



Volume 24

2019

Presidente Prudente/SP

INTERTEMAS	Presidente Prudente	v. 24	329 páginas	2019
------------	---------------------	-------	-------------	------

ISSN 1516-8158 (físico)
ISSN 2176-848X (eletrônico)

CENTRO UNIVERSITÁRIO ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE PRESIDENTE PRUDENTE

Reitora e Pró-Reitora Acadêmica: Zely Fernanda de Toledo Pennacchi Machado
Pró-Reitora Financeira: Maria do Carmo de Toledo Pennacchi
Pró-Reitora Administrativa: Maria Inês de Toledo Pennacchi Amaral

REVISTA INTERTEMAS

Linha editorial: Relações Sociais e Ambientais para uma Sociedade Inclusiva
Temática: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Desenvolvimento
Periodicidade anual

EDITORES

Ana Carolina Greco Paes (TOLEDO PRUDENTE)
André Simões Chacon Bruno (USP)
Sérgio Tibiriçá Amaral (TOLEDO PRUDENTE)

CONSELHO EDITORIAL

Alfonso Jaime Martínez Lazcano (SNI-CONACYT)
Daniel Brantes Ferreira (UCAM)
Dennys Garcia Xavier (UFU)
Felipe Rodolfo de Carvalho (UNEMAT)
Haroldo de Araujo Lourenço da Silva (UFRJ)
Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro (TOLEDO PRUDENTE)
Wladimir Brega Filho (FUNDINOPI)

EQUIPE TÉCNICA

Ana Carla dos Santos Barboza (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)
Daniela Mutti (Secretária –TOLEDO PRUDENTE)

Versão eletrônica

ISSN 2176-848X

Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS>

Indexadores e Diretórios

Latindex folio 14938

Sumários de Revistas Brasileiras código 006.064.819

Permuta/Exchange/Échange

Biblioteca "Visconde de São Leopoldo" – TOLEDO PRUDENTE

Praça Raul Furquim nº 9 – Vila Furquim

CEP 19030-430 – Presidente Prudente / SP

Sítio eletrônico

<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/INTERTEMAS>

Contato

Telefone: +55(18)3901-4004 E-mail: nepe@toledoprudente.edu.br

Intertemas: Revista da Toledo, v. 24 – 2019

Presidente Prudente: Centro Universitário "Antônio Eufrásio de Toledo".
2019. 21cm Revista do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo
de Presidente Prudente (SP)

1.Direito – Periódicos CDD – 340.5

ISSN 1516-8158

ISSN 2176-848X (eletrônico)

Sumário/Contents

NOTA AO LEITOR.....	5
UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS	6
<i>Alexandre Simão de Oliveira Cardoso</i>	
O CONCEITO DE REGRA:UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER	27
<i>Felipe Rodolfo de Carvalho</i>	
RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O “ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA TEORIA CRÍTICA	44
<i>Jonathas Vinicius Figueiredo Morais</i>	
REVOLUÇÃO NA <i>TERRA PLANA</i> : CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA.....	69
<i>Gabriel Mota Maldonado</i>	
MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?	87
<i>Ana Carolina Greco Paes</i>	
A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO	105
<i>Ana Laura Perozo Bortolo</i> <i>Sérgio Tibiriça Amaral</i>	
A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	133
<i>Lucas Octavio Noya dos Santos</i>	
A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA.....	162
<i>Sérgio Tibiriça Amaral</i> <i>Ellãn Araújo Silva</i>	
A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA.....	190
<i>Jesualdo Eduardo Almeida Junior</i>	

A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI 13465/17 ..209
Jacqueline Letícia Stachwski Dalago
Sarah Francine Schiriner

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA231
Letícia Tavares Rodrigues
Douglas Barbosa da Silva
Guilherme Bittencourt Martins

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS254
Alfonso Jaime Martínez Lazcano

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA287
Jacobo Mérida Cañaverl

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES300
Talita Garza
Luís Gerardo Rodríguez Lozano

NOTA AO LEITOR

É com grande satisfação que oferecemos aos nossos leitores a 24ª edição da revista INTERTEMAS, que no ano de 2019 comemora 20 anos de existência.

Nessa edição comemorativa, citamos o professor Doutor Sebastião Jorge Chammé, fundador da revista INTERTEMAS, que, versando sobre a mesma, escreveu no ano de 1999 o seguinte: “todos os textos aqui contidos, um a um, estarão revelando ao leitor, a magia que tão bem a linguagem escrita é capaz de revelar”.

Seguimos, inspirados pela lição do Prof. Dr. Chammé, procurando entregar aos leitores artigos que reflitam discussões acadêmicas de qualidade. Todos artigos foram escritos por mestres e/ou doutores, sendo que quatro deles foram acompanhados de discentes orientandos destes pós graduados. A revista INTERTEMAS procura dar voz aos discentes que têm se empenhado em suas pesquisas.

Nesta edição comemorativa, foi dado enfoque à visão crítica do direito, abordada em artigos que tratam sobre a filosofia do direito, direitos humanos e direito civil. Contamos também com três artigos estrangeiros produzidos por pós graduados da Universidade Autônoma do México.

Por fim, buscando ampliar a divulgação e o acesso à pesquisa, esta edição sela a transição das revistas físicas para a plataforma digital como meio de divulgação da revista INTERTEMAS.

Desejamos a todos e todas uma ótima leitura.

A Comissão Editorial

UMA BREVE ANÁLISE DO DISCURSO JURÍDICO A PARTIR DE ALGIRDAS JULIEN GREIMAS

CARDOSO, Alexandre Simão de Oliveira¹

RESUMO: O objetivo deste artigo é apontar algumas das contribuições possíveis que a Semiótica de matriz francesa, proposta por Algirdas Julien Greimas, pode trazer se aplicada ao ato máximo processual – a decisão judicial. Deste modo, valendo-se da pesquisa bibliográfica sobre a teoria semiótica greimasiana, pretende-se identificar as imbricações desta teoria sobre a análise do discurso decisório judicial, fazendo emergir os problemas do decisionismo e do voluntarismo judicial desta produção discursiva. Na sequência, identificados tais vícios, buscamos propor como a teoria semiótica em questão, em constante dialogismo ao agir comunicativo de Jürgen Habermas, propõe a construção de decisões judiciais mais justas e, conseqüentemente, constitucionalmente mais apropriadas.

Palavras-chave: Semiótica; Processo; Decisão Judicial.

ABSTRACT: The aim of this article is to point out some of the possible contributions that the French matrix Semiotics, proposed by Algirdas Julien Greimas, can bring to the maximum procedural act - the court decision. Thus, drawing on the bibliographical research on the greimasian semiotic theory, we intend to identify the implications of this theory on the analysis of judicial decision discourse, emerging the problems of decisionism and judicial voluntarism of this discursive production. After identifying these vices, we seek to propose how the semiotic theory in question, in constant dialogism in the communicative action of Jürgen Habermas, proposes the construction of fairer and, consequently, constitutionally appropriate judicial decisions.

Keywords: Semiotics; Process; Judicial Decision.

¹ Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo – USP. Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Letras pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – FFLCH/USP. E-mail: alexandre.cardoso@usp.br.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é demonstrar como a matriz teórica escolhida – a Semiótica da *École de Paris*, notadamente proposta por Algirdas Julien Greimas – pode ser aplicada ao Direito e, mais especificamente, à análise do discurso decisório. Com isso, pretendemos trazer à discussão o problema inerente ao *decisionismo* e ao *voluntarismo judicial* no bojo da produção das decisões judiciais hodiernas. Como hipótese a ser desenvolvida neste artigo, buscaremos a aplicação do modelo semiótico greimasiano como instrumento a identificar e, idealmente, poder barrar referidas irracionalidades na produção discursiva judicial atual, com vistas ao provimento de decisões constitucionalmente apropriadas e que valorizem o dialogismo entre os diversos atores processuais.

2 A INTER-RELAÇÃO ENTRE SEMIÓTICA, LINGUAGEM E DIREITO

Estudar o Direito implica, inexoravelmente, perpassar ao estudo da linguagem. A linguagem é responsável por fornecer sentido ao mundo². É por seu intermédio que constituímos o mundo à nossa volta. O homem, enquanto

² Louis Hjelmslev conceitua a linguagem de modo brilhante: “A linguagem – a fala humana – é uma inesgotável riqueza de múltiplos valores. A linguagem é inseparável do homem e segue-o em todos os seus atos. A linguagem é o instrumento graças ao qual o homem modela seu pensamento, seus sentimentos, suas emoções, seus esforços, sua vontade e seus atos, o instrumento graças ao qual ele influencia e é influenciado, a base última e mais profunda da sociedade humana. Mas é também o recurso último e indispensável, seu refúgio nas horas solitárias em que o espírito luta com a existência, e quando o conflito se resolve no monólogo do poeta e na meditação do pensador. Antes mesmo do primeiro despertar de nossa consciência, as palavras já ressoavam à nossa volta, prontas para envolver os primeiros germes frágeis de nosso pensamento e a nos acompanhar inseparavelmente através da vida, desde as mais humildes ocupações da vida cotidiana aos momentos mais sublimes e mais íntimos dos quais a vida de todos os dias retira, graças às lembranças encarnadas pela linguagem, força e calor. A linguagem não é um simples acompanhante, mas sim um fio profundamente tecido na trama do pensamento; para o indivíduo, ela é o tesouro da memória e a consciência vigilante transmitida de pai para filho. Para o bem e para o mal, a fala é a marca da personalidade, da terra natal e da nação, o título de nobreza da humanidade. O desenvolvimento da linguagem está tão inextricavelmente ligado ao da personalidade de cada indivíduo, da terra natal, da nação, da humanidade, da própria vida, que é possível indagar-se se ela não passa de um simples reflexo ou se ela não é tudo isso. (...) É por isso que a linguagem cativou o homem enquanto objeto de deslumbramento e de descrição, na poesia e na ciência” (HJELMSLEV, 1977, p. 8-9).

ser social por excelência, está exposto às mais diversas formas e expressões de linguagem no seio da sociedade a que pertence. Neste imbricado tecido, desde as situações mais pequenas e não verbais do dia-a-dia, como acenar para um ônibus de modo a solicitar sua parada, uma piscada de olhos em seus mais variados contextos e possibilidades, até ocorrências de ordem verbal e complexas, como o pronunciamento de um discurso político³ ou a prolação de uma sentença por uma magistrado⁴, por exemplo, geram significação nos respectivos microuniversos em que foram produzidos.

E, de todas as formas de manifestação retro mencionadas, temos como denominador a presença da linguagem, em suas mais variadas formas de expressão, gerando comunicação e significado⁵.

Daí a irrefutabilidade do papel fundamental assumido pela linguagem em todas as sociedades. Segundo Margarida Petter:

O fascínio que a linguagem sempre exerceu sobre o homem vem desse poder que permite não só nomear/criar/transformar o universo real, mas possibilita trocar experiências, falar sobre o que existiu, poderá vir a existir, e até mesmo imaginar o que não precisa nem pode existir. [...] Tudo o que se produz como linguagem ocorre em sociedade, para ser comunicado, e, como tal, constitui uma realidade material que se relaciona com o que lhe é exterior, com o que existe independente da linguagem. Como realidade material – organização de sons, palavras, frases – a linguagem é relativamente autônoma; como expressão de emoções, ideias, propósitos, no entanto, ela é orientada pela *visão de mundo*, pelas injunções da realidade social, histórica e cultural de seu falante (PETTER, 2018, p. 11).

³ A própria sentença “*Veni. Vidi. Vici*”, atribuída a Júlio César 47 a.C., comporta em si um conjunto narrativo completo, ainda que sincopado, perfazendo um discurso.

⁴ Hoje já se tornou pacífica a conclusão de que a linguagem é o mais importante sistema de signos (sistema semiótico), pois é a partir dele que outros sistemas de comunicação se constroem, uma vez que a linguagem verbal é a única que comporta a possibilidade de seu uso para falar de outros sistemas de signos (ARAÚJO, 2005, p. 17).

⁵ Algirdas Julien Greimas – autor cuja contribuição teórica será tomada como base ao desenvolvimento da análise semiótica ora proposta – ministrou ao longo de sua produção intelectual que o mundo já se apresenta a nós como unidade significativa, de modo que estamos condenados ao sentido e à sua perseguição.

Assim ocorre com a compreensão dos fenômenos jurídicos, que tem como premissa a linguagem enquanto manifestação humana capaz de produzir significado – e juridicidade – ao Direito⁶.

E é importante destacar que a linguagem alçou o reconhecimento e destaque que hoje lhe são conferidos de modo relativamente recente, já que, praticamente até o século XIX, o seu papel havia sido relegado à uma confusão existente em relação ao *logos*, condizente com o raciocínio, com a mente⁷, sem lhe garantir um campo próprio de atuação (ARAÚJO, 2001, p. 9)⁸.

Será mais propriamente após o “*linguistic turn*” que passarão a ganhar relevância central no campo da filosofia, a linguagem, a interpretação e os fenômenos semióticos⁹, amalhando, assim, espaço por excelência na filosofia contemporânea e tocando nas pesquisas de inúmeras escolas e em várias áreas do conhecimento.

No entanto, será aqui destacada a contribuição que a Semiótica veio conferindo, no último século, à compreensão do universo da linguagem.

Após os avanços teóricos verificados entre a segunda metade do século XIX e o século XX, com expoentes como Ferdinand de Saussure e Ludwig Wittgenstein, respectivamente com as teorias do signo linguístico e o

⁶ Como ensina Paulo de Barros Carvalho, prefaciando a obra de Clarice Von Oertzen de Araújo, “afinal de contas, travar contacto com o Direito é deparar-se, invariavelmente, com a linguagem, seja no tópico do direito posto, como nos estratos das proposições descritivas da Ciência” (ARAÚJO, 2005, p. 9).

⁷ Cf. ARAÚJO, Inês Lacerda. Linguagem e Realidade: do signo ao discurso. Tese (Doutorado em Letras). Setor de Ciências Humanas, Letras e Artes da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001, p. 9.

⁸ Todavia, apesar do alvorecer recente da centralidade dos temas de linguagem no seio da Filosofia e da Linguística, o interesse no aprofundamento dos estudos sobre este campo do saber, ainda que de modo esparsa, vem de longa data. Magarida Petter ensina que os primeiros estudos acerca da linguagem datam do século IV a.C. Tem-se que, por razões religiosas, os hindus interessaram-se por estudar a sua língua mãe, “para que os textos sagrados reunidos no Veda não sofressem modificações no momento de ser proferidos”. Panini foi um dos gramáticos hindus que se dedicaram a estudar e a descrever a sua língua de modo pormenorizado, confeccionando modelos analíticos descobertos pelo Ocidente no século XVIII (PETTER, 2018, p. 12).

⁹ “No lugar de um sujeito que conhece e pensa pelas representações do mundo que constituirão suas idéias, que é uma concepção metafísica típica das filosofias da consciência, tem-se o sujeito que fala, constituído nas e pelas trocas linguísticas às quais se tem acesso, não pela introspecção, mas publicamente: desde Saussure, Frege, Peirce, sistemas de signos, signo em uso e seu interpretante, proposições assertóricas, fornecem a base para o prosseguimento da questão da linguagem (ARAÚJO, 2001, p. 9).

movimento filosófico do *linguistic turn*, estabeleceu-se uma nova visão do papel desempenhado pela linguagem, especialmente como objeto próprio e independente a ser estudado¹⁰.

Nesse ponto, de modo deveras sintético, o empreendimento teórico proposto por Saussure eleva o *signo* ao papel principal da análise semiológica, no qual o mundo e o sujeito só podem ser apreendidos pela linguagem. É de Ferdinand Saussure (na realidade, compilação de seus alunos das lições dadas em sala de aula) o clássico *Cours de Linguistique Générale*, obra fruto da compilação, por dois de seus alunos, das aulas ministradas em sala, publicado no ano de 1916. Com isso, a Linguística passa a ser encarada por um enfoque científico, assumindo caráter independente de outras ciências, vez que ela “não era autônoma, submetia-se às exigências de outros estudos, como a lógica, a filosofia, a retórica, a história, ou a crítica literária” (PETTER, 2018, p. 13).

Wittgenstein, ao seu passo, deixou sua contribuição por, entre outros avanços, buscar uma inter-relação pancrônica entre palavras, sujeitos e atores sociais que deve ser explorada nos estudos cuja matriz teórica é de ordem semiótica (seja o seu viés tomado sob a ótica *greimasiana* ou *peirceana*) (CONDÉ, 2004; COSTA, 2003).

É nessa linha de ideias que a Semiótica Jurídica vem se constituindo e ganhando corpo ao longo das últimas décadas. Dentro da ciência do direito, um dos ramos incumbidos em se pronunciar sobre os efeitos da linguagem e da significação é, justamente, a Semiótica. É esta ciência que traz em sua

¹⁰ Nas palavras de Eric Landowski: “[...] em vez de encarar a linguagem como o simples suporte de ‘mensagens’ que circulam entre emissores e receptores quaisquer, fazendo-se abstração de suas determinações próprias (cf. a teoria da informação), procurar-se-á, antes de mais nada, captar as interações efetuadas, com ajuda do discurso, entre os ‘sujeitos’ individuais ou coletivos que nele se inscrevem e que, de certo modo, nele se reconhecem. Considerar, assim, o discurso como um espaço de interação talvez seja proporcionar-se, a longo prazo, o meio de abordar, de um modo que não seja meramente intuitivo, a análise das condições de existência e de exercício do *poder* no que elas têm de socialmente mais evanescente e, sem dúvida, ao mesmo tempo, de mais profundo; é tocar na formação e nas flutuações do vínculo social e político vivido.” (LANDOWSKI, 1992, p. 10-11).

matriz o arcabouço teórico que permite ao sujeito-intérprete analisar o Direito em sua vasta gama de interdisciplinaridade¹¹.

Em outros termos, estaremos debruçados sobre a tarefa de destacar as relações existentes entre Semiótica, Linguagem e Direito que, na *praxis*, conduzem à boa inteligência e efetividade da decisão proferida pelo Estado-juiz competente em emanar uma *manifestação-juízo* que lhe fora posta à sua apreciação. Portanto, seja uma sentença proferida no bojo de um processo judicial, seja um acordão que reviu decisão do magistrado de piso, o que o jurisdicionado almeja – e o que o sistema pressupõe – é, precisamente, a aplicação desta decisão de modo que seja possível restabelecer a pacificação social, evitando posturas discricionárias ou voluntaristas sejam carreadas como fundamento ao *decisum*.

3 SEMIÓTICA JURÍDICA, DECISÃO E DISCURSO DECISÓRIO

Feitas essas considerações iniciais acerca das imbricações existentes entre Semiótica, Linguagem e Direito, fato é que a *Semiótica Jurídica*, valendo-se das contribuições, críticas, reflexões e pensamentos já depositados pelos estudiosos da própria Semiótica, vem a ter constituído o seu campo de investigação próprio, qual seja, a preocupação com o “funcionamento interdiscursivo do sistema jurídico” apto à prática de sentido (BITTAR, 2015, p. 61).

Firmados tais pressupostos é que se afigura possível, dentre “todo um feixe de instituições e de atores, de situações e de decisões” (LANDOWSKI, 1992, p. 60) existentes no imbricado tecido do domínio jurídico, o estudo aplicado da Semiótica Jurídica sobre um *corpus* específico e determinado, qual seja, a *decisão judicial*.

Para nos debruçarmos sobre a análise desse *discurso jurídico* em específico, nos valendo, conforme dito alhures, do modelo teórico originário da

¹¹ “A Semiótica é esta ciência, que, já em seu nascimento, é reconhecidamente uma forma de saber interdisciplinar sobre o Direito, porque possui como matriz as teorias oriundas dos estudos de comunicação (ciência da relação de comunicação), semiologia (ciência dos signos) e semiótica (ciência do sentido), transplantadas para a dimensão do que é jurídico” (BITTAR; ALMEIDA, 2005, p. 424).

École de Paris, pretendemos destacar a possibilidade de uma melhor apreensão da significação do discurso decisório, dos mecanismos intrínsecos à produção de seu sentido e, principalmente, evidenciar que a matriz teórica destacada, qual seja, a *Semiótica Greimasiana*, oferece uma proposta teórica que possibilita a produção de melhores decisões judiciais – aqui, leia-se, independente de discricionariedades e voluntarismos – e constitucionalmente mais adequadas.

Referida construção do sentido dentro do discurso decisório, segundo o arco teórico cunhado por Greimas, se dará por intermédio da exata definição e aplicação do percurso gerativo do sentido sobre o discurso decisório, desde o seu nível profundo, passando pelo nível narrativo e chegando ao nível discursivo, este último em que o *corpus* destacado terá o seu investimento.

Assim, mediante a aplicação da teoria greimasiana sobre o *ato máximo do processo*, pretendemos destacar os níveis de análise retro mencionados e formular os caminhos de uma análise semiótica apta à emersão de um sentido possível, constitucionalmente adequado e livre de posturas outras que não se coadunam com o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, a tarefa incide inexoravelmente no aprofundamento do estudo de referidos níveis do percurso gerativo do sentido, respectivamente (i) o nível discursivo: a tematização (com a configuração das isotopias¹² temáticas, figurativas; a figurativização (mediante a análise da actorialização, da temporalização, espacialização e aspectualização; (ii) no nível narrativo: as fases da manipulação – ação – sanção, analisando-se, em particular, cada uma das modalizações destas; e (iii) no nível profundo: entendimentos mais gerais de um texto.

Tal empreendimento busca validar, entre outros aspectos, a importância do tempo, do lugar, dos atores envolvidos, dos objetos discutidos,

¹² “Se é verdade que o discurso jurídico parece a todo instante contaminado por uma espécie de duplicidade, é porque ele se desenvolve sobre uma *dupla isotopia*: a primeira é representada pelo discurso legislativo, feito de enunciados performativos e normativos, instaurando seres e coisas, instituindo as regras de comportamento lícitos e ilícitos, ao passo que a segunda aparece sob a forma de um discurso referencial que, embora não passe de uma elaboração ideológica, uma cobertura discursiva do mundo, apresenta-se como o próprio mundo social, anterior à fala que o articula” (GREIMAS, 1976, p. 73-74).

das relações éticas e intersubjetivas criadas e das demais circunstâncias que envolvem a produção de todo e qualquer discurso decisório.

4 A DECISÃO JUDICIAL É UM DISCURSO JURÍDICO

Como o *corpus* de aplicação semiótica deste artigo está fincado sobre o *discurso decisório*, o qual, por assim dizer, é espécie do gênero *discurso jurídico*, mister evidenciarmos, desde já, os exatos limites semânticos desta terminologia.

Para um discurso ser reconhecido como *jurídico*, é preciso comportar, segundo a aceção proposta por Greimas, duas propriedades recorrentes: as de ordem gramaticais e as de ordem lexicais (GREIMAS, 1976, p. 75-76). Aquelas, dizem respeito à forma de produção dos discursos jurídicos por meio de uma gramática jurídica que seja diversa da gramática da língua natural¹³, enquanto estas, ao seu passo, pressupõe a “existência de um *dicionário jurídico* autônomo”¹⁴.

É nesta linha de ideias que o *discurso decisório*, enquanto espécie do gênero *discurso jurídico*, por conter no bojo de sua produção uma gramática e um dicionário, espelha, conseqüentemente, uma *linguagem jurídica* passível de ser analisada semioticamente. Na lição de Greimas (GREIMAS, 1976, p. 76):

[...] se o discurso jurídico remete a uma gramática e a um dicionário jurídicos (sendo gramática e dicionário os dois componentes da linguagem), pode-se dizer que ele

¹³ “A recorrência das propriedades gramaticais permite extraí-las do discurso e formulá-las como um conjunto de regras gramaticais; inversamente, pode-se dizer que um sistema de regras gramaticais permite produzir unidades discursivas de toda espécie e discursos formalmente recorrentes, e isso independentemente dos conteúdos que podem ser investidos nessas unidades e nesses discursos. Porin conseqüente, se tais recorrências podem ser registradas nos textos jurídicos, deve-se inferir que todo discurso jurídico é produzido, enquanto à sua forma, por uma gramática jurídica distinta da gramática da língua natural em que esse discurso se manifesta” (GREIMAS, 1976, p. 76).

¹⁴ “A recorrência lexical, por sua vez, permite postular a existência de um *dicionário jurídico* autônomo. Tal dicionário nada mais é que a manifestação, sob a forma lexical (palavras, expressões, etc.), de determinado universo semântico que denominaremos *universo jurídico*” (GREIMAS, 1976, p. 76).

é a manifestação, sob a forma de mensagens-discursos, de uma *linguagem*, de uma *semiótica jurídica*.

Por ser resultado de uma *gramática jurídica* e fruto da “manifestação de um universo semântico particular” (GREIMAS, 1976, p. 76), o *discurso decisório* estrutura-se como tal e é passível de ser analisado pelo campo de estudo da Semiótica Jurídica.

Assim, é na produção e nos discursos que a linguagem¹⁵ deve ser alcançada, já que ela está contida nesta inteligência narrativa. Em outros termos, para alcançar o sentido de uma produção humana capaz de gerar significação é preciso, primeiramente, entendermos o seu discurso¹⁶.

5 O MODELO SEMIÓTICO GREIMASIANO

Em apertada síntese, de modo a apresentar o modelo cunhado por Algirdas Julien Greimas e, a partir daí, sua aplicação sobre o discurso jurídico, cumpre-nos registrar que os elementos de significação de uma decisão judicial serão extraídos aplicando-se o *percurso gerativo do sentido*, do que se permitirá verificar, em um caminho que se segue do nível mais abstrato ao mais concreto – semioticamente, do nível superficial ao nível profundo – o mecanismo de produção de sentido do discurso judicial, seus fundamentos e intencionalidades.

Conforme já mencionado, tendo em vista a dupla isotopia inerente ao discurso jurídico, consistente no discurso legislativo e no discurso referencial, no qual aquele é composto de enunciados performativos e normativos que expressam a existência jurídica de determinados fatos – fatos

¹⁵ Não é o pensamento que guia a linguagem, mas a linguagem que guia o pensamento. Neste sentido, muito mais que um mero instrumento de expressão do pensamento, a linguagem é que o nos permite comandar nossos atos, nosso próprio pensamentos e subjetividade.

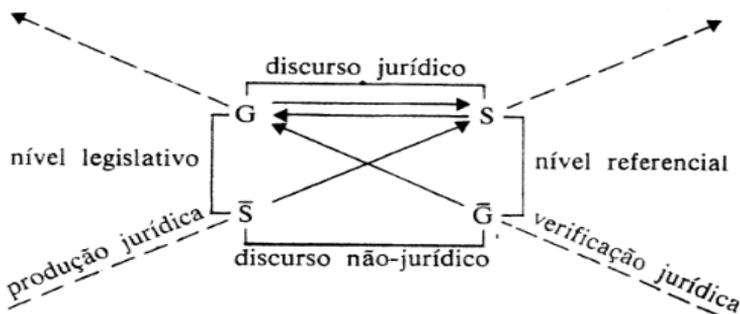
¹⁶ Cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “Entendemos por discurso uma ação linguística dirigida a outrem, donde o seu caráter de discussão, em que alguém fala, alguém ouve e algo é dito. Além disso, dissemos que a ação linguística não se dirige apenas para outrem, mas apela ao seu entendimento, sendo assim considerada apenas aquela que pode ser entendida, isto é, ensinada e aprendida” (FERRAZ, 2015, p. 79).

jurídicos – que exsurtem deste último, entendido, nos valermos do conceito habermasiano, do mundo da vida¹⁷.

Da conjugação com a *gramática* de uma determinada língua natural é que o discurso jurídico irá ser investido de *juridicidade*¹⁸. Greimas propõe o seguinte esquema para representação desta dimensão (GREIMAS, 1976, p. 76):

¹⁷ “Por conseguinte, o conceito de ‘mundo da vida’, utilizado no âmbito de uma teoria da comunicação, nasceu da filosofia da consciência e continua trilhando a vereda transcendental do conceito ‘mundo da vida’ oriundo da fenomenologia. Ele é obtido graças à reconstrução do saber pré-teórico de um falante competente. Isso significa que, na perspectiva de participantes, o mundo da vida aparece como horizonte formador de contextos para processos de entendimento, o qual limita à medida que a esfera de relevância de uma situação dada é subtraída à tematização no interior dessa situação” (HABERMAS, 2012, p. 248).

¹⁸ Cf. Cornu, é jurídico todo discurso que tem por objeto a criação ou a realização do direito (CORNU, 1990, p. 21).



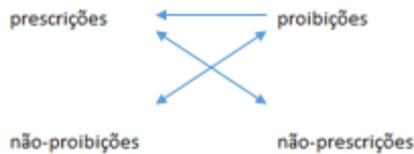
- G = gramaticalidade jurídica
- Ḡ = agramaticalidade jurídica
- S = semântica jurídica
- S̄ = asemântica jurídica

- G + S = discurso jurídico (constituído por uma gramática e uma semântica)
- Ḡ + S̄ = discurso não-jurídico (juridicamente agramatical e asemântico)
- G + S̄ = nível legislativo (gramática jurídica, sem conteúdo)
- Ḡ + S = nível referencial (universo jurídico virtual, sem gramática jurídica)

- S̄ → S = produção jurídica { transformação do conteúdo virtual em conteúdo jurídico, implicando o uso da forma gramatical
- Ḡ → G = verificação jurídica { transformação dos enunciados agramaticais em enunciados gramaticais, implicando a semântica jurídica de seu conteúdo

É neste sentido que para a produção do discurso jurídico estão presentes tanto prescrições de condutas – dever-fazer –, quanto proibições – não-dever-fazer –, que expressam, respectivamente, ações que devem ser praticadas e ações outras que não o devem ser levadas a cabo¹⁹. Se postas em uma quadratura semiótica (GREIMAS, 1976, p. 76), seriam expressas por:

¹⁹ Veja-se, a título exemplificativo, que o Direito Administrativo prescreve que só é permitido fazer aquilo que consta expressamente da Lei (dever-fazer). O Código Penal, ao seu passo, é um compilado de não-dever-fazer, na medida que prescreve condutas desaprováveis socialmente como crimes.



Na medida em que não existe decisão judicial desvinculada de um processo judicial da qual esta emana, pode-se afirmar que a decisão judicial acaba por trazer em seu bojo o resumo de uma gramática narrativa²⁰ inerente ao próprio processo. É nesta gramática narrativa que irão se verificar a presença dos actantes e de seus respectivos percursos, de modo a se construir processos de interdiscursividades tais que permitirão, no momento correto, a constatação ou não de um acoplamento entre o nível referencial e o nível legislativo, emanando sanções positivas que dizem respeito à validade jurídica daquilo que se pleiteia, ou sanções negativas, pela invalidade destas.

Analisados, então, semioticamente o processo judicial e, por sua vez, a decisão que dele exsurgir, temos os percursos estabelecidos no cânone da teoria greimasiana: *manipulação*, *ação* e *sanção*.

Segundo expõe Diana Luz Pessoa de Barros:

Para construir o sentido do texto, a semiótica concebe o seu plano do conteúdo sob a forma de um percurso gerativo. A noção de percurso gerativo do sentido é fundamental para a teoria semiótica e pode ser resumida como segue: a) o percurso gerativo do sentido vai do mais simples e abstrato ao mais complexo e concreto; b) são estabelecidas três etapas no percurso, podendo cada uma delas ser descrita e explicada por uma gramática autônoma, muito embora o sentido do texto dependa da relação entre os níveis; c) a primeira etapa do percurso, a mais simples e abstrata, recebe o nome de nível fundamental ou das estruturas fundamentais e nele surge a significação como uma oposição semântica mínima; d) no segundo patamar, denominado nível narrativo ou das estruturas narrativas, organiza-se a narrativa, do ponto de vista de um sujeito; e) o terceiro nível é o do discurso ou das estruturas discursivas em que a narrativa é assumida pelo sujeito da enunciação (BARROS, 2005, p. 13).

²⁰ Além, claro, da própria gramática jurídica.

No percurso da *manipulação*, temos que por intermédio de um poder-saber o destinatário será investido pelo destinador de um dever-fazer que o levará à distribuição de uma ação judicial com vistas à conjunção em relação ao objeto de valor pretendido. Em uma ação de cobrança, por exemplo, o ordenamento jurídico (destinador) convence o destinatário-advogado, representante legal da parte que pleiteia o direito, a ingressar com um processo que vise devolver uma determinada quantia de dinheiro (riqueza – objeto de valor).

No percurso da *ação*, teremos o binômico competência-performance agindo em conjunto. É dizer, superado o percurso da manipulação, o destinador transformará a competência do destinatário de modo que este assuma a função de Sujeito. Dentro do âmbito processual, será, portanto, o Sujeito da Ação que buscará seu objeto de valor valendo-se do meio hábil e adequado legalmente previsto dentro de um Estado de Direito. No lado oposto, igualmente, o Anti-Sujeito irá se valer de um dever-fazer de modo a apresentar sua defesa (contestação), insurgindo-se, assim, em face do Sujeito. Ambos os actantes têm como objetivo convencer o Destinador-julgador (juiz) de que suas respectivas pretensões são mais corretas do que do outro, de modo a persuadir este para que emane um provimento que lhes permita a conjunção com o objeto de valor e disjunção deste em relação ao outro que lhe persegue.

Por fim, no percurso da *sanção*, é que o destinador-julgador se valendo do nível legislativo, conhecedor dos fatos advindos do nível referencial, sopesando os percursos narrativos tanto do Sujeito quanto do Anti-Sujeito, atento à persuasão produzida por meio das competentes provas apresentadas no percurso narrativo, deve emanar seu veredito de acordo com as proibições e prescrições do ordenamento jurídico. E este é um ato, conforme se pretende demonstrar, de construção de uma razão fundamentada constitucionalmente válida. Não é presumir que o “Sujeito A” está certo na sua pretensão judicial sem fundamentar ampla e suficiente, mas, ao revés, expor os fundamentos validamente com base no ordenamento jurídico se ele merece ou não, diante de critérios estabelecidos, estar em conjunção com o objeto de valor.

É nesta construção semiótica do percurso gerativo do sentido aplicado ao processo judicial e, conseqüentemente, à decisão judicial, que exsurge a importante evolução advinda do Novo Código de Processo Civil de 2015. Tal Diploma, por diversos institutos ali contidos, emana para o dever de conversa e troca entre as partes (audiência de conciliação prévia), tratamento igualitário às partes e, substancialmente importante, o próprio artigo 489²¹ que estabelece verdadeiro percurso de dever-fazer a ser seguido pelo magistrado (Art. 489, incisos I, II e III), ao tempo em que reprime (não-dever-fazer) outras determinadas condutas que pretensamente serviriam a fundamentar o *decisum* (Art. 489, §1º) e estabelece, de antemão, a saída para casos de colisão entre normas (Art. 489, §2º) e um papel ético à exegese judicial (Art. 489, §3º).

Sobre este avanço legal trazido pelo Novo Código de Processo Civil, cite-se Leonardo Zehuri Tovar:

Entra em cena o dever de uma boa fundamentação, uma vez que as decisões não podem comportar qualquer motivação, muito menos escolhas ou liberalidades. Eis a grande conquista do Código de Processo Civil de 2015

²¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterá os nomes das partes, a identificação do caso, com a summa do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

que é a de potencializar o contraditório em seu viés substancial, assegurando a paridade de tratamento entre as partes, em suas mais diversas nuances, garantindo ainda a não surpresa e a possibilidade real de influenciar no resultado das decisões judiciais, razão pela qual o magistrado deve sim analisar todos os argumentos relevantes deduzidos pelas partes (TOVAR., 2018, p. 376).

É dizer, portanto, que em termos de construção de decisões judiciais constitucionalmente apropriadas, o Novo Código de Processo Civil trouxe importante dispositivo legal que, no trilhar dos caminhos semióticos atuais e da própria ação comunicativa habermasiana²², importam no sopesamento da voz de todos os atores envolvidos na construção do processo e do ato decisório, em uma relação constante entre *alter* e *ego*²³.

Nesta exata linha de raciocínio que Eduardo Bittar explicita:

Assim, ao final de uma *cadeia narrativa*, para alcançar uma *boa decisão*, ou seja, a *decisão correta, pública, racional e justa*, é necessário produzir um *texto decisório*, capaz de ecoar, de um lado, na perspectiva do *sujeito-decisor*, reflexão, razão, ponderação, e, de outro lado, na perspectiva da *intersubjetividade-decisória*, capaz de representar um *locus* de participação, escuta e diálogo. Por isso, a *boa decisão* não é puro *ato lógico*, não é *puro produto da razão*, não é *um resultado da relação norma/fatos*, pois se observada nesta perspectiva da *Teoria Tradicional*, se perceberá que esta compreensão nega uma diversidade de *fatores multi-semióticos* que incidem sobre o momento da decisão jurídica. A *boa decisão*, então, será o resultado da atuação conjunta, de razão, experiência (de julgar, lidar com provas, sopesar, avaliar argumentos), sensibilidade e sensatez (esta que é a qualidade de bem decidir, um traço de razão prática). Unindo estas várias dimensões, a razão prática se

²² Segundo Habermas, o conceito de ação comunicativa é: "Finally the concept of communicative action refers to the interaction of at least two subjects capable of speech and action who establish interpersonal relations (whether by verbal or by extraverbal means). The actors seek to reach and understanding about the action situation and their plans of action in order to coordinate their actions by way of agreement. The central concept of interpretation refers in the first instance to negotiating definitions of the situation which admit consensus. As we shall see, language is given a prominent place in this model" (HABERMAS, 1984, p. 86).

²³ Inclusive, conforme registra Garapon, "É então essencial pensar a decisão final como o produto de uma multitude de pequenas decisões tomadas por vários atores que não são, aliás, todos juízes nem mesmos juristas" (GARAPON, 1998, p. 171).

enriquece e se pluraliza, muito diferentemente da forma como tradicionalmente se enxerga o silogismo judiciário. Assim, o exercício de *bem julgar* e de tomar *boas decisões* implica o esforço de fazer-se um *terceiro para si mesmo*, como afirma Antoine Garapon” (BITTAR, 2018, p. 493-494).

E a realidade das práticas judiciais brasileira é rica, justamente, em decisões que, sob os mais diversos desvios, afastam-se dessa razão prática tão cara à produção judicial. Decisões estas que muitas vezes imbuídas de efeitos metafísicos ou ontológicos, induzem à discricionariedade e ao voluntarismo judicial ora propalado. Apenas a título exemplificativo, vejam-se provimentos judiciais que, no âmbito de inadimplemento de obrigação pecuniária, determinaram a suspensão (i) de energia elétrica para coibir o Estado da Bahia a nomear candidata aprovada em concurso público (TJ/BA, Processo nº 8001293-26.2015.8.05.0001, 1ª Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública) e (ii) da carteira de habilitação, a apreensão do passaporte e cancelamento do cartão de crédito de um réu até que adimplisse sua dívida (TJ/SP, Processo nº 0121753-76.2009.8.26.0011/01, 2ª Vara Cível)²⁴.

É justamente contra tais irracionalidades que a semiótica evoca instrumental que reforça a troca processual entre os autores, réus e juízes – estes últimos responsáveis por emanar o comando judicial que assente a almejada pacificação social entre as partes –, “formando uma supratextualidade que opera com outros textos (atos do procedimento; narrativas; indícios; provas; relatórios; depoimentos; degravações; laudos; documentos)” (BITTAR, 2018, p. 493).

Diante deste amálgama de fatores, fundamentos, fontes jurídico-processuais que o juiz deve estar adstrito para dentro do “quadro do ritual de justiça, visto como um espetáculo semiótico, obedecendo-se ao devido processo legal, a *decisão jurídica* é o resultado da dialogia procedimental” (BITTAR, 2018, p. 493).

²⁴ Observe-se que tais decisões estavam pretensamente fundamentadas, respectivamente, nos artigos 297 e 139, ambos do Novo Código de Processo Civil, ou seja, se buscou um argumento pretensamente legal, mas olvidando-se por completo de um caminho que se mostrasse mais proporcional à trama discursiva e adequado aos fins constitucionais previstos em nossa Carta Magna.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A APLICAÇÃO SEMIÓTICA COMO POSSIBILIDADE À MELHOR DECISÃO JUDICIAL POSSÍVEL

Conforme mencionado ao longo deste artigo, a Semiótica greimasiana fornece um modelo, qual seja, o percurso gerativo do sentido, que teoriza, justamente, a produção da significação no bojo dos mais variados discursos e que pode, assim, ser aplicada ao discurso jurídico e, especificamente, ao discurso decisório. Por este modelo, é possível evidenciar uma correspondência de papéis desempenhados pelos atores processuais com os actantes e funções semióticas.

Outrossim, o método invocado é válido ao objetivo que ora nos debruçamos por, através de suas ferramentas bem estruturadas de análise, identificar e ressaltar posturas decisionistas e voluntaristas do julgador (destinador-julgador), que se afastam do ordenamento jurídico (destinador) e quebram o contrato pré-estabelecido, resvalando na ameaça ao Estado de Direito e à democracia.

É neste sentido que a semiótica tem como motivação a descrição discursiva a qual, *de per se*, já impulsiona um primeiro passo na elaboração de provimentos judiciais constitucionalmente adequados e que, conseqüentemente, sejam resultado de trocas efetivas entre os diversos atores processuais.

É neste sentido que se considerarmos a ambição epistemológica da semiótica e entendermos a *prática jurídica* como *discurso*, exsurge nossa verdadeira intenção com a aplicação semiótica sobre o discurso decisório: mitigar esse efeito metafísico ou ontológico que induzem às discricionariedades e voluntarismos judiciais diversos. Estas irracionalidades perfazem atos de rebeldia com as interdiscursividades produzidas no bojo do *iter* processual sob uma falsa promessa de alcançar algo essencialmente verdadeiro, por si fora da trama discursiva. E a semiótica, neste exato ponto, deixa claro que a *verdade* é um ato de construção e pactuação, sem os quais não haverá um verdadeiro atingimento da pacificação social.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert, Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito, tradução de
- Luís Afonso Heck, 2.ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2015.
- _____. Teoria da argumentação jurídica. Tradução. São Paulo, Landy, 2001.
- ARAUJO, Clarice von Oertzen de. *Semiótica do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ARRUDA, Geraldo Amaral. *A linguagem do juiz*. 2 ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1996.
- ATIENZA, Manuel. *O direito como argumentação*. Tradução. Lisboa: Escolar, 2014.
- BARTHES, Roland. *Elementos de semiologia*. Tradução de Izidoro Blikstein. 10. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 1997.
- BARROS. Diana Luz Pessoa de. Teoria do discurso: *Fundamentos semióticos*. São Paulo: Atual. 1988.
- _____. Teoria Semiótica do Texto. 4ª ed., São Paulo: Ed. Ática, 2005.
- BITAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*. 6. ed. São Paulo: Saraiva 2015.
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 4ª ed., 2005.
- BUYSSENS, Eric. *Semiologia e comunicação linguística*. 3.ed. Tradução de Izidoro Blikstein. São Paulo: Editora Cultrix, s.d.
- BULYGIN, Eugenio, Poder judicial y democraci4 in Isonomía: *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, no. 18, Abr. 2013, ps. 06-25.
- CARONTINI, Enrico; PERAYA, D. *O projeto semiótico: elementos de semiótica geral*. Tradução de Alceu Dias Lima. São Paulo: Cultrix, Universidade de São Paulo, 1979.
- CONDÉ, Mauro Lúcio Leitão. *As teias da razão: Wittgenstein e a crise da racionalidade moderna*. Belo Horizonte: Argumentum, Scientia/UFMG, 2004.

- CORNU, Gérard. *Linguistique juridique*. Paris: Montchrestien, 1990.
- COSTA, Cláudio. *Filosofia da Linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2ª ed., 2003.
- COURTÉS, J. Courtés, *Introdução à semiótica narrativa e discursiva*. Tradução de Norma Backes Tasca. Coimbra: Almedina.
- CRAWELL, Ricardo E. *Las Legis Acciones según el Jurisconsulto Gayo*. Buenos Aires: Ed. Valerio Abeledo Editor-Librería Jurídica, 1926.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DWORKIN, Ronald. Direito, filosofia e interpretação, in *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, 3(5), p. 44-71, jan/jul. 1997.
- _____. *Levando os direitos a sério*. Tradução. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ECO, Umberto. *O signo*. Tradução de Maria de Fátima Marinho. 4ª edição. Lisboa: Editorial Presença, 1990.
- _____. *Semiótica e filosofia da linguagem*. Tradução de Mariarosaria Fabris e José Luiz Fiorin. São Paulo: Ática, 1990.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- _____. *Direito retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 3ª. ed., São Paulo: Atlas, 2015.
- FIORIN, José Luiz (org.). *Introdução à Linguística: I. Objetos Teóricos*. 2ª. ed. São Paulo: Contexto, 2003.
- _____. *Introdução à Linguística: II. Princípios de análise*. 4ª. ed. São Paulo: Contexto, 2005.
- GARAPON, Antoine. *Bem julgar*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- GREIMAS, Algirdas Julien. *De l'imperfection*. Périgeux: Pierre Fanlac, 1987.
- _____. *Semiótica e ciências sociais*. Tradução de Álvaro Lorencini e Sandra Nitrini. São Paulo: Editora Cultrix, 1981.
- _____. *Sobre o sentido II: ensaios semióticos*. São Paulo: EDUSP, 2014.

_____. *As aquisições e os projectos: prefácio, Introdução à Semiótica narrativa e discursiva (Courtés, Joseph), Tradução de Norma Backes Tasca, Coimbra Livraúia Almedina, 1979, p. 07 -34.*

_____. *COURTÉS, J. Sémiotique: ditionnarire raisonné de la théorie du langage. Paris: Hachette, 1993.*

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. vs. I. e II. 2.ed. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.*

_____. *Teoria do agir comunicativo. Tradução de Paulo Astor Soethe. Revisão de Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Martins Fontes, 2012.*

_____. *The theory of communicative action. Translated by Thomas McCarthy. Boston: Beacon Press, 1984. v. 1, Reason and the rationalization of society.*

_____. *Verdade e justificação: ensaios filosóficos. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola" 2004.*

HJELMSLEV, Louis Trolle, *A estratificação da linguagem*, in *Os pensadores*, vol. XLIX Tradução de José Teixeira Coelho Netto, São Paulo, Abril Cultural, 1975. ps. 157 a 182.

_____. *Prolegômenos a uma teoria da linguagem*, in *Os pensadores*, vol. XLIX Tradução de José Teixeira Coelho Netto, São Paulo, Barail Cultural, 1975, ps. 183-219.

JACKSON, Bernard, *Sémiotique et études critiques du droit*, in *Droit et Sociéié*, Volume 8, Número 01, 1988, ps. 61-71.

KRISTEVA, Julia. *Semiotica*, 1. Traducción de José Martin Arancibia. Madrid: Editorial Fundamentos, 1981.

KALINOWSKI, Georges. *Sur les langages respectifs du législateur, du juge et de la loi. Archives de Philosophie du Droit, XIX, Le Langage du Droit, Paris: Sirey, 1974, p. 63-74.*

_____. *Lógica del discurso normativo. Trad. Juan Ramon Capella. Madrid: Tecnos, 1975.*

LANDOWSKI, Eric. *A sociedade refletida: ensaios de sociosemiótica*, São Paulo: EDUC/Pontes, 1992.

MARTINET, André. *Elementos de linguística geral. 8ª ed. Trad. Jorge Morais Barbosa. São Paulo: Martins Fontes, 1978.*

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito*. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

NETTO, J. Teixeira Coelho. *Semiótica, informação e comunicação: diagrama da teoria do signo*. São Paulo: Perspectiva, 1980.

NÖTH, Winfried. *A semiótica no século XX*. 3.ed. São Paulo: Annablume, 2005.

PEIRCE, Charles Sanders. *Semiótica*. Tradução de José Teixeira Coleho Neto. São Paulo, 3ª ed., 2000.

PROPP, Vladimir. *Morfologia do conto maravilhoso*. Tradução de Jasna Paravich Sarhan. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

PRICE, Jorge Eduardo Douglas. *La decisión judicial*. Prólogo de Raffaele Di Giorgi. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2012.

RASTIER, François. *Sens et textualité*. Paris: Hachette, 1989.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Curso de linguística geral*. São Paulo: Cultrix, 1969.

TOVAR, Leonardo Zehntn. *Teoria do Direito e Decisão Judicial*. Salvador: juspodium, 2018.

VOLLI, Ugo. *Manual de Semiótica*. Tradução de Silva Debetto C. Reis. 3.ed. São Paulo: Loyola, 2015.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e sua linguagem*, 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

WRIGHT, Georg Henrik von, *Hay una lógica de las normas?*, in DOXÁ: Cuadernos de Filosofía del Derechq Traducción de Daniel Gorzález Lagier, España, Universidad de Alicante, Editorial Marcial Pons, no.26, 2003, p. 31-52.

O CONCEITO DE REGRA: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA OBRA DE FREDERICK SCHAUER

CARVAHO, Felipe Rodolfo de ¹

RESUMO: Este artigo pretende oferecer um estudo do conceito de regra desenvolvido por Frederick Schauer na sua obra *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. A pesquisa é baseada em material bibliográfico e vale-se precipuamente do método analítico, sem prescindir, ainda, do método dialético, com o objetivo de se estabelecer oposições a partir das quais seja possível alcançar uma síntese crítica. Na primeira parte, apresenta um resumo da concepção do autor; na segunda, estabelece um diálogo entre ela e o pensamento de Ronald Dworkin; na terceira, realiza um exame crítico, apontando seus méritos e também suas insuficiências. O resultado a que chega é o de que as reflexões do Frederick Schauer, apesar de certos problemas que demandam ser solucionados, além de maduras, podem incrementar as discussões de teoria do direito no âmbito nacional, no interior das quais o tema do “conceito de regra” tem merecido grande atenção.

Palavras-chave: Frederick Schauer; Ronald Dworkin; Regra.

ABSTRACT: This article aims to provide an analysis of the concept of rule developed by Frederick Schauer in his work *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. The research is based on bibliographic material and uses primarily the analytical method, without disregarding the dialectical method, in order to establish oppositions from which we can achieve a critical overview. The first part provides a resume of the author's conception; the second establishes a dialogue between this conception and the thought of Ronald Dworkin; and the third performs its critical examination, pointing out its merits and also its shortcomings. The result that comes is that the reflections of Frederick Schauer, although some problems that require to be solved, are mature and can increase the national discussions on legal theory, within which the theme of "concept of rule" has received great attention.

Keywords: Frederick Schauer; Ronald Dworkin; Rule.

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela FD/USP. Professor efetivo da UFMT.

1 INTRODUÇÃO

O debate contemporâneo em torno da teoria do direito tem, cada vez mais, se alargado e incluído um número expressivo de autores. Nem sempre, no entanto, as discussões realizadas no âmbito nacional parecem acompanhar de perto esse rico e produtivo processo. Alguns teóricos do direito de importância no cenário internacional da teoria do direito têm o seu pensamento ainda muito pouco difundidos no País. Esse é o caso de Frederick Schauer², cuja obra, apesar de madura, permanece ignorada ou ao menos ausente em boa parte dos trabalhos realizados³. O objetivo deste artigo é, pois, de algum modo, contribuir para colmatar essa lacuna, ao analisar o conceito de regra desenvolvido pelo autor em um dos seus principais livros: *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*⁴.

² Frederick Schauer, nascido em 1946, é atualmente professor de direito na Universidade de Virgínia – EUA, tendo previamente lecionado na Universidade de Michigan e também de Harvard. Constituindo, indubitavelmente, um dos filósofos americanos mais importantes da contemporaneidade, Schauer tem estabelecido um diálogo profícuo com o pensamento de autores importantes, como H. L. A. Hart, R. Dworkin e J. Raz. Sua vasta produção acadêmica explora temas que vão desde o direito constitucional, com especial destaque para a liberdade de expressão, a questões mais ligadas à teoria e à filosofia do direito, como o raciocínio jurídico, a argumentação jurídica e os modos de tomada de decisão. Entre suas principais obras, podem ser destacadas *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), além de *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction to Legal Reasoning* (2009) e *The Force of Law* (2015a), estas duas últimas já traduzidas para o espanhol (2013 e 2015b, respectivamente). *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, obra de que nos ocuparemos doravante, foi originariamente publicada em 1991 e recebeu tradução para o espanhol em 2004.

³ É preciso, em todo caso, reconhecer que o pensamento de Frederick Schauer recebeu acolhida em alguns trabalhos excepcionais, como a tese de doutorado de Noel Struchiner (cf. 2005). O livro *Teoria da argumentação jurídica* (2016), de Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner, embora não se destinando exclusivamente a uma análise do pensamento de Schauer, pode ser considerado resultado das reflexões em boa parte por ele proporcionadas. Para além disso, um impulso no sentido da valorização do pensamento de Frederick Schauer ocorreu no Brasil sobretudo em virtude da sua participação num evento científico ocorrido em outubro de 2015, que contou não só com a sua presença mas também com a de outros juristas nacionais, empenhados em discutir conjuntamente o sentido e o vigor da sua obra (SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO DA PUC/SP: A FORÇA DO DIREITO, 2015). Uma boa introdução ao pensamento de Schauer em português, com pequenos trechos traduzidos, é oferecida por MARCONDES e STRUCHINER (2015, p. 164-175).

⁴ Numa tradução livre, o título poderia ser vertido para o vernáculo como “Jogando segundo as regras: um exame filosófico da tomada de decisão baseada em regras no

A proposta tem, além disso, um caráter crítico. É por essa razão que, depois de fazer uma síntese da concepção do autor sobre o conceito de regra, este trabalho procura demonstrar de que modo Frederick Schauer dialoga com o pensamento de Ronald Dworkin. A partir desse diálogo, pretende-se mostrar, ao final, os contributos que as reflexões de Frederick Schauer podem oferecer ao jurista da atualidade assim como algumas insuficiências teóricas que demandam ser melhor exploradas.

2 O CONCEITO DE REGRA DE FREDERICK SCHAUER EM *PLAYING BY THE RULES*

Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life não é uma obra sobre as regras em geral. O objetivo do autor é mais preciso: trata-se de investigar uma classe mais restrita de regras, as *regras regulativas* (2002, p. 1). Por que, no entanto, perguntaria o leitor exigente, investigá-las? O subtítulo escolhido fornece uma pista. O empreendimento filosófico da obra não é o de examinar o uso da palavra *regra*, mas um determinado modelo de tomada de decisão que se caracteriza justamente pelo fato de ser *baseado em regras*⁵. Assim, quando Frederick Schauer, já no primeiro capítulo da obra, como um bom analítico que é, trata, desde logo, de distinguir entre as várias espécies e subespécies de regras, a fim de apontar para aquelas que lhe interessam, não o faz com o outro intuito senão com o de estabelecer as bases conceituais necessárias para, posteriormente, apresentar o citado modelo de tomada de decisão.

Segundo o autor, as regras regulativas não são espécie das regras descritivas, mas são espécie das regras prescritivas, uma vez que não se destinam a descrever ou explicar o mundo, e, sim, a aplicar *pressão* sobre ele, sendo utilizadas, portanto, para controlar (e não demonstrar) o comportamento das pessoas (2002, p. 1-3). Para além disso, no entanto, elas não atuam

direito e na vida". A obra ainda não foi objeto de tradução para o português. Há disponível, porém, uma tradução para o espanhol. Cf. SCHAUER, 2004.

⁵ "Deveria estar agora claro que esse empreendimento não é uma análise do uso da palavra 'regra'. [...] Portanto, meu objetivo inicialmente é o de isolar uma forma de tomada de decisão caracterizada por sua dependência de generalizações entrenchadas mas potencialmente sub e sobre-inclusivas." (SCHAUER, 2002, p. 15)

simplesmente como regras de experiência (*rules of thumb*), mas como regras mandatórias (*mandatory rules*). Isso implica dizer que a sua força não está condicionada à sua aptidão para gerar, caso a caso, um determinado resultado esperado. Aqui se encontra um dos pontos centrais para entender a noção de regra utilizada por Schauer: as regras às quais faz referência são aquelas cuja força normativa decorre do fato mesmo de elas serem regras (isto é, do seu *status* de regra). Nas palavras do autor, “as regras mandatórias [...] fornecem razões para ação simplesmente em virtude da sua existência enquanto regras” (2002, p. 5). As regras regulativas, finalmente, diferem-se das regras constitutivas: o que importa, neste caso, é entender que elas *governam comportamentos* que elas próprias criam (ocasião em que uma mesma regra pode ter, ao mesmo tempo, caráter constitutivo e regulativo) como também comportamentos cuja existência é independente delas (SCHAUER, 2002, p. 6-7).

Equivoca-se quem pensa que Frederick Schauer, ao tratar de regras, está a referir exclusivamente à realidade do direito. Mais uma vez, o subtítulo da obra tem muito a dizer. Cuida-se de um “exame filosófico da tomada de decisão baseada em regras no *direito e na vida*”. Assim, o modelo analisado ultrapassa o domínio do *direito*, alcançando o domínio da *vida* como um todo. Para o autor, a relação entre regras e sistemas jurídicos é contingente. Como fica claro nos capítulos VII e VIII, o fato de os sistemas jurídicos normalmente adotarem regras como principal instrumento de atuação decorre de uma escolha realizada tendo em vista os valores que essas são capazes de proteger, como a confiança, a eficiência e a aversão ao risco, os quais podem ser concentrados num valor abrangente de *estabilidade* (SCHAUER, 2002, p. 155). Desse modo, as regras regulativas não são exclusividade do direito, pertencendo a diversos setores da vida social, de modo que tomadas de decisão nelas baseadas não ocorrem somente no domínio jurídico institucionalizado como também em outras esferas da sociedade (como em igrejas e associações).

As regras, segundo Schauer, têm uma estrutura. Elas são formadas por um *predicado factual*, que especifica as condições fáticas que desencadeiam a aplicação da regra, e por um *consequente*, que prescreve o

que deve acontecer quando aquelas condições são concretizadas. O que interessa ao autor, no entanto, é demonstrar que esse predicado factual constitui sempre uma *generalização*. Para que exista uma regra, é indispensável que ela contenha uma generalização. *A contrario sensu*, isso revela que uma instrução particular não se confunde com uma regra. Por que, no entanto, uma generalização é escolhida em vez de outra? Schauer explica que a seleção de um predicado factual generalizado em detrimento de muitos outros possíveis é determinada por uma *justificação*. Em outras palavras, uma determinada generalização é selecionada tendo em vista um mal que se pretende erradicar ou um objetivo que se quer alcançar. Retomando o exemplo mais explorado pelo autor, quando um dono de restaurante estabelece uma regra “Não são permitidos cães”, ele tem em mira uma justificação particular, que pode ser a pretensão de proporcionar tranquilidade aos seus clientes (SCHAUER, 2002, p. 23-27).

Para entender o modo de atuação das regras, assim como, por conseguinte, o modelo de decisão nelas baseado, é imprescindível compreender a relação da regra com a sua justificação. Ora, se é certo que, em boa parte dos casos, a aplicação direta da regra não conflitará com a sua justificação subjacente, haverá, no entanto, situações outras em que esse conflito aparecerá. Assim, retomando o exemplo citado, se aparecer, diante do restaurante, um cachorro feroz, a aplicação da regra que proíbe a entrada de cães não conflitará com a sua justificação subjacente (que visa a proteger a tranquilidade dos clientes). No entanto, se aparecer, diante do restaurante, um cão-guia manso a acompanhar um cego, a aplicação direta da regra poderia conflitar com a sua justificação. Aqui, o que Schauer pretende demonstrar é que as regras são sempre sub ou sobre-inclusivas com relação à sua justificação: ou seja, haverá situações que a aplicação direta da regra estará em sintonia com a aplicação da sua respectiva justificação, ao passo que haverá situações em que essa aplicação direta da regra conflitará com a sua respectiva justificação. A sobre-inclusividade ocorrerá quando a regra abranger situações que a sua justificação não autorizaria; a sub-inclusividade, por sua vez, quando a regra abranger menos situações do que a justificação autorizaria (SCHAUER, 2002, p. 31-34).

O interesse de Schauer é justamente por essas situações em que acontece um conflito entre a regra e a sua justificação. Está, aqui, a chave para entender a sua concepção de regra⁶. As regras, enquanto generalizações prescritivas, não se *adaptam* em função de tais experiências recalcitrantes. Elas continuam a fornecer uma mesma razão para agir, independentemente de sua justificativa indicar uma opção contrária. Por essa razão, é que o autor refere que as suas generalizações são *entrincheiradas* (2002, p. 47-50).

Com esse cabedal conceitual, Schauer finalmente tem condições de apresentar seu modelo de decisão baseada em regras (2002, p. 51-52). Em suma, de acordo com ele, o tomador de decisão concebe as generalizações prescritivas como *entrincheiradas*, o que significa dizer que elas determinam a decisão, mesmo nos casos em que a aplicação da justificação levaria a um resultado contrário. As regras, assim, não atuam como um mero indicador, mas fornecem, àquele que decide, razões para a decisão independentes daquelas fornecidas pela aplicação da sua justificação subjacente. Elas possuem uma força que atua de modo a impedir que sejam revistas com o passar do tempo. Pode-se dizer, com isso, que nem sempre o resultado gerado pela aplicação das regras coincidirá com aquele que decorreria da aplicação direta da sua justificação; daí, por conseguinte, o caráter *sub-ótimo* das regras, compensado, no entanto, pelo fato de, numa perspectiva global, ser preferível um modelo de decisão nelas baseado do que um modelo de decisão particularista, em que as generalizações são passíveis de serem modificadas em cada caso (SCHAUER, 2002, p. 100-102).

Compreender a regra tomando-se em consideração a prioridade que ela detém diante de sua justificativa é, no entanto, uma abordagem incompleta, focada na regra isolada. Se se considera a inserção das regras em sistemas jurídicos, onde há a possibilidade de elas conflitarem entre si, algo a mais precisa ser acrescentado: para que as regras atuem efetivamente como regras no sistema, é preciso que elas sejam tratadas como *entrincheiradas* não só perante as suas respectivas justificações como também perante outras

⁶ “A divergência entre regra e justificação, divergência que eu concebo como crucial para entender a ideia de regra, é possível apenas se as generalizações formuladas podem ter significados que diferem do resultado que a direta aplicação da justificação atrás da regra geraria numa ocasião particular.” (SCHAUER, 2002, p. 61)

regras existentes. Nesse caso, a prioridade de umas regras sobre outras decorre da sua dimensão de *localidade*: regras mais locais, isto é, aplicáveis a um menor número de eventos, prevalece sobre regras mais distantes (SCHAUER, 2002, p. 188-191).

Schauer toma o cuidado de afirmar que, para que uma regra exista, não é necessário que os agentes atuem necessariamente em conformidade com ela. É que, em determinadas situações extremamente excepcionais, é possível que deixem de serem orientados por ela, considerando *razões particularmente exigentes*. Essa descrição do modo de atuação das regras, que tem por base uma concepção peculiar do positivismo jurídico defendida pelo autor (o *positivismo presuntivo*), aponta para um considerável grau de *resistência* que elas possuem perante fatores externos (SCHAUER, 2002, p. 112-118 e 196-206). Isso significa que, a princípio, a regra que proíbe a condução de veículos na autoestrada acima de 55 milhas por hora deve ser aplicada a todos aqueles que extrapolaram o limite indicado, não importando o motivo de cada um (pressa para chegar ao trabalho, defeito no indicador de velocidade do carro etc.). No entanto, razões particularmente exigentes, como a necessidade de levar uma criança prestes a morrer ao hospital, pode levar a uma superação da regra numa situação específica.

Em síntese, as regras possuem uma *força presumida* para controlar as decisões, de tal sorte que sua possibilidade de superação está a depender de interesses imperiosos (*compelling interests*) presentes somente em situações extraordinárias.

3 DEBATE ENTRE SCHAUER E DWORIKIN EM TORNO DO CONCEITO DE REGRA

Ao longo da obra, Frederick Schauer tece várias críticas a Ronald Dworkin. No tocante ao conceito de regra, duas, no entanto, parecem ser as principais e mais convincentes. A importância dessas críticas é revelada, entre outros motivos, pela insistência de Schauer em fazer menção a elas mais de uma vez ao longo do texto, assim como pelo fato de serem centrais para entender a própria concepção de regra do autor. Elas se mostram, por outro

lado, ao menos à primeira vista, muito convincentes, sobretudo para o leitor não versado no pensamento de Dworkin ou que, conhecendo-o, discorda das suas ideias.

Em primeiro lugar, Schauer critica a noção de Dworkin de regra, porque, de acordo com ela, as regras teriam um caráter conclusivo, ao passo que os princípios seriam superáveis. Nas palavras do autor, a tese de Dworkin, contida em *Levando os direitos a sério*, seria a de que as regras, se aplicáveis, seriam conclusivas, enquanto os princípios poderiam ser aplicáveis, sem que fossem conclusivos (2002, p. 13). Schauer afirma, no primeiro capítulo da obra, que o caráter conclusivo ou não das regras não seria um bom critério para caracterizá-las, assim como, por exemplo, a generalidade ou a especificidade (2002, p. 14). Mais tarde, todavia, já no capítulo sexto, Schauer deixa mais claro por que não concorda com a tese atribuída a Dworkin de que as regras seriam conclusivas. O que ele pretende afirmar é que as regras, embora forneçam razões invariáveis para agir na maior parte dos casos, elas não chegam a ser *absolutas*, tal como supostamente Dworkin as entenderia. Segundo Schauer, a tese dworkiniana de que “as regras são conclusivas, se aplicáveis” não parece fiel à experiência cotidiana. Para comprová-lo, fornece dois exemplos: o do motorista que excede o limite de velocidade para levar uma criança ferida ao hospital e o do judeu ortodoxo que come carne de porco a fim de evitar a morte por inanição. Ora, diz ele, não se pode negar que há, em ambos os casos, uma regra a reger o caso; o que ocorre, contudo, é que *considerações mais exigentes*, nessas hipóteses raras, resultam por superar a força das regras aplicáveis. Em suma, em tais casos, “a razão para ação fornecida por uma regra aplicável não é [...] suficiente para resistir a razões para ação fornecidas por outras considerações [...]” (SCHAUER, 2002, p. 115).

Em outros momentos da obra, Schauer oferece outra crítica à concepção de regra em Dworkin. Se, na primeira crítica, o autor faz referência sempre a *Levando os direitos a sério*, nesta ele faz menção a outro livro de Dworkin: *O império do direito*. Aqui, Schauer acusa Dworkin de adotar um modelo particularista de tomada de decisão, no qual as regras são tomadas meramente como um indicador para a decisão (passíveis, portanto, de serem

superadas sempre que as suas justificações apontarem para um outro resultado esperado). Segundo o autor, para além do que normalmente se concebe como regra, Dworkin descreveria a existência de uma realidade mais profunda abaixo dela que seria a “regra real” que o tomador de decisão deveria descobrir ou construir. Em outras palavras, além de uma “falsa regra” mais visível, haveria uma “regra real” mais profunda a embasá-la à qual o tomador de decisão deveria recorrer sempre que se apresentasse a ele uma experiência recalcitrante. Assim, Dworkin abraçaria a tese de que a regra (a “falsa regra”) seria um *indicador transparente* da “regra real”, que estaria sempre ali disposta a ser recuperada (SCHAUER, 2002, p. 64). Em suma, segundo Schauer, Dworkin adotaria uma concepção de regra que ofereceria pouca ou nenhuma resistência à aplicação da sua respectiva justificação sempre que ocorresse uma tal situação conflituosa (2002, p. 51).

Mas, afinal, que respostas Dworkin ofereceria diante de tais críticas? Desde logo, é possível notar que Schauer parece não ter compreendido muito bem a teoria dworkiniana, a começar pelo fato de que dirige contra ela duas críticas aparentemente contraditórias, sem explicar suficientemente por que seria possível sustentá-las simultaneamente. Veja que, a princípio, Schauer acusa Dworkin de ter uma concepção rígida de regra, o que estaria em dissonância com a prática jurídica, que apontaria para o fato de que regras são, em circunstâncias excepcionais, superadas. No entanto, em outro momento, acoima a teoria de Dworkin de particularista, visto que adotaria uma concepção muito flexível acerca das regras, já que estas seriam transparentes a uma análise mais profunda por parte do tomador de decisão. É de se questionar, portanto, a Schauer: afinal, de acordo com sua visão, Dworkin perfilha que concepção acerca das regras? A primeira ou a segunda? No caso de, realmente, assumir as duas concepções, como elas se compatibilizam? Ou, se não se compatibilizam, por que isso não ocorre? Schauer não responde a essas questões. Suas críticas parecem, pois, se perder, desde já, diante da sua própria incompatibilidade interna.

Contra as críticas de Schauer, Dworkin teria a dizer que, na verdade, sua teoria não é tão diversa da que ele defende, não obstante mais completa. Como ressalta Postema, é possível plausivelmente interpretar a teoria

dworkiniana “como comprometida com uma versão do particularismo sensível às regras” (1991, p. 811), que não difere substancialmente do positivismo presuntivo de Schauer, à medida que atribui um peso importante às regras, embora reconheça que elas podem ser superadas em determinadas circunstâncias em vista de outras considerações morais relevantes. É um erro, por um lado, considerar – tal como Schauer o fez em sua primeira crítica – que Dworkin enxergaria as regras como sempre absolutas, isto é, “conclusivas, se aplicáveis”. Por outro, é também um erro considerar – tal como Schauer o fez em sua segunda crítica – que Dworkin seria um particularista puro, para o qual as regras seriam sempre transparentes, não tendo nenhuma força diante de experiências recalcitrantes.

Se atentarmos para a distinção entre regras e princípios realizada por Dworkin em *O modelo de regras I*, é possível perceber, tal como ele esclarece em *O modelo de regras II* – ambos os artigos constantes de *Levando os direitos a sério* –, que, embora ele realmente reconheça divergências gramaticais no funcionamento desses dois padrões normativos (1978, p. 72), o que importa para ele não é tanto distingui-los, mas mostrar que, se atentarmos para o funcionamento dos *princípios*, teremos uma visão mais fiel da prática jurídica⁷. Os princípios “[...] funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante” (MACEDO JR., 2012, p. 118). Uma visão do direito que o encara simplesmente como um sistema de regras resulta, conseqüentemente, por ofuscar a sua intencionalidade moral, assim como a sua dimensão interpretativa.

Assim, a despeito de, em trabalhos posteriores a *Levando os direitos a sério*, sobretudo em *O império do direito*, evitar se valer do aparato

⁷ “Meu ponto não era o de que ‘o direito’ contém um número fixo de padrões, entre os quais alguns são regras e outros princípios. Na verdade, eu quero me opor a ideia de que ‘o direito’ é um conjunto fixo de padrões de qualquer tipo. Meu ponto era, em vez disso, que uma síntese acurada das considerações que os juristas devem levar em conta ao decidirem uma questão particular de direitos jurídicos e deveres incluiria proposições com forma e força de princípios, bem como que juizes e juristas, quando justificam suas conclusões, frequentemente usam proposições que devem ser entendidas nesse sentido.” (DWORKIN, 1978, p. 76)

conceitual que distingue entre regras e princípios, a tese principal de Dworkin, no sentido de que o direito é uma prática social argumentativa, permanece⁸. Em consequência, não se tem uma concepção de regra simplesmente rígida, nem tampouco uma concepção de regra totalmente flexível. Nas palavras de Ronaldo Porto Macedo Jr., encarando o direito como um jogo interpretativo reflexivo, tal qual a cortesia, “as regras passam a ser condicionadas e sensíveis aos próprios valores e à sua interpretação valorativa.” (2012, p. 163). Isso obviamente não quer dizer que a prática jurídica esteja sempre envolta, *de maneira manifesta*, com questões de moralidade pública, exigindo dos participantes do discurso jurídico, *a todo momento*, uma atuação argumentativa reforçada. Pelo contrário, provavelmente em grande parte dos casos, os atores jurídicos seguem o que as regras ditam literalmente, sem que maiores discussões sejam suscitadas. De toda forma, mesmo nessas situações, obedece-se às regras porque, além de positivadas, não estão em desacordo com os princípios que justificam a legitimidade do direito e que fundam sua própria obediência. Há, desse modo, razões morais que lastreiam a própria obediência às regras, de modo que no seu cumprimento aparentemente espontâneo também entram em cena exigências de justificação (MACEDO JR., 2012, p. 203).

4 ANÁLISE CRÍTICA

Demonstrados os pontos centrais do argumento de Schauer sobre o seu conceito de regra, assim como as críticas por ele dirigidas a Dworkin e as possíveis réplicas deste, é possível, agora, fazer uma análise crítica do empreendimento daquele autor.

Em primeiro lugar, não se pode negar que a discussão acerca da gramática de funcionamento das regras é, indubitavelmente, de extrema

⁸ “O direito é, sem dúvida, um fenômeno social. Mas sua complexidade, função e consequência dependem de uma característica especial de sua estrutura. A prática do direito, diferentemente de muitos outros fenômenos, é *argumentativa*. Todo ator dessa prática compreende que aquilo que ela permite ou exige depende da verdade de certas proposições que só adquirem sentido por meio e no interior dessa mesma prática; a prática consiste, em grande medida, em mobilizar e discutir essas proposições.” (DWORKIN, 1986, p. 13)

relevância. Inebriados pela prática cotidiana do direito, os juristas, ainda hoje, parecem ter muito pouco a dizer – já que pouco sabem a respeito delas – sobre a natureza das regras e como elas, de fato, operam. Assim, a problematização do funcionamento das regras coloca para os juristas a necessidade de compreender como atua o direito de maneira geral, assim como alguns dos seus instrumentos em particular, como é o caso das regras. Poder-se-ia dizer que, simplesmente pelo fato de tematizar o que não é normalmente objeto de tematização pela maior parte dos juristas, a obra de Schauer já seria de grande importância⁹. *Playing by the rules* tem, destarte, seu devido relevo, já que, independente de concordarmos ou não com as teses que defende, nos retira do sossego da prática jurídica, executada sem qualquer reflexão acerca da sua gramática, para despertarmos para a necessidade de entendermos o seu funcionamento.

Depois, é preciso reconhecer que o debate estabelecido por Schauer se insere de maneira precisa no espaço privilegiado do debate contemporâneo em teoria do direito, que engloba a participação de autores como Hart, Raz e Dworkin¹⁰. Trata-se, como enfatiza Ronaldo Porto Macedo Jr. (2012, p. 10-63 e 210-215), de um debate de natureza essencialmente *metodológica*. Isso fica particularmente claro quando se atenta à maneira pela qual Schauer procura examinar as regras. Para descrever o modo como as regras atuam, Schauer incorpora, a todo momento, uma série de questões filosóficas contemporâneas, que envolvem, por exemplo, uma preocupação especial para com a estrutura e o modo de funcionamento da linguagem. Poderíamos nos valer de muitos exemplos para comprovar tal natureza metodológica subjacente ao debate de Schauer em torno do conceito de regra.

⁹ A dificuldade dos juristas em ultrapassar a esfera da cotidianidade do direito, a fim de refleti-lo mais acuradamente, é de há muito reconhecida. Em Kant, *v. g.*, é possível colher uma observação nesse sentido: “Tal como a muito citada indagação ‘o que é a verdade’, a questão ‘o que é direito?’ poderia certamente embarçar o jurista, se este não quiser cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis em algum país em alguma época prescreveram. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis num certo lugar e num certo tempo dizem ou disseram. Mas se o que essas leis prescreviam é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele (...)”. (KANT, 2003, p. 75-76).

¹⁰ Para citar apenas uma obra de cada autor, já traduzida para o português, *vide* HART, 2012; RAZ, 2010; e DWORKIN, 2002.

Três, no entanto, nos são suficientes: a) já no primeiro capítulo, o autor reporta-se aos limites da linguagem ordinária, salientando que pretendia estabelecer uma distinção mais clara do conceito de regra do que aquelas encontradas na linguagem comum (2002, p. 15-16); b) no segundo capítulo, ao analisar a estrutura das regras, Schauer refere-se à sua inexorável textura aberta (2002, p. 34-37); c) no capítulo quarto, ao tratar da questão do entrincheiramento e da autonomia semântica, Schauer deixa manifesto que a sua concepção do conceito de regra é incompatível com uma compreensão particularista do significado e dependente da existência de um significado acontextual das palavras (2002, p. 53-62).

Desse modo, a construção da concepção de regra por parte de Schauer tem como pano de fundo um debate eminentemente metodológico que passa pela discussão de temas e problemas filosóficos advindos da virada linguística¹¹, os quais, especialmente a partir de Hart, invadiram a teoria do direito¹². Pode-se, por conseguinte, afirmar que Schauer, ao explorar o conceito de regra e o modo de decisão nela baseado, não foge às questões filosóficas mais abrangentes, antes as pressupõem como fundamentais em seu argumento.

Finalmente, é preciso retomar a pretensão de Schauer para saber em que medida ele obteve êxito ou não, assim como para avaliar a correção de sua teoria.

Como salientado, a preocupação do autor em perscrutar a gramática das regras está respaldada numa pretensão anterior de realizar um “exame filosófico da tomada de decisão baseada em regras no *direito e na vida*”. Ora, se, por um lado, é mister reconhecer que a versão de Schauer sobre o modo de tomada de decisão baseada em regras é de algum modo coerente, por outro, é necessário acrescentar que ela se apresenta incompleta. Em outras palavras, trata-se de ter em conta que, em certa medida, o projeto

¹¹ Como acentua Oliveira (2001, p. 13), a ideia fundamental erigida pela virada linguística é a de que “(...) é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário e constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística.”

¹² No Brasil, o impacto da virada linguística na teoria do direito pode ser sentido em autores como WARAT, 1995; FERRAZ JR., 2003; STRECK, 1999; e BITTAR, 2009.

schaueriano não se completou, na medida em que faltou ao autor fornecer uma teoria sobre como concretamente razões particularmente exigentes são capazes de superar a força das regras. Uma teoria adequada do funcionamento das regras e do modelo de decisão nelas baseado dependeria da explicitação do que Schauer entende por *razões particularmente exigentes* e como concretamente elas operam. Nesse sentido, Schauer não explica ao leitor a natureza dessas *razões particularmente exigentes* (2002, p. 203), que, em outros momentos, ele chega até mesmo a denominar de *interesses imperiosos (compelling interests)* (2002, p. 204). Afinal, cuida-se de *razões* ou de *interesses*? Não haveria uma distinção entre ambos?

Postema tem razão quando considera que a teoria do positivismo presuntivo de Schauer, segundo a qual razões particularmente exigentes são capazes de superar, em determinadas circunstâncias, a força das regras, é carente de uma tese sobre a relação entre o domínio do direito e outros domínios normativos. Noutras palavras, faltou a Schauer defender uma “tese sobre se e *como* o domínio do direito está separado do resto das normas e considerações relevantes na prática jurídica” (POSTEMA, 2012, p. 813). A nosso viso, uma exploração adequada e completa da relação entre as razões para agir fornecidas pelas regras e as razões fornecidas por outros tipos de considerações dependeria de uma teoria que se debruçasse sobre a relação do direito com outros domínios normativos, como o da moral.

Ademais, não obstante a relevância da discussão suscitada por Schauer, além de reconhecer a incompletude da sua proposta, é mister também ressaltar que a concepção de Schauer acerca do funcionamento das regras não parece ser exatamente fiel a elas. A teoria de Schauer peca, segundo pensamos, por não pressupor nenhuma distinção rígida entre o modo de funcionamento das regras dentro do direito e fora do direito (isto é, na vida em geral). Aliás, Schauer nem mesmo definiu, com rigor, os limites que separariam o que entende por *direito* e por *vida*. De todo modo, para se ter um exemplo, mesmo uma regra *jurídica*, não atua semelhantemente na prática judicial e na prática de dois sujeitos que pretendem entabular um contrato. Não se pode pretender que uma mesma regra atue de modo idêntico fora e dentro dos tribunais.

De fato, as regras, de maneira geral, fornecem razões para agir que deixam em estado latente outros tipos de considerações que não chegam a ser aviventadas na maior parte das situações jurídicas. O que é preciso distinguir, no entanto, é que, fora dos tribunais (ou de outras instâncias que admitem uma discussão institucionalizada das controvérsias jurídicas), a possibilidade de se levantar essas considerações subjacentes é muito pequena ou quase nula. Cidadãos comuns, em suas ocorrências cotidianas, lidam ininterruptamente com regras sem que possam recorrer a considerações que levariam à sua superação. A institucionalização do dissídio jurídico nos tribunais (ou em outras instâncias) faz reverter essa situação. O que queremos dizer é que o direito cria mecanismos próprios para tornar reflexiva a obediência cega às regras jurídicas. Assim, as regras não funcionam de modo equivalente em todos os domínios. Como enfatizado, nas situações corriqueiras dos sujeitos jurídicos as regras parecem atuar de acordo com uma gramática um tanto quanto rígida, impedindo o acesso a considerações de outra ordem; no entanto, em situações específicas, isto é, naquelas em que conflitos são levados à discussão em instâncias privilegiadas, o acesso a outras considerações passa a ser concedido, demandando justificações por parte dos sujeitos jurídicos para que possam vir a ser efetivamente reconhecidas.

Em síntese, a despeito do mérito em problematizar questões pouco tematizadas pela maior parte dos juristas e oferecer uma teoria em certa medida plausível, a obra de Schauer tem o defeito de ser incompleta e mesmo infiel à realidade das regras, ainda mais quando se pretende investigar como elas atuam nas tomadas de decisão não só no direito como na vida em geral. Um aprofundamento da análise schaueriana requer, assim, uma investigação dos diferentes modos pelos quais as regras atuam nas tomadas de decisão *a depender do contexto dos sujeitos envolvidos*, assim como de como as regras integrantes do domínio do direito lidam com normas e considerações de outros domínios, como o da moral. Em todo caso, *Playing by the rules* constitui certamente uma referência no âmbito da teoria do direito contemporânea que deve ser impreterivelmente levada em consideração, seja para dela se

aproximar ou para dela se afastar; o que não mais se admite é que permaneça em grande medida ignorada pelos debates encetados pelos juristas brasileiros.

5 CONCLUSÃO

Se, por um lado, o exame crítico realizado aponta para problemas na concepção de Frederick Schauer, não deixa, por outro lado, de revelar a sua importância para o debate atual em torno do conceito de regra, que ganhou, desde há algum tempo, um espaço ampliado nos ambientes acadêmicos, sobretudo em virtude da vulgarização, no País, da distinção dworkiniana ente regra e princípio. O pensamento de Schauer apresenta, sem dúvida, contribuições relevantes cuja exploração adequada pode enriquecer as discussões em teoria do direito em âmbito nacional.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

_____. *Law's empire*. Cambridge/London: Harvard University Press, 1986.

_____. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: EDIPRO, 2003.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea*. 2012. 252f. Tese (Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

MARCONDES, Danilo; STRUCHINER, Noel. *Textos básicos de filosofia do direito: de Platão a Frederick Schauer*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

SCHAUER, Frederick. *Free speech: a philosophical enquiry*. New York: Cambridge University Press, 1982.

_____. **Fuerza de ley**. Tradução de Pablo Ariel Rapetti. Lima: Palestras, 2015b.

_____. *Las reglas en juego: um examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Tradução de Claudina Orunesu e Jorge L. Rodríguez. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. *Pensar como un abogado: una nueva introducción al razonamiento jurídico*. Tradução de Tobías J. Schleider. Madrid: Marcial Pons, 2013.

_____. *Playing by the rules: a philosophical examination of rule based decision-making in law and in life*. Oxford: Clarendon Press, 2002.

_____. *The force of law*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2015a.

_____. *Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning*. Cambridge; London: Harvard University Press, 2009.

SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE FILOSOFIA DO DIREITO DA PUC/SP: A FORÇA DO DIREITO, I, 2015, São Paulo.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea**. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.

POSTEMA, Gerald J. Positivism, I Presume? . . . Comments on Schauer's "Rules and Rule of Law". *Harvard Journal of Law and Public Policy*, Cambridge, v. 14, n. 3, summer 1991, p. 797-822.

RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SHECAIRA Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

STRUCHINER, Noel. *Para falar de regras: o positivismo conceitual como cenário para uma investigação filosófica acerca dos casos difíceis do Direito*. 2005. Tese (Doutorado em Filosofia) – Programa de Pós-Graduação em Filosofia da PUCRio. Rio de Janeiro, 2005.

WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. aument. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

**RAZÃO TÉCNICA E RAZÃO COMUNICATIVA: AINDA SOBRE O
“ROMPIMENTO” DE HABERMAS COM A PRIMEIRA GERAÇÃO DA
TEORIA CRÍTICA¹**

MORAIS, Jonathas Vinicius Figueiredo²

RESUMO: Pretende-se neste artigo cuidar da questão da “ruptura” da obra de Jürgen Habermas com o conjunto de trabalhos de seus antecessores no Instituto de Pesquisa Social. Na contramão de concepções que consideram que tal circunstância foi determinada pela vinculação do autor ao tema da democracia, ou que tal “rompimento” decorreu do abandono dos interesses ou princípios hegel-marxianos, defendemos que a real mudança de rumo em sua obra ocorreu com o ensaio “Técnica e ciência como ‘ideologia’”, onde a partir de um novo quadro teórico, fundado nas categorias “trabalho” e “interação”, ele propõe uma releitura do desenvolvimento da sociedade capitalista, sem perder de vista, no entanto, o espírito crítico. Tal demonstração será feita a partir da reconstrução do “debate” entre Habermas e Marcuse acerca do conceito weberiano de racionalização social, desenvolvido naquele ensaio e nos textos “Industrialização e capitalismo na obra de Max Weber” e “Ideologia da sociedade industrial”, de Marcuse.

Palavras-chave: Teoria crítica; Racionalidade técnica; Racionalidade comunicativa; Jürgen Habermas; Herbert Marcuse.

ABSTRACT: This article aims to address the issue of the “break” of Jürgen Habermas’s work with the set of works of his predecessors at the Institute for Social Research. Contrary to conceptions that consider that such circumstance was determined by the author’s attachment to the theme of democracy, or that such “disruption” would have resulted from the abandonment of hegelian-marxian interests or principles, we argue that the real change of direction in his work occurred with the essay “Technology and science as ‘ideology’”, where from a new theoretical framework, based on the categories “work” and “interaction”, he proposes a rereading of the development of capitalist society, without losing sight, however, of the critical spirit. This demonstration will be made from the reconstruction of the “debate” between Habermas and Marcuse about the weberian concept of social rationalization, developed in that essay and in Marcuse’s “Industrialization and capitalism in the work of Max Weber” and “One-dimensional man.”

¹ O tema do presente artigo foi parcialmente abordado em tópico de minha dissertação “Os Modelos de Democracia de Axel Honneth e Rainer Forst: Teoria Crítica e Filosofia Política”, defendida em dezembro de 2018 no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob orientação do Professor Dr. Eduardo Carlos Bianca Bittar.”

² Mestre em Filosofia e Teoria Geral do Direito USP e funcionário do TRT SP.

Keywords: Critical theory; Communicative reason; Technical reason; Jürgen Habermas; Herbert Marcuse.

1 INTRODUÇÃO

Há duas ideias sobre a obra de Jürgen Habermas bastante difundidas no meio teórico-científico: 1) a de que o tema da democracia, em sua articulação com a noção de esfera pública, é uma constante em seu trabalho; 2) a de que ele provocou uma ruptura interna na tradição de pensamento conhecida como “Teoria Crítica” ou “Escola de Frankfurt”³. Tomadas por si, ambas as afirmações encontram um lastro bastante plausível na história intelectual do autor, porém parece necessário demarcar sua real extensão, contextualizando-as e dando o alcance de seu sentido, para que não se recaia em derivações equivocadas bastante comuns no meio acadêmico, como a presunção de que a vinculação do filósofo ao tema da democracia tenha sido a razão definitiva para a referida ruptura. Ou mesmo de que esta tenha significado o simples abandono, por parte do autor, dos interesses ou princípios hegelo-marxianos que animavam e davam unidade aos trabalhos da primeira geração⁴.

O tema da democracia, de fato, acompanha a trajetória de Habermas desde seus primeiros passos no Instituto de Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*) da Universidade de Frankfurt, quando ele ainda

3 Como afirma Marcos Nobre, quando falamos em Teoria Crítica, ao menos três ordens de coisas se colocam em nosso espectro de referência: “um campo teórico, um grupo específico de intelectuais filiados a esse campo teórico e inicialmente reunidos em torno de uma instituição determinada (o Instituto de Pesquisa Social)” (NOBRE, 2011, P. 21-22). A expressão “teoria crítica” consolidou-se como forma principal de designação do conjunto de trabalhos desenvolvidos em conexão com o Instituto de Pesquisa Social (*Institut für Sozialforschung*), ligado à Universidade de Frankfurt na Alemanha, especificamente a partir do momento em que Max Horkheimer assumiu sua direção, na década de 30, e instituiu o programa de pesquisa interdisciplinar inspirado por princípios hegelo-marxianos. Já “Escola de Frankfurt”, como ressalta Rolf Wiggershaus (2006, p. 689), é o nome pelo qual a Teoria Crítica ficou conhecida na década de 60, após os trabalhos de alguns de seus integrantes, como Jürgen Habermas e Herbert Marcuse, terem se popularizado junto aos movimentos de estudantes.

4 Conforme Martin Jay, três interesses hegelo-marxianos orientaram o programa teórico-crítico frankfurtiano: a) um interesse na integração entre filosofia e análise social; b) um interesse no método dialético hegeliano, configurado em termos histórico-materialistas; c) e um interesse “em explorar a possibilidade de a práxis humana transformar a ordem social” (JAY, 2008, p. 84-85).

era assistente de Theodor Adorno. Isso pode ser verificado, por exemplo, no trabalho de juventude denominado “O estudante e a política”, que teve por base um projeto de pesquisa empírico, desenvolvido em parceria com Christoph Oehler e Friedrich Welts (WIGGERSHAUS, 2006, p. 582 et seq), cujo propósito era, a partir da análise de opinião, determinar o potencial democrático existente no meio estudantil. Foi inclusive sua propensão à defesa de uma ideia “radicalizada” de democracia - no sentido social - que serviu de estopim para seu desentendimento com Max Horkheimer, um dos fundadores do Instituto, que via na leitura habermaseana uma porta de entrada para regimes autoritários. Suas palavras em carta endereçada a Theodor Adorno foram enfáticas:

A palavra revolução é substituída – provavelmente sob sua influência – pela ‘transformação da democracia formal em democracia concreta, da democracia liberal em democracia social’, mas o ‘potencial’ que deve agir politicamente nesse processo não poderia, na imaginação do leitor médio, realizar-se por métodos democráticos. Como, com os diabos, o povo que é ‘mantido acorrentado... por uma sociedade burguesa de Estado de Direito’ pode ter acesso à pretensa sociedade política para a qual ele está “maduro há muito tempo”, segundo H., a não ser pela violência? Tais profissões de fé são inaceitáveis no relatório de pesquisas de um instituto que vive dos subsídios públicos dessa sociedade carcerária⁵

Habermas, no entanto, sempre se manteve firme na convicção de que a investigação teórica sobre as possibilidades de superação das formas de dominação social estaria condicionada pelo marco democrático. Assim é que em 1961 ele volta a tocar no tema em seu livro “Mudança estrutural da esfera pública” (HABERMAS, 2014), onde investigou as possibilidades de aprofundamento da democracia em uma sociedade industrial conformada politicamente como Estado Social de Direito. O parâmetro de sua pesquisa foi

5 Carta de Horkheimer a Adorno, Montagnola, em 27 de setembro de 1958, *apud* WIGGERSHAUS, 2006, p. 589. Stefan Müller-Doohm observa que Habermas, ao contrário do que se costuma pensar, não tinha grande convivência com Horkheimer, de modo que, embora tivesse um vago conhecimento de sua animosidade para consigo, só veio a ter ciência do conteúdo depreciativo dessa carta após a morte do fundador da Teoria Crítica (MÜLLER-DOOHM, 2014, p. 86).

o conceito de esfera pública, tipo ideal que ele desenvolveu a partir da análise da formação de um público crítico na sociedade civil europeia do século XVIII. Na origem dessa forma social, não obstante ela reproduzisse as características excludentes da sociedade burguesa, Habermas enxergou pontos positivos e imprescindíveis para a consecução do que considerava uma democracia efetiva, com destaque para a sua capacidade de exercer influência e mesmo moldar a atuação do poder estatal.

Leonardo Avritzer assinala que o conceito de esfera pública já representou, dentro da vertente crítica, “uma transição no nível do próprio conceito de racionalidade, na medida em que [...] a associação intrínseca entre racionalidade e dominação enquanto componente da civilização ocidental, tal como suposta por Adorno e Horkheimer, é posta em questão” (AVRITZER, 1999, p. 177). Isso, contudo, não impediu que Habermas realizasse uma avaliação bastante negativa da evolução dessa categoria no decorrer do século XX. Para ele, com a emergência do Estado intervencionista, o público pensante teria se desfeito em um público consumidor de cultura, a política haveria sido absorvida pela propaganda de massa, e os limites entre esfera estatal e esfera privada teriam chegado a um nível avançado de esfacelamento.

A leitura habermaseana dessa etapa histórica é sintetizada nos seguintes termos por Thomas Maccarthy:

A 'mudança estrutural experimentada pela esfera pública burguesa', seu eclipse como instituição política, foi acompanhada de uma despolitização da massa da população e de uma privatização das necessidades e dos interesses. No lugar de uma discussão geral e irrestrita das questões práticas, parece se registrar uma tendência irresistível ao exercício burocratizado do poder, complementado por uma esfera pública reduzida a espetáculo e a eleições periódicas (MCCARTHY, 1998, p. 35, n.t).

Portanto, não foi esse livro em especial o responsável pela distinção mais profunda da abordagem de Habermas com relação à produção teórica dos demais integrantes da “Escola de Frankfurt”, os quais também viam com muitas reservas o caráter democrático das democracias burguesas no

capitalismo pós-liberal. Isso veio a ocorrer somente em 1968, com o ensaio “Técnica e ciência como ideologia”, publicado em livro de mesmo nome⁶, que, entre outras coisas, significou uma tentativa de superar o quadro categorial da tradição crítica que remontava à Marx, sobretudo a centralidade da categoria trabalho (NOBRE, 2014). Outro ponto de destaque foi a importância que a sociologia weberiana passou a ter para Habermas a partir deste texto – não obstante a profunda reinterpretação a que ela é submetida, sobretudo com relação ao conceito de racionalização social -, funcionando como chave de leitura da evolução das sociedades sob um duplo aspecto: “como uma explicação da passagem das sociedades tradicionais para as sociedades modernas e como processo de modernização no quadro de sociedades onde já domina o modo de produção capitalista” (NOBRE, 2014, p. 16).

Tais mudanças foram realizadas a partir da discussão do papel assumido pela ciência e pela técnica – concebidas como forças produtivas pela tradição marxista – no capitalismo sob o Estado de bem-estar social. Herbert Marcuse, representante da primeira geração frankfurtiana, que em momento anterior também havia se ocupado desse tema, foi colocado na posição de interlocutor privilegiado no texto, especialmente por sua crítica à tese weberiana da racionalização social (MARCUSE, 1998) - em cujo conceito de racionalidade o filósofo vislumbrava um conteúdo político inconsciente, uma apologia à dominação capitalista fundada no imperativo do progresso técnico-científico. Como argumenta Nobre (2014, p. 16), o diálogo teórico com Marcuse serviu de fio condutor para o desdobramento da argumentação habermaseana, inclusive em seu percurso pelas teorias sociológicas de Marx e Weber, servindo também, podemos afirmar, para delimitar suas proximidades e distanciamentos quanto a seus antecessores no Instituto de Pesquisa Social.

Tendo isso em mente, a seguir retomaremos a cadeia argumentativa principal construída nessa “discussão”, no intuito de oferecer, a partir dela, uma perspectiva mais aproximada do que teria sido o novo caminho proporcionado por Habermas à tradição crítica. Nesse sentido, primeiramente

6 Outros trabalhos como “Teoria e Práxis” e “Conhecimento e Interesse”, desse mesmo período, tornaram-se marcos importantes na consolidação de Habermas como um grande intelectual alemão. Contudo, “Técnica e ciência como ideologia” se revelou um divisor de águas dentro de sua própria obra.

apresentaremos a crítica marcuseana à racionalidade técnica, especificamente aquela esboçada em seus “Industrialização e capitalismo na obra de Max Weber” e “Ideologia da sociedade industrial”, cuja abordagem supera o tema da estrutura econômico-social, alcançando a própria questão da democracia na sociedade capitalista. Em seguida reconstruiremos a argumentação habermaseana empreendida no ensaio “Técnica e ciência como ideologia”, destacando os passos que o levaram a esboçar um novo quadro categorial para o campo de investigações teórico-críticas. Como se perceberá, isso não significou um simples abandono dos pilares hegel-marxianos, mas se tratou de uma atualização dos mesmos – o que é recorrente em seu trabalho –, por um lado, em razão dos novos desafios colocados ao pensamento crítico com as mudanças trazidas pelo capitalismo pós-liberal ou tardio; por outro, para adequá-los à sua gradual convicção teórica acerca da fundamentalidade do conceito de interação – comunicação -, tanto para o nível da reflexão propriamente filosófica, quanto para o nível do pensar sobre as ações e as estruturas sociais.

2 MARCUSE E A CRÍTICA DA RAZÃO TÉCNICA

Conforme Marcuse, o conceito de racionalidade de Weber, especificamente o que ele utilizava para designar o desenvolvimento da sociedade ocidental na modernidade, traria os seguintes elementos característicos:

1. matematização progressiva da experiência e do conhecimento, que, partindo das ciências naturais e de seus êxitos estrepitosos, abrange as demais ciências e o próprio “modo de vida” (quantificação universal);
2. insistência na necessidade de experimento racional e de provas racionais na organização da ciência, bem como no “modo de vida”; e
3. o resultado dessa organização, que é decisivo para Max Weber, a saber: o surgimento e a consolidação de uma organização universal de funcionários instruída por especialização técnica, que se converte em “poder mágico absolutamente inevitável de toda a nossa existência (MARCUSE, 1998, p. 116).

O caráter abstrato, matematizado, dessa racionalidade, denominada por Weber “formal”, poderia ser identificado tanto no modo de trabalho do campo científico, guiado pelo imperativo da pureza lógico-conceitual - e, desse mesmo modo, da neutralidade de valores -, quanto na estrutura de desenvolvimento da economia capitalista, em que as chances de lucro poderiam ser traduzidas em fórmulas numéricas, e objetivos humanos apareceriam apenas como variáveis dentro do cálculo de ganhos empresariais. Além disso, a forma de dominação social vinculada ao aparelho burocrático-administrativo obteria na sociologia weberiana a condição de parâmetro da máxima eficiência e da objetividade proporcionadas pelo processo ocidental de racionalização.

Essa aproximação weberiana entre racionalidade formal e sistema de produção capitalista foi um dos maiores alvos da objeção de Marcuse, que via nela um claro viés apologético. Na leitura do teórico crítico, a economia socialista planejada, por exemplo, apresentava um caráter muito mais promissor em termos de calculabilidade do que a versão capitalista-liberal, por não encontrar limitações em dois fatos históricos específicos: a) o interesse privado das empresas; 2) a separação entre propriedade dos meios de produção e trabalho “livre”. Tais limites não eram ignorados por Weber, que, abstraindo de sua natureza histórico-material, tratou-os como “requisitos técnicos”, imprescindíveis ao progresso industrial. Ou seja, o controle individual do empresário sobre os meios e o processo de produção representariam para o sociólogo alemão uma evolução técnica trazida pelo processo de industrialização, da qual não se poderia mais abrir mão. Pelo contrário, ele deveria se transformar em modelo de eficiência disciplinar produtiva, aplicável a toda a sociedade.

Acerca da articulação histórica destes fatores com a razão técnica, a reflexão de Marcuse, citando o próprio Weber, é contundente:

A figura ‘formal mais racional’ do cálculo capitalista é aquela em que o homem e seus objetivos entram somente como grandezas variáveis no cálculo de chances de ganho e de lucro. Nessa racionalidade formal a matematização é desenvolvida até chegar ao cálculo com a *negação da vida* real: como risco extremo da morte por inanição ela se converte entre os

despossuídos em estímulo do agir econômico: 'Para não-proprietários normalmente o estímulo decisivo para todo agir econômico em situações de interação econômica é: a) a coação do risco de total ausência de suprimento para si próprio e para os dependentes pessoais (filhos, mulheres, eventualmente pais) cujo sustento tipicamente o indivíduo assume [...]' (MARCUSE, 1998, p. 122).

A razão formal weberiana se converteria então, na leitura do teórico crítico, em razão concreta, em pressuposto de eficiência universal do domínio capitalista, levando-o a designá-la criticamente como razão tecnológica: “produção e transformação de material (humano e de coisas) por meio do *aparato* construído metódica e cientificamente com vista à eficiência calculável, cuja racionalidade organiza e controla coisas e homens, fábrica e burocracia de funcionários, trabalho e tempo livre” (MARCUSE, 1998, p. 122). Essas aporias da sociologia weberiana refletiam, para Marcuse, o espírito de seu próprio tempo. Tratar elementos materiais do capitalismo como necessidades tecnológicas não seria algo simplesmente acidental, mas reproduziria o próprio caráter ideológico e legitimatório da tecnologia na sociedade capitalista. Nesse sentido, também para Marcuse, a dominação sobre coisas e pessoas se apresentaria como um elemento subjacente à racionalidade técnica do moderno capitalismo industrial, fazendo com que sua preocupação também recaísse sobre outro elemento importante no arcabouço teórico weberiano: a dominação burocrática.

A burocracia cumpriria o papel, crucial para o processo de racionalização, de funcionalizar socialmente a máxima eficiência da produção industrial, de expandi-la para toda a sociedade. Distinguindo-se por ser uma forma de dominação objetiva, fundada no próprio corpo burocrático, no próprio aparelho, tendo na especialização do saber, ou profissionalização, uma de suas características mais importantes, o que ainda lhe conferiria, conforme Weber, validade em diversos âmbitos institucionais. Na visão de Marcuse, a expansão funcional da burocracia, juntamente com o capitalismo industrial, constituiria “[...] a reificação (*Verdinglichung*) da razão – reificação como razão -, apoteose da reificação” (MARCUSE, 1998, p. 122). Ápice que, no entanto, encontraria um limite em sua própria natureza, pois, tratando-se o aparelho

burocrático de mero meio, não lhe seria possível estabelecer suas próprias finalidades ou bases de valores, implicando sua subordinação a um poder exterior.

Nesse último ponto, segundo a reconstrução do teórico crítico, conectar-se-ia outra espécie de dominação, a carismática, que Weber conceituava como aquela fundada nas qualidades pessoais daquele que exerce o controle. Embora aparentemente contraditória, essa ligação se revelaria condizente com a concepção weberiana de racionalização social, porque, nas palavras de Marcuse, “se a racionalidade se concretiza na administração e *somente nela*, então o poder legislador precisa ser *irracional*” (MARCUSE, 1998, p. 127). Para Weber, o carisma só se tornaria uma forma de dominação permanente, rotinizada, caso se associasse a outras formas de dominação com esse potencial, como a legal-burocrática ou a tradicional (WEBER, 2000, t.1., p. 161). E na sociedade moderna teria sido com relação à primeira destas que o carisma teria se associado, de modo que, conforme Marcuse:

[...] o que começa como carisma do indivíduo e de seu séquito pessoal se completa na dominação de um aparelho burocrático de funções e direitos adquiridos, em que os dominados em termos do carisma se convertem em ‘súditos’ regulares, cumpridores de suas obrigações e pagadores de impostos (MARCUSE, 1998, p. 129).

No entanto, o “nivelamento” imposto pela racionalidade técnico-formal da administração de massas poderia apresentar um efeito indesejado para essa relação. Isso porque traria em sua raiz uma tendência democratizante, igualitária, subversiva da dominação que o aparelho burocrático visava garantir. E a solução “técnica” historicamente desenvolvida no capitalismo, com vistas a dar conta desse conflito, foi encontrada, segundo o próprio Weber, na democracia plebiscitária, “[...] em que as massas periodicamente depõem seus líderes e lhes determinam a política – em condições preestabelecidas e bem controladas pelos líderes” (MARCUSE,

1998, p. 128) ⁷.

Na sociologia weberiana, portanto, a democracia plebiscitária foi apresentada como uma espécie de dominação carismática rotinizada (WEBER, 2000, t.1., 176-177), um mecanismo de manipulação de massas, não obstante a aparente tendência democratizante, e assimiladora do contraste de classes, inscrita na igualdade de direito de eleição. Bem à frente de seu tempo, ressaltava Marcuse, Weber teria desvelado o caráter ideológico da democracia moderna, tornando transparente o fato de que o nivelamento proporcionado pelo aparelho burocrático se resumiria à situação do grupo de dominados em sua condição de massa, subordinada ao grupo que, de fato, controlaria o funcionamento da administração burocrática. Desse modo, o destino da sociedade terminaria atrelado ao correto funcionamento das instituições capitalistas e burocráticas, circunstância que, na síntese do teórico crítico, conformaria-se como “dependência total do funcionamento de um aparelho onipresente que se converte ‘em fundamento de toda ordem’, de maneira que o aparelho ele próprio já não é posto em questão” (MARCUSE, 1998, p. 129).

Em face desse quadro, foi que Marcuse sustentou o caráter ideológico do conceito de racionalidade técnica, por retirar qualquer possibilidade de reflexão dos grupos subordinados ao domínio do aparelho burocrático e das organizações capitalistas. O requisito de legitimidade dessas instituições se limitaria à mera necessidade de seu “funcionamento correto”, ou de forma tecnicamente adequada, sem que fosse possível questionar diretamente os fundamentos reais da dominação. E tal engessamento da crítica, cujo início mais evidente remontaria à segunda metade do século XIX, teria se tornado ainda mais drástico no capitalismo tardio do século XX, em que os próprios espaços privados se encontrariam devassados pela ideologia da técnica. Nessa direção segue o profundo diagnóstico de tempo de Marcuse, exibido em seu “Ideologia da sociedade industrial”:

As conquistas do progresso desafiam tanto a condenação como a justificação ideológicas; perante o tribunal dessas conquistas, a ‘falsa consciência’ de sua

⁷ Nas palavras de Marcuse, a “democracia plebiscitária é a expressão política da irracionalidade convertida em razão” (MARCUSE, 1998, p. 128).

racionalidade se torna a verdadeira consciência. Essa absorção da ideologia pela realidade não significa, contudo, o 'fim da ideologia'. Pelo contrário, em sentido específico, a cultura industrial avançada é *mais* ideológica do que sua predecessora, visto que, atualmente, a ideologia está no próprio processo de produção. Esta proposição revela, de forma provocadora, os aspectos políticos da racionalidade tecnológica prevalecente. O aparato produtivo e as mercadorias e serviços que ele produz 'vendem' ou impõem o sistema social como um todo. Os meios de transporte e comunicação em massa, as mercadorias casa, alimento e roupa, a produção irresistível da indústria de diversões e informação trazem consigo atitudes e hábitos prescritos, certas reações intelectuais e emocionais que prendem os consumidores mais ou menos agradavelmente aos produtores e, através destes, ao todo. Os produtos doutrina e manipulam; promovem uma falsa consciência que é imune à sua falsidade. E, ao ficarem esses produtos benéficos à disposição de maior número de indivíduos e de classes sociais, a doutrinação que eles portam deixa de ser publicidade; torna-se um estilo de vida. (...) Surge assim um padrão de *pensamento e comportamento unidimensionais* no qual as idéias, as aspirações e os objetivos que por seu conteúdo transcendem o universo estabelecido da palavra e da ação são repelidos ou reduzidos a termos desse universo. São redefinidos pela racionalidade do sistema dado e de sua extensão quantitativa (MARCUSE, 1967, p. 32).

Desse modo é que a razão técnico-formal se tornaria razão político-material, não sendo para o teórico crítico apenas o caso de que determinados fins ou valores exteriores se uniriam posteriormente a um mecanismo originalmente neutro, mas estes, de fato, participariam da construção histórica do conceito de racionalidade formal e, juntamente com ele, do de técnica. Conforme suas próprias palavras, "[...] a técnica é sempre um projeto sócio-histórico; nela encontra-se projetado o que uma sociedade e os interesses nela dominantes pretendem fazer com o homem e com as coisas. Uma tal 'finalidade' da dominação é 'material', e nesta medida pertence à própria forma da razão técnica" (MARCUSE, 1998, p. 132). Por isso Marcuse veio a levantar a tese de que uma transformação qualitativa dessa sociedade passaria por uma transformação qualitativa da própria técnica (MARCUSE, 1967, p. 37; MARCUSE, 1998, p. 134).

3 TÉCNICA, CIÊNCIA E AÇÃO COMUNICATIVA

Habermas concordou em parte com essa análise crítica marcuseana, aderindo à sua tese de que a ciência e a técnica teriam adquirido também, a partir do século XIX, a função de legitimar a dominação no capitalismo pós-liberal. Por outro lado, rejeitou a compreensão de que os referidos mecanismos, cujo enlace impulsionou o desenvolvimento das forças produtivas⁸ na modernidade, tivessem historicamente se amalgamado com as relações de dominação capitalistas, formando assim uma totalidade perversa. Em tal leitura Habermas identificou problemas análogos, em termos de pressupostos conceituais, aos que também estariam presentes na descrição weberiana dos processos de racionalização social desencadeados na transição para a modernidade. Sua tese era de que seria necessário o desenvolvimento de um novo quadro sociológico para se estabelecer uma interpretação adequada dessa última etapa da evolução social e, da mesma forma, permitir a realização de um diagnóstico correto de tempo presente.

Portanto, começando pelos argumentos que Habermas opôs à tese de Marcuse, podemos dizer que seu ponto de partida consistiu em uma releitura antropológica do conceito de técnica, com forte inspiração na obra de Arnold Gehlen. Segundo sua versão:

[...] a espécie humana teria projetado, no âmbito dos meios técnicos, cada um dos componentes elementares da esfera funcional da ação racional com respeito a fins, os quais se encontravam inicialmente fixados ao organismo humano, aliviando-se dessa forma de suas funções correspondentes. As funções do aparelho locomotor (mãos e pernas) seriam as primeiras a serem reforçadas e substituídas, depois as de geração de

⁸ As noções de força produtiva e relação de produção são bastante caras ao pensamento marxiano e Habermas as utiliza invariavelmente no texto em análise. Portanto, vale a pena transcrever a síntese feita por Oliveira e Quintaneiro: “[...] o conceito de forças produtivas refere-se aos instrumentos e habilidades que possibilitam o controle das condições naturais para a produção, e seu desenvolvimento é em geral cumulativo. O conceito de relações sociais de produção trata das diferentes formas de organização da produção e distribuição, de posse e tipos de propriedade dos meios de produção, bem como e que se constituem no substrato para a estruturação das desigualdades expressas na forma de classes sociais. O primeiro trata das relações homem/natureza e o segundo das relações entre os homens no processo produtivo” (OLIVEIRA; QUINTANEIRO, 2009, p. 36).

energia (do corpo humano), seguidas pelas funções do aparelho sensitivo (olhos, orelhas, pele) e, finalmente, as funções do centro de controle (do cérebro) (HABERMAS, 2014a, p. 83-84).

No trecho transcrito é possível perceber que Habermas sobrepôs à referida abordagem antropológica uma associação entre o conceito de técnica e o conceito de ação racional com respeito a fins, proveniente da sociologia weberiana – com relação ao qual o filósofo da segunda geração frankfurtiana estabelecia um paralelo com a categoria hegel-marxiana do trabalho social. Desse modo, o desenvolvimento da técnica, independentemente de uma fase histórica específica, manteria seu caráter substitutivo das funções do organismo humano relacionados à razão teleológica, levando Habermas a concluir que não faria sentido pensar em uma técnica qualitativamente distinta enquanto não fosse possível falar em uma alteração da própria natureza humana, ou enquanto a satisfação de nossas necessidades continuasse a depender do trabalho social. Para ele, a real alternativa à técnica existente não seria outra técnica, mas sim uma estrutura diversa de ação que, assim como o trabalho, também se relacionasse ao conjunto de atributos ligados ao desenvolvimento geral da espécie humana.

Foi desse modo que Habermas introduziu a noção de interação, traçando o primeiro esboço de um quadro categorial dualista, que posteriormente constituiria a base de sua teoria social madura, a “teoria da ação comunicativa”. Nos termos desse esquema, de um lado teríamos a categoria do trabalho ou da ação racional com respeito a fins, dividida, por sua vez, em duas subcategorias: a) ação instrumental e b) escolha racional, ou ação estratégica. A primeira corresponderia ao comportamento guiado por regras técnicas, cujo modo de funcionamento consistiria na observação de eventos, na elaboração de prognoses e na opção entre meios adequados para a obtenção de um controle eficiente da realidade, podendo os prognósticos estabelecidos serem confirmados ou não sob o escrutínio do mundo real. Por seu turno, a escolha racional consistiria no estabelecimento de estratégias, ou na escolha entre comportamentos alternativos, a partir de regras de preferência (sistemas de valores) e máximas gerais, dependendo seu sucesso da correta dedução a partir desses parâmetros.

No lado oposto desse quadro se situaria a categoria da ação comunicativa, definida por Habermas como uma forma de interação simbolicamente mediada ou, em outros termos, um agir baseado na comunicação linguística cotidiana. A orientação para esse tipo de ação não adviria, portanto, do cálculo racional de meios ou da correta dedução de estratégias, mas das expectativas recíprocas de comportamento engendradas por normas socialmente válidas e intersubjetivamente reconhecidas, cujo descumprimento atrairia, do ponto de vista do comportamento externo, a incidência de sanções. Comparando as duas espécies de agir, o filósofo da segunda geração ressaltou que:

Enquanto a validade (*Geltung*) de regras técnicas e estratégias depende da validade (*Gültigkeit*) de seus enunciados nos termos da verdade empírica ou da correção analítica, a validade de normas sociais apenas pode ser fundada na intersubjetividade de um entendimento acerca das intenções e assegurada por meio do reconhecimento geral das obrigações. Em cada um desses casos, a violação de regras possui consequências diferentes. Um comportamento **incompetente**, que infringe regras técnicas ou estratégias corretas está condenado *per se* à falta de êxito; sua 'punição', por assim dizer, encontra-se inscrita no fracasso perante a realidade. Um comportamento **desviante**, que infringe normas válidas, suscita sanções vinculadas às regras apenas exteriormente, isto é, através de convenções. As regras aprendidas da ação racional com respeito a fins nos conferem a disciplina de **habilidades**, enquanto as normas internalizadas nos promovem **estruturas de personalidade**. As habilidades nos tornam capazes de resolver problemas e as motivações nos permitem agir em conformidade às normas. (HABERMAS, 2014a, p. 91)

De posse desse novo quadro categorial, Habermas pôde desenvolver sua percepção de que uma releitura de certos pressupostos sociológicos fundamentais seria necessária para que se conseguisse entender corretamente o significado do caráter político-justificatório da ciência e da técnica no capitalismo avançado. Isso porque, como já foi dito, sua hipótese era de que seriam equivocadas análises como a de Marcuse, para quem as forças produtivas teriam formado uma unidade político-social com as relações de dominação, encontrando-se completamente corrompidas, condição que,

ainda segundo a visão marcuseana, somente poderia ser superada pela “revolução” da técnica e da ciência.

Essa tese, segundo Habermas, decorreria de uma profunda incompreensão quanto à diversidade de natureza existente entre os tipos de ação e racionalidade que alimentam o sistema de trabalho social e aqueles tipos de ação e racionalidade que impulsionam a construção e manutenção do quadro institucional da sociedade. A abordagem weberiana do processo de racionalização social também sofreria, conforme o filósofo da segunda geração, dessa unilateralidade em termos de leitura. Isso porque teria se limitado a explicar as mudanças sociais verificadas com a passagem para – e durante – a modernidade como um efeito exclusivo da pressão exercida pelo processo de expansão das forças produtivas, ou da ação racional com respeito a fins, sobre o quadro institucional regulador das relações sociais. Não considerando, assim, o papel da racionalidade própria das instituições nesse processo, ou como as mudanças produzidas nas formas de vida socioculturais receberam impulso da nova constelação formada a partir das duas espécies de racionalidade e não apenas de uma delas.

É interessante que, de acordo com Habermas, o próprio Weber haveria percebido a existência de uma outra categoria de racionalização social quando formulou a noção de “desencantamento ou secularização das imagens de mundo”. Na sua ótica esta remeteria à perda do caráter vinculante das interpretações de mundo de tipo tradicional (místicas, religiosas ou metafísicas) - fundadas em uma visão central e abrangente, bastante efetiva na legitimação das formas de dominação -, substituídas no processo de modernização pelos padrões de racionalidade com respeito a fins. Habermas explicou esse movimento de transformação do seguinte modo:

As imagens de mundo e as objetivações tradicionais perdem 1. seu poder e sua validade **como** mito, **como** religião pública, **como** ritual tradicional, **como** metafísica justificadora e como tradição incontestável. Ao invés disso, elas se transformam em 2. credos e éticas subjetivas, as quais asseguram a obrigatoriedade privadas das modernas orientações de valores ('ética protestante'); e são reelaboradas como 3. construções que permitem ao mesmo tempo uma crítica à tradição e uma reorganização dos materiais dela liberados

segundo princípios de direito formal e da troca de equivalentes (direito natural racional). A legitimidade fragilizada da tradição é substituída por novas formas de legitimação, as quais, por um lado, resultam da crítica ao dogmatismo das interpretações tradicionais do mundo e reivindicam um caráter científico e, por outro lado, cumprem funções de legitimação subtraindo relações fáticas do poder de análise e da consciência pública. É assim que nascem as **ideologias** em sentido estrito: elas substituem as legitimações tradicionais da dominação ao se apresentarem com a pretensão da ciência moderna e se justificarem como crítica da ideologia. As ideologias possuem a mesma origem que a crítica da ideologia. Nesse sentido, não podem existir "ideologias" pré-burguesas. (HABERMAS, 2014a, p. 100-101).

Essa forma de racionalização, segundo o filósofo frankfurtiano, seria imposta "de cima para baixo", a partir da quebra, no limiar entre a sociedade tradicional e a sociedade moderna, da supremacia legitimatória das valorações antes situadas no "céu" da tradição cultural. Por sua vez, o impulso social desencadeador dessa transformação viria daquilo que ele chamou de racionalização "de baixo para cima", correspondente à expansão das forças produtivas, ou dos sistemas de ação racional com respeito a fins, sobre o domínio das antigas tradições culturais, que, no entanto, haveria apresentado características peculiares nesse novo período histórico. Conforme supôs, as transformações no quadro institucional da sociedade, ocasionadas pela pressão exercida pelos sistemas de ação racional com respeito a fins, configurariam o modo comum de evolução da espécie, não se tratando, por conseguinte, de uma característica específica da modernidade - ponto de vista que Habermas atribuía a Weber. A real singularidade dessa nova formação, erguida sobre o terreno do modo de produção capitalista e, no passo seguinte, do desenvolvimento técnico-científico da atividade industrial, vigoraria no caráter contínuo e sem freios da expansão das forças produtivas⁹, o que segundo ele não poderia ser percebido em períodos anteriores.

⁹ Essa leitura, de que a sociedade capitalista teria como característica fundamental a expansão permanente das forças produtivas, Habermas afirmou ter sua raiz na teoria marxiana sobre o capitalismo, razão pela qual ele também acompanhava o diagnóstico de que esta dinâmica levaria à ocorrência sucessiva de crises econômicas. Por exemplo, HABERMAS, 2014a, p. 99.

Para explicar melhor essas relações, Habermas ampliou o alcance de seu par conceitual trabalho-interação do nível da ação para o nível das estruturas sociais. Nesse sentido, ele afirmou haver dois tipos básicos de formação social – submetidas por ele ao rótulo comum de “sistemas” - que se distinguiriam conforme apresentassem uma maior predominância da ação comunicativa ou da ação racional com respeito a fins. Primeiramente, então, haveria o quadro institucional ou mundo da vida sociocultural, correspondente a um complexo de normas formadas a partir de contextos de ação comunicativa, geradoras de expectativa recíprocas de comportamento e imunizadas a partir da previsão de sanções. Em segundo lugar estariam os subsistemas racionais com respeito a fins, não sujeitos, em primeiro plano, a regulações normativas, mas sim a máximas da ação racional voltada à obtenção de êxito, de que o aparato estatal e o sistema econômico seriam os maiores exemplos. Como aponta Honneth (HONNETH, 2009a, p. 372-373), nesse modelo habermasiano a sociedade foi tratada como um sistema normativo compreensivo - institucionalmente estruturado, portanto - onde estariam conectados tanto os subsistemas sociais fundados na interação, como a família, quanto os subsistemas racionais com respeito a fins. Com relação a estes últimos, Habermas argumentou que “somente por meio de sua institucionalização pode ser obtida a garantia de que se atenham com certa probabilidade às regras técnicas ou a estratégias esperadas”. (HABERMAS, 2014a, p. 93.)

Retomando a análise histórico-social que Habermas fez do processo de racionalização, ele ainda defendeu que, sob o modo de produção capitalista, as interpretações tradicionais de mundo teriam sido substituídas, em seu papel de legitimação da dominação, por elementos constituídos sobre o solo da ação instrumental. Na fase do capitalismo liberal, esta função teria sido assumida pela promessa de justiça nas relações de troca, cuja origem estaria relacionada ao próprio aparecimento da instituição do mercado, onde, de um lado, proprietários privados realizavam o intercâmbio de mercadorias – produtos do trabalho social - e, de outro, o trabalhador colocava “em circulação” sua força de trabalho, sua única mercadoria suscetível a troca. No entanto, fez a ressalva de que essa legitimação fundada na ideologia da troca

justa, embora tivesse sua razão de existir vinculada ao domínio do trabalho e tenha surgido a partir da confrontação por este da racionalidade comunicativa que animava as imagens místicas, religiosas e cosmológicas de mundo, valeu-se de recursos proporcionados pela ação comunicativa para se constituir.

Quanto a este último ponto, vale notar que o filósofo frankfurtiano, inspirado pelas lições do jovem Hegel – fonte em que ele também se apoiou para desenvolver o quadro categorial fundado nos conceitos de trabalho e interação¹⁰ -, via na ideia de reciprocidade nas relações de troca, e seus desdobramentos institucionais, uma conjunção entre ação instrumental e ação comunicativa, não obstante chamasse atenção para a função apenas de suporte desempenhada pela última. Nesse sentido, em uma sociedade em que as antigas relações políticas de dominação deram lugar a relações econômicas de produção, fundadas na propriedade privada, a ideologia da troca justa – “substituindo relações fáticas do poder de análise e da consciência pública” (HABERMAS, 2014a, p. 100) – cumpriria o papel político indireto de legitimar a dominação, ao mesmo tempo em que o intercâmbio dos produtos do trabalho alcançava sua institucionalização através do contrato e de sua regulamentação pelo Direito privado burguês.

Portanto, defendia Habermas, somente após o advento da modernidade, e das mudanças estruturais nas formas de legitimar a dominação que esta implicou, a noção de ideologia poderia ser adequadamente empregada para designar o fenômeno social que se tornou conhecido a partir da crítica da economia política de Marx, a saber: “[...] a aparência de liberdade com a qual o instituto jurídico do livre contrato mascarava as relações de poder subjacentes às relações de trabalho assalariado” (HABERMAS, 2014a, p. 102). Aspecto fundamental que não teria recebido a devida consideração de Weber, motivando a crítica de Marcuse ao seu conceito abstrato de racionalização, que, em vez de explicitar, voltaria “a ocultar o conteúdo de classe específico dessa adaptação do quadro institucional ao progresso dos subsistemas de ação racional com respeito a fins” (HABERMAS, 2014a, p. 102).

¹⁰ Cf. HABERMAS, 2014b, sobretudo p. 60 et. seq.

A partir do final do século XIX, contudo, novas mudanças estruturais significativas teriam ocorrido quanto ao sistema de produção capitalista com repercussões importantes para o quadro institucional da sociedade. Duas tendências de desenvolvimento teriam se consolidado, descritas por Habermas do seguinte modo:

1. Um crescimento do intervencionismo estatal, o qual procura assegurar a estabilidade do sistema; e 2. uma interdependência crescente da pesquisa e da técnica, que transformou a ciência na principal força produtiva. Ambas as tendências destroem aquela constelação entre quadro institucional e os subsistemas de ação racional com relação a fins que distingue o capitalismo em sua fase liberal. Com isso deixam de existir condições de aplicação relevantes para a economia política na versão que Marx havia concebido, com razão, em vista do capitalismo liberal. A chave para a análise da nova constelação encontra-se, segundo penso, na tese fundamental de Marcuse de que a técnica e a ciência assumem hoje também a função de legitimar a dominação” (HABERMAS, 2014a, p. 103).

Ele, de certa maneira, encampou a tese de Frederick Pollock sobre o capitalismo de estado¹¹, afirmando que “os riscos de disfuncionalidade sistêmica de um capitalismo abandonado a si mesmo” (HABERMAS, 2014a, p. 103) teriam conduzido a uma repolitização do quadro institucional da sociedade. Este não mais se resumiria a um sistema de direito privado constituído no solo das relações de produção, mas refletiria um crescente intervencionismo estatal nas diversas esferas da vida, que, mediante políticas

¹¹ O economista Frederick Pollock fez parte da primeira geração da “Escola de Frankfurt”, integrando o círculo mais próximo a Horkheimer. Sua tese do “capitalismo de estado” (POLLOCK, 1941) exerceu bastante influência sobre os trabalhos de seus colegas, como Adorno, Horkheimer e Marcuse. De forma muito resumida, sua ideia era de que, após a crise econômica de 1929, a esfera econômica da sociedade teria se submetido ao controle técnico-racional do Estado. Não seriam mais as “leis espontâneas” do mercado que determinariam a produção e a distribuição, mas o controle burocrático-estatal. A hipótese de que Habermas também teria sofrido alguma influência dessa proposta teórica é levantada, por exemplo, por Marcos Nobre (1998, p. 32) e Rúrion Melo (2013, p. 248) que, no entanto, chamam atenção para o fato deste, na contramão de Adorno e Horkheimer, recusar a transposição do diagnóstico da tendência totalitária do capitalismo de estado para as ordens políticas conformadas como Estado de Bem-estar social. Nesse sentido, Habermas teria adotado a distinção de Pollock entre um capitalismo de estado totalitário e um capitalismo de estado democrático, tipos ideais entre os quais seriam possíveis nuances.

sociais e econômicas, manteria a valorização do capital e controlaria a ameaça de crise. Com isso, sustentou ele, alguns elementos importantes que orientaram as diversas abordagens da tradição crítica marxiana teriam perdido sua validade para a leitura do desenvolvimento social, como a ideologia da troca justa, esvaziada com a adoção ostensiva de corretivos estatais como modo de contraposição aos desequilíbrios e mazelas da sociedade capitalista.

O lugar da legitimação da dominação, nas palavras do filósofo, haveria sido “ocupado por um *programa compensatório* orientado não pelas consequências sociais da instituição do mercado, mas por uma atividade estatal que compensa as disfunções da livre-troca” (HABERMAS, 2014a, p. 105), seguindo desde o estabelecimento de um sistema de seguridade social até a manutenção das possibilidades de ascensão econômica do indivíduo. Nesse contexto, dizia Habermas, a política teria assumido um caráter negativo, deixando de se orientar por finalidades práticas para se ater à correção de problemas técnicos, ou seja, à correção de disfuncionalidades sociais provocadas pela dinâmica de crises do subsistema econômico.

Tal desenvolvimento ainda abrangeria aquilo que Habermas chamou de “despolitização” das massas populares, correspondente à desconexão entre as esferas da política estatal e da discussão pública, com a primeira ficando reservada à opinião de técnicos ou especialistas. Nesse ponto, acompanhando Marcuse, ele argumentou que o afastamento sem resistência das massas da esfera pública política, com a manutenção de sua lealdade ao subsistema burocrático estatal, teria amparo não só na carga de legitimação gerada por programas compensatórios, mas também na função “ideológica” assumida pela técnica e pela ciência no capitalismo tardio.

Sua leitura foi no sentido de que, na transição para o capitalismo tardio, a cientificização da técnica haveria se consolidado como importante tendência de desenvolvimento, impulsionada pela pesquisa industrial de grande escala. Esta, fomentada sobretudo pelo Estado no domínio militar, transmitiria os saberes aí alcançados para o domínio civil, alavancando sua produtividade e transformando o progresso técnico-científico na primeira força produtiva – que Habermas, recorrendo a termos marxianos, afirmou ter se tornado independente da força de trabalho dos produtores imediatos,

constituindo-se em fonte autônoma de mais-valia¹², portanto. A partir desse contexto haveria se configurado o seguinte quadro:

A forma privada de valorização do capital e o critério de distribuição das compensações sociais, para garantir a lealdade das massas, são mantidos *como tais* fora da discussão. Desse modo, embora ainda dependa da variável mais importante do sistema, a saber, o crescimento econômico, o progresso quase autônomo da ciência e da técnica aparece como variável independente. E assim se configura uma perspectiva segundo a qual a evolução do sistema social *parece ser* determinada pela lógica do progresso técnico e científico. [...] Quando, no entanto, essa aparência se impõe de modo efetivo, a recomendação propagandística sobre o papel da técnica e da ciência pode esclarecer e legitimar por que o processo de formação democrática da vontade perdeu nas sociedades modernas sua função perante questões práticas e 'deve' ser substituído por decisões plebiscitárias acerca da composição *pessoal* do conjunto de administradores. (HABERMAS, 2014a, p. 105)

Habermas extrapolou, como se vê, a tese tecnocrática do campo científico – em voga na época – para o campo social, tratando-a como uma forma ideológica efetiva de dominação. Seu êxito se basearia na capacidade de retirar da consciência da massa populacional a diferença existente entre o quadro institucional e os subsistemas racionais com respeito a fins, estimulando um comportamento adaptativo às orientações técnicas provenientes destes últimos, em detrimento do potencial prático-emancipatório presente na interação linguística cotidiana e nas suas normas – âmbito cada vez mais erodido pelo avanço da razão técnica. Conforme ainda afirmou, “a dominação ostensiva de um Estado autoritário se vê progressivamente

¹² Sobre a noção de mais-valia, explica BOTTOMORE: “A teoria do valor-trabalho revela que a fonte da mais-valia na produção do sistema capitalista é o trabalho não remunerado dos trabalhadores [...]. Em média, um trabalhador produz em um dia (ou em uma hora, ou em qualquer unidade de tempo de trabalho) um certo *valor* em dinheiro, mas o salário que recebe é o equivalente apenas a uma fração desse valor. Assim, o operário recebe o equivalente a apenas uma parte do dia de trabalho, e o valor produzido na outra parte, não remunerada, é a mais-valia. A forma do salário obscurece esse fato, dando a impressão de que o trabalhador recebe por todas as horas trabalhadas, mas, do ponto de vista da teoria valor-trabalho, uma fração de trabalho é realizada sem que o trabalhador receba um equivalente e, portanto, não é paga”. (BOTTOMORE, 2012, p. 338).

substituída pelas pressões manipuladoras da administração técnico-operacional” (HABERMAS, 2014a, p. 111).

Na década seguinte à publicação do texto em epígrafe, Habermas aprofundaria sua elaboração do quadro categorial fundado em duas formas de ação e racionalidade, dando-lhe maior complexidade – refinando, por exemplo, os conceitos de mundo da vida e sistema - e submetendo-o ao chamado “giro linguístico-pragmático”. Que significou para o pensamento habermaseano a intensificação da importância da interação linguística como chave interpretativa dos bloqueios à emancipação humana e das possibilidades de sua superação, com a adoção em seu núcleo teórico de uma pragmática formal ou universal da linguagem¹³. Além disso, ele atualizaria seu diagnóstico de tempo, passando do enfoque no caráter ideológico assumido pela técnica e a ciência no capitalismo pós-liberal para uma releitura da tese marxiana sobre as crises sociais – embora isso já estivesse em alguma medida presente no ensaio de 1968 (NOBRE, 2014, p. 29). Segue nessa direção a conhecida ideia de uma “colonização” das esferas do mundo da vida – cultura, instituições e estruturas da personalidade -, que estariam submetidas originalmente à lógica da reprodução simbólica, pela lógica dos meios poder e dinheiro. Assim, em síntese apertada, fenômenos como a “burocratização” e a “monetarização” representariam patologias da modernidade, caracterizando um empobrecimento da comunicação cotidiana guiada pela normatividade fraca do entendimento mútuo.

Abordar estas ideias ultrapassa os objetivos do presente texto, que buscou apenas dar os contornos reais da “ruptura” da obra habermaseana com a primeira geração da Teoria Crítica. Basta aqui sua referência, de modo a

¹³ Honneth sintetizou essa mudança habermaseana da seguinte maneira: “Habermas chegou à premissa fundamental de sua teoria por via de um estudo da filosofia hermenêutica e da análise linguística de Wittgenstein; aí aprendeu que os sujeitos humanos estão *ab initio*, isto é, desde sempre, unidos uns aos outros na busca da compreensão pela língua (*sprachliche Verständigung*). A forma de vida dos seres humanos distingue-se por uma intersubjetividade enraizada nas estruturas da língua; portanto, para a reprodução da vida social, a busca da compreensão mútua graças à língua representa um pressuposto fundamental, o mais importante mesmo.” (HONNETH, 1999, p. 538). Foram muitas as influências que conduziram Habermas a essa virada linguística em sua teoria crítica, podendo-se destacar a filosofia da linguagem de Wittgenstein e o interacionismo simbólico do pragmatista G.H. Mead.

ênfatisar sua conexão com o ensaio “Técnica e ciência como ‘ideologia’”, assim como a importância que este teve para a continuidade da obra do autor. Ademais, ter feito transparecer em nossa reconstrução argumentativa a continuidade dessa tradição de pensamento pelo trabalho de Habermas, não obstante a perda de centralidade da categoria trabalho a partir de sua intervenção, sendo correto afirmar que, no mínimo, ele herdou da primeira geração alguns de seus princípios fundamentais – compartilhados de forma geral pelo hegelianismo de esquerda -, como o comprometimento com um interesse emancipatório e a consciência crítica do contexto histórico-social e de aplicação política da teoria (Honneth, 2009b).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho procurou lidar com a questão da “ruptura” da obra de Jürgen Habermas com o conjunto de trabalhos de seus antecessores no Instituto de Pesquisa Social de Frankfurt, que levou-se a falar em uma primeira e uma segunda geração da Teoria Crítica. Tendo em vista serem corriqueiras afirmações de que tal circunstância haveria sido determinada pela vinculação do autor ao tema da democracia, buscamos argumentar que esta não teria sido, de fato, a razão definitiva. O fator determinante, segundo defendemos, foi a proposta do autor de ampliar o quadro categorial da tradição crítica, inserindo a ação comunicativa junto à categoria trabalho, o que implicou uma releitura das teorias sociológicas de Marx e de Weber. Nesse processo também tentamos explicitar que, apesar da mudança de rumo teórico com relação à primeira geração frankfurtiana, Habermas se manteve ao espírito dessa tradição.

Levando em conta que mencionada ruptura ocorreu, conforme argumentamos, a partir do ensaio “Técnica e ciência como ideologia”, onde Marcuse aparece como interlocutor privilegiado, nós recuperamos esse “debate” buscando reconstruir, primeiramente, a crítica marcuseana ao conceito de racionalização de Max Weber, onde, segundo Habermas, a categoria social do “trabalho” manteria equivocadamente sua centralidade. Nesse processo também apontamos como para o filósofo da primeira geração,

ciência e técnica, tidas historicamente como forças produtivas, teriam assumido um caráter ideológico no capitalismo pós-liberal – ou industrial, como ele preferia.

No passo seguinte, apresentamos o que consideramos os principais argumentos de Habermas para propor uma mudança substancial na leitura da evolução da sociedade, com a introdução da dupla categorial “trabalho” e “interação”, que o levou também a reinterpretar o processo de modernização e a evolução da sociedade capitalista. Desse modo ele pôde levantar a tese de que mudanças estruturais verificadas com a passagem do capitalismo liberal para o capitalismo tardio implicaram também novas formas de legitimação da dominação, como o caráter “ideológico” da técnica, perspectiva que ele compartilhou com Marcuse. Tais modificações nos rumos de sua teoria, contudo, não parecem ter feito desaparecer de seu trabalho alguns daqueles princípios fundamentais que guiaram os trabalhos de seus antecessores, como o interesse na emancipação social e a autoconsciência crítica de seu próprio tempo por parte da teoria.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. Teoria crítica e teoria democrática: do diagnóstico da impossibilidade da democracia ao conceito de esfera pública. *Novos Estudos CEBRAP*, n. 53, 1999, p. 167-188.

HABERMAS, Jürgen. Técnica e ciência como “ideologia”. In: HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora UNESP, 2014, p. 75-132.

_____. Trabalho e interação: comentários sobre a Filosofia do Espírito de Hegel em Jena. In: HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como “ideologia”*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora UNESP, 2014, p. 35-74.

HONNETH, Axel. *Crítica del Poder: fases em la reflexión de una Teoría Crítica de la sociedad*. Trad. por Germán Cano. Madrid: A. Machado Libros, 2009a.

_____. Crítica reconstrutiva de la sociedad com salvedad genealógica: sobre a ideia de la “crítica” en la Escuela de Frankfurt. In: HONNETH, Axel. *Patologías de la razón: historia y actualidad de la teoría crítica*. Trad. por Griselda Mársico. Buenos Aires/Madrid: Katz, 2009b, p. 53-63.

_____. Teoria Crítica. In: GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Orgs.). *Teoria Social Hoje*. Trad. por Gilson César Cardoso de Sousa. São Paulo: Editora UNESP, 1999, p. 503-552.

JAY, Martin. *A imaginação dialética: história da Escola de Frankfurt e do Instituto de Pesquisas Sociais, 1923-1950*. Trad. por Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

MARCUSE, Herbert. *Ideologia da sociedade industrial*. Trad. Giasone Rebuá. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

_____. Industrialização e capitalismo na obra de Max Weber. In: MARCUSE, Herbert. *Cultura e Sociedade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1998, v.2, p. 113-136.

MCCARTHY, Thomas. *La teoria crítica de Jürgen Habermas*. Trad. por Manuel Jimenez Redondo. 4. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1998.

MELO, Rúrion. *Marx e Habermas: teoria crítica e os sentidos da emancipação*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAIS, Jonathas Vinicius Figueiredo. 2019. *Os Modelos de Democracia de Axel Honneth e Rainer Forst: Teoria Crítica E Filosofia Política*. 129 f. Dissertação de Mestrado em Direito. São Paulo: USP.

MÜLLER-DOOHM, Stefan. *Habermas: a biography*. Trad. por Daniel Steuer. Cambridge: Polity Press, 2016.

NOBRE, Marcos. *A dialética negativa de Theodor Adorno: a ontologia do estado falso*. São Paulo: Iluminuras, 1998.

_____. Apresentação à edição brasileira. In: HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como ideologia*. Trad. Felipe Gonçalves Silva. São Paulo: Editora UNESP, 2014, p. 11-31.

_____. *A Teoria Crítica*. 3ª. Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de Oliveira; QUINTANEIRO, Tânia. Karl Marx. In: QUINTANEIRO, Tânia; BARBOSA, Maria Lígia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de Oliveira. *Um toque de clássicos: Marx, Durkheim e Weber*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 27-65.

POLLOCK, Frederick. State Capitalism: its possibilities and limitations. *Studies in Philosophy and Social Science*, IX, 2, 1941, p. 200-225.

WIGGERSHAUS, Rolf. *Escola de Frankfurt: história, desenvolvimento teórico, significação política*. Trad. do alemão por Lilyane Deroche-Gurgel. Trad. do francês por Vera Azambuja Harvey. Rio de Janeiro: Difel, 2006.

REVOLUÇÃO NA *TERRA PLANA*: CINISMO E TRANSFORMAÇÃO ADIADA

MALDONADO, Gabriel Mota¹

RESUMO: Este artigo procura investigar as interações entre o cinismo social e o estado de transformação ensaiada, no qual a aparência de mudança em geral disfarça o continuísmo das condições humanitárias e sociológicas. Para tanto, procurou-se traçar o perfil de um certo obscurantismo pós-moderno, que resgata ou cria crenças absurdas e completamente anti-factuais, modo de trazer à reflexão um fenômeno aparentemente pitoresco e marginal, mas que consegue referenciar uma forma de interação com a realidade que, ainda que pareça prescindir de qualquer plausibilidade, possui um razoável número de adeptos e notável projeção. A partir de então, se mostrou como esse cenário pode ser lido a partir do cinismo enquanto racionalidade própria do tempo atual, o que deixará claro como é ele, o cinismo, o responsável por oferecer o suporte racional a um sistema que em situações normais estaria a ponto de destruição – ou seja: é o cinismo a força que permite a perturbadora perpetuação de um estado de emergência contínuo, no qual as alterações possíveis (o horizonte de expectativas) são a todo tempo ironizadas, e as modificações estruturais e subjetivas de relevo (as revoluções) são a todo tempo adiadas.

Palavras-chave: Pós-modernidade; cinismo; revolução.

ABSTRACT: This paper seeks to investigate the interactions between social cynicism and the state of transformation rehearsed, in which the appearance of change generally disguises the continuity of humanitarian and sociological conditions. To this end, we sought to profile a certain postmodern obscurantism, which rescues or creates absurd and completely anti-factual beliefs, a way to bring to reflection a seemingly picturesque and marginal phenomenon, but which can refer to a form of interaction with others. the reality that, although it seems to do without any plausibility, has a reasonable number of supporters and remarkable projection. From then on, it was shown how this scenario can be read from cynicism as rationality proper to the present time, which will make it clear how it is, cynicism, responsible for providing rational support to a system that in normal situations would be to the point of destruction - that is, cynicism is the force that allows the disturbing perpetuation of a continuous state of emergency, in which the possible changes (the horizon of expectations) are all the time mocked, and the structural and subjective modifications of relevance. (the revolutions) are postponed all the time.

Keywords: Postmodernity; cynicism; revolution.

¹ Advogado. Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP).

1 INTRODUÇÃO

Publicado em fevereiro de 1890, o romance *O signo dos quatro* traz uma das muitas aventuras em que Sherlock Holmes e John Watson desvendam crimes e ajudam a capturar os responsáveis. Como é praxe em estórias como essa, após uma longa trajetória de imprevistos e reflexões que captam certa regularidade no comportamento transgressor, as ações criminosas são antecipadas e seus autores identificados e julgados. Na peripécia do signo dos quatro, antes de capturar os criminosos, os protagonistas conjecturam a respeito da figura individual de cada um deles, chegando à inevitável conclusão de que, fossem os infratores analisados separadamente, seria improvável que qualquer um decifrasse o enigma e os detivessem. Pela boca de Sherlock Holmes, então, sai a explicação mais peremptória: “(...) embora o homem individualmente seja um enigma insolúvel, o agregado humano representa uma certeza matemática [...]. Os indivíduos variam, mas as percentagens permanecem constantes”(DOYLE, 2015, p. 123).

A natureza humana, imperscrutável, não deixaria que os indivíduos fossem decifrados, mas permite que, com uma certa astúcia, um observador antecipe as ações de determinado grupo, prognostique suas razões e prediga seus planos. Por mais perturbador que seja esse entendimento, o personagem central de Arthur Conan Doyle parece preciso ao sentenciar que “nunca se pode prever, por exemplo, o que fará um homem, mas é possível prever as atitudes de um certo número deles”(DOYLE, 2015, p. 123).

A parte socializada das idiosincrasias humanas, no entanto, dá indícios das condutas e das mentalidades a elas subjacentes, dos significados, em ações e em palavras, trejeitos e afetos, que são partilhados e formam a teia de respaldo dos indivíduos. Daí é que identificar as condutas é também identificar o que há de comum no modo de pensar e fazer em determinada época, já que, “toda conduta se extrai de uma base de normalidade, da quotidianidade de sua época” e “quando se tem uma conduta, tem-se, necessariamente, a mentalidade correspondente”(VAYNE, 1998, p. 83).

Ao dizer o que “os indivíduos variam, mas as percentagens permanecem constantes”, Sherlock Holmes nos lembra que o ser humano é mais que o complexo de lutas e fagulhas internas, pois sua face conjectural,

aquela ligada à história de seu tempo e a todas as heranças trazidas consigo, fala a respeito de um nó de sociabilidade e comunhão sem o qual não se viveria e pelo qual, embora não consiga esgotar as possibilidades de conduta de cada um, se consegue referenciar a 'normalidade' e a 'mentalidade' a ela correspondente, dando notícias daquilo que, de forma orgânica, o ser humano pode não só se ver obrigado a perseguir, mas sobre o que, enquanto seres de conduta, homens e mulheres rastreiam como objeto de seu desejo.

Fato é que o (re)surgimento de novas e velhas verdades, aparentemente há muito superadas, dá pistas do que se entende por normalidade exatamente porque o anteparo dessa conduta com relação à realidade advém de uma mentalidade específica. Nesse ponto, ainda que com certo incômodo, é preciso deixar de lado a impressão de que seitas e movimentos que se aferram em crenças adormecidas pelo caminhar da experiência humana são apenas um estado de transe coletivo sem muitos efeitos sérios sobre os indivíduos. Aqui, o interessante é perceber que elas só se proliferam porque existe material sociológico e técnico e que é justamente a falta de diálogo entre esses dois matizes da materialidade que permite a ressignificação de símbolos da maneira como o fazem os que desacreditam, por exemplo, da circunferência da terra ou das evidências da evolução das espécies.

Dado um passo para trás do problema e ficará claro que esse tipo de conduta é tributário de uma forma de ver a realidade que diz mais do cotidiano da existência pós-moderna do que normalmente se pensa. Atributos como flexibilidade, adaptabilidade e agilidade não são palavras inofensivas e distantes da vida normal: são mantras de uma roda histórica, prescrevem e determinam comportamentos e, de novo, mentalidades. Mentalidades que se enraizaram em uma modalidade ideológica *sui generis*, típica de uma época em que a condução dos negócios mundanos não deve se pautar por nada fixo, nada que atrapalhe os fluxos ou demande um comprometimento firme a certos valores. Em outras palavras, é necessário ver o solo ideológico que permite o distanciamento prático do que é sólido e que promove, por isso mesmo, um conjunto de condutas que ironizam os próprios fundamentos a elas subjacentes.

Eis a ideologia cínica, ou somente cinismo: uma fórmula ideológica que, porque deve permitir o trânsito e a desterritorialização de tudo e de todos, inclusive de si mesma, suaviza o poder dos fatos, das normas, dos valores e que, com isso, ri de si própria e daquilo que prega; uma ideologia cuja “dominação é assegurada, não pelo seu valor de verdade, mas pela simples violência extra-ideológica e pela promessa do lucro”(ZIZEK, 1996, p. 314).

Na peça que se ensaia cotidianamente, isso é claro, o cinismo não quer ser personagem principal. Ao contrário, ele tem papel de ocultador e, como tal, deve permanecer oculto aos modos comuns da vida cotidiana. O importante, contudo, é perceber que, mais do que personagem, o cinismo é o *cenário* dentro o qual as mais escatológicas possibilidades podem alcançar fama e prestígio, ou, pior, podem funcionar como baliza de uma nova forma de lidar com a realidade flexível e plástica pós-moderna. Nesse tipo de ideologia, como se verá, reina o prestígio da performance numa estrutura de disfarce porque aquilo que se almeja ou se tem por fundamento – o horizonte de expectativas que guia a ação – foi completamente ironizado e é exatamente esse procedimento cínico-típico – a ironização dos ‘horizontes’ – que permite assumir crenças as mais neuróticas e surreais possíveis, escamoteando de antemão quaisquer das forças emergentes que poderiam promover as mudanças substanciais na realidade objetiva.

2 TERRA PLANA

Em novembro de 2017, mais de quinhentas pessoas de todo mundo pagaram, cada uma, duzentos e quarenta e nove dólares para comparecerem à primeira (até onde se sabe) “Conferência Internacional da Terra Plana” (*Flat Earth International Conference* ou *FEIC*),² no subúrbio da cidade de Raleigh, no estado americano da Carolina do Norte. Na primeira manhã do primeiro dos dois dias de evento, Derryle Marble inaugurou o microfone dizendo ao público que eles não estavam malucos: “Look around you. You’ll notice there’s not a

² Depois dessa, outras duas Conferências organizadas pela FEIC aconteceram em Denver (Colorado, Estados Unidos), nos dias 15 e 16 de novembro de 2018, e em Edmonton (Alberta, Canadá), entre 9 e 10 de agosto de 2018.

single toinfoil hat. We are normal people that have na abnormal perspective”(BURDICK, 2018, s/p).

Logo após o aviso, Marble contou a história de sua conversão para o *terraplanismo*. Ex-combatente americano no Iraque, Derryble e sua namorada passaram os dois primeiros anos após seu retorno buscando informações sobre teorias conspiratórias até que, por sugestão do *YouTube*, em meio a vídeos sobre a série de tevê americana *Under the dome* (no Brasil, “Sob a redoma”), os dois acidentalmente assistiram a um filme-documentário homônimo da série televisiva, produzido por Mark K. Sargent, um dos mais proeminentes terraplanistas, cuja obra se incumbe, em especial desde fevereiro de 2015, a propagar a ideia de que a humanidade vive numa espécie de redoma dentro da qual está o planeta Terra. Inspirado pelas dezenas de vezes que assistiu ao documentário de Sargent, Marble passou a performar e gravar em vídeo pequenos experimentos – como o que usa um simples nível para testar a inclinação dos aviões em viagens longas, que demandariam, segundo os terraplanistas, uma inclinação da aeronave para acompanhar a curvatura da Terra. Uma vez colocados no *YouTube*, vídeos como esse deram a Marble mais de vinte e dois mil seguidores e o ajudaram a se tornar um embaixador da causa.

A plataforma de compartilhamentos de vídeo também é essencial para o organizador da FEIC, Robbie Davidson. Davidson é também presidente da *Kryptoz Media & Flat Out Truth Productions*, produtora de documentários que procuram desmentir teorias como as da evolução e do Big-Bang para “promover a verdade de Deus e expor as mentiras do mundo”, como descreve o próprio Davidson no seu canal no *YouTube*, *Celebrate Truth*.³ Assim como Marble, o criador da Conferência acredita que a mentira sobre o formato da Terra é mais uma de tantas outras, como dinossauros, evolução e gravidade, todas empenhadas em obnubilar a verdade – que se encontra na Bíblia. Embora seja um terraplanista convicto, Davidson enfatiza a diferença entre as teorias que embasam suas ideias e aquelas defendidas pela *Flat Earth Society*,

³

Disponível

em:

https://www.youtube.com/channel/UCz81Ii1Fu_TRUvrc_iiVDA/featured Acesso em 01 nov. 2019

a qual, segundo ele, criou um modelo em que a Terra não é um plano estacionário, com a lua, o sol e as estrelas dentro da redoma, mas um disco voando pelo espaço, o que, para Davidson, expõe a teoria ao ridículo ao representar a Terra como uma “panqueca voadora”.

Conferências, reuniões ou quaisquer manifestações terraplanistas possuem ligeiras variantes de conteúdo, mas compartilham pontos de identidade claramente apreensíveis à primeira vista. Em primeiro lugar, desconfia-se de tudo. Confiando somente na desconfiança, Sargent pode sugerir, por exemplo, que o mundo é comandado um “pequeno e assustador grupo de fumantes sentados em volta de uma mesa” e que a NASA mantém esses senhores protegidos atrás de uma imensa parede de gelo. No mesmo tom, Gary John, entusiasta e porta-voz da nova crença, ao falar para o público na abertura da *Flat Earth UK Convention*,⁴ evento sediado em Birmingham, na Inglaterra, é taxativo ao dizer que “quando as pessoas me perguntam no que eu acredito, eu não consigo dizer que acredito 100% em nada”; e completa: “apesar disso, não vivemos em um globo”.

Mas não só as crenças comuns e os fatos científicos são alvos da desconfiança terraplanista: também aqueles que partilham da convicção alternativa sobre o formato da Terra, mas que defendem pequenas diferenças na abordagem, são rapidamente transformados em alvos do desprezo ‘científico’ de seus potenciais correligionários e taxados de agentes duplos, que, na realidade, estão a mando do *stablishment*. Assim como Robbie Davidson já havia dito, outros colegas, como o brasileiro Siddharta Lemos, dono de páginas e canais sobre o assunto (e, portanto, uma autoridade terraplanista),⁵ afirmam que teorias alternativas à terra plana estacionária são em verdade “oposições controladas”, “um indivíduo e ou grupo que se auto-denomina publicamente contra o sistema mas, na verdade, serve aos

⁴ Disponível em: <https://www.flatearthconventionuk.co.uk/#top>. Acesso em 01 nov. 2019

⁵ Seu canal no YouTube se chama “Professor Terra Plana” e já foi visualizado mais de 440 mil vezes <https://www.youtube.com/channel/UC3mPqVcle7WR40Xo7VGgLcw/videos>. Acesso em 01 dez. 2018.

interesses do mesmo e promove, sorrateiramente, a sua agenda”.⁶

Mais curiosa, no entanto, parece ser a consequência mais direta dessa conduta/mentalidade cética: não se acredita em fatos. Como sentenciado por um dos palestrantes na FEIC, “fatos não são verdade somente porque eles são fatos, se é que isso faz algum sentido”. Talvez por isso, terraplanistas neguem sem constrangimento a existência de pessoas como George W. Bush ou Stephen Hawking (“você realmente acredita que ele teve ELA por mais 50 anos?”), ou eventos como os atentados de 11 de setembro e o holocausto.⁷ Com todo esse arsenal de questionamentos em mãos, o terraplanismo se transforma em um salvo conduto para se crer literalmente em qualquer coisa. Não por outra razão já se nota, como o fez o jornalista do *The New Yorker*, Alan Burdick, que cobriu a primeira FEIC, em Raleigh, a capacidade de atração que o movimento tem sobre posições similares: “*it’s the mother of all conspiracies*”.⁸

Observar os movimentos e comportamento dos entusiastas do terraplanismo fornece um retrato de um mundo que se dissolve em desconfiança.⁹ A “mãe de todas as conspirações” mostra em seus mecanismos

⁶ Entrevista concedida ao jornal Metrôpoles, disponível em <https://www.metropoles.com/vida-e-estilo/comportamento/terra-plana-grupo-que-desacredita-a-ciencia-ganha-adeptos-em-brasilia>. Acesso em 01 dez. 2018.

⁷ Posição famosa do terraplanista Eric Dubay, autor do vídeo “*220 proofs taht Earth is not a spinning ball*” e guru do movimento.

⁸ Conforme sítio na internet: <https://www.newyorker.com/science/elements/looking-for-life-on-a-flat-earth>. no mesmo sentido, sugere o entusiasta Siddharta Lemos: “A Terra Plana não é só o formato do mundo, é a ponta do iceberg e abre portas para entender muitas outras realidades”.

⁹ Pesquisas do DataFolha261 e do ICJBrasil revelam que apenas 2% da população confiam nos partidos políticos; 3% confiam muito na Presidência da República; 24% confiam no Judiciário. Sintomaticamente, a compilação dos dados informa que a desconfiança do brasileiro só fez aumentar entre 2013 e 2017, e que instituições importantes do Estado e da sociedade, como o Ministério Público e a Igreja Católica, 263 sofrem igualmente com o descrédito. Os resultados dos estudos de amplitude nacional são acompanhados pelo relatório anual do *Eldeman Trust Barometer*,²⁶⁴ que capta a curva ascendente da desconfiança do brasileiro em “organizações não-governamentais”, “empresas (*business*)”, “governo” e “mídia”. Produzido desde 2001, o *Eldeman Trust Barometer* mostra, ainda, que a confiança, tanto aqui como alhures, não dá sinais de recuperação. Ao contrário, países dos mais variados níveis de desenvolvimento econômico e social – como Brasil, Índia, Austrália e Canadá – apresentam queda representativa na confiança entre 2017 e 2018, compartilhando, quase indistintamente, a desconfiança em relação a instituições políticas e temores variados sobre a instrumentalização de ferramentas tecnológicas. Instala-se o cenário para que a própria verdade factual seja sempre descreditada: daí o ilustrativo título do relatório de 2018 do *Eldeman Trust Barometer*: “*The Battle for Truth*” (disponível em:

de justificação o funcionamento das dinâmicas de produção de sentido da atualidade, nas quais fatos, estruturas e pessoas são desacreditadas por si só: se não se pode enxergar ou estar em algum planeta, por exemplo, ele simplesmente não existe; se não se pode tocar as estruturas de poder e constrição da liberdade, elas são um mito.

O problema surge exatamente quando se confronta a ‘verdade’ terraplanista. Pois, do mesmo modo que eu não posso ver o formato da Terra, eu não consigo provar para os incrédulos da ciência que a Terra *não é plana*. Como consequência, para justificar suas posições, os terraplanistas desenvolvem um raciocínio circular que diz basicamente que sua visão do mundo em que vivemos, desde seu formato até os acontecimentos que nele se passam, é correta porque não pode ser desmantelada através dos mesmos meios e visões de que eles partem. No raciocínio terraplanista, paradoxalmente, as condutas e mentalidades são de tal monta disruptivas que evocam a necessidade de os outros ‘provarem’ o contrário do que é uma questão de crença.

De qualquer forma, parece haver uma recompensa clara aos participantes de seitas que questionam desde a veracidade dos fatos até o formato do globo terrestre: o conforto espiritual de ser, novamente, o centro do universo. Sem evolução nem Big-Bang, o ser humano retorna ao patamar de criatura predestinada, destrona a ciência de seu papel de produtora de conhecimento válido e alivia as consequências que uma era de incerteza e fluidez tem sobre sua vida. Essa conduta, que, em verdade, ressignifica o papel e o propósito da existência em si, revela uma forma tipicamente religiosa e fundamentalista de interagir com a realidade. Talvez por isso se consiga explicar por que pesquisas têm descoberto que cerca de 52% dos terraplanistas se consideram muito religiosos, enquanto na população em geral esse percentual gira em torno de 20%.¹⁰ O que de fato encontra reverberação nas falas e pronunciamentos que invariavelmente ridicularizam a ‘ideia’ de que

http://cms.edelman.com/sites/default/files/2018-02/2018_Edelman_Trust_Barometer_Global_Report_FEB.pdf)

¹⁰ Disponível em: <https://today.yougov.com/topics/philosophy/articles-reports/2018/04/02/most-flat-earththers-consider-themselves-religious>. Acesso em: 01 dez. 2018.

a humanidade evoluiu dos primatas – “abra sua Bíblia e leia todos os versos que descrevem a criação de Deus de novo. Evolução é uma mentira que te ensina que você é um mero acidente em um Big-Bang”, declara o criador da FEIC, Robbie Davidson, na descrição de seu canal no *YouTube*.

Esse tipo de dinâmica, que direciona assuntos atuais para dentro de instituições tradicionais não é novidade. Desde muito, já se notou esse movimento com o caminhar do dismantelamento das redes sócio-afetivas de proteção típico da pós-modernidade: o “desejo de valores estáveis faz surgir uma ênfase intensificada na autoridade das instituições básicas – como a família, a religião, o Estado” (HARVEY, 2014, p. 161). Chama particularmente a atenção, no entanto, o resultado do choque entre essa recentralização dos processos de sociabilidade e individualização tradicionais e o ambiente pós-moderno: é que os fatores de consolo são tão mais fortemente buscados quanto maior é a insegurança e instabilidade da vida cotidiana, o que faz com que, na era da liquidez, as organizações e as doutrinas que entreguem esse tipo de conforto capitalizem uma espécie de comportamento fundamentalista. Pois, assim como o encanto renovado nas instituições e doutrinas que endereçam as angústias existenciais, “o fascínio do fundamentalismo provém de sua promessa de emancipar os convertidos das agonias da escolha” (HARVEY, 2014, p. 161). Sobre isso, Zygmunt Bauman (1998, p. 226) é preciso:

O fundamentalismo é um fenômeno inteiramente contemporâneo e pós-moderno, que adota totalmente as “reformas racionalizadoras” e os desenvolvimentos tecnológicos da modernidade, tentando não tanto “fazer recuar” os desvios modernos quanto “os ter e devorar ao mesmo tempo” – tornar possível um pleno aproveitamento das atrações modernas, sem pagar o preço que elas exigem. O preço em questão é a agonia do indivíduo condenado à auto-suficiência, à autoconfiança e à vida de uma escolha nunca plenamente fidedigna e satisfatória.

De fato, nada é mais formidavelmente reconfortante do que entregar um chão conhecido a si mesmo, mas um dos perigos desse encontro tradição-pós-modernidade recai exatamente sobre aqueles que ainda estão desenvolvendo sua visão de mundo e, portanto, sobre as pessoas que atuarão

na realidade no futuro. Talvez porque nenhuma geração dê melhor testemunho dos efeitos que a perda dos referenciais de estabilidade tem sobre a existência do que aquela que desde o nascimento convive cotidiana e obrigatoriamente com as mais novas formas de comunicação e troca, os *millennials* comportam as faixas etárias da população que mais desconfiam das instituições em geral¹¹ e, como a recente pesquisa da *YouGov* mostra,¹² também são os que menos firmemente acreditam que a Terra é redonda.

Embora apresente caracteres próprios, o terraplanismo serve como um ponto magnético de um ceticismo secular fundamentalista que convoca várias outras distorções, todas elas, como visto, entabuladas pelo signo da desconfiança, essa que é a característica mestra do cinismo moderno e que dificulta, se não impede, a construção de ações coletivas e mudanças políticas com algum significado. Pois,

O gesto mais característico do cínico é duvidar da sinceridade do discurso dos outros, ao mesmo tempo em que se recusa a enfrentar as razões de outras pessoas sobre seus motivos ou ações. Isso torna o cínico imune à persuasão por parte dos outros e, de fato, o deixa com dúvidas sobre a possibilidade de persuasão. Consequentemente, o cínico encontra poucas coisas para dar e receber a discussão política de sempre (MAZELLA, 2007, p. 4).

3 CINISMO

Os acontecimentos públicos que a humanidade testemunha hoje tornam praticamente indefensável praticar uma reflexão sobre realidade que não leve em conta o cinismo. São flagrantemente cotidianas a dissimulação de interesses e a utilização de valores intersubjetivamente partilhados como forma de fundamentar ações opostas àquelas que se esperaria. Ato contínuo, essa

¹¹ É o que nos fala a pesquisa do Instituto de Política de Harvard. Disponível em: <https://www.usatoday.com/story/college/2015/04/29/harvard-poll-finds-millennials-have-little-faith-in-government-media/37402403/>. Acesso em: 01 dez. 2018.

¹² Disponível em: <https://today.yougov.com/topics/philosophy/articles-reports/2018/04/02/most-flat-earththers-consider-themselves-religious>. Acesso em: 01 dez. 2018.

conduta, que se erige, hoje, como racionalidade a ponto de participar da cúpula dos negócios humanos, é tributária de uma mentalidade que implode a qualidade prática dos fundamentos da ação. Uma mentalidade que se exaspera com a incerteza moderna – aquela que oferece mais uma justificação que abarque todas as esferas da existência e que entrega ao ser humano a incumbência de fabricar sua própria motivação – e que, ao chegar na pós-modernidade, não vê razões para se manter fiel a nada, muito menos levar qualquer coisa a sério.

Trata-se de um fenômeno de certa maneira orgânico a um sistema que “não necessita mais de crença alguma” (DELEUZE; GATTARI, 2010, p. 298) porque ele se automatizou sob os padrões da multiplicidade e da ausência de patamares e fixos, organizando um estado de coisas que se orienta pela fungibilidade, que, por sua vez, alcança desde as trocas financeiras até as implicações morais de determinada atitude. Ao conformar um modelo assim, pelo qual não se poderia alcançar outro resultado que não o de “fragilizar continuamente as formas e as normas que ele mesmo enunciava”, (SAFATLE, 2008, p. 18) é que se consolida não “a idade da crueldade nem do terror, mas a idade do cinismo, que é, ao mesmo tempo, a idade da acumulação do capital, dado que este implica o tempo, precisamente para a conjunção de todos os fluxos descodificados e desterritorializados” (DELEUZE; GATTARI, 2010, p. 299-300).

À contínua fragilização das formas se acoplará a suspeita sobre o que não parece ter sobre os indivíduos e sobre a coletividade a autoridade para exigir obediência. Contingencial e estruturalmente, o mundo produtivo exigirá mais para a satisfação pessoal do que o cumprimento dos papéis tradicionalmente desempenhados e que diziam respeito, especialmente, às funções reprodutivas e econômicas dos componentes da família e de uma comunidade. Exigirá um reinventar pessoal constante, uma remodelação dos predicados de caráter e de percepção da vida comum que deixaram para trás o que já se enxergou como uma *sociedade disciplinar* para engendrar uma nova, a *sociedade do desempenho*:

O imperativo da expansão, transformação e do reinventar-se da pessoa, cujo contraponto é a depressão,

pressupõe uma oferta de produtos ligados a identidade. Com quanto mais frequência se troca de identidade, tanto mais se impulsiona a produção. A sociedade disciplinar industrial depende de uma identidade firme e imutável. Enquanto que a sociedade do desempenho não industrial necessita de uma pessoa flexível, para poder aumentar a produção (HAN, 2017, p. 97).

Nesse cenário, a flexibilidade adentra ao complexo íntimo da pessoa, provocando a “central e mais dolorosa das ansiedades: a que se relaciona com a instabilidade da identidade da própria pessoa e a ausência de pontos duradouros, fidedignos e sólidos que contribuiriam para tornar a identidade mais estável e segura” (BAUMAN, 1998, p. 155). Por isso o trabalho, a atividade em que o ser humano mais empenha tempo e esforço, referenciará tanto da atual conjuntura de patologias. De fato, como um *sujeito do desempenho*, que carrega consigo a pressão por produtividade e responde à vacuidade dos padrões de mensuração, o sujeito pós-moderno processa mal (ou nem isso) os espaços que entrecortam a produtividade, participando, com intensidade peculiar, do “século da velocidade, da euforia *prêt-à-porter*, da saúde, do exibicionismo” (KEHL, 2015, p. 22). Com isso, ele flerta constantemente com a depressão e a ansiedade, doenças psíquicas a que se tem identificado como “sintoma social”¹³ de nossa época e que são, assertiva e ostensivamente, conectadas com o mundo do trabalho¹⁴:

A queda da instância dominadora não leva à liberdade. Ao contrário, faz com que liberdade e coação coincidam. O Sujeito se entrega à *liberdade coercitiva* ou à *livre coação* de maximizar o desempenho. [...] Essa autorreferencialidade gera uma liberdade paradoxal que, em virtude das estruturas coercitivas que lhe são inerentes, se transforma em violência. Os adoecimentos psíquicos da sociedade de desempenho são

¹³ A ponto de ser possível dizer, como o faz Maria Rita Kehl (2015, p. 22), que “as depressões, na contemporaneidade, ocupam o lugar de sinalizador que “mal-estar na civilização” que desde a Idade Média até o início da modernidade foi ocupado pela melancolia”.

¹⁴ Do mesmo modo, Vladimir Safatle (2015, p. 44-45): “a reconfiguração do universo do trabalho através dos imperativos da flexibilização e do desempenho não são sem produzir um saldo patológico inexorável”.

precisamente as manifestações patológicas dessa liberdade paradoxal. (HAN, 2017, p. 29).

Sempre próximo do adoecimento e longe da satisfação pessoal, o sujeito pós-moderno se desgasta em rumo ao nada, pois a recompensa de um trabalho flexível é justamente sua reconfiguração constante. Indivíduos autômatos, descrentes, inseguros e oportunistas se engajam em um jogo no qual as estruturas normativas em constante mutação dão desenvoltura moral e sucesso financeiro àquele que sabe atuar no ambiente de competição individualista. Aqui fica claro que o trabalho da sociedade do desempenho é verdadeiro centro de treinamento do cinismo moderno, já que o comportamento adaptativo e moralmente descomprometido é estimulado em ambientes assim. Como reconhece Peter Sloterdijk (2012, p. 33), “é isso que importa ao cinismo moderno: a capacidade de trabalho de seus representantes – apesar de tudo, e mesmo depois de tudo”.

O embotamento cínico *no* e *pele* trabalho também é maior entre os mais jovens. Como observou contundentemente a professora argentina Mercedes Potenze, em uma época de falta de previsibilidade e perspectivas em relação ao sustento, a desesperança no futuro profissional e a consciência na artificialidade das regras que sustentam o trabalho faz com que o comportamento oportunista e cínico seja “uma qualidade profissional indispensável para atuar no mundo do trabalho”:

A instabilidade característica do cenário em que suas vidas transcorrem torna-os irremediavelmente cínicos, pois percebem com clareza o caráter artificioso das regras que estruturam as diferentes esferas de ação: são capazes de reconhecer seu caráter puramente convencional e, por isso mesmo, nenhum esforço vale, literalmente, a pena. Só serão capazes de atuar ali onde a ocasião lhes for propícia. Desse modo, oportunismo e cinismo imbricam-se e, embora constituam uma qualidade profissional indispensável para atuar no novo mundo do trabalho, ambos provêm de uma socialização extralaboral (POTENZE, 2016, p. 140).

Potenze narra a vida e as consequências das conjunturas na visão de mundo dos jovens que procuram ocupação, observando que o cinismo é a resposta natural daqueles que simplesmente têm de trabalhar. Sua leitura

ajuda a localizar o cinismo no local de trabalho para além das disfunções de relacionamento interpessoal, aproximando as reações pessoais ao ambiente laboral àquela outrora identificada na figura dos *outsider-cynics*, os cínicos de baixo escalão da ordem social, para os quais a “alienação, apatia e a abstenção da participação”¹⁵ são o reflexo do “desapontamento com o fracasso na realização das promessas e ideais da política democrática e uma descrença na possibilidade de mudança positiva” (KENNAN, 2008, p. 4). Com sua narrativa, ilumina-se o fato de que ser cínico é não só uma tática de representação no trabalho, é, também, a resposta pessoal a uma estrutura invertida, mas a resposta consciente dessa inversão: para se sustentar na lógica produtiva da pós-modernidade, o sujeito tem de efetuar uma decapagem das noções valorativas postas em circulação, decapagem que o faz *entrar* em um jogo, não necessariamente (e muito improvavelmente) *ganhar* com ele.

Tudo isso se realiza, é preciso lembrar, sob os auspícios da autonomia e da liberdade, como se se realizasse (cnicamente) os valores iluministas da auto-determinação e da auto-legislação. Aqui, o trabalho é só mais uma das peças pelas quais se encena o jogo de máscaras comum da experiência. Mas esse jogo vai bem mais adiante. Como na profusão de informações e notícias que, ao serem apresentadas de forma equivalentes mesmo sendo totalmente díspares, nos fazem indiferentes moralmente a fatos que merecem comoção devida;¹⁶ ou na forma como os atores políticos e a mídia utilizam o desencantamento e o medo para capitanear público e sucesso eleitoral. (KENAN, 2008, p. 4). Nada está livre da contaminação cínica e tudo parece, ao contrário, referenciar seu protagonismo, já que é a “temporalidade

¹⁵ Kennan, *The twilight of the political? A contribution to the democratic critique of cynicism*, 2008, p. 4.

¹⁶ Sobre isso, novamente, Sloterdijk (2012, p. 421): “Vivemos em um mundo que coloca as coisas em falsas equações, que produz falsas uniformidades e falsas equivalência (pseudoequivalências) entre tudo e entre cada coisa e, por meio daí, também desemboca em uma desintegração e em uma indiferença espirituais, nas quais os homens acabam perdendo a capacidade de distinguir um do outro o correto do falso, o importante do desimportante, algo produtivo de algo destrutivo – porque eles estão habituados a tomar um pelo outro”.

da própria sociedade atual que perde contato com tudo que é vinculativo, com tudo que estabelece laços” (HAN, 2017, p. 114-115).

A racionalidade cínica é isso: uma forma cega de amplitude social que permite se desconfiar de tudo; uma autorização para tratar coisas absolutamente diferentes de maneira igual. Nela, são trazidos ao protagonismo as fórmulas mais estranhas de fiança da existência, exatamente porque o cinismo é uma forma de praticar a variante pós-moderna da incerteza e da dúvida com o seguro de certezas postas, mesmo que as certezas não tenham qualquer cabimento.

Sem laços aos quais se afiançar, cansado e frustrado, o cínico é facilmente encartelado como consumidor de doutrinas que revelem a ele ao menos uma miragem de tranquilidade. Ainda que muitas dessas doutrinas instiguem o questionamento acerca de tudo e, portanto, gerem algo como uma paranoia da desconfiança, elas só podem fazê-lo porque há algo em que se encostar. Ou seja, é a certeza crente em *qualquer coisa* que dá condições para que se perpetue uma vida de descrença *em tudo*! Por isso, o cinismo não pode viver sem as instituições tradicionais e as instituições tradicionais estarão sempre sujeitas a funcionarem como ancoradouro do desencanto e do desengajamento que subjaz à mentalidade cínica.

Agora, a Terra plana talvez passe a fazer algum sentido. Se eu não posso experimentar nenhuma realização, então nada vale o esforço emocional e físico que as mudanças de relevo demandam. Tampouco faz algum sentido acreditar em valores que sustentem a mobilização social e confiança interpessoal necessárias para isso. Aqui, na era da instabilidade, o conforto é o melhor ativo, e é bastante claro que nem as incertezas das revoluções nem as simples modificações estruturais garantem isso. Em um cenário como esses, que parece sugerir uma queda vertiginosa no poder da razão, são as chances de qualquer transformação substancial que, sem magoar os terraplanistas, literalmente, vão para o espaço.

4 CONCLUSÃO

Pesquisas e reflexões que entrelaçam cinismo e manifestações como o movimento da Terra plana revelam muito mais do que uma certa proliferação do comportamento esquizoide. Elas dão rosto a uma impressão de que a generalização dessas fórmulas advém de um modelo de comportamento moral – que reage à realidade, rindo e destruindo a realidade.

Nesse sentido, embora seja possível ler a situação atual como um evento da pós-verdade, a expressão não consegue dar a dimensão nem a profundidade do problema. Ela arrasta a reflexão para um conjunto de práticas e modos de pensar que entra na vala comum do ‘pós’ sem que isso ofereça algum desconforto. Como visto, a toxicidade desse cenário é indicada pelo cinismo, pois ele é a mentalidade, o cenário e a força que subjaz a condutas como as que aqui se estudou. Nesse ponto, o cinismo permite que se dê o devido julgamento e se perceba a capacidade destrutiva da proliferação do terraplanismo e das demais teorias conspiratórias que parecem ser fortes o suficiente para encantar e para assumir postos de comando pelo mundo afora.

A racionalidade cínica, por fim, consegue mostrar que é preciso levar a sério certos fenômenos ainda que eles pareçam risíveis e que não seja possível levar sua *verdade* a sério, mesmo porque rir e ironizar talvez seja o primeiro impulso para a contaminação existencial das posturas cínicas – porta de entrada para o descaminho das resoluções racionais e para a desagregação social que impede qualquer a realização de expectativas de mudanças relevantes no modo de condução da vida e dos negócios mundanos.

REFERÊNCIAS

ARANTES, Paulo Eduardo. *O novo tempo do mundo: e outros estudos sobre a era da emergência*. São Paulo: Boitempo, 2014.

BAUDRILLARD, Jean. *O sistema dos objetos*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, _____.

_____. *O mal-estar na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BEWES, Timothy. *Cynicism and postmodernity*. New York: WW Norton, 1997.
DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. O anti-Édipo: capitalismo e esquizofrenia 1. São Paulo: Editora 34, 2010.

DOYLE, Arthur Conan, *O signo dos quatro*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
DUNKER, Christian Ingo Lenz. Subjetividade em tempos de pós-verdade, in: Ética e pós-verdade. Porto Alegre / São Paulo: Dublinense, 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Técnica e ciência como "ideologia"*. São Paulo: Editora Unesp, 2014.

HAN, Byung-Chul. *A agonia do eros*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

_____. *A sociedade da transparência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017, p. 11.

_____. *A sociedade do cansaço*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

_____. *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*. Barcelona: Herder Editorial, 2014.

HARVEY, David. *A condição pós-moderna*. São Paulo: Loyola, 2014.

_____. *O neoliberalismo: história e implicações*. São Paulo: Loyola, 2008.

KEHL, Maria Rita. *O tempo e o cão*. São Paulo: Boitempo, 2015.

KENNAN, Alan. The twilight of the political? A contribution to the democratic critique of cynicism, In: *Theory & Event* 2, n. 1, 1998.

MAZELLA, David. *The making of modern cynicism*. Charlottesville, VA: University of Virginia Press, 2007.

POSTONE, Moishe. *Time, Labor and Social Domination: a reinterpretation of Marx's critical theory*. Cambridge University Press, 1993.

POTENZE, Mercedes. Os jovens no mundo do trabalho: uma análise a partir de filmes. In: *Trabalho artístico e técnico na indústria cultural*. São Paulo: Itaú Cultural, 2016.

ROSA FILHO, Sílvio. *Eclipse da moral: Kant, Hegel e o nascimento do cinismo contemporâneo*. São Paulo: Discurso Editorial: Editora Bancarolla, 2008.

SAFATLE, Vladimir. *Cinismo e a falência da crítica*. São Paulo: Boitempo, 2008.

SLOTERDIJK, Peter. *Crítica da razão cínica*. São Paulo: Estação Liberdade, 2012.

_____. *Regras para o parque humano* – uma resposta à carta de Heidegger sobre o humanismo. São Paulo: Estação Liberdade, 2000.
ZIZEK, Slavov. Como Marx inventou o sintoma? In: Zizek (org.) *Mapa da Ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

_____. *Eles não sabem o que fazem: o sublime objeto da ideologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1992.

MANIFESTAÇÕES DE 2013 E A ELEIÇÃO PRESIDENCIAL DE 2018: UMA REVOLUÇÃO QUE NÃO DEU CERTO?

PAES, Ana Carolina Greco¹

RESUMO: Esta resenha procura analisar a mobilização social de junho de 2013 no Brasil e as eleições de 2018 a partir da perspectiva desenvolvida por Vladimir Safatle sobre o circuito dos afetos na política. Para isso, traçou um breve perfil das manifestações de 2013 e posteriormente tratou sobre o circuito dos afetos com base no autor mencionado. Partiu-se do pressuposto de que existem revoluções que não dão certo, sendo assim, procurou-se refletir sobre alguns motivos que levariam a isso.

Palavras-Chaves: Circuito dos afetos; revolução; desamparo

ABSTRACT: This review seeks to analyze the June 2013 social mobilization in Brazil and the 2018 elections from the perspective developed by Vladimir Safatle on the circuit of affects in politics. To this end, he outlined a brief profile of the 2013 manifestations and later dealt with the affect circuit based on the author mentioned. It was assumed that there are revolutions that do not work, so we tried to reflect on some reasons that would lead to this.

Keywords: Affection circuit; revolution; helplessness

1 INTRODUÇÃO

Em 1989, foi publicado no Brasil uma série de quadrinhos escritos por Allan Moore e desenhados, em grande parte, por David Lloyd, cujo nome era “V de Vingança” (título original: *V for Vendetta*). Os quadrinhos foram adaptados para o cinema em 2005, em um filme com o mesmo nome, dirigido por James McTeigue e produzido por Joel Silve e pelas irmãs Wiachowski. Em linhas gerais, os quadrinhos bem como o filme, passam-se em Londres, em uma sociedade distópica do futuro, sob um regime fascista instalado que mantém o povo unido pelo medo constante do ataque de forças imaginárias alimentadas pela possibilidade de agressões terroristas com armas biológicas

¹ Professora. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (UFG) e doutoranda em Filosofia e Teoria geral do Direito pela Universidade de São Paulo (USP)

que só poderiam ser neutralizadas pelo governo. Há toques de recolher, vigilância constante, campos de concentração que abrigavam pessoas “indesejadas” pelo governo, pouca liberdade, porém, todo esse cerceamento é justificado e mantido em nome da segurança.

Na estória de *V de Vingança*, o personagem principal, “V” - um anti-herói - foi vítima e sobreviveu a um dos campos de concentração. A história narra que seu corpo era desfigurado por conta de queimaduras, não se sabe ao certo se foi por conta disso que ele foi mantido no campo de concentração ou se esta alteração se deu no campo. Fato é que, assim que V foge da cela, a nº 5 do campo (algarismo V em romano), ele começa a se vingar dos dirigentes do campo de concentração e, posteriormente, causa uma verdadeira revolução na cidade de Londres e mostra ao povo que é possível viver sem medo. O personagem principal da estória nunca mostra seu rosto, vive coberto por uma máscara inspirada em *Guy Fawkes* (FLAMINI, 2011, p. 35), soldado inglês, que participou da Conspiração da Pólvora², de 1605. Perto do clímax do filme, o anti-herói profere uma sentença emblemática. Enquanto é alvejado por vários soldados, caminha e diz: “embaixo desta máscara há uma ideia e ideias são à prova de balas.”

A estória escrita por Allan Moore é um convite à reflexão sobre vários temas. Para citar alguns deles temos, o medo como afeto político central que mantém a coesão social; o Estado como aquele que protege e ao mesmo tempo o promove o medo na população; a emergência do sujeito político através da despossessão de todos seus predicados³ e o convite à revolução por meio da mudança dos circuitos de afetos que animam a sociedade. Todos estes temas foram de alguma maneira tratados na obra “O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo”, de Vladimir Safatle (2018).

² A Conspiração da Pólvora foi um plano articulado por um grupo de provincianos católicos ingleses liderados por Robert Catesby, que tentou explodir a Câmara dos Lordes, durante a cerimônia de abertura do Parlamento, a intenção era assassinar o Rei Jaime VI da Escócia e I da Inglaterra. O filme *V de Vingança* faz alusão a este fato histórico em vários momentos.

³ O anti-herói da estória, que é também o personagem principal, foi à luta, ainda que inicialmente por conta de um forte sentimento de vingança que também serviu como força para revolução, após ter sido totalmente desamparado de todos os seus predicados, o mesmo ocorreu uma outra personagem da estória, Evey, que somente após perder o medo e viver o desamparo entendeu sua força enquanto agente político.

No Brasil houve um fenômeno curioso ligado a essa estória. Nos protestos ocorridos em várias cidades, no ano de 2013, foi possível identificar pessoas utilizando a máscara do anti-herói de V de Vingança. O próprio escritor da estória, que não é afeito a entrevistas, se manifestou a esse respeito e afirmou: “desejo o melhor para os protestos no Brasil. Acho que o que estão fazendo é maravilhoso e espero que isso progrida para uma vitória⁴”.

Passados 5 anos das manifestações populares que movimentaram o Brasil, indaga-se, progredimos para uma vitória? Em 2018, tivemos eleições para escolher os novos dirigentes do poder executivo e legislativo do âmbito federal e estadual e ao que tudo indica, as pretensões revolucionárias desenhadas pelas manifestações de 2013 não se cumpriram em 2018, por que isso pode ter acontecido? Essa é a questão sobre a qual esta resenha procurou refletir. Para isso, partimos da afirmação contundente de Vladimir Safatle sobre as manifestações de 2013, “mas uma coisa é certa: a gente está numa situação em que tudo pode acontecer, inclusive nada⁵”.

Para elaborar a reflexão proposta, tratou-se brevemente sobre as manifestações populares de 2013 e a eleição de Jair Bolsonaro a presidência do Brasil, em 2018. Ressalta-se que neste item não foram pomenorizados fatos pontuais, buscou-se dar uma visão geral dos acontecimentos. Em um segundo momento, houve a reflexão sobre as revoluções que fracassam, partiu-se da afetos que movem o corpo político para tratar sobre o agente político capaz de produzir revolução, esta reflexão foi feita com base na tese de Vladimir Safatle sobre os circuitos dos afetos, sendo este o referencial teórico que norteia a resenha e fornece as bases para a interpretação dos fatos históricos.

⁴ Estefani Medeiros, Estefani. *Criador de “V de Vingança”, Alan Moore diz que “é maravilhoso o que está acontecendo no Brasil*, UOL. Disponível em: < <https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2013/06/29/o-que-estao-fazendo-e-maravilhoso-diz-allan-moore-sobre-protestos-no-brasil.htm>.> Acesso 13 dez 2018.

⁵ Vladimir Safatle: *O Brasil sofre de transtorno bipolar*, GAUCHAZH. Disponível em: < <https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2014/06/Vladimir-Safatle-O-Brasil-sofre-de-transtorno-bipolar-4520206.html>> Acesso em 13 dez 2018.

2 MANIFESTAÇÕES POPULARES DE 2013: UMA LATÊNCIA EM EXPLOÇÃO

Em 2013, a população foi às ruas em várias cidades do Brasil. Desde 1992, durante o movimento dos caras pintadas, não se via tamanha mobilização⁶, tudo começou com a indignação popular com aumento de vinte centavos na tarifa do transporte público, porém, as manifestações foram ganhando outra dimensão e as reivindicações não ficaram restritas e relacionadas a esse tema. Leonardo Avritzer (2016, p. 65) afirma que “o ponto de partida das manifestações de junho foi a ruptura do campo político da participação social no Brasil, ocorrida entre 2011 e 2013”. O autor ainda critica o ponto de vista adotado por alguns analistas⁷ de que a mobilização de junho de 2013 demonstra o papel das redes sociais e de uma indignação geral que remonta a mobilizações internacionais ocorridas em outros países como Egito e Turquia. O autor critica a posição adotada por Castells (2013), especificamente, porém reconhece que parte de seu diagnóstico é correto, mas insuficiente para explicar a emergência destas manifestações⁸. Avritzer atribui o ponto de partida das manifestações a outros elementos.

O ponto de partida das manifestações de junho foi a ruptura do campo político da participação social no Brasil, ocorrida entre 2011 e 2013 descrita no capítulo anterior. Essa ruptura foi paulatina e se deu à medida que se acumularam conflitos de movimentos sociais, tais como o ambientalista e indígena, com o governo federal. A motivação seguinte foi a aprovação da legislação para a Copa do Mundo, que gerou muitas críticas e a mobilização de organização que lutam pela reforma urbana, que têm vínculos históricos com o Partido dos Trabalhadores e o governo. Por fim, há o conflito entre o Movimento Passe Livre (MPL) e os governos locais (AVRITZER, 2016, p. 65).

⁶ *Protesto em São Paulo é o maior desde as manifestações contra Collor*, Folha de São Paulo, 2013. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1296834-protesto-em-sao-paulo-e-o-maior-desde-manifestacao-contra-collor.shtml>> Acesso em 13 dez 2018.

⁷ “Alguns analistas com muito pouco conhecimento do país ressaltaram o papel das redes sociais de uma indignação geral nessas manifestações” (Leonardo Avritzer, *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização, 2016, p. 65).

⁸ “Evidentemente, os aspectos apontados por Castells estiveram presentes nessas manifestações, mas certamente não constituíram o seu ponto fulcral nem explicam sua emergência. Na melhor das hipóteses, podem ser considerados elementos genéricos presentes em todas as formas de manifestação social, o que certamente não lhes fornece um caráter explicativo” (Leonardo Avritzer, *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização, 2016, p. 65).

Avritzer entende que há pelo menos duas diferenças entre as manifestações de 2013 e as grandes manifestações que as sucederam no tempo, Diretas Já e Caras-pintadas. Para o autor as manifestações de junho de 2013 romperam com certo controle midiático, houve um processo de *intermedia agenda setting*, as fontes de informação deixaram de ser exclusivamente a rede aberta e os meios alternativos, principalmente as redes sociais, passaram a ser grande fonte de informação, o que alterou o próprio quadro das autoridades das redes sociais, e conseqüentemente fez com que os fatos se tornassem pauta da rede aberta, fato que não ocorreu nas duas manifestações anteriormente citadas⁹. A segunda diferença diz respeito a “ruptura do campo participativo e o fato de manifestações contra o PT e o governo também terem ocupado as ruas” (AVRITZER, 2016, p. 65).

Esse foi o fenômeno com maior impacto sobre o sistema político, já que em pelo menos duas situações anteriores – em 2005, com o escândalo do mensalão, e em 2011, durante o julgamento da ação penal 470 –, a oposição política no Brasil mostrou baixíssima capacidade de mobilização. O que mudou em 2013 foi a capacidade de convocação do Movimento Passe Livre, que certamente pertence ao campo acima mencionado, de romper com certo monopólio ou certa interdição da mobilização social. A partir daí houve um espaço livre e fragmentado e disputado que marcou as pautas e as reivindicações dos manifestantes (AVRITZER, 2016, p. 66)

As manifestações de 2013 foram marcadas por pautas diversas, não houve um único apelo social¹⁰. O espaço público foi novamente ocupado, ocorre

⁹“No caso das Diretas Já, a Rede Globo simplesmente ignorou a campanha até a última semana, deixando de cobrir eventos tais como a primeira manifestação na Praça da Sé, ocorrida em janeiro de 1984. No caso do impeachment, a Globo cobriu seletivamente os acontecimentos, aderindo à campanha somente no final. Em junho de 2013, por sua vez, o controle midiático se subordinou a um processo que podemos chamar de *intermedia agenda setting*, ou seja, a mobilização mudou as autoridades das redes sociais, isto é, os sites mais consultados, e estabeleceu uma relação entre elas e os grandes grupos midiáticos formadores de opinião” (Leonardo Avritzer, *Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização, 2016, p. 67).

¹⁰ Para citar apenas algumas das pautas que foram levantadas, de acordo com a pesquisa feita por Círculo Peruzzo, cartazes com o dizeres como: “Vem prá Rua”; “O Brasil acordou”; Não sou *bacon* para morrer queimado (contra a violência); “Contra PEC 37”; Feliciano, a gente não esqueceu!!! Só estamos arrumando uma merda por vez”; “Fora Fifa”; “Juventude que ousa lutar, constrói poder popular”; “Nenhum partido me representa”; “Passe livre”; “Acredite não é só por R\$ 0.20” (Círculo Peruzzo, *Movimentos sociais, redes virtuais e mídia alternativa no junho em que “o gigante acordou”*(?). Revista Matrizes, São Paulo, ano 7, nº 2, jul/dez, 2013, p. 80-81).

que, a mobilização no espaço público não é uma novidade no Brasil e, neste aspecto, uma das afirmações que marcaram as manifestações de junho, “o gigante acordou”, causam estranheza. Paulo Arantes questiona, enquanto o gigante dormia, com que sonhava? Era o sonho de quem sonha acordado e projeta questões para o presente e futuro, “chamado na linguagem coloquial brasileira de *devaneio*” (ARANTES, 2013, s/n) ou era o sonho de quem estava dormindo e rememora o passado? Além disso, quem disse ao povo brasileiro que este é um gigante que dorme? A quem interessa esse sono que descansa em berço esplêndido? O Brasil é um país marcado por revoltas populares, entretanto, a narrativa de um “mito de passividade” faz com que a história do povo brasileiro seja lembrada apenas pela ótica do homem cordial e não pela narrativa de um povo que desde o início conquistou seus direitos através das lutas¹¹. O imaginário do “homem cordial¹²” permeia o espaço público, o próprio pensamento oligárquico reforça a ideia de representação do povo em “completo estado de sonolência. Daí as injunções sobre o estado de anestesia do povo, de sua apatia e indiferença. No Brasil, tal pensamento está tão enraizado que o país costuma a se ver a si mesmo como um gigante dormindo” (SAFATLE, 2017, s/n).

Para além desta ideia do gigante que dormia, há outra questão inquietante no que diz respeito as manifestações de junho de 2013 que foi abordada por dois filósofos com aproximações convergentes. Slojov Zizek (2013, s/n) colocou a questão nos seguintes termos, “[...] por que é que há problemas no Paraíso, em países prósperos ou que, ao menos passam por um período de rápido

¹¹ A título de exemplo podemos citar a negação do projeto colonial que vem desde a colonização já com os quilombos, as lutas de resistência e libertação que lutaram contra a exclusão social, opressão racial, sistema político vigente e exploração econômica, principalmente na primeira metade do século XIX como a Cabanada no Pará (1835-1840), Alagoas (1832-1835) e Pernambuco (1838-1841), a Balaiada no Maranhão (1838-1841) e Piauí (1838-1841); na Bahia a Revolta dos Malês (1835) e a Sabinada (1837-1838), entre outros (Antônio Escrivão Filho; José Geraldo de Sousa Junior, *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016, p. 79-81).

¹² “Já disse, numa expressão feliz, que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade – daremos ao mundo o ‘homem cordial’. A lhaneza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de convívio humano, informados no meio rural e patriarcal” (Sérgio Holanda, *Raízes do Brasil*, 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017, p. 176).

desenvolvimento, como a Turquia, a Suécia e o Brasil?” Em outros termos, a questão foi descrita da seguinte forma por Marilena de Chauí, “de onde vieram e por que vieram se os grandes problemas que sempre atormentaram o país (desemprego, inflação, violência urbana e no campo) estão com soluções bem encaminhadas e reina a estabilidade política?” (CHAUÍ, 2013, s/n). Para Zizek (2013) não é possível dar uma única resposta a questão, inclusive, os protestos que ocorreram no Brasil não podem ser vistos de maneira isolada, eles estão situados em âmbito global e foram animados por questões que também animaram outros protestos ao redor do mundo, recentemente.

O que une esses protestos é o fato de que nenhum deles pode ser reduzido a uma única questão, pois todos lidam com uma combinação específica de (pelo menos) duas questões: uma econômica, de maior ou menos radicalidade (de temáticas que variam de corrupção e ineficiência até outras francamente anticapitalistas), e outra político-ideológica (que inclui demandas pela democracia até exigências para a superação da democracia multipartidária usual). E será que o mesmo já não se aplica ao Occupy Wall Street? Sob a profusão (por vezes, confusas) declarações, o movimento Occupy sugere duas ideias básicas: i) o descontentamento com o capitalismo *como sistema* – o problema é o sistema capitalista em si, não a sua corrupção em particular -; e ii) a consciência de que a forma institucionalizada de democracia multipartidária representativa não é suficiente para combater os excessos capitalistas, ou seja, que a democracia tem de ser reinventada (ZIZEK, 2013, s/n).

De forma pontual, analisando principalmente as manifestações que ocorreram em São Paulo, Chauí (2013) afirma que as perguntas feitas são justas, porém não é possível encara-las com perplexidade. Ao contrário do paraíso, no sentido macro mencionado por Zizek (2013), Chauí (2013) menciona o inferno urbano, que tem um olhar micro situado nos centros urbanos, especificamente em São Paulo, e que, resumidamente, apresenta os seguintes problemas, a dificuldade com a mobilidade urbana, por conta da opção pela locomoção em automóveis individuais e não coletivos; a explosão imobiliária que concentra condomínios verticais e horizontais, que produz uma densidade demográfica praticamente incontrolável; a exclusão social que se agrava com as grandes especulações imobiliárias que expulsam os moradores das regiões mais atraentes para investimento e, por fim, o transporte coletivo “indecente, indigno e mortífero”

(CHAUÍ, 2013, s/n). Todas essas dificuldades que privilegiam os interesses privados em detrimento dos interesses públicos são denominadas pela filósofa de inferno urbano e essas inquietações levaram a população novamente às ruas.

As manifestações de 2013 abriram uma “latência do possível” (SAFATLE, 2014), o povo brasileiro passou novamente a ter esperança em um novo horizonte, contudo, a curto prazo, considerando o ano de 2018, esta latência do possível não foi o suficiente para modificar o circuito dos afetos que movimentaram os agentes – e por que não indivíduos? – que mobilizaram e também depositaram esperança nestas manifestações. Neste ponto, é importante enfatizar o termo esperança como horizonte, pois ele determina a possibilidade de um futuro diferente a ser realizado, conforme será explicado no próximo tópico.

Logo no início, houve grande euforia com as manifestações populares, contudo, em meio ao pedido de mudança e renovação, houve uma pauta autoritária e de manutenção do *status quo* patrimonialista do Brasil. Ao grupo de jovens que inicialmente mobilizaram as manifestações, o Movimento Brasil Livre, grupo originariamente de esquerda, juntaram-se outros jovens que pleiteavam a volta do que é velho, antigo.

Em São Paulo, militantes de partidos políticos foram expulsos do ato na Praça da Sé. Mais, em maioria, os jovens nas ruas negam a existência de partidos políticos, quero dizer, negam o direito à existência dessas legítimas expressões da democracia. Em seu lugar, nas ruas levantam bandeiras e lemas velhos, desde a Itália e Alemanha dos anos 30: falam em “nação”, em “pátria”, quando mais próprio deveriam falar no fascínio do fascismo sobre as suas cabecinhas. O movimento, aqui e ali, tem se transformado em algo sujo e excludente, que todos conhecemos como a direita. Em página do Facebook, as múmias da ditadura aproveitam e criam um Golpe Militar 2014, com quase 5.000 pessoas. É essa a primavera brasileira? (MOTA, 2013, s/n)

Apesar do tom inflamado utilizado por Mota (2013) para tratar sobre as pautas conservadoras que foram suscitadas nas manifestações de 2013, a crítica feita é pertinente, assistimos, já em 2013, a volta de um discurso que até então estava escondido, porém não adormecido e principalmente esquecido, talvez corresse a boca miúda, mas não era explícito em praça pública. Esse discurso foi ganhando força nestes últimos anos, e em 2018 houve uma grande greve de caminhoneiros que afetou todo o país, e uma das reivindicações feitas foi a volta do

regime militar. Não se deve ignorar a importância desta greve para o cenário político brasileiro, apesar das reivindicações pela ditadura, ela também aponta para a dinâmica anti-institucional que no Brasil tem sido uma pauta recorrente.

Esta dinâmica anti-institucional pode tanto ir em direção às fantasias paranoicas de um regime forte e ditatorial quanto a um fortalecimento de movimentos de transferência do poder decisório a instâncias imanentes à vontade popular. A história nos mostra que as classes populares, quando assimilam uma dinâmica anti-institucional, podem ir tanto para um extremo quanto para o outro (SAFATLE, 2018, s/n).

Finda a greve dos caminhoneiros e o processo eleitoral para os cargos do executivo federal e estadual, temos um horizonte de invocação do que é velho, travestido de novo na propaganda eleitoral. O presidente eleito, que tem mais de 27 anos de vida política, foi considerado uma aposta nova para o país, no entanto, a pauta pregada pelo presidente eleito é conversadora baseada, principalmente, em questões atinentes aos costumes, como a defesa da família heteronormativa, por exemplo¹³.

As pautas conservadoras que foram levantadas e sustentadas durante as eleições de 2018 são pautas estas totalmente dissociadas com o impulso transformador que originou as primeiras manifestações de 2013. Ao que tudo indica o Brasil não tem assimilado a potência em explosão que os últimos acontecimentos têm proporcionado. Questiona-se então, como chegamos a esse cenário? Por que a latência em explosão de 2013 não foi capaz de modificar o cenário nas eleições de 2018¹⁴, ao eleger um presidente com uma pauta notadamente conservadora? É este o ponto que trataremos.

3 SOBRE REVOLUÇÕES QUE NÃO DÃO CERTO

Uma resposta possível ao cenário que atualmente encontramos diante de nós, foi oferecida por Vladimir Safatle, em sua obra “O circuito dos afetos: corpos

¹³ Neste ponto, há a observação feita por Safatle em: Vladimir Safatle, *Corrupção e violência*: o que esperar de alguém cujo símbolo é uma arma apontada? Folha de São Paulo, 2018. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/vladimirsafatle/2018/10/corruptao-e-violencia.shtml>>. Acesso em 13 dez 2018.

¹⁴ Faz-se necessário mencionar que houve uma grande renovação nos cargos do legislativo federal e estadual, poucos foram os políticos reeleitos.

políticos, desamparo e o fim do indivíduo”. E é com base nesta obra que apresentamos uma forma de interpretação do cenário explicitado acima.

Conforme mencionamos, as manifestações de 2013 foram marcadas pela esperança do povo brasileiro, havia a esperança de um novo futuro, apesar de as reivindicações difusas, era aparente o desejo pela mudança “de tudo que estava ali”, seja em termos políticos, econômicos e sociais. Ocorre que, as mudanças poderiam significar tanto o avanço, no sentido de mais direitos, mais liberdade, mais igualdade, como retrocessos, tais como a manutenção de privilégios, a sujeição dos corpos, a volta da “lei e ordem”. Ambos horizontes eram possíveis e estavam disputando o espaço público. De certa forma, pode-se afirmar que os horizontes tinham um elemento em comum que os animava, o afeto que os envolvia era a esperança – esperança de um novo horizonte ou a esperança de manter ou voltar a um *status quo* -, de acordo com Vladimir Safatle, a esperança não constrói agentes políticos capazes de exercer transformação¹⁵.

Sobre o circuito dos afetos que movem a vida política capaz de produzir transformação e emancipação, Safatle retoma a ideia de Spinoza e afirma que o medo e a esperança não são opostos, antes, eles se encontram na mesma dimensão, há um mesmo tempo fundador que os rege, o medo diz respeito a sinais futuros negativos e a esperança aponta para sinais futuros positivos. “Sempre o tempo da espera que nos retira da potencialidade própria ao instante. Talvez, por isso, o corpo político que a esperança e medo são capazes de produzir seja sempre modalidade de um corpo político providencial” (SAFATLE, 2018, p. 21). Justamente

¹⁵ “A perspectiva freudiana não é, no entanto, apenas a expressão de um desejo em descrever fenômenos sociais a partir da inteligência de seus afetos. Freud quer também compreender como afetos são produzidos e mobilizados para bloquear o que normalmente chamaríamos de ‘expectativas emancipatórias’. Pois a vida psíquica que conhecemos, com suas modalidades de conflitos, sofrimentos e desejos, é uma produção de modos de circuitos de afetos. Por outro lado, a própria noção de ‘afeto’ é indissociável de uma dinâmica de imbricação que descreve a alteração produzida por algo que parece vir do exterior e que nem sempre é constituído como objeto da consciência representacional. Por isso, ela é a base para a compreensão tanto das formas de *instauração sensível da vida psíquica* quanto da natureza social de tal instauração. Fato que nos mostra como, desde a origem: ‘o *socius* está presente no Eu’. Ser afetado é instaurar a vida psíquica através da forma mais elementar de sociabilidade, essa sociabilidade que passa pela *aisthesis* e que, em sua dimensão mais importante, constrói vínculos inconscientes” (Vladimir Safatle, *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2 ed. ver.; 3 reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 38).

por isso, o afeto que anima o corpo político deve ser outro que não o medo e a esperança.

A sociedade brasileira tem se construído, consolidado e se unificado com base no medo, o medo é um elemento de coesão social, no entanto, o medo como elemento de coesão social não produz emancipação, muito pelo contrário, ele apenas indica a alienação para que seja possível a manutenção do poder. Safatle (2018, p. 43) retoma essa ideia de Hobbes, que “descreve como o aparecimento histórico de uma sociedade de indivíduos liberados de toda forma de lugar natural ou de regulação coletiva predeterminada só pode ser compreendido como o advento de uma ‘sociedade de insegurança total’”.

Contra a destrutividade amedrontadora desse excesso que coloca os indivíduos em perpétuo movimento, fazendo-os desejar o objeto de desejo do outro, levando-os facilmente à morte violenta, faz-se necessário o governo. O que demonstra como a possibilidade mesma de estabelecer relações através de contratos que determinem lugares, obrigações, previsões de comportamentos, estariam vinculados à circulação do medo como afeto instaurador e conservador de relações de autoridade. Esse medo teria a força de estabilizar a sociedade e bloquear o excesso das paixões (SAFATLE, 2018, p. 43).

Um dos grandes lemas do atual presidente Jair Bolsonaro durante sua campanha foi a segurança não só física, que fez com que o, então presidencial, defendesse o porte de arma “para garantir o direito à legítima defesa a quem chama de ‘cidadão de bem’” (GLOBO, 2018, s/n), como também a manutenção de políticas que defendam apenas a heteronormatividade.

O medo como afeto político central cria a necessidade de uma figura que ampare a sociedade e lhe proteja do perigo que está sempre à espreita, Jair Bolsonaro significa isso para boa parte da população, as afirmações polêmicas são brincadeiras quando não caem no gosto popular e são verdades quando convém, não é possível saber o que pode ou não ser levado a sério. O presidencial Jair Bolsonaro procurou vender a imagem do líder que trará segurança e ordem ao “caos” que se tornou o Brasil democrático, ainda que para isso, períodos antidemocráticos fossem exaltados em sua fala. O medo como afeto político central transforma o vazio do poder, em um lugar a ser ocupado por alguma figura que garantiria a coesão social.

Da mesma forma, é fundamental que a segurança seja elevada à questão política central, como se fosse possível, após algumas eliminações e ações mais duras construir uma espécie de sociedade da segurança total, um 'paraíso da tolerância zero', como se nosso objetivo fosse uma verdadeira 'democracia de condomínio fechado'. Não seria vão se perguntar sobre a estrutura libidinal dos que precisam acreditar nesse tipo de sociedade, de paraíso e de democracia. Só que, atualmente, há poucos atores sociais dispostos a lembrar que não há sociedade de segurança total (a não ser nas ficções científicas mais distópicas), nem a tolerância zero é um paraíso (SAFATLE, 2018, p. 76).

Conforme visto, o medo não produz mudança, ele apenas propaga falsas ideias de um futuro seguro, um paraíso possível. Safatle afirma, com base em Freud, que o afeto capaz de produzir emancipação social é o desamparo, somente quando o sujeito se vê totalmente livre de seus predicados há a possibilidade de se tornar um agente político capaz de transformar¹⁶.

Mas se, para Freud, admitir a vulnerabilidade do desamparo é condição fundamental para emancipação social, isso ocorre porque não se trata aqui de uma experiência de resignação diante da vulnerabilidade, de demanda de cuidado por figuras protopaternas de autoridade ou uma experiência de exploração política contínua do medo. O que temos em Freud é uma maneira de pensar os caminhos da afirmação do desamparo, com sua *insegurança ontológica* que pode nos levar à conseqüente redução de demandas por figuras de autoridade baseadas na constituição fantasmática de uma força soberana ou mesmo por crenças providenciais a orientar a compreensão teleológica de processos históricos. O desamparo nos mostra como a ação política é ação sobre o fundo de insegurança ontológica (2018, p. 54).

Safatle prossegue seu raciocínio e admite que as condições para emergência de sujeitos político foram descritas por Marx através de um horizonte impessoal e antipredicativo, que se mostra na figura do proletariado. Deve-se resgatar dos conceitos de Marx o que se pode descrever como "função ontológica"

¹⁶"Toda ação política é inicialmente uma ação de desabamento e só pessoas desamparadas são capazes de agir politicamente" (Vladimir Safatle, *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2 ed. ver.; 3 reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 50).

do proletariado. O proletariado é marcado pela “absoluta despossessão”, não há qualquer predicado que possa ser atribuído ao proletariado. Ele não significa uma classe de trabalhadores assalariados que não tem propriedade, eles sequer têm predicados que os defina. “Sua única possessão é a capacidade de procriar e ter filhos. Reduzidos assim à condição biopolítica mais elementar, à condição de reprodutor da população, os proletários representam o que não se conta” (SAFATLE, 2018, p. 231).

O proletariado é regido pelo desamparo e justamente por isso tem potência para realizar revoluções, não há no proletariado qualquer expectativa de um retorno possível, pois não há qualquer horizonte que se vincule ao seu passado ligado à despossessão. “Ele é uma heterogeneidade que simplesmente não pode ser integrada sem que sua condição passiva se transforme em atividade revolucionária” (SAFATLE, 2018, p. 236). Contudo, Safatle destaca um outro tipo de sujeito que é o lumpemproletariado, este pode se constituir “no baixo nível do estrato social e no alto nível, sendo o do alto nível perfeitamente enraizado à escroqueria funcional do capitalismo financeiro” (SAFATLE, 2018, p. 235). O filósofo ainda afirma sobre o lumpemproletariado, que:

O que os une é, na verdade, uma certa concepção de improdutividade, uma diferenciação entre trabalho produtivo e improdutivo, *diferenciação esta concebida do ponto de vista da produtividade dialética da história*. Pois o lumpemproletariado é uma massa desestruturada cuja negatividade não se coloca como contradição em relação às condições do estado atual da vida. Nesse sentido, ele é a representação social da categoria da negatividade improdutiva. Por isso, trata-se de uma massa social heterogênea que ganha homogeneidade desde que encontre um termo unificador que lhe dará estabilidade no interior da situação política existente (SAFATLE, 2018, p. 235).

O lumpemproletariado não tem força revolucionária, não há nada de novo que possa ser criada a partir da homogeneidade que os liga, a partir do termo que o unifica, muito pelo contrário, este termo unificador que produz a estabilidade daquilo que os une, aponta para um passado, uma situação que poderia voltar a ser. Não é o desamparo que os despossui e obrigada a criar o novo a partir daquilo que não existe e não é, e por isso é possível; podemos dizer que a nostalgia do paraíso perdido os une e clama pela volta de predicados que não mais encontram

correspondência nesses estratos sociais, mas que um dia já lhes pertenceram. Sendo assim, o que esta classe procura é o retorno de algo e não o novo.

Lança-se em parte a experiências doutrinárias, bancos de intercâmbio e associações operárias, ou seja, a um movimento n qual renuncia a revolucionar o velho mundo com ajuda dos grandes recursos que lhe são próprios, e tenta, pelo contrário, alcançar sua redenção independentemente da sociedade, de maneira privada, dentro de suas condições limitadas de existência, e, portanto, tem por força que fracassar (MARX, 1997, p. 30).

Ratificando a ideia de movimentos que não revolucionam, não criam o novo, Marx nos lembra que existem revoluções que fracassam, na obra “O 18 de Brumário de Luís Bonaparte”, Karl Marx trata sobre o golpe de Estado que levou Luís Bonaparte ao poder. Apesar dos movimentos iniciais de 1848 que apontavam para o início de uma revolução, a potência de um novo possível se perdeu no ar, houve a passividade da classe operária diante dos acontecimentos e o proletariado não teve força para realizar a revolução. Um novo horizonte não se instalou e o proletariado preferiu acreditar na recondução de um lugar na ordem existente¹⁷.

Pode-se afirmar que quando não há a modificação dos afetos que circulam, perde-se a potência do que poderia vir a ser e assim, há revoluções que começam mas não revolucionam, pelo contrário, podem servir para a instauração do que já foi, de um passado que aparentemente havia sido superado mas, na verdade, estava apenas dormente, à espreita para voltar a ser.

¹⁷ “Do lado do proletariado de Paris não havia senão ele próprio. Mais de três mil insurretos foram massacrados depois da vitória e quinze mil foram deportados sem julgamento. Com essa derrota o proletariado passa para o fundo da cena revolucionária. Tenta readquirir o terreno perdido em todas as oportunidades que se apresentam, sempre que o movimento parece ganhar novo impulso, mas com uma energia cada vez menor e com resultados sempre menores. Sempre que uma das camadas sociais superiores entra em eferescência revolucionária o proletariado alia-se a ela e, conseqüentemente, participa de todas as derrotas sofridas pelos diversos partidos, uma depois das outras. Mas esses golpes sucessivos perdem sua intensidade à medida que aumenta a superfície da sociedade sobre a qual são distribuídos” (Karl Marx, O 18 brumário e cartas a Kugelmann. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997, p. 29-30).

4 CONCLUSÃO

As manifestações de 2013 de fato apresentaram uma latência em explosão, várias foram as pautas suscitadas na esfera pública, elas tiveram cunho de indignação com a política, com o que tem sido feito do público, entre outras questões. Contudo, as manifestações também deram azo ao outro extremo, que clamou pela volta da ditadura militar, que reafirmou a moral e os bons costumes hegemônicos, que procurou silenciar as diferentes, tirou da esfera pública os partidos políticos, sob a falsa alegação de que ali eles não teriam espaço. Tivemos a chance de produzir uma revolução, mudar os horizontes, alterar a forma como a circulação de afetos ocorre, mas não fizemos.

A população se aquietou assim que algumas das demandas foram supridas, houve um momento de agitação que foi seguido da passividade, aqueles que reivindicavam a partir do nada, que falavam a partir da despossessão e do desamparo, não tiveram força para produzir o novo. A greve dos caminhoneiros reafirmou a explosão em latência, Safatle nos lembrou que, novamente, poderíamos ser conduzidos para caminhos opostos, deste a percepção do povo de sua força decisória, quanto ao fortalecimento do regime, preferimos o segundo.

O Brasil continua a ser animado pelo medo, medo de pautas progressistas que privilegiam a diversidade, medo da violência, medo de que privilégios sejam extirpados, medo de um futuro diferente. Durante as eleições, um dos discursos que animavam a candidatura de Jair Bolsonaro era de que a esquerda implementaria uma ditadura no país, contudo, os mesmos que tinham medo da ditadura da esquerda, não se importavam com a possibilidade de uma ditadura da direita, as eleições de 2018 mostraram grandes incoerências que também circundam nossa sociedade. É justamente o constante medo que anima boa parte do apoio a pautas conservadoras que fez com que potências em explosão caminhassem para o lado oposto ao da revolução.

Voltando a nossa introdução, temos que a sociedade retratada na estória de V de Vingança também se sujeitava e subordinava ao governo radical que lhes era imposto por conta do medo, medo de que os terroristas tomassem conta do governo, em outras palavras, medo da violência. Entretanto, quando um personagem foi liberto de todos seus predicados e viu apenas a sua frente, a

despossessão, ele foi capaz de produzir o novo, produzir uma revolução e animar o povo a fazer o mesmo. V buscou mudar as formas como os afetos circulavam e com isso levou o povo às ruas com máscaras iguais a que V usava. Como dito no início, esse espírito também estava presente nas manifestações de 2013.

É possível que ocorram outros eventos que abram novas possibilidades, contudo, enquanto não nos tomarmos agentes políticos capazes de revolução e transformação, nada de novo será criado, aqueles que poderiam provocar mudanças se acomodaram quando algumas das suas expectativas foram saciadas, provamos estar sonhando o sono da noite, aquele que rememora o passado, nosso devaneio não foi forte suficiente para nos mostrar quem somos. O desamparo, de fato, pode levar à revolução, o povo brasileiro ainda precisa se reconhecer enquanto sujeito capaz de transformação e para isso devemos mudar os afetos que nos movem e caminhar em outra direção que não o retorno do mesmo.

BIBLIOGRAFIA

ARANTES, Paulo. *Tarifa zero e mobilização popular*, Boitempo, 2013. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2013/07/03/tarifa-zero-e-mobilizacao-popular/> Acesso 13 dez 2018.

AVRITZER, Leonardo. *Os Impasses da Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2016.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013

CHAUÍ, Marilena. *O inferno urbano e a política do favor, tutela e cooptação*. Boitempo, 2013. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2013/06/28/o-inferno-urbano-e-a-politica-do-favor-tutela-e-cooptacao/> Acesso em 13 dez 2018.

CUNHA, Gabriela Nogueira. *Ideias são à prova de balas*. Disponível em: <<http://www.sociologia.seed.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=537>> Acesso em 13 dez 2018.

ESCRIVÃO FILHO, Antônio; SOUSA JUNIOR, José Geraldo. *Para um debate teórico-conceitual e político sobre os direitos humanos*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2016.

FLAMINI, Roland. *Still Here: The case of British Catholics*. World Affairs, vol. 173, nº 6, march/april 2011, p. 37-45.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*, 27 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MARX, Karl. *O 18 brumário e cartas a Kugelmann*. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

MEDEIROS, Estefani. *Criador de “V de Vingança”, Alan Moore diz que “é maravilhoso o que está acontecendo no Brasil*. UOL. Disponível em: <<https://entretenimento.uol.com.br/noticias/redacao/2013/06/29/o-que-estao-fazendo-e-maravilhoso-diz-allan-moore-sobre-protestos-no-brasil.htm>> Acesso 13 dez 2018.

MOTA, Urariano. *A direita nos protestos*. Boitempo, 2013. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2013/06/25/a-direita-nos-protestos/>> Acesso em 13 dez 2018.

PERUZZO, Círcia M. Krohling, *Movimentos sociais, redes virtuais e mídia alternativa no juho em que “o gigante acordou”(?)*. Revista Matrizes, São Paulo, ano 7, nº 2 , pp. 73-93, jul/dez, 2013.

Protesto em São Paulo é o maior desde as manifestações contra Collor. Folha de São Paulo, 2013. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2013/06/1296834-protesto-em-sao-paulo-e-o-maior-desde-manifestacao-contr-a-collor.shtml>> Acesso em 13 dez 2018.

ROMANCINI, Richard. *Do “Kit Gay” ao “Monitor da Doutrinação”*: a reação conservadora no Brasil. Contratempo, Niterói, v. 37, n. 02, pp. 87-108, ago/nov 2018.

SAFATLE, Vladimir, *Manifestações como as de 2013 provavelmente se repetirão*, Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/vladimirsafatle/2017/09/1914638-manifestacoes-como-as-de-2013-provavelmente-se-repetirao.shtml>> Acesso em 13 dez 2018.

_____, Vladimir. *Corrupção e violência*: o que esperar de alguém cujo símbolo é uma arma apontada? Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/vladimirsafatle/2018/10/corruptcao-e-violencia.shtml>>. Acesso em 13 dez 2018.

_____, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2 ed. ver.; 3 reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

_____, Vladimir. *“O Brasil sofre de transtorno bipolar”*. GAUCHAZH. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/porto-alegre/noticia/2014/06/Vladimir-Safatle-O-Brasil-sofre-de-transtorno-bipolar-4520206.html>> Acesso em 13 dez 2018.

SAFATLE, Vladimir. *Temendo o povo*: a derrubada do governo por pressão grevista seria um processo civilizatório. Folha de São Paulo, 2018. Disponível em: <

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/vladimirsafatle/2018/06/temendo-o-povo.shtml>> Acesso em 13 dez 2018.

Saiba mais sobre as propostas de Bolsonaro e Haddad relativas a armas de fogo. O Globo, 2018. Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/17/saiba-mais-sobre-as-propostas-de-bolsonaro-e-haddad-relativas-a-armas-de-fogo.ghtml>

Acesso em 13 dez 2018.

ZIZEK, Slavoj. *Problema no Paraíso*: artigo de Slavoj Zizek sobre as manifestações que tomaram as ruas do Brasil. Boitempo, 2013. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2013/07/05/problemas-no-paraiso-artigo-de-slavoj-zizek-sobre-as-manifestacoes-que-tomaram-as-ruas-do-brasil/>.

Acesso em 13 dez 218.

A EVOLUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL E NO MUNDO

BORTOLO, Ana Laura Perozo¹

AMARAL, Sérgio Tibiriça²

RESUMO: O presente estudo tem como tema principal a Constituição como forma de organização de um Estado. Assim, através de uma pesquisa bibliográfica, pretende demonstrar como a história da humanidade e a evolução do direito constitucional caminham lado a lado desde os primórdios da humanidade. Ademais, analisou-se a Constituição cidadã, através de seu modelo dirigente, e sua relação com a atual crise política e jurídica instalada no Brasil. Para isso, utilizou-se de diversos manuais de direito constitucional e, principalmente, das obras Curso de direito constitucional positivo e Aplicabilidade das normas constitucionais de José Afonso da Silva, a fim de analisar a evolução histórica do constitucionalismo.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Dirigente; Constituição; Crise; Evolução.

ABSTRACT: This study has as its main theme the Constitution as an organization form of a State. Thus, through a bibliographical research, it intends to demonstrate how the history of humanity and the evolution of constitutional law walk together since the dawn of humanity. In addition, the Brazilian citizen constitution was analyzed through its directive model and its relation to the current political and legal crisis in that country. Thus, it was used several books of constitutional law and, mainly, the Course of positive constitutional law and Applicability of constitutional norms of José Afonso da Silva, in order to analyze the historical evolution of constitutionalism.

Keywords: Constitutionalism; Directive; Constitution; Crisis; Evolution.

1 INTRODUÇÃO

¹ Discente do curso de direito da Toledo Prudente Centro Universitário.

² Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br.

O presente artigo pretende analisar a Constituição Democrática Brasileira em seu modelo dirigente. Para isso se dispôs a analisar, inicialmente, a ideia de Constituição em seus três sentidos principais: social, político e jurídico. Para tanto, analisaram-se as obras “A essência da Constituição”, de Ferdinand Lassalle, para desvendar a concepção sociológica de constituição. Para se debruçar no sentido político de Constituição, utiliza-se da teoria de Carl Schmitt, retratada no livro “*Teoría de la constitución*”. Por fim, a análise do sentido jurídico de Constituição foi embasada também por Carl Schmitt e pela teoria de Konrad Hesse.

Para analisar-se a evolução do Constitucionalismo, até que se pudesse entender o atual quadro constitucional brasileiro, o início do presente estude-se tratando sobre o contrato social, nas perspectivas de John Locke e de Thomas Hobbes, avançando com a análise do pré-constitucionalismo até a *Carta Magna* da Inglaterra de 1215.

A partir de então, mergulha-se na história e influência filosófica do constitucionalismo moderno, que teve seu início no século XVII com dois importantes movimentos garantísticos: a Revolução Francesa e a Revolução Inglesa. Contudo, para alcançar-se a ideia constitucional brasileira, ainda foi necessário analisar a Lei Fundamental de Weimer e as duas grandes guerras como importantes influências para o *status* atual dos direitos fundamentais.

Com essa análise constitucional aprofundada, o presente artigo possibilitou um maior entendimento da história pré-constitucional brasileira, que teve como marco inicial as capitanias hereditárias e se desenrolou até a Constituição Monárquica de 1924. Por fim, analisa-se as seis Constituições Brasileiras já superadas, até chegarmos a sétima Constituição Federal: a Constituição Cidadã de 1988.

Essa Constituição possibilitou um estudo do modelo constitucional dirigente estudado inicialmente por Peter Lerche e melhor desenvolvido por Joaquim José Gomes Canotilho, que comenta também o modelo constitucional brasileiro e a omissão legislativa antes as tarefas teleológicas impostas ao legislador infraconstitucional.

Esse estudo foi embasado, principalmente, pelas obras “Curso de Direito Constitucional Positivo”, de José Afonso da Silva, pela tese de

doutorado do mesmo jurista, intitulada “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, e, por fim, pela obra “Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas”, de Joaquim José Gomes Canotilho.

2 CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

A Constituição no Brasil e nas democracias dos dias atuais é a base de todo o ordenamento jurídico, sendo que o movimento constitucionalismo nasceu apenas no século XVII com as revoluções burguesas nos Estados Unidos da América do Norte e França, sendo precedido de muitos antecedentes importantes, como os *Bills* da Inglaterra, entre os quais a *Magna Carta*, *Petition of Rigths* e *Bill of Rigths*.

É a Lei maior de qual todas as demais leis retiram seu fundamento, dentro de uma hierarquia normativa explicada por Hans Kelsen. Ela cuida das normas mais importantes para a organização e fundação de um Estado, delimitando em seu texto a forma e o sistema de governo, estruturando a repartição dos poderes, conferindo direitos e garantias fundamentais a todos aqueles que se encontram sob sua égide, e fundamentos dos direitos econômicos, sociais e culturais.

A partir desse entendimento, portanto, é possível perceber que as normas constitucionais se impõem sobre as demais normas do um ordenamento jurídico. É que a sociedade depende da disciplina de sua norma fundamental para que dela decorram todas as demais, devendo as normas infraconstitucionais obediência aos preceitos constitucionais e aos limites impostos pela *Carta Magna*.

Não é possível, contudo, estabelecer um só conceito de constituição, seja o termo usado com letra maiúscula ou minúscula, cuja diferença sondar-se-á mais adiante no corpo deste trabalho. Por conta disso, a definição de constituição é obtida através da análise da *Carta Magna* promulgada na sociedade que está sendo objeto de estudo.

Lecionam Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2011, p. 28):

A palavra constituição apresenta sentido equívoco. Sua origem remonta ao verbo construir, o que tem o significado de “ser a base de; a parte essencial de; formar, compor”, empregado em expressões triviais, como a constituição de uma cadeira ou a constituição de uma mesa. Logo, é intuitivo que a palavra constituição traz em si uma ideia de estrutura, de como organiza (ARAUJO e JÚNIOR, 2011, p. 28).

Para melhor estruturar o conceito de constituição, deve-se observá-la em três diferentes vertentes, ou seja, analisá-la em sentido social, político e jurídico.

A concepção sociológica de constituição foi apresentada por Ferdinand Lassalle no livro “A essência da Constituição”, no qual ele aborda o direito constitucional sob a visão dos fatos sociais e analisa como a *Carta Magna* sofre influência da sociedade a ser regida por ela. Na verdade, o autor entende que é a sociedade que delimita a aplicação e as normas que serão impostas pela Constituição, ou seja, o ser que se impõe sobre o “dever-ser”, pois, caso contrário, seu texto não terá efetividade alguma.

Na sociedade cuja constituição escrita não corresponder àquela que emana dos fatores sociais do próprio povo, surge um conflito insolúvel que culminará da sucumbência da constituição escrita em prol das verdadeiras forças vigentes no país, ou seja, as relações sociais.

A ideia de Lassalle apenas confirma o fato de que uma constituição não se desenvolve no plano do “dever-ser”, mas sim no plano do ser que condiciona o anteriormente citado. Caso isso não ocorra, a constituição será continuamente desrespeitada quando impuser norma dissonante a sociedade e precisará ser emendada ou, quando mais crítica a situação, convocada nova assembleia constituinte.

Assim, esse ato de poder soberano, fazendo-se prevalecente, determinaria a estrutura mínima do Estado, ou seja, as regras que definem a titularidade do poder, a forma de seu exercício, os direitos individuais, etc., dando lugar à Constituição, em sentido próprio. Outras regras, mesmo que constantes do documento político, não teriam a mesma importância, motivo pelo qual seriam genericamente denominadas “leis constitucionais” (ARAUJO e JÚNIOR, p. 30).

A concepção política de constituição desenvolve-se sobre a ideia de Carl Schmitt, retratada no livro *“Teoría de la constitución”*, que traz uma importante discussão para este recorte da apreciação acadêmica desejada.

Segundo Schmitt (1982, p. 29), o vocábulo Constituição, quando pesquisado em toda a literatura jurídica, possui quatro sentidos diversos: o sentido absoluto, o sentido relativo, o sentido positivo e o sentido ideal. Segundo o autor, em sentido absoluto, a constituição é um todo unitário que tem a significância do próprio Estado, sendo ela a concretização da unidade política e social de um determinado Estado. Em sentido relativo, tem-se a ideia de constituição formal, ou seja, a carta escrita que contém uma série de leis constitucionais. Em sentido ideal, o termo retrata o documento com conteúdo político e social tido como ideal, ou seja, entende que apenas existe constituição quando o documento escrito corresponder ao ideal de organização política.

Por fim, em seu sentido positivo, a constituição é uma decisão política fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e forma de existência da unidade política. Esse conceito, portanto, traz a ideia de constituição são os dispositivos constitucionais de grande importância política, ou seja, aqueles sem os quais não se organiza ou funda um Estado. Os dispositivos que não se enquadram como relevantes politicamente não são constituição, mas apenas leis constitucionais que estão presentes na constituição em sentido relativo, pois o legislador constituinte desejou que sua modificação não fosse realizada por meio de simples leis ordinárias.

Assim, pode-se observar que diversos dispositivos presentes no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se enquadram como constituição ao observarmos o vocábulo no sentido positivo. Com base nas ideias de Carl Schmitt, nossa constituição em sentido positivo seriam apenas os dispositivos que contém o que ele chama de decisões políticas fundamentais, ou seja, a consagração do Brasil como uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal (artigo 1º, caput); a instituição de que todo poder emanada do povo, que o exercerá por meio de representantes eleitos por ele (parágrafo único do artigo 1º); a divisão dos poderes (artigo 2º); a carta de direitos

democráticos e fundamentais do ser humano (artigos 5º, 12 e 14); a organização básica dos poderes Legislativos, Executivos e Judiciários; e a organização federal e a repartição de competências (artigos 18 a 43 e 145 a 162).

Observa-se, desta forma, que, segundo o conceito de Schmitt, mais da metade da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não se trata de uma constituição em sentido positivo, mas sim de leis constitucionais que ali estão por simples opção política do legislador. Vê-se, portanto, que o texto constitucional foi elaborado com base em uma decisão política do titular do poder constituinte, que elaborou seu texto conforme as tendências políticas da época em que foi outorgada ou promulgada.

Dessa forma, para Carl Schmitt, há uma Constituição, grafada com letra maiúscula, e há uma constituição, grafada com letra minúscula, entendendo-se que a primeira é materialmente existente, ao passo que a segunda depende da primeira, sendo formal e se confundindo com a ideia de constituição escrita.

Konrad Hesse, por outro lado, entende que o sentido positivo da constituição nada mais é que uma antítese a concepção sociológica de Ferdinand Lassale, apesar de que, algumas vezes, a Constituição escrita sucumbia a realidade. Todavia, ele aduz que a Constituição possui força normativa capaz de modificar essa realidade, para isso, é necessário que os detentores do poder se empenhem em concretizá-la. Diante disso, a constituição real influencia a Constituição escrita, ou vice-versa, estando, assim, no mesmo patamar, de forma coordenada.

Sintetizando todas essas ideias, surge na modernidade a ideia de uma constituição culturalista, que se encontra na síntese das três concepções: sociológica, política e positiva. Significa que a Constituição culturalista, ao mesmo tempo que é condicionada pela cultura da sociedade, também é condicionante de alguns aspectos dessa cultura, por isso, é considerada total.

2.1 Evolução do Constitucionalismo

Pode-se dizer que a história da construção do constitucionalismo se inicia junto com o aparecimento das primeiras sociedades organizadas. Evidente que aqui não se fala em Constituição Política, aquela que se confunde com o texto positivado, mas sim em Constituição Social, com importantes colaborações de vários povos e pessoas que pensaram em modelos para a limitação do poder num governo escolhido pela maioria.

O filósofo liberalista britânico John Locke acreditava que o homem era uma criatura racional e social em sua essência. Defendia, dessa forma, que o ser humano é naturalmente um animal gregário, não podendo viver sozinho. Já o filósofo Thomas Hobbes defendia a ideia de que o ser humano era naturalmente mal e egoísta, de forma que, sempre que houvesse interação social, haveria também a violência.

Ambos os pensadores, porém, entendiam que, diante de uma convivência social, surgiria o conflito. Thomas Hobbes acreditava que esse conflito surgiria da intrínseca maldade do homem, ocasião em que a paz seria apenas um conceito distante. John Locke entendia que, diante da convivência social, haveriam conflitos de interesses constantes sem que houvesse quem concentrasse a justiça em suas mãos. Dessa forma, seria um direito natural inerente a cada indivíduo punir aquele que violasse leis naturais.

Surge, então, a necessidade da constituição de um tratado em função da necessidade de concentrar o poder e o legítimo uso da violência para determinados fins na mão de um só ente: o Estado. Para isso, os indivíduos deveriam abdicar de alguns direitos, como o uso da violência para fins de justiça própria, e entrega-los nas mãos do Estado, que deveria salvaguardar pelo bem comum e pelas liberdades individuais. John Locke deu a esse tratado o nome de contrato social.

A necessidade de uma Constituição, mesmo que rudimentar, surgiu do gregarismo do ser humano, seja ele natural ou não. Os conflitos trouxeram a necessidade da criação de leis, mesmo que não escritas, que disciplinassem a existência do próprio grupo social.

Desse gregarismo, por certo e desde logo, surgiram conflitos de interesses, por mais rudimentar e pequeno que fosse o agrupamento humano, donde a necessidade de criarem-se normas mínimas de convivência e, sobretudo, de um núcleo de poder responsável pela sua aplicação e coibição de suas transgressões. Daí a consciência, desde logo, de normas que disciplinassem a existência do próprio grupo social, ou seja, com um mínimo de estrutura de poder e seus detentores, normas que podemos chamar exatamente de normas constitucionais, porque estruturais da própria convivência humana, e atingimento de seus objetivos. Por isso mesmo é que, embora não escritos, os costumes e tradições dos grupos humanos mais primitivos podem ser considerados como sua Constituição, ainda que com rudimentos de direito, mas que, de qualquer modo, preservavam a própria sociedade porque disciplinadores do poder social e seu exercício (FILOMENO, p. 214).

A Constituição era em seu início apenas uma forma de garantir a convivência social pacífica, sendo esse o período chamado de pré-constitucionalismo, pois tais sociedades não contavam com uma Constituição escrita.

A história do constitucionalismo em si se inicia com o surgimento das duas primeiras Constituições escritas: a Constituição Americana e a Constituição Francesa. Tais diplomas legais foram criados em meio a revoluções travadas pela busca da liberdade, portanto, carregavam em si os primeiros indícios do que viria a se chamar de carta de direitos fundamentais.

Essas Constituições buscavam proteger os direitos adquiridos por meio do contrato social, termo idealizado pelo filósofo inglês John Locke, e garantir que o absolutismo não mais manobrasse o Estado para efetivar as vontades do soberano. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello bem descreveu a ideologia por trás desses diplomas nos seguintes termos:

Os princípios filosóficos de enunciavam nos seguintes termos: - a comunidade política é originária de um contrato, o qual é fonte de autoridade; - há direitos naturais do homem anteriores à sociedade, e, pelo contrato social, esta se obriga a protegê-los e garanti-los contra qualquer arbítrio (BANDEIRA DE MELLO, 1980, p. 37).

Antes de dar continuidade a evolução do constitucionalismo, é importante esclarecer que, apesar de comum, é um erro dizer que a Carta Magna da Inglaterra de 1215 foi sido a primeira Constituição moderna. O que ocorre é que tal diploma não apresenta uma ruptura com o passado, nem mesmo fundamenta a estrutura básica de um novo Estado. Percebe-se, portanto, que a Carta Magna da Inglaterra de 1215 era um acordo de vontades e não uma lei.

Dessa forma, percebe-se que o constitucionalismo realmente se inicia no século XVII, uma época marcada pelas transformações radicais na estrutura do Estado e governo e pela luta por um Estado de Direito.

Nesse século ocorrem a Revolução Francesa e a Revolução Inglesa, dois movimentos marcados por um objetivo garantístico, buscando formulações legais que impedissem os abusos do absolutismo. Desse anseio surge a concepção de Constituição moderna, sendo ela escrita e pautada nas garantias mínimas do ser humano e a organização básica de um Estado de Direito (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, p. 27).

Concluem, assim, os doutrinadores Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior:

O constitucionalismo é congênito à separação de poderes e às declarações de direitos humanos, formando com eles o conjunto de ingredientes necessários ao Estado de Direito. Por isso, parece-nos acertada a afirmação de que os principais objetivos incorporados pelo constitucionalismo são: - supremacia da lei (Constituição), havida esta como expressão da vontade geral; - limitação do poder; - proteção e assecuração dos direitos fundamentais do ser humano, em especial os correlacionados à liberdade (ARAÚJO e JÚNIOR, p. 27).

Tais movimentos, porém, não bastaram para impedir as atrocidades cometidas pelo regime nazista durante a Segunda Guerra Mundial. Ao contrário, porém, ocorreu, tendo o holocausto fundamento legal para a sua ocorrência, inclusive sendo pautado na Lei Fundamental de Weimer, constituição extremamente flexível que permitia que Adolf Hitler a moldasse conforme seu interesse (BARROSO, 2013, s/n).

A Lei Fundamental de Weimer perdeu o caráter garantístico buscado pelos movimentos do século XVIII, pois não tinha força o suficiente para impedir as violações de direitos ocorridas durante o período nazista na Alemanha durante a República que surgiu depois do fim da Primeira Guerra. Em termos de direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, a Lei Fundamental avançava, mas por sua flexibilidade permitiu que muitas das atrocidades feitas pelos nazistas tivesse com base as chamadas “Leis de Nuremberg”.

Os revolucionários franceses lutaram por seus direitos sob seu lema: *Liberté, Egalité, Fraternité* (Liberdade, igualdade, fraternidade, em português do francês). O regime fascista, porém, tinha como mantra *Deutschland über alles* (Alemanha acima de tudo!), inclusive acima da liberdade, igualdade e fraternidade.

Dessa forma, findada a Segunda Guerra Mundial, percebeu-se que o constitucionalismo não se encontrava avançado o suficiente para garantir o mínimo existencial a todo ser humano, pois não foi apto nem mesmo a assegurar direitos já conquistados nas duas grandes revoluções liberais do século XVIII.

Os direitos pelos quais lutaram aqueles que derrubaram a Bastilha sucumbiram perante uma Constituição sem força vinculante que podia ser alterada de acordo com o tirano que se encontrasse no poder.

Inicia-se, então, um movimento vagaroso no sentido de tornar a Constituição um documento vinculante do poder público, “dotado de efetividade e de aplicabilidade inclusive em relação aos particulares” (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, p. 27).

Pós Segunda Guerra Mundial, a cultura jurídica legicêntrica³ entra em declínio dando espaço a uma nova ordem constitucional, que fez surgir diversas escolas de pensamento que defendiam a reaproximação do direito e a moral. Surge, então, o neoconstitucionalismo.

³ Cultura jurídica que afasta as questões jurídicas do debate filosófico do direito, da ética e da justiça, baseando seu sistema unicamente na lei positivada. Ao basear todo o sistema jurídico unicamente na lei positivada, abre-se oportunidade para a injustiça e violações dos direitos naturais do ser humano.

Assim, após a segunda guerra mundial, a necessidade de superação do passado de barbaridades, e dos horrores do totalitarismo, fez-se buscar soluções de preservação da dignidade contra os abusos dos poderes estatais. Os países que saíram do trauma dos regimes ditatoriais passaram a buscar proteger as declarações liberais das suas constituições de modo eficaz (BRANCO, 2009, p. 224).

Foi a cultura extremamente legicêntrica que possibilitou as diversas violações aos direitos humanos nos períodos das grandes guerras, haja visto que não se levava em consideração a justiça das normas. Para reagir a essa cultura tornou-se necessário instituir-se direitos universais que nenhum dispositivo poderia violar, sob pena de violação da justiça, da ética e da dignidade da pessoa humana.

2.1.1 Evolução do Modelo Constitucional Brasileiro

O Brasil atual pode ser considerado um modelo de país constitucional que, entretanto, até o presente momento, ainda não finalizou a construção de sua base democrática sólida, devido aos obstáculos que enfrenta desde meados de 1500, anos do descobrimento da terra de Santa Cruz.

Dessa forma, o modelo constitucional brasileiro pode ser considerado apenas um projeto do que um Estado Republicano de Direito deve se tornar, enfrentando fases de democracia e de ditadura desde sua criação, fazendo com que diversas Constituições tenham assumido o placo enquanto o país tentava se solidificar.

Segundo Paulo Bonavides, em seu artigo A evolução constitucional do Brasil:

O projeto de democracia e constitucionalismo brasileiro foi bloqueado inúmeras vezes pelas resistências absolutistas, pelo continuísmo e tentativa de perpetuidade governista, bem como pelos interesses representativos comprometidos com a história de dominação que a classe política busca manter inalterável, insensível por inteiro ao rápido agravamento das desigualdades sociais e regionais, cujo quadro é

sobressaltante enquanto vislumbre de uma tragédia de consequências imprevisíveis (BONAVIDES, 2000, s/n)

Todavia, apesar de todos os obstáculos impostos a construção de um governo constitucional, houve um processo de construção desse Estado Constitucional partindo da velha metrópole e chegando até a criação de uma nascente nacionalidade no povo brasileiro, momento em que o país iniciou sua jornada para a independência imperial e a futura criação de um Estado.

A organização política do Brasil se inicia em 1534 com a concessão da primeira capitania hereditária a favor de Duarte Coelho. A carta de doação expedida por Dom João III concedeu a ele o direito de explorar e regular, no que lhe coubesse, a Capitania de Pernambuco.

O sistema de capitanias hereditárias foi o que se pode chamar de primeiro sistema de governo brasileiro. Dividiu-se, pois, o Brasil em doze porções, todas com saída para o oceano, e concedeu-se a particulares escolhidos pela coroa. Esses indivíduos deveriam ser ricos e dispostos a morar no Brasil para o fim de zelar pela terra doada.

Aos titulares das capitanias eram dados poderes quase absolutos, atribuindo-lhes jurisdição cível e criminal, que eram exercidos por meio de seus representantes eleitos pelas vilas. No mais, as capitanias eram organizadas sem qualquer vínculo político e administrativo, ou seja, sem elo que lhes permitiria a criação de instrumentos para formar um só Estado.

Devido a isso, a dispersão foi inevitável, fazendo com que pouquíssimas delas sobrevivessem ao primeiro século. Por outro lado, essa primeira forma de organização do país permitiu o povoamento da região e a formação “de centros de interesse econômicos e sociais diferenciados nas várias regiões do território da colônia, o que veio a repercutir na estruturação do futuro Estado Brasileiro” (SILVA, 1996, p. 71).

Com a crise das capitanias hereditárias, o governo de Portugal escolhe, por bem, instalar, em 1549, o sistema de governadores-gerais. Esse sistema possibilitou o surgimento de um elo entre as diversas capitanias e a criação de um governo político e militar na então colônia (VIANNA, 1956, p. 199). A participação política era inexistente, com pleno poder aos monarcas portugueses.

O governo-geral segue até 1621, quando o território brasileiro é dividido entre dois Estados: o Estado do Brasil e o Estado do Maranhão. Com isso, surgem novos centros econômicos e polos de desenvolvimento social através da divisão de cada um desses Estados em capitânicas gerais, que, por sua vez, eram também subdivididas em comarcas, distritos e termos (COSTA, 2016, p. 35 e 36).

Estes centros, contudo, acabam se tornando quase autônomos, embora a última palavra fosse do poder central. Eles passam a configurar mini governos locais controlados pela figura dos caudilhos locais, que conseguem monopolizar a autoridade política, militar e judiciária.

São eles que guerreiam contra as tribos bárbaras no interior, em defesa das populações que habitam vizinhanças de suas casas fazendeiras, que são como que os seus castelos feudais e as cortes dos seus senhorios (VIANNA, 1956, p. 214 e 215).

Esse sistema apenas perde força em 1808, com a chegada da família real portuguesa as terras brasileiras, o que trouxe o Rei Dom João VI as terras coloniais para se instalar na cidade do Rio de Janeiro. Com sua chegada, o Brasil é elevado ao *status* de Reino Unido a Portugal, decreta-se a liberdade de indústria e possibilita-se a expansão comercial brasileira (COSTA, 2016, p. 60).

A chegada de Dom João trouxe novos ares para o Brasil e uma nova cultura filosófica e política com a instalação da Biblioteca Nacional no Rio de Janeiro.

Essa atuação do monarca, porém, não teve grandes influências além dos limites do Rio de Janeiro. Conforme concluiu José Afonso da Silva:

Pouca influência exerceu no interior do país, onde a fragmentação e a diferenciação do poder real e efetivo perduravam, sedimentadas nos três séculos de vida colonial. Ne se poderia mudar, da noite para o dia, essa relação de poder que estava em consonância com a realidade existente, que apresentava um povo disseminado por um amplíssimo território, formando, socialmente, um conjunto ainda incoerente de núcleos humanos, ganglionarmente distribuídos pela orla de um litoral vastíssimo e pelos campos e sertões do interior; e um amontoado de quase vinte capitânicas dispersas,

muitas delas com uma tradição mais que secular de autonomia e independência (SILVA, 1996, p. 75).

Concomitantemente com a estadia do Rei de Portugal no Brasil, surgem e ganham força na Europa as teorias do Liberalismo, Parlamentarismo, Constitucionalismo, Federalismo, Democracia e a República, o que faz surgir no Brasil um movimento constitucional, ainda estando a monarquia presente na colônia. Pensou-se, até mesmo, em aplicar a Constituição do Porto em terras brasileiras para atender partes desses anseios.

Ocorre, porém, que, em 1822, Dom Pedro I, filho de Dom João VI, proclama a independência do Brasil e se desvencilha dos enlaces portugueses, inaugurando uma nova política brasileira.

Com a independência, porém, percebeu-se a gravidade da fragmentação do poder no Brasil e tornou-se necessário criar políticas para a unidade nacional, de modo a fortalecer o Estado.

Um dos principais elementos que possibilitou a criação de um poder centralizados e a demolição dos poderes regionais e locais foi a criação da primeira Constituição Brasileira em 1824, que buscava inserir elementos das teorias retro citadas, que fundaram o movimento constitucional brasileiro (COSTA, 2016, p. 68), mas que davam amplos poderes ao imperador por meio de um quarto poder chamado de “moderador”. Portanto, não se trava de um modelo liberal.

O Brasil continua a ter um modelo de concentração de poderes, na qual se destaca o poder moderador, embora houvesse uma separação clássica do modelo liberal do século XVIII.

O constitucionalismo era o princípio fundamental dessa teoria, e realizar-se-ia por uma constituição escrita, em que se consubstanciava o liberalismo, assegurados por uma declaração constitucional dos direitos do homem e um mecanismo de divisão dos poderes (...). Os estadistas do Império e construtores da nacionalidade tinham pela frente uma tarefa ingente e difícil: conseguir construir a unidade do poder segundo esses princípios que não toleravam o absolutismo. E conseguiram-no dentro dos limites permitidos pela realidade vigente, montando, através da Constituição de 1824, um mecanismo centralizador capaz de propiciar a obtenção dos objetivos pretendidos, como provou a história do Império (SILVA, 1996, p. 76).

A Constituição Imperial transformou as antigas capitanias em províncias, que elegiam, através de uma eleição indireta e censitária, seus deputados e uma lista tríplice da qual o imperador iria escolher o senador, membro vitalício do poder legislativo. O voto censitário era de qualidade, na qual apenas os homens ricos tinham o poder de votar e ser votado. Elas eram subordinadas ao governo central, governadas diretamente pelo presidente e pelo chefe de polícia, escolhidos e nomeados pelo Imperador.

Esta Constituição também estabeleceu que o governo brasileiro seria constitucional e representativo, porém, monárquico hereditário. No entanto, dividiu Estado em quatro poderes. O Poder Legislativo foi atribuído a assembleia geral, constituída de deputados e senadores eleitos. O Poder Executivo era composto pelos Ministros de Estado, tendo como chefe o Imperador. O Poder Judiciário, era exercido por juizes e jurados. E, o Poder Moderador, era exercido pelo Imperador, “como chefe supremo da nação e seu primeiro representante, para que incessantemente velasse sobre a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos” (SILVA, 1996, p. 77).

O Poder Moderador investido ao Imperador pela Constituição permitia sua ingerência no Poder Legislativo, Poder Judiciário e Poder Executivo, do qual já era chefe. Concentrava, portanto, todo o poder na mão de uma só figura, a qual se pode até mesmo chamar de um déspota esclarecido.

Desde 1823, durante a discussão sobre a Constituição Imperial, porém, os federalistas e os liberais já lutavam pela descentralização do poder e o renascimento das autonomias regionais. Esse movimento acaba por ganhar mais força com o passar dos anos e desperta rebeliões como as “Balaçadas”, “Sabinadas”, as “Cabanadas”, que forçaram o governo a uma pequena descentralização com o Ato Adicional de 1834.

Contudo, as forças descentralizadoras continuaram a se insurgir contra o modelo monárquico brasileiro, insurgindo-se por meio do movimento republicano, que acaba por obter seu êxito com a Proclamação da República em 1889 (COSTA, 2016, p. 89).

As tendências republicanas advindas da Europa ganharam força no Brasil, que viu na ideia de uma República a possibilidade de uma regionalização das forças políticas e um retorno ao crescimento econômico. Foi assim que, em 15 de novembro de 1889, Marechal Deodoro da Fonseca proclama a República com o apoio popular, militar e clérigo.

2.1.2 Constitucionalismo na república

Com o início da fase republicana, instala-se um governo provisório coordenado por Marechal Deodoro Da Fonseca e decreta-se a adoção do federalismo como sistema de governo oficial. Dessa forma, as províncias brasileiras, agora sob o laço de um federalismo, podem adotar suas próprias constituições e elegerem seus governos, o que faz com que o novo regime seja rapidamente aderido sem nenhuma resistência.

Não se demorou para que a república, agora formada, promulgasse a nova Constituição Federal em 1891, que estabeleceu no país os princípios do regime republicano com características liberais, seguindo também o sistema presidencialista norte-americano.

A primeira Constituição Republicana do Brasil rompeu com a ideia de divisão dos poderes em quatro, extinguindo o poder moderador, que na verdade dava ao rei sempre a última palavra conferindo ao monarca um poder absoluto. Abrigou, porém, o sistema tripartite idealizado por Montesquieu estabelecendo o sistema de freios e contrapesos entre o Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário.

O novo sistema constitucional enfraquece a centralização do poder no governo e reativa os poderes locais e regionais outrora adormecidos. Percebeu-se, então, que o presidente não estaria apto a governar se não correspondesse aos anseios dos estados. Dessa forma, surge a política dos governadores, que sustentou a primeira república, mas que também foi a causa de sua queda (COSTA, 2016, p. 105).

Os governadores não governavam senão apoiados no coronelismo, que por muito tempo foi esmagado pelo Império, mas reacendera e tomará novamente o seu posto de poder político e militar. Contudo, o coronelismo

ganho tanta força que passou a eleger governadores, deputados e senadores, tornando o presidente também dependente dele.

Isso fez com que a realidade da organização política brasileira entrasse em dissonância com a prevista na Constituição de 1891, que era formalmente bem estruturada. Isso levou a queda da Primeira República e a Revolução de 1930.

O descontentamento com a Primeira República leva a ascensão de Getúlio Vargas, líder civil da Revolução de 1930. Ele acaba por assumir a presidência no mesmo ano com o apoio militar e da sociedade civil em geral.

No cargo de Presidente da República, Getúlio Vargas intervém nas províncias e põe fim a política dos governadores, fortalecendo o governo federal e instaurando um sentimento de nacionalismo e união no povo brasileiro. Vargas cria o Ministério do Trabalho, promulga um novo Código Eleitoral, inaugurando um novo sistema, e organiza a assembleia constituinte que deu origem a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 1934.

A nova Constituição mantém os pilares da Constituição de 1891, quais sejam a república, a federação, o presidencialismo, o regime representativo, e a divisão de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário. Inovou, porém, ao atribuir o voto feminino, criar a Justiça Eleitoral e o Tribunal de Contas.

Após a Primeira Guerra Mundial, contudo, duas novas ideologias controlavam o mundo de maneiras opostas: o fascismo e o comunismo. O fascismo grassa no Brasil através da Ação Integralista Brasileira, tendo como chefe Plínio Salgado. O partido comunista, como forma de reação, reorganiza-se sob a chefia de Luís Carlos Prestes. Ambos buscavam sua ascensão ao governo (COSTA, 2016, p. 111).

Getúlio Dorneles Vargas, no intento de manter seu governo, dissolve a Câmara dos Deputados e o Senado, revoga a Constituição de 1934, promulgada durante seu governo, e outorga a Carta Constitucional de 1937, instituindo no Brasil o chamado Estado Novo.

A Constituição de 1937 possuía influências claras do fascismo, estando inserida em uma onda de regimes autoritários instaurados em toda a

Europa. Em 1922, Benito Mussolini já havia alcançado o governo da Itália e lá implantado os ideais fascistas. Em 1932, Salazar se tornou primeiro-ministro de Portugal e inaugurou uma ditadura. Nessa mesma década, a guerra civil espanhola assolou o país e permitiu a ascensão de Francisco Franco ao governo, que passou a conduzir a Espanha com mão de ferro.

Contudo, o maior marco do autoritarismo da década foi a chegada de Adolf Hitler ao poder. O tirano foi feito chanceler na Alemanha em 1933 e tornou-se o *fuher* nazista, que defendia a ideia de que levaria a Alemanha ao terceiro *Reich*.

Inspirado pelas técnicas de governo de Adolf Hitler, Getúlio Dorneles Vargas cria o Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) em dezembro de 1939, por decreto presidencial. O órgão serviu como instrumento de censura e propaganda do governo durante o Estado Novo.

O oficial de gabinete da Presidência da República, Luiz Simões Lopes, foi enviado à Alemanha para aprender as técnicas de propagandas Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda do governo de Hitler, e a utilização da imprensa, rádio e cinema como veículos de doutrinação ideológico (LUCA, 2011).

Nessa mesma tendência, a Constituição de 1937 recebeu influências dos regimes fascistas polônês e italiano, sendo, inclusive, apelidada de constituição polaca.

O apoio de Getúlio Vargas ao movimento sindicalista e a organização das legislações trabalhistas em uma Consolidação das Legislações Trabalhistas nada mais eram do que a influencia do regime fascista italiano por meio da *Carta del Lavoro*. Isso possibilitava que o presidente se apresentasse como defensor dos trabalhadores, mas que também reprimissem as atividades de organização trabalhista que fugissem do ideal Getulista.

Não obstante, o ditador Getúlio Vargas costumeiramente dava declarações públicas que demonstravam sua admiração em relação aos governos de Benito Mussolini, na Itália, e de Adolf Hitler, na Alemanha.

Apesar de o Brasil ter lutado ao lado dos Aliados na Segunda Guerra Mundial, o governo nunca escondeu sua admiração ao fascismo e sua

condução rígida do Estado. Não fosse pelo fato de submarinos alemães terem naufragado navios brasileiros, talvez o Brasil nunca teria se rebelado contra o Eixo.

Essas tendências fascistas e a admiração aos governos combatidos pelos Aliados, porém, levam a crise do Estado Novo.

Em 1943, então, Getúlio Vargas sofre a pressão da sociedade brasileira e acaba por declarar guerra ao Eixo, composto pelo Japão, Alemanha e Itália. A aliança criada com os Aliados começa a minar o poder do Estado Novo, pois era incongruente que um ditador como Getúlio entraria na guerra para um regime autoritário similar ao seu.

Apesar de o Brasil ter entrado na guerra em 1942 para lutar contra países de regime fascistas, as primeiras críticas ao governo getulista só chegam em 1943 com o Manifesto dos Mineiros, elaborado por um grupo de advogados de Minas Gerais. O texto pedia a redemocratização do Brasil e a elaboração de uma nova Constituição.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial e a imagem de Getúlio Vargas já desgastada, tropas militares invadiram o Palácio do Catete em 29 de outubro de 1945 e forçaram a renúncia do presidente.

Essa renúncia foi necessária, já que era uma contradição ideológica o presidente do Estado Novo, que nada mais era do que um governo ditatorial, em um momento em que o mundo se encontrava devastado por uma guerra vencida pelas democracias liberais. Ao redor do globo, os países reconstruíam os pilares do contrato social ao promulgar na cidade de São Francisco a Carta das Nações, em 1945. Logo em seguida, no intuito de fortificar os direitos constitucionais frutos de diversas revoluções históricas, esses países assinaram um novo documento que pretendia por fim as barbáries ditatórias da guerra: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, celebrada em dezembro de 1948.

Com a queda de Getúlio Vargas e, conseqüentemente, o fim do Estado Novo, foi necessário promulgar uma nova Constituição, que tomou seu lugar em 18 de setembro de 1946, representando um compromisso com a República e com os direitos do homem, extinguido, assim, qualquer resquício do radicalismo que havia assolado a década anterior.

Os constituintes de 1946 obtiveram êxito em escrever uma Constituição com pontos significativamente positivos. Constituição essa que traduzia equilíbrio e bom senso para as circunstâncias da época, pôde ela atenuar e fazer latente e adormecida durante largos anos de sua vigência a grande crise constituinte que sempre assolaram o país (SILVA, 1996, p. 85).

Todavia, a Constituição de 1946 encontrou sua crise com problemas de corrupção que se enraizaram no regime presidencial ao chegar a metade do século XX.

Por conta dessa crise, a pior e mais longa ditadura já enfrentada pelo Brasil se inicia em 1964. Apesar de manter aberto o Congresso, o regime militar ditatorial o mantinha anestesiado e sem qualquer poder de ação, estando sob o domínio de uma Constituição outorgada por um sistema extremamente autoritário.

A ditadura de 1964, hoje chamada de ditadura civil militar, mantinha por habito censurar censurava a imprensa e reprimir a ascensão de novas lideranças, fazendo com que toda a luta por direitos que havia se desenrolado após o Estado Novo submergisse em um novo regime ditatorial (BONAVIDES, 2000, s/n).

Contudo, saíram vitoriosos os rebeldes do regime militar e venceram o regime autoritário em 1984. Porém, apenas obtiveram uma nova Constituição eminentemente democrática em 1988.

E neste ponto em que o presente estudo se encontra, com o advento da Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã, avença-se para o fim da viagem histórica através do constitucionalismo brasileiro. Todavia, deve-se debater rapidamente a crise em que ela se encontra e explanar sobre a última Constituição da República Federativa do Brasil.

É a Constituição Cidadão, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania (SILVA, 1996, p. 91)

Na verdade, pode-se dizer que a Constituição de 1988, ao contrário do que opina o senso comum, foi a Constituição brasileira de melhor

organização e com mais respeito as lutas por direitos fundamentais, se comparada a todas as demais épocas constitucionais pelas quais o Brasil já passou.

Um dos exemplos mais nítidos da importância da Constituição De 1988 para a evolução do neoconstitucionalismo brasileiro foi a estruturação do Supremo Tribunal Federal como o responsável por guardar e zelar pelo respeito a Constituição.

Apesar de pragmaticamente positivada a função de guardião da Constituição de tal órgão superior, fato é que ele tem deixado de exercer tal função quando se compara o que ele deveria ser com o papel efetivo que tal órgão desempenha. O Supremo Tribunal Federal deixou de efetivar, “nas controvérsias do sistema, onde as bases da democracia constitucional estavam em jogo, a sua missão protetora das instituições” (BONAVIDES, 2000, s/n).

Apesar de ter a obrigação de manter sua independência e imparcialidade com relação aos demais poderes, a Corte permitiu a concentração do poder nas mãos dos que mais pode, e deixando de tutelar os direitos do cidadão com seus atentados desrespeitos e desmoralização de decisões judiciais, que são a cada vez mais descumpridas pela sociedade, que já se rebelou contra tal órgão.

A grande crise da Constituição de 1988 não se encontra em seus dispositivos, mas sim na política. Segundo Paulo Bonavides, em seu artigo A evolução Constitucional do Brasil:

Aniquilaram-se, assim, por obra do Executivo as bases éticas e jurídicas do sistema. E onde tal acontece, há ditadura, e não há governo. Há despotismo, e não há Constituição. Há obediência, e não há consenso. Há legalidade, e não há legitimidade. E a legalidade que há é, todavia, a força, que enfraquece a dignidade da pessoa humana, a justiça dos direitos sociais, a sobrevivência da democracia, a defesa e proteção do Estado soberano (BONAVIDES, 2000, s/n).

Evidente, pois, que o problema do Brasil não se encontra em seu modelo constitucional, ou em dispositivos de lei, de modo que uma reforma constitucional não seria apta a remover o país do atoleiro em que se encontra.

A questão brasileira é mais densa, e encontra sua problemática em sua história marcada pela corrupção que assola os três poderes.

3 CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: MODELO BRASILEIRO

Classifica-se a Constituição de 1988 como uma constituição escrita, codificada, democrática, rígida, dogmática, prolixa, formal e, por fim, dirigente. O presente artigo, porém, atenta-se apenas a última característica citada: a constituição dirigente idealizada por Peter Lerche e ampliada por José Joaquim Gomes Canotilho como modelo ideal para o Estado Português.

Peter Lerche deu início a um novo modelo constitucional, diferente do manifestado nas Constituições da época, e se dedicou a estudar os limites de vinculação do legislador às imposições constitucionais que estabeleciam deveres legislativos. Contudo, o jurista não desenvolveu a teoria relacionada as normas programáticas. Posteriormente, José Joaquim Gomes Canotilho interessou-se por esse assunto e estudou dedicou-se ao estudo das normas programáticas e à Constituição Dirigente em sua tese de doutorado.

A Constituição chamada dirigente, diretiva ou programática, caracteriza-se por conter normas de eficácia limitada, que estabelecem tarefas e programas de ação que o poder público deve concretizar, por meio de regulamentação infraconstitucional.

Esse tipo de Constituição foi pensado com o fim de possibilitar que um mesmo texto constitucional possa perdurar, pois, ao trazer objetivos, e não normas de eficácia plena, pode ser adequada conforme o contexto daquela sociedade com o passar dos anos, por meio da reestruturação da legislação infraconstitucional.

É traço que se repete nas normas constitucionais modernas serem elas abertas à mediação do legislador, apresentando uma regulamentação deliberadamente lacunosa, a fim de ensejar liberdade para a composição de forças políticas no momento da sua concretização⁷. Com isso, também, viabiliza-se a adequação das normas as novas necessidades de cada tempo. De fato, a Constituição não é um código, nem pretende tudo resolver nas suas disposições, como se fosse um

sistema cerrado e bastante em si (MENDES, 2017, p. 68).

Conforme explicitado no tópico anterior, o Brasil, em seus 195 anos de constitucionalismo, teve sete Constituições, sendo a mais duradoura a Constituição Imperial de 1824, que perdurou por 67 anos. Já na história das Constituições Democráticas, a mais duradoura foi a Constituição Republicana de 1891, que conseguiu se manter por 43 anos, apesar das crises recorrentes.

Isso ocorre porque a Constituição não se sustenta como uma norma estática, de modo que a sociedade evolui e com ela deve evoluir o direito. O ser tem sua própria estrutura que condiciona o dever-ser, que deverá ser adaptado continuamente para estar em consonância com a sociedade atual. Diante desse paradigma, durante muito tempo, houve-se a dificuldade de criar um texto constitucional dinâmico, que pudesse continuamente se adaptar ao ser.

Por conta disso, o direito constitucional brasileiro, em uma tentativa de promulgar uma única Constituição Federal que pudesse evoluir concomitantemente com a sociedade brasileira, optou por lançar mão de uma Carta Magna repleta de normas de eficácia limitada. Ocorre que, como bem explicita José Afonso da Silva, “é paradoxal que as normas supremas da ordem jurídica, o Direito dotado de supremacia e supra legalidade, sejam as de eficácia menos efetiva e mais sujeitas ao desrespeito e a inaplicabilidade” (SILVA, 2002, p. 16).

Fato é que o direito constitucional recebe imensa influência da realidade social e política de um país, de forma que, no Brasil, tornou-se um grande problema a ser solucionado por essa seara do direito as normas de eficácia limitada ainda não regulamentadas infra constitucionalmente, mesmo após comemorados os 30 anos da promulgação da *Carta Magna*, devido a morosidade das instituições brasileiras e o intenso jogo de influências exercido na política.

Harold Laski muito bem colocou em sua obra que:

Cada regime econômico cria, por sua vez, uma ordem política que representa os interesses daqueles que dominam o regime, que possuem os instrumentos essenciais do poder econômico (1950, p. 42).

Dessa forma, o poder econômico achou por bem garantir para si o poder de barganha ao trazer certos direitos constitucionais em forma de norma de eficácia limitada, de modo que podem continuar a exercer seu poder sobre as classes mais baixas.

A concepção marxista de constituição ainda simplifica essa ideia entendendo que “*constituição é um produto das relações de produção e visa assegurar os interesses da classe dominante*” (SILVA, 2002, p. 26). Portanto, não há nada melhor do que as normas de eficácia limitada para que a classe dominante pudesse continuar a exercer seus poderes mesmo após promulgada a constituição e pudessem ajustá-los conforme sua própria necessidade.

Contudo, essa não é a essência de uma Constituição Dirigente. Conforme bem conceituaram Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior, Constituição Dirigente “é aquela que traz um projeto de Estado, apresenta compromissos sociais e fornece meios para sua execução” (ARAÚJO e JÚNIOR, 2006, p. 39).

A Constituição Dirigente repousa na ideia de uma soberania constitucional e em um constitucionalismo moralmente reflexivo, embasado na ideia de se atingir a pacificação da sociedade e extinguir a desigualdade no país em que for vigente.

Ocorre, porém, que, quando Peter Lerche, nos começos da década de 1960, dedicou-se a analisar o dirigismo constitucional, percebeu que as Constituições compostas por normas programáticas limitavam o poder do legislador e impunham vinculações teleológicas as normas infraconstitucionais. Contudo, o jurista não se dedicou a solucionar os problemas das omissões ou inercias dos órgãos legislativos que deveriam se vincular ao desejo da *Carta Magna*.

A noção de Constituição Dirigente que se tem hoje no Brasil foi deturpada pela corrupção que se aproveitou das normas programáticas para tomar conta do sistema político brasileiro e garantir a inercia dos órgãos legislativos, fato ainda não solucionado pela doutrina, de modo a garantir que

a pacificação da sociedade e a extinção da desigualdade como tarefas do Estado nunca se concretizem.

Certo é que é a Constituição que deve decidir sobre as tarefas do Estado e a Constituição Dirigente opta por fazê-lo mediante a elaboração de um catálogo de objetivos, ao invés de impor ao Estado uma tarefa em branco. Dessa forma, pode-se ver que esse modelo avança em relação aos demais, ainda que continue a conter seus defeitos.

Apesar de muitos o criticarem, alegando ser o modelo dirigente uma simples conversão irrealista de uma simples folha de papel em instrumento dirigente da sociedade, patente é que, atualmente, este é o melhor modelo constitucional para um país de tão grande extensão e diversidade cultural como o Brasil.

4 CONCLUSÃO

Iniciou-se o presente artigo na tentativa de demonstrar que o estudo pormenorizado de uma Constituição somente é possível quando correlacionado com a sociedade regida por ela. Isso se dá porque é a sociedade que delimita a aplicação e as normas que serão impostas pela Constituição, ou seja, é o ser que se impõe sobre o “dever-ser”, pois, caso contrário, seu texto não terá efetividade alguma.

Por muito tempo, aqueles que detinham o poder tiveram dificuldade em absorver essa ideia, fazendo com que a história do constitucionalismo fosse completamente instável, iniciando-se, efetivamente, com um movimento extremamente garantístico (como é o caso da Revolução Francesa e da Independência Americana), passando por uma fase crítica durante as duas grandes guerras, e tenta, atualmente, encontrar sua estabilidade ao averiguar os desejos e necessidades da sociedade contemporânea.

A evolução constitucional brasileira foi ainda mais dramática devido a grande oscilação do poder político-econômico e as diversas tentativas de reservar o poder a uma oligarquia que não se atentava aos interesses comuns e aos anseios nacionais.

A Constituição Monárquica de 1824 reservou a última palavra ao Monarca. A Constituição de 1891 deu o poder aos coronéis, líderes regionais do período. A Constituição de 1937 condensou esse poder nas mãos de Getúlio Vargas. Já a Constituição de 1964, que apenas servia como uma fachada, não foi apta a conter o poder militar.

Na tentativa de atender aos anseios populares e devolver o poder ao seu verdadeiro detentor, ou seja, o povo, o Brasil promulgou, em 1988, a Constituição Cidadão, em um modelo escrito, codificado, democrático, rígido, dogmático, prolixo, formal e, por fim, dirigente.

O modelo dirigente foi pensado de modo a estabelecer projetos que o poder legislativo derivado deveria atingir, a fim de, finalmente, se estabelecer uma pacificação social e uma integração nacional. Além disso, esse modelo deveria ouvir os anseios populares e acompanhar a evolução da sociedade, permitindo que o “ser” estivesse sempre em consonância com o “dever-ser”.

Infelizmente, a concentração do poder político e econômico não se desfez, impedindo que o povo tomasse seu lugar como detentor do poder. Na verdade, aquela que deveria ser a efetiva Constituição Cidadã, tão sonhada por Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, nunca saiu completamente do papel.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz Roberto. *Há 80 anos, Hitler chegava ao poder no Reich alemão*. Publicado em 31 de janeiro de 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-jan-31/luis-roberto-barroso-80-anos-hitler-chegava-poder-reich-alemao>>. Acesso em: 12 de março de 2019.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *A evolução constitucional do Brasil*. Estud. av., São Paulo, v. 14, n. 40, p. 155-176, Dec. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016>. Acesso em: 07 de agosto de 2019.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1994.

COSTA, Marcos. *A história do Brasil para quem tem pressa*. Rio de Janeiro: Valentina, 2016.

FILOMENO, José Brito. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*, 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

FRANCO, Afonso Arinos Melo. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro - Coleção Constitucionalismo Brasileiro*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LASKI, Harold. *La crisis de la democracia*. Tradução de Jacques Cadart e Jacqueline Prélot. Paris, Presses Universitaires de France, 1950.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

_____. *O que é uma constituição*. Tradução de Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2002.

LOCKE, John. *Segundo Tratado do Governo Civil*. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa. Petrópolis: Editora Vozes, 1994.

LUCA, Tania Regina de. *A produção do Departamento de Imprensa e Propaganda (DIP) em acervos norte-americanos: estudo de caso*. Revista Brasileira de História, São Paulo, v. 31, n. 61, p. 271-296, 2011.

MAZZUOLI, Valerio Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*, 5ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2018.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2ª ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 33ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

SALVETTI NETTO, Pedro. *Curso de teoria do estado*, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

SCHMITT, Carl. *Teoría de La Constitución*, 2ª ed. Presentación de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

VIANNA, Francisco José Oliveira. *Evolução do povo brasileiro*, 4ª ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1956.

A FORÇA FORMAL CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

DOS SANTOS, Lucas Octavio Noya¹

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo dar uma resposta à problemática dos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos se encontra neste rol de tratados e é objeto de questionamento no Supremo Tribunal Federal nos Embargos de Declaração na ADPF nº 153 e na ADPF nº 320, pendentes de julgamento. O principal questionamento é: qual a hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos e qual a força normativa das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos? O trabalho se vale de uma construção lógica a partir do método dedutivo, cujas premissas foram construídas por meio da análise de caso, levantamento bibliográfico e dispositivos internacionais pertinentes. Conclui-se que a Convenção Americana de Direitos Humanos tem status de norma formalmente constitucional, e que, portanto, não pode ser denunciada pelo Estado brasileiro, sob pena de se incorrer em vício de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Hierarquia Normativa.; Tratados Internacionais; Fonte Internacional; Norma Constitucional.

ABSTRACT: The objective of this paper is to address the issue of international human rights treaties that were ratified prior to Constitutional Amendment 45/2004, inasmuch as the American Convention on Human Rights is included in this list of treaties and is the subject of questioning in the Federal Supreme Court in the Declaration of Defense in ADPF 153 and in ADPF 320, pending judgment. The main question is: what is the hierarchy of the American Convention on Human Rights and what is the normative force of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights? The work uses a logical construction based on the deductive method, whose premises were constructed through case analysis, literature review and relevant international provisions. It is concluded that the American Convention on Human Rights has formally constitutional norm status, and therefore, can not be denounced by the Brazilian State, under penalty of being unconstitutional.

¹ Mestre em ciências jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, graduado em Direito pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente, coordenador de competições nacionais e internacionais e professor de Introdução ao Estudo do Direito na mesma instituição. Parecerista da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva nº 25 sobre Asilo Político. Advogado.

Keywords: Normative Hierarchy; International Treaties; International Source; Constitutional Regulation.

1 INTRODUÇÃO

A partir das ondas recentes de nacionalismo na política internacional, começa-se a questionar a relevância das normas internacionais de proteção dos direitos humanos e quais os efeitos do seu descumprimento.

No Supremo Tribunal Federal ainda pendente de pauta está o julgamento dos Embargos de Declaração na ADPF 153, os quais encontram-se apartados na ADPF 320 pela conexão da matéria em julgamento, por decisão do Ministro Relator Luis Fux.

Resumidamente, o que se questiona nas ações constitucionais é: qual a força das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)? Qual a hierarquia da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) no ordenamento jurídico brasileiro?

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se posicionado no Recurso Extraordinário nº 466.343 quanto à supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos, tal posição deverá ser revista em breve, não só pelo fato dos processos aguardando julgamento, como também do atual momento político brasileiro em que se ataca veementemente a cultura da proteção internacional dos direitos humanos no Brasil.

Sendo assim, o objetivo do presente artigo foi abordar, tendo como recorte as correntes filosóficas historicamente dicotômicas do monismo e do dualismo, e perpassando as divisões das mais variadas correntes internacionalistas e constitucionalistas atuais, a força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos, tendo como conjectura a força formal das normas de direitos humanos oriundas de tratados ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45 de 2004.

Como método de pesquisa foi utilizado o dedutivo, no qual a construção das premissas perpassou a construção tipológica por meio de análise de caso, levantamento bibliográfico e normativo acerca da temática, consubstanciando numa conclusão lógica.

2. ENTRE MONISMO E DUALISMO

Ainda no início da vida acadêmica, somos convidados a estudar as fontes do direito e suas relações, tendo como pressuposto a tradicional dicotomia fontes formais e materiais. Visão esta que já passa a ser questionada por autores mais recentes.

Sendo assim, o mais apropriado seria uma divisão entre fontes sociais e fontes jurídicas do Direito, as quais contemplam as mais abrangentes *fons et origo*, pressupondo um diálogo entre direito, economia, ciência e técnica, política, moral e religião na construção daquelas fontes tidas como sociais, enquanto que as outras são as oriundas do que se convém denominar “fontes imediatamente disponíveis” (BITTAR, 2018, p. 250-252).

Inobstante as divergências propostas, fato é que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, concernente ao ramo do Direito Internacional Público, é incorporado ao Direito nacional e exerce sobre ele verdadeira força normativa, o que, por consequência, impacta nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil, dentre eles, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Não se pode olvidar que a questão da cultura em direitos humanos influencia sobremaneira a compreensão da força vinculante dos tratados internacionais dessa natureza. Pautada na dicotomia relativismo-universalismo, Flávia Piovesan (2014, p. 50) aduz:

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas.

Posicionamento rechaçado pelos universalistas (PIOVESAN, 2014, p. 51) na medida em que se atribui a esta relativização cultural um meio de camuflar diversas violações de Direitos Humanos.

Sem aprofundar nesta discussão, visto que não é o propósito do trabalho, na perspectiva puramente normativa de Norberto Bobbio, o qual contrapõe Santi Romano (2008) em sua teoria do ordenamento, quando aquele explica a relação de equivalência da eficácia da proposição prescritiva com a sanção, se verifica a existência de uma profunda relação com a eficácia simbólica de uma condenação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgão máximo de aplicação da CADH.

Antes mesmo, contudo, de localizar a hierarquia normativa da CADH, é necessário elucidar a divisão histórica atinente à relação entre direito internacional e direito interno: o dualismo e o monismo.

O primeiro autor que se utilizou da expressão “dualismo” foi Alfred Von Verdross e, posteriormente, Karl Heinrich Triepel se tornou o grande expoente da teoria dualista, ao reconstruir o fenômeno da mencionada relação normativa a partir de elementos específicos. São eles: (i) a vontade; (ii) a relação das regras de direito interno e direito internacional; (iii) as fontes das quais emanam cada um dos ordenamentos.

Triepel elenca a vontade como fonte normativa do direito em oposição às relações sociais, fazendo com que se divida o direito em razão de sua fonte particular da qual é emanado, possuindo, por conseguinte, objetivos diversos.

Já nas primeiras páginas é possível verificar que Triepel (1966, p. 14) considera como direito o aspecto normativo e reconhecendo como direito interno todas as normas que regem as relações sociais em uma comunidade nacional, analisando normas estatais, que, por sua vez, se dirigem a regular, a um, as relações entre seus jurisdicionados de modo horizontalizado ou, a dois, as relações dos jurisdicionados consigo mesmo, de modo verticalizado (TRIEPEL, 1966, p. 15-16).

Sob outro prisma, as normas de direito internacional público — e aqui o autor excepciona o direito internacional privado — se destinam a regulamentar outras relações de natureza absolutamente distinta, que regem relações horizontais entre Estados.

Há aqueles que defendem o monismo nacionalista, tese cunhada por Moser e que tem como premissa teórica o estatalismo hegeliano (CASSESE, 2005, p. 213)

Embora Verdross (2013, p. 20) defende a teoria monista do direito, sustentando ser impossível tratar direito internacional e direito interno de forma distinta, assim como Kelsen (2010, p. 138), que desconstrói a visão de sobreposição do direito nacional ao direito internacional dando uma perspectiva hermenêutica ao ponto controverso e já inicia sua fundamentação partindo do pressuposto de que se trata de uma análise estatalista do direito, atribuindo-se como fonte o Estado (KELSEN, 2010, p. 147).

Com base no ensinamento kelseniano, um Estado só pode ser vinculado por uma norma internacional da qual consentiu, dando-se margem à aplicação do reconhecido princípio *pacta sunt servanda*.

Existem incalculáveis argumentos para ambos os lados, porém, as correntes filosóficas monistas e dualistas devem ser observadas sob a perspectiva do novo rumo do Direito Internacional, a internacionalização dos direitos humanos.

Analisando pelo trabalho de Valério Mazzuoli (2011, p. 811), a chamada “gênese” dos Direitos Humanos em perspectiva internacional se dá com o processo de paz, que culminou no Tratado de Paz de Vestefália, em 1648, embora importante mencionar a existência de divergência doutrinária, havendo quem defenda que há uma distorção nesta visão da origem do processo de construção do Estado moderno pela corrente vestefaliana (MOITA, 2012, p. 19).

Registre-se também a ressalva necessária concernente à origem dos outros ramos do direito internacional dos Direitos Humanos, como é o caso do direito humanitário, por exemplo, e seu primeiro fragmento histórico consolidado, como é o caso da Declaração de São Petersburgo de 1868 (HENCKAERTS, 2005, p. 176; DEYRA, 2001, p. 20). É em meio ao contexto pós segunda guerra mundial no qual se aflorava a necessidade da internacionalização das garantias e proteção dos Direitos Humanos, entretanto, que surge a Carta das Nações Unidas de 1945 e ocorre a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948

(MAZZUOLI, 2011, p. 814-815), instrumentos esses que integram o Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos (SGDH ou SUDH).

Neste diapasão, é criado o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) por meio da assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948, da qual o Brasil fez parte, ocasião em que se criava também a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual dispõe de qualquer medida para efetivar direitos humanos (BROWNLIE, 2008, p. 556).

De outro lado, ainda em uma perspectiva histórica, embora o SIDH tenha sido criado em 1948, com assinatura da Carta da OEA, foi apenas em 1969 que houve a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), que é o órgão definitivo de competência contenciosa do âmbito interamericano, e, embora seja uma transformação evolutiva muito significativa junto ao próprio SIDH, reconhecemos que elaboração do Pacto de San José da Costa Rica — também chamado de Convenção Americana de Direitos Humanos, doravante CADH, instrumento este que deu origem à Corte IDH — acabou por desaguar na criação de duas classes distintas de Estados pertencentes ao SIDH: a um, aqueles que ratificaram a Carta da OEA, e que, portanto, se submetem ao crivo da CIDH, e, a dois, aqueles que ratificaram a Carta da OEA e a CADH, submetendo-se ao crivo da CIDH e da Corte IDH.

No tocante à regulamentação da Corte IDH e da CIDH, os seus Estatutos foram aprovados pela Assembleia Geral da OEA em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979. Porém, no ano de 2003, foi aprovado um novo documento, o Regulamento da Corte IDH versando sobre as normas de procedimento interno e, em 2009, que o Regulamento da CIDH trouxe o louvável artigo 23² que inclui qualquer pessoa ou grupo de pessoa no rol de legitimados para apresentar petições ao SIDH.

²Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana

3 O ORDENAMENTO BRASILEIRO E A CADH

Durante o governo de Getúlio Vargas, o Brasil assina a Carta da OEA em 1948, entrando para a história como um membro fundador da mencionada organização internacional, de modo que apenas com o Decreto nº 30.544, promulgado em 14 de fevereiro de 1952, houve a ratificação do tratado internacional. A importância da Carta da OEA se deve ao fato de que este tratado deu início ao SIDH, criando a CIDH em seu art. 106 e estabelecendo a sua competência consultiva.

Foi com o advento do Pacto de San José da Costa Rica de 1969, a CADH, que se deu a origem da Corte IDH, estabelecendo sua competência contenciosa e consultiva. Tal documento foi assinado pelo Brasil na data de sua celebração e ratificado apenas em 1992. Porém, a ratificação da competência contenciosa da Corte IDH pelo Brasil se deu em 10 de dezembro de 1998.

A grande discussão que surge entorno da integração das normas da CADH ao ordenamento jurídico brasileiro se deve ao fato de que, até os idos de 30 de dezembro de 2004, a Constituição Federal contava com apenas dois parágrafos em seu artigo 5º, sendo que o § 2º foi — e, como será tratado mais adiante, para parte da doutrina ainda o é — o fundamento mais retumbante do status constitucional das normas da CADH, enquanto que, após o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, o conflito que parecia solucionado tomou outras proporções igualmente tormentosas.

Nos dizeres de Flávia Piovesan (2013, p. 116):

Propõe-se, nesse sentido, uma nova classificação dos direitos previstos pela Constituição. Por ela, os direitos seriam organizados em três grupos distintos: a) o dos direitos expressos na Constituição (por exemplo, os direitos elencados pelo Texto nos incisos I a LXXVII do art. 5º); b) o dos direitos expressos em tratados

para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão. (grifo nosso)

internacionais de que o Brasil seja parte; e, finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição).

Neste interim, podemos verificar que os tratados internacionais que versam sobre os direitos e garantias fundamentais aos quais se alinha o terceiro fundamento da república, bem como a regência disciplinar internacional do Estado brasileiro tal qual determina o artigo 4º, inciso II da Constituição Federal, teriam tratamento equiparado ao que é dispensado às normas dispostas no artigo 5º da CF/88, o que é seguido por Valério Mazzuoli (2011, p. 819-820).

Mesmo após o advento da EC/45, a doutrina internacionalista ainda defende o status constitucional atribuído às normas de Direitos Humanos fundamentando-se principalmente na norma descrita no § 2º da CF/88, de modo que temos um verdadeiro olhar caleidoscópico sobre os tratados de Direitos Humanos que podem ser reagrupados da seguinte forma: a) tratados de Direitos Humanos anteriores à EC/ 45; b) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados com requisitos para equiparação à EC; e c) tratados de Direitos Humanos posteriores à EC/45 aprovados sem requisitos para equiparação à EC. Em outras palavras, se o propósito do §3º do art. 5º da CF/88 era de pacificar a discussão sobre a hierarquia das normas internacionais, tal instituto foi tão eficiente quanto um tiro n'água. Inclusive, a doutrina internacionalista (MAZZUOLI, 2011, p. 825; CANÇADO TRINDADE, 2007, p. 209) critica a redação do mencionado dispositivo constitucional.

Como forma de fundamentar o seu argumento de atribuir status constitucional aos tratados internacionais de Direitos Humanos, a crítica ao dispositivo constitucional do § 3º do art. 5º da CF/88 — e isto como exercício hipotético — leva ao questionamento se atribuir-se-ia, com a aprovação de referida EC/45, um rebaixamento do status das normas convencionais. Além de tratar-se de um retrocesso entender dessa forma, também seria uma interpretação inconstitucional, em razão do que dispõe o § 4º, inciso IV do art. 60 da CF/88, de modo que nos alinhando ao entendimento de Valério Mazzuoli, Flávia Piovesan e Augusto Cançado Trindade a nos posicionar de modo que

não se trata de redução do status das normas dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Han pasado monarquías teocráticas y constitucionales, oligarquías, tiranías, fascismo, apartheid, entre otras más, pero la forma de gobierno más aceptada y legítima de gobernar es la basada en el sistema democrático.

4 A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45 DE 2004

Em seus escritos, Valério Mazzuoli faz a construção a partir de vários fundamentos que culminam no entendimento pelo status constitucional dos tratados de Direitos Humanos. E isto, como ele próprio afirma (MAZZUOLI, 2011, p. 821) sempre ocorreu em detrimento do art. 5º, § 2º da CF/88, o que nos leva a crer que se aplicam a todos os tratados anteriores à EC/45. Desde suas primeiras obras (MAZZUOLI, 2001, p. 30-31) é possível se notar uma distinção bem clara entre os tratados internacionais que versam sobre Direitos Humanos e os demais tratados. E, como já mencionado anteriormente, embora esse entendimento tenha se dado anteriormente à EC/45 e ao julgamento do RE 466.343-1-SP, Mazzuoli mantém firme a posição de que os tratados internacionais de Direitos Humanos integram o sistema jurídico como status de norma constitucional.

O aspecto inicial observável é de que tal autor evidencia com muita clareza que é natural de determinados tratados internacionais que se haja uma exigência de adequação do ordenamento interno ao pactuado perante outro estado, de modo que a obstaculizar o cumprimento de determinada obrigação internacional contraída sob o argumento de impedimento constitucional seria uma violação, em última análise, do princípio do *pacta sunt servanda*, norteador do direito internacional como um todo.

Seguindo com as assertivas de Valério Mazzuoli (2011, p. 822), também é possível verificar que o §2º do art. 5º da CF/88 possui um caráter eminentemente aberto, na medida em que, segundo sua redação, extrai-se a existência de (i) direitos e garantias expressos na CF, constantes ou não do art. 5º, (ii) direitos e garantias implícitos decorrentes do próprio regime e dos

princípios adotados na Constituição e (iii) os direitos e garantias advindos de tratados internacionais de Direitos Humanos do qual o Brasil seja parte.

Ressalta-se que todas essas modalidades são protegidas pelo art. 60, § 4º, inciso IV da CF/88 uma vez que, no tocante aos tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados antes da EC nº 45/04, estes foram ratificados seguindo todos os procedimentos previstos na lei vigente, tornando-se um ato jurídico perfeito e acabado (MAZZUOLI, 2001, p. 240).

Outro ponto a ser considerado é de que ainda que não seja por se tratarem de tratados internacionais, observar-se-ia que no próprio regime adotado também se verifica o status constitucional, conforme dispõe o art. 4º, inciso II da CF/88, que, por sua vez, faz menção expressa à regência internacional pela prevalência dos Direitos Humanos (MAZZUOLI, 2004, p. 358-359).

No mesmo sentido, segue Cançado Trindade (2003, p. 512-513) quando afirma que a intenção do legislador constituinte ao positivizar o disposto no art. 5º, §2º era de se alinhar com a constante transformação pela qual passaram os estados latino-americanos quebrando suas barreiras internas e transpondo o direito internacional dos Direitos Humanos em sua essência fundamental aos preceitos constitucionais³. Em outras palavras, o autor também segue a linha de que se integram ao rol de direitos e garantias constitucionais aqueles dispostos em tratados internacionais de Direitos Humanos.

O entendimento de Flávia Piovesan (2013, p. 117-119) vai ao encontro do que expõe Cançado Trindade e Valério Mazzuoli ao concordar que os tratados de Direitos Humanos encontram respaldo constitucional no art. 5º, §2º da CF/88. Acrescenta, ainda, que os tratados internacionais de uma maneira geral recebem status de norma supralegal em razão do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que proíbe a alegação de matéria de direito interno como escusa para cumprimento das normas convencionais.

³ Antonio Augusto Cançado Trindade traz a real intenção do legislador constitucional, já que referido autor foi quem propôs a inserção do art. 5º, §2º da CF em audiência pública da Assembleia Constituinte em 20 de abril de 1987.

Seguindo nesta linha de raciocínio, obter-se-ia a conclusão de que, ora, se todos os tratados internacionais já possuem status de norma supralegal por natureza, é evidente que os tratados de Direitos Humanos mencionados no dispositivo do art. 5º, §2º da CF/88 possuem caráter diferenciado e, portanto, status hierárquico mais elevado que os demais tratados que não versam sobre Direitos Humanos, razão pela qual se conclui pelo status constitucional de referidas normas internacionais.

Outro ponto acrescentado por Flávia Piovesan e que merece destaque é de que as normas constitucionais possuem um propósito de no texto magno constarem (2013, p. 117). Basta se verificar que no art. 153, § 36 da Constituição Federal de 1967, embora houvesse similitude com o texto constitucional atual, não se fazia referência alguma às normas internacionais de Direitos Humanos, de modo que tais normas hoje assim existem para conferir às referidas normas seu status hierárquico constitucional.

Baseado nessa amplitude protetiva dos direitos expressos nos tratados de Direitos Humanos, Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 150-151) verificam embasamento suficiente para defenderem a supraconstitucionalidade de determinados tratados, os chamados tratados internacionais centrífugos. Em contrapartida, os tratados centrípetos, por sua vez, possuem status de norma constitucional.

Em outras palavras, os tratados internacionais que versam sobre obrigação a ser adotada internamente ou acarretam sanção em nível regional, possuem natureza de norma constitucional. Já os tratados que evidenciam uma obrigação além dos limites regionais em assertiva com a jurisdição global, possuem status de norma supraconstitucional (MAZZUOLI, 2010, p. 152-153).

De outra ponta, antes do julgamento do RE 466.343-1-SP, vigorava o entendimento jurisprudencial — embora houvesse algumas exceções — de que os tratados de Direitos Humanos possuíam natureza de norma ordinária, equiparados às demais leis infraconstitucionais do ordenamento jurídico.

O próprio STF, em julgamento da ADI 1480-3, reconheceu a tendência latino-americana em consagrar status de norma constitucional os tratados internacionais de Direitos Humanos. Porém, em seu voto, afirmou o Ministro Celso de Mello:

Tal, porém, não ocorre no Brasil, seja por efeito de ausência de previsão constitucional, seja em virtude de orientação firmada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, por mais de uma vez, reconheceu – como precedentemente assinalado – que os atos internacionais situam-se, após sua formal incorporação ao sistema positivo doméstico, no mesmo plano de autoridade e de eficácia das leis internas.

É o mesmo entendimento que se extraia do julgamento do RE 109.173-SP quando aplicado aos tratados internacionais como um todo. Dizia o ministro Carlos Madeira: “Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal. Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional, é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política.”

Desta feita, não é uma afirmação congruente com o arcabouço jurídico existente à época, evidenciando um crasso erro de julgamento por parte do então ministro Celso de Mello e que, neste contexto, nos dá um panorama geral de como a jurisprudência refletia — se é que ainda não mudou — a tendência monista nacionalista em um passado próximo.

Existem aqueles que ainda defendem, inclusive, o afastamento de normas internacionais que contradigam a Constituição, como é o caso de Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 32).

Um argumento utilizado pelo ex-ministro José Carlos Moreira Alves para a atribuição de status de lei ordinária aos tratados internacionais de Direitos Humanos é que o §2º do art. 5º da CF/88 versa sobre os tratados ratificados antes do advento da Constituição Federal. Porém, tal entendimento não encontra respaldo jurídico algum na Constituição (MAZZUOLI, 2001, p. 11).

Isto posto, também é de se destacar que, em uma análise topográfica, o § 2º do art. 5º da CF/88 encontra-se no capítulo dos direitos e garantias fundamentais. A prevalecer o argumento de que o dispositivo se refere aos tratados anteriores à CF/88, estar-se-ia atribuindo à norma característica de disposição transitória. Com muita propriedade Valério Mazzuoli rejeita referido argumento.

Outro ponto que se pode adicionar, nesse aspecto, é de que o mesmo dispositivo constitucional igualmente se refere a outros direitos e garantias que estão implícitos no art. 5º ou também constantes nos demais regramentos da Constituição Federal, como é o caso, *e.g.*, dos direitos sociais previstos no art. 7º. Ora, estariam os direitos implícitos destacados e, portanto, não integrantes do rol de cláusulas pétreas do artigo 5º? Não cremos ser esta a melhor interpretação dada ao dispositivo quando analisada em um contexto sistêmico de garantias exposto no texto constitucional de 1988.

No mais, a abertura do regime democrático a partir da Constituição Federal de 1988 veio no intento de garantir a máxima proteção aos Direitos Humanos que, em não menos de 10 (dez) anos antes, eram tidos como inexistentes diante do período sombrio pelo qual passava o Brasil à época. Seguir por esta linha — que confere aos Direitos Humanos advindos de tratados internacionais ratificados antes da EC/45 status de norma ordinária — seria, como a própria tese sugere, o mesmo que atribuir aos conflitos entre as normas advindas das convenções internacionais a resolução pela regra básica da posterioridade (lei posterior revoga lei anterior), da especialidade (lei especial revoga lei geral) ou da hierarquia (lei superior revoga lei inferior).

Ora, a prevalecer este entendimento, poderia uma lei ordinária revogar disposição de tratado internacional que garante um direito humano não previsto como norma constitucional, o que atentaria contra os princípios da vedação ao retrocesso e da proteção mais benéfica ao ser humano que — e tal assunto será tratado oportunamente — são critérios de solução dos aparentes conflitos entre norma de tratado internacional de Direitos Humanos e norma de direito interno.

Por fim, existem também aqueles que defendem que os tratados internacionais de Direitos Humanos recebem status de norma supraconstitucional, como é o caso de Francisco Mattosinho (2016), Bidart Campos (1989, p. 362) e Augustín Gordillo (2007, p. 52).

Mattosinho (2016, p. 89-95) faz um apanhado sobre os aspectos do neoconstitucionalismo e perpassa a análise jurisprudencial e sua transformação ao longo da história até o julgamento do RE 466.343-1-SP em

2008, trazendo a tendência dos tribunais brasileiros em adotar de forma mais aberta os preceitos trazidos pelos tratados internacionais.

O ponto de convergência se pauta no definhamento crescente daquela visão positivista pura defendida por Kelsen e a definição da norma pelo seu conteúdo formal e seu processo de produção, o que, por lógica, se traduz como uma adoção ao movimento do neoconstitucionalismo.

No mais, razão assiste à posição de Valério Mazzuoli (2014), Flávia Piovesan (2013) e Cançado Trindade (2003) quando atribuem aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos *status* de norma constitucional, na medida em que se depreende da melhor interpretação do §2º do artigo 5º da Constituição Federal.

Analisando por todo um contexto hermenêutico que se propuseram a estudar autores internacionalistas até então utilizados, não queremos crer que tenha sido intenção do constituinte de 1988 atribuir aos tratados internacionais de Direitos Humanos *status* diferente das normas constitucionais.

Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 95) segue neste mesmo sentido, e de acordo com o que defendemos até então. Veja-se:

À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é a que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito constitucional internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais. No mínimo, contudo, para preservar sua condição específica de direitos materialmente fundamentais e não remetê-los a um plano idêntico às leis ordinárias, há que admitir (a exemplo do que entende a doutrina majoritária em Portugal, não obstante sucumbente entre nós) sua supremacia com relação ao direito interno infraconstitucional.

Ainda no que concerne à força jurídica dos direitos fundamentais extraídos dos tratados internacionais, impede considerar que, em se aderindo à tese da paridade com os demais direitos fundamentais da

Constituição, incide também o princípio da aplicabilidade direta destas normas pelos poderes públicos nacionais (art. 5º, § 1º, da CF). Além disso, é de cogitar-se da sujeição destes direitos fundamentais de matriz internacional à proteção das assim denominadas "cláusulas pétreas" de nossa Constituição, posição esta que já havíamos sustentado em outra ocasião e que também encontra respaldo na mais recente doutrina.

Deste modo, em consonância com todo o arcabouço doutrinário, tem-se por certo que os tratados internacionais de Direitos Humanos possuem status hierárquico equiparado ao das normas constitucionais.

A partir desta construção, surge uma questão um pouco mais específica que, se não sanada, pode provocar comprometimentos insanáveis na estrutura do presente trabalho. Trata-se da chamada recepção material dos tratados à EC/45.

O principal questionamento que se faz é: se a EC/45 passou a definir como normas constitucionais apenas aquelas advindas de tratados internacionais de Direitos Humanos que forem aprovadas com quórum de 3/5 em cada uma das quatro votações no Congresso Nacional, aplicar status de norma constitucional aos tratados anteriores seria supressão de quórum, haja vista que, conforme os próprios dados do Ministério das Relações Exteriores, em conjunto com a Secretaria de Direitos Humanos, e também da Câmara dos Deputados, somente a Convenção de Nova York sobre Pessoas com Deficiência e seu protocolo adicional foram aprovados com quórum exigido pela regra do § 3º do artigo 5º da CF/88?

Não há que se falar em supressão de quórum na medida em que se aceita que as normas já estariam integradas materialmente à Constituição por força do § 2º da CF/88. A posição contrária é que, em si mesmo, seria uma afronta à Constituição Federal. Basta evidenciar que, atribuir à norma anterior à EC/45 status inferior em razão de um limite meramente formal seria reduzir uma norma constitucional à status de lei ordinária ou, na tese do STF, status de lei supralegal.

Ademais, o próprio Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 98) expõe que, embora se aparente questionável esta tese por conta do aspecto da incorporação formal,

Tal entendimento somente se revela como sustentável – considerando a incompatibilidade total de rito dos Decretos Legislativos e das Emendas Constitucionais – em sendo o caso de se aderir aos argumentos dos que, mesmo antes da EC 45/04, já vinham – consoante já referido no item precedente – defendendo a condição de direitos fundamentais em sentido material, dotados, portanto, de hierarquia constitucional, mas sem integrarem o direito constitucional em sentido formal, que é precisamente a posição também por nós sustentada.

Assim, é imperioso ressaltar nossa posição no sentido de que todas as normas internacionais de Direitos Humanos ratificadas antes da vigência da EC/45 possuem status de norma constitucional e, inclusive, com aplicabilidade imediata.

5 O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 466.343-1-SP

Analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal é relevante à presente pesquisa, na medida em que o julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP tornou-se paradigma para casos semelhantes julgados pelas instâncias inferiores. De toda sorte, constitui um fragmento relevante para a construção da premissa básica.

Em pleno regime militar, o Presidente Humberto Alencar Castelo Branco sanciona a lei nº 4728/65, que previa em seu texto preambular a disciplina do mercado de capitais e estabelecimento de medidas para o seu desenvolvimento.

Dentre outras disposições, o § 10 do artigo 66 estabelecia que o depositário infiel responderia nas penas do art. 171, § 2º, inciso I do Código Penal⁴, instituindo, assim a prisão civil a qual sofreu alteração com a edição do Decreto-lei nº 911 de 1965, que apenas transferiu o texto do referido § 10 para o § 8º, mantendo-se, contudo, a redação do dispositivo intacta.

Todos esses instrumentos normativos que possibilitavam o pedido de prisão por dívida foram editados sob a égide do art. 153, § 17 da

⁴ O devedor que alienar, ou der em garantia a terceiros, coisa que já alienara fiduciariamente em garantia, ficará sujeito à pena prevista no art. 171, § 2º, inciso I, do Código Penal.

Constituição Federal de 1969⁵ e que se mantiveram com o advento da redação do art. 5º, inciso LXVII da Constituição Federal⁶ de 1988, o que, ao menos, legitima a dúvida da recepção de mencionado instituto.

Em sede de lei ordinária, havia o então Código Civil de 1916, em cujo artigo 1.287 se disciplinava a matéria⁷, assim como o Código de Processo Civil de 1973 também regulamentava o instituto no parágrafo único do artigo 904⁸. A redação do artigo 1.287 foi reprisada no artigo 652 do vigente Código Civil.

No Recurso Extraordinário, que teve relatoria do então Ministro Cezar Peluso, o Banco do Bradesco, então recorrente, intentava a prisão civil em razão de bem dado em garantia fiduciária, buscando-se para tanto a equiparação dos contratos.

O Ministro Cezar Peluso iniciou seu voto alertando para o caráter excepcionalíssimo da prisão civil por depositário infiel, que era um instituto inexistente na Constituição Federal de 1936, a primeira a garantir textualmente a impossibilidade de prisão civil, haja vista o seu caráter invasor da liberdade individual, por mais que se garantisse por meio dela a boa-fé contratual e sua boa execução.

Em meio à discussão, o então ministro não se atentou para a aplicação ou não do Pacto de San José da Costa Rica, negando provimento ao Recurso Extraordinário fundando-se única e exclusivamente na distinção entre contrato de depósito e a garantia fiduciária, que era o caso, e dando interpretação restritiva ao instituto em razão de não se tratar de entendimento

⁵Art. 153 civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, **na forma da lei**. (grifo nosso).

⁶ Art. 5,LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Verifica-se deste dispositivo que o legislador constituinte retirou a expressão “na forma da lei” da redação, o que representa uma mudança atenciosa no texto constitucional com um efeito proporcional muito maior, como veremos adiante.

⁷ Art. 1.287. Seja voluntário ou necessário o depósito, o depositário, que o não restituir, quando exigido, será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e a ressarcir os prejuízos (art. 1.273).

⁸ Art. 904, Parágrafo único. Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.

condizente com os princípios constitucionais de proteção da liberdade individual.

Devemos lembrar que o Pacto de San José da Costa Rica — ratificado em 1992 — prevê a proibição da prisão civil por dívida nos casos de violação do contrato por parte do fiel depositário em seu artigo 7.7⁹.

Num outro diapasão, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — ratificado também em 1992 — prevê uma norma muito mais abrangente, em seu artigo 11¹⁰, no concernente a proteção dos Direitos Humanos, e restritiva à prisão civil, vedando sua incidência em qualquer hipótese de descumprimento contratual.

Já o ministro Gilmar Mendes foi quem suscitou o grande debate acerca da hierarquia que deve ser aplicada aos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, levantando todas as hipóteses mencionadas no item 2.5.1. com o acréscimo da teoria da suprallegalidade, ou seja, de que referidos tratados estariam acima das leis ordinárias e, porém, abaixo da Constituição Federal. Tal teoria foi, segundo o Ministro, extraída do texto constitucional alemão.

Ao iniciar seu voto, o Ministro rechaça toda teoria que entende pela supraconstitucionalidade dos tratados de Direitos Humanos fundando-se no rigor constitucional atribuído ao processo de reforma constitucional, dificultando, desta forma, a compreensão de normas que interagissem de maneira sobreposta aos ditames constitucionais.

Complementando as teses defendidas por Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli e Augusto Cançado Trindade, esboçadas anteriormente, o Ministro elucida o artigo 75.22 da Constituição argentina, a qual prevê a hierarquia constitucional dos tratados de Direitos Humanos.

Em resumo, Gilmar Mendes inaugura o posicionamento de que o STF precisa revisar sua jurisprudência que anteriormente conferia status de lei ordinária — e o faz com base na doutrina que aponta para a tendência

⁹ 7.7 — Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

¹⁰ Artigo 11 — Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.

constitucional latino-americana em se alinhar aos organismos supranacionais de proteção dos Direitos Humanos — conferindo, portanto, status supralegal às normas de proteção dos Direitos Humanos advindas de tratados internacionais.

Ao final de seu voto, o Ministro acaba por enfatizar que nem o Pacto de San José da Costa Rica, e nem o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, revogaram a disposição do art. 5º, inciso LXVII, mas atacaram a aplicabilidade das disposições infraconstitucionais que com eles conflitam (2006, p. 1161).

Após a explanação do voto do Ministro Gilmar Mendes, pouco acrescentaram os Ministros Carmem Lúcia e Ricardo Lewandowski acompanhando o voto do relator e também, diga-se, a proposição de Gilmar Mendes sobre a supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos.

Embora também seguisse o entendimento dominante, o então Ministro Joaquim Barbosa quase deu um passo adiante na aplicação do princípio *pro homine*. Porém, tal tese ficou para *obter dictum*. Segundo o Ministro (2006, p. 1201):

Para mim, porém, o essencial é que a primazia conferida em nosso sistema constitucional à proteção à dignidade da pessoa humana faz com que, na hipótese de eventual conflito entre regras domésticas e normas emergentes de tratados internacionais, a prevalência, sem sombra de dúvidas, há de ser outorgada à norma mais favorável ao indivíduo. (grifo nosso)

O então Ministro Carlos Aires Britto e o Ministro Marco Aurélio Mello seguiram os votos anteriores formando-se a maioria necessária ao entendimento vencedor pela supralegalidade. Porém, como o Ministro Celso de Mello apresentou pedido de vista, o julgamento foi então sobrestado, vindo a ser novamente reaberto apenas em 12 de março de 2008.

Ao apresentar seu voto-vista, o Ministro Celso de Mello de maneira surpreendente revisou seu próprio entendimento para seguir a tese de Flávia Piovesan e Francisco Rezek (2011) sobre dando status de norma constitucional aos tratados de Direitos Humanos, ocasião em que o então

Ministro Cezar Peluso, o qual não havia se manifestado sobre o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, passou a acompanhar o Ministro Gilmar Mendes.

Após mais um pedido de vista que sobrestou o feito advindo agora do então Ministro Menezes Direito, o caso tornou a ser reaberto em 03 de dezembro de 2008, ocasião em que se confirmou o entendimento do Ministro Teori Zavascki negando provimento ao Recurso Extraordinário.

Como assentou o Ministro Gilmar Mendes em sua explanação final, verificado o assentamento da tese da supralegalidade dos tratados de Direitos Humanos, tratou-se de uma decisão histórica a qual, conforme análise de Mattosinho (2016, p. 99), elevou o status hierárquico dos tratados de Direitos Humanos, os quais vinham sendo aplicados apenas como mera lei ordinária.

Visto que esse julgamento gerou várias controvérsias na doutrina, e Valério Mazzuoli já apontava para tal imbróglia jurídica antes mesmo da vigência da EC/45 (2001, p. 222), é necessário tecermos algumas considerações acerca do seu real sentido e efeito no ordenamento jurídico brasileiro.

O que vinculou o próprio Supremo Tribunal Federal, além das demais instâncias do Poder Judiciário, foi o fundamento da supralegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos — especificamente o Pacto de San José da Costa Rica e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos — e, por conseguinte, a perda da eficácia das normas regulamentadoras da prisão civil do depositário infiel (MAZZUOLI; GOMES, 2010, p. 106).

Desta feita, podemos reconhecer que, ao menos, a tese vencedora foi da prevalência do direito internacional dos Direitos Humanos sobre o direito interno em sede de legislação ordinária, revogando aquele a eficácia deste em razão de quebrar a aplicabilidade constitucional da norma que institui a prisão civil por depositário infiel.

Outro aspecto que não se deve esquecer é que a súmula vinculante nº 25, aprovada em sessão plenária do dia 16 de dezembro de 2009 e publicada no diário oficial da união no dia 23 de dezembro de 2009, traz expressamente em seu texto que a prisão civil por depositário infiel é ilícita,

não inconstitucional¹¹, uma vez que viola tratado internacional, mas não a Constituição expressamente.

Ora, a prevalecer a tese de que a hierarquia dos tratados não foi a questão central da discussão que culminou no desprovimento do recurso extraordinário nº 466.343-1-SP, deveria se ter dado outra redação a referida súmula, ressaltando a inconstitucionalidade de sua interpretação, haja vista que o contrato de depósito seria diferente do contrato de garantia fiduciária. Não foi o que o Supremo Tribunal Federal disse. Portanto, o ponto central para a resolução da lide foi, e ainda o é, a hierarquia dos tratados internacionais de Direitos Humanos, aos quais se dá status de norma supralegal.

Contudo, há um aspecto que não fecha nesse sistema suscitado pelo Supremo Tribunal Federal e passamos a trabalhar com esta perspectiva.

Ao construir sua noção de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet acaba por incorporar sentido mais profundo à tese defendida por José Afonso da Silva. Diz o autor que:

Com efeito, partimos da premissa de que eficácia e aplicabilidade são noções conexas, como (em simplificada comparação) as duas faces de uma mesma moeda, não sendo possível falar de norma eficaz e destituída de aplicabilidade, o que não quer dizer que, em sendo aplicável, venha a ser aplicada ou mesmo a forma como se dará a aplicação, se direta ou indireta. De tal sorte, sempre que fizermos referência ao termo “eficácia jurídica”, o faremos abrangendo a noção de aplicabilidade que lhe é inerente e dele não pode ser dissociada, ainda que não exista uma identidade entre ambas as noções. Mais próximos, talvez, de José Afonso da Silva (quanto a este aspecto), consideramos que uma norma eficaz é sempre aplicável, mas poderá não ser aplicada, portanto, poderá não alcançar eficácia social ou efetividade, o que já nos remete a outra distinção cada vez mais polemizada (SARLET, 2012, p. 214).

Podemos extrair desta afirmativa que — e até mesmo comungando com a defesa de José Afonso da Silva (2008) — toda norma que possui

¹¹ Súmula Vinculante 25 — É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

aplicabilidade possui também eficácia, porém, nem toda norma que possui eficácia é também aplicável.

Neste íterim, a discussão que se travava acerca da aplicabilidade imediata dos tratados internacionais de Direitos Humanos toma outro rumo, dando maior proporção ao argumento daqueles que defendem a incidência instantânea das normas internacionais ratificadas anteriormente à EC/45.

Isto posto, voltamo-nos para a redação do inciso LXVII do artigo 5º da CF/88 quando este diz expressamente que é vedada a prisão civil por dívida, salvo nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.

Valério Mazzuoli (2001, p. 220) dava a seguinte resposta ao problema:

O raciocínio é simples: sendo a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) norma de caráter geral, capaz somente de revogar normas de caráter também geral, é de se entender, sem muito esforço que, sendo o Código Civil e Código de Processo Civil leis “gerais”, tanto o disposto no art. 1.287 do primeiro diploma, quanto os arts. 902, § 1.^o¹², e 904, parágrafo único, do Diploma Processual, reputam-se derogados pelo referido Pacto que a eles sobreveio.

A lógica do RE 466.343, leva em consideração duas asserções básicas: a uma, a norma do artigo 5º, inciso LXVII da CF/88 possui eficácia limitada e, a duas, a posição hierárquica dos pactos de Direitos Humanos é supralegal e, portanto, reduz a aplicabilidade das normas que com ele se conflitam.

Há que se ressaltar que o referido dispositivo constitucional foi resgatado da norma do artigo 173, § 17 da CF/69 a qual incluía em seu texto a expressão “na forma da lei”. Ora, esta norma, analisada em seu contexto original e de acordo com a análise que vem desde os primeiros escritos sobre a teoria da eficácia das normas constitucionais que atualmente é aceita (SILVA, 1993, p. 11), se enquadra perfeitamente na categoria de normas de eficácia

¹² Importante ressaltar que o artigo 652 do Código Civil de 2002 replicou o dispositivo legal do Código Civil de 1916.

limitada e que, portanto, necessitaria de uma regulamentação infraconstitucional para seu exercício e, por conseguinte, seria inaplicável sem referida norma ou se tal norma fosse revogada por outra a ela superior e inferior à Constituição Federal.

Porém, o atual texto constitucional dispensou a exigência de uma norma infraconstitucional que regulamentasse a prisão civil para os casos de depositário infiel e também sobre a pensão alimentícia, na medida em que a expressão “na forma da lei” foi retirada do atual texto. Não se trata única e exclusivamente de uma interpretação literal, porém, trata-se de uma obediência ao próprio sentido de interpretação constitucional elencada por Canotilho (1993, p. 202-203).

Entender de forma diversa seria o mesmo que dar efeito retroativo à norma constitucional única e exclusivamente com o fim de rebaixar o status de tratados internacionais de Direitos Humanos. Neste contexto, e apenas como um exercício hipotético, imaginemos que não estando satisfeito com o quórum de 3/5, o legislador constituinte reformador passe a exigir um quórum mínimo de 2/3 para aprovação de tratados internacionais de Direitos Humanos para que estes passem a vigorar com status de norma formalmente constitucional. Ora, segundo a interpretação diversa da que adotamos, os tratados internacionais ratificados com duas maiorias de 3/5 em cada casa do Congresso Nacional perderiam o status de norma formalmente constitucional, necessitando de uma segunda ratificação. E, ainda assim, não estariam seguramente investidos no status equiparado ao de emenda constitucional, uma vez que pode uma nova emenda exigir maioria de 5/6.

Desta forma, os tratados internacionais incorporam-se à Constituição Federal como se inscritos nela estivessem, de modo a serem dotados de status de norma constitucional.

6 CONCLUSÃO

Seguindo a linha de raciocínio esposada anteriormente — e desconsiderando-se a posição do Supremo Tribunal Federal — chega-se à

conclusão de que a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969) figura no ordenamento jurídico brasileiro com status de norma constitucional.

Por outro lado, se levarmos em consideração as exposições trazidas no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343-1-SP, chegaremos à conclusão de que, segundo o entendimento pacificado no STF, trata-se de norma supralegal e que, portanto, está abaixo da Constituição Federal e acima das demais leis ordinárias.

Porém, conforme esposado no tópico anterior, a decisão do Supremo Tribunal Federal acabou por criar um imbróglcio maior do que o que se dispôs a solucionar, na medida em que ao determinar o status supralegal da CADH, fez com que uma norma abaixo da Constituição revogasse uma norma constitucional.

Valério Mazzuoli e Luiz Flávio Gomes (2010, p. 105) entendem, todavia, que não se trata de uma revogação propriamente dita, embora admita que na prática foi o que aconteceu. Trata-se, segundo ele, de uma paralisação dos efeitos das normas regulamentadoras em detrimento de uma norma internacional com nível hierárquico superior.

Embora o entendimento do autor pareça o mais correto, ainda não soluciona a questão do porquê de as normas constitucionais perderem seus efeitos, haja vista sua aplicabilidade não depender de norma infraconstitucional que a regulamente.

Se bem analisarmos os três critérios gerais de resolução de antinomias, concluiremos que o Supremo Tribunal Federal cometeu um evidente deslize, pois, em todos os aspectos prevaleceria a Constituição Federal com o depositário infiel. E, por outro lado, com menos razão se aplicaria a regra da norma internacional mais favorável, haja vista que hierarquicamente a Constituição Federal está, segundo a jurisprudência do Supremo, em nível hierárquico superior. Concluir de outra maneira seria distorcer os fatos para que se amoldem às teorias.

Como forma de exemplificar o raciocínio, basta verificar o que aconteceria com o crime de desacato. O Superior Tribunal de Justiça, que antes havia afastado a incidência do crime de desacato, voltou a aplica-lo,

violando o princípio da proibição do retrocesso e da aplicação da norma mais favorável.

Outro aspecto que já foi refutado anteriormente e que, porém, merece ser ressaltado, é o argumento de que os tratados internacionais de Direitos Humanos anteriores à EC/45 acabaram por ser aprovados sem o quórum exigido pelo § 3º do art. 5º da CF/88, razão pela qual não detém status de norma constitucional.

No tocante a este ponto, houve a recepção constitucional material da CADH em relação à referida emenda constitucional, garantindo-se status equivalente às normas constitucionais em seu conteúdo material.

No mais, afirmar que a aplicação de uma norma internacional de proteção de um direito humano em detrimento de uma norma constitucional é o mesmo que atribuir àquela hierarquia supralegal é de uma incongruência notável.

Veja-se que a negar eficácia a uma norma constitucional sob o argumento de que uma norma supralegal, e, portanto, àquela inferior, prevê que o conflito será resolvido pela aplicação da norma mais favorável é o mesmo que equiparar tal norma a outra de status constitucional. Ora, em última instância, estaríamos aplicando o preceito elencado pela norma de proteção dos Direitos Humanos por via indireta.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal agregou ao Pacto de San José da Costa Rica (CADH) todos os atributos de uma norma constitucional, mas, ao final, apenas nomeou tal feito como norma supralegal.

Entendemos ser latente o absoluto caráter de norma formalmente constitucional que deve ser atribuído à Convenção Americana de Direitos Humanos concedendo-lhe prevalência sobre normas de direito interno que com ela se conflitem, respeitado sua premissa de aplicação da norma mais benéfica ao ser humano em caso de antinomia.

Importante frisar que o artigo 2 da CADH¹³ é específico em determinar que o Estado-parte na convenção deve abraçar as normas convencionais e garantir que todas as diligências estão sendo tomadas como medida de adoção das regras internacionais em direito interno.

Deste modo, concluímos pelo caráter hierárquico de norma formalmente constitucional dos tratados internacionais de proteção dos Direitos Humanos, anteriores a EC nº 45/04, o que inclui a Convenção Americana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

BIDART CAMPOS, German J.. *Teoría general de los derechos humanos*. Cidade Universitária: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*. São Paulo: SaraivaJur, 2018.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, 7. ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. 7. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. *Teoria da Norma Jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, Bauru: Edipro, 2001.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 7 ed., Oxford: Oxford University Press, 2008.

CARNEIRO, André Corrêa de Sá; SANTOS, Luiz Claudio Alves dos; NÓBREGA NETTO, Miguel Gerônimo da. *Curso de regimento interno*. 4. ed., Brasília: Câmara dos Deputados – Edições Câmara, 2016.

CASSESE, Antonio. *International law*. 2 ed., Oxford: Oxford University Press, 2005.

DEYRA, Michael. *Direito Internacional Humanitário*. Lisboa: Texttype. Trad. ALBUQUERQUE, Catarina de; TAVARES, Raquel, 2001.

¹³ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno — Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2014.

FRANÇA, R. Limongi. *Hermenêutica Jurídica*. 2 ed., São Paulo: Saraiva, 1988.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito supraconstitucional**: do absolutismo ao estado constitucional e humanista de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GORDILLO, Agustín Alberto. *Derechos Humanos*. 6. ed., Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2007.

GORDILLO, Agustín Alberto. *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*: parte general. Buenos Aires: Fund. de Derecho Administrativo, 2017.

HENCKARTS, Jean-Marie. Study on customary international humanitarian law: A contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict. *International Review of the Red Cross*, vol. 87, n. 857, mar-2005, p. 175-212.

KELSEN, Hans. *Princípios do direito internacional*. Tradução Ulrich Dressel e Gilmar Antonio Bedin. Ijuí: Unijuí, 2010.

LAFER, Celso. *Reconstrução dos Direitos Humanos*: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Companhia de Letras, 2001.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MÖLLER, Carlos María Pelayo. Deveres de los Estados y Derechos Protegidos. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia. (org.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*: comentario. Bolívia: Plural, 2004.

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri. *Responsabilidade Convencional*. Implementação, promoção e defesa dos direitos humanos no Brasil a partir da supraconstitucionalidade dos tratados. 2016. 264 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho - PR, 2016.

MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério. *Direito Internacional*: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

MAZZUOLI, Valério. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais*: estudo analítico da situação e aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MAZZUOLI, Valério. *Tratados internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

MOITA, Luís. Uma releitura crítica do consenso em torno do sistema vestefaliano. *JANUS.NET e-journal of International Relations*, vol. 3, n.º 2, out-2012, p. 17-43.

NINOS, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo jurisprudencial no contexto latino americano. In: BOGDANDY, Armin Von (Org.); PIOVESAN, Flávia (Org.); ANOTNIAZZI, Mariela Morales (Org.). *Estudos Avançados de Direitos Humanos: Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 388-409.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14 ed., São Paulo: Saraiva 2013.

PIOVESAN, Flávia. Fuerza integradora y catalizadora del sistema interamericano de protección de los derechos humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (org.) *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un ius constitucionale commune en América Latina?*. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 431-448.

PIOVESAN, Flávia. Direito internacional dos direitos humanos e a lei de anistia: o caso brasileiro. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (orgs.). *O que resta da ditadura: a exceção brasileira*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 91-108.

REZEK, Francisco. *Curso de direito internacional público: curso elementar*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTI, Romano. *O Ordenamento Jurídico*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

SANTOS, Roberto Lima. *A responsabilidade internacional do Estado brasileiro no Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela violação aos direitos das vítimas da Ditadura Militar (1964 a 1985)*. 2009. 249 f. Dissertação — Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho – PR, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TRIEPEL, Karl Heinrich. As relações entre o direito interno e o direito internacional. Belo Horizonte: **Revista da Faculdade de Direito da U.F.M.G.**, 1966.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A humanização do direito internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos. São Paulo: Saraiva, 1991.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. (Org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O esgotamento dos recursos internos em experimentos contemporâneos das Nações Unidas de proteção dos direitos humanos. **Revista Informativo Legislativo de Brasília**, n. 77, 1983, p. 201-244.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reminiscencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a su jurisprudencia en materia de reparaciones. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (org.) **La justicia constitucional y su internacionalización**: ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?. Tomo II, Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 189-214.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. 2 ed., Vol. I, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direitos Internacionais dos Direitos Humanos**. Vol. II, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

VATTEL, Emer de. **O direito das gentes**. Prefácio e tradução: RANGEL, Vicente Marotta. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2004.

VERDROSS, Alfred Von. O Fundamento do direito internacional. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 1-33.

A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AS SENTENÇAS E FORÇA NORMATIVA

AMARAL, Sérgio Tibiricá¹
SILVA, Ellán Araújo²

RESUMO: Através de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial e dos métodos dedutivo e analítico-qualitativo, é oportuno realizar um estudo aprofundado acerca da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Corte IDH” ou “Corte”), abrangendo, de maneira geral, seus tratados base, os tipos de sentença e competência. Abordou-se ainda sobre o controle de convencionalidade, principalmente quanto ao problema da diluição da força normativa dos Tratados Internacionais e, por conseguinte, dos precedentes da aludida Corte, no âmbito da jurisprudência interna. Nesse passo, a visitação à jurisprudência da Corte IDH e à doutrina estrangeira foi fundamental nesta apreciação acadêmica.

Palavras-chave: Jurisdição; Corte IDH; Eficácia; Força Normativa

ABSTRACT: Through bibliographic and jurisprudential research and deductive and analytical-qualitative methods, it is appropriate to carry out an in-depth study of the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights, generally covering its treaties, basis, the types of judgment and competence. It also addressed the control of conventionality, especially regarding the problem of diluting the normative force of the International Treaties and, consequently, of the precedents of the aforementioned Court, within the scope of internal jurisprudence. In this step, the visitation to the Court’s jurisprudence and foreign doctrine was fundamental in this academic appraisal.

Keywords: Jurisdiction; the Inter-American Court of Human Rights; Effectiveness; Normative Force

¹ Doutor e Mestre em Sistema Constitucional de Garantias pela Instituição Toledo de Ensino – ITE de Bauru. Professor do Mestrado e Doutorado da mesma instituição. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Unimar. Especialista em interesses difusos pela Escola Superior do Ministério Público-SP. Coordenador da Faculdade de Direito de Presidente Prudente / FDPP do Centro Universitário Antonio Eufrásio de Toledo e professor titular da disciplina de Teoria Geral do Estado e Direito Internacional e Direitos Humanos da FDPP. Membro da Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional e da Asociación Mundial de Justicia Constitucional E-mail: coord.direito@toledoprudente.edu.br ou sergio@unitoledo.br.

² Discente do 3º ano do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Bolsista do CNPq/PIBIC (2018/2019), decorrente do projeto de pesquisa intitulado “O Sistema Interamericano de Direitos Humanos sob o prisma do Direito Processual Constitucional Transnacional”. E-mail: ellanaraujo56@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

Com a pesquisa, primordialmente, da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, analisou-se a fundo a atual conjuntura da jurisdição da Corte IDH, abrangendo a base normativa, suas sentenças, o controle de convencionalidade e, por fim, sua força normativa. O Congresso Nacional aprovou, através do Decreto Legislativo n. 89 de 03 de dezembro de 1998, a solicitação de reconhecimento de competência obrigatória da Corte, vindo o ex-Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, em 08 de novembro de 2002, por meio do Decreto Presidencial n. 4.463, reconhecer como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte IDH no casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante “CADH”), consoante o art. 62.1 da CADH, que à época já integrava o ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Presidencial n. 678 de 06 de novembro de 1992.

A jurisdição internacional, como um dos pilares do campo de estudo do Direito Processual Constitucional e do Direito Constitucional Processual em geral, serve como uma porta para a efetivação dos direitos humanos, em especial nas chamadas “Justiças de Transição”.

Os países abrem mão de parte da sua soberania como uma maneira que haja uma possibilidade de buscar concretizar a dimensão abstrata do Direito que se representa na legislação interna e internacional. É possível identificar uma relação jurídica processual transnacional, como uma parte imprescindível na validação dos direitos, quando o Estado falha, o que fica comprovado em alguns precedentes da Corte analisados.

A efetiva tutela desses direitos humanos ou fundamentais prostrase à forma com que o magistrado irá interpretar/aplicar o Direito, porquanto, a força coercitiva da Lei está contida na função dos intérpretes jurisdicionais dos textos normativos, os únicos que interpretam de forma imperativa, que engendram vitalidade nos textos normativos. Essa função cabe à Corte de forma subsidiária à jurisdição interna.

O papel da Corte IDH, como sendo uma corte internacional, destaca-se por ser intérprete *per excellence*, em âmbito americano, de um

columbário de normas internacionais, sejam firmadas de forma ecumênica ou regional, quando os meios internos se mostram insuficientes.

Prima facie, fixou-se os tratados de direitos humanos que são base, ou seja, servem de instrumento para o exercício da jurisdição da Corte IDH, destacando-se o caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, o qual a Corte utilizou como suporte interpretativo Tratado de Direito Internacional Humanitário, mesmo que, em tese, fugisse de sua jurisdição. Em sequência, abeirou-se das *species* de sentenças que podem ser proferidas, e os tipos de competência.

Ainda se discorreu sobre o controle de convencionalidade, no tocante a sua natureza, efeitos e eficácia. Quanto a eficácia do controle de convencionalidade há uma problemática ainda insolúvel, porquanto, ver-se-á que há divergências jurisprudenciais entre a Corte e o Pretório Excelso, principalmente quanto a chamada Justiça de Transição exarada com leis de anistia, embora a jurisdição daquela seja obrigatória e de pleno direito. À vista dessa situação antinômica entre o Direito Internacional e o Direito dos Estados, contata-se que a força normativa dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, em especial, a CADH, mostra-se diluída pelo crivo da *potestade* jurisdicional brasileira.

Buscou-se apontar, de modo argumentativo, as incongruências na manutenção de um cenário conflitivo entre a esfera nacional e transnacional, prestigiando a natureza constitucional dos diplomas normativos internacionais. É um problema eminentemente político-jurídico. Portanto, medidas inovadoras de prevenção não possuem o condão de serem toda à solução, pois há a necessidade de uma mudança de perspectiva jurisprudencial por parte do Supremo Tribunal quanto ao tema.

2 TRATADOS BASE

A Corte IDH é o órgão jurisdicional com atribuição para a interpretação e aplicação das disposições previstas na CADH, como está previsto no artigo 1º de seu Estatuto, com competência contenciosa e consultiva.

A competência contenciosa da Corte IDH está prevista nos art. 61, 62 e 63 da CADH. Há no art. 62.1 da CADH disposição no sentido de que todo Estado-parte pode, ao depositar instrumento de ratificação da CADH ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, facultar declarar como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte IDH em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da CADH, ou ainda no art. 62.3, que dispõe que a Corte IDH tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições da CADH que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido seu poder jurisdicional, seja por forma incondicional, seja por declaração ou convenção especial.

Ademais, ainda que não expresse na CADH, a jurisprudência da Corte aponta para uma competência além dos limites da CADH, abrangendo todos os tratados internacionais que não só versem sobre direitos humanos, mas ainda os de direito humanitário, tanto de âmbito regional quanto mundial, podendo todos serem utilizados como instrumentos auxiliares para a interpretação e aplicação da própria CADH, pois violações à CADH atingem materialmente outros tratados internacionais, e vice-versa. Nessa direção, a CADH reconhece a adoção de disposições relevantes que não estejam na CADH para os fatos em desinteligência na Corte, como exarado no preâmbulo da CADH. Esse entendimento foi assentado, *verbi gratia*, nos casos *Masacre de San Domingos versus Colômbia* (baluarte jurisprudencial de tal

ensamento)³, *Las Palmeras versus Colombia* (2000)⁴, por fim, o *Masacre Mapiripán versus Colombia* (2005)⁵.

3 SENTENÇAS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Mister é assentar algumas considerações, sendo a primeira delas que a Corte IDH não relata e não faz recomendações no exercício de sua competência contenciosa, mas profere sentenças “definitivas e inapeláveis” (MAZZUOLI, 2006, p. 539). Dessarte, ao se abordar o tema “sentenças da Corte IDH”, inexoravelmente, penetra-se a esfera tangente à competência contenciosa da Corte.

³ “[...] la Corte reitera que la Convención Americana es un tratado internacional según el cual los Estados Parte se obligan a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción y que el Tribunal es competente para decidir si cualquier acto u omisión estatal, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. Además, la Corte señaló que, en esta actividad, el Tribunal no tiene ningún límite normativo y que toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad. [...] desde el caso *Las Palmeras Vs. Colombia*, el Tribunal indicó en particular que las disposiciones relevantes de los Convenios de Ginebra podían ser tomados en cuenta como elementos de interpretación de la propia Convención Americana. [...] al utilizar el DIH como norma de interpretación complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos, pues no está en duda la aplicabilidad y relevancia del DIH en situaciones de conflicto armado. Eso sólo implica que la Corte puede observar las regulaciones del DIH, en tanto normativa concreta en la materia, para dar aplicación más específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales.”

⁴ “[...] La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana. En esta actividad la Corte no tiene ningún límite normativo: toda norma jurídica es susceptible de ser sometida a este examen de compatibilidad.”

⁵ “[...] Si bien la misma Convención Americana hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación, las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos vis-à-vis el Derecho Internacional general. Por lo tanto, la atribución de responsabilidad internacional al Estado, así como los alcances y efectos del reconocimiento realizado en el presente caso, deben ser efectuados a la luz de la propia Convención.”

No tocante à sua competência consultiva, o assunto não clama por um desvelar perscrutado. Vale ressaltar, todavia, que de tal competência florescem as chamadas opiniões consultivas, pareceres jurídicos relacionados à interpretação ou aplicação da CADH ou outro tratado de proteção de direitos humanos vigente na América, sendo legitimados para tanto os Estados-membros da OEA, além dos órgãos entalhados no capítulo X da Carta da OEA (também o art. 64.1 da CADH), com efeito vinculatório e servindo de base para o contencioso.

Parte dos juristas reconhecem uma terceira *specie* de competência, decorrente da interpretação do art. 62.3 da CADH. É o escólio doutrinário

[...] el profesor *Hernández Valle* le reconoce, además, una competencia arbitral a través de la interpretación del artículo 62.3 de la Convención Americana. Esta competencia la puede ejercer la Corte en el ámbito sancionador o de condena, cuando simplemente tenga por objeto conocer y resolver, en sede arbitral, un caso que de otro modo debería ser resuelto por la jurisdicción ordinaria, o bien cuando se trata de resolver sobre interpretación o aplicación especial; es posible concluir que la Corte puede ser habilitada para conocer y resolver, no solamente de casos de violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención, sino también casos de violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención, sino también de controversias o violaciones a normas del Pacto de San José. (BONILLA, 2014, p. 611)

Continuando. No aresto do tribunal das Américas poder-se-á declarar-se a responsabilidade internacional do Estado, e, por consequência, podem ser formuladas recomendações correspondentes ao Estado, para que no prazo de três meses aceite a decisão e faça as reparações integrais em favor das vítimas e/ou seus familiares pelos danos causados que podem ser as seguintes:

- 1) Restituição dos direitos humanos;
- 2) Indenização;
 - a) Danos materiais:
 - I) Dano emergente;
 - II) Lucro cessante.
 - b) Danos imateriais.

- 3) Medidas satisfativas;
- 4) Medidas de reabilitação;
- 5) Medidas de não repetição;
- 6) Dano ao projeto de vida.

Para Ernesto Ray Cantor (2012, p. 27), os dispositivos das sentenças apresentam peculiaridades que reforçam, por vezes, as necessidades das chamadas medidas cautelares, antes das decisões de fundo, a fim de assegurar direitos diante do perigo da demora, tendo em vista um potencial gravame em evidência.

As propostas de decisão levadas em consideração ou votação serão formuladas em termos precisos em um dos idiomas de trabalho. Por petição de qualquer dos membros, o texto poderá ser traduzido pela Secretaria da Corte para outro dos idiomas oficiais e será distribuído antes da votação.

As atas com os conteúdos das deliberações do órgão se limitarão a mencionar o objeto do debate e a decisão aprovada, assim com os votos e suas justificativas e as declarações que devem constar nas atas.

Além das sentenças de exceções preliminares e as de fundo relatadas, a Corte emite um terceiro tipo de decisão: sentença adicional de reparação e custos, que podem ser de reparação pecuniária, de restituição, de reabilitação, de satisfação e de garantia de não repetição.

Os juízes analisando o caso e todos os argumentos jurídicos ordenam reparações integrais que correspondem a determinar que o Estado faça reparações para as vítimas ou familiares, como indenizações por danos materiais emergentes e cessantes, danos imateriais, medidas satisfativas como pagamento de multas, de reabilitação com devolução de bens e outros.

O pronunciamento será feito numa sessão privada e uma vez aprovada, será feita uma comunicação da sentença e sua execução assinada pelo Presidente e pelo Secretário. Em seguida, a Secretaria da Corte cuidará de notificar os sujeitos do processo.

A sentença original deve ser anexada no arquivo oficial da Corte, mas serão expedidas cópias do original autenticadas para os demais Estados da OEA, para Comissão, vítimas ou presumíveis vítimas, seus representantes e o Defensor Interamericano. Ainda recebem essas cópias o Conselho

Permanente, por meio do seu presidente e o Secretário Geral da Organização. Pessoas interessadas, Organizações Não-Governamentais e universidades poderão solicitar também uma reprodução da decisão.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Como susodito, a Corte é órgão jurisdicional último para interpretação e aplicação da CADH, esmerando, através do processo hermenêutico, seu conteúdo normativo atribuindo significado axiológico-jurídico ao caso concreto, sedimentando a extensão interpretativa da CADH. A competência contenciosa da Corte velará pela solução das *lides* entre os Estados e seus nacionais.

No julgamento do caso contencioso, poderá a Corte realizar juízo de compatibilidade dos diplomas normativos de um Estado em relação às disposições e princípios fundantes da CADH, exercendo o chamado controle de convencionalidade internacional. Verifica-se que, por vezes, a Corte IDH exercerá sua função jurisdicional de forma abstrata, embora necessite de um caso concreto para tanto, afinal, a jurisdição da Corte atua somente para a solução de conflitos reais.

No controle de convencionalidade, a Corte IDH irá verificar a compatibilidade do ordenamento jurídico interno de um país membro com as disposições da CADH, verdadeira função fiscalizatória da produção legislativa e constitucional do Estado demandado. Concomitantemente, o controle de convencionalidade, possuindo como limite interpretativo a CADH e outros instrumentos internacionais, sob a ótica da Corte, a CADH possui caráter hierarquicamente superior a qualquer constituição política, porquanto, a lógica do SIDH é que o ordenamento jurídico interno dos Estados ratificadores da CADH deve amoldar-se à CADH.

Por uma perspectiva kelsinana, sendo o Tribunal Constitucional (1999, p. 189) o intérprete *per excellence* da constituição política para fins de controle de constitucionalidade, o Tribunal das Américas seria o intérprete *per excellence* da CADH para fins de controle de convencionalidade, ressaltando-

se a necessidade de um caso concreto para tanto. Não há ações concentradas para a análise da convencionalidade a serem ajuizadas na Corte.

Consoante aresto da Corte:

Puesto que la CADH y el Estatuto de la Corte Interamericana --ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que las emitieron-- confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del corpus juris de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales. (Aguado Alfaro y otros vs. Perú, 2006)

Ademais, a Corte assentou no caso *Almonacid versus Chile* em 26 de setembro de 2006 o seguinte:

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (Almonacid Arellano y otros *versus Chile*, 2006)

O controle de convencionalidade nada mais é que um ponto que poderá ser enfrentado no julgar de um caso no exercício de sua jurisdição. Com isso, ainda que necessite de um caso concreto para o exercício do controle, inegável é que há uma análise abstrata da compatibilidade entre a CADH e um outro instrumento normativo de âmbito nacional, para determinar que uma lei nacional que viole ou impeça a proteção de direitos humanos seja

proscrita do columbário normativo de um determinado Estado. Quer dizer, ainda que não haja uma ação concentrada, seus efeitos transcendem o caso concreto de forma abstrata, a prestígio do artigo 2 da CADH.

Diferentemente, *exempli gratia*, do controle de constitucionalidade pela via difusa no direito brasileiro em que, ainda que declarado inconstitucional, tal decisão não possui o condão de invalidar a vigência do instrumento normativo inconstitucional. A decisão da Corte, por outro lado, é detentora desse efeito vinculante e *erga omnes*.

4.1 Observância, Aplicação e Interpretação dos Tratados

Nesse passo, um delineamento da dogmática circunscrita à aplicação e interpretação dos instrumentos normativos internacionais que versam sobre direitos humanos é dispêndio que se impõe.

Forçoso salientar a importância do art. 31 da Convenção de Viena, o qual dispõe sobre as regras de interpretação dos Tratados Internacionais. Dispõe: “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Ademais, é a redação do art. 26 da mesma convenção: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé.”

Os dispositivos supracitados tratam de verdadeiro prestígio ao *pacta sunt servanda*, uma vez que um Tratado Internacional, ao ser aceito na ordem jurídica interna de um país, traduz-se em compromisso do Estado ratificador em garantir os direitos contidos naquele Tratado de Direitos Humanos. Em todo acordo feito, presume-se uma obrigação, e a ratificação representa ao Estado a obrigação de cumprir os termos estabelecidos naquele tratado.

Juarez Tavares ao explicar o sistema social através da dogmática-funcionalista esclarece que:

O objeto do sistema social é evidentemente a ação humana. O fundamento da análise sistêmica reside justamente no fato de que as ações se veem regidas por expectativas, as quais encontram nos sistemas seus marcos delimitadores, correspondentemente a diversas

variáveis, das quais uma delas estaria constituída pelas normas jurídicas. (2000, p. 08)

O ato de ratificação de um Tratado Internacional, antes de ser um ato jurídico, é um ato humano que no mundo do devir emana diversos valores, dentre eles o dever de cumprimento de mandado jurídico, criando-se a expectativa de que o Estado irá organizar-se para o cumprimento da obrigação que acabara de aderir, pois é o que se espera.

No mesmo raciocínio, dispõe o art. 27 da Convenção de Viena: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado.” Para André Gonçalves e Fausto Quadros, o art. 27 teve a intenção de subordinar todo o Direito interno dos Estados à observância dos Tratados Internacionais, inclusive as suas Constituições (2007, p. 120).

Além desses entalhos normativos, alguns princípios informam a interpretação no Direito Internacional Público, quais sejam, o princípio da interpretação *pro homine*, a interpretação deve dar o máximo de proteção ao ser humano; o princípio da máxima efetividade, para assegurar os efeitos esperados dos Tratados; o princípio da norma mais favorável, num conflito de normas, prevalece a que mais protege o indivíduo; o princípio da interpretação autônoma, termos inseridos nos Tratados que encontrem paralelo no Direito nacional podem ter conceitos diferentes, prevalecendo o do tratado; por fim, mister mencionar a interpretação evolutiva dos Tratados Internacionais, como explicou-se, pretender que os textos normativos serão eternamente úteis é falho, é de suma importância que a Corte esteja sempre “atualizando” o Direito, a fim de adequar o dispositivo normativo ao contexto histórico da decisão, a fim de assegurar maior efetividade na proteção dos Direitos Humanos (RAMOS, 2012, *passim*).

4.2 Prevalência da CADH sobre o Ordenamento Jurídico Interno: Efeitos e Eficácia

Dentre outras funções, o controle de convencionalidade visa assegurar, principalmente, o dever estatal estabelecido no art. 2º da CADH, sendo o de produzir leis utilizando como paradigma, além de sua constituição, a CADH, pressupondo uma prevalência desta sobre aquela, assim como a afirmação e autoridade, bem como efetividade ao direito supostamente violado pelo ato normativo interno incompatível com a CADH, que ensejou o juízo de controle convencional.

Fixada essas premissas básicas acerca do controle de convencionalidade, há dois pontos conflituosos que devem ser discutidos. Quanto aos efeitos e à eficácia do controle de convencionalidade tanto o feito pela Corte IDH, como o feito pelos órgãos jurisdicionais de cada Estado.

É importante se ter assentado que a fonte normativa do controle de convencionalidade está contido no art. 1º e 2º da CADH, nos quais está previsto o dever do Estado que ratificar a CADH, proteger e promover os direitos previstos na Convenção em seus respectivos ordenamentos jurídicos. Uma vez que os Estados se vinculam a cumprir essas obrigações, todo e qualquer juízo de compatibilidade com a CADH da Corte, terá efeito *erga omnes* e vinculante atingindo seu escopo jurídico de efetividade da CADH.

Tratar-se-á aqui primeiro sobre os efeitos, no tópico em sequência, confrontar-se-á a problemática da eficácia.

O efeito *erga omnes* decorre da ideia doutrinária e jurisprudencial consolidada de que a Corte é o órgão jurisdicional delineador da extensão interpretativa da CADH somada ao dever contido no artigo 2 da CADH. Assim elucida André de Carvalho Ramos:

Por isso, na recente sentença contra o Brasil no Caso *Gomes Lund* (caso da "Guerrilha do Araguaia) na Corte Interamericana de Direitos Humanos, o juiz *ad hoc* foi indicado pelo Brasil, Roberto Caldas, em seu voto concordante em separado, assinalou que "se aos tribunais supremos ou aos constitucionais nacionais incumbe o controle de constitucionalidade e a última palavra judicial no âmbito interno dos Estados, à Corte Interamericana de Direitos Humanos cabe o controle de

convencionalidade e a última palavra quando o tema encerre debate sobre direitos humanos. É o que decorre do reconhecimento formal da competência jurisdicional da Corte por um Estado, como o fez o Brasil. (RAMOS, 2012, p. 215)

Portanto, tendo a palavra última, o juízo de convencionalidade será oposto a todos os Estados, pois esta será a vontade esculpida da Convenção que os Estados se comprometeram a cumprir, que, por conseguinte, acarretará o segundo efeito que é o vinculante. Enquanto o primeiro aspecto (*erga omnes*) reza que o precedente de juízo de compatibilidade será invocado caso o Estado o viole, da mesma forma, não necessitará de ingresso de uma outra ação para sua oposição (ao contrário do que se tivesse efeito *inter partes*), o efeito vinculante está no sentido de que os tribunais nacionais deverão considerar e aplicar esse precedente nos julgamentos internos, bem como o legislativo ficará adstrito a esse entendimento firmado pela Corte para a produção legislativa, ou seja, é um concurso de oposição (*erga omnes*) e imposição (vinculação) do entendimento de compatibilização da Corte IDH. Ademais, diz André de Carvalho Ramos:

[...] o controle de convencionalidade internacional exercido pelos tribunais internacionais pode inclusive ser fiscal do Poder Constituinte Originário, dada a superioridade dos tratados internacionais, o que o Supremo Tribunal Federal, em precedente antigo, já externou não lhe caber, ao decidir que “*O STF não tem jurisdição para fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo poder originário*”. (2012, p. 214)

Portanto, conforme o art. 2º da CADH, caso a constituição política de um país ratificador esteja incompatível com a Convenção, o Estado terá, em tese, o dever de aprovar emenda constitucional para a modificação da disposição normativa constitucional incompatível para torná-la compatível. Essa proposição não está destituída de lógica jurídica, ora, se a constituição política é uma preceituação ontológica ou mesmo teleológica do Estado a que se destina, e a CADH, no seu sentido político, um compromisso para a promoção dos direitos nela previstos tocando sensivelmente no “modo de ser”

do Estado; a ilogia estaria se a *Lex Mater* do Estado estivesse em dissonância com a CADH, e nada se fizesse para sanar a incompatibilidade entre esses textos normativos. A partir do momento que o Estado ratifica, internamente, a CADH, tendo aceitado ou não a competência contenciosa da Corte IDH, é ato político de afirmação de que, aquele Pacto (CADH) representa os postulados deontológicos para o progresso dos direitos humanos que o Estado está se comprometendo a promover.

Justifica-se ainda pelo fato de, na maioria esmagadora das vezes, a constituição política de um país que aceita a CADH em seu ordenamento jurídico, é anterior a respectiva ratificação, portanto, a inegável e indubitável dinamicidade do direito, sob pena de perpetuar normas anacrônicas, legitima que as normas constitucionais originárias sejam amoldadas a este corpo normativo internacional, pois o que se objetiva é o progresso dos direitos fundamentais tendo em vista aqueles direitos que já se afirmaram como direitos humanos, e isso confirma-se ainda que a constituição política de um país seja posterior à CADH, pois essa elenca fins, e não se pode olvidar o fato de existirem constituições posteriores à CADH muito menos evoluídas no quesito “proteção de direitos fundamentais humanos” do que a própria CADH ou constituições anteriores a mesma.

Todavia o discurso de supremacia da CADH sobre a legislação interna de um Estado, quando se trata da eficácia do precedente sobre controle de convencionalidade firmado pela Corte na jurisdição interna de um país e a própria aplicação da CADH nos julgamentos internos e a produção legislativa, constata-se um conflito entre teoria e realidade.

5 EFICÁCIA DO CONTROLE E DEMAIS E A FORÇA NORMATIVA

Sobre a força normativa da CADH ou Pacto de San José, imprescindível compreender que ela é um texto normativo de abrangência internacional.

No que tange às constituições em geral, que é universo normativo paradigma para o controle de constitucionalidade, nota-se que a sua força

normativa está ligada à sua vontade de eficácia, e para ser eficaz não se pode separar realidade de norma.

Essa ideia está muito clara na obra “A força normativa da constituição” de Konrad Hesse:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a sua 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. (1991, p. 14)

Pertinente destacar o magistério de Pontes de Miranda: “Nada mais perigoso do que fazer-se Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entende devam ser cumpridos – o que é pior” (1967, p. 15).

Em que pese a crítica à Constituição totalitária à época da obra, a ideia primeira aplica-se aos Tratados Internacionais de matéria de Direitos Humanos ratificados, quer dizer, o Estado ratifica o Tratado Internacional e o aplica apenas no sentido que lhe convém. Disso resultou que o Pretório Excelso no Recurso Extraordinário nº 466.343/SP consolidou a corrente de que os tratados internacionais de direitos humanos que não tenham sido aprovados com maioria de emenda constitucional são de natureza supralegal, e na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347/DF, no qual negou aos Tratados Internacionais o condão de servir de parâmetro para controle de constitucionalidade.

Dessarte, indeclinável observar que a pretensão de eficácia da CADH está adstrita a uma pluralidade de condições históricas, contemplando as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais de cada país que ratificou a CADH.

Konrad Hesse, ao analisar a reciprocidade que deve haver entre o “*Todo da realidade*” e a constituição jurídica, encontra, com maior clareza, respaldo nos escritos de Wilhelm Humboldt, e dispõe:

Nenhuma Constituição política completamente fundada num plano racionalmente elaborado – afirma Humboldt num de seus primeiros escritos – pode lograr êxito; somente aquela Constituição que resulta da luta do acaso poderoso com a racionalidade que se lhe opõe consegue desenvolver-se”. Em outros termos, somente a Constituição que se vincula a uma situação histórica concreta e suas condicionantes, dotada de uma ordenação jurídica orientada pelos parâmetros da razão, pode efetivamente, desenvolver-se. (1991, p. 16)

Não é incógnita que o objetivo de se estabelecer um tratado internacional que consagra um enorme rol de direitos e coloca uma cláusula de comprometimento aos países que assinarem e ratificarem para promover esses direitos internamente através de medidas legislativas, é de criar um continente simétrico em direitos.

Tratando-se de direitos humanos, sua garantia é de interesse do ser humano em geral. Entretanto, a sua realização depende de como ela é recebida pelo ordenamento jurídico interno, pois a CADH entrará com graus de força normativa diferentes em cada um dos países. Portanto, em regra, a produção legislativa de um país que tenha ratificado a CADH teria que ter dois paradigmas a serem seguidos, a constituição de seu país e a CADH. O grau de normatividade da CADH será definido quando eventual situação em que a lei seja constitucional, porém inconvenção, ou vice-versa, pois será quando o Tribunal Constitucional deste Estado ou Órgão responsável pelo controle de constitucionalidade irá posicionar-se sobre qual texto normativo ou qual norma deverá prevalecer.

Tenha-se como principal exemplo o caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil, em que foi declarada a inconvenção da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia do Brasil), seguindo o precedente firmado, por exemplo, nos casos Barrios Alto *versus* Peru, La Cantuta *versus* Peru e Almonacid Arellano y otros *versus* Chile. Entretanto, a referida lei permanece em vigência, pois a ADPF nº 153, no qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, cujos

advogados eram Fábio Konder Comparato e Rafael Barbosa de Castilho, requerendo a não recepção do art. 1^o da Lei 6.383/79 pela CF/88, não logrou êxito a tanto.

Apesar de não ser permitido falar em constitucionalidade superveniente, a recepção é juízo de compatibilização entre um ato normativo (editado anteriormente à constituição vigente) e a Constituição atual. O Brasil optou por prevalecer a Constituição e não a Convenção.

Observa-se que a força normativa da CADH é mitigada pelo crivo da jurisdição interna, e por mais que o controle de convencionalidade seja *erga omnes* e vinculante, a eficácia desses efeitos serão condicionados ao grau de normatividade atribuída à CADH.

Portanto, se faz a seguinte indagação, como abarcar todas essas condições que são peculiares em cada país para que a CADH seja eficaz, por conseguinte, o juízo de convencionalidade e outros precedentes sejam eficazes?

A existência de condições diferenciadas quanto à economia, cultura, ordenamento jurídico, *inter alia*, remete a velha discussão entre os universalistas e os relativistas culturais. De fato, um discurso em que os direitos humanos possuem um sentido universalista, parece ser contraditório além de ignorar a realidade, de outra banda, um discurso totalmente relativista pode ser fundamento para a justificação de violações e recusas da aplicação dos direitos previstos em um Tratado Internacional, isto posto, aparenta que, deveras, ainda que fictamente, deve haver a figuração de um “mínimo ético irreduzível” (PIOVESAN, 2014, p. 51).

⁶ Art. 1^o É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares ([vetado](#)).

§ 1^o - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2^o - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3^o - Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3^o.

Esse “mínimo ético irreduzível” deve ser fundado em um constância denotada no fato de que todos os seres humanos são indistintos em si *in essentia*; um mínimo de uma parte maior, porquanto, enquanto o que há de comum entre todos os povos é que são da mesma espécie *homo sapiens* (parte mínima), e isso é irrefutável, a sua intersubjetividade desenvolve-se de maneira diferenciada nos diversos cantos do globo (parte maior), e para isso também não se deve fechar os olhos. É o que parece defender o universalismo multicultural e o universalismo de confluência das culturas (PIOVESAN, 2014, p. 52). Isso se mostra útil enquanto sustenta certa força normativa imperativa dos Tratados de Direitos Humanos.

É nesse sentido o pensamento filosófico político de Jean-Jacques Rousseau:

Assim como o arquiteto, antes de erguer um grande edifício observa e sonda o chão, e examina se pode sustentar o peso da construção, da mesma forma o sábio instituidor não começa a formar boas leis em si mesmas antes de ter observado se o povo a quem ele as destina é capaz de as suportar. Por esse motivo recusou Platão dar leis aos arcádios e aos cirênios, sabendo que esses povos eram ricos e não podiam sofrer igualdade; por essa razão se viram em Creta boas leis e maus homens, porque Minos disciplinou um povo carregado de vícios. (ROUSSEAU, 2009, p. 50)

E, portanto, o voluntarismo estatal aparenta ser um mal necessário, eis que, ao ratificar um Tratado Internacional de Direitos Humanos, o novo Estado-membro está comprometendo-se a adequar seu ordenamento jurídico conforme julgou oportuno e conveniente fazê-lo, mesmo que possa ser apenas um estratagema político de legitimação popular de sua regência política. É que quase sempre a ratificação de um Tratado Internacional de Direitos Humanos encontrará respaldo popular, pois objetiva a proteção da população, e, ao que aparenta ser devido a uma cultura dos Direitos Humanos, maior proteção sempre conota ser algo desejável e que as pessoas sempre almejam, e há razão em dizer que as pessoas sempre tendem a escolher aquilo que parece ser mais agradável e o que é bom, ou pelo menos aparenta sê-lo.

Nesse passo, em conformidade com Konrad Hesse ao ventilar uma suposta “vontade de Constituição”, a CADH e os outros tratados americanos

de direitos humanos, e até tratados de repercussão universal, que não se restringem a um sistema de proteção regional de direitos humanos, para lograrem êxito é necessário que na consciência dos Estados ratificadores germine e desenvolva uma “vontade de tratados internacionais”.

Pertinente a assertiva que Konrad Hesse faz quanto a como uma ordem se torna uma força ativa eficaz:

Assenta-se também na consciência de que, ao contrário do que se dá com uma lei do pensamento, essa ordem não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana. Essa ordem adquire e mantém sua vigência através dos atos de vontade. Essa vontade tem consequência porque a vida do Estado, tal como a vida humana, não está abandonada à ação surda de forças aparentemente convocados a dar conformação à vida do Estado, assumindo e resolvendo as tarefas por ele colocadas. (1991, p. 19)

Por mais difícil que seja, a CADH apenas terá uma força normativa eficaz, com pretensão de eficácia, e finalmente deixar de se tornar uma simples “folha de papel”, utilizando a expressão de Ferdinand Lassalle (2000, p. 17), quando os tribunais dos países ratificadores optarem pela supremacia dos tratados sobre direitos humanos, assim como a Corte Constitucional alemã fez na metade do século XX com relação a sua Lei Fundamental alemã, e o Supremo Tribunal Federal passou a fazer com a Constituição cidadã.⁷

E o artigo 2 da CADH será efetivamente cumprido quando tomar-se plena a consciência de que existem dois paradigmas a serem considerados para a produção normativa, e que por vezes, quando houver antinomia entre constituição e convenção, o pacto internacional de compromisso com os direitos humanos seja aquele que prevalece sobre a norma constitucional originária, elevando a soberania individual do ser humano, *in lato sensu*, acima da soberania estatal.

Porquanto, além de texto normativo legitimador, a CADH e outros tratados internacionais sobre direitos humanos devem ser norteadores da evolução normativa do Estado, bastando apenas ao parlamento decidir a forma

⁷ Marco histórico do neoconstitucionalismo no Brasil.

mais adequada que estes tratados entrarão na ordem jurídica de seu respectivo país, pois a ordem jurídica não pode estar livre de conteúdo fático. “Faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, de outro”. (HESSE, 1991, p. 14)

Os Tratados Internacionais, em sua dimensão fixada pelos Tribunais Internacionais, são, ou devem ser, a razão que empresta estímulo ao ordenamento jurídico de um Estado-membro, procurando dirigi-la.

Apenas a partir de então é que o controle de convencionalidade será vinculante e *erga omnes*, por conseguinte, será possível averiguar uma dimensão objetiva dos direitos humanos⁸.

A ideia do unilateralismo do direito internacional, de considerar o direito nacional como mero “fato” em certa medida é equivocada. Como o próprio fundamento dessa convicção já assenta, que o direito interno é um fato que expressa a vontade do Estado.

E é o Estado que irá decidir se vai assinar e ratificar algum tratado internacional, e será os tribunais internos que irão atribuir a normatividade que acham devida a esse texto normativo corolário de algum pacto firmado entre países. Se assim fosse diferente, o Supremo Tribunal Federal não teria desconsiderado o § 2º do art. 5º da Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos não teriam natureza de supralegalidade, mesmo se não atendesse os requisitos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal seriam normas constitucionais. Ainda é incompreensível como um texto normativo em evidente contradição com a constituição brasileira possa ingressar no nosso ordenamento jurídico, causar o estrépito normativo que causou e ainda ser alocado abaixo da Constituição Federal, dependendo de súmula vinculante para acabar com o imbróglio jurídico que o Supremo

⁸ A teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é fruto dessa nova fase do constitucionalismo que se consolidou entre os constitucionalistas alemães no segundo pós-guerra, que se denomina “neoconstitucionalismo”. Eis que pressupõe uma norma superior a todas as outras com efeito *irradiante* na ordem jurídica, como diz o próprio Robert Alexy ao comentar o caso *Luth versus Harlan*, em seu artigo “Direitos fundamentais, Balanceamento e Racionalidade”. (2003, p. 133).

Tribunal Federal ocasionou ao considerar o Pacto de San José da Costa Rica como norma suprallegal, estabelecendo uma irracionalidade jurídica ao criar um instituto concomitantemente constitucional e ilegal⁹.

A corrente mais correta, portanto, seria a teoria monista com prevalência da ordem internacional proposta por Hans Kelsen (1999, p. 236), em oposição ao posicionamento de Luís Roberto Barroso ao dizer:

Em síntese apertada de tudo que se vem de expor, é possível assentar que, no conflito de fontes interna e internacional, o estágio atual do direito brasileiro, consoante a jurisprudência constitucional e a melhor doutrina, é no sentido de que:

A) Os tratados internacionais, em geral, são incorporados ao direito interno em nível de igualdade com a legislação ordinária. Inexistindo entre o tratado e a lei relação de hierarquia, sujeitam-se eles à regra geral de que a norma posterior prevalece sobre a anterior. A derrogação do tratado pela lei não exclui eventual responsabilidade internacional do Estado, se este não se valer do meio institucional próprio de extinção de um tratado, que é a denúncia.

B) O tratado celebrado na vigência de uma Constituição e que seja com ela incompatível, do ponto de vista formal (extrínseco) ou material (intrínseco), é inválido e sujeita-se à declaração de inconstitucionalidade incidenter tantum, por qualquer órgão judicial competente, sendo tal decisão passível de revisão pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário. O tratado que se encontrar em vigor quando do advento de um novo texto constitucional, seja este fruto do poder constituinte originário ou derivado, será tido como ineficaz, se for com ele incompatível. (2009, p. 33)

Salienta-se, ainda, o conteúdo do artigo 46 da Convenção de Viena, dispondo: “1. Um Estado não pode invocar o fato de que seu consentimento em se obrigar por um tratado foi expresso em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, a não ser que essa violação fosse manifesta e dissesse respeito a uma norma de seu direito interno de importância fundamental.” Ora, a Lei de Anistia é de importância fundamental? Nota-se que a ADPF nº 153 realizou um juízo de recepção no

⁹ Alusão à prisão civil do depositário infiel.

ordenamento jurídico brasileiro e não controle de convencionalidade, uma vez que toma como paradigma a Constituição Federal e não o Pacto de San José da Costa Rica. A contradição entre o artigo 27 e 46 da Convenção de Viena somado ao artigo 2 da CADH e a realidade do conflito normativo entre direito interno e direito internacional é imenso.

Se a CADH tivesse força normativa eficaz no Brasil¹⁰, primeiro, não seria texto normativo supralegal e sim constitucional levando em conta o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, embora se defenda a utilização da norma mais benéfica. Ademais, o juízo de convencionalidade feito pela Corte IDH no caso Gomes Lund *versus* Brasil, repetido em Herzog vs. Brasil e em outros casos referente a leis de anistia e justiça de transição, com posição clara de não se permitir qualquer tipo de indulto, graça ou perdão como premissa para efetivar uma justiça de Transição, seria obedecido. Portanto, as duas decisões da Corte IDH teriam vinculado o Brasil e sobrepujado a decisão que se tomou na ADPF nº 153.

Ainda não haveria uma segregação de normas internacionais de direitos humanos em supralegais (§ 2º do art. 5º da CF) e constitucionais (§ 3º do art. 5º da CF), separando quais serão usadas para controle de constitucionalidade concentrado, sendo que todos (tanto os tratados supralegais e os constitucionais) possuem matéria de direito fundamental emanado de *clausula pétrea*, o que é outra contradição imensa, ter *clausula pétrea*, pelo conceito de bloco de constitucionalidade do art. 5º, § 2º da CF, que não possui normatividade constitucional. Muito embora, pela ponderação entre direitos humanos, utiliza-se o que for mais benéfico para o ser humano.

Observar a eficácia dos tratados internacionais sobre direitos humanos, em especial a CADH, de cima para baixo (como o unilateralismo do direito internacional faz) é um erro crasso para aqueles que pretendem solucionar o problema da força normativa da CADH e de outros tratados internacionais de direitos humanos, pois há de se buscar uma solução que prestigie os direitos humanos. Além disso, trata-se de uma visão equivocada que ignora toda a amplitude do problema, pois, repita-se, a força normativa de

¹⁰ Salienta-se que a atual composição do Supremo Tribunal cada vez mais inclina-se a considerar as normas internacionais de direitos humanos como normas constitucionais.

um texto normativo internacional será atribuída pelo tribunal interno dentro de toda a sistemática e critérios. A diluição da força normativa dos direitos humanos pela vontade do Estado é mais evidente ainda com a saída da Venezuela da OEA.

Tal conflito afetará diretamente o controle interno de convencionalidade a ser realizado e a eficácia do controle internacional de convencionalidade realizado pela Corte IDH, uma vez que, na hodierna conjuntura do direito brasileiro se uma lei é considerada constitucional e inconvenção, ela irá permanecer no ordenamento jurídico, doutra banda, se a lei for considerada inconstitucional e convencional, esta será expurgada do ordenamento jurídico.

Há, em verdade, verdadeira textura aberta no § 2º do art. 5º da Constituição, porquanto, não expressa que natureza terá os tratados internacionais de direitos humanos em âmbito material, haja vista que em âmbito formal o §3º do mesmo artigo já o faz. Pertinente é o escólio doutrinário de Lenio Luiz Streck:

[...] nos casos em que há uma “textura aberta” da linguagem jurídica, o juiz pode interpretar o Direito de forma discricionária. Essa discricionariedade, na prática, assemelha-se à vulgata da filosofia da consciência, ao modo como o subjetivismo da modernidade compreende a própria realidade, ou seja, sem nenhum controle intersubjetivo. Nesse sentido, Lorenz B. Puntel levanta dois problemas graves a esse tipo de posição (que em outros textos chamei de “sujeito solipsista” e que Puntel denomina como “sujeito particularista”) [...] (2017, p. 56)

Impreterível é, portanto, uma mudança de perspectiva jurisprudencial por parte do Supremo Tribunal Federal, a fim de considerar a norma convencional como constitucional (excluindo-se da conclusão aqueles que já assim o fazem, e especificamente no Brasil, apenas àqueles tratados que se enquadram somente no § 2º da Lei Maior), em simetria à teoria do bloco de constitucionalidade, ou ao menos atribuir força normativa idêntica ou superior à constituição política, para que haja eficácia jurídica e pragmática dos tratados internacionais sobre direitos humanos. Infere-se que garantir os direitos destinados a indivíduos de forma indistinta não é uma prerrogativa estatal, tendo os poderes constituídos apenas a função de adequá-los à

natureza singular do presente (HESSE, 1991, p. 18) de seus Estados, em outras palavras, considerar suas condições culturais e sociais para melhor aplicabilidade dos preceitos fundamentais dos tratados que preveem direitos humanos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o todo exposto, o problema da força normativa dos Tratados Internacionais, com um especial foco aos Tratados do Sistema Regional americano, ainda possui intensa vivacidade, e, pertinente perceber que atualmente as teses assentadas na Suprema Corte brasileira, cada vez mais direciona-se a dar maior normatividade aos tratados internacionais de direitos humanos.

Cita-se o Recurso Extraordinário 806.339/SE, no qual a Ministra Rosa Weber, em seu voto proferido no pleno no dia 19 de dezembro de 2018, possuindo como objeto litigioso a exigência ou não do aviso-prévio para o exercício do direito de reunião previsto no art. 5º, XVI da Constituição Federal como pressuposto de legalidade da reunião, citou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto de San José da Costa Rica (CADH), e concluiu que, referindo-se ao aviso-prévio como uma restrição “para serem justificáveis à luz desses instrumentos internacionais, não basta que as pretendidas restrições, além de veiculadas em lei formal, sejam consideradas convenientes, desejáveis, adequadas ou proporcionais. Elas devem ser necessárias, no sentido de que o seu fim legítimo não poderia ser, de outro modo, alcançado”.

O problema mostra-se não só como um imbróglia jurídico, mas muito se deve a uma resistência política, como susomencionado, as sentenças proferidas pela Corte IDH encontram vários entraves impostos pelo Estado, para dificultar o cumprimento. E se um Estado se recusar a cumprir parcial ou totalmente uma sentença da Corte ou uma medida provisória, ou mesmo não compatibilizar o ordenamento jurídico com a ordem internacional, como fez o Brasil com sua Lei de Anistia? O que fazer para que um Estado cumpra com o

que se comprometeu a cumprir ao ratificar um Tratado Internacional de Direitos Humanos e reconhecer a competência do Tribunal Internacional? Está-se mesmo a mercê da boa vontade do Estado? Do *pacta sunt servanda*? Dever-se-ia convidar o Estado a se retirar da Organização dos Estados Americanos por não cumprir as Convenções e garantir de vez que os Direitos Humanos sejam inócuos naquele território? Não nos parece a decisão mais acertada. Mas como contornar a situação?

Neste diapasão, ao se olhar a estrutura do Sistema Europeu de Direitos Humanos, muito chama a atenção para a existência de um corpo diplomático composto por representantes dos Estado-membros com a finalidade de negociar com os Estados a execução das sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos, figurada no Comitê de Ministros.

Bloqueios econômicos definitivamente não são uma opção, tendo em vista que isto obstaculizaria o desenvolvimento econômico do país, o que dificultaria ainda mais a garantia dos Direitos Humanos e a execução das sentenças da Corte.

Se ações negativas são ineficazes para garantir que o Estado cumpra uma sentença, por que não oferecer benefícios para aqueles que cumprirem integralmente a decisão da Corte IDH? Poder-se-ia até argumentar que uma recompensa para o cumprimento das decisões da Corte IDH pode mostrar-se ilegítimo, pois seria contraditório recompensar o Estado por apenas cumprir seu dever, porém, de fato, instigariam os Estados a cumprirem as decisões da Corte. Entretanto, poderia isso causar um efeito contrário, em se ter Estados violando as Convenções Internacionais propositalmente a fim de serem condenados e ganharem esses benefícios por cumprir a sentença da Corte IDH. Se isso viesse a existir, definitivamente, o benefício deverá ser muito menor que o dispêndio de cumprir com as decisões da Corte IDH, pois, ao contrário, os Estados locupletar-se-iam violando os Direitos Humanos, seja por qualquer tipo de privilégio, fazendo disso um mero negócio.

Muito há que se discutir sobre isso, porém, identificar a natureza do problema, a solução mostrar-se-á de forma muito mais fácil, assestando um plano de fundo pelo qual partir. Uma resposta exata para as indagações acima não existe, talvez haja respostas mais corretas que outras, as quais tentou-se

salientar, e que apenas mostrar-se-iam ser, deveras, corretas, pelo empirismo político e pela prova do tempo. Todavia, por ora, consta ressaltar que é através dessas lembranças, nos Tribunais Nacionais, aos Tratados Internacionais, incorporados à ordem jurídica interna, que se irá construir uma certa cultura, desenvolvendo a pretensão de eficácia dos Tratados Internacionais frente aos julgados das Cortes domésticas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade*. Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição: Fundamentos de uma dogmática constitucional Transformadora*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

CANTOR, Ernesto Rey. *Acceso Sistema Interamericano de Derecho Humanos*. En CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coordinador). *Derecho Procesal constitucional*. Tomo III. Volumen III. Bogotá: VC Editores Ltda. 2012

_____. *Derecho Procesal Constitucional*. Colombia: VC Editores Ltda, 2015

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C No 154.

_____. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 3 de setembro de 2001. Mérito. Série C NO 75.

_____. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Série C No 219.

_____. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Mérito, Reparações e Custas.

_____. *Caso Las Palmeras vs Colombia*. Sentença de 06 de dezembro de 2001. Fundo. Série C, No 90.

_____. *Caso Aguado Alfaro y otros vs Colombia*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Série C, No 158.

_____. *Caso Masacre de Santo Domingo vs Colombia*. Sentença de 30 de novembro de 2012. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Série C, No 259.

_____. *Caso De La “Masacre de Maripán” vs Colombia*. Sentença de 30 de novembro de 2012. Série C, No 134.

DINAMARCO, Cândido Rangel e LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. 3. Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2018

GRAU, Eros Roberto. *Por que Tenho Medo dos Juízes?*. 8ª Ed. refundida do ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2017

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1991

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6ª Ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 1999

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969 Tomo I*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006

MIRANDA BONILLA, Haideer. *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En CANOSA, Eduardo Andrés Velandia (Coordinador). Derecho Procesal constitucional. Bogotá: VC Editores Ltda. 2014

PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS, Fausto de. *Manual de Direito Internacional Público*. 3 Ed. 2007

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014

RAMOS, André Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018

_____. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. 3ª Ed. 1ª Reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2009

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 806.339 SE. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ: 04/12/2015, *JusBrasil*, 2015. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/311628711/repercussao-geral-no-recurso-extraordinario-rg-re-806339-se-sergipe-0001051-0320084058500?ref=juris-tabs>>

_____. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL: ADPF 153 DF. Relator: Min. Luiz Fux. DJ: 07/05/2012, *JusBrasil*, 2012. Disponível:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21560747/embdecl-na-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-153-df-stf?ref=serp>>

_____. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 466.343 SP. Relator: Min. Cezar Peluso. DJ: 04/06/2009, *JusBrasil*, 2019. Disponível em:<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 6ª Ed. revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2017
TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000

A CAPACIDADE DO INCAPAZ NO DIREITO DE FAMÍLIA

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo¹

RESUMO: esse artigo visou dar um panorama sobre a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoas com deficiência. As novidades legislativas que impactam o Direito de Família foram significativas, criando modernos institutos e aprimorando anteriores, tudo no propósito de promover o pleno gozo dos direitos de pessoas com peculiaridades de restrição, muitas vezes privados da concretização de sua autodeterminação.

PALAVRAS CHAVES: Estatuto da Pessoa com Deficiência; capacidade civil Lei 13.146-2015; inclusão social.

ABSTRACT: this article aims to give an overview about the law 13,146, 06 July 2015, which established the Brazilian Law of inclusion of Person with disabilities (status of disabled person), to ensure and promote the exercise of the rights and fundamental freedoms of persons with disabilities. The new legislation impacting family law were significant, creating modern institutes and improving all previous in order to promote the full enjoyment of the rights of people with peculiarities of constraint, often deprived of achieving self-determination.

KEY WORDS: status of disabled person; civil Law capacity 13,146-2015; social inclusion.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o ordenamento brasileiro tem a Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que “instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, cujas disposições já eram anunciadas e requeridas pela doutrina e jurisprudência.

¹ Pós-doutor pela Universidade de Coimbra. Doutor e Mestre pela ITE/Bauru. Professor de Direito Civil da AE Toledo, de Presidente Prudente, e da FEMA/IMESA, de Assis/SP. Professor convidado da pós-graduação da UEL – Universidade Estadual de Londrina.

Nesse breve trabalho pretendeu-se discorrer à respeito das disposições específicas desta legislação que impactam o Direito de Família, com comentários sobre seus institutos principais.

Através de um método dedutivo analisou-se a norma em abstrato com uma perspectiva de aplicação tópica e prática. O trabalho ponderou a respeito dos principais artigos da dita legislação e seguiu a ordem estabelecida pela sucessividade dos próprios artigos desta Lei, com comentários a respeito das principais alterações legais e interpretativas.

No primeiro capítulo tratou-se da evolução legislativa do tratamento aos direitos dos deficientes até o surgimento do Estatuto do Deficiente e sua influência na legislação civil.

Coube ao segundo capítulo o discurso que se centrou sobre questões terminológicas e de amplitude das incapacidades.

A autonomia e autodeterminação dos incapazes foram objeto de estudo no capítulo três, distinguindo-se as prerrogativas em questão e delimitando-se o que os incapazes podem ou não podem realizar no seio familiar.

No capítulo quarto tangenciou-se sobre a capacidade negocial destes incapazes e, ao final, sobrevieram as considerações finais sobre o tema.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO DO TEMA

As atuais alterações remontam à Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, devidamente ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo número 186, de 9 de julho de 2008, observado o quórum de aprovação das emendas constitucionais previsto no art. 5º § 3º da Carta Magna, conforme se verifica no parágrafo único do art. 1º da Lei 13.146/2015. Logo, dita Convenção foi erigida à categoria de emenda constitucional.

O Estatuto, também denominado Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, além de regras autônomas, ab-rogou algumas do Código Civil brasileiro, em especial os artigos 3º. e 4º., que tratam dos

absolutamente e relativamente incapazes respectivamente. Basicamente, serão, doravante, absolutamente incapazes apenas e tão-somente os menores de 16 (dezesseis) anos. Os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito), bem como todos aqueles que tenham qualquer tipo de restrição cognitiva, reputar-se-ão relativamente incapazes.

Deste modo, o portador de deficiência mental, quando muito, será relativamente incapaz a certos atos da vida civil. Todavia, eventualmente, poderá realizar alguns atos da vida civil sem nenhum tipo de assistência.

É truísmo o argumento surrado de que a igualdade é tratar os iguais igualmente, e os desiguais desigualmente na medida da sua desigualdade. Deveras, a igualdade não se restringe à seu aspecto formal, de mera previsão legal. Ademais disto, impõe-se uma igualdade material, calcada em oportunidades diferenciadas àqueles que necessitem.

Para este propósito surgiu o conceito de “ações afirmativas”, fruto da Teoria do Impacto Desproporcional elucubrada pela jurisprudência estadunidense, assim considerada o conjunto de medidas especiais voltadas a grupos discriminados e vitimados pela exclusão social ocorridos no passado ou no presente”².

Essa “discriminação positiva” se traduz em medidas jurídicas adotadas em favor de grupos objetivamente discriminados de forma injustificada e podem sopesar em favor de minorias ou majorias, desde que proporcionando um favorecimento temporário até se atingir a isonomia concreta. Traduzem, assim, um poderoso instrumento de inclusão social.

Embora o Estatuto do Deficiente não tenha um viés de transitoriedade, providência típica das ações afirmativas, não há como se negar que seja uma medida de clara proteção à minorias ou grupos vulneráveis, com evidente adoção de políticas públicas protecionistas.³

Nesse desiderato, o propósito inegável do Estatuto do Deficiente é a inclusão social destes, sobretudo no tocante à proteção da vontade no ambiente familiar.

² Esse conceito é extraído do site do Ministério da Educação, ao justificar as cotas racias, in <<http://etnicoracial.mec.gov.br/acoes-afirmativas-cotas-prouni>>, disponível em 15 set. 2015.

³ Neste sentido os arts. 4º., 9º, 10, 16, 18, 27 entre outros, do Estatuto do Deficiente.

3 DEFINIÇÕES LEGAIS

Geralmente o legislador não ousa definir um instituto, no que, na maioria das vezes, é de se elogiar, haja vista que quando o faz invariavelmente carece de uma análise teleológica e, principalmente, engessa a evolução do instituto.

No entanto, algumas vezes é imprescindível a definição para que o destinatário da norma saiba do que se trata e, fundamentalmente, possa fazer sua subsunção adequada.

Neste aspecto andou bem o legislador. Inicialmente, estabeleceu a definição “pessoa com deficiência”, espancando velha discussão doutrinária de como dever-se-ia reportar ao portador de necessidades especiais. Ademais, dispôs no art. 2º da Lei quem será considerado “pessoa com deficiência”:

Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Deste modo, o acometido de restrições físicas, mentais, intelectuais ou sensoriais impedidos em razão delas de uma plena participação na vida social, desde que tal deficiência seja de longa duração (portanto não precisa ser vitalícia, porém não pode ser episódica), será o destinatário desta legislação.

Infere-se, portanto, que a deficiência humana pode se referir a diversos e variados aspectos, sejam eles físicos, mentais, sensoriais, motores, intelectuais, ressaltando-se, inclusive, que a lei não faz qualquer exigência em relação a níveis ou graus de deficiência, merecendo todas as pessoas a proteção e o amparo conferidos pelo Estatuto, sem qualquer distinção, em que pese muitas delas

Conforme estabelece o art. 84, *caput*, do Estatuto, “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (BRASIL-a, 2015)

Portanto, desde janeiro de 2016 a pessoa com deficiência passou a ser considerada plenamente capaz para exercer todos os atos da vida civil, ainda que haja necessidade de se valer de institutos protetivos como a *Tomada de Decisão Apoiada*⁴, criado pelo próprio Estatuto como medida de assistência específica à pessoa com deficiência. Deste modo, a interdição e *curatela* passaram a ser medidas extraordinárias e restrita aos atos relacionados aos direitos de cunho negocial e patrimonial.

A vedação da discriminação é a tônica desta legislação. Para tanto, considerou-se como discriminação “toda forma de distinção, restrição ou exclusão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência”⁵

E dentro do grupo dos deficientes, serão considerados especialmente vulneráveis a criança, o adolescente, a mulher e o idoso, com deficiência⁶.

Todavia, resta claro que a deficiência não poderá ser motivo para privar aspectos que influam decisivamente na autodeterminação e no projeto pessoal de vida. Destarte, a pessoa com deficiência terá capacidade para⁷ se casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à

⁴ Neste novo sistema da tomada de decisão apoiada, por iniciativa da pessoa com deficiência são nomeadas pelo menos duas pessoas idôneas "com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade. Trata-se de regime que também se constituirá também pela via judicial, ouvindo-se previamente o Ministério Público e equipe multidisciplinar (artigo 1783-A, §3º). Todavia, a tomada de decisão apoiada é medida cuja legitimidade ativa cabe somente ao sujeito que dela fará uso (artigo 1783-A, §2º), o que reforça o papel da autonomia do portador de transtorno mental. Possuirá apoiadores não porque lhe foram designados, mas porque assim o quis

⁵ Art. 5º.,

⁶ Art. 5º., parágrafo único

⁷ Art. 6º.

tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A regra, portanto, é de que a autodeterminação do indivíduo não seja afetada, salvo se não houver condições de exercê-la. Prova disto é de que o art. 3º., do Código Civil brasileiro, nos seus incisos, restará revogado. A redação, doravante, será simplesmente assim: “São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis) anos”. Portanto, os deficientes são incapazes “para certos atos da vida civil”. E, aprioristicamente, esta incapacidade não afeta a autodeterminação no seio familiar.

4 AUTODETERMINAÇÃO DO DEFICIENTE

Tem-se por autonomia privada, que prefere-se chamar de autodeterminação, aquela expressão tradicionalmente utilizada para a liberdade nas relações contratuais, ao passo que esta é o poder de cada indivíduo gerir livremente a sua esfera de interesses, orientando sua vida como melhor lhe aprouver.

Segundo Kant (2000, p. 66), trata-se “(...) o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional”. É, portanto, “não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal”.

Com Kant, a autodeterminação, por ele denominada de autonomia, é a competência da vontade humana para, com fundamento na razão prática, escolher em liberdade as suas leis morais. É também a base da responsabilidade individual⁸.

Maria Celina Bodin de Moraes (2010, p. 54) dá lição de que a “autonomia é o direito de governar-se conforme suas próprias leis e segundo sua própria vontade”. E conclui:

⁸ REGATEIRO, Fernando. *Ética e medicina*. Disponível em <http://www.mensageirosantoantonio.com/messaggero/pagina_articolo.asp?IDX=1141D RX=22>. Acesso: 01 jun, 2007.

Na elaboração de F. C. von Savigny, o idealizador deste imponente edifício jurídico, isto se deu fundamentalmente através do conceito de direito subjetivo individual, isto é, "do atribuir-se à vontade individual um domínio dentro do qual ela reina independentemente de qualquer vontade estranha.

Tem-se, portanto, que a autodeterminação é a prerrogativa que o indivíduo tem de decidir o que entende ser melhor para si nos aspectos interpessoais. Portanto, a autodeterminação é o poder do indivíduo de se impor e de ter respeitadas sua vontade, crenças e valores morais, reconhecendo-lhe a liberdade e a responsabilidade no que diz respeito à própria vida e à sua intimidade. É, em ultima ratio, assegurar-lhe a dignidade.

E o Estatuto do Deficiente assegura isto textualmente, ao dispor, no art. 6º., que "deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para":

I - casar-se e constituir união estável;

Logo, um portador de alguma causa transitória ou permanente de inabilidade mental não está, por conta disto, inapto para se casar.

Com efeito, este peculiar nubente não precisa mais de autorização do curador ou judicial para casar-se ou constituir união estável, como impunha-se acontecer. Caberá ao oficial do Registro Civil, quando do "processo de habilitação para o casamento"⁹, aferir se o nubente tem consciência do seu ato e das repercussões deste. Se não houver claros indícios de incapacidades (mesmo transitórias), o casamento é de rigor. Aliás, cartórios paulistas já celebraram casamentos sob a nova roupagem, conforme relatado pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família¹⁰. Segundo o oficial que celebrou este matrimônio, "é preciso que a vontade do deficiente consiga ser transmitida e

⁹ Arts. 1525 e seguintes do Código Civil brasileiro.

¹⁰ Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5919/Cart%C3%B3rio+paulista+sai+na+frente+e+realiza+casamento+in%C3%A9dito+de+pessoa+com+defici%C3%Aancia,+depois+da+Lei+Brasileira+de+Inclus%C3%A3o+>> Acesso: 10 mai. 2016.

que ela seja livre”. Se houver algum indicativo de inconsciência das repercussões do ato, deverá ser remetido ao juiz para apurar.

Claro, em hipótese alguma poder-se-á celebrar o casamento de quem não possa expressar sua declaração inequívoca, como aqueles acometidos de causa grave de debilidade intelectual, ou alguém sedado ou internado, por exemplo.

Deve-se, evidentemente, garantir os direitos do deficiente e, ao mesmo tempo, protegê-lo daqueles que queiram tirar proveito da sua deficiência.

Em tempo, os menores de 18 anos e maiores de 16 continuarão a ter suas restrições matrimoniais e demandarão autorização dos pais ou suprimento judicial para se casarem ou constituírem uniao estável. Estes não são deficientes para os fins do Estatuto, e nada muda em relação a estes.

II - exercer direitos sexuais e reprodutivos;

O deficiente tem assegurado seu direito sexual. Pode, portanto, relacionar-se sexualmente com outras pessoas, inclusive do mesmo gênero. E cabe-lhe com exclusividade optar pela sua formação familiar.

A sexualidade ampla, independentemente de se ter ou não uma deficiência, existe e se manifesta em todo ser humano. O erotismo, o desejo, a construção de gênero, os sentimentos de amor, as relações afetivas e sexuais, são expressões potencialmente existentes em toda pessoa, também naqueles que têm deficiência.¹¹

Segundo Ana Rita de Paula (psicóloga), Mina Regen (assistente social) e Penha Lopes (pedagoga), na obra “Sexualidade e Deficiência: Rompendo o Silêncio” (2005, p. 32)

Crescer, apaixonar-se, namorar, transar. É o que, geralmente, acontece com as pessoas. Porém, quando no deparamos com alguém que - se locomove em uma cadeira de rodas, não enxerga com os olhos; não se comunica com a fala e a audição; tem uma inteligência

¹¹ BORTOLOZZI, Ana Cláudia. Disponível em <http://www.bengalalegal.com/desfazendo-mitos> Acesso: 23 mai. 2016

diferenciada da maioria das pessoas e/ou não enxerga e ouve ao mesmo tempo - provavelmente não imaginamos que este ser humano possa, naturalmente, sentir desejo e se relacionar sexualmente

A sexualidade faz parte da vida de qualquer ser humano, seja uma pessoa com deficiência ou não. É um preconceito rasteiro e absolutamente carente de cientificidade imaginar-se que um deficiente é privado de sexualidade. Os mitos sobre a sexualidade e deficiência referem-se às idéias, discursos, crenças, inverdades, que são ideológicas e que foram padrões sociais por muito tempo.

Há de se compreender e aceitar a sexualidade como instrumento de relacionamento (e não unicamente como ato sexual), como *expressão da afetividade, capacidade de estar em contato consigo e com o outro, e como construção da auto-estima e do bem-estar.*

Todavia, questão polêmica ainda se ressente no Direito Penal. Tão logo emergiu o Estatuto do Deficiente, vozes se levantaram no sentido de que o “estupro contra vulnerável”, previsto no art. 213 cc. 217, parágrafo único, ambos do Código Penal¹², estaria revogado.

Ousamos discordar. Não cremos na revogação do crime de “estupro contra vulnerável” em razão de incapacidade mental. Faz-se necessário, apenas, conformá-lo com o Estatuto do Deficiente.

Sim, pois o tipo penal reclama para a sua consumação ter relação sexual com alguém que, “por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”

Não se pode imaginar que todo aquele que tenha relação sexual com um portador de debilidade intelectual seja criminoso. Isso, em última instância, afastaria inclusive a liberdade sexual do incapaz, posto que ninguém se arriscaria a se envolver com ele.

¹² Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso; Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Porém, haverá crime se o portador de deficiência mental estiver absolutamente privado do discernimento sexual em razão de nível severo ou profundo¹³. Assim, ter relação sexual com alguém.

III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar;

O planejamento familiar, pautado na paternidade responsável é livre decisão dos pais, cabendo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para esse exercício. A partir dessa regra prevista constitucionalmente emerge o direito de um indivíduo em ser pai ou mãe, direito esse que eventualmente só poderá ser concretizado para alguns mediante a paternidade genética, uma vez que não se satisfariam com uma adoção por exemplo. E se é direito do indivíduo, é dever do Estado assegurá-lo, devendo propiciar os meios para esse fim, e abstraindo-se de limitá-los

Não há como se negar o “Direito a ser pai” ou o “Direito a ser mãe”, desde que a pretensão seja fundada num critério responsável. Sobretudo porque o planejamento familiar é questão íntima, que diz respeito somente àquele que pretende constituir prole¹⁴.

É, pois, decorrência da autonomia do indivíduo em autodeterminar sua família. E como direito fundamental, é imposto ao Estado pela Constituição

¹³ Segundo a Associação Americana de Deficiência Mental, a deficiência mental pode ser de nível: LEVE: As pessoas com esse nível de deficiência podem desenvolver habilidades escolares e profissionais. Chegando, inclusive a prover a sua manutenção, muito embora necessitem, algumas vezes, de ajuda e orientação em situações sociais diferentes daquelas a que estão acostumados; MODERADO: O indivíduo com deficiência mental moderada tem capacidade insuficiente de desenvolvimento social. Mas poderá manter-se economicamente através de programas supervisionados de trabalho; SEVERO: As pessoas portadoras de deficiência mental de nível severo, apresentam pouco desenvolvimento motor e mínimo desenvolvimento de linguagem. Poderão contribuir apenas parcialmente para sua subsistência, em ambientes controlados; PROFUNDO: As pessoas com a deficiência nesse nível tem um retardo intenso e a capacidade sensorial motora mínima. Mesmo, com suas dificuldades há possibilidades de adquirirem hábitos de cuidados pessoais, através de programas de " condicionamento operante.

¹⁴ BRASIL, Constituição Federal, art. 227, *caput*.

Federal o dever de assegurar os métodos científicos para tanto, à luz do disposto no art. 206, § 7º:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

A partir dessa regra prevista constitucionalmente emerge o direito de um indivíduo em ser pai ou mãe, direito esse que eventualmente só poderá ser concretizado para alguns mediante a paternidade genética, uma vez que não se satisfariam com uma adoção por exemplo. E se é direito do indivíduo, é dever do Estado assegurá-lo, devendo propiciar os meios para esse fim, e abstraindo-se de limitá-los. Assim, uma vez que os avanços da ciência permitem que um indivíduo possa efetivar a pretensão da paternidade genética, inclusive com a possibilidade de aprimoramento genético de sua filiação, o Estado não poderá coibir essa pretensão. Ao revés, deverá assegurá-la, quer seja a impossibilidade da paternidade genética vista como direito sócia à saúde, quer vista como regra constitucional por si só assegurada.

IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

Num passado não muito distante, países como os Estados Unidos da América desenvolveram programas de eugenismo, com clara restrição à paternidade de alguns grupos, inclusive com vistas às esterilizações compulsórias e em massa.

No século XIX, nos EUA, Humphrey Noves fundou uma comunidade para atestar a capacidade geral das crianças para considerá-las física e mentalmente sãs. E no Século XX surgiu a Associação Americana de Reprodução, cuja principal proposta era a esterilização e restrição de casamento entre pessoas consideradas indesejáveis, tais como “os débeis mentais, os loucos, os criminosos, os epiléticos, os alcoólatras e todo tipo de

viciados, os doentes (tuberculosos, sífilíticos, leprosos) os cegos, os surdos, os disformes, os indivíduos marginais (órfãos, vagabundos, moradores de rua e indigentes; DIWAN, 2007, p. 57)".

Segundo Pietra Diwan (2007, p. 57), essa instituição fora financiada por pessoas de grande porte econômico, como por exemplo o magnata Rockefeller. E é neste contexto que a primeira lei de esterilização foi aprovada (1907), estimando-se que mais de 50.000 pessoas tenham sido esterilizadas nos EUA entre 1907 a 1949. Porém, conforme a mesma autora, nada foi tão cruel como as leis nazistas e a ideologia da supremacia da raça ariana. Em 1933 houve a aprovação da lei de esterilização, com a seguinte redação:

Toda pessoa portadora de uma doença hereditária poderá ser esterilizada por meio de uma operação cirúrgica, se, após as experiências médicas, for atestado que há uma grande probabilidade de que os descendentes dessa pessoa sejam afetados por um mal hereditário grave, mental ou corporal.(...) É considerado portador de uma doença hereditária pelo senso da lei toda pessoa que sofre das seguintes doenças: 1) debilidade mental congênita; 2) esquizofrenia; 3) loucura circular; (maníaco depressivo); 4) epilepsia hereditária; 5) doença de Huntington; 6) cegueira hereditária; 7) mal formação corporal grave e hereditária.

Tereza Rodrigues Vieira (1000, p. 68) apresenta fatos sobre vários países que adotaram o controle de natalidade com um intuito nitidamente eugênico:

Em 1757, o Parlamento sueco aprovou lei proibindo epiléticos se casassem, baseando-se em critérios eugênicos.

A Suécia, entre 1935 e 1976, manteve um programa secreto de esterilização compulsória de pobres, doentes ou etnias impuras. Tal fato se deveu à redução dos gastos do sistema de seguridade social, constituindo uma raça pura.

Sessenta mil pessoas foram submetidas à esterilização no país, incluindo deficientes físicos, mentais e outras pessoas consideradas inferiores, como delinquentes, prostitutas e ciganos.

O mesmo ocorreu, em menor escala na Suíça, Noruega e Finlândia. Na Dinamarca, uma lei impõe a esterilização em mulheres com Q.I. inferior a 75. Maria Nordin foi esterilizada em 1943, quando cotnava com 17 anos, após ser

confundida com uma doente mental. Era míope e não conseguia acompanhar o rendimento escolar de seus colegas, por não possuir óculos. Assim, foi transferida para uma escola para doentes mentais, de onde só saiu após ser obrigada a concordar com a esterilização. (...) De 1907 a 1948, mais de 50 mil pessoas, em sua maioria adolescentes, foram esterilizadas nos Estados Unidos por terem sido consideradas fracas de espírito, epiléticas, delinquentes sexuais e criminais.

Já se propôs nos Estados Unidos a não-autorização de procriar àqueles que possuíssem o genoma alterado (...) Packard nos relata que, nos anos 50, a Carolina do Norte esterilizou mais de 100 mil habitantes débeis mentais (...) Na Alemanha, após a tomada do poder pelos nazistas em 1933, houve uma campanha de esterilização nacional, atingindo mais de 200 mil pessoas que, segundo eles, eram portadoras de perturbações hereditárias graves do corpo e do espírito, abrangendo a surdez ou a cegueira, e o alcoolismo. Mais de 100 mil pessoas portadoras de deficiências foram mortas, após servirem de cobaias em experiências científicas humanas. Em 31 de janeiro de 1989, a Alemanha, através de um projeto de lei adotado pelo Senado de Berlim, permitiu a esterilização, independentemente de consentimento, de pessoa maior, quando a gravidez pudesse constituir um perigo para a saúde física ou moral, ou baseada na incapacidade de criar um filho.

A citação é extensa, mas reveladora. Suíça, Noruega, Finlândia, Dinamarca e Alemanha são alguns dos países que por motivos dos mais variados, bem como por interesses diversos, adotaram técnicas de supressão de natalidade eugênicas.

No Brasil, alguns deficientes foram submetidos a esterilização involuntária mediante autorização judicial, cuja solicitação partia dos parentes e até do Ministério Público. Por exemplo, no site do Ministério Público do Paraná há disponibilizado, inclusive, modelo de pedido judicial de alvará de esterilização de deficientes mentais¹⁵.

Com o Estatuto do Deficiente, é vedada qualquer política de esterilização compulsória contra deficientes. Estes somente poderão ser

¹⁵ O modelo de ação judicial de esterilização de pessoa com deficiência está disponível no site <http://www.ppd.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=385>. Entre alguns fundamentos da causa de pedir, destaca-se: "A preocupação da curadora e de parentes de Dinacelli é que esta não tem consciência de seus atos sexuais, não usando nenhum método anticonceptivo, e não há como controlar sua vida sexual, já que está em atividade e não aceita conselhos, orientações ou acompanhamento."

esterilizados se estiverem plenamente cientes do ato e concordarem com o procedimento, tudo sob pena de crime, nos termos do art. 15, da Lei 9263, de 12 de janeiro de 1996.¹⁶

Portanto, pedidos judiciais como aqueles manuseados pela promotoria do Paraná estão sepultados e fazem parte apenas de uma triste história de preconceito contra os incapazes.

V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

O deficiente poderá, portanto, ser guardião, tutor, curador e adotante. É o paradoxal que um indivíduo que em regra não era capaz para zelar dos seus próprios negócios, poderá velar pelos negócios alheios como tutor ou curador.

No entanto, evidentemente, e sob pena de responsabilidade pessoal do juiz, ao nomear um curador o magistrado deverá levar em conta os interesses do curatelado. Assim, se um indivíduo não revelar condição de gerir seu patrimônio em razão de deficiência mental, por óbvio não poderá ser nomeado curador alheio. Ora, quem não administra o seu próprio patrimônio por suposto não pugnará do patrimônio de outrem.

Vê-se, portanto, que não haverá prévia restrição à autodeterminação. Neste passo, o deficiente somente será privado da prerrogativa de ser guardião ou tutor se não tiver condição de zelar do menor. Pelo mesmo motivo não poderá ser curador se não puder discernir sobre negócios jurídicos, a fim de não prejudicar o incapacitado interditado do qual

¹⁶ Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave. Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço se a esterilização for praticada: (...) II - com manifestação da vontade do esterilizado expressa durante a ocorrência de alterações na capacidade de discernimento por influência de álcool, drogas, estados emocionais alterados ou incapacidade mental temporária ou permanente;

um outro incapacitado se tornaria curador. Essa, inclusive, é a dicção do art. 1.735, I, combinado com o art. 1.781, todos do Código Civil.¹⁷

4.1 Negócios jurídicos familiares

Importante questão que se levanta: é possível que um deficiente lavre escritura de pacto antenupcial ou contrato de convivência para dispor de questões patrimoniais sobre seu atual relacionamento, ou que firme testamento com efeitos evidentemente *post mortem*?

Embora tangencie o Direito de Família, pacto antenupcial e contrato de convivência são típicos negócios jurídicos.

A expressão “negócio jurídico” não é empregada no Código Civil no sentido comum de operação ou transação comercial, mas como umas das espécies em que se subdividem os atos jurídicos lícitos. O negócio jurídico nada mais é “o poder de auto-regulação dos interesses que contém a enunciação de um preceito, independentemente do querer interno” (DINIZ, 2005, p.417). Ou seja, em termos gerais, o negócio jurídico é um fato jurídico humano lícito que gera consequências jurídicas recíprocas. E, nos termos do art. 104, I, do CC, “a validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz”.

Como visto acima, os portadores de deficiência mental tem autodeterminação. Todavia, continuam privados de autonomia negocial. E o pacto antenupcial, o contrato de convivência e o testamento são tipicamente negócios jurídicos.

Tais documentos versam unicamente sobre questões patrimoniais. Por conseguinte, privar os portadores de deficiência de autonomia negocial patrimonial não interfere em sua autodeterminação. Ao contrário, protege-os.

Assim, pensamos que um portador de deficiência mental pode se casar sem autorização judicial ou parental, mas não pode realizar pacto antenupcial; pode viver em união estável, mas não pode firmar contrato de convivência.

¹⁷ Art. 1.735. Não podem ser tutores e serão exonerados da tutela, caso a exerçam: I – aqueles que não tiverem a livre administração de seus bens; Art. 1.781. As regras a respeito do exercício da tutela aplicam-se ao da curatela, com a restrição do art. 1.772 e as desta Seção.

O mesmo se diga em relação ao testamento, pois “além dos incapazes, não podem testar os que, no ato de fazê-lo, não tiverem pleno discernimento”, a teor do art. 1.860, do Código Civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, que “instituiu a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”, trouxe grandes reflexões na órbita do Direito Civil, notadamente no Direito de Família.

Doravante, eventual deficiência cognitiva, *de per se*, não poderá ser motivo para privar aspectos que influam decisivamente na autodeterminação e no projeto pessoal de vida. Destarte, a pessoa com deficiência terá capacidade para se casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

A regra, portanto, é de que a autodeterminação do indivíduo não seja afetada, salvo se não houver condições de exercê-la. E por autodeterminação entenda-se a prerrogativa que o indivíduo tem de decidir o que entende ser melhor para si nos aspectos interpessoais, como o poder de se impor e de ter respeitadas sua vontade, crenças e valores morais, reconhecendo-lhe a liberdade e a responsabilidade no que diz respeito à própria vida e à sua intimidade. É, em *ultima ratio*, assegurar-lhe a dignidade.

E o Estatuto do Deficiente assegura isto textualmente, ao dispor, no art. 6º., que “deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa (...)”:

Por conseguinte, atos jurídicos como casamento, união estável, adoção, guarda e outros que digam respeito a regra familiares são extensíveis

aos portadores de deficiência que possam discernir as consequências destes atos. Poderão praticá-los e colocarem-se em sujeição legal a estes institutos independentemente de autorização judicial ou de seus representantes.

Todavia, não poderão celebrar nenhum negócio jurídico familiar, como pacto antenupcial, contrato de convivência, testamento etc., haja vista que tais são tipicamente negócios jurídicos, e não se admitem suas celebrações por pessoas que não sejam absolutamente capazes.

REFERÊNCIAS

AGUADO, Paz de La Cuesta. *La reproducción asistida humana sin consentimiento. Aspectos penales*. Valencia: Servicio de Publicaciones Univesidad de Cadiz, 1999.

ALMEIDA JUNIOR, Jesualdo Eduardo. *Descendência genética*. Curitiba: Ed. Juruá, 2016.

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. *A Parte Geral do Projeto de Código Civil Brasileiro*. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Belo Horizonte: Renovar, 2003.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: Existência, validade e eficácia*. São Paulo : Saraiva, 1986.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contextos social*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

BARROS, Sérgio Rezende de. *A ideologia do feto*. Disponível em <<http://www.srbarros.com.br/pt/a-ideologia-do-afeto.cont#ld>> Acesso: 21 jan. 2013.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos estados unidos do brasil comentado*. Rio de Janeiro: Imprensa, 1956. V. I.

BISCAIA, Jorge. *Problemas éticos da reprodução assistida*. Revista de Bioética, v. 11, no. 02. Disponível em <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/181/185>. Acesso: 25 jan. 2013.

BLACK, Edwin. *Guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha dos Estados*

Unidos para criar uma raça dominante. Tradução: Tuca Magalhães. São Paulo: Girafa Editora, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campous, 1992.

BORTOLOZZI, Ana Cláudia. *Desfazendo mitos sobre a sexualidade e deficiências*. Disponível em <<http://www.bengalalegal.com/desfazendo-mitos>> Acesso: 23 mai. 2016

BRASIL. *Código Civil*. Brasília: Senado, 2002.

BRASIL. *Código Penal*. Brasília: Senado, 1940.

CAMARGO, Juliana Frozel de. *Reprodução humana, ética e direito*. Campinas: Edcamp, 2003.

CAO, Emanuele. *Bioética. Nuevos derechos y autonomia de la voluntad*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2000.

CORDOVA, Ismael. *A distinção da deficiência da mental e o autismo*. http://cordovaismael.jusbrasil.com.br/artigos/220514197/a-distincao-da-deficiencia-da-mental-e-o-autismo?ref=topic_feed

COSTA, Ana Maria. *Planejamento familiar no brasil*. Revista de Bioética, V. IV, no. 02. Disponível em <

http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/416/379>. Acesso: 23 jun.2013.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, V. I

FACHIN, Rosana. *Em busca da família do novo milênio*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Minas Gerais: IBDFAM, 2005.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRY, Luc. *A Revolução do amor: por uma espiritualidade laica*. Tradução de Véra Lucia dos Reis. São Paulo: Objetiva, 2012.

FILHO, Paulo de Carvalho: *in* PELUSO, Cezar, Código Civil Comentado - Doutrina e Jurisprudência, Barueri, Manole, 2007, p. 1536.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: parte geral: teoria constitucionalista do delito*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: LFG – Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2006, v. III.

KANT, Imanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Editora Martin Claret: São Paulo, p. 64-65.

MAIA Júnior, MAIRAN Gonçalves. *A representação no negócio jurídico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil*. Tendências, in Revista dos Tribunais n. 779, p. 54

PAULA, Ana Rita de; REGEN, Mina; LOPES, Penha. *Sexualidade e Deficiência: Rompendo o silêncio*. São Paulo: Expressão & Arte Editora, 2005

PORTO, Sérgio. *Afronta à família*. Porto Alegre: Síntese Publicações, 2002, CD-ROM n.37. Produzida por Sonopress Rimo e Comercio Fonografico Ltda.

REGATEIRO, Fernando. *Ética e medicina*. Disponível em <http://www.mensageirosantoantonio.com/messaggero/pagina_articolo.asp?lDX=114IDRX=22>. Acesso: 01 jun, 2007

RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000.

RODRIGUES, Raimundo Nina. *O alienado no direito civil brasileiro*. 3ª.ed. São Paulo, Rio de Janeiro, Recife, Porto Alegre : Companhia Editora Nacional, 1939.

SIMÃO, José Fernando. *Responsabilidade civil do incapaz*. São Paulo: Atlas, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, Rio de Janeiro:Renovar, 2004, v. I.

**A NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REAL DE LAJE E O
DIREITO DE SUPERFÍCIE: UM INSTITUTO CRIADO PELA LEI
13465/17**

DALAGO, Jacqueline Letícia Stachwski¹
SCHRINER, Sarah Francine²

RESUMO: O presente artigo tem por objeto o direito de superfície em comparação ao novo instituto criado pela Lei 13.465/17, o direito de laje. Partindo dessa premissa, analisa-se se o direito de laje atende a todas as características fundamentais que se enquadram os direitos reais, ou se consiste apenas em uma extensão do direito de superfície, já positivado no ordenamento e que inclusive já previa diversas possibilidades do exercício do direito de laje, por ter como atributo a sobrelevação. Como método de pesquisa serão utilizados os institutos abrangidos pelo Código Civil, além de uma investigação doutrinária e jurisprudencial. Por fim, o escopo do trabalho é realizar uma análise crítica do instituto da laje frente ao direito de superfície, expor os efeitos da implantação desse novo direito real no ordenamento jurídico, verificando se houve um avanço ou um retrocesso legislativo.

Palavras-chave: Direito Real; Direito Real de Superfície; Direito Real de Laje.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the surface law in comparison with the new institute created by Law 13.465/17, the slab right. Based on this premise, it will be analyzed whether the slab law meets all the fundamental characteristics that are part of the royal law, or whether it consists only of an extension of the right of surface, already positive in our system and that already included several possibilities for the exercise of the slab law, because it has as an attribute the overhead. For the problematization of the theme will be used the institutes covered by the Civil Code, in addition to a doctrinal and jurisprudential investigation. Finally, it intends to expose the effects of the implantation of this new real right in the legal order, checking if there has been a legislative advance or a retrogression.

Keywords: Real Law; Real Surface Right; Right of Slab.

¹ Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, *Campus* São Bento do Sul, Santa Catarina. E-mail: jacqueline.dalago@condor.ind.br

² Orientadora e Professora do Curso de Ciências Jurídicas pela Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE, *Campus* São Bento do Sul, Santa Catarina. E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br

1 INTRODUÇÃO

O crescimento populacional progressivo e a ocupação das áreas urbanas do país, tiveram início principalmente na época da Revolução Industrial, onde a população dos locais mais afastados passou a se concentrar nas áreas centrais das cidades, ocorrendo o desenvolvimento do comércio e também da moradia. É notório que tudo isso trouxe resultados, nem todos positivos, uma vez que dentre os resultados negativos percebidos há evidentes desigualdades sociais e econômicas, além das dificuldades demográficas. A população mais carente, viu-se obrigada a ocupar morros, criando as chamadas favelas que se tornaram famosas no Brasil.

Diante dessa perspectiva, é possível verificar uma verdadeira crise espacial, onde a laje ou o conhecido puxadinho se tornaram um produto tipicamente brasileiro. Pais, cedem aos seus filhos, através de uma doação, algumas vezes instrumentalizada outras vezes não, a laje de sua casa para uma construção independente. Realidade esta que ocorre com terceiros, sem vínculos familiares uns com os outros.

Tal fenômeno social, criou um descompasso entre o direito legislado e o meio social. Alguns problemas tornaram-se evidentes, como definir de quem é de fato a propriedade construída e a regularização dessa construção. O legislador esteve compelido a discutir sobre o assunto e encontrar uma solução normativa, que pudesse garantir o direito dessas pessoas que na maioria das vezes investiram todas as suas economias para ter uma moradia digna.

Criou-se então a Medida Provisória 759, convertida na Lei 13.465, de 11 de julho de 2017, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana e rural e instituiu o direito real de laje no artigo 1.225 do Código Civil.

A Medida Provisória 759, por mais recente que seja, já passou por modificações, transformando-se na Lei 13.465/17, devido algumas críticas doutrinárias e interpretações avessas. Embora o intuito do legislador constituísse na solução de um problema constante na sociedade, muitos doutrinadores criticam a implantação do direito de laje no rol taxativo dos direitos reais. Alguns acreditam que o direito real de laje é apenas uma

extensão do direito real de superfície, sendo desnecessário o tratamento autônomo dessa modalidade. Outros acreditam que embora haja semelhanças, o direito real de laje possui características próprias, importantes para sua diferenciação.

Feitas essas considerações, o objetivo deste trabalho envolve analisar criticamente, a legislação brasileira, a doutrina e a jurisprudência, além de verificar as características que envolvem os direitos reais. Desenvolver um raciocínio jurídico a respeito da criação do direito real de laje, seus benefícios, como a autonomia e regularização de unidades de construção e a crítica corrente de alguns doutrinadores, sobre a desproporção no modo como esse direito foi incluso no ordenamento jurídico.

2. CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS REAIS DE LAJE E SUPERFÍCIE

Em sua obra, Gonçalves (2017, p.12), traz uma acepção sobre direito real ou o chamado direito das coisas:

Segundo a clássica definição de CLÓVIS BEVILÁQUA, direito das coisas “é o complexo de normas reguladoras das relações jurídicas referentes às coisas suscetíveis de apropriação pelo homem. Tais coisas são ordinariamente, do mundo físico, porque sobre elas é que é possível exercer o poder de domínio

Ainda, segundo o mesmo autor, o vocábulo *reais* decorre de *res*, que significa coisa. Coisa é gênero do qual *bem* é espécie. Os direitos reais consistem em um conjunto de normas que regulam coisas suscetíveis de valor econômico e apropriação exclusiva pelo homem. Tem efeito *erga omnes*, sendo, portanto, um direito onde de um lado está a pessoa e do outro a coisa em face de uma coletividade, havendo uma relação de domínio (propriedade) entre elas. (GONÇALVES, 2017).

Para melhor caracterização, utiliza-se o estudo feito por Gagliano e Pamplona Filho (2017, pp. 62-63):

Nesse diapasão, com fundamento na doutrina do genial ARRUDA ALVIM, poderíamos enumerar as seguintes características dos direitos reais, para distingui-los dos direitos de natureza pessoal:

- a) legalidade ou tipicidade — os direitos reais somente existem se a respectiva figura estiver prevista em lei (art. 1.225 do CC/2002);
- b) taxatividade — a enumeração legal dos direitos reais é taxativa (*numerus clausus*), ou seja, não admite ampliação pela simples vontade das partes;
- c) publicidade — primordialmente para os bens imóveis, por se submeterem a um sistema formal de registro, que lhes imprime essa característica;
- d) eficácia erga omnes — os direitos reais são oponíveis a todas as pessoas, indistintamente. (...);
- e) inerência ou aderência — o direito real adere à coisa, acompanhando-a em todas as suas mutações. (...);
- f) sequela — como consequência da característica anterior, o titular de um direito real poderá perseguir a coisa afetada, para buscá-la onde se encontre, e em mãos de quem quer que seja. É aspecto privativo dos direitos reais, não tendo o direito de sequela o titular de direitos pessoais ou obrigacionais.

De maneira sucinta, durante a história, não existiu um conceito único de propriedade, embora sempre fosse discutida e garantida. Tinha um caráter absoluto, ao contrário do que se verifica atualmente, como sendo um direito relativo, visto que deve cumprir sua função social, sob pena de perdê-la.

O direito de superfície era desconhecido por não se caracterizar ao princípio, *onme quod solo inaedificatur, vel implantatur, solo cedit* (tudo aquilo que se edifica, ou planta, adere ao solo), isto é, tudo aquilo que um terceiro acrescentasse ao solo, seja por acessão ou benfeitoria, seria incorporada ao solo, portanto pertenceria ao proprietário. Na época prevalecia a co-existência, separada da propriedade do solo e da propriedade da construção ou plantação.

Em vários países o direito de superfície foi reconhecido pelas legislações apenas no século XX.

Surgido primeiramente no direito público, por ocasião das concessões para edificar sobre o solo do Estado e das cidades conferidas aos particulares, e ampliado depois também aos terrenos privados, o instituto da superfície representou uma atenuação introduzida pelo Pretor ao princípio absoluto e rigoroso da acessão imobiliária, segundo o qual tudo quanto se construísse ou se pusesse no solo alheio caía necessariamente sob o domínio do proprietário do solo. (BENASSE, 2002, p. 71).

Sobre o direito de superfície, explica Venosa (2004, p. 425), “(...) o proprietário do solo mantém a substância da coisa, pertencendo-lhe o solo, no qual pode ter interesse de exploração ou utilização do que dele for retirado”.

No Brasil teve regulamentação no Estatuto da Cidade em 2001, nos artigos 21 ao 24, estabelecendo que o proprietário urbano poderá conceder gratuita ou onerosamente o direito de superfície, por tempo determinado ou não, mediante escritura pública, respondendo o superficiário pelos encargos e tributos que incidirem sobre a propriedade superficiária. O direito de superfície abrange a utilização do solo, subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno.

O Estatuto da Cidade foi criado com o objetivo de estabelecer uma política urbana, bem como regulamentar a verdadeira função social da propriedade. O direito real de superfície também se encontra positivado no Código Civil de 2002, nos artigos 1.369 ao 1.377, banindo a enfiteuse prevista no Código Civil de 1916.

Conforme mencionado no dispositivo legal em epígrafe, o proprietário pode conceder a terceiro o direito de construir ou plantar em seu terreno, de forma gratuita ou onerosa, mediante escritura pública e por tempo estabelecido, respondendo o superficiário pelo tributos e encargos que recaírem sobre o imóvel. O direito de superfície não autoriza obras no subsolo, salvo se for inerente ao objeto da concessão. Quando constituído à pessoa jurídica de direito público interno, rege-se por este Código Civil, exceto aquilo que for disciplinado em lei especial.

Nota-se que há diferenças entre a superfície prevista no Estatuto da Cidade (lei especial) e no Código Civil, porém as normas previstas neste não revogaram as normas constantes no Estatuto da Cidade. O direito de superfície tem caráter de direito real, não havendo qualquer diferença nesse sentido se aplicado através do regramento do Estatuto da Cidade ou do Código Civil. Há apenas uma diferenciação quanto ao *plano vertical* da concessão superficiária nos dois diplomas, conforme esclarece Mazzei (2007).

Já o direito real de laje, em imóveis públicos ou privados, surgiu de modo recente como uma inovação legislativa. Diversas vezes os títulos de propriedade, principalmente as favelas, não eram considerados válidos em relação ao direito oficial e vigente, sendo que as resoluções de conflitos de

propriedade e vizinhança eram resolvidas através de associação de moradores. Algumas vezes o legislador era obrigado a resolução de conflitos, através do direito vigente, enquadrando as situações ao direito de propriedade e superfície.

Conforme Farias, El Debs e Dias (2018), o direito real de laje nasce com uma perspectiva de direito fundamental, respeitando o já codificado direito de propriedade e o direito fundamental de moradia, explícito no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Considerado um direito real, a laje passou a integrar o rol taxativo dos direitos reais vigentes em nossa legislação, precisamente no artigo 1.225 do Código Civil. Além disso, foram introduzidos os artigos 1.510-A ao 1.510-E, neste mesmo ordenamento.

Sua definição, no artigo 1.510-A do Código Civil estabelece que:

Art. 1.510-A. O proprietário de uma construção-base poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo.

§ 1º O direito real de laje contempla o espaço aéreo ou o subsolo de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base.

Observa-se que a palavra *superfície* trazida no texto pelo legislador, decorreu de mera escolha linguística, não havendo relação ou direcionamento com o direito de superfície.

O legislador ao adotar um caráter independente para laje, diferenciando-a dos demais tipos de propriedade, traz a obrigatoriedade do registro público, como forma de regulamentação oficial desse instituto, pautando-se na criação autônoma de matrícula perante o Registro de Imóveis.

Os direitos reais de laje e superfície, possuem características próprias, razão pela qual serão identificadas ao longo deste estudo.

3 NATUREZA JURÍDICA E ATRIBUTOS DO DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE

Instituído com o objetivo de melhor ocupação de terrenos não utilizados, o direito de superfície foi recepcionado pelo Código Civil, nos artigos 1.369 ao 1.377 e como mencionado acima, em substituição a enfiteuse foi elevado ao rol taxativo dos direitos reais.

O direito de superfície abrange o direito de plantar ou construir. Logo que o Código Civil não tenha recepcionado o uso do subsolo, o Estatuto da Cidade prevê essa possibilidade.

Figuram como partes, dois sujeitos: o proprietário, também chamado de fundeio, é aquele que cede o uso do bem imóvel para outrem e o superficiário, que recebe a coisa para construir ou plantar.

No dizer de Pereira (2004, p. 243), “é direito real sobre coisa alheia, sendo um desdobramento da propriedade”.

Pode ser gratuita ou onerosa e veda a instituição perpétua. O superficiário tem direito de uso, gozo ou fruição, dispor e reivindicar, podendo a superfície ser objeto de garantia, hipoteca, usucapião (embora alguns doutrinadores defendem que não), além de ser possível a sua transferência por herança. Cabe as ações possessórias, de manutenção e reintegração de posse, petições e cautelares.

Segundo leciona Benasse (2002, p. 77):

É tido como um direito autônomo, imobiliário (por força do art. 80 do novo Código Civil), complexo, temporário e transmissível, podendo, entretanto, transformar-se em móvel se puder ser removida sem perecimento, por força do art. 81 do mesmo diploma. É, portanto, mero direito real de uso da coisa imóvel por tempo determinado ou indeterminado, ou, ainda, mera cessão temporária de uso.

Conforme prevê a legislação, o proprietário e o superficiário respondem proporcionalmente pelos encargos, tributos e obrigações referentes a sua parcela de ocupação, ressalvadas as fiscais decorrentes do imóvel, portanto caracteriza-se como a divisão de dois patrimônios distintos.

Tal divisão é essencial para que o direito de superfície cumpra com sua função econômica e social de propriedade.

Por se tratar de propriedade resolúvel, isto é, não abrangendo a perpetuidade, não demandará matrícula autônoma da acessão, apenas averbação na matrícula do próprio terreno, exigindo-se escritura pública nos casos previstos no artigo 108 do Código Civil:

Art. 108. Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.

4 NATUREZA JURÍDICA E ATRIBUTOS DO DIREITO REAL DE LAJE

Como dito anteriormente, o objetivo de instituir o direito de laje no ordenamento é a regularização principalmente das áreas favelizadas, conferindo maior segurança no que diz respeito ao uso dessas propriedades. Portanto, esse novo instituto nada mais é do que uma manifestação jurídica do direito de propriedade, ou melhor, trata-se de uma nova modalidade de propriedade, por alguns caracterizada como uma propriedade em 3D, com as seguintes características postas por Farias, El Debs e Dias (2018, pp. 59-60):

Indo além algoritmos e arestas, a laje é propriedade em três dimensões porque calcada (i) em um desentranhamento da obviedade de vinculação ao solo, (ii) porque nascida dos mais diretos e gritantes anseios sociais e (iii) porque possibilita um reconhecer das titularidades muito além da dicotomia propriedade-limitação.

Através da conversão da Medida Provisória 759, para a Lei 13.465/17, trazendo nova redação ao artigo 1.510-A no Código Civil, além do § 9º acrescido ao artigo 176 da Lei de Registros Públicos, foi decisiva ao reconhecer a laje como sendo de natureza real.

Conforme Farias, El Debs e Dias (2018, pp. 22-23), citando Mazzei, a laje, “(...) em curtas palavras seria a possibilidade de construir (...) sobre

edificação alheia, aproveitando-se da sobre do respectivo volume vertical acima do solo”.

A laje consiste no direito real de unidade distinta daquela originariamente construída sobre o solo, através de cessão gratuita ou onerosa, da superfície superior ou inferior de uma construção. Portanto não é apenas a laje propriamente dita que serve de ponto de partida, mas também o solo, uma vez que é possível caracterizar o direito real de laje para construções subterrâneas.

Diante disso, para melhor conceituação, ainda utilizando o estudo feito por Farias, El Debs e Dias (2018), a laje pode se apresentar de forma ascendente como descendente, sempre de forma verticalizada. É possível caracterizá-la da seguinte maneira: a construção base, pode ter uma laje em sobrelevação ou uma laje em infrapartição, isto é, acima da construção base ou abaixo. Além disso, pode ser qualificada como sobrelaje, a construção feita acima da laje em sobrelevação. Essa última modalidade depende da autorização de todos os demais titulares e deve seguir os regramentos de postura e edificação, além da norma local, referente urbanização e tamanho das construções.

Prevê o Código Civil, no artigo 1.510-A:

Art. 1.510-A (...).

(...).

§ 5º Os Municípios e o Distrito Federal poderão dispor sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje.

§ 6º O titular da laje poderá ceder a superfície de sua construção para a instituição de um sucessivo direito real de laje, desde que haja autorização expressa dos titulares da construção-base e das demais lajes, respