaneidade que estão sinalizando (gritando) pela superação de um modelo de ensino normativista, tecnicista e conservador, na direção de uma identidade profissional mais dialética, plural e democrática, capaz de trabalhar com fenômenos sociais em constante mutação.

De um lado, observa-se a mudança de quase todas as modalidades de trabalho em decorrência da tecnologia da informação e da biotecnologia. De acordo com Yuval Noah Harari (2018, p. 51), em poucas décadas não só o algoritmo substituirá o homem com maior eficiência, como também o homem, sem formação adequada e qualificada, terá dificuldades de se reinventar profissionalmente, sobretudo no mesmo *flash* de tempo da tecnologia.

Sob outro aspecto, a desigualdade e a violência dela decorrente também fazem parte deste cenário preocupante, precarizando e tornando ainda mais complexas as relações sociais a partir de uma visão me-

ritocrática e individualista de mobilidade social. A desigualdade social, portanto, é um obstáculo para a efetividade da justiça em um ambiente de Estado Democrático de Direito.

Tradicionalmente, as bases do ensino jurídico forjaram um profissional de perfil técnico-normativista, fortemente influenciado pelo racionalismo moderno. Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 38), é a norma, e não o problema social, o foco do ensino universitário, afastando os futuros profissionais das investigações sobre a realidade social. Na ausência de políticas pedagógicas adequadas, e sob um alto custo, o ensino jurídico produz burocratas que vivem a ilusão de um sistema de justiça produtivista.

Diante desse cenário, a construção de um novo modelo de ensino jurídico requer escolhas acerca de um *ethos* profissional atento ao fenômeno social, na medida em que tal subjetividade e identidade serão determinantes para a atuação dos sujeitos que compõem o sistema de justiça e, na sequência, para os cidadãos por eles orientados. Dito de outra forma, o ensino jurídico é corresponsável pela efetividade do acesso à justiça, cuja análise e avaliação estão intimamente relacionadas à ética profissional buscada em ambiente acadêmico.

A discussão alcança, em especial, a 4ª onda renovatória de acesso à justiça, inaugurada por Kim Economides (1999) e acolhida pelo *Global Access to Justice Project*, que renovou, a partir de 2019, as investigações travadas no âmbito do Projeto Florença acerca do acesso à justiça no mundo. O novo projeto global posiciona o ensino jurídico e a formação continuada dos profissionais como elementos definitivos para a constituição de um *ethos* profissional adequado à realidade social e comprometido com a efetividade do acesso à justiça.

Além do ensino jurídico, o perfil dos profissionais que já ocupam o sistema de justiça também merece ser destacado, tal qual se observa na 7ª onda renovatória, proposta por Bryant Garth, sobretudo para averiguar se, de acordo com os critérios de raça e gênero, a sociedade en-

contra-se devidamente representada no sistema de justiça e quais as implicações disso decorrentes.

Nessa perspectiva, com o propósito de contribuir com um novo *ethos* dos profissionais da justiça e seus reflexos sobre a efetividade do acesso à justiça, este estudo destaca a importância de uma formação jurídica pautada na investigação de problemas sociais, bem como na flexibilidade de rituais de solução de conflitos que, não restritos ao modelo adversarial, se adaptem à complexidade da vida contemporânea, respeitando a natureza e o tempo dos conflitos sociais.

Para tanto, valendo-se do método dedutivo e buscando interseções com as ondas renovatórias de acesso à justiça, serão destacadas metodologias de ensino, pesquisa e extensão que coloquem os profissionais em constante reflexão sobre a realidade social, bem como serão abordadas novas estratégias de solução de conflitos que os preparem para ritos adequados de solução de conflitos com destaque para a auto-composição. Os argumentos serão expostos a partir de pesquisa bibliográfica e documental, buscando demonstrar que a renovação do ensino jurídico no Brasil é necessária e urgente, seja pela força com que a revolução tecnológica afetará a sociedade como um todo, em poucas décadas, seja pela complexidade e dinamicidade da vida contemporânea que precisa ser pautada pelo ensino jurídico.

1. A ILUSÃO DO NORMATIVISMO: FALAR DE CONCEITO DE DEMOCRACIA NÃO SIGNIFICA CONHECER O FENÔMENO (NÃO)DEMOCRÁTICO

“É a justiça que se faz normativa e que, enquanto tal, foge da vida real e da História, para tornar-se conceitual e, conseqüentemente, eterna como um mero conceito.”

(Ovídio Baptista da Silva, Fundamentação das sentenças como garantia constitucional, 2006)

Na modernidade, o avanço da ciência recai sobre o Direito como sistema lógico e abstrato, que vai se afirmando a partir dos ideais do pensamento liberal-iluminista. A neutralidade do julgador, cuja função se resumiria à mera declaração dos direitos preconcebidos, tal qual previa a *actio* romana (SILVA, 1997, p. 25), sacramentou o método silogístico e o postulado da separação entre a questão de fato e a questão de direito, em nome da certeza e segurança jurídicas (SANTOS, 2016).

Historicamente, o período que vai do século XVIII até o final do século XIX foi marcado por essa abstração da realidade, criadora de uma cultura normativista e técnico-burocrática assente na concepção de um direito autônomo e descolado dos fenômenos sociais (SANTOS, 2011, p. 69).

Desde o início do século XIX o Brasil já contava com algumas faculdades isoladas, a exemplo da Faculdade de Medicina na Bahia e da Academia de Direito de Olinda e de São Paulo. Mas a ideia de universidade chega tarde. Enquanto as universidades europeias surgem no século XII e até mesmo na América Latina no século XVI (em 1551 no Peru, em 1553 no México e 1613 em Córdoba, por exemplo), é somente em 1934 que no Brasil é criada a Universidade de São Paulo, em busca do conhecimento universal, interdisciplinar, humanístico e genuinamente científico (MACHADO, 2009, p. 68).

De acordo com Antônio Alberto Machado, o modelo universitário latino-americano inspira-se no primitivo modelo francês de saber fragmentado, de caráter especializado e profissionalizante, isolando-se dos demais saberes e renunciando a uma formação integral e universal, própria do ambiente universitário.

Não bastasse isso, é preciso considerar, também, a cooptação do ensino universitário pelo mercado, que fez da universidade um espaço de produção de profissionais que facilitem os investimentos e negócios (MATTEI; NADER, 2013, p. 83). Nas últimas décadas do século XX,

é do Consenso de Washington que brotam as cartilhas do Banco Mundial, a exemplo da Documento 319 (DAKOLIAS, 1993), aplicada sobre os países da América Latina e do Caribe, com o objetivo de ajustar o Estado de Direito e os sistemas de justiça aos interesses monetários e mercantilistas.

Os rankings estabelecidos para “medir” cursos de Direito que mais aprovam no exame da OAB, bem como para divulgar os tribunais mais produtivos, são uma evidência de uma lógica mercantilista que se pauta em sua eficiência quantitativa para atender aos critérios de desenvolvimento.

E apesar de sucessivas reformas legislativas e estruturais, sobretudo na última década do século XX, prepondera ainda um ensino jurídico técnico-normativista, insuficiente para oferecer aos futuros profissionais uma atuação adequada para tratar os conflitos de natureza complexa, tal qual se observa na contemporaneidade. Um exemplo disso é a cultura adversarial que privilegia o Poder Judiciário como espaço de resolução de conflitos, o que decorre, em boa medida, da atuação tecnicista e burocrática dos profissionais.

Para Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 243), há uma dificuldade de se visualizar a realização do direito fora dos seus extremos “do certo e do errado”, encontrados naquele ideal de certeza e verificabilidade tão acentuado pelo dogma. Essa é a ideia de verdade defendida pelo pensamento moderno e valorizada pelo racionalismo, como postulado estático e atemporal, idealizando a lei (ou o paradigma judicial) e isolando-a do fato, a ela enquadrada no método de subsunção. Neste modelo, a lógica-dedutivista de aplicação da lei (ou de precedentes), de caráter normativista, está ausente o necessário diálogo entre o Direito e sua dimensão histórica, de natureza necessariamente interdisciplinar.

No mesmo ano do Consenso de Washington, José Eduardo Faria (1989, p. 104) já alertava para o fato de que:

Ao tentar forjar uma mentalidade estritamente legalista em flagrante contradição com uma realidade não-legalista, os cursos jurídicos condenam os estudantes a uma (in) formação burocrática e subserviente, incapaz de perceber e captar as razões dos conflitos e das tensões sociais. Ao mesmo tempo, esses cursos também cristalizam e reproduzem um contraditório conjunto de crenças, juízos éticos, proposições científicas, justificações e saberes acumulados, expresso por meio de disciplinas específicas legitimadas por discursos produzidos pelos tribunais e institucionalizados pelas práticas jurídicas travadas em seu interior. Um ensino jurídico desse tipo termina por atribuir significações arbitrárias da realidade social, projetando-as imaginariamente como possíveis e desejáveis, ainda que nem sempre factíveis, plasmando-as em discursos reificantes, a-históricos e com pretensões de generalidade. Em vez de apresentar os institutos jurídicos como formas de solução de conflito com raízes no processo das relações sociais, ele valoriza uma abordagem sistemática e lógico-dedutivista, privilegiando o princípio da autoridade.

A linguagem que prioriza o estudo das normas, de caráter autor-referente, acaba por constituir um modelo de sistema de justiça hermético e letárgico, eis que distante das mazelas da população, preservando espaços de poder privilegiados e pouco acessíveis aos grupos mais vulnerabilizados. Trata-se de um ambiente que aborda conceitos de democracia, sem abordar o fenômeno da democracia na prática.

De acordo com Antônio Alberto Machado (2009, p. 128-129), a pasteurização da dogmática como um corpo normativo desideologizado e asséptico orienta a investigação científica apenas para os problemas da vigência, validade e eficácia das normas. O ensino meramente descritivo dessa ordem jurídica, nos moldes preconizados pelo pensamento positivista, estrutura-se no silogismo clássico entregue aos representantes das classes que detêm o poder econômico.

Ovídio Baptista da Silva (2006, p. X do Prefácio) já manifestava, especialmente em suas últimas obras, justificável preocupação com

uma jurisdição não compatível com a realidade contemporânea, bem como sua angústia ante a “falta de compreensão adequada aos fatores culturais que nos aprisionam, fazendo com que andemos em círculos, sem que nenhum progresso efetivo se tenha obtido”. Enquanto o Direito preserva seu caráter conceitual e abstrato, restrito ao mundo normativo, a realidade social tem se tornado cada vez mais complexa, desigual e conflitiva, atravessada pelos avanços da tecnologia que desenham um futuro breve ainda mais desigual.

O ensino jurídico, nesse contexto, precisa se posicionar, pois o momento atual é definitivo e requer escolhas para a própria manutenção do sistema de justiça. Além disso, definir o *ethos* profissional do profissional da justiça, adequado à contemporaneidade, requer que o Direito se dispa da ilusão do normativismo, de caráter tecnicista e abstrato que serviu às certezas da modernidade. A natureza, a complexidade e o caráter mutante dos conflitos do século XXI são implacáveis sobre uma estrutura normativa rígida e incomunicável. “O direito dos conceitos e afeito ao mundo dos códigos já teve seu momento. O século XXI exige bem mais do que isso” (SANTOS, 2018, p. 5).

2. O ENSINO JURÍDICO E AS INTERSECÇÕES ENTRE AS ONDAS RENOVATÓRIAS DE ACESSO À JUSTIÇA

Ovídio Baptista da Silva (2006, p. 36-37) já criticava o ensino jurídico calcado em uma imagem de ciência meramente demonstrativa, no qual a norma é a prioridade e os estudantes não acessam os fatos, quando deveria colocar-se como ciência da compreensão histórica e social, na qual a construção dialética de saberes dialoga com o pensamento de Paulo Freire (2018).

E enquanto apegado à norma e à abstração da realidade, o Direito reafirma dogmas que reproduzem uma lógica conservadora de opressão dos mais vulneráveis, não devidamente representados por políticas pú-

blicas e afastado dos processos de decisão política. Tradicionalmente, o Direito foi construído por uma parcela privilegiada da população, elitista, branca, hetero e patriarcal. Se os fatos não chegam às Faculdades de Direito é porque a abstração da realidade mantém essa distinção bem clara, desigual e nada democrática.

E como romper essa lógica na prática? Vamos aos fatos.

No Brasil, a desigualdade é um grave problema social porque decorre de uma sociedade escravocrata e patriarcal (SOUZA, 2019, p. 87-88), que acaba inclusive naturalizando a opressão sobre os mais frágeis. Uma evidência dessa vulnerabilização é a distinção de renda e o tipo de ocupação entre negros, pardos e brancos. De acordo com os dados do IBGE (2020, p. 39), a renda média nacional da população ocupada em 2019 é de R\$ 2.229,00. Cidadãos brancos ganham cerca de 30% acima desta média, enquanto pardos e negros ganham 25% e 27%, abaixo da média nacional, respectivamente (IBGE, 2020, p. 33).

No Museu da Pessoa (2022), é possível encontrar histórias de vida como a da Cremildes Lima da Silva, que chegou a São Paulo com 13 anos de idade. Morava em casas onde fazia faxina. Tempos depois morou em barracos. Perdeu muita coisa com enchentes. O último barraco estava com risco de queda e, por isso, recebeu ajuda da Defesa Civil e auxílio aluguel. Cinco anos depois recebeu um apartamento vazio da Defesa Civil. “Fico muito alegre quando eu vi o apartamento bonitinho, arrumadinho, com dois quartos, sala, cozinha, lavanderia, banheiro, sofá, cama e guarda-roupa”. Agora vai “comprar o armário e a máquina de lavar, que faltam”. Nas palavras de Cremildes:

Ah, mudou totalmente a minha vida. A minha vida tá melhor. Eu moro numa casa que não entra água, num apartamento que não entra água, então a minha vida mudou muito. Vai fazer três meses dia 14 agora, de março. Acabei de entrar. Moramos eu e minha neta, que eu tenho um filho também. A minha neta mora comigo, ela tem 13 anos. Aí, ela mora comigo pra fazer companhia

pra mim. Hoje eu trabalho de diarista. Todo dia na semana eu tenho casa pra trabalhar. Tô mandando currículo para as firmas, pra eu trabalhar em firma. Preferiria trabalhar mais registrada, carteira registrada, porque, aí, quando eu for me aposentar... Eu tô pagando o carnê. Já tenho dez anos pagos, que eu pago o carnê do INSS. Então, registrada era melhor também porque já ajudava. Quando eu for me aposentar, aí, já contribuiria os 15 anos pagos. Meus sonhos hoje são pagar o apartamento e receber os documentos do apartamento. Não sei quando vai ser meu. A habitação que vai saber o dia certo de entregar o documento do apartamento.

Pedagogicamente, portanto, o olhar horizontal sobre o fenômeno social é fundamental para a compreensão da desigualdade, da diversidade e da experiência do conflito experimentado pelos seus sujeitos, especialmente no caso do Brasil, onde parcela significativa da população não sabe o que significa dignidade humana e vive à margem do exercício da cidadania.

No caso de Cremildes, sua história de vida retrata migração, moradia, trabalhos precários e a luta da mulher brasileira, entre outros elementos subjacentes às dificuldades econômicas e sociais. De acordo com o Instituto Trata Brasil (2022), são mais de 35 milhões de cidadãos sem acesso à água e 100 milhões de brasileiros sem esgoto tratado. E a fome reapareceu no Brasil nos últimos anos. A “fila do osso” voltou a fazer parte da nossa realidade.¹

As histórias de pessoas como de Cremildes chegam às Faculdades de Direito? A reivindicação de seus direitos é colocada em pauta? Como preparar profissionais da justiça que estejam preparados para tratar conflitos de alta complexidade?

A transformação pedagógica do ensino jurídico que ora se propõe pode ser avaliada no âmbito do acesso à justiça, na medida em que

¹ Várias manchetes retrataram a volta da fome no país em 2021. Disponível em: [https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2021/12/21/pessoas-dormem-na-rua-para-garantir-cesta-basica-na-fila-dos-ossos-em-cuiaba.ghml]. Acesso em: 13 jan. 2023.

a efetividade do direito depende da apreensão da realidade (FREIRE, 2018, p. 67), do momento presente, em que as reivindicações se colocam não apenas de caráter jurídico, mas sobretudo político, econômico, social e cultural, especialmente nos países marcados profundamente pela desigualdade social, como é o caso do Brasil (MACHADO, 2009, p. 214-215).

Na década de 1970 o Projeto Florença foi desenvolvido por Mauro Cappelletti e Bryan Grath a fim de diagnosticar os problemas que impediam o funcionamento adequado dos sistemas de justiça. A metáfora das ondas renovatórias foi adotada para indicar três eixos de movimentos voltados para a efetivação do acesso à justiça, quais sejam, a assistência jurídica, a articulação da representação de direitos coletivos mediante ações de classe e de interesse público e, por fim, uma ampla reforma para incluir a justiça informal, que inclui a desjudicialização de procedimentos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12).

No final do século XX, a 4ª onda de acesso à justiça proposta por Kim Economides vem somar-se ao Projeto Florença para destacar o papel ou a responsabilidade dos profissionais da área jurídica na efetivação dos direitos e garantias dos cidadãos por meio do acesso à justiça (ECONOMIDES, 1999, p. 71-73). Dito de outro modo, a atuação dos profissionais é fator igualmente relevante para o estudo do acesso à justiça. Nesse sentido, a quarta onda “expõe as dimensões ética e política da administração da justiça e, assim, indica importantes e novos desafios tanto para a responsabilidade profissional como para o ensino jurídico” (ECONOMIDES, 1999, p. 72).

E a proposta de Economides (1999, p. 74) chega inexoravelmente ao ensino jurídico, uma vez que “é necessário entender melhor o papel e as responsabilidades das faculdades de direito na formação do caráter profissional dos advogados”, ou seja, é essencial que se debatam os meios pelos quais poderão os futuros juízes e os advogados não apenas participar dos procedimentos, mas também perseguir

a correta aplicação do direito, o que é, por Economides, denominado de justiça.

Em 2019, por iniciativa dos brasileiros Cleber Francisco Alves e Diogo Esteves, foi retomado o movimento de renovação do acesso à justiça em âmbito global, por meio do *Global Access to Justice Project*, que conta, inclusive, com a participação de Bryan Garth, Earl Johnson Jr. e Alan Paterson, pesquisadores do Projeto Florença.

O novo projeto global reúne pesquisadores de todo o mundo para analisar, em todos os continentes, o acesso à justiça para além das três ondas tradicionais do Projeto Florença². A ética das profissões está sob investigação no movimento da 4ª onda de acesso à justiça. A 5ª onda se coloca sobre a proteção internacional dos direitos humanos, enquanto a 6ª onda investiga o uso da tecnologia do sistema de justiça.

A nova e mais recente 7ª onda pretende investigar a medida da representatividade da população no sistema de justiça, com destaque para os indicadores de raça e gênero.

Para as reflexões deste estudo, as ondas renovatórias que investigam os obstáculos ao acesso à justiça podem contribuir com a reformulação de um modelo de ensino mais dialético e plural, sobretudo porque, no Brasil, os obstáculos que o movimento das ondas pretende superar estão diretamente relacionados à desigualdade social.

São cidadãos de baixa renda que não alcançam o sistema de justiça. São muitos ainda os litígios individuais que deveriam estar sendo tratados por meio de procedimentos coletivos, em defesa de movimentos sociais que reivindicam sobretudo direitos fundamentais civis e sociais. São muitas as demandas judiciais que ainda priorizam o Poder Judiciário como espaço exclusivo para receber o tratamento dos conflitos e que desconsideram a legitimidade de métodos adequados e consensuais de solução de conflitos.

² Ver “Panorama do Livro” no site do *Global Access to Justice*. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>.

Para além das três ondas tradicionais, encontramos um ensino jurídico desarticulado com a sua realidade social (4ª onda). Observamos um sistema de proteção internacional dos direitos humanos ainda pouco conhecido (5ª onda). E no Brasil são inúmeros os casos de violação de direitos humanos. A título de exemplo, a invasão ilegal de terras indígenas e a violência naturalizada contra esses povos originários aumentaram vertiginosamente nos últimos anos³. A tecnologia é um grande desafio para um sistema de justiça eficiente (6ª onda), desde que proporcione acompanhamento democrático a todos os cidadãos, independentemente das suas condições financeira (baixa renda) e de saúde (idosos, pessoas com deficiências físicas e cognitivas, entre outros). Por fim, a 7ª onda renovatória, recentemente criada em 2021, investiga a representatividade no sistema de justiça com relação aos indicadores de raça e gênero. De acordo com o Relatório Negros e Negras no Poder Judiciário, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça (2021), apenas 12,8% dos magistrados são negros. É ainda muito recente a edição da Resolução 203/2015 do CNJ que determina a reserva de 20% das vagas para negros em editais para a magistratura.

É evidente que esse percentual tão baixo de representatividade, sobretudo diante da população majoritariamente negra e parda no país (acima de 55% de acordo com o IBGE), decorre das dificuldades inerentes ao ingresso nas Faculdades de Direito por estes grupos. Ademais, a política de cotas nas universidades federais só foi efetivamente implementada a partir de 2012, especialmente após a decisão do STF nos autos da ADPF 186, na qual restou rejeitado o pedido proposto pelo DEM contra a Universidade de Brasília. É possível que a representatividade avance em percentuais, na medida do avanço das políticas públicas in-

³ De acordo com o Relatório Fundação Anti-indígena, publicado em junho de 2022 pela Inesc, a gestão policesca da Funai no governo 2018-2022 foi desenhada pela perseguição de servidores e indígenas e pela ausência de demarcação de terras indígenas. Disponível em: [<https://www.inesc.org.br/fundacao-anti-indigena-um-retrato-da-funai-sob-o-governo-bolsonaro/>]. Acesso em: 13 jan. 2023.

clusivas nas universidades e nos processos seletivos para atuação de profissionais no sistema de justiça.

Como se observa, as pautas acadêmicas são condição de possibilidade para os movimentos propostos pelas ondas renovatórias. A intersecção das ondas com o ensino jurídico mostra-se, portanto, uma metodologia capaz de impactar a abstração da formação técnico-normativista, provocando, assim, as necessárias transformações do ensino jurídico, em direção à efetividade do acesso à justiça.

O Direito precisa comunicar-se com o fenômeno social. Precisa saber compreender o conflito na sua dimensão histórica. Precisa olhar e dar voz às pessoas. Precisa, nas palavras de Luis Alberto Warat (1997, p. 26), introjetar de forma criativa as potencialidades simbolizantes do outro, como sujeito que surge do reconhecimento do outro como alteridade constitutiva das diferenças, nas suas circunstâncias de tempo e espaço.

Nesse sentido, considerando a falta de representatividade adequada, o sistema de justiça majoritariamente branco, hetero, elitista e patriarcal, terá dificuldades de compreender os conflitos sociais e suas idiosincrasias, dos quais as demandas e reivindicações sociais são compostas.

É importante ressaltar, também, que, quando se trata de debater o acesso à justiça, a discussão alcança um patamar constitucional de extrema relevância, na medida em que não se pode falar em eficácia de direitos fundamentais sem garantir um modelo de justiça adequado à natureza dos conflitos, no seu tempo e espaço. Nesse aspecto, é necessário que o Direito assuma o seu tempo e ultrapasse a dimensão hermética e anacrônica que o aprisiona no mundo abstrato dos conceitos. O refúgio na norma e em técnicas burocratizantes reforça o uso do direito como ciência meramente descritiva, distante do fenômeno social, reproduzindo as desigualdades e agindo de forma contrária à perspectiva constitucional. Pontual e trágica é a constatação de Lênio Luiz Streck (2009, p. 440), para um modelo subsuntivo de “conceitos sem coisas”, dada a

cisão entre a questão de fato e a questão de direito. Sem essa necessária renovação, o ensino jurídico será contributo de um sistema de justiça cada vez mais irrelevante do ponto de vista social e político (SANTOS, 2011, p. 40).

Michael Sandel (2012, p. 325) defende uma concepção de justiça pautada no senso de comunidade e no cultivo de solidariedade e sentimento de responsabilidade mútua. Para Sandel, portanto, a concepção de justiça passa pelo ideal de como queremos e devemos nos tratar em sociedade.

Essa organização político-social requer uma organização educacional tal que permite a formação de virtudes, capacidades e técnicas que, em um ambiente democrático, são inegociáveis e deverão estar à disposição de todos. Nesse cenário, para Sandel (2012, p. 328) a desigualdade corrói a virtude cívica e compromete o cultivo da solidariedade e do bem comum, necessários para a manutenção da cidadania democrática.

Portanto, se o acesso à justiça é o mais básico direito humano (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12) porque de nada serve a posituação de direitos que não podem ser reivindicados, os profissionais da justiça devem estar especialmente comprometidos com esse propósito. Para tanto, algumas medidas precisam ser adotadas. É o que se pretende discorrer a seguir.

3. A IMPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE E DA APROXIMAÇÃO ENTRE A TEORIA E A PRÁTICA NO PROCESSO DE ENSINO E APRENDIZAGEM DO ENSINO JURÍDICO

Além da readequação dos currículos do ensino jurídico, a fim de superar a abstração normativa e hermética na qual o direito tradicional, amparado pela dogmática jurídica, se refugia, a interdisciplinaridade e a aproximação da prática com a teoria mostram-se igualmente relevan-

tes para aproximar o estudante do fenômeno social. Outra perspectiva pode ser lançada sobre o entrelaçamento entre ensino-pesquisa-extensão, para o que podem contribuir a pesquisa empírica e as assessorias jurídicas populares.

A Resolução nº 09/2004 do Conselho Nacional de Educação, que ditava as diretrizes curriculares nacionais dos cursos de graduação em direito, vigorou por longos 14 anos. Já apresentava como diretriz a importância da interdisciplinaridade e a conexão entre teoria e prática, assim como a integração entre graduação e pós-graduação. Representou um avanço ao reforçar o texto da Portaria 1889/1994 do MEC. Entretanto, apresentava um rol de conteúdos tradicionalmente conservadores e ainda de forma muito superficial.

Foi somente em dezembro de 2018, com a edição da Resolução nº 5 CES/CNE, que novas diretrizes passaram a guiar a instrução de temas e estudos relacionados às populações sub-representadas ou subalternizadas. Nos termos do art. 2º, § 4º:

O PPC deve prever ainda as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas, tais como as **políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos, de educação para a terceira idade, de educação em políticas de gênero, de educação das relações étnico-raciais e histórias e culturas afrobrasileira, africana e indígena**, entre outras (BRASIL, 2018).

A rigor, a proteção do meio ambiente, direitos humanos, idosos, grupos vulneráveis quanto ao gênero e LGBTQIA+, negros e indígenas, entre outros, não poderia ser uma novidade da academia, uma vez que a Constituição Federal de 1988, por si só, contempla e garante a vida, liberdades, diversidade e o meio ambiente, além de defender o pluralismo e a cidadania como normas fundantes do Estado Democrático e de Direito (art.1º).

Mas a força constitucional desses postulados não foi suficiente para romper com o rigor do ensino jurídico. Foi necessária uma norma administrativa para destacar e exigir o implemento desses conteúdos, a fim de que a pedagogia jurídica venha a executar políticas públicas inclusivas, com a abordagem de temáticas que se voltam para a proteção de grupos vulneráveis, até então fora de pauta e do radar do ensino jurídico.

A sociedade contemporânea em letargia ignora a violação sistêmica do meio ambiente, ignora seus idosos e tolera em demasia a violência de gênero e étnico-racial. Trata-se de grupos invisibilizados e sem voz, cuja escuta e recolocação como sujeitos – e não como objetos – nos processos de investigação do fenômeno social que poderão iniciar uma lenta e gradual transformação dos perfis de profissionais, os quais, aos poucos, irão conferir maior representatividade no sistema de justiça, ampliando o círculo de proteção constitucional.

Para auxiliar na análise desses fenômenos, a interdisciplinaridade mostra-se indispensável, por meio da sociologia, antropologia e psicologia, entre outros saberes. Lédio Rosa de Andrade (2006, p. 155) defende que se torna muito difícil explicar a vida contemporânea a partir de uma única área do conhecimento, razão pela qual o estudo que envolve várias áreas do conhecimento, de forma permeada e não estanque, mostra-se como o mais adequado para compreender os fenômenos humanos.

Também em dezembro de 2018 a Resolução 7/2018 do CNE/CES estabeleceu diretrizes específicas para a execução da extensão na educação superior, oferecendo princípios, fundamentos e procedimentos que devem guiar políticas públicas extensionistas. De regra, as graduações devem adequar os projetos pedagógicos para que, no mínimo, 10% da carga horária total da matriz curricular seja cumprida a título de ações extensionistas. Tais medidas deverão ser implementadas já a partir do novo calendário acadêmico previsto para 2023 (ver art.19 da Res.7/2018).

A curricularização da extensão decorre da necessidade de constituição de um *ethos* que se imponha como elemento de transformação sobre a formação acadêmica do estudante, com alto impacto sobre a qualidade do ensino jurídico e igualmente sobre a realidade social. De um lado, a extensão contribui para a efetivação de direitos e exercício da cidadania, sobretudo para a população mais vulnerável pela renda, pela idade, local de moradia, cor da pele, identidade sexual, identidade de etnia, entre outros. De outro, são as contingências da comunidade local que contribuem reciprocamente com a formação acadêmica dos estudantes.⁴

Para Boaventura de Souza Santos (2011, p. 61), as atividades extensionistas favorecem a aproximação dos estudantes com espaços tradicionalmente ignorados e que servirão de “gatilhos pedagógicos” para uma formação mais sensível aos problemas sociais, o que nem mesmo o melhor texto descritivo desta realidade poderia proporcionar.

Ao lado do ensino e da extensão, a pesquisa vem para dinamizar a formação acadêmica, oferecendo investigações que podem superar as limitações objetificantes da dogmática jurídica. A pesquisa empírica, em especial, tem o potencial de ir além, na medida em que passa a integrar o sujeito sob investigação ao campo da pesquisa, permitindo a construção do sujeito empírico como condição da realização da própria pesquisa (BELLO; FALBO, 2020, p. 13):

[...] Este sujeito é aquele que é capaz de dizer o que pensa sobre ele mesmo ou sobre sua realidade. É aquele que é capaz de falar

⁴ Devido é o registro da prática de extensão universitária no Brasil, em especial nas Faculdades de Direito, antes mesmo da imposição resultante da Res. 7/2018 e ainda que de forma não generalizada. O Direito Achado na Rua da UNB, o NAJUP da UFRGS e o CAJU da Federal do Ceará são exemplos dessa organização (SOUZA SANTOS, 2011, p. 62). Na UFPEL, o projeto O Direito de Olho no Social já está organizado desde 2019 para se deslocar aos locais mais vulneráveis de Pelotas e região, aproximando os estudantes da Faculdade de Direito da realidade social. Trata-se de projeto que une as ações do Serviço de Assistência Jurídica com o PPGD- Mestrado em Direito, a fim de levar informação e orientação às pessoas mais vulneráveis acerca de sua cidadania.

sobre suas experiências e vivências no mundo. É aquele que responde às perguntas do pesquisador ou com quem se encontra em situação de diálogo ou conversação.

Pois

Desprezar a experiência prática do sujeito implica deformar as experiências cotidianas daqueles que constroem a realidade social, bem como opor de forma radical o “mundo da vida pré-teórica” ao “mundo da vida teórico-científica” (BELLO; FALBO, 2020, p. 16-17).

Nessa linha de compreensão, sob o ponto de vista da aprendizagem, Paulo Freire (2018, p. 67) defende que a apreensão da realidade é um aprender como “construir, reconstruir, constatar para mudar, o que não se faz sem abertura ao risco e à aventura do espírito” (FREIRE, p. 68). Os estudos de caso, as pesquisas estruturadas e semiestruturadas e a etnografia são exemplos de técnicas empíricas capazes de capturar a realidade social. O ensino jurídico restrito ao estudo das normas e que não olha pela janela tem muito a perder, inclusive a si mesmo.

4. DESENGESSANDO TÉCNICAS E PROCEDIMENTOS

Ainda no que se refere à Resolução nº 5, o art.3º destaca a importância das formas consensuais e autocomposição, tornando necessárias a organização pedagógica de teoria e a prática a respeito de técnicas não adversariais de resolução de conflitos. E veja-se que 2018 já é tarde para tal diretriz curricular.

Em 2010 a Resolução 125 do CNJ propõe uma readaptação do Poder Judiciário às formas adequadas de tratamento de conflitos. Em 2015, do Congresso Nacional tem-se a edição do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de março), a nova Lei de Arbitragem (Lei

13.129, de maio, alterando substancialmente a Lei 9.307/96), e a Lei de Mediação (Lei 13.140, de junho).

Sem a formação jurídica adequada, pouca praticidade terão as últimas alterações processuais que imprimem rituais de consenso para solução de conflitos, a exemplo do novo CPC, que considera o consenso norma fundante do processo civil e um compromisso da magistratura, advocacia pública e privada e Ministério Público (art.3º, Lei 13.105).

Ainda, uma das mais importantes alterações da Lei de Mediação e da nova Lei de Arbitragem é a possibilidade de o poder público participar de mediações e procedimentos arbitrais em ambiente extrajudicial. Trata-se de um grande avanço rumo a políticas de desjudicialização, rompendo com o dogma de que a Fazenda Pública não compõe e não pode participar de mesas de negociação.⁵

Mas as mudanças são demasiadamente lentas, na medida em que prepondera ainda uma linguagem de ensino que prepara os alunos para um verdadeiro campo de batalha: “acusar”, “impugnar”, “contrariar”, “recorrer”. Essa lógica constitui o cenário adversarial no imaginário do futuro profissional, dificultando seu olhar para estratégias de atuação pautadas no diálogo.

A linguagem adversarial materializa e constitui o litígio, inclusive nas situações em que o confronto não está assim estabelecido. A polarização das relações jurídicas processuais, construída simbolicamente desde a graduação, perde uma grande oportunidade de capacitar o futuro profissional ao consenso. E essa responsabilidade é tanto das Faculdades de Direito como também das instituições que atuam na formação continuada dos profissionais da área jurídica, como conselhos profissionais e escolas de carreiras, entendimento este comungado por José Eduardo Faria (1989), Kim Economides (1999) e Boaventura de Souza Santos (2011).

⁵ É preciso lembrar que a alta litigância judicial tem franca participação da Fazenda Pública, de acordo com as séries históricas do Relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça.

Capacitar profissionais para a estratégia de práticas dialogais não só amplia as oportunidades de trabalho como gera um efeito social reflexo, que é o reconhecimento do outro e o resgate da autonomia dos sujeitos envolvidos no conflito. Ademais, em outro trabalho já restou defendido que:

Não é digno o cidadão ser submetido a um procedimento que não seja adequado à natureza do seu conflito. Da mesma forma, conflitos desiguais em sua natureza, produtores de pretensões especiais, não podem ser tratados ou conduzidos por meio do mesmo rito comum. Por isso, os rituais de solução de conflito somente podem ser constitucionalmente adequados quando não criarem obstáculos de acesso à justiça, ao tempo em que promovam a dignidade do cidadão e respeitem a sua cidadania (SANTOS, 2018, p. 650).

A mudança cultural que se espera depende, portanto, de uma nova linguagem de ensino e de aprendizagem, que ao menos não apresente o meio adversarial de solução de conflitos com exclusividade, e que proponha, por exemplo, atividades interdisciplinares com outros cursos, a exemplo do curso de Psicologia, ou ainda técnicas de comunicação não violenta, aptas a restabelecer o diálogo e a recuperar a autonomia dos sujeitos que experimentam o conflito. Os rituais de mediação, conciliação e arbitragem são outros exemplos. E a solução para a experiência conflituosa, obtida por meio do consenso, é apenas uma das vantagens dessa mudança de perspectiva, na medida em que os próprios sujeitos são transformados pela experiência da escuta, a partir disso, suas relações sociais, com ou sem a obtenção do acordo.

Para Oscar Chase (2014, p. 27), as instituições de resolução de conflitos são ao mesmo tempo um produto, um colaborador e um aspecto da cultura, de modo que suas formas evidenciam qualidades inerentes à determinada sociedade. Nessa linha de argumentação, partindo

da concepção de que a cultura expressa ideias, valores e crenças cognitivas e normativas, Chase (2014, p. 171) argumenta que a relação entre cultura e resolução de conflitos é reflexiva, pois o processo auxilia na construção da cultura, ou influencia este fenômeno, bem como lhe serve de expressão.

Notadamente, nem todos os conflitos se adaptam ao tratamento do consenso. Por isso da importância de buscar competências e habilidades que garantam a aptidão para a “interpretação e da valorização dos fenômenos sociais”.

Além disso, a advocacia já reserva esse dever ao profissional que está compromissado com o Código de Ética da OAB (2015) ao estabelecer, no seu art.2º, parágrafo único inciso VII, o dever de “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

Na verdade, cogitar outros espaços de solução de conflito de caráter não adversarial é sobretudo valorizar o espaço jurisdicional, a fim de que este seja invocado somente quando realmente não haja outra via mais adequada para a solução do conflito, ou ainda somente para os casos nos quais, naturalmente, faz-se necessária a presença/intervenção do Estado, como ocorre nos litígios que envolvem direitos indisponíveis e, portanto, de caráter subsidiário.

Logo, é preciso superar também essa linguagem metodológica conceitual, que fragmenta conteúdos de teoria e prática, realimentando o distanciamento entre o estudante (e depois o profissional em formação) e o fenômeno social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A valorização do fenômeno social é a chave que deve ser girada para a adequação do ensino jurídico e dos profissionais de justiça na contemporaneidade. Os conhecimentos teórico e prático e interdisci-

plinar ampliarão sobremaneira as potencialidades de atuação do futuro profissional e, além disso, contribuirão para a efetividade do acesso à justiça.

Cada orientação, argumentação ou decisão jurídicas serão qualificadas por esse novo *ethos* profissional. Conhecimento é resistência que retroalimenta e reforça as lutas e conquistas de direitos. É naturalmente de caráter coletivo e comunitário. O novo *ethos* aqui defendido é plural, dialético e democrático.

Se os profissionais do sistema de justiça estão integralmente comprometidos com o ideário constitucional do Estado Democrático de Direito, o ensino jurídico que os prepara deve ser o primeiro espaço a defender uma concepção de justiça pautada no ideal de comunidade, ou seja, no ideal de como devemos nos tratar uns aos outros. Isso notadamente não significa hegemonia e consenso, pois a defesa da democracia requer justamente a convivência das divergências.

Para tanto, o ensino jurídico afeito ao tempo dos conceitos não mais tem a oferecer para a vida contemporânea. O novo *ethos* do profissional da justiça precisa ser constituído em um ambiente de ensino plural, dialético e democrático, que adota metodologias compatíveis com a escuta das vozes das desigualdades.

Nas palavras de Ovídio Baptista da Silva, as Faculdades de Direito precisam assumir a parcela (significativa) de sua responsabilidade. Nesse sentido, é fundamental resgatar nosso senso de comunidade e considerar “o outro” como parte dos nossos propósitos e ações. Que essa percepção de justiça e bem comum seja constituída no ambiente acadêmico, para a constituição de um *ethos* profissional que venha a protagonizar os ideais comunitários de justiça.

Joana vai concluir o curso de Direito e, com a experiência da exclusão social, aliada a uma formação acadêmica plural, dialética e democrática, exercerá sua profissão com a ética desejada pela sua formação, ocupando seu lugar legítimo de representatividade. Outras e outros

irão se somar à Joana, ampliando as oportunidades e redesenhando o acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Lédio Rosa de. Aproximando a Psicologia do Direito. In: CERQUEIRA, Daniel Torres de; FRAGALE FILHO, Roberto. **O ensino jurídico em debate** – o papel das disciplinas propedêuticas na formação jurídica. Campinas: Millennium, 2006. p. 155-192.

BELLO, Enzo; FALBO, Ricardo Nery. A pesquisa empírica em direito na atualidade. In: BELLO, Enzo; FALBO, Ricardo Nery. **Pesquisa empírica em direito na atualidade**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

BRASIL. IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio 2019**. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf, Acesso em: 27 dez. 2020.

BRASIL. Instituto Trata Brasil. Disponível em: <https://tratabrasil.org.br/principais-estatisticas>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. **Resolução nº 5, de 5 de dezembro de 2018**.

BRASIL, Ministério da Educação e Cultura. **Resolução nº 7, de 18 de dezembro de 2018**. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104251-rces007-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192 Acesso em: 7 set. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHASE, Oscar G. **Direito, Cultura e Ritual**: sistemas de Resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. 1. ed. Tradução de Sérgio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia** – saberes necessários à prática educativa. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2018.

GARTH, Bryant *et al.* **Global Access to justice Justice Project**. Disponível em: <http://globalaccesstojustice.com/book-outline/?lang=pt-br>
Acesso em: 30 jun. 2020.

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

INESC. **Fundação Anti-indígena**. Disponível em: <https://www.inesc.org.br/fundacao-anti-indigena-um-retrato-da-funai-sob-o-governo-bolsonaro/>. Acesso em: 7 set. 2022.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino Jurídico e mudança social**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MUSEU DA PESSOA. **Histórica**. Disponível em: <https://museudapessoa.org/historia-detalle/?id=142>. Acesso em: 7 set. 2022.

SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANDEL, Michael J. **A tirania do mérito** – o que aconteceu com o bem comum? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. **Processo Civil e Litigiosidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

SANTOS, Karinne Emanoela Goettems dos. Justiça e Consenso: protagonismo e cidadania na perspectiva cultural do diálogo. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 23, n. 2, p. 627-652, 2018. <https://doi.org/10.14210/nej.v23n2.p627-652>. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/13412/7621>. Acesso em: 7 set. 2022.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

SILVA, Ovídio Baptista da. Fundamentação das sentenças como garantia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: Direito, Estado e Democracia: entre a (in) efetividade e o imaginário social**, Porto Alegre, Instituto de Hermenêutica Jurídica, v.1, n.4, p. 325, 2006.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e Ideologia, o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SOUZA, Boaventura Santos. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2008.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso**. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem** (colaboração de Leonel Severo Rocha). Porto Alegre: Fabris, 1995.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**. O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Fabris Editor, 1997.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**. Buenos Aires: Angra Impressiones, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia do ensino jurídico**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

**A EDUCAÇÃO COMO FENÔMENO E
COMO DIREITO E A CONSTRUÇÃO
DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA NA CONSTITUIÇÃO
FEDERAL DE 1988**

Laerte Radtke Karnopp

Porque te faço saber, Sancho, que há no mundo duas sortes de linhagens: a dos que trazem e derivam sua descendência de príncipes e monarcas, e que pouco a pouco o tempo desfaz, até acabar em ponta, como pirâmide posta de cabeça para baixo; outros têm origem de gente baixa e vão subindo de degrau em degrau, até chegarem a ser grandes senhores; de modo que está a diferença em que uns foram, mas já não são, e outros são, mas já não foram.

(Miguel de Cervantes Saavedra, *O engenhoso fidalgo D. Quixote de La Mancha*, Primeiro Livro, p. 285).

NOTAS INTRODUTÓRIAS

Muito se tem ouvido falar na importância da educação para o desenvolvimento individual e da sociedade ou, em outras palavras, da imprescindibilidade da educação para o acesso a uma vida digna. Essa afirmação é propagada não só no senso comum, de modo a ter-se tornado quase um “mantra”, que não se pode contestar, como também vem adentrando a seara jurídico-acadêmica, que já apresenta alguns estudos sobre a educação como direito, sob várias perspectivas.

Nesse contexto, o objetivo do presente ensaio é tentar uma aproximação entre a noção de dignidade da pessoa humana, que permeia todo o ordenamento constitucional brasileiro, já que constitui um dos fundamentos da República, a partir do direito geral de livre desenvolvimento da personalidade, o qual decorre diretamente daquela. Ainda que sem uma resposta definitiva, buscaremos refletir sobre qual(is) modelo(s) de educação é(são) capaz(es) de responder a esse direito e partiremos para algumas aproximações entre dignidade e direito à educação na Constituição Federal de 1988.

A primeira seção deste ensaio será, portanto, dedicada a explorar a pedagogia proposta por István Mészáros (2008) e por Paulo Freire (2022), que, entendemos, poderá servir de lastro teórico para uma educação hábil a subsidiar o melhor acesso à dignidade da pessoa humana.

A segunda, por sua vez, encarregar-se-á de refletir sobre a dignidade da pessoa humana e de buscar aproximar tal conceito do direito à educação, tendo como elo o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade – tudo isso no âmbito da Constituição Federal.

Adiante, passaremos a essas seções.

1. A EDUCAÇÃO COMO FENÔMENO E COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DA PESSOA

Para uma discussão sobre a educação como direito, é relevante estabelecer, de antemão, algumas premissas para esclarecer a abordagem de educação como fenômeno que propomos para essa finalidade. Ainda que não se tenha a pretensão de desenvolver, em breves linhas, uma teoria da educação, a presente seção será destinada a apresentar algumas ideias dos dois teóricos enunciados – I. Mészáros (2008) e P. Freire (2022) –, cujo pensamento apresenta convergências precisamente no ponto em que propõem uma educação libertadora/emancipadora. Acreditamos que a concepção de educação trazida por ambos contribuirá para a reflexão que proporemos sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como desdobramento da dignidade da pessoa humana.

1.3 István Mészáros e uma educação para além do capital

Ao abrir o prefácio do livro *A educação para além do capital*, do filósofo húngaro I. Mészáros (2008), E. Sader (2008, p. 15) afirma que “o objetivo central dos que lutam contra a sociedade mercantil, a alienação e a intolerância é a emancipação humana”. Posicionar a emancipação humana no centro do debate e de uma luta por justiça social nos remete a um diálogo com o direito à educação, que pode funcionar como um instrumento emancipatório do homem e da sociedade como um

todo e, por consequência, uma via de acesso à dignidade da pessoa humana. Porém, antes desse debate, é preciso refletir sobre que concepção de educação deve ser contemplada por esse direito; em outras palavras, é preciso compreender a educação como fenômeno.

Para compreender a educação como instrumento para a emancipação humana, buscaremos trazer as reflexões do já anunciado educador I. Mészáros (2008), filiado ao pensamento marxista, e propor um diálogo com um dos mais renomados educadores de todos os tempos, o brasileiro P. Freire (2021; 2022), cuja obra vem influenciando o pensamento de inúmeros estudiosos do tema em todo o mundo.

Para I. Mészáros (2008), processos educacionais e processos sociais de reprodução encontram-se indissociavelmente imbricados, de modo que “uma reformulação significativa da educação é inconcebível sem a correspondente transformação do quadro social no qual as práticas educacionais da sociedade devem cumprir as suas vitais e historicamente importantes funções de mudança” (MÉSZARÓS, 2008, p. 25). Então, não se há que falar em transformação pela educação sem que se cogite o câmbio das estruturas sociais. Caso não se considere a possibilidade de uma reforma que permita uma verdadeira alteração do quadro social, serão admitidos apenas alguns ajustes marginais que, em vez de representarem uma reforma (no real sentido da palavra), apenas corrigirão algum aspecto defeituoso da ordem já posta, o que reforçará a estrutura social já existente e contribuirá com a reprodução dessa mesma ordem. Para o autor,

Não surpreende, portanto, que mesmo as mais nobres utopias educacionais, anteriormente formuladas do ponto de vista do capital, tivessem de permanecer estritamente dentro dos limites da perpetuação do domínio do capital como modo de reprodução social metabólica. Os interesses objetivos de classe tinham de prevalecer mesmo quando os subjetivamente bem-intencionados autores dessas utopias e discursos críticos observavam cla-

ramente e criticavam as manifestações desumanas dos interesses materiais dominantes. Suas posições críticas poderiam, no limite, apenas desejar utilizar as reformas educacionais que propusessem para remediar os piores efeitos da ordem reprodutiva capitalista estabelecida sem, contudo, eliminar os seus fundamentos causais antagônicos e profundamente enraizados (MÉSZÁROS, 2008, p. 26).

O sistema hegemônico capitalista, portanto, na compreensão de I. Mészáros (2008), é dotado de uma ordem objetiva de manutenção de um *status quo* que assegura sua reprodução e suplanta qualquer movimento em sentido contrário que possa surgir em seu interior. Assim, é capaz de inibir eventuais proposições de uma educação libertadora e emancipatória que possam fazer frente às posições críticas a que se refere o autor, legando a estas um lugar tão somente “paliativo”, no sentido de amenizar as consequências mais perversas desse sistema, sem, no entanto, provocar transformações substanciais – isto é, estruturais.

Daí se impõe a necessidade de haver soluções não apenas formais, mas essenciais, no que diz respeito à lógica do capital sobre a educação. I. Mészáros (2008) acusa a educação institucionalizada dos últimos 150 anos de ter funcionado como um instrumento para fornecer conhecimentos e pessoal para a máquina produtiva do capitalismo por um lado e, por outro, como instituição responsável pela transmissão de um quadro de valores para assegurar os interesses dominantes. Ainda que o autor oponha essa crítica referente à perpetuação das estruturas sociais por intermédio da educação formal ou por outras formas de institucionalização da educação, não quer dizer, com isso, que lhe negue a relevância (ANTUNES, 2018), ainda mais que, em seu texto, propõe alternativas que atribuam outro sentido à educação.

Nesse sentido, fala-se na internalização como mecanismo reprodutivo do sistema capitalista dominante, levada a efeito pelo modelo de educação proposto no interior desse sistema:

[...] no sentido verdadeiramente amplo do termo *educação*, trata-se de uma questão de “internalização” pelos indivíduos [...] da legitimidade da posição que lhes foi atribuída na hierarquia social, juntamente com suas “expectativas” adequadas e as formas de conduta “certas”, mais ou menos explicitamente estipuladas nesse terreno (MÉSZÁROS, 2008, p. 44).

O mecanismo de internalização, portanto, desempenha um papel de conformação do sujeito à ordem social, de reconhecimento e de aceitação do lugar que lhe é destinado. Parte importante do sistema global de internalização corresponde às instituições formais de educação, que induzem os indivíduos a uma aceitação (ativa ou resignada) dos princípios reprodutivos da sociedade, os quais ditam a posição que ocupam na sociedade e quais tarefas reprodutivas lhe são atribuídas de acordo com essa posição (MÉSZÁROS, 2008).

Não obstante, se, por um lado, as instituições formais de educação não são a força primária responsável pela consolidação do sistema do capital, por outro também não são hábeis, por si só, a promover a emancipação radical dos sujeitos em relação a esse mesmo sistema. Se uma das funções da educação formal é promover o consenso a partir de dentro, voltado à solidificação do *status quo* social no sistema do capital, não se pode esperar dela que assuma a tarefa de romper essa lógica – apesar do discurso emancipador que, usualmente, lhe é atribuído. É por essa razão que, também em matéria de educação formal, não basta que as soluções sejam formais, mas essenciais (MÉSZÁROS, 2008).

Uma mudança radical depende de uma concepção mais ampla de educação, que transcende aquela empreendida pelas instituições formais, as quais a limitam a uma atividade intelectual voltada a “preservar os ‘padrões civilizados’ dos que são designados para ‘educar’ e governar, contra a ‘anarquia e a subversão’” (MÉSZÁROS, 2008, p. 49). I. Mézáros se opõe a essa compreensão elitista que sugere a instituição

educacional formal como único espaço de educação e que a considera como possibilidade inacessível à maioria, à qual é destinado o papel de objeto de manipulação. Nesse sentido, compreende a aprendizagem como um fenômeno que se dá, em sua maior parte, fora das instituições de educação formal, isto é, fora de seu âmbito de controle e coerção. Para o autor,

[...] temos de reivindicar uma educação plena para toda a vida, para que seja possível colocar em perspectiva a sua parte formal, a fim de instituir, também aí, uma reforma radical. Isso não pode ser feito sem desafiar as formas atualmente dominantes de *internalização*, fortemente consolidadas a favor do capital pelo próprio sistema educacional formal. De fato, da maneira como estão as coisas hoje, a principal função da educação formal é agir como um cão de guarda *ex-officio* e *autoritário* para induzir um conformismo generalizado em determinados modos de internalização, de forma a subordiná-los às exigências da ordem estabelecida. O fato de a educação formal não poder ter êxito na criação de uma *conformidade universal* não altera o fato de, no seu todo, ela estar orientada para aquele fim. Os professores e alunos que se rebelam contra tal desígnio fazem-no com a munição que adquiriram tanto dos seus companheiros rebeldes, dentro do domínio formal, quanto a partir da área mais ampla da experiência educacional “desde a juventude até a velhice” (MÉSZÁROS, 2008, p. 55-56, grifos do autor).

A metáfora do cão de guarda, por meio da qual o filósofo designa a educação formal, sugere que esta acaba por desempenhar um papel que vai para além da reprodução do *status quo* social dominante e que consiste em vigiar e atuar para que a internalização desse mesmo *status quo* seja assegurada mediante uma “conformidade” (ou melhor, uma anuência) de todos nesse sentido. Por outro lado, a orientação da educação formal que se direciona à conservação da subordinação dos sujeitos à ordem estabelecida traz, também, em si, o germe da rebeldia,

que vigora a partir dessa experiência educacional mais ampla, que excede a formal.

A partir daí é que se pode falar em uma “contrainternalização”, que possa representar, na compreensão de I. Mészáros (2008), uma alternativa ao que já existe. Esse termo – contrainternalização – remete a um trabalho do filipino R. Constantino, que discute a formação de uma contraconsciência descolonizadora a ser formada a partir das massas populares, consubstanciada em uma filosofia da libertação que fosse reflexo dos interesses do povo. Essa contraconsciência poder-se-ia tornar uma alternativa à internalização dominada colonialmente a partir de uma abordagem educacional que adotasse “a totalidade das práticas político-educacionais-culturais, na mais ampla concepção do que seja uma educação transformadora” (MÉSZÁROS, 2008, p. 57). Para que essa educação transformadora aconteça, seus princípios devem ser dissociados da imposição de conformidade que é reprodução das instituições formais (os cães de guarda da ordem capitalista) rumo a um intercâmbio ativo com práticas educacionais mais abrangentes (MÉSZÁROS, 2008).

Trata-se, ao fim e ao cabo, de um desafio monumental, na compreensão de I. Mészáros, visto que reformas não são suficientes, senão uma reestruturação concreta e abrangente do sistema que se encontra posto. Para isso, é preciso uma mudança qualitativa das condições objetivas sob as quais a ordem social se reproduz, assim como uma transformação progressiva da consciência individual dos sujeitos. Nessa linha de raciocínio, podemos, por fim, sublinhar o papel soberano da educação, não somente para elaborar estratégias que permitam subverter as condições objetivas de reprodução da sociedade, como também para fomentar um câmbio de consciência dos indivíduos no sentido de criar uma ordem social metabólica radicalmente diferente (MÉSZÁROS, 2008).

Com o pensamento de I. Mészáros, especialmente no que toca ao câmbio de um modelo educacional dedicado à conservação do *status*

quo de dominação de uma elite e da subversão das condições que geram esse modelo, converge o pensamento de P. Freire, que será abordado, em breves linhas, na sequência.

1.4 Paulo Freire e a superação da contradição opressores/oprimidos

A *Pedagogia do Oprimido*, de P. Freire (2022), assume que a desumanização do homem é realidade histórica e é uma possibilidade ontológica, assim como a humanização. A desumanização, face oposta da humanização, apesar de representar uma distorção possível na história, não é vocação histórica; se fosse, não faria sentido a luta por sua superação. Ela (a desumanização) ocorre não só para os que têm sua humanidade roubada pela injustiça, pela exploração, pela opressão e pela violência, mas também para os que a roubam; são desumanizados tanto os oprimidos quanto os opressores. É a distorção do *ser mais*, a qual leva os oprimidos ao *ser menos* (FREIRE, 2022).

A contradição entre opressores e oprimidos é um dos pontos-chave da teoria de P. Freire, juntamente com o conceito de *educação bancária*, que está a serviço da reprodução dessa contradição e, por consequência, de sua perpetuação. Buscaremos apresentar, nesta parte do texto, o pensamento freireano acerca dessa dicotomia e o modelo educacional que a serve, bem como as condições para sua superação.

A contradição sinalizada por P. Freire (2022), conforme dissemos, vem marcada pela desumanização de ambos os lados e pela busca de humanização, que parte dos oprimidos. No pensamento do autor,

A violência dos opressores, que os faz também desumanizados, não instaura uma outra vocação – a do ser menos. Como distorção do ser mais, o ser menos leva os oprimidos, cedo ou tarde, a lutar contra quem os fez menos. E esta luta somente tem sentido quando os oprimidos, ao buscarem recuperar sua humani-

dade, que é uma forma de criá-la, não se sentem idealistamente opressores, nem se tornam, de fato, opressores dos opressores, mas restauradores da humanidade em ambos. E aí está a grande tarefa humanista e histórica dos oprimidos – libertar-se a si e aos opressores. Estes, que oprimem, exploram e violentam, em razão de seu poder, não podem ter, neste poder, a força de libertação dos oprimidos nem de si mesmos. Só o poder que nasça da debilidade dos oprimidos será suficientemente forte para libertar a ambos (FREIRE, 2022, p. 41).

Aqui estão enunciadas algumas das principais ideias sobre as quais se funda a pedagogia do oprimido: a dicotomia entre opressores e oprimidos; a desumanização dos oprimidos e também dos opressores, ao promoverem a desumanização dos primeiros; a tomada de consciência por parte dos oprimidos acerca da posição que lhes é conferida no mundo; a dialética entre ação e reflexão para a eliminação da situação de opressão; e, por fim, o surgimento de um homem novo, livre, nem oprimido, nem opressor, o que permite a possibilidade de a pedagogia do oprimido dar lugar a uma pedagogia da libertação.

A luta pela libertação, no pensamento de P. Freire (2022), há que nascer dos oprimidos. No âmbito da contradição entre opressores e oprimidos, nota-se, por parte dos primeiros, uma falsa generosidade que a nada serve além da manutenção da ordem social injusta. Por essa razão, a educação para a libertação não pode ser concebida a partir do opressor, mas do oprimido; a pedagogia do oprimido “tem de ser forjada *com* ele [oprimido] e não *para* ele, enquanto homens ou povos, na luta incessante de recuperação de sua humanidade” (FREIRE, 2022, p. 43).

O primeiro desafio da pedagogia proposta por P. Freire (2022) é levar os oprimidos à consciência (crítica) da opressão que lhe é imposta. Estes acabam por tornar-se “hospedeiros” do opressor, o que leva à necessidade da descoberta crítica “dos oprimidos por si mesmos e a dos opressores pelos oprimidos, como manifestações da desumanização” (FREIRE, 2022, p. 43). Na condição de hospedeiros do opressor, po-

de haver, inicialmente, uma tendência de os oprimidos também se tornarem opressores, em razão de seu pensamento encontrar-se condicionado à contradição em que se forma. No entanto, o que se busca não é alçar o oprimido à condição de dominador, mas sim, “orientar práticas voltadas a uma real transformação social, onde os oprimidos possam assumir sua condição de seres para si e ocupar o espaço que de fato a eles deve pertencer” (KARNOPP, 2021, p. 31).

Essa postura é designada por P. Freire (2022) como “aderência” ao opressor. A imersão na realidade opressora, ainda que não impeça os oprimidos de se reconhecerem como tais, não conduz à consciência de lutar pela superação da contradição exposta, mas à identificação com seu contrário, de modo que, “para eles, o novo homem são eles mesmos, tornando-se opressores de outros” (FREIRE, 2022, p. 44). Essa condição de aderência ao opressor, portanto, oculta dos oprimidos a consciência de si como pessoa e, também, a consciência de classe oprimida.

A concepção pedagógica que responde a essa contradição e funciona como instrumento de perpetuação da opressão é a que P. Freire (2022) designa como “educação bancária”, na qual “a educação se torna um ato de depositar, em que os educandos são os depositários e o educador, o depositante” (FREIRE, 2022, p. 80), em que o professor “doa” seu conhecimento aos educandos, “seres da adaptação, do ajustamento” (FREIRE, 2022, p. 83), que o recebem com passividade e sem o exercício da criticidade, e, assim, não são instrumentalizados a desvelar o mundo.

A relação entre educador e educando na educação bancária é marcada pelas seguintes características:

- a) o educador é o que educa; os educandos, os que são educados;
- b) o educador é o que sabe; os educandos, os que não sabem;
- c) o educador é o que pensa; os educandos, os pensados;
- d) o educador é o que diz a palavra; os educandos, os que a escutam docilmente;

- e) o educador é o que disciplina; os educandos, os disciplinados;
- f) o educador é o que opta e prescreve sua opção; os educandos, os que seguem a prescrição;
- g) o educador é o que atua; os educandos, os que têm a ilusão de que atuam, na atuação do educador;
- h) o educador escolhe o conteúdo programático; os educandos, jamais ouvidos nesta escolha, se acomodam a ele;
- i) o educador identifica a autoridade do saber com sua autoridade funcional, que opõe antagonicamente à liberdade dos educandos; estes devem adaptar-se às determinações daquele;
- j) o educador, finalmente, é o sujeito do processo; os educandos, meros objetos (FREIRE, 2022, p. 82-83).

Após opressores e oprimidos adquirirem a consciência da contradição opressor/oprimido, vem a exigência da transformação da situação concreta que dá origem à opressão. Apesar de a superação dessa contradição somente poder ser observada objetivamente, a subjetividade também carrega um papel importante na modificação das estruturas de opressão, uma vez que objetividade e subjetividade não podem ser dicotomizadas: não há mundo sem homens. É nesse sentido que o autor sustenta que

A realidade social, objetiva, que não existe por acaso, mas como produto da ação dos homens, também não se transforma por acaso. Se os homens são os produtores desta realidade e se esta, na “inversão da práxis”, se volta sobre eles e os condiciona, transformar a realidade opressora é tarefa histórica, é tarefa dos homens (FREIRE, 2022, p. 51).

E, mais adiante, explica que

[...] não haveria ação humana se não houvesse uma realidade objetiva, um mundo como “não eu” do homem, capaz de desafiá-lo; como também não haveria ação humana se o homem

não fosse um “projeto”, um mais além de si, capaz de captar a sua realidade, de conhecê-la para transformá-la (FREIRE, 2022, p. 55).

P. Freire (2022) não dissocia a reflexão e a ação dos homens sobre o mundo, com vistas a sua transformação. Reflexão e ação, juntas, constituem a práxis, sem a qual não é possível a superação da contradição opressor/oprimido. A inserção crítica dos oprimidos na realidade que os oprime e a objetivação dessa realidade já consistem, ao mesmo tempo em que é reflexão, em uma atuação (ação) sobre ela.

Por essa razão, trata-se de uma pedagogia que não pode partir ou ser praticada pelo opressor. Mas, uma vez que os oprimidos não detêm o poder político, para a prática desse modelo de educação há que se considerar a distinção entre educação sistemática e trabalhos educativos. A educação sistemática somente pode ser mudada com o poder, ao passo que os trabalhos educativos, momento que antecede a implantação de uma educação sistemática no processo de organização dos oprimidos, deverá ser *com* eles realizada (e não *para* eles realizada) (FREIRE, 2022).

Portanto, pode-se distinguir dois momentos na pedagogia do oprimido: o primeiro, em que os oprimidos vão compreendendo o mundo, a realidade objetiva, permeada por estruturas de opressão e, por meio da práxis (reflexão e ação), comprometendo-se com a superação da contradição opressor/oprimido; e o segundo, após a transformação dessa realidade e não havendo mais oprimidos nem opressores, essa pedagogia torna-se “a pedagogia dos homens em processo de permanente libertação” (FREIRE, 2022, p. 57).

A educação, como forma de intervenção no mundo, pode servir não só para reproduzir uma ordem ou uma ideologia, como também para o seu desmascaramento (FREIRE, 2021). Por isso, há que ser superada a concepção bancária, para dar lugar a outra, essencialmente proble-

matizadora e libertadora, consubstanciada no diálogo como fenômeno humano e que abriga ação e reflexão, isto é, a práxis (FREIRE, 2022).

2. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Observar a educação como fenômeno, na perspectiva de I. Mészáros (2008) e de P. Freire (2022), conduz a uma compreensão do seu potencial para a estruturação de uma sociedade, seja para a manutenção da ordem vigente, de dominação pelo opressor (pelo capital, na terminologia de I. Mészáros) por um lado e de sujeição do oprimido por outro, seja para a inversão dessa relação de dominação e consequente construção de uma nova ordem, que respeite a dignidade de todos.

É do senso comum a noção de ascensão individual e ainda de transformação social (numa perspectiva mais coletiva) por intermédio da educação. No entanto, o que queremos propor é uma reflexão (ainda que bastante breve) sobre a relação entre a educação (como fenômeno e como direito) e a dignidade da pessoa humana, notadamente na perspectiva do Estado como garantidor desse direito humano/fundamental.

A dignidade da pessoa humana é assim conceituada por I. Sarlet (2015, p. 70-71):

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

humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Sem abandonar um viés lógico-conceitual kantiano, o conceito proposto por I. Sarlet (2015) explicita uma perspectiva mais relacional, de natureza jurídico-constitucional, uma vez que põe em relevo a interação entre os seres humanos e destes com o Estado. Assim, na ótica do autor, a dignidade da pessoa humana abriga diversos aspectos que se inter-relacionam e passam a integrar tal conceito: a individualidade, a autonomia, o desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação – tudo isso na relação do indivíduo com o Estado e com os demais seres humanos.

No tocante ao livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de um direito geral, segundo I. Sarlet (2015), que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana. No âmbito dessa proposta conceitual, denota-se uma relação umbilical entre dignidade e emancipação dos sujeitos, na medida em que esta é um aspecto daquela, sendo tal emancipação relevante tanto para o indivíduo em si quanto para sua condição de ser em comunhão com as demais pessoas.

Logo, adquire relevância o pensamento de I. Mészáros (2008) e de P. Freire (2022) no âmbito de um contexto de profundas desigualdades na estrutura social e de opressão de uns pelos outros, no sentido de uma pedagogia que possibilite, em última análise, o livre desenvolvimento da personalidade. Isso significa pensar que a educação como fenômeno serve como agente transformador do indivíduo perante as estruturas que o colocam em posição de sujeição, alcançando-lhe instrumentos para a luta pela igualdade material, iniciando pela tomada de consciência em relação à contradição opressor/oprimido (FREIRE, 2022).

Já na sua vertente jurídica, isto é, da educação como direito, antes de tudo é importante sublinhar que I. Sarlet compreende os direitos

fundamentais como explicitações da dignidade da pessoa humana, isto é, cada direito fundamental expressa pelo menos uma projeção ou conteúdo da dignidade (SARLET, 2015). Assim, uma das expressões da dignidade é o direito à educação, ao qual é reservado destacado papel na promoção do livre desenvolvimento da personalidade, conforme se pode depreender das lições de D. Dallari (2004, p. 66-67):

A educação é um processo de aprendizagem e aperfeiçoamento, por meio do qual as pessoas se preparam para a vida. Através da educação obtém-se o desenvolvimento individual da pessoa, que aprende a utilizar de maneira mais conveniente sua inteligência e sua memória. Desse modo, cada ser humano pode receber conhecimentos obtidos por outros seres humanos e trabalhar para a obtenção de novos conhecimentos. Além disso, a educação torna possível a associação da razão com os sentimentos, propiciando o aperfeiçoamento espiritual das pessoas. Por tudo isso fica evidente a importância da educação na vida de todos os seres humanos. A educação torna as pessoas mais preparadas para a vida e também para a convivência. Com efeito, a pessoa mais educada tem maior facilidade para compreender as demais, para aceitar as diferenças que existem de indivíduo para indivíduo e para dar apoio ao desenvolvimento interior e social das outras pessoas. Por isso a educação de cada um interessa a todos.

A educação, portanto, é primordial para o desenvolvimento de cada pessoa, não só no seu aspecto individual, mas também na relação com os demais sujeitos e, ainda, na sociedade como um todo. Da lição de D. Dallari (2004), é pertinente sublinhar essas três dimensões da educação – individual, relacional e coletiva –, todas, no nosso parecer, contribuem para o livre desenvolvimento da personalidade.

Mas, se se afigura tão óbvia a relação da educação como fenômeno com a dignidade da pessoa humana, expressa pelo direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade, como é possível relacionar a educação como direito (ou o direito – humano/fundamental – à edu-

cação) com o valor/princípio da dignidade da pessoa humana? Para O. Berlatto (2014), a relação é muito clara e se expressa desde as principais declarações de direitos humanos, que deixam muito evidente a importância da educação para a vida digna.

Nesse compasso, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, promulgada pela Organização das Nações Unidas (ONU), no artigo 26º, estabelece que a educação é direito de toda pessoa, tendo como objetivo a plena expansão da capacidade humana e o reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais (ONU, 1948). O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), recepcionado pelo direito brasileiro por intermédio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, parece ainda mais claro no sentido de estabelecer uma relação direta entre educação e dignidade, quando determina, no artigo 13, que os Estados-partes “concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1992). F. Comparato (2019) sublinha que os Estados reconhecem como objeto desse direito não apenas a instrução, mas sim a educação do ser humano, consistente na sua formação intelectual, o que sugere – acrescentamos – uma educação muito mais emancipatória, tendo em vista sua convergência com o desenvolvimento da personalidade, como forma de alcançar a dignidade.

Para aprofundar a relação do direito à educação com a dignidade da pessoa humana, é interessante percorrer o texto constitucional para averiguar algumas evidências. Sem entrar em minúcias, o que não seria possível nas breves linhas deste ensaio, apontamos alguns dispositivos na Constituição brasileira de 1988 nos quais podemos vislumbrar esse diálogo entre o direito à educação e a dignidade da pessoa humana – ou melhor, o direito à educação como expressão da dignidade.

A Constituição Federal elege, já no artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (inciso III) (BRASIL,

1988). O direito à educação, conforme dissemos, possui estreita conexão com os fundamentos da República, especialmente com a dignidade da pessoa humana, uma vez que a educação (como fenômeno) possibilita o desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da cidadania, além da construção de uma identidade social. O desenvolvimento de uma sociedade livre, mais justa e solidária se relaciona, portanto, com o amplo acesso à educação, pois este “é o retorno que o indivíduo ‘educado’ formalmente dá para a sociedade, pois passa a ter consciência de sua individualidade, atrelado a forte sentimento de solidariedade social” (SOUSA, 2010, p. 34).

O artigo 6º, por sua vez, anuncia um rol de direitos fundamentais sociais, do qual o direito à educação é o primeiro. Os artigos 205 a 214 são destinados a detalhar esse direito; não obstante, não é todo o conteúdo ali exposto que possui natureza de direito fundamental (KARNOPP, 2021). Na compreensão de I. Sarlet (2018), não há dúvidas sobre a fundamentalidade das normas compreendidas entre os artigos 205 e 208; as demais, no entanto, possuem cunho organizacional e procedimental apenas, ainda que detenham o mesmo *status* das demais normas constitucionais. Em outra oportunidade, já mencionamos o entendimento de I. Sarlet (2018):

[...] os artigos 205 a 208 da Constituição Federal compreendem a parte fundamental do direito social à educação. A norma do artigo 205 reconhece um direito público subjetivo e assume feições de cunho programático, uma vez que impõe tarefas e objetivos ao Estado e, em especial, ao legislador. O artigo 207, por sua vez, se revela como uma garantia institucional, ao assegurar a autonomia universitária, atuando como direito fundamental de natureza defensiva. (KARNOPP, 2021, p. 53-54).

Também o artigo 206 guarda fundamentalidade, por abordar os princípios orientadores do ensino, vinculados ao direito geral de liber-

dade e de igualdade, além de valorização dos profissionais do magistério e questões pertinentes à gestão do ensino.

Em relação ao artigo 208, a Constituição mantém um forte diálogo com os instrumentos de direito internacional sobre educação, em especial o PIDESC (BRASIL, 1992a). Nesse dispositivo, foram instituídos mecanismos e diretrizes para que o Estado satisfaça seu dever com a educação (SARLET, 2018). Especial atenção foi dispensada à educação básica obrigatória e gratuita, dos 4 aos 7 anos de idade, mesmo a quem não tenha tido acesso na idade própria, o que é apresentado como direito público subjetivo (parágrafo 1º) (KARNOPP, 2021, p. 53-54).

A Constituição brasileira estabelece, já no artigo 205, que um dos objetivos da educação é o pleno desenvolvimento da pessoa, ao lado do seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, o que está em consonância com o artigo 1º, que traz a dignidade como fundamento da República. Como direito de todos, torna-se dever de vários atores: Estado, família e sociedade. Não obstante, o texto constitucional, em sua parte não fundamental, encarrega-se, prioritariamente, de opor normas ao Estado, notadamente de caráter organizacional e procedimental, para a efetivação desse direito.

Por fim, é preciso sublinhar o evidente diálogo dos princípios a partir dos quais o ensino deverá ser ministrado com a educação como instrumento para o livre desenvolvimento da personalidade, veiculados pelo artigo 206 da Constituição Federal. Assim, a importância de alguns deles é mais premente, a exemplo da igualdade de condições para o acesso e permanência dos estudantes na escola (inciso I), tendo em vista a implementação de diversificadas políticas para que os estudantes dos mais diversos níveis se mantenham na escola e/ou na universidade; a liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (inciso II) e o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas (inciso III), que asseguram a diversidade de pensamento e a liberdade do exercício da docência e de outras atividades correlatas à educa-

ção, de modo a valorizar o saber científico; a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais (inciso IV), como meio de assegurar o acesso àqueles menos favorecidos do ponto de vista socioeconômico; a garantia do direito à educação e à aprendizagem ao longo da vida (inciso IX), recentemente introduzido no texto constitucional (em 2020), e que visa universalizar o acesso a qualquer nível de ensino, a qualquer momento da vida, o que valoriza, por exemplo, políticas de alfabetização/escolarização de adultos; entre outros.

Assim, podemos concluir que, para que o direito à educação previsto na Constituição brasileira e nos instrumentos de direito internacional se efetive de modo a contribuir para o livre desenvolvimento da personalidade, há que se dar numa perspectiva emancipadora/libertadora, tal como sustentada por I. Mészáros (2008) e P. Freire (2022), para que não opere como reprodutora de uma ordem social opressora, em que o desenvolvimento da personalidade é privilégio para alguns.

CONCLUSÃO

O desafio proposto por I. Mészáros (2008), que se sintetiza numa proposta para uma “educação para além do capital”, conforme já propõe o título de seu texto, pode se resumir a uma reestruturação ampla e concreta do sistema de educação atualmente vigente na sociedade, destinado à reprodução do *status quo* de dominação por uma elite em desfavor das massas. A educação, nesse contexto, teria o papel de pensar meios de subverter as condições objetivas de reprodução da sociedade, bem como de fomentar mudanças substanciais na consciência individual das pessoas, para alcançar uma ordem social diferente. O pensamento de P. Freire (2022) converge na mesma direção, quando sustenta que, pela práxis (reflexão e ação), isto é, pela intervenção no mundo, em que ao mesmo tempo o sujeito reflete e age, é possível, primeiro, conhecer seu lugar na realidade, para, posteriormente, atuar na sua transformação

e criar um novo espaço em que os homens se construam em comunhão, superando, assim, a contradição entre opressores e oprimidos.

O direito humano/fundamental à educação apresenta uma íntima conexão com a dignidade da pessoa humana. Uma boa educação pode proporcionar melhores condições de dignidade, ao alcançar à pessoa uma maior consciência de si e de seu lugar no mundo. O Estado tem a incumbência constitucional de ser um ator de extrema relevância na promoção desse direito, assegurando os meios materiais para que todos possam educar-se.

Nessa linha, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, que decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, só pode ser devidamente exercido a partir de uma educação emancipadora, que permita que cada um possa “dizer a sua palavra” (FREIRE, 2022) e, a partir disso, contribuir na instituição de uma nova ordem em que possa ser superada (ou, ao menos, minimizada) a contradição entre opressores e oprimidos.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Caio Sgarb. Educação em Mészáros. **RTPS - Revista Trabalho, Política e Sociedade**, Nova Iguaçu, v. III, n. 5, p. 163-180, jul.-dez. 2018. Disponível em: <http://costalima.ufrjr.br/index.php/RTPS/issue/view/92/CPT05>. Acesso em: 28 jul. 2022.

BERLATTO, Odir. A garantia constitucional do direito à educação. In: BELLO, Enzo; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; AUGUSTIN, Sérgio. **Direito e marxismo**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014. p. 350-355. *E-book*. Disponível em: <https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/5718/pdf/1?code=KGVg1Fsn9wFx7b0kmMqNBufZQiSij5hGcNFFZtZpYkMMwTixNUHBaJttkf5D4qslm8MnfX1Oam1jp4fu09I33A==>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553607884/pageid/0>. Acesso em: 11 ago. 2022.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. 71. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 81. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.

KARNOPP, Laerte Radtke. **Nem um passo atrás: proibição de retrocesso e direito à educação frente ao Novo Regime Fiscal**. 1. ed. Blumenau: Dom Modesto, 2021.

MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital**. Tradução de Isa Tavares. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris: ONU, 1948. Adotada em 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SADER, Emir. Prefácio. In: MÉSZÁROS, István. **A educação para além do capital**. Tradução de Isa Tavares. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 15-18.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

SOUSA, Eliane Ferreira de. **Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502146655/pageid/0>. Acesso em: 11 ago. 2022.

DIREITO À EDUCAÇÃO E JUSTIÇA CURRICULAR: A DOMINAÇÃO COMO ESTRUTURANTE DE DISCRIMINAÇÕES¹

*Renata Gerhardt de Barcelos
Rodrigo da Silva Vernes-Pinto*

¹ Os autores agradecem à Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) pelo apoio recebido para o desenvolvimento deste trabalho.

INTRODUÇÃO

A consolidação de modelos curriculares hegemônicos e limitantes das realidades dos indivíduos impacta no exercício de direitos humanos fundamentais em sua plenitude. Como consequência, o direito constitucional à educação garantidor de desenvolvimento pleno dos estudantes não é respeitado. Nessa relação entre a construção de currículos sem um escopo de educação ampla e a negativa de deferência ao direito integral à educação atravessa outros princípios jurídicos essenciais. Interpretados sistematicamente, vê-se que há um arcabouço normativo que serve não só como proteção às práticas escolares como também é pauta de uma agenda pedagógica educacional fomentadora da diversidade, de diferentes saberes e do desenvolvimento multidimensional do ser humano.

Nessa toada, a desconsideração da relevância da escola para a justiça social através de práticas pedagógicas imbricadas com a atividade científica, as manifestações artísticas e culturais, todos delineados em uma gama de campos do conhecimento, é negar a concretização do conceito de Educação Integral. Sem contar que a adoção de currículos escolares não propositivos de desenvolvimento pleno e integral humano demonstra-se, além de injusta por si só, não cidadã, não democrática e reprodutora de desigualdades. E esse cenário tem se renovado em ciclos de injustiça curricular por diversas quadras históricas.

Ao mesmo tempo que há um projeto perene curricular hermético e não afeito à formação ampla dos indivíduos, também existe um universo de normas jurídicas que promovem a igualdade e a não discriminação. Essas previsões normativas indicam para a importância de uma justiça curricular que atenda aos pilares democráticos humanizantes com a universalização do acesso à cultura, à literatura, tanto ficcional quanto técnica, científica, além de se alinhar à abertura plena para os conhecimentos teóricos, os esportes e para os instrumentos tecnoló-

gicos. Nesse sentido, é possível se inferir que há uma equação desigual e discriminatória que teima em interferir nas barreiras educacionais que atingem sobremaneira as perspectivas de mobilidade social no contexto escolar brasileiro.

Vale ressaltar que a sociedade é composta por indivíduos e grupos em espaço de lutas entre os detentores do domínio dos poderes de decisões curriculares e os dominados em grupos minoritários política e socioeconomicamente, onde está o Estado como o organizador dos conflitos. Assim sendo, abordagens democraticamente restritas serão limitadoras de justiça social curricular. Ao passo que uma mirada aberta quanto à necessária educação integral e fomentadora das múltiplas dimensões humanas pode impedir o exercício dominante de práticas pedagógicas vetustas.

Em meio a essa realidade conflitante, o Direito, mormente em sua disciplina jurídica da antidiscriminação, serve como meio executivo-normativo das funções estatais que amaina os choques e é propositivo de quadros transformativos de desigualdades e discriminações. Por isso, a leitura jurídica desse fenômeno por lentes antidiscriminatórias e de direitos humanos através da perspectiva e interpretação sob o ponto de vista dos historicamente subordinados serve como medida eficaz para a mudança e emancipação. Nessa interlocução entre os campos educacional e jurídico, são bem-vindos os estudos sociológicos sobre o tema, os quais possuem potencialidade para destrinchar o que está oculto em realidades discriminatórias e fundamentar as ferramentas jurídicas capazes de dar respostas justas e democráticas para o problema referido.

Assentadas essas premissas, a questão basilar para esta investigação é se a inclusão de projetos de Educação Integral fundamentados no desenvolvimento pleno humano é capaz de atender ao direito humano fundamental à educação em uma perspectiva de justiça curricular. Principalmente no que toca à concretização da igualdade e rompendo com

discriminações estruturais. Para responder, o objetivo do trabalho será o de demonstrar a relevância do direito à educação em uma abordagem curricular justa e atenta à educação integral por estudos antidiscriminatórios e sociológicos reflexivos. O método de abordagem utilizado será o dialético, com uma interpretação dinâmica e totalizante da realidade, tendo uma análise estrutural como instrumento metodológico. A técnica de pesquisa adotada será a bibliográfica, baseada no material já elaborado sobre o tema através de livros e artigos científicos.

O artigo é estruturado em três partes: na primeira parte serão abordados alguns conceitos e definições sobre a justiça curricular e o quanto a limitação dos currículos no não atendimento às diversas dimensões do ser humano restringe o direito à educação. Na segunda, serão expostos os impactos desiguais e discriminatórios sobre as camadas sociais vulneráveis, em que indivíduos e grupos identificados como minorias políticas são os que mais sofrem com a injustiça curricular. Ao fim, se buscarão subsídios na sociologia de Pierre Bourdieu, naquilo que o autor define como poder simbólico, dominação e no conceito de Estado, para se propor ferramentas de leituras antidiscriminatórias eficazes.

1. JUSTIÇA CURRICULAR E EDUCAÇÃO INTEGRAL

A Constituição Federal, no seu artigo 205, garante o direito à educação para todos com vistas ao desenvolvimento pleno dos indivíduos. Nesse sentido, necessita-se que o acesso e a permanência nas instituições escolares sejam garantidos, de modo que o processo formativo esteja em consonância com o desenvolvimento das múltiplas dimensões do ser humano.

Nessa perspectiva, a escola, sendo o espaço de desenvolvimento formal das aprendizagens, necessita de práticas pedagógicas que aborem os diferentes saberes, mobilizando diversas habilidades, respeitan-

do os tempos de cada ser. Nesse sentido, é preciso uma proposta de educação ampla, que garanta a exploração da ciência, das artes, da cultura, dos múltiplos campos de conhecimento, o que encontramos no conceito de Educação Integral.

Tal conceito vem ganhando força nos debates educacionais que levam em consideração a importância das escolas para a busca da justiça social. Uma vez que esta proposta educativa possibilita aos estudantes vivências para além das listas de conteúdos, isto é, rompe com o modo arcaico de educação, pois promove uma organização diferente de tempos e espaços, além de oportunizar vivências de trabalhos coletivos que se conectam com a vida, experiências significativas no campo dos esportes, das tecnologias, da ecologia, da saúde, entre outras, respeitando as singularidades humanas e ampliando horizontes.

Uma proposta pedagógica na perspectiva da Educação Integral pressupõe a ampliação do currículo formal. Para Cavaliere (2014, p. 1214), a educação integral “trata o indivíduo como um ser complexo e indivisível; no âmbito escolar se expressa por meio de um currículo, também integrado...” que busca promover a formação ampla dos indivíduos.

Considerando a relevância que os currículos escolares possuem nas definições dos rumos da educação e os seus impactos diretos nas práticas escolares, se faz necessária a reflexão sobre o currículo almejado para uma sociedade mais democrática e mais justa. Entende-se que a busca pela superação das desigualdades e o respeito às diversidades devem ser um princípio resguardado nas propostas curriculares. Nessa perspectiva, Elvira Lima (2007, p. 18) reflete sobre o currículo e a formação humana:

Um currículo que se pretende democrático deve visar à humanização de todos e ser desenhado a partir do que não está acessível às pessoas. Por exemplo, no caso brasileiro, é clara a exclusão

do acesso a bens culturais mais básicos como a literatura, os livros, os livros técnicos, atualização científica, os conhecimentos teóricos, a produção artística. Além disso, existe a exclusão do acesso aos equipamentos tais como o computador, aos instrumentos básicos das ciências (como da biologia, física e química), aos instrumentos e materiais das artes. É função da escola prover e facilitar este acesso.

Nesse sentido, é preciso que os sistemas de ensino ressignifiquem seus currículos à luz do conceito de Educação Integral, com o objetivo de favorecer a cidadania, a democracia e, assim, possibilitar condições mais dignas de convivência social.

Sendo os currículos escolares territórios de disputas (ARROYO, 2011), o conceito de justiça curricular entra em cena a partir de 2012, com os estudos de Jurjo Torres Santomé (2013) para refletir e analisar as escolhas das políticas educacionais que passaram a ter um enfoque apenas no desenvolvimento de competências, com vistas às avaliações externas, o que está diretamente articulado aos interesses econômicos.

Para além do ensinar uma lista de conteúdos, que possuem como objetivo avaliar para hierarquizar os estudantes, é função da escola oportunizar condições para o pleno desenvolvimento da pessoa, com vistas à justiça social. Compreendendo que “a escola é ao mesmo tempo reprodutora de desigualdades e mediadora de possibilidades para superação delas” (PONCE; ARAÚJO 2019, p. 1049), os currículos escolares devem visar à democratização de direitos. Para que isso seja possível, necessita-se de uma escola de formação humana integral, onde a ciência, a arte e as diferentes formas de relações façam parte dos currículos escolares.

O conceito de justiça social abarca uma concepção de currículo que se preocupa com os direitos humanos, com as construções coletivas e com as experiências dos territórios. E estabelece três dimensões para a sua organização:

São elas: a dimensão do conhecimento, compreendida como uma estratégia de produção da existência digna, que norteará a seleção dos conteúdos do currículo; a da convivência escolar democrática e solidária, que admite os conflitos e as divergências, para que se consolidem valores humanitários e se crie uma cultura de debate e respeito ao outro; e a do cuidado com todos os sujeitos do currículo para que se viabilize o acesso ao pleno direito à educação de qualidade social, o que envolve a afirmação de direitos, que inclui desde as boas políticas públicas de formação e de contratação de professores que os dignifiquem até os cuidados das redes de proteção aos mais vulneráveis, passando por boas condições nos espaços e boa utilização dos tempos escolares (PONCE; ARAÚJO, 2019, p. 1056).

Dessa forma, pensar os currículos a partir da justiça curricular é disputar com o currículo hegemônico que vem se perpetuando nas últimas décadas. Para tanto, é preciso compreender que vivemos em uma sociedade desigual e que as práticas escolares podem desenvolver as mais variadas competências, com respeito às diversidades, preocupada com as vivências em sociedade, com a dignidade de cada indivíduo e em busca da democracia.

Desse modo, a justiça curricular pressupõe uma educação integral, pois exige um currículo com ampla base formativa, valorizando as diferentes áreas e que tenha o compromisso de “superar as várias desigualdades mantendo a valorização das diferenças; que promova um pensar crítico sobre o mundo; que valorize os diversos saberes das diferentes culturas; que se comprometa com um mundo inclusivo, justo e democrático” (PONCE; LEITE, 2019, p. 795).

Considerando que “o avanço da escolaridade está diretamente ligado às condições de vida da população e à execução de políticas públicas que garantam condições de acesso e permanência na escola” (MOLL, 2017, p. 66), é evidenciada a necessidade de ampliar esses debates, visto que a sociedade está imersa em uma crise política e sanitária.

ria que colaborou para o aumento da vulnerabilidade social, o que impacta diretamente as relações escolares de permanência dos estudantes. Desse modo, a escola precisa ser o espaço de articulação e mobilização de debates sobre esses temas, em especial sobre a construção de currículos escolares voltados para a busca de uma educação emancipatória e atenta aos direitos humanos fundamentais, à igualdade e à não discriminação.

2. DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO, IGUALDADE E ANTIDISCRIMINAÇÃO

A abordagem do tema justiça curricular é conectada ao direito à educação. Ao se problematizar sobre a construção curricular que atenda a uma perspectiva integral na educação e ciência, vislumbra-se que o direito à educação deve se pautar no desenvolvimento humano pleno, o que não comporta desigualdades e discriminações. E falar em um direito humano à educação é integrá-lo ao necessário respeito à dignidade humana, sendo ele multifacetado, seja em suas manifestações sociais, culturais ou econômicas. Especialmente como direito social para a sua concretização, o objetivo é o de promover “o pleno desenvolvimento da personalidade humana” (CLAUDE, 2005, p. 37).

A educação como um valor é prevista normativamente na Declaração Universal de Direitos Humanos em seu art. 26. Nela, o direito à educação é garantido à toda e qualquer pessoa e visando “à plena expansão da personalidade humana” (ONU, 1948). A partir desse ponto de vista do sistema universal de proteção de direitos humanos, é preciso ter em conta a sua interpretação sistemática com os demais artigos da Declaração, como a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais (art. 22) e o próprio dever individual de cada um inserido na comunidade, o qual não pode ser exercido sem o desenvolvimento pleno de sua personalidade (art. 29). Nesse sentido, a primeira inferência a ser

feita é a de que “o direito à educação é um direito social, um bem social e uma responsabilidade da sociedade como um todo” (CLAUDE, 2005, p. 40). Como consequência, é possível uma visão do direito humano à educação de modo inter-relacional com os demais direitos humanos. Isso significa que muitas de suas concretizações ocorrem de modo reflexo de um direito humano em si a impactar nos demais. Assim, o desenvolvimento pleno da personalidade é eixo importante de realização de direitos humanos a partir do direito à educação, inclusive através do ensejo às potencialidades científicas.

E dentro do quadro normativo internacional de direitos humanos, desde a elaboração do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDESC (BRASIL, 1992) em 1966, também há o reconhecimento do direito à educação visando ao pleno desenvolvimento da personalidade humana em atenção à dignidade e tendo como mote o respeito aos direitos humanos. Mais especificamente no que se refere às discriminações, na Convenção internacional sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (BRASIL, 1969), em seu artigo 7º, há a menção ao compromisso dos Estados Partes nos campos do ensino e da educação a proporem medidas para o combate aos preconceitos e discriminação. Nisso inclui os conteúdos curriculares e o treinamento dos profissionais da educação como política pública antidiscriminatória (MAIA, p. 95). Nesse contexto, a inclusão curricular do ensino da história e cultura afro-brasileira e indígena no art. 26-A da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (BRASIL, 1996) é um exemplo.

É relevante apontar que os diplomas internacionais citados fazem parte do chamado “bloco de constitucionalidade” brasileiro, isto é, pela sistemática prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, foram recepcionadas pela sistemática do pacto constitucional, pois “os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção de direitos humanos apresentam valor de norma constitucional” (PIOVESAN, 2011, p. 111). Nesse sentido, também se defende a primazia da norma mais

favorável às eventuais vítimas de violações de direitos humanos em casos de conflitos entre normas de direito internacional e direito interno. Conforme Flávia Piovesan (2008, p. 20-33), “adota-se o critério da norma mais favorável à vítima. Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor protege, em cada caso, os direitos da pessoa humana”, decisão que caberá aos tribunais assegurarem.

Sobre o tema, pode-se esclarecer que há tratados aprovados em quórum específico de três quintos dos votos dos membros do Senado e Câmara de Deputados no Congresso Nacional, conforme a Emenda Constitucional nº 45/2004, que são considerados como equivalentes à Emenda Constitucional. Para os tratados, como os citados acima e aprovados antes da Emenda em 2004, eles seriam entendidos como de natureza infraconstitucional com status normativo supralegal (MENDES, 2011, p. 148).

No entanto, sejam considerados como normas supralegais ou com status constitucional, a força normativa do direito humano à educação e os princípios que o acompanham são evidentes. Ao lado, a previsão normativa como direito fundamental constitucional no art. 205 e seguintes da Constituição Federal (BRASIL, 1988) também representa o quilate da educação para o exercício da cidadania. O que demonstra que a proposta curricular baseada no pleno desenvolvimento humano de modo igualitário e não discriminatório é pauta que deve permear todo o processo de ensino científico. Isso indica para a entrega de um serviço público educacional de máxima efetividade e atenção às potencialidades dos indivíduos e grupos em estágios de formação. A adoção de práticas pedagógicas educacionais e científicas que atendam à expectativa normativa é democratizante e rompe com ciclos de discriminações experimentados por grupos historicamente vulneráveis.

Nessa linha, toda e qualquer manutenção de manifestações discriminatórias em detrimento ao direito humano fundamental à educação, sem a perspectiva de educação integral e de justiça curricular, vai

de encontro com a agenda ODS (objetivos de desenvolvimento sustentável) da ONU (ONU, 2015). Dentre os fins colimados, podem ser considerados de modo intersectados os objetivos 4 e 10, os quais preveem a elaboração de projetos educacionais de qualidade com a redução de desigualdades.

E nessa ideia disruptiva de desigualdades, além do conjunto normativo, o desenvolvimento de processos educacionais robustos é capaz de impactar nas estruturas sociais em perspectivas individuais ou coletivas, a permitir uma cultura de direitos humanos na sociedade (CANDAUA, 2012, p. 717). Uma das possíveis compreensões é a da valorização das diferenças em políticas de reconhecimento (CANDAUA, 2012, p. 719). De tal forma, a adoção de pauta curricular diversa e atenta às diferenças é postura democrática e insurgente advinda de saberes subalternizados e contra-hegemônicos (MISKOLCI, 2014, p. 1-3), em que a justiça curricular atenda à perspectiva dos oprimidos ao longo do tempo. Se há um déficit no desenvolvimento de política pública educacional quanto aos currículos escolares de modo integral e em atendimento ao pleno desenvolvimento da personalidade humana para os vindos da periferia, fica evidente a reprodução de desigualdades sobre uma específica camada populacional. Via de regra, os que experimentam isso são os pobres e negros, cujos marcadores sociais intersectados estão perenemente identificados na exclusão e restrição de direitos, subsumidos ao exercício de poder e dominação simbólicos.

E o fim pela igualdade atravessa quadras históricas pelo combate da discriminação, pelas lutas por políticas de identidade e na consolidação normativa de direitos humanos. Em diversas épocas, o assujeitamento e a desumanização dominaram as estruturas sociais em diferentes contextos e o campo educacional e sua projeção curricular fizeram e fazem parte disso. Por exemplo, em sociedades colonizadas, essas práticas ainda dominam corpos de indivíduos e grupos subalternos, em que o Direito tenta administrar essas relações complexas (MBEMBE,

2020). Por isso, a não atenção às políticas públicas pelo pleno desenvolvimento da personalidade humana em currículos escolares dotados de uma perspectiva de educação integral denota diferenciação injusta ao que é acessado por uma branquitude hegemônica e de maior poder aquisitivo. E a tensão aqui exposta não se cerra somente nos dilemas da diferença ou no binarismo entre diferenças e universalismo, inclui o debate entre os ideais de igualdade e de liberdade em relação aos oprimidos, a privação da condição humana e o reassumir da humanidade (ROUANET, 2007), o que problematiza um diálogo com a cláusula da igualdade.

O que se discute não é a negação do universalismo liberal e, sim, a maior efetividade de seus postulados em atendimento aos diferentes modos de vida, culturas, diversas identidades e grupos. No centro dos conflitos pelo tratamento igualitário e, no caso deste estudo, por uma justiça curricular, são necessárias pontes de solidariedade e de unificação entre grupos identitários com vistas a direitos humanos universais (APPIAH, 2005), com impactos para uma via transformativa de alcance concreto da igualdade. Para isso, uma construção curricular aberta ao diverso, às diferenças e com um olhar sobre variadas culturas, saberes e visões de mundo (SILVA, 2018, p. 9) mostra-se alinhado à justiça curricular. Como consequência, na disciplina jurídica da antidiscriminação se propõe uma guinada na perspectiva de interpretação normativa sobre esse tema, em atenção ao experimentado por esses grupos vulneráveis.

2.1 Perspectiva antissubordinadora

As injustiças curriculares alinhadas a contextos de desigualdades e discriminações representam uma barreira ao acesso educacional científico universal e ao pleno desenvolvimento humano. O não respeito ao previsto em normas de direitos humanos fundamentais chamam a atenção para a preocupação jurídica sobre o tema. As restrições e exclusões

de direitos, como o direito à educação de modo transversalmente ocasionado por uma injustiça curricular, podem gerar discriminações. Em sua disciplina especializada, no trato de fatos sociais discriminatórios, o direito da antidiscriminação elabora específicas categorias jurídicas para a propositura de medidas antidiscriminatórias.

Por exemplo, ao direcionar a proibição de discriminações sobre determinados indivíduos e grupos, desenvolveram-se técnicas como os critérios proibidos de discriminação para aqueles grupos vulneráveis. Além disso, no conceito de discriminação, são considerados os propósitos com o fim explícito de discriminar (modalidade direta), assim como os seus efeitos de diferenciação injusta e com aparência de neutralidade dos atos discriminatórios (modalidade indireta) (RIOS, 2008). Para uma abordagem substancial dos princípios da igualdade e da não discriminação, há no direito da antidiscriminação a consolidação da perspectiva da antissubordinação. Dela, a atenção é voltada para as práticas que geram e estruturam permanentemente situações discriminatórias de indivíduos e grupos em subordinação. Falar em antissubordinação é atacar e desconstruir padrões discriminatórios com base no ponto de vista do oprimido/subordinado (FISS, 1994, p. 416-417).

E isso quer dizer que os caminhos por uma hermenêutica do ponto de vista do oprimido desaguam na interpretação e aplicação do princípio da igualdade baseados na antissubordinação, na qual se levam em conta a condição e o status daqueles que são oprimidos e subordinados (MOREIRA, 2020, p. 298-299). Para uma leitura estrutural das implicações de uma injustiça curricular no âmbito antidiscriminatório, a perspectiva antissubordinadora permite aprofundamentos importantes. No caso de uma mera análise comparativa entre os que têm acesso a uma agenda curricular integral e plena de desenvolvimento e os que assim não são contemplados, a restrição ao direito humano à educação já pode ser evidenciada. No entanto, essa compreensão não é tão simples, já que estruturas discriminatórias que atravessam quadras históricas po-

dem invisibilizar essa dinâmica excludente em espaços estruturados de desigualdades. Nesses campos sociais de subordinações, a demanda é por transformações antidiscriminatórias de desvantagens que açodam indivíduos e grupos (RIOS, 2008; SIEGEL, 2004).

A adoção de uma perspectiva antissubordinadora tem como fim coibir tratamentos perpetuadores de situações de discriminação e renovadores de assimetrias (RIOS, 2008), de modo a considerar concretamente as diferenças entre indivíduos e grupos. O que atende a uma das características do direito da antidiscriminação, articulada com um princípio da igualdade de conteúdo e dinâmico, em consideração aos contextos sociais e históricos, superando a ideia de uma isonomia estática e neutra diante de injustiças. Logo, o antissubordinar vai além do diagnóstico discriminatório, permitindo uma pauta antidiscriminatória transformadora de realidades estruturantes e estruturadas no campo social em reflexo nos campos educacional e jurídico.

As discriminações advindas da injustiça curricular refletem no âmbito de proteção contra a não discriminação, isto é, nos diversos campos sociais, como nas relações da vida privada, de propriedade, da família, até as relações laborais, previdência social e acesso a bens e serviços públicos (BORRILLO, 2013). Isso porque a discriminação atua exatamente no espaço social e demanda uma análise conjunta dos elementos do tratamento desfavorável e da violação de algum ou alguns critérios proibidos em um âmbito de proteção. Em decorrência disso, não incluir no debate democrático a justiça curricular e não tratar das diferenciações educacionais, de ensino e de desenvolvimento científico sobre grupos vulneráveis mantêm privilégios, hierarquiza, impõe estereótipos, em uma dinâmica conformadora de estruturas de subordinação.

Nesse sentido, uma abordagem curricular limitada na oferta de um desenvolvimento integral e humano pleno, sem a sua inclusão em políticas públicas estatais, as quais sabidamente têm como um dos prin-

cipais público-alvo a população periférica formada por negros e pobres, portadores de deficiências ou demais vulnerabilidades, não se mostra capaz de atender ao princípio da igualdade. Isso porque a valorização normativa baseada em uma mera análise em pares de comparação e binária, como entre brancos-negros (abstrata e universalista), descontextualizada, não se sustenta como análise concreta da questão antidiscriminatória relacionada com estruturas sociais estruturadas. De modo que é necessário o seu enfrentamento com maior amplitude.

3. PODER SIMBÓLICO, DOMINAÇÃO E REPRODUÇÃO DE DESIGUALDADES

A negativa de uma proposta de justiça curricular que enfrente desigualdades reproduzidas nos campos sociais, educacionais e jurídicos tende a representar uma forma de exercício de poder e dominação social vindas de uma perspectiva curricular hegemônica. Nessa esteira, o desvelar e a apreensão do oculto de zonas de poder, no dizer normativamente sobre quais matrizes curriculares devem ser formalizadas, podem trazer à tona contextos estruturados de subordinação.

Justamente esse poder e seus modos simbólicos como a linguagem, a cultura, suas epistemes, em que se constroem realidades estruturantes e estruturadas que demandam investigação. São denominados sistemas simbólicos vistos pelo método estrutural, os quais exercem “um poder estruturante porque são estruturados e que atribuem sentido ao mundo” (BOURDIEU, 1989, p. 9). Ou seja, há poderes materiais e poderes simbólicos acumulados e que ativam uma cultura dominante legitimadora de suas ações (BOURDIEU, 1989, p. 10-11) e diferenciações, tanto no seu sentido político, quanto em campos reflexos como na educação e no Direito. No alinhamento entre os dominantes de determinados campos sociais que podem ser encontrados pontos de exercício dessa dominação a gerar discriminações. E campos sociais são defini-

dos como espaços ocupados por posições sociais em lutas por interesses, poder e dominação (BOURDIEU, 2021, p. 317).

Através desse chamado poder simbólico, segundo Bourdieu, há um espaço social de lutas também simbólicas, onde as classes dominantes buscam “impor a legitimidade da sua dominação quer por meio da própria produção simbólica, quer por meio dos ideólogos conservadores” (BOURDIEU, 1989, p. 12). Como se vê, o diálogo entre campos educacional e jurídico sob um macrocampo social é permeado por lutas de poder e dominação, em que os projetos curriculares mais inclusivos, diversos, igualitários e não discriminatórios podem ou não ser adotados. Quanto mais elástico for o processo de dominação e administrado por uma esfera pública estatal não democrática, o efeito discriminatório sobre os dominados será mais evidente na manutenção em padrões de desigualdades.

A previsão normativa de matrizes de ensino, educação e ciência diz respeito não só à formação de uma massa populacional sob a gestão do Estado e sua administração pública. Também é parte da pauta, agenda e projeto educacional que gerará conhecimento em uma rede de relações, cujas consequências atingem novas epistemologias e retratam as vivências de uma sociedade. Além disso, estão presentes as vias de ensino a serem pavimentadas, pois a construção de currículos descolados da realidade de seu povo e marcada por uma lógica desumanizante e desigual não representa avanço democrático e justo na esfera educacional. Com efeito, a indicação dos conteúdos pedagógicos inclusivos, representativos de indivíduos e grupos minoritários, culturalmente diversos (SILVA, 2018, p. 11) é escopo essencial para uma justiça curricular. Assim como o tratamento curricular em pé de igualdade com outras esferas educacionais no subcampo social de ensino no sentido economicamente hegemônico, como o desenvolvido na iniciativa privada, tem força antidiscriminatória, mormente através de uma perspectiva de educação integral.

Nesse contexto, o diagnóstico do exercício do poder de uma classe dominante no campo educacional a refletir no campo jurídico, na conformação de um arcabouço normativo sobre o tema, passa pelo arbitrário pedagógico. Isso porque a atividade pedagógica, em uma constatação sociológica, é tida como imposta por “um poder arbitrário, de um arbitrário cultural” (BOURDIEU, 1992, p. 20). Nesse sentido, para Pierre Bourdieu, há um sistema composto por agentes na educação estatal institucionalizada na formação social em um campo de relações de força e sentidos entre indivíduos e grupos. Dessa dinâmica de ação pedagógica ocorrerá a reprodução de determinada cultura e sistema de ensino dominante (BOURDIEU, 1992, p. 20-21), o que pode manter e protraír cenários discriminatórios pelo tempo.

Uma abordagem curricular lastreada no direito humano fundamental à educação em uma perspectiva inclusiva e diversa, sem as amarras à lógica do resultado por si só e com vistas ao desenvolvimento humano pleno tende a romper com o arbitrário dominante. A aplicação normativa requer a valorização de uma cultura de direitos humanos e de uma agenda de educação integral com a adoção de espaços de ensino e ciência a permitir o exercício das potencialidades dos estudantes de todas as classes sociais e econômicas. Como corolário, o texto constitucional é concretizado e aqueles que sofrem com a chaga da discriminação e de toda sorte de estruturas de subordinação renovadas sistematicamente, veem como possível a efetiva mudança de realidades desiguais perenes através de um programa de justiça curricular.

Esse rompimento tem como fim impactar na própria dinâmica do sistema educacional composto por engrenagens de transmissão intergeracional de cultura herdada, cujas relações e interesses dispostos no campo social acabam por se reproduzir socialmente pelo arbitrário pedagógico (BOURDIEU, 1992, p. 25). O capital cultural herdado tende a reproduzir as estruturas sociais das relações de força entre as classes (BOURDIEU, 1992, p. 25). Os conceitos bourdieusianos

contribuem para a compreensão dos contextos sociais discriminatórios herdados por uma formação histórica excludente. Grupos minoritários experimentam restrições na representação e na inclusão de suas diferenças no sistema de ensino, o que redundará na não presença na abordagem dos diversos matizes culturais. Assim sendo, a abordagem de identidades étnico-raciais, das pessoas com deficiência, de uma atenção às diferenças de gênero, torna-se deficitária. A injustiça curricular também é manifestada na limitada construção curricular quanto às potencialidades científicas e de busca no desenvolvimento humano pleno. Em comparação com outros grupos de maiores capitais econômico e cultural, verifica-se a hegemonia se reproduzindo e se consolidando em estruturas sociais de subordinação também acionadas pelo arbitrário pedagógico.

Justiça curricular e a proposta antidiscriminatória caminham juntas. Para a transformação de estruturas sociais arbitradas que reproduzem o domínio dos detentores do capital cultural (e demais capitais) e os seus interesses, as matrizes pedagógicas e de ensino não podem ser desiguais. A inclusão do diferente é um mote a ser seguido como sinal de reforma ou subversão por uma lógica humanizadora de todos os indivíduos e grupos. Assim, não cabe mais uma abordagem curricular que atenda somente ao padrão masculino, heterossexual, católico/protestante e de uma branquitude. Os diferentes marcadores sociais necessitam de voz e visibilidade. Da mesma forma que o acesso educacional de qualidade de ensino e ciência tem que criar condições universais concretas e não meramente formais. Com isso, se viabiliza a redução do fosso de desigualdades que aparta os grupos minoritários daqueles que possuem maior capital econômico e detêm condições de ensino e oferta curricular com amplas ferramentas para um desenvolvimento pleno humano. Do contrário, não se assegurará educação inclusiva de qualidade com a redução das desigualdades, conforme a agenda 2030 (ONU, 2015) e demais normas de direitos humanos fundamentais.

Nesse sentido, há uma correlação entre discriminação e dominação, e medidas antidiscriminatórias confrontam as dominações injustas eventualmente exercidas pelos dominantes na sociedade. Na dogmática jurídica, no que toca às normas jurídicas constitucionais e documentos internacionais proibitivos de discriminação, Roger Raupp Rios elabora o conceito jurídico constitucional de discriminação como:

Qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, social, cultural ou em qualquer campo da vida pública”(RIOS, 2020, p. 20).

A partir do conceito jurídico é possível se inferir que existem os campos nos quais as discriminações se concretizam. Em tais campos, há o direcionamento normativo para os casos em que se dá a persistência da discriminação em Instituições inseridas nos campos, como a Escola no campo educacional e seus projetos pedagógicos de ensino e ciência. Nos casos de injustiça curricular, em que eventualmente se constatarem padrões de desvantagens e desigualdades sociais, a manutenção de tal quadro ocasionado por estruturas discriminatórias que se repetem pode explicar o fenômeno. Isso se insere em uma teoria social abrangente sobre a dominação, onde se toma a estrutura como decorrente do funcionamento da sociedade a estruturar estruturas estruturantes.

Assim sendo, a política pública de ensino, a proposta curricular e a disciplina antidiscriminatória necessitam trilhar caminhos contíguos. Considerando que o Estado atua na construção do mundo social de modo a administrar as lutas no campo do poder e no campo administrativo (BOURDIEU, 2012, p. 33), o campo social constituído precisa de pautas democráticas. Tendo em vista que as políticas públicas estatais organizam as relações e posições sociais do campo social, na administração dos conflitos, lutas por poder e dominação (BOURDIEU, 2012, p. 35),

a adoção de uma agenda de justiça curricular constri os exercícios de dominação excludentes, a impedir discriminações.

Para o direito da antidiscriminação, ao se deparar com cenários de desvantagens de indivíduos e grupos em diversos campos, como no campo da educação institucionalizada, o Estado como organizador desse processo de lutas de interesse e por poder, conforme descrito por Pierre Bourdieu, tem o dever de coibir estruturas discriminatórias. Para isso, afastar determinadas agruras da dominação social em seu conjunto de desvantagens sociais é uma das pautas para a concretização da igualdade pela sua universalização em currículos escolares justos, diversos, inclusivos e alinhados ao desenvolvimento humano pleno.

Nessa linha, o “Estado é essa Instituição quem tem o poder extraordinário de produzir o mundo social ordenado sem necessariamente dar ordens, sem exercer coerção permanente” (BOURDIEU, 2012, p. 309). O debruçar-se sobre a promoção de políticas públicas inclusivas e travar o combate às estruturas de subordinação em atenção aos variados grupos vulneráveis é um pilar importante para a justiça curricular. E o diálogo entre esse instituto com as categorias jurídicas da antidiscriminação e a leitura sociológica da dominação proposta por Bourdieu representa uma compreensão relevante para a consolidação do direito humano fundamental à educação.

CONCLUSÃO

Ao final do estudo, foi possível relacionar todas as potencialidades educacionais e científicas pela adoção da justiça curricular com a concretização do direito humano à educação em uma perspectiva integral. O problematizado revelou-se como elemento restritivo ao desenvolvimento pleno humano na arena democrática do campo social e seus acoplamentos estruturais e estruturantes dos campos educacional e jurídico. A regular política pública de educação, atrelada a modelos cur-

riculares fechados às necessidades e às diversas dimensões do ser humano, representa isso. Para tanto, foram demonstradas, de forma não exaustiva, algumas das dificuldades relacionadas à injustiça curricular e o descumprimento de normas constitucionais que preveem a ampla educação com a oferta de matrizes curriculares democráticas e cidadãs.

Foi visto que há um cenário político e social de profunda tensão, onde as posições ocupadas por dominantes tendem a reproduzir desigualdades e impedir a consolidação de currículos justos e fomentadores da igualdade. Os grupos políticos minoritários padecem em situações históricas de vulnerabilidade social considerando o tratamento díspar com relação àqueles que detêm o poder político-econômico hegemônico.

Nessa senda, o fortalecimento da interpretação jurídico-constitucional pela perspectiva hermenêutica dos oprimidos, definida como antissubordinadora, demonstra-se como instrumento analítico e metodológico antidiscriminatório eficaz. Além disso, o desvelar das estruturas discriminatórias que mantêm ciclos de desigualdades também é um caminho para o afastamento de diferenciações injustas e impeditivo de tratamentos desfavoráveis. Como consequência, é possível se afirmar que o conceito jurídico de discriminação e a compreensão sociológica do conceito de Estado são potentes para o alinhamento de medidas antidiscriminatórias transformativas. E, para tanto, esse desestruturar de subordinações atende à justiça curricular e à educação plena e integral naquilo que é previsto em tratados, em convenções de direitos humanos e nos direitos constitucionais fundamentais contidos em normas jurídicas que promovem a igualdade e a não discriminação.

REFERÊNCIAS

APPIAH, Anthony. **The ethics of identity**. New Jersey: Princeton University Press, 2005.

ARROYO, Miguel G. **Currículo, território em disputa**. Petrópolis, RJ. Vozes, 2011.

BORRILLO, Daniel. Elementos para una teoría general de la igualdad y la no-discriminación a partir de la experiencia del derecho europeo. **Revista de la Facultad de Derecho PUCP**, n. 71, p. 543-556, 2013.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Lisboa: Difel, 1989.

BOURDIEU, Pierre. **A reprodução**: Elementos para uma teoria do sistema de ensino. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1992.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado - Cursos no Collège de France (1989-92)**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **Sociologia Geral Vol. 2: Habitus e Campo**: Curso no Collège de France (1982-1983). Petrópolis, RJ: Vozes, 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 591, de 6 de julho de 1992**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm. Acesso em: 16 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 ago. 2022.

CANDAU, Vera Maria Ferrão. Direito à educação, diversidade e educação em direitos humanos. **Educ. Soc.**, Campinas, v. 33, n. 120, p. 715-726, jul.-set. 2012.

CAVALIERE, A. M. Escola Pública de tempo integral no Brasil: filantropia ou política de estado? **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 35, n. 129, p. 1205-1222, out.-dez., 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v35n129/0101-7330-es-35-129-01205.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2022.

CLAUDE, Richard Pierre. Direito à educação e educação para os direitos humanos. **Sur. Revista Internacional de Direitos Humanos [online]**, v. 2, n. 2, p. 36-63, 2005. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000100003>. Epub 23 Set 2008. ISSN 1983-3342. <https://doi.org/10.1590/S1806-64452005000100003>. Acesso em: 15 ago. 2022.

FISS, Owen. What is feminism? **Arizona State Law Journal**, n. 26, p. 413-428, 1994. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2308&context=ss_papers. Acesso em: 19 ago. 2022.

LIMA, E. S. **Indagações sobre currículo**: currículo e desenvolvimento humano. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Básica, 2007. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/Ensfund/indag1.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2022.

MAIA, Luciano Mariz. Educação em direitos humanos e tratados internacionais de direitos humanos. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et al.* **Educação em Direitos Humanos**: Fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 85-101.

MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade**. São Paulo: N1 Edições, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MISKOLCI, Richard. Um saber insurgente ao sul do Equador. **Revista Periodicus**, Salvador, v. 1, n. 1, p. 1-25, maio/out. 2014.

MOLL, Jaqueline. Reformar para retardar: a lógica da mudança no EM. **Revista Retratos da Escola**, Brasília, v. 11, n. 20, p. 61-74, jan./jun. 2017.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por> Acesso em: 15 ago. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**, 2015. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf> Acesso em: 22 ago. 2022.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. EOS. **Revista da Faculdade de Direito Dom Bosco**, Curitiba, n. 1, jan./jun. 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Tratados Internacionais de Proteção dos direitos Humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/piovesantratados.pdf> Acesso em: 18 ago. 2022.

PONCE, B.J.; ARAÚJO, W. B. A justiça curricular em tempos de implementação da BNCC e de desprezo pelo PNE (2014-2024). **Revista e-Curriculum**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 1045-1074, set. 2019. DOI: <https://doi.org/10.23925/1809-3876.2019v17i3p1045-1074>.

PONCE, Branca Jurema; LEITE, Carlinda. Em busca da justiça curricular: as possibilidades do currículo escolar na construção da justiça social. **Revista e-Curriculum**, São Paulo, v.17, n.3, p. 794-803, jul./set.2019. DOI: <https://doi.org/10.23925/1809-3876.2019v17i3p794-803>.

RIOS, Roger Raupp. **Direito da Antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

ROUANET, Sérgio Paulo. Dilemas da moral iluminista. In: **Ética/Organização Adauto Novaes**. São Paulo: Companhias das Letras, 2007. p. 207-225.

SANTOMÉ, Jurjo Torres. **Currículo escolar e justiça social**: o cavalo de Tróia da educação. Porto Alegre: Penso, 2013.

SIEGEL, R.B. Equality Talk: Antisubordination and anticlassification values in constitutional struggles over **Brown**. **Harv. L. Rev.** 14702003-2004, content downloaded/printed from HeinOnline (<http://heinonline.org>) Wed Apr 3 16:27:55 2013.

SILVA, Roberto Rafael dias da. Revisitando a noção de justiça curricular: problematizações ao processo de seleção dos conhecimentos escolares. **Educação em Revista**, Belo Horizonte, n. 34, e168824, 2018. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/322564352_REVISITANDO_A_NOCAO_DE_JUSTICA_CURRICULAR_PROBLEMATIZACOES_AO_PROCESSO_DE_SELECAO_DOS_CONHECIMENTOS_ESCOLARES. Acesso em: 22 ago. 2022.

A CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE SUBVERTIDA: ANÁLISE DOS FUNDAMENTOS POLÍTICO- JURÍDICOS DA REFORMA NEOLIBERAL NA PEC DA “MORTE”¹

Lucas Machado Faundes
Ana Karina Licodiedoff Baethgen

¹ Trabalho realizado no âmbito do Grupo de Pesquisa “Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano – Linha Constitucionalismo Crítico”, <http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/177603> com apoio da Diretoria de Pesquisa e Pós-graduação da Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc.

INTRODUÇÃO

Nas linhas abaixo se pretende refletir por meio do método dedutivo acerca dos processos desconstituintes no Constitucionalismo Transformador (BERCOVICI, 2004a) ou dirigente. Procedendo ao estudo bibliográfico e documental, esta pesquisa visualiza as mudanças constitucionais neoliberais por meio de reformas na estrutura social da Constituição Federal brasileira de 1988.

A questão detonadora da crítica constitucional é a problemática da ruptura do pacto constituinte originário e estruturante do Estado social brasileiro por meio de Proposta de Emenda à Constituição com fundamento econômico político de matriz neoliberal, fundamento este sustentado por uma maioria ocasional propulsora da tendência neoliberal.

Considerando o cenário acima, encontra-se fortemente vigente na cultura jurídica nacional a crença na garantia da normatividade constitucional que se expressa através da ilusão de que o texto estruturante da Constituição dirigente serviria à normatização da realidade sociopolítica e à realização da Constituição por meio de políticas públicas.

Logo, a realidade concreta da prática legislativa constitucional reformadora distorce a normatividade constitucional dirigente ao sabor das maiorias políticas neoliberais no Congresso Nacional. Isso se dá quando, conformadas em maiorias parlamentares, desarticulam e desarmam o potencial da normatividade dirigente e transformadora do texto constitucional de 1988 por meio de propostas de emendas constitucionais - PECs.

O objetivo geral do trabalho consiste na análise, a partir das teorias críticas do constitucionalismo, das tendências neoliberais vigentes na realidade socioeconômica latino-americana, sobretudo a brasileira. A ideia é observar como opera a tendência neoliberal na realidade concreta da aplicação do texto constitucional.

Para isso, o texto será dividido em três partes: (a) estudo do marco teórico-crítico do constitucionalismo brasileiro; (b) fundamentos do neoliberalismo e seus impactos políticos na ordem socioeconômica e jurídico-constitucional; e (c) a observação das reformas liberais desconstitucionalizantes, com foco na Emenda Constitucional nº 95/2016 (PEC da Morte).

1. TEORIAS CRÍTICAS DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, trouxe a ideia de transformação política e social a partir de uma restauração da forma democrática do Estado. Dessa maneira, o texto constitucional serviria de base às necessárias transformações sociais que a época reivindicava, considerando que o país, pobre, altamente agrícola e com embrionária industrialização, havia sofrido um regime ditatorial de 21 anos e precisava se recuperar das diversas mazelas, econômicas e sociais, que o período acarretou.

Em seu artigo 3º, a Carta Magna de 1988 compreende um projeto de transformações, tanto na esfera econômica como social, por meio de princípios a serem seguidos pelo Estado brasileiro quando da implementação de políticas públicas. Tal dispositivo, entre outros, evidencia o seu caráter de Constituição dirigente, haja vista que compõe um programa de políticas voltadas à modificação do meio social.

Faz-se mister, portanto, explicitar no que consiste a Teoria da Constituição Dirigente, a qual foi escolhida do constituinte originário quando da implementação da Constituição Federal de 1988. De acordo com o constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho, que cunhou o termo, o constitucionalismo dirigente se afirma como um texto constitucional com caráter programático-estatal, no sentido de que traça os objetivos a serem seguidos pelo Estado (CANOTILHO, 2001).

O autor entendia que o texto constitucional deveria ser de ordem programática, no sentido de abarcar diretrizes a serem seguidas pelo Estado para a implementação de políticas públicas que sirvam de “[...] caminho de ferro social e espiritual através da qual vai peregrinar a subjetividade projectante” (CANOTILHO, 2001, p. 9).

Ainda, Canotilho expressa a necessidade de vinculação do legislador à realização do texto constitucional; da vinculação dos órgãos que o concretizam, devendo estes aterem-se às diretrizes materiais permanentes; e da vinculação dos poderes públicos, devendo estes justificarem-se, em caso de eventual censura ou contrariedade da norma, sob a forma de inconstitucionalidade.

Inegavelmente, no momento da implementação da CF/88, diversos autores conservadores criticaram a constituição dirigente, identificando no texto constitucional uma forma “totalitária”, uma vez que a norma teria a pretensão de coordenar a sociedade, fazendo com que as decisões políticas fossem substituídas pelas imposições constitucionais. Ainda, afirmaram que o dirigismo constitucional tinha por objetivo “engessar” a política. Tal crítica, contudo, era destinada exclusivamente às políticas públicas e aos direitos sociais que a Constituição decretava.

Esses mesmos autores defendiam a implementação das políticas orçamentárias e de estabilização econômica, políticas de cunho neoliberal de ajuste fiscal que não eram vistas como entraves no campo político da mesma forma que as políticas de cunho social. Isso porque a teoria da constituição dirigente invertida, que incorpora “[...] toda a política do Estado Brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada” (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 19), consiste na verdadeira constituição dirigente que vige no país até os dias atuais.

Ademais, a Teoria da Constituição Dirigente no Brasil incorporou uma crença no chamado “instrumentalismo constitucional”, de que

é possível realizar mudanças na realidade social a partir, apenas, da aplicação dos dispositivos constitucionais. Assim, como consequência, o Estado e a política restam abandonados, fazendo com que essa teoria seja de caráter puramente dogmático, uma vez que ignora a teoria do Estado e a atuação política.

De tal modo, resta claro o objetivo da Constituição Dirigente Invertida, voltada aos interesses das elites financeiras do capital, que pretendem viabilizar retrocessos quanto aos direitos e garantias fundamentais, a fim de perpetuar práticas neoliberais de abertura do mercado e a redução de direitos coletivos. Como exemplo, há a PEC nº 95, medida de austeridade fiscal que congela os gastos públicos, principalmente nas áreas de saúde e educação, pelo período de 20 anos, a fim de instituir o teto de gastos aos serviços sociais e frear o seu investimento.

1.1 A Constituição Dirigente Invertida

Conforme já explicitado, a Constituição Federal de 1988 tinha como objetivo principal tomar o papel de Constituição Dirigente, também chamada de programática, no sentido de que conduziria um projeto de transformações econômicas e sociais na sociedade brasileira. Seu propósito era formular uma Constituição “total”, em que o mesmo texto abarcaria a norma positivada, as decisões políticas e, principalmente, a realidade social.

Toda essa perspectiva, porém, mergulhou num cenário de relações institucionalmente conturbadas, a partir de uma dissociação entre as partes econômica, política e financeira da Constituições. Isso porque, conforme Bercovici e Massoneto (2004), afirmando as tendências neoliberais que antecedem a implementação da CF/1988, houve uma desarticulação das ordens financeira e econômica, a fim de suplantarem um novo padrão sistêmico de acumulação do capital ante o sistema monetário globalizado.

Ademais, o Estado e a democracia restam restritos aos interesses dos grupos dominantes, que atuam em favor do capitalismo financeiro, vigorante desde o final do século XX. Nesse sentido, ainda que se reconheça que um governo republicano, tal como o Brasil, é intrínseco à legitimação da democracia, esta deve se dar no plano real, e não no plano da legislação simbólica, álibi de políticas antidemocráticas (NEVES, 2011); deve, portanto, consagrar a soberania do povo e não uma democracia de fachada (COMPARATO, 2007). Ocorre que, factualmente, as decisões políticas possuem participação popular deveras restrita, a partir de uma forma-política que a engessa:

Os reflexos jurídicos, relevantes embora, repita-se, não alcançaram a dimensão da legitimidade. No seu lugar, instalou-se apenas a legalidade, conduzida por meio de concessões, sem admitir, fora da tutela elitista, a soberania popular, projetada autonomamente pela sociedade civil. O poder, com sua legalidade específica, cedeu, nas suas mudanças a todas as acomodações, sob o pressuposto de não perder o mando, o núcleo decisório fundamental. A autocracia continua pilotada por uma elite, que se dispõe a despir a pele de leão para se cobrir com a da raposa. Na ausência da soberania popular, só nominalmente admitida, a *classe política*, os dirigentes, os governantes, envolvidos nas suas falácias, ensaiam coroar seu domínio, com a aparência de um sistema constitucional, espécie de supralegalidade que absorve todas as legalidades existentes, geradas por quaisquer meios. O povo, nesse projeto, deixa de atuar, abertamente, por meio de condutos dele desligados ou substituído por organizações que se irradiam da sociedade política e do Estado. No máximo, será a nação congelada que decide e não o povo (FAORO, 2007, p. 233-234).

Nessa perspectiva, fica evidente que “constituição” e “política” possuem uma relação problemática entre si, devendo-se considerar essas relações através de uma teoria do Estado e de uma teoria da Constituição sob a ótica do constitucionalismo periférico.

Anteriormente, na concepção do liberalismo que vigorou durante boa parte do século XX, a ordem econômico-financeira ocorria de forma integrada, tendo como objetivo principal a manutenção do modo de produção capitalista. Essa organização era dada no campo jurídico-político, formulada de encontro ao regime econômico vigente e atribuindo ao Estado o papel de estruturação do domínio econômico.

A partir do II Pós-Guerra, o padrão de financiamento público passou a ser questionado, momento em que se deu início a uma reação de cunho neoliberal. Desde então, o modelo constitucional que amparava o Estado Social passou a ser atacado, e questões que já se imaginava superadas, tais como o desmembramento entre a economia e as finanças públicas, a renúncia do Estado ante o domínio econômico e a defesa da liberalização econômica, voltaram à tona.

Por conseguinte, essa fragmentação da ordem econômico-financeira trouxe consigo, além de uma retomada acentuada do pensamento liberal clássico, um aumento dos aspectos instrumentais das Constituições econômica e financeira, invertendo a proposta da Constituição programática (BERCOVICI; MASSONETTO; 2004, p. 81).

Isso porque, a partir da ótica liberal, a Constituição opera meramente como instrumento de limitação/parâmetro do governo, que define competências e regula procedimentos, fazendo com que a normatividade constitucional atue como instrumento formal de garantia, servindo, apenas, para garantir o *status quo*. Essas teorias redutoras da Constituição, contudo, são insuficientes, pois se constata a necessidade de medidas materiais para o exercício dos poderes elencados pelo texto.

A Constituição Federal de 1988, contudo, foi traçada em um momento de tensão entre o regime político-econômico vigente e as imposições de caráter neoliberal formuladas pelas elites financeiras do capital. O desmantelamento da ordem econômica promulgada pelo texto constitucional, a qual previa um desenvolvimento socioeconômico com po-

líticas voltadas à transformação da realidade social brasileira, dificultou drasticamente a implementação dessas políticas públicas.

A constituição econômica intervencionista encontra, em razão disso, diversos entraves na sua aplicação, pois encontra-se isolada de seus instrumentos financeiros. Tal fato se dá devido à restrição das normas programáticas de caráter econômico e social em função das políticas de estabilização e de supremacia do orçamento monetário sobre as despesas sociais, as quais engessam as primeiras às sobras orçamentárias e financeiras do Estado.

Dessa forma, como indicam Bercovici e Massonetto (2004), a Constituição Federal restou “blindada”, no sentido de que protegeu os interesses financeiros do capital quando da implementação das políticas orçamentárias, em detrimento das garantias e direitos de caráter econômico e social atribuídos ao texto constitucional. A blindagem da Constituição financeira ante a constituição econômica e social fez com que o direito financeiro, que anteriormente servia de base para a organização das finanças públicas da economia capitalista e à promoção do bem-estar social, abriu espaço para a nova tendência neoliberal que ocorreu no II Pós-Guerra, em caráter global.

O constitucionalismo dirigente, portanto, que se consagrou no plano teórico a partir da crença de uma perspectiva transformadora, é uma doutrina constitucional que acredita na normatização da realidade sociopolítica e na realização da constituição por meio de políticas sociais que realizem o texto constitucional, conforme já dito. Contudo, o que ocorre é que essa realização passou a se dar na normatividade dogmática, sem vinculação à realidade socioeconômica brasileira.

Além disso, o seu caráter programático “suscita problemas específicos que põem em jogo a força normativa da Constituição, pois implica que se confie a concretização às instâncias políticas, dependendo da vontade dos detentores do poder político” (BERCOVICI, 1999, p. 39).

Dessa forma, a força normativa da constituição depende de sua aplicação prática, e não apenas de seu conteúdo programático. No Brasil, contudo, a “vontade de constituição” (HESSE, 1991) de fato se faz de maneira tímida, seja nos âmbitos dos Poderes Judiciário, Legislativo ou Executivo, quando o assunto é realização econômico-política. Dessa forma, o que se percebe é que a prática política e o contexto social coadjuvam uma concretização restrita e excludente do texto constitucional (BERCOVICI, 1999).

1.2 Um esboço das implicações do neoliberalismo na aplicação prática do texto constitucional

O sociólogo peruano Aníbal Quijano expressa a sua crítica ao conceito hegemônico eurocentrista, o qual considera ser base epistemológica da concepção de Estado na modernidade. Ele conceitua que há um padrão de poder de caráter global que opera de forma diversa nas diferentes partes do globo, principalmente em função de etnia, de gênero e pelo caráter econômico que cada país adquire no cenário do mercado mundial, que é totalmente monetizado.

A partir disso, pode-se considerar que todo o constructo social é baseado numa ideologia pautada no eurocentrismo e nas formas de dominação social, principalmente pelo mercado financeiro. E assim também o é com o constitucionalismo brasileiro, que na sua própria formação e atuação tomou uma perspectiva eurocêntrica, desligada da realidade social latino-americana.

Isso porque o constitucionalismo brasileiro, desde a implementação da Constituição Federal de 1988, é orquestrado e amparado na doutrina brasileira da efetividade. Essa doutrina, atualmente, tem como finalidade explicar que há uma deficiência na concretização das normas constitucionais no país, e que o único caminho para que possam atingir plena efetividade é pelo sistema judiciário e pelo uso dos remé-

dios constitucionais que o texto propõe. Além disso, identificam a ineficiência dos poderes Legislativo e Executivo, fazendo com que a jurisdição constitucional atue como “válvula de escape” para que ocorra a ampliação da efetividade dos direitos fundamentais no país (BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2018, p. 1775). Esse movimento constitucional resulta na jurisprudencialização constitucional (BERCOVICI, 2004b) e a potencialização máxima da tomada de decisões constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

Outrossim, a referida doutrina possui características primárias que identificam seu caráter desvinculado da realidade social brasileira, tais como: a concepção do direito como uma área autônoma do conhecimento, isolada de outros ramos, o que faz com que não haja uma preocupação em enxergar a atuação jurídica com a interdisciplinaridade que ela exige; a perspectiva teórico-filosófica de matriz (neo)kantiana, a qual entende o direito através de uma visão etnocêntrica e individualista da autonomia da vontade, tornando abstrata a figura do sujeito de direitos; e, por último, a judicialização da política e das relações sociais e o ativismo judicial.

Uma das formas que isso se expressa é através da juristocracia, fenômeno pouco comentado entre os juristas, mas com grande influência no cenário político brasileiro. Ran Hirschl, cientista político, retrata claramente a função da centralidade do Poder Judiciário no cenário político:

Judicial power does not fall from the sky; it is politically constructed. I believe that constitutionalization of rights and the fortification off judicial review result from a strategic pact led by hegemonic yet increasing threatened political elites, who seek to insulate their policy preferences against changing fortunes of democratic politics, in association with economic and judicial elites who have compatible interests (HIRSCHL *apud* BERCOVICI; BELLO; LIMA, 2006, p. 1781).

No que concerne ao papel do Poder Judiciário na aplicação do texto constitucional, conforme bem explicitado por Hirschl no trecho supracitado, este é diretamente relacionado a relações de poder inseridas no meio social, e, portanto, sujeito às vontades das elites financeiras de cada país. Dessa forma, conseqüentemente, a implementação da constituição fica engessada à hegemonia das tendências neoliberais vigentes.

Nessa perspectiva, Bello *et al.* (2018, p. 1784) explicam que “a Constituição Federal de 1988 sobreviveu formalmente mais pela tolerância de seus adversários do que pela capacidade de seus defensores em se articularem materialmente em torno das ideias que ela representava”. Isso porque, no âmbito jurídico, a organização política brasileira deixou que o poder constituinte se dissipasse nas mãos da chamada juristocracia, que acaba por defender seus próprios interesses e de seus aliados.

Esse fenômeno transformou o Poder Judiciário em “senhor da Constituição” (BERCOVICI, 2004b), de tal forma que as decisões judiciais são intimamente influenciadas pelos interesses pessoais dos magistrados e da sociedade em geral. Como exemplo, há o golpe institucional de 2016, que ocorreu e foi viabilizado a partir de um processo de impeachment juridicamente infundado, centrado na baixa popularidade do governo de Dilma Rousseff e na falta de apoio parlamentar que esta tinha. O referido processo de impeachment foi palco para uma verdadeira “quebra constitucional”, fazendo com que o regime ainda mantivesse as aparências democráticas, enquanto as instituições sofriam mudanças estruturais, abrindo espaço para políticas econômicas neoliberais.

Outro exemplo de quebra do texto constitucional em favor dos interesses das elites financeiras do capital foi a promulgação da Lei nº 13.467, que modificou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), reduzindo diversos direitos trabalhistas, como as férias e o décimo terceiro salário, ao instituir novos meios jurídicos que proporcionam moda-

lidades de trabalho flexível e temporários. Dessa forma, fica claro que não há óbice na efetividade do texto constitucional, e sim na seletividade de sua concretização (BELLO; BERCOVICI; LIMA; 2018).

No que tange às implicações práticas das tendências neoliberais, sobretudo no Brasil, pode-se também mencionar as consequentes privatizações que o país vem sofrendo nos últimos anos, com o desmonte das empresas estatais de energia, como a Eletrobrás, e a recente proposta de privatização da Empresa Brasileira de Correios, Telégrafos e Similares (ECT). Ambas as privatizações trazem consigo a eminente precarização das relações de trabalho e um aumento considerável no índice de desemprego no país, haja vista que essas empresas estatais empregam milhares de brasileiros atualmente.

Ainda, faz-se necessário evidenciar a problemática concernente à Emenda Constitucional nº 95, aprovada em 16 de dezembro de 2016, logo após o golpe institucional ocorrido no mesmo ano, durante o mandato presidencial de Michel Temer. A emenda, que propõe o congelamento dos gastos públicos pelo período de 20 anos, alterou a Constituição Brasileira para instituir o “Novo Regime Fiscal”. Tal alteração gera consequências drásticas para os serviços públicos brasileiros e nas políticas sociais e públicas, principalmente referindo-se às instituições de educação pública e ao Sistema Universal de Saúde.

Discute-se acerca da inconstitucionalidade da EC nº 95, haja vista que a Carta Magna brasileira assinala em seu texto o caráter de Estado Social do Estado brasileiro, e, portanto, voltado à necessidade de garantia dos direitos fundamentais. O que ocorre é que, de acordo com a nova legislação, o congelamento de gastos públicos nesses setores vigorará até o ano de 2036, fazendo com que haja um constante e crescente desmonte dos serviços públicos, causando prejuízo, principalmente, às classes mais pobres da sociedade brasileira.

A Emenda, que inclusive chegou a ser apelidada de “PEC da Morte”, evidencia uma estrutura econômica antidemocrática, uma vez

que privilegia o pagamento das dívidas públicas em detrimento de políticas públicas e programas sociais amparados pela Constituição Federal, de acordo com o entendimento de Rznai e Kreuz (2018, p. 05). Conseqüentemente, a EC/95 é uma medida de austeridade fiscal que encontra respaldo nas políticas neoliberais para nações emergentes, ou subdesenvolvidas. Como resultado, há o recrudescimento da desigualdade social em favor de vantagens econômicas a uma pequena parcela da população.

Fica claro, portanto, que a hegemonia de tendências neoliberais nas últimas décadas traz consigo a articulação de políticas de desmonte de programas sociais e serviços públicos manifestados constitucionalmente. Isso ocorre, pois, a fim de privilegiar classes mais altas da sociedade e o mercado financeiro internacional, em detrimento da classe trabalhadora.

2. UMA VISÃO DO FUNCIONAMENTO DO APARATO ESTATAL LIBERAL ATRAVÉS DA ÓTICA DO CAPITALISMO DEPENDENTE

Primeiramente, importante frisar que a ordem econômica não pode, ou deve, a qualquer momento ser dissociada da concepção de Estado, haja vista que ela atua em conjunto com as demais estruturas para compor o sistema tal qual ele se apresenta. Nesse debate, é a contribuição de Friedrich Engels (1890, s/p):

As condições econômicas são a infra-estrutura, a base, mas vários outros vetores da superestrutura (formas políticas da luta de classes e seus resultados, a saber, constituições estabelecidas pela classe vitoriosa após a batalha, etc., formas jurídicas e mesmo os reflexos destas lutas nas cabeças dos participantes, como teorias políticas, jurídicas ou filosóficas, concepções religiosas e seus posteriores desenvolvimentos em sistemas de dogmas)

também exercitam sua influência no curso das lutas históricas e, em muitos casos, preponderam na determinação de sua forma. Há uma interação entre todos estes vetores entre os quais há um sem número de acidentes (isto é, coisas e eventos de conexão tão remota, ou mesmo impossível, de provar que podemos tomá-los como não-existentes ou negligenciá-los em nossa análise), mas que o movimento econômico se assenta finalmente como necessário. Do contrário, a aplicação da teoria a qualquer período da história que seja selecionado seria mais fácil do que uma simples equação de primeiro grau.

Dito isso, tendo definido que as condições econômicas atuam como o sustento/base das relações políticas, jurídicas e sociais, é necessário fazer um retorno histórico à consolidação das bases econômicas brasileiras.

Antes de tudo, portanto, para que se tenha uma visão ampla da atuação do aparato estatal em um contexto neoliberal tal qual se vê atualmente no Brasil, faremos uma breve retomada histórica de como se operou o liberalismo na América Latina, enfatizando os desdobramentos socioeconômicos desde meados do século XX. Isso será realizado a partir da análise de como se opera um país com suas bases econômicas pautadas no capitalismo de caráter dependente.

Conforme já relatado em momento anterior, no decorrer do século XX a ordem econômico-financeira em um cenário internacional ocorria de forma integrada e tinha como meta a manutenção do modo de produção capitalista, repercutindo em todas as esferas do aparelho estatal e organizando-se no campo jurídico-político, haja vista que se atribuía ao Estado o papel de estruturação do domínio econômico.

Na década de 1930, o globo vivia um cenário de crise de produção, haja vista a incidência da I Guerra Mundial e o projeto de reconstrução das nações desenvolvidas. Desse modo, os Estados Unidos da América, que já detinham a supremacia no campo político-econômico e já haviam se consolidado como país imperialista de caráter hegemôni-

co, sobretudo em relação à América do Sul, não tinham mais para onde escoar suas mercadorias.

Na época, o Brasil ainda era um país predominantemente rural, com a sua produção focada na área agrícola (*plantations*), a partir do monocultivo latifundiário. Isso porque a economia do país, desde o Brasil-colônia, sempre se voltou aos interesses estrangeiros. De tal forma, com esse modo de produção o país se consolidou como exportador de matéria-prima e alimentos, sendo um ponto-chave para a manutenção da dinâmica geral de reprodução do capital.

Com o passar do tempo e com as crescentes transformações no campo da produção, principalmente de cunho técnico-científico que se articulavam nos países centrais, especialmente a partir da II Guerra Mundial, as políticas de financiamento público tomaram um rumo de caráter neoliberal, visto que o “Estado Social” e o modelo constitucional que o amparava passaram a ser descredibilizados, a fim de retirar do Estado o cargo de regulador da esfera econômica.

Foi nesse cenário que ocorreu, através da dita “Revolução Burguesa” e com uma conjuntura internacional favorável ao nacional desenvolvimentismo, principalmente durante a Era Vargas no Pós-Guerra, uma reestruturação produtiva e uma guinada na industrialização substitutiva de importações. Tais fatos produziram um Estado protecionista, interventor, gerador do progresso técnico e da consolidação do parque industrial brasileiro (TRASPADINI, 2012).

Nesse sentido, disserta Theotonio dos Santos (1996, p. 2):

A industrialização se afirmou sobretudo no Brasil, México, Argentina, e em parte no Chile e na Colômbia. Para suas lideranças mais modernas a industrialização era a chave do desenvolvimento. O atraso, o arcaico, a barbárie eram resultado da especialização destas economias, voltadas para a exportação de produtos primários. Alguns autores, como Gilberto Freire, denunciavam a monoprodução como destruidora de alternativas

econômicas. Outros denunciavam o capital estrangeiro, que teve um papel muito importante na criação do setor exportador de vários países, por se tornarem verdadeiros “enclaves externos”, que não produziam nenhum efeito sobre o conjunto das economias nacionais. Os investimentos nos setores exportadores não criaram “economias externas”. [...] No entanto, o conjunto de transformações associados à industrialização era encarado sob o título de Revolução Burguesa. Grande parte da problemática do desenvolvimento se inscrevia na questão da necessidade de uma revolução burguesa na América Latina. Era a sua ausência que explicava o atraso da região. A Revolução Burguesa passava também pela questão agrária, vista sob dois aspectos: sob o aspecto de destruição do latifúndio como força política e econômica, que fundava o domínio das oligarquias rurais e dos setores voltados para a exportação de produtos primários. Tinha assim, portanto, um conteúdo político, social e econômico: a luta contra o latifúndio. Por outro lado, o latifúndio era mostrado como um gerador de desigualdade econômico-social e um bloqueio ao desenvolvimento do campesinato e à constituição de um mercado interno.

Nos anos que sucederam, o avanço tecnológico foi se expandindo em caráter mundial, ainda mais com o advento da Guerra Fria e a polarização das bases econômicas socialista e capitalista. Ao redor do mundo, se observava a dinâmica das revoltas e revoluções contrárias à ordem burguesa, com especial enfoque à Revolução Cubana de 1953-1959. Diante do avanço das insurreições anticapitalistas, os EUA passaram, então, a formular mecanismos de coerção a fim de refrear qualquer transgressão contra o regime hegemonicamente capitalista, concentrando seus esforços nos países latino-americanos.

No Brasil, a Era Vargas, responsável pela industrialização e nacional desenvolvimentismo (tardio), deu espaço ao governo de Juscelino Kubitschek, que possuía um caráter de abertura do capital através de um “desenvolvimento associativo entre o capital nacional e interna-

cional” (NEVES, 2012, p. 20). Tal fato resultou na primeira mudança estrutural da atuação do Estado ante o desenvolvimento em voga, uma vez que este não mais era o executor das políticas desenvolvimentistas, dedicando-se apenas à gestão do capital.

Na sequência, ocorreu o Golpe de 1964, estreitamente vinculado aos interesses estrangeiros e latifundiários, bem como à alta repressão a qualquer tipo de insurreição de caráter libertário. A ditadura militar e o sistema capitalista, portanto, eram aliados, repisados pela ideologia burguesa dominante e hegemônica.

Durante os anos que se seguiram, a ideia de um Estado com cunho liberal vigorou no país, ainda mais vinculado às inclinações das classes dominantes nacionais e internacionais. O aparato estatal era fortemente associado, senão subjugado, ao controle jurídico-político exercido pelos detentores do poder.

Finalmente, findados os 21 anos do Regime Militar brasileiro, ocorreu o lento processo de redemocratização do país. Nessa época, no momento da formulação da Constituição Federal de 1988, o Brasil vivia uma tensão entre o regime político-econômico vigente e as imposições neoliberais formuladas pelas elites financeiras do capital (heranças da Ditadura Militar), de modo que a dissociação da ordem política, econômica e financeira do texto constitucional no campo material dificultou drasticamente a implementação de políticas públicas e sociais, as quais concerniam no principal objetivo da Carta Magna.

Diante da breve análise histórica realizada, conclui-se que o país sempre foi sujeito aos interesses externos, de tal forma que se viu compelido a adotar um sistema capitalista de caráter dependente. Alude o sociólogo Ruy Mauro Marini (1973) sobre o assunto:

É a partir desse momento que as relações da América Latina com os centros capitalistas europeus se inserem em uma estrutura definida: a divisão internacional do trabalho, que determina-

rá o sentido do desenvolvimento posterior da região. **Em outros termos, é a partir de então que se configura a dependência, entendida como uma relação de subordinação entre nações formalmente independentes, em cujo marco as relações de produção das nações subordinadas são modificadas ou recriadas para assegurar a reprodução ampliada da dependência.** A consequência da dependência não pode ser, portanto, nada mais do que maior dependência, e sua superação supõe necessariamente a supressão das relações de produção nela envolvida (MARINI, 1973, p. 4, grifou-se).

Resumidamente, é através dessa perspectiva que se mostra que o condicionamento do desenvolvimento econômico brasileiro se submete à economia de certos países desenvolvidos, de tal modo que é na contradição de classes e na superexploração do trabalho que reside a essência da dependência latino-americana.

Por consequência, ficam claros os motivos pelos quais o constitucionalismo dirigente, o qual foi escolha do poder constituinte no momento da implementação da Constituição Federal de 1988, não surtiu o efeito desejado. Isso porque as bases socioeconômicas brasileiras nunca deram espaço para que houvesse uma real transformação da realidade social do país, uma vez que sempre se sujeitou, à custa dos interesses nacionais, ao capital estrangeiro.

Logo, evidencia-se que apenas através de uma ação política que rompa com a dependência econômica a qual o país está histórica e intrinsecamente submetido que o texto constitucional poderá ter sua eficácia revelada.

3. POR QUE CHAMAMOS A EC 95/2016 DE PEC DA MORTE?

O apelido mais substancial dado à Reforma Constitucional n. 95/2016 é PEC da Morte, afinal:

[...] o governo tem muita pressa em aprovar essa PEC, e penso que tem muita pressa em aprová-la porque não quer que a população entenda o seu conteúdo. Já dizia [Otto Von] Bismarck: ‘se o povo soubesse como são feitas as salsichas, e também as leis, ficaria indignado’. Se o povo soubesse como o seu destino está sendo moído, nesta Casa, da forma como está sendo, certamente ficaria indignado também. E o governo não quer que o povo saiba disso.

A fala acima foi proferida pela deputada federal Erica Kokay (DF/PT), em reunião deliberativa do dia 11 de outubro de 2016 da Comissão Especial destinada a emitir parecer à Proposta de Emenda à Constituição nº 241-A (número com o qual tramitou na Câmara dos Deputados, tendo depois adotado o nome de PEC nº 55 na tramitação no Senado), de 2016, mais conhecida como “PEC da morte”². Em seguida da fala da deputada, os deputados contrários à aprovação do texto, tal como o Dep. Jorge Solla (PT), reiteraram a posição da deputada, indicando que “[...] os atropelos regimentais que o governo golpista está articulando para garantir a aprovação célere dessa medida irá destruir as políticas sociais no país”.

Ainda assim, mesmo que a tramitação da pesquisa pública tenha culminado em 345.654 votos contrários e 23.766 votos favoráveis à aprovação do texto³, este restou aprovado pela Câmara dos Deputados por 23 votos favoráveis a 7 votos contrários⁴, sendo o texto final apro-

² Fala da deputada federal Erica Kokay (PT) durante a reunião deliberativa de 11/10/2016 acerca da PEC 241/16. Ver mais em <https://www.youtube.com/watch?v=28w12EzMarc&list=PLitz1j-q25kMkz10QV6MsjYa6j4iRRq4&index=36&t=197s>. Acesso em: 17 ago. 2022.

³ Ver mais em <https://www12.senado.leg.br/ecidadania/visualizacaomateria?id=127337>. Acesso em: 17 ago. 2022.

⁴ Foram favoráveis os votos dos deputados Aelton Freitas, Alfredo Kaefer, Altineu Côrtes, Arthur Oliveira Maia, Benito Gama, Carlos Andrade, Cleber Verde, Danilo Forte, Darcísio Perondi, Delegado Francischini, Eduardo Cury, Ezequiel Fonseca, Fernando Monteiro, Gilberto Nascimento, José Carlos Aleluia, Marcus Pestana, Mauro Pereira, Milton Monti, Ronaldo Fonseca, Sílvio Torres, Thiago Peixoto, Valdir Colatto e Victor Mendes; foram contrários os votos dos deputados Alessandro Molon, Angela Albino, Danilo Cabral, Erika Kokay, Jorge Solla, Patrus Ananias e Subtenente Gonzaga. Ver mais em <https://www.camara.leg.br/internet/ordemdodia/ordemDetalheReuniaoCom.asp?codReuniao=45280>. Acesso em: 14 ago. 2022.

vado e encaminhado ao Senado Federal no dia 26 de outubro de 2016. Lamentavelmente, o texto restou aprovado para promulgação em 13 de dezembro de 2016.

Conforme já aferido, a Emenda Constitucional nº 95, a qual instituiu o Novo Regime Fiscal e congelou pelo período de 20 anos as despesas primárias da União, entre as quais se encontra assuntos como a saúde e a educação, reveste-se de substancial inconstitucionalidade, seja no seu célere procedimento de aprovação, seja no conteúdo da sua redação.

Mesmo que o texto tenha sido aprovado após tramitação que obedeceu formalmente as exigências constitucionais para aprovação de Proposta de Emenda Constitucional no que se refere à apresentação, tramitação e aprovação da proposta, o que abarca a apuração de adimplemento dos requisitos formais de constitucionalidade, a inconstitucionalidade da PEC ainda poderia ser analisada por ferir cláusulas pétreas elencadas no art 60, §4º da Carta Magna, quais sejam: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais estabelecidos no texto constitucional (VIEIRA JR, 2016), além, é claro, do princípio da cidadania.

Isso pode ser verificado nos fundamentos do relatório aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, elaborado pelo senador Eunício Oliveira (MDB/CE), o qual apresenta argumentos favoráveis à PEC. Entre tais argumentos, destacam que a essência ou objeto é “[...] impor limite aos gastos primários da União” (BRASIL, 2016a, p. 1). A receita seria estabelecer um novo regime fiscal em razão da forte crise fiscal do país, nas palavras do senador: “[...] se não houver forte correção das contas do governo, a dívida pública entrará em uma trajetória não sustentável, cujo resultado final é uma forte aceleração da inflação ou moratória, com fortes consequências sobre o crescimento e a economia” (BRASIL, 2016a, p. 8). Em que pese a argumentação priorizar o desenvolvimento econômico, não

aparece nos cálculos argumentativos do relatório a priorização da melhoria de vida de quem necessita de políticas públicas. A aposta central da PEC foi a melhoria da economia e a solvência do governo, conforme o próprio texto explicita:

Com o Novo Regime Fiscal, a dívida pública retornaria a uma trajetória sustentável, reduzindo a pressão sobre a taxa de juros e aumentando o grau de confiança sobre a solvência do governo. Isso estimulará a economia por diversos canais, alavancando a capacidade de a economia gerar emprego e renda (BRASIL, 2016a, p. 8)

Acontece que em parágrafo posterior, destinado aos questionamentos constitucionais, o relatório do senador destaca que:

ii) a proposta busca alterar o atual sistema de vinculação de receitas orçamentárias para gastos em áreas sociais sensíveis, como educação e saúde públicas, o que pode gerar o questionamento de violação ao princípio do não-retrocesso. Mesmo sobre tais aspectos, contudo, não se observa uma violação aos limites materiais à reforma constitucional estabelecidos no § 4º do art. 60 (BRASIL, 2016a, p. 9).

Não obstante, o senador Eunício Oliveira subsume o argumento de que, conforme posição do STF em voto na ADI 2.024 de 2007, o Min. Sepúlveda Pertence já havia sentenciado entendimento de que: “[...] as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, [...] não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege” (BRASIL, 2016a, p. 10). Como é notório o significado de “intangibilidade” e “proteção ao núcleo essencial” dos princípios e institutos constitucionais se refere aos direitos fundamentais de natureza social. Isso significa que quando

da inviabilidade de aplicação ou execução não satisfatória dos direitos fundamentais, tal como o caso de educação e saúde, se está comprometendo sim o núcleo essencial destes direitos.

O relatório segue apostando na linha de hermenêutica semântica e formal das cláusulas pétreas, distorcendo a compreensão da materialidade constitucional. Em diversos momentos é usado o artifício de que a PEC não ofende à Constituição em suas cláusulas de vedação, porém, equivocada esta postura, afinal a ofensa não é em torno da semântica reformadora como tal, mas dos efeitos nefastos que a mesma proposta permitirá realizar nos direitos fundamentais sociais.

Em voto em separado o senador Randolfe Rodrigues (REDE/AP) recorda essa compreensão mais ampliada da tarefa constitucional da CCJC do Senado Federal:

Em nosso ordenamento constitucional, por serem direitos fundamentais, eles se encontram protegidos contra qualquer iniciativa legislativa e administrativa que vise a tolher a sua abrangência e a violar seu núcleo essencial, à luz do que estabelece o art. 60, § 4º, inciso IV, c/c o art. 5º, § 2º e art. 6º, todos da CF. Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade (BRASIL, 2016b, p. 8).

Na sequência destaca que o debate não é semântico, mas, substancial:

A perspectiva de redução de recursos alocados à saúde e à educação, por intermédio de PEC, mitiga a essência protetora dos

direitos sociais, considerados direitos fundamentais de segunda geração. Além de impedir a ampliação de beneficiários, a restrição imposta pelo congelamento por vinte anos das despesas com saúde e educação imporá redução na cobertura hoje realizada e no gasto social per capita (BRASIL, 2016b, p. 9).

Ora, é necessário aqui evidenciar que a manobra política foi demonstrar que a forma política da reforma é revestida de constitucionalidade. Ao invisibilizar os impactos nas políticas públicas com retórica interpretativa superficial, o relatório aprovado reveste a PEC de constitucionalidade. Contudo, na essência esconde problemáticas técnicas que ferem substancialmente os princípios constitucionais dirigentes e subvertem a Constituição no seu compromisso de realização de um Estado Social de Direito.

A ideia constituinte originária das cláusulas pétreas vedando retrocesso social é justamente evitar que o núcleo de realização destes seja maculado por maiorias momentâneas e não simpáticas a estes direitos coletivos. O pacto dirigente de 1988 não buscou engessar a política pública nacional, mas definir um papel socioeconômico comprometido com a demanda nacional de empobrecimento e necessidade de políticas públicas.

Ademais, cumpre recuperar do voto em separado do senador Randolfe Rodrigues o tema da isenção financeirizada da PEC, ou seja, como passou incólume a prioridade dada à dívida pública:

O pagamento de juros da dívida pública é feito aos credores do Estado, que são banqueiros e rentistas. A quase totalidade dos credores é composta de milionários e bilionários. É a elite financeira, formada inclusive por empresários do setor produtivo. São os ricos do Brasil. Somente no ano de 2015, eles receberam mais de R\$ 500 bilhões dos cofres públicos. Receberam muito mais que o dobro dos orçamentos da Saúde e Educação somados. Os gastos públicos do governo federal em Saúde e Educação so-

mam cerca de R\$ 200 bilhões. Logo, precisamos equacionar o problema do excessivo montante do pagamento de juros. Se formos capazes de equacionar esse problema, teremos mais recursos para investir socialmente, beneficiando a maioria (BRASIL, 2016b, p. 18).

Nesse sentido, o relatório aprovado na CCJC do Senado Federal, ao isentar a dívida pública de atingimento pelos propósitos da PEC, está priorizando fundamentos políticos em favor do regime econômico rentabilizado que caracteriza a política neoliberal. Ao melhor entendimento, temos um cenário argumentativo de aparente constitucionalidade da PEC e, no mesmo sentido, a liberalização econômica para farra financeira, ou melhor dizendo, a verdadeira sangria do Estado nacional.

Comprometer os direitos sociais fundamentais não é entendido pelo relatório como violação explícita ao compromisso constitucional, bem como liberar a dívida pública de responsabilidade com o teto do orçamento público. Dessa maneira, a manobra política reformadora das tendências neoliberais foi fixar o debate na maleabilidade interpretativa das cláusulas pétreas ao mesmo tempo que descompromissou o sistema financeiro aos limites do teto e do texto constitucional. Em síntese, a manobra consiste em constitucionalizar o inconstitucional ao passo que a liberalização financeira opera incólume a tais limites da PEC.

Nesse sentido, assiste razão à tese de Bercovici e Massoneto apontada acima, o que se apresenta na política constitucional nacional é uma reforma constitucional que inverte o compromisso dirigente. Ou ainda, no caso da Emenda Constitucional 95/2016, subverte completamente o compromisso dirigente ao priorizar o sistema financeiro em detrimento da aplicação dos gastos públicos.

O compromisso constitucional de 1988 se vê novamente atacado pelas mesmas tendências de outrora, agora revestido de argumentos semânticos e aprovados por maiorias ocasionais. A tática política de re-

forma constitucional do neoliberalismo financeirizado é demonstrar a possibilidade de desarmar as potencialidades do Estado Social, subverter o programa dirigente e reduzir drasticamente o impacto jurídico de comprometimento social do Estado nacional.

Esse desarme pode ser nomeado de processo desconstituinte (PI-SARELLO, 2014, p. 11), no qual os pactos democráticos substanciais que almejam mudanças nas mazelas socioeconômicas das economias dependentes (tal qual a economia nacional), são arditamente reposicionados na esfera constitucional por rupturas democráticas formais.

Portanto, a Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania do Senado Federal, como casa revisora, e como órgão de controle preventivo de constitucionalidade, falha no seu dever constitucional de manter a integridade das cláusulas pétreas e mesmo a materialidade constitucional social. O relatório aprovado representou um descompasso entre a substância democrática social forjada em 1988 e a política econômica financeirizada. Assim sendo, o Brasil vem passando por largo processo desconstituinte e repactuação da política constitucional sem fundamento popular, afinal a representação política apoiadora da Emenda Constitucional 95/2016 de longe preocupou-se com a constituição social dirigente.

CONCLUSÃO

Diante do exposto acima, o presente estudo representou uma reflexão desde o fim das ilusões constitucionais que nos apresenta Enzo Bello, Martonio Lima e Gilberto Bercovici (2018). A narrativa constitucional dirigente de 1988 foi sendo derretida e decomposta na hermenêutica constitucional da CCJC do Senado Federal. A Constituição dirigente, antes invertida, restou subvertida pela PEC da morte.

A Emenda Constitucional 95/2016 representou o ápice da força política do neoliberalismo quando a missão foi reposicionar o pa-

pel do Estado nacional. A força política neoliberal mostrou-se ardilosa nos fundamentos políticos e na retórica jurídica formal argumentativa. Ignorou deliberadamente os fundamentos principiológicos que junto à melhor doutrina constitucional poderiam facilmente afastar as bases norteadoras do entendimento de não retrocesso social.

Os argumentos de não retrocesso social se evidenciam diretamente no denso voto em separado do senador Randolfe Rodrigues, o qual apresenta que, além das violações explícitas e implícitas ao ordenamento constitucional, a PEC da morte violou também princípios da boa aplicação constitucional como a razoabilidade e proporcionalidade.

Portanto, a ruptura com o pacto constituinte democrático de 1988, que deu origem a Constituição nacional de caráter transformador, se dá com fundamentos neoliberais e por meio de manobra constitucional reformadora que representam exitosa forma de bloquear a realização social do compromisso constitucional e isentar o sistema financeiro de compromisso com o Estado e com a Constituição. Fixou-se, assim, uma nova perspectiva constitucional, bloqueadora dos direitos fundamentais sociais e operada por processos desconstituintes.

REFERÊNCIAS

18 MOTIVOS para os brasileiros serem contra a privatização dos Correios. **Central Única dos Trabalhadores** - CUT, 2021. Disponível em: <https://www.cut.org.br/noticias/18-motivos-para-os-brasileiros-serem-contra-a-privatizacao-dos-correios-fc74>. Acesso em: 07 ago. 2021.

BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto; LIMA, Martonio M. B. O Fim das Ilusões Constitucionais de 1988? **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 03, p. 1769-1811, 2019.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática de Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso. Brasília. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-5, abr./jun. 1999.

BERCOVICI, Gilberto. Teoria do Estado e Teoria da Constituição na Periferia do Capitalismo: Breves Indagações Críticas. In: NUNES, António José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004a.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política [online], n. 61 p. 5-24, 2004b. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>. Epub 29 Jul 2004. ISSN 1807-0175. Acesso em: 6 set. 2022.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETO, Luís Fernando. “A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica”. **Boletim de Ciências Econômicas**, v. XLIX, 2006. p. 78-89. Disponível em: https://digitalis-dsp. uc.pt/bitstream/10316.2/24845/1/BoletimXLIX_Artigo2.pdf?ln=pt-pt. Acesso em: 12 jul. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2016a). Emenda Constitucional nº 95, de 2016. Da COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados), do Poder Executivo, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. **Relatório Senador Eunício Oliveira**. Brasília, DF. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3878551&ts=1646621236779&disposition=inline>. Acesso em: 07 set. 2022.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (2016b). Emenda Constitucional nº 95, de 2016. Perante a COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E CIDADANIA, sobre a Proposta de Emenda à Constituição nº 55, de 2016 (Proposta de Emenda à Constituição nº 241/2016, na Casa de origem), do Poder Executivo, que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. **Voto em Separado**. Senador Randolfe Rodrigues. Brasília, DF, 09 nov. 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3878542&ts=1646621236733&dispositivo=inline>. Acesso em: 07 set. 2022.

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

BRASIL. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95, de 16 de dezembro de 2016. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PEC 241/16 - NOVO REGIME FISCAL** - Reunião Deliberativa - 11/10/2016 - 10:45. YouTube, Outubro, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=28w12EzMarc>. Acesso em: 16 ago. 2022.

CANOTILHO, José J. G. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Portugal: Coimbra Editora. 2001.

ENGELS, Friedrich. Letters on Historical Materialism. To Joseph Bloch. [1890]. p. 760-765. In: TUCKER, Robert C. (org.) **The Marx-Engels reader**. 2. ed. New York: W. W. Norton & Company, 1978.

Disponível em: <https://www.marxists.org/portugues/marx/1890/09/22.htm> Acesso em: 10 abr. 2022.

FAORO, R.; COMPARATO, Fábio K. **A República Inacabada**. 2. ed. São Paulo: Editora Globo S.A., 2011.

GRUPO DE APOIO E REFLEXÃO AO PROCESSO FÓRUM SOCIAL MUNDIAL GRAP. Anibal Quijano – Colonialidade/Descolonialidade do Poder 1/5. Youtube, Ago/2010. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=sID-iPiGgmY>. Acesso em: 18 jul. 2021.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MARINI, Ruy Mauro. **Dialética da Dependência**. 10. ed. México: Editora Era, 1990. (1ª edição, 1973). 1973. p. 4. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6539551/mod_resource/content/2/7.%20Dial%C3%A9tica%20da%20Depend%C3%Aancia%20-%20Ruy%20Mauro%20%20Marini%20-%20exp.%20popular%20-%20At%C3%A9%20p.28.pdf. Acesso em: 10 abr. 2022.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, L. S. (org). **Desenvolvimento e Dependência: Atualidade do Pensamento de Ruy Mauro Marini**. 1. ed. Curitiba: Editora CRV. 2012.

ROZNAI, Yaniv; KREUZ, Letícia R. C. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 35-56, maio/ago. 2018.

SANTOS, Theotonio dos. **O Desenvolvimento Latino-americano: Passado, Presente e Futuro: Uma homenagem a André Gunder Frank**. Disponível em: https://cmapspublic2.ihmc.us/rid=1188874977524_1589837050_8361/Theotonio%20dos%20Santos%20-%20desenvolvimento%20latinoamericano.df Acesso em: 15 abr. 2022.

SCHEER, Luciano; NETO, Alfredo C. 2017. Constitucionalismo Contemporâneo e a Constituição Brasileira de 1988: Uma Análise dos Impasses à Constituição Dirigente. Porto Alegre. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS**, v. XII, n. 02, p. 156-171, 2017.

VIEIRA JR., R. J. A. As inconstitucionalidades do “Novo regime fiscal” instituído pela PEC Nº 55, de 2016 (PEC Nº 241, DE 2016, NA CÂMARA DOS DEPUTADOS). **Boletim Legislativo nº 53: Núcleo de Estudos e Pesquisas de Consultoria Legislativa**. Novembro/2016. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/525609/Boletim_53_RonaldoJorgeJr.pdf?sequence=1. Acesso em: 16 ago. 2022.

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO JUSTIÇA SOCIAL NAS PRISÕES

Bruno Rotta Almeida

Aline Santestevan Oliveira Iribarrem

INTRODUÇÃO

Quando se discorre a respeito da realização da justiça social, os objetivos colocados em pauta geralmente dizem respeito à diminuição do desemprego, promoção da igualdade social e racial, aumento das políticas públicas sobre saúde e educação e crescimento econômico. A questão penitenciária parece ser deixada de lado, como questões diametralmente opostas. Mas é preciso um novo olhar sobre o problema.

Essa perspectiva de “novos olhares” leva à justiça restaurativa, que após algumas décadas de seu surgimento atingiu proporções globais, passando a ser adotada pelos mais diversos países, dentro e fora do sistema de justiça. Apesar disso, nenhum país adotou esse modelo de forma pura, e seu conceito ainda se encontra aberto, sendo construído de acordo com as peculiaridades de cada sistema, dentro e fora da justiça formal estatal.

De outro lado, tem-se aproximadamente dois séculos de predominância da pena de prisão e, como consequência, dois séculos de discussões sobre as filosofias penitenciárias a serem aplicadas ao cárcere. Ainda assim, a desumanidade e a seletividade decorrentes do sistema penitenciário brasileiro atingiram proporções catastróficas, contrariando o ordenamento nacional e internacional sobre o tema. A justiça penal passa, assim, a assumir a forma de uma injustiça social.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho analisará o paradigma restaurativo, a partir da compreensão das tendências que influenciaram o surgimento da justiça restaurativa, delineando conceitos, concepções e valores, bem como diferenciando as posições que a justiça restaurativa pode assumir em relação ao sistema de justiça criminal tradicional.

Posteriormente, discorrer-se-á acerca do ambiente de execução da pena privativa de liberdade no cenário brasileiro, analisando-se da-

dos estatísticos que demonstram as violações sistemáticas de direitos fundamentais e a consequente vulnerabilidade (e vulnerabilização) da população privada de liberdade. Ainda, serão feitas algumas considerações sobre a justiça restaurativa aplicada ao ambiente prisional, compreendendo suas compatibilidades e suas limitações.

Por fim, analisar-se-ão as potencialidades de utilização da justiça restaurativa no ambiente prisional como uma forma de realização da justiça social. Para tanto, serão delineados alguns conceitos como injustiça penal e alienação legal, adentrando-se na crítica ao discurso ressocializador e discorrendo-se sobre um tratamento humano redutor de vulnerabilidade. Nesse contexto, buscar-se-á compreender a compatibilidade da justiça restaurativa, englobando seus conceitos e valores, dentro de um discurso de redução da vulnerabilização, diretamente interligado à noção de justiça social.

O artigo utiliza método dedutivo, revisão bibliográfica e análise de dados e informações sobre o sistema penitenciário brasileiro.

1. O PARADIGMA RESTAURATIVO

Decorridos aproximadamente dois séculos de predominância da pena de prisão, muitas filosofias foram construídas a respeito, tendo a maioria delas adotado uma ideia de tratamento, que poderia trazer alguma melhoria para os indivíduos submetidos ao cárcere (ZAFFARONI, 1991).

No Brasil não foi diferente. De acordo com o item 13 da Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal, foram traçadas as diretrizes para a execução penal: de um lado o correto cumprimento do estabelecido nas sentenças e decisões judiciais, de maneira a prevenir e reprimir delitos; de outro lado, que sejam ofertados meios através dos quais os apenados e os submetidos a medidas de segurança possam ter participação construtiva na comunhão social (ROIG, 2016).

A atual filosofia penitenciária não surgiu de maneira súbita, mas como uma resposta a uma série de exigências e expectativas históricas e sociais. Assim, espera-se da prisão, ao mesmo tempo, uma garantia de segurança para a sociedade, a punição do culpado, a sua emenda e a sua reinserção social (PECH, 2001, p. 145).

Entretanto, a ideia segundo a qual a pena deve servir como dissuasão, neutralização ou reabilitação do delinquente mostrou-se insustentável, de forma que há pelo menos três décadas a ideia do castigo retributivo retornou ao cerne da doutrina penal (ALAGIA, 2018, p. 277). Isto posto, segue-se o paradigma retributivo: aquele que ofende a lei deve ser punido pelo Estado.

Existe, assim, a expropriação dos conflitos particulares por parte da figura da autoridade, diretamente relacionada à consolidação da autoridade punitiva moderna dos séculos XIII e XIV, e que influenciou a doutrina processual, causando o desaparecimento da vítima do cenário forense (ALAGIA, 2018, p. 146-147). Da mesma forma, há a substituição da reparação dos danos pela figura do *ius puniendi*, perpetrado por meio do Estado, que passa a monopolizar a violência legítima.

A violência legítima é então direcionada aos delinquentes, também tratados por certas correntes da criminologia como vítimas da sociedade, segregadas e privadas do mínimo necessário. Nesse contexto, Alagia (2018, p. 57-59) traz a noção de sacrifício como forma de dominar a ameaça de agressão ilimitada nos sistemas penais modernos.

O humano sacrificável tem que reunir as condições de vulnerabilidade ao poder punitivo – delinquentes, prisioneiros de guerra, escravos, crianças, adolescentes solteiros, tarados, detidos da sociedade -, mas também, em casos excepcionais, o *big man* nas sociedades igualitárias, o que vem a demonstrar a semelhança do sacrifício com a seletividade penal (ALAGIA, 2018, p. 29).

Somando-se a ideia de sacrifício e a seletividade penal ao paradigma retributivo, tem-se o insucesso desse modelo, o que não é nenhuma novidade. O Brasil é o quinto país mais populoso do mundo, possuindo a terceira maior população carcerária. Além da crescente taxa de encarceramento, as prisões brasileiras não seguem nenhuma regra nacional ou internacional, gerando um ambiente de desumanidade. Caracterizam uma zona não hegemônica, totalmente alheia ao sistema jurídico, que Pietro Costa (1974) denomina de zona de não direito. Percebe-se que, para além da vulnerabilidade, existe ainda uma vulnerabilização da população privada de liberdade (ZAFFARONI, 1991).

Nessa perspectiva, é preciso relembrar que o modelo retributivo não é o único modelo de justiça existente no Ocidente. Apesar de ter se estabelecido um monopólio retributivo durante os últimos séculos, outros modelos de justiça predominaram em outras épocas da história, dentre os quais se pode citar a justiça comunitária (ZEHR, 2008, p. 103). Além disso, nas últimas décadas, tem-se percebido a emergência de um novo modelo, trazendo uma nova abordagem a respeito da pena e da punição: a justiça restaurativa.

Em 1974, surgiu em Ontário, no Canadá, um programa comunitário que apresentava como objetivo a realização de mediação de conflitos entre as vítimas e ofensores, almejando a reconciliação após a decisão judicial. Desse programa nasceu o interesse em estudar a justiça restaurativa no Ocidente (BRAITHWAITE, 2002, p. 8 ss.). Posteriormente, durante os anos 1980, houve uma expansão da justiça restaurativa como movimento social, através dos trabalhos de Howard Zehr, Daniel Van Ness, Tony Marshall, dentre outros, partindo também da Austrália e da Nova Zelândia.

Nos Estados Unidos, durante as décadas de 1960 e 1970, viveu-se um colapso envolvendo a pena privativa de liberdade e o ideal ressocializador, o que acabou por ocasionar, durante a próxima década, “[...] o desenvolvimento de ideias de restituição penal e de reconcilia-

ção com a vítima e com a sociedade” (PALLAMOLLA, 2009, p. 34). Surgiram então duas propostas político-criminais: uma delas sugerindo uma renovação do retribucionismo e a outra enfocando na vítima, a partir de um movimento reparador.

No decorrer dos anos 1990, ocorreu a disseminação da justiça restaurativa pelo mundo, ampliando-se tanto nos Estados Unidos quanto no continente europeu. Despertou-se o interesse dos pesquisadores, que vislumbraram na Justiça Restaurativa uma possibilidade contra a ineficiência e o fracasso do sistema de justiça criminal tradicional (PALLAMOLLA, 2009).

Assim, a Justiça Restaurativa surgiu como uma:

(...) reação à perceptível ineficiência e alto custo (humano e financeiro) dos procedimentos da justiça convencional e, por outro, como uma reação ao fracasso desses sistemas convencionais em responsabilizar expressiva ou significativamente os infratores ou em atingir adequadamente as necessidades e interesses das vítimas (ACHUTTI, 2009, p. 71).

A expressão Justiça Restaurativa começou a ser utilizada no sentido empregado atualmente a partir dos anos 1990, juntamente com o crescimento da pesquisa, apesar de ser possível, como mencionado, detectar a prática de diversos programas englobando conciliação e reparação entre vítima e ofensor a partir dos anos 1970 (ACHUTTI, 2016, p. 58).

Segundo Daniel Achutti (2016, p. 91), três tendências podem ser identificadas como sendo mais importantes para o nascimento do movimento restaurativo: a) movimentos pelos direitos das vítimas e pelos direitos feministas; b) comunitarismo (que considera a comunidade como um meio e como um fim para a justiça restaurativa); c) abolicionismo penal (decorrente da criminologia crítica dos anos 1970 e 1980, propõe a substituição da justiça criminal por um modelo de administração de conflitos).

Devido ao envolvimento de tantos movimentos sociais e pesquisas acadêmicas, a justiça restaurativa começou a ser considerada também um movimento social. “Todas as tendências e movimentos, e uma multiplicidade de iniciativas intuitivas separadas, conduziram a um reino de práticas, movimentos sociais, formações teóricas, [...] pesquisa empírica, que hoje é referida como ‘justiça restaurativa’” (WALGRAVE, 2008, p. 15).

Mesmo tendo decorrido mais de duas décadas, a justiça restaurativa ainda não possui um conceito bem delineado. Em decorrência de sua complexidade e diversidade de finalidades, torna-se difícil delimitar uma definição clara, o que acarreta fundamentalmente duas consequências: “[...] cria-se o risco de que práticas que não respeitam os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo e dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles” (PALLAMOLLA, 2009, p. 54).

No entanto, é possível traçar algumas diferenciações e delimitações.

A justiça retributiva, que predomina no sistema atual, entende o crime como uma ofensa contra o Estado, envolvendo uma ação contrária à lei. Cabe, dessa forma, à justiça determinar a culpa e infligir a pena. Na justiça restaurativa, diferentemente, o crime também representa a dilaceração de um relacionamento entre ofensor e vítima, que, mesmo sem possuírem uma relação anterior, criam um vínculo, que em geral é hostil. Não sendo solucionado, esse relacionamento hostil afetará o bem-estar de todas as partes envolvidas (ZEHR, 2008, p. 185).

Ressalta-se, porém, que:

Cura para as vítimas não significa esquecer e minimizar a violação. Implica num senso de recuperação, numa forma de fechar o ciclo. A vítima deveria voltar a sentir que a vida faz sentido e

que ela está segura e no controle. O ofensor deveria ser incentivado a mudar. Ele ou ela deveriam receber a liberdade de começar a vida de novo. A cura abarca um senso de recuperação e esperança em relação ao futuro (COLET; CALLEGARI, 2011, p. 107).

Nesse sentido, a justiça restaurativa vai além da mera resposta punitiva à transgressão da lei. Permite que as partes afetadas participem de maneira direta do processo colaborativo, buscando o menor dano possível. Esse modelo permite que a justiça seja sentida pelas partes, que não participarão apenas como meras espectadoras. Busca-se, através delas, entender exatamente em que moldes o fato ocorreu, para compreender quais foram os danos causados e reestabelecer o equilíbrio social.

Em busca de um conceito que possa definir de maneira adequada a justiça restaurativa, Howard Zehr (2008, p. 192) traz a seguinte definição:

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações mais amplas. Para tanto o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor.

Pode-se perceber que a justiça restaurativa possui um conceito aberto e fluido, que tem sido construído no decorrer das décadas, desde os primeiros estudos até agora. Inicialmente, envolvia apenas vítima e ofensor, passando posteriormente a abranger as famílias e a comunidade, das mais variadas formas (mediação, conferências) e em todas as etapas do processo penal. Procurando compreender a complexidade da justiça restaurativa, Raffaella Pallamolla (2009, p. 55 ss.) analisa três concepções que são recapituladas por Johnstone e Van Ness.

A primeira das concepções traz a noção de encontro, preconizando que deve ser oportunizada para a vítima, para o ofensor e para as partes envolvidas a possibilidade de se encontrarem em um ambiente menos formal, sem a presença de especialistas (juízes, promotores, etc.). Através desse encontro, e contando com o auxílio de um facilitador, as partes assumem uma posição ativa que permite definir, através do diálogo, qual decisão tomar a respeito do problema.

A segunda concepção traz a ideia de reparação. Prescreve que deve ser reparado o dano que foi causado à vítima através da prática do delito. Assim, de acordo com aqueles que defendem essa concepção, não é necessário causar dor ou sofrimento em retribuição ao ofensor, sendo suficiente a reparação. Assim, quando um dano é cometido, a questão central não deveria ser O que devemos fazer ao ofensor?, ou O que o ofensor merece?, mas sim O que podemos fazer para corrigir a situação? (ZEHR, 2008).

Por fim, a terceira concepção traz a noção de transformação. De acordo com ela, a finalidade principal da justiça restaurativa seria a modificação da compreensão que as pessoas têm de si mesmas e a maneira como se relacionam entre si. Essa ideia diferencia a concepção da transformação das demais concepções, já que modifica na essência a maneira de viver e de ver o mundo da sociedade, acabando com a diferenciação existente entre o crime e as demais condutas danosas.

Após a análise dessas três concepções, Pallamolla (2009, p. 59) ressalta que, apesar de diferentes, as três possuem alguns pontos em comum e estão abrangidas no movimento restaurativo. Além disso, nem sempre seria possível categorizar determinada prática restaurativa em apenas uma dessas concepções, pois as três envolvem as ideias de encontro, reparação e transformação, alternando apenas o enfoque.

A reparação do dano no procedimento restaurativo envolve etapas previstas no programa proposto pela justiça restaurativa, engloban-

do: a) mediação entre a vítima e o ofensor; b) conferência; c) círculos; d) assistência à vítima; e) assistência ao (ex)ofensor; f) restituição; g) serviço comunitário (COLET; CALLEGARI, 2011, p. 10).

Chris Marshall, Jim Boyack, e Helen Bowen (2005), ao analisarem a experiência da Nova Zelândia, trazem uma série de valores que são considerados como fundamentais para a aplicação da justiça restaurativa, diferenciando-a das demais abordagens de resolução de conflitos: participação, respeito, honestidade, humildade, interconexão, responsabilidade, empoderamento e esperança.

Cumpre ainda analisar a posição ocupada pela justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal. Para tanto, Raffaella Pallamolla (2009, p. 85 ss.) traz uma classificação feita por Van Ness, identificando quatro modelos possíveis. O primeiro deles é o modelo unificado (*unified model*), segundo o qual o sistema de justiça criminal seria integralmente restaurativo, não deixando a opção de utilização de outros modelos e sendo aplicado inclusive aos casos em que não existe a voluntariedade das partes.

O segundo modelo é o *dual track model*, no qual o sistema de justiça criminal atua paralelamente ao sistema de justiça restaurativa, mas de maneira a preservar a independência normativa. Eventualmente, pode existir uma cooperação entre os sistemas, sendo também permitido que as partes mudem de um sistema para o outro, para melhor atender a seus interesses.

O terceiro modelo seria o *backup model*, consistindo numa variação dos dois primeiros, sendo direcionado para a unificação dos dois sistemas, mas entendendo a justiça criminal como um suporte para o sistema restaurativo, que atua de forma residual, quando a justiça restaurativa não solucionar o problema. Um exemplo seria a discussão a respeito da culpa do ofensor.

Por fim, o quarto modelo seria um modelo híbrido, composto em parte por valores restaurativos e em parte por valores do sistema tradi-

cional de justiça criminal, adotando-se a justiça restaurativa a partir da sentença. É aplicado principalmente em situações envolvendo crimes violentos e no contexto das prisões.

Percebe-se, assim, que a depender do modelo adotado, a justiça restaurativa pode ser aplicada concomitantemente ao sistema criminal tradicional, ou mesmo complementá-lo.

Importante, ainda, mencionar a Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU), que trata dos Princípios Básicos para a Utilização de Programas Restaurativos em Matéria Criminal. Seguindo a linha da Resolução 2002/12 da ONU, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 225, de 31/05/2016, dispondo sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário.

Em seu art. 1º, traz o que entende como Justiça Restaurativa:

Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato.

A referida resolução regulamenta, ainda, como deve se dar a aplicação dos procedimentos restaurativos pelo Poder Judiciário brasileiro, prescrevendo princípios (como a informalidade, voluntariedade, participação e empoderamento) e formas de atuação. O momento de sua aplicação fica em aberto, o que permite sua utilização inclusive de maneira concomitante à execução da pena privativa de liberdade, como analisado neste trabalho.

2. PRISÕES, DESUMANIDADE E JUSTIÇA RESTAURATIVA

O ambiente de execução da pena se constitui em um cenário de vitimizações sistemáticas e cotidianas, com notório nível de seletividade penal.¹

No primeiro semestre de 2016, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos 700 mil, mais de oito vezes maior do que em 1990. Entre 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento aumentou 157% no Brasil. Em junho de 2016, eram 352,6 pessoas presas para cada 100 mil habitantes. Em relação ao número de vagas, observa-se um déficit total de 358.663 mil vagas e uma taxa de ocupação média de 197,4% em todo o país. Em torno de 40% das pessoas presas ainda não haviam sido julgadas e condenadas. Os crimes de tráfico de drogas correspondem a 28% das incidências penais. Os crimes de roubo e furto somam 37% e os homicídios representam 11% (BRASIL, INFOPEN, junho de 2016).

Os últimos meses de 2016 e os primeiros meses de 2017 registraram mortes e massacres dentro de unidades prisionais em distintos estados brasileiros. Em 2014, a taxa de óbitos por homicídio nas unidades prisionais do Brasil era de 9,52 para cada 10 mil pessoas privadas de liberdade. Outra imagem cruel diz respeito à incidência de enfermidades: a cada 100 pessoas presas em dezembro de 2014, 1,3 vivia com HIV. Da mesma forma, 0,5% da população prisional vivia com sífilis, 0,6% com hepatite, 0,9% com tuberculose e 0,5% com outras doenças (BRASIL, INFOPEN, dezembro de 2014).

É possível detectar certa automatização da violência estatal e institucional no sistema penal e penitenciário, cujas sobrecargas prisionais se apresentam de forma mais intensa quando envolve grupos sociais

¹ Trata-se de um lugar onde a população se enquadra numa massa com marcadores evidentes: pobreza, etnia, cor da pele, formas de exteriorização, situação familiar, gênero, delitos cometidos, etc. (NEUMAN, 1994, p. 64).

vulneráveis (LGBT, deficiência, situação de rua, indígenas, estrangeiros, autores de crimes sexuais, crianças e adolescentes, saúde mental e uso de drogas, pessoas idosas, população negra, jovens, mulheres).

A partir da análise da amostra de pessoas privadas de liberdade em junho de 2016, pode-se afirmar que 55% da população prisional é formada por jovens (até 29 anos), e a mesma população representa 18% da população total brasileira. O grau de escolaridade é extremamente baixo: aproximadamente oito em cada dez pessoas presas estudaram, no máximo, até o ensino fundamental, enquanto a média nacional de pessoas que não frequentaram o ensino fundamental ou o têm incompleto é de 61% (BRASIL, INFOPEN, junho de 2016).

A distribuição da população privada de liberdade por cor ou etnia demonstra a sobrerrepresentação de pessoas negras presas: dois em cada três presos são negros. A porcentagem de pessoas negras no sistema prisional é de 64%, e, na população brasileira em geral, a proporção é significativamente menor (53%) (BRASIL, INFOPEN, junho de 2016).

A população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, o que representa um aumento de 656% em relação ao total registrado no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional. No mesmo período, a população prisional masculina cresceu 293%. Entre 2000 e 2016, a taxa de encarceramento de mulheres aumentou 525%, passando de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000 para 40,6 mulheres encarceradas em 100 mil. Do total de 42 mil mulheres privadas de liberdade, 45% não haviam sido ainda julgadas e condenadas. A maior parte dos estabelecimentos foi projetada para o público masculino: 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas ou celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino (BRASIL, INFOPEN, junho de 2016).

As violações que decorrem das desumanidades atingem a dignidade humana e a distribuição de políticas de assistência à saúde, jurídica, social, educacional, laboral, etc. As violências podem ser ratificadas pela gênese contraditória do cárcere, especialmente no Brasil, bem como pelas continuidades de métodos e práticas que, diante da formação de uma conduta omissa do Estado com relação aos cidadãos, não resolvem o problema, e só legitimam o sofrimento por meio do castigo.

A justiça restaurativa, conforme já mencionado, pode servir como um complemento ao sistema vigente. Pallamolla (2009, p. 99 ss.), citando um estudo publicado pelas Nações Unidas, menciona que os programas restaurativos podem ocorrer em pelo menos quatro estágios do procedimento de justiça criminal: na fase policial; na fase pós-acusação, com o encaminhamento feito pelo Ministério Público; na etapa do juízo, com o encaminhamento feito pelo Tribunal; e por fim, na fase da punição, “como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada à pena de prisão”. No caso de aplicação dos programas restaurativos durante a fase da punição, o encaminhamento pode se dar pelo próprio órgão prisional.

Ressalte-se que, no Brasil, nos termos do art. 2º da Resolução nº 225 do CNJ, a aplicação do procedimento restaurativo pode ocorrer de maneira alternativa ou concorrente com o processo convencional. Ainda, de acordo com o art. 7º, poderão ser encaminhados em qualquer fase dos processos judiciais, “pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social”.

Apesar da existência dessa possibilidade e de uma certa multiplicação do número de prisões no Brasil que aplicam processos restaurativos, ainda é uma prática incomum. Van Ness (2020), ao tratar sobre justiça restaurativa nas prisões, alega que há diversas razões para que a maioria dos programas restaurativos sejam realizados fora das prisões.

Primeiro, porque é muito mais fácil para os ofensores repararem o dano causado quando não estão na prisão. Além disso, a justiça restaurativa frequentemente é baseada na própria comunidade, o que significa que o programa funciona com as vítimas e os ofensores em um ambiente comunitário. Por fim, existe a esperança de que a justiça restaurativa possa se tornar um método de redução das demandas judiciais e da superpopulação prisional.

Apesar desses argumentos, existem esforços para explorar de que forma a justiça restaurativa pode ser encaixada no ambiente prisional, aplicando integralmente seus princípios e valores. Nesse contexto, Van Ness (2020) classifica os programas restaurativos nas prisões de acordo com seus objetivos: (1) Programas que buscam ajudar os prisioneiros a desenvolverem consciência e empatia pelas vítimas. Um exemplo seria o programa desenvolvido em Hamburgo, na Alemanha, focado nos primeiros três meses dos prisioneiros na instituição, durante os quais são ajudados a refletir sobre a vitimização. (2) Programas que possibilitam aos prisioneiros repararem o dano causado às vítimas. Nessa linha, o *International Centre for Prisons Studies in the UK* iniciou um projeto de prisão restaurativa em três estabelecimentos, com o objetivo de criar oportunidades para os prisioneiros atuarem em serviços comunitários dentro e fora da prisão. (3) Programas destinados à mediação entre prisioneiros e suas vítimas, suas famílias e a comunidade. Nesse sentido, o programa *Prison Fellowship*, em Camboja, permite que voluntários conversem e facilitem o relacionamento entre os prisioneiros e os membros de suas famílias. (4) Programas com o objetivo de fortalecer os laços entre os prisioneiros e a comunidade onde vivem. Um exemplo seria o programa desenvolvido pelo *International Centre for Prisons Studies in the UK*, já citado. (5) Programas de desenvolvimento de uma cultura segundo a qual os conflitos existentes no ambiente prisional são resolvidos pacificamente. Um programa adotado em Ohio, nos Estados Unidos, segue essa linha, permitindo que prisioneiros treinados para

serem mediadores ajudem outros prisioneiros em conflito a encontrar a solução. (6) Por último, programas que ambicionam criar um ambiente dentro do qual os prisioneiros possam ser inteiramente transformados. Resultariam na criação de uma “prisão virtuosa”. O principal problema desses programas está no fato de que o ambiente prisional vai no sentido contrário a essa transformação.

Dessa forma, percebe-se que é possível a compatibilização dos valores restaurativos com qualquer fase do processo criminal, o que possibilita sua aplicação dentro dos estabelecimentos carcerários. A situação de vulnerabilidade, violência e conflito resultante da aplicação da pena privativa de liberdade traz a possibilidade de sua utilização no âmbito das boas práticas destinadas ao tratamento mais humano dos presos.

No Brasil, valores como a voluntariedade, a colaboração, a conscientização do dano e a igualdade entre as partes demonstram compatibilidade com o Princípio da Humanidade, previsto na Lei de Execução Penal (LEP), e que constitui “o cerne de uma visão moderna e democrática da execução penal, pautada pela precedência e ascendência substanciais do ser humano sobre o Estado e pela necessidade de reduzir ao máximo a intensidade da afetação individual” (ROIG, 2016, p. 28). Trazem, assim, a dignidade da pessoa humana para o centro da execução penal.

3. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO JUSTIÇA SOCIAL DIANTE DA INJUSTIÇA PENAL

Justiça social e sistema criminal são tratados pelos governos em geral como dois assuntos distintos. A realização da justiça social requer políticas capazes de reestruturar a economia, combater o desemprego e a desigualdade, melhorar a educação e instituir impostos que sejam progressivos, de acordo com cada camada social. A reforma do sistema

criminal não parece fazer parte dos objetivos sociais (BRAITHWAITE, 2000, p. 185). Entretanto, para descortinar essa visão, é importante fazer uma pequena reflexão sobre alguns aspectos da filosofia política republicana aplicada aos fundamentos da justiça criminal (principalmente no que se refere ao castigo) trazida por Roberto Gargarella (2008).

No cerne de um ideal republicano, permanecem as premissas do autogoverno e dos valores que foram imortalizados pela Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. Somente através da consolidação desses valores é possível a existência de um autogoverno efetivo e, conseqüentemente, de uma república: indivíduos livres e iguais que, ao obedecerem às leis, obedecem a si mesmos.

Esse seria o modelo republicano ideal, que, apesar de ser inalcançável, auxilia na elaboração de diretrizes para o embasamento de um pensamento crítico a respeito. Surge daí a necessidade de definir o extremo oposto à ideia de autogoverno: a noção de alienação legal (GARGARELLA, 2008, p. 27).

Alienação legal pode ser conceituada como a situação na qual os indivíduos não conseguem se identificar com a lei, não tendo participado de sua criação e não podendo desafiá-la. Tal situação acaba por transformá-los em vítimas. Como consequência, quanto mais desigual é uma sociedade, maior é a possibilidade de que a lei deixe de expressar a vontade geral. Nessa conjuntura, de acordo com Gargarella (2008, p. 28), as condições essenciais para a validade de uma lei começam a diluir-se. E mais ainda: existiria uma presunção de alienação legal sempre que um determinado grupo tenha sido privado dos direitos humanos básicos, de maneira sistemática, ao longo do tempo.

Através dessa conceituação, nascem outras reflexões, principalmente em torno do direito do Estado de castigar pessoas que pertencem a grupos por ele mesmo marginalizados.

Nesse sentido, Antony Duff (1998, 189 ss.) discorre sobre a existência de grupos de indivíduos dentro da sociedade que se encontram

sistematicamente excluídos dos mais diversos setores. Esses indivíduos estão vinculados ao Estado como cidadãos, mas não possuem acesso a um mínimo de inclusão para que possam ser considerados como tais. A partir daí, pode-se questionar como castigar de maneira justa aqueles sujeitos cujas infrações estão diretamente associadas com a injustiça social por eles sofrida.

Ponderando sobre castigo, e seguindo a tendência de outros autores também identificados com o republicanismo, Roberto Gargarella (2008, p. 36) aponta para a diferença existente entre reprovação e castigo, colocando em relevo sua importância principalmente no meio acadêmico, que tende a utilizar as duas expressões como sinônimos.

El castigo, tal como suele entenderse, implica una manera especial de recriminar la conducta de alguien, referida a la imposición de tratamientos severos sobre el que ha cometido un delito. Afortunadamente, autores como Braithwaite y Pettit (1990) han empezado a separar los términos castigo y reprobación. Para ellos, y crecientemente para muchos otros, no necesitamos del castigo para expresar nuestro reproche a alguien.

Nesse sentido, uma resposta às infrações penais que seja verdadeiramente republicana não pode ser excludente (como o é, em sua maioria), pois transgrediria os princípios basilares do ideal republicano, como a inclusão, a integração social e a vida em comunidade. A resposta a ser adotada deveria ser verdadeiramente inclusiva e orientada para a comunidade, abandonando as noções consensualistas ou retributivistas em busca de uma expressão comunicativa da pena (GARGARELLA, 2008, p. 61).

As respostas inclusivas podem ostentar diferentes formas, dentre as quais se encontra a justiça restaurativa que, como mencionado, implica um procedimento que pode envolver todas as partes afetadas pela prática delituosa, através de um diálogo que objetiva uma solu-

ção conjunta. São esses aspectos dialógicos do procedimento restaurativo que coincidem com as respostas republicanas (GARGARELLA, 2008, p. 66).

Indo mais além, se a liberdade e a capacidade de autodeterminação estão abrangidas dentro dos valores da justiça restaurativa, é inevitável que exista uma forte conexão com questões relacionadas à justiça social. A justiça restaurativa pode (e deve) implicar o empoderamento das partes envolvidas, impactando de maneira importante na redução da injustiça social, na medida em é capaz de diminuir consequências negativas do aprisionamento, como a desigualdade nas oportunidades de emprego, suicídio, estupro, etc. Nesse sentido, possui o potencial de dar voz aos grupos que foram silenciados (BRAITHWAITE, 2000, p. 185).

A possibilidade de utilização da justiça restaurativa, no interior do ambiente prisional e aplicada também aos funcionários penitenciários, como uma ferramenta de transformação que persegue os ideais republicanos, permite uma ampla participação e o empoderamento de todas as partes envolvidas no processo. Destaque-se que os funcionários penitenciários também são afetados pelas condições desumanas do cárcere, motivo pelo qual devem participar ativamente dos procedimentos reparatórios.

A justiça restaurativa aplicada ao cárcere permite, ante a essa situação, uma abordagem pacífica dos conflitos, tanto em relação aos presos e às vítimas quanto em relação aos próprios funcionários penitenciários, trazendo uma solução dialogada, pautada pelo respeito e pela cooperação.

Nesses termos, é possível uma Administração Penitenciária mais pacífica e humana, coerente com os princípios de um Estado Democrático de Direito.

A Administração Penitenciária tem totais condições de zelar pela disciplina e ordem do estabelecimento e pela saúde das pesso-

as presas sem que para isso as submeta a situações humilhantes, práticas estigmatizantes ou, em geral, medidas atentatórias aos direitos fundamentais e que ultrapassem todos os limites legais e éticos do Estado Democrático de Direito. Coerente, a propósito, a percepção de que a execução penal humanizada não só não põe em perigo a segurança e a ordem estatal, mas exatamente o contrário: enquanto a execução penal humanizada é um apoio da ordem e da segurança estatal, uma execução penal desumanizada atenta precisamente contra a segurança estatal (ROIG, 2016, p. 24-25).

Vislumbra-se, assim, a minimização das consequências degradantes ocasionadas pela injustiça penal a partir de uma perspectiva interna à própria prisão, possibilitando um passo à frente na concretização da justiça social.

Além do mais, analisando a atual conjuntura da execução penal no Brasil, a LEP adota um discurso ressocializador. No entanto, segundo Eugenio Raul Zaffaroni (1991, p. 10), esse discurso não é uma utopia, mas um absurdo, pois a submissão dos indivíduos às instituições carcerárias produz efeitos deteriorantes que nunca poderão ser totalmente eliminados, razão pela qual nunca poderá ser atingido o efeito ressocializador.

Nesse sentido, o discurso ressocializador deve ser substituído por um tratamento humano redutor da vulnerabilidade.

A prisionização é o processo de deterioro que opera de modo contrário, ou seja, que normalmente aumenta a vulnerabilidade. É muito difícil imaginar que esse processo possa reverter-se, dadas as características estruturais da prisão. De qualquer maneira, não é de todo impossível pensar numa planificação da atividade da agência penitenciária que se oriente para um tratamento humano que procure não incrementar a vulnerabilidade, na medida do possível, reduzir seus níveis (ZAFFARONI, 1991, p. 18).

Parte desse tratamento redutor de vulnerabilidade seria atribuída aos agentes penitenciários, através de relações mais reais e sinceras entre o operador e o preso, desprovidas de argumentos moralizantes e estereotipados.

Iñaki Rivera Beiras (2017, p. 72), ao propor um Programa de Políticas Públicas para a Redução do Cárcere, afirma que a reintegração das pessoas privadas de liberdade não deve ser perseguida através do cárcere, mas apesar do cárcere.

Traz, ainda, a necessidade de uma assistência aos presos que seja integral, principalmente no momento de liberação do cárcere, em um trabalho conjunto envolvendo as instituições públicas e organizações da sociedade civil com os próprios presos e suas famílias, de maneira a prepará-los para a liberdade (RIVERA BEIRAS, 2017, p. 169).

Nesse contexto, é possível pensar nos procedimentos restaurativos aplicados ao ambiente prisional como ferramentas úteis a essa forma de tratamento. A implementação de uma justiça mais participativa, especificamente através da justiça restaurativa, acarreta, inevitavelmente, o empoderamento e a diminuição da vulnerabilidade dos presos, servindo de garantia à integridade física e psicológica e minimizando os efeitos degradantes ocasionados pela pena. Justiça social e injustiça penal são duas questões interligadas, que não podem mais ser analisadas separadamente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma retributivo retornou ao cerne da doutrina penal, sendo notório o fracasso da ideia de a pena dever servir como dissuasão, neutralização ou reabilitação do delinquente. A aplicação do referido paradigma na realidade brasileira gera, inevitavelmente, um cenário marcado pela violação sistemática dos direitos fundamentais da população privada de liberdade.

Entretanto, faz-se necessário destacar que, em que pese o monopólio do modelo retributivo, tal modelo não é o único existente, havendo outros modelos de justiça que predominaram em outras épocas, como a justiça comunitária, bem como a emergência de um modelo de justiça restaurativa nas últimas décadas. Nessa perspectiva, a justiça restaurativa surgiu como um paradigma de justiça e como um movimento social, sendo influenciada pelos movimentos pelos direitos das vítimas e pelos direitos feministas, pelo comunitarismo e pelo abolicionismo penal.

Em razão da complexidade e da diversidade de finalidades, torna-se difícil estabelecer um conceito bem delineado de justiça restaurativa, sendo fundamental determinar que, ao contrário da justiça retributiva, há uma maior importância do papel da vítima, bem como das famílias e da comunidade como um todo. Suas práticas podem se dar das mais variadas formas, dentre as quais se podem citar a mediação, as conferências e os círculos. Em relação à sua aplicabilidade no cenário brasileiro, sua regulamentação se deu através da Resolução nº 225/2016 do CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O momento de aplicação do processo restaurativo fica em aberto, permitindo sua utilização de forma concomitante à execução da pena privativa de liberdade.

Apesar de ser perceptível uma multiplicação do número de prisões que aplicam processos restaurativos no Brasil, essa ainda é uma prática incomum, visto que existem muitas incompatibilidades entre os valores restaurativos e o ambiente prisional, dentre as quais se pode citar a dificuldade de os ofensores repararem o dano estando privados da liberdade. De outro lado, existem inúmeros programas ao redor do mundo (e até mesmo no Brasil) que demonstram a possibilidade de compatibilização dos valores restaurativos à execução da pena privativa de liberdade, como é o caso do *International Centre for Prisons*

Studies in the UK, o que permite incluir a justiça restaurativa no âmbito das boas práticas destinadas ao tratamento mais humano dos indivíduos privados de liberdade. Especificamente no Brasil, os próprios valores da justiça restaurativa são compatíveis com o Princípio da Humanidade, estabelecido na LEP.

Ainda, deve-se levar em consideração que a liberdade e a capacidade de autodeterminação estão incluídas entre os valores da justiça restaurativa, o que permite estabelecer uma conexão direta com questões relacionadas à justiça social. Nesse contexto, deve-se abandonar o discurso ressocializador, adotando-se um tratamento redutor da vulnerabilidade (e da vulnerabilização), tanto em relação aos indivíduos privados de liberdade quanto em relação aos funcionários penitenciários, envolvendo um trabalho conjunto entre instituições públicas e organizações da sociedade civil.

Conclui-se, assim, que a justiça restaurativa pode ser aplicada ao ambiente prisional como forma de implementação de uma justiça mais participativa, resultando na diminuição da vulnerabilização e minimizando os efeitos degradantes ocasionados pela pena. A justiça restaurativa pode (e deve) implicar o empoderamento das partes, tendo como consequência a redução da injustiça social, na medida em que é capaz de diminuir os impactos negativos do aprisionamento. Dessa forma, justiça social e injustiça penal são duas questões que estão intrinsecamente interligadas, e que não podem mais ser separadas, sob pena de perpetuação de uma realidade de injustiças.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal: Justiça Terapêutica, Instantânea e Restaurativa**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

ALAGIA, Alejandro. **Fazer sofrer**: imagens do homem e da sociedade no direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

BRAITHWAITE, John. Restorative justice and social justice. **Sask. L. Rev.**, v. 63, p. 185, 2000.

BRAITHWAITE, John. **Restorative Justice and Responsive**. Regulation. New York: Oxford University, 2002.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - dezembro de 2014**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen> Acesso em: 20 dez. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Infopen - junho de 2016**. Disponível em: <http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen> Acesso em: 20 dez. 2020.

COLET, Charlise Paula; CALLEGARI, Andre Luis. **Direito Penal e Globalização**. Sociedade do Risco, Imigração Irregular e Justiça Restaurativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COSTA, Prieto. **Il Progetto Giuridico**. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo clássico (Vol. I Da Hobbes a Bentham). Milano: Giuffrè Ed., 1974.

DUFF, Antony. Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability. **Journal of Legal Studies**, Oxford, 18, 1998, p. 189-206.

GARGARELLA, Roberto. **De la injusticia penal a la justicia social**. Bogotá: Universidad de los Andes, Siglo del Hombre Editores, 2008.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a Justiça Restaurativa assegura a boa prática. Uma Abordagem Baseada em Valores. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília - DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

NEUMAN, Elías. **Victimología y control social**. Las víctimas del sistema penal. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1994.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática** 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine *et al.* **Punir em democracia: e a justiça será**. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

RIVERA BEIRAS, Iñaki. **Descarcelación**. Principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical). Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**. Teoria Crítica. São Paulo: Saraiva, 2016.

VAN NESS, Daniel W. **Restorative Justice in Prisons**. Disponível em: <http://restorativejustice.org/am-site/media/restorative-justice-in-prison.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2020.

WALGRAVE, Lode. **Restorative justice, self-interest and responsible citizenship**. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. A filosofia do sistema penitenciário. **Cuadernos de la Cárcel**. Buenos Aires, 1991.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

SOBRE AS AUTORAS E AUTORES



Maria das Graças Pinto de Britto

Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidad de Jaén, Espanha. Pós-graduada em Ciências Políticas (ISP-UFPeL). Pós-graduada em Sociologia (ICH-UFPeL). Pós-graduada em Direito Romano e Direito do Mercosul (PUC-RS). Graduada em Direito (UFPB), Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPeL). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direito da UFPeL. Membro do Colegiado de Curso da Faculdade de Direito da UFPeL. Membro do Colegiado do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado da faculdade de Direito da UFPeL. Membro do Núcleo Docente Estruturante da Faculdade de Direito (UFPeL). Membro Permanente do Comitê Científico da Rivista Visoni Latino Americane do Centro Studi per America Latina da Università degli Studi di Trieste, Itália. Secretária Geral da URBS-União dos Romanistas Brasileiros. Correspondente para o Brasil da Rivista Internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana - Diritto@Storia da Università degli Studi di Sassari, Itália. Professor colaborador do Núcleo de Pesquisa Estado, Justiça e Direitos Sociais da UFPeL. Professor colaborador do Grupo de Iniciação à Pesquisa em Direito e Políticas Públicas (GIP/FD/UFPEL) da Faculdade de Direito da UFPeL.



Bruno Rotta Almeida

Doutor e mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS. Pós-doutor em Criminologia e Sociologia Jurídico-Penal pela Universitat de Barcelona. Professor adjunto da Faculdade de Direito e coordenador e professor permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado em Direito da UFPel.

Coordenador do Libertas - Programa Punição, Controle Social e Direitos Humanos.



Laerte Radtke Karnopp

Doutorando em Direito (área de concentração em Direito Público) na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Direito (área de concentração em Direitos Sociais) pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Bacharel em Direito e Licenciado em Letras pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel).

Auditor no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-rio-grandense (IFSul).

Alex Jordan Soares Monteiro Mamede

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPel. Especialista em Direito Processual do Trabalho. Oficial de justiça avaliador federal.

Aline Santestevan Oliveira Iribarrem

Mestra em Direito pela Universidade Federal de Pelotas - UFPEL. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas (UCPEL).

Ana Karina Licodiedoff Baethgen

Graduanda do curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC. Pesquisadora bolsista de iniciação científica do Grupo de Pesquisa em Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano, linha Constitucionalismo Crítico, Unesc. E-mail: anabaethgen@gmail.com

Ândreo da Silva Almeida

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. E-mail: andreodsilmeida@gmail.com

Antonio Rubio Correa

Departamento de Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bruno Leitão

Doutor em Direito (PUCRS) e Mestre em Direito Público (UFAL). Professor de Direito Penal no Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL). Advogado. brunoleitao.adv@hotmail.com

Carlos R. Constenla

Presidente del Instituto Latinoamericano del Ombudsman – Defensorías del Pueblo. Profesor universitario en Buenos Aires y Córdoba.

César Augusto Costa

Sociólogo. Professor no Programa de Pós-Graduação em Política Social e Direitos Humanos/UCPEL. Coordenador do Núcleo de Estudos Latino-Americano (NEL/UCPEL). Pesquisador do Laboratório de Investigações em Educação, Ambiente e Sociedade (LIEAS/UFRJ). E-mail: sociologors@gmail.com

Eliane Peres Degani

Doctoranda en Derecho por la Universidad Alcalá de Henares (España). Mestre em Ciências Criminais por la PUCRS (Brasil). Maestría em Derecho Penal y Política Criminal por la Universidad de Málaga (España). Contacto: elidegani@gmail.com. ORCID ID: 0000-0002-6256-6304.

Emília Piñeiro

Advogada. Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos/UCPEL. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Latino-Americano (NEL/UCPEL). E-mail: emiliapineiro@gmail.com

Francesco Lazzari

Ex-professor titular de sociologia da Universidade de Trieste (Itália). Fundador e diretor da revista internacional *Visioni LatinoAmericane* (www.visionilatinoamericane.com; www.openstarts.units.it/handle/10077/4947); e-mail: lazzariunits@hotmail.com

Francisco de Assis de França Júnior

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra (PT). Professor no Centro Universitário CESMAC (Maceió/AL). Advogado. francajuniorDireito@gmail.com

Giovanni Lobrano

Professor Catedrático de Direito Romano da Faculdade de Direito da Universidade de Sassari-Sardenha. Doutor Honoris Causa da Pontifícia Universidade Católica do Peru. Membro da ASSLA - Associação de Estudos Sociais Latino-Americanos (Sassari). Membro do Centro CNR - Conselho Nacional de Pesquisa - Estudos sobre os Sistemas Jurídicos do Mediterrâneo (Universidade “La Sapienza” de Roma).

Guilherme Camargo Massaú

Professor do PPGD, do PPGCPol e da Faculdade de Direito da UFPel.

Itibere de Oliveira Castellano Rodrigues

Prof. Dr. da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas - RS (UFPEL).

Jael Sânera Sigales Gonçalves

Doutora, mestre e licenciada em Letras; bacharel e mestre em Direito. Pesquisadora de pós-doutorado em Linguística na Universidade Estadual de Campinas. E-mail: jaelgoncalves@gmail.com

Karinne Emanoela Goettems dos Santos

Doutora e mestre em Direito pela Unisinos. Professora adjunta da graduação e pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Coordenadora do Serviço de Assistência Jurídica da UFPEL.

Lucas Machado Fagundes

É pós-doutor em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS (2018). Doutor (2015) e mestre (2011) em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor e pesquisador do Mestrado em Direitos Humanos e Sociedade da Universidade do Extremo Sul Catarinense. Professor visitante no Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luís de Potosí, México. Professor colaborador da Maestría en Derechos Humanos y Gobernanza - Universidad Cooperativa de Colômbia. Pesquisador e Coordenador de GT-CLACSO (Conselho Latino-americano de Ciências Sociais). E-mail: lmachado@unescc.net

Marcelo Nunes Apolinário

Doutor em “Derechos Fundamentales” pela Universidad Autónoma de Madrid. Pós-doutor em Direito pela Universidad Autónoma de Madrid. Professor da Faculdade e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas. Coordenador dos Projetos de Pesquisa: “Estado, Constituição e Direitos Fundamentais” e “Jurisdição Constitucional, diálogos institucionais entre os poderes e tutela dos direitos fundamentais”. E-mail: marcelo_apolinario@hotmail.com

Márcia Rodrigues Bertoldi

Investigadora postdoctoral María Zambrano (2022-2024), Universidad de Barcelona (España). Profesora de la Maestría en Derecho de la Universidad Federal de Pelotas (Brasil). Doctora en Derecho por la Universidad de Girona (España). Contacto: marciabertoldi@yahoo.com. ORCID ID: 0000-0003-3161-0445.

Otávio Santiago Gomes da Silva

Doutorando no Programa de Pós-graduação em Ciência Política da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Mestre em Ciência Política (UFPEL). Bacharel em Direito (UFPEL). otaviosgs@yahoo.com.br. Afiliação: Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Bolsista da Capes (Demanda Social - DS).

Renata Gerhardt de Barcelos

Pedagoga, mestra e doutoranda em Educação em Ciências pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Docente dos anos iniciais, e atualmente gestora, da Rede Pública Municipal de Porto Alegre- RS. Integrante do Grupo de Pesquisa: Educação Integral na Escola e na Sociedade: Sujeitos, Territórios, Dimensões e Interfaces. E-mail: renatagbarcelos@yahoo.com.br

Ricardo Nascimento Abreu

Doutor e licenciado em letras; bacharel e mestre em Direito. Professor da Universidade Federal de Sergipe. E-mail: tennascimento@gmail.com

Rodrigo da Silva Vernes-Pinto

Advogado, doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, Bolsista Proex/Capes, mestre em Direitos Humanos pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER, pós-graduado em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), graduado em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - UNIRITTER. Integrante do Grupo de Pesquisa: Direito da antidiscriminação, proibição de discriminação por sexo, gênero, sexualidade e raça, e sociedade do ódio. E-mail: rodrigo-dsilva@hotmail.com

Roneide Lucia da Silva

Graduada em Direito pelo Centro Universitário Cesmac (Maceió/AL). Pós-graduanda em Direito Tributário pelo Descomplica Cursos. Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Autônoma de San Luis Potosí (México). roneidel19@gmail.com

Ruben Rockenbach Manente

Professor da Faculdade Cesusc (Florianópolis-SC). Pós-doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2021). Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha-Espanha). E-mail: rubenmanente@hotmail.com

Taiguer Henrique Silva Saraiva

Mestrando em Direito, Universidade Federal de Pelotas (PPGD/UFPel). E-mail: taiguer842@gmail.com

Valmôr Scott Junior

Doutor em Educação (UFSM), docente na Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Pelotas (FD/UFPel). E-mail: valmorscottjr@gmail.com

Zacarias Filipe Zinocacassa

Universidade Católica de Moçambique - Faculdade de Direito - Nampula - Moçambique. zzinocacassa@ucm.ac.mz zinocacassa@gmail.com. Professor auxiliar da Universidade Católica de Moçambique - Faculdade de Direito; doutor em Direito público; mestre em Direito e Desenvolvimento sustentável e licenciado em Direito.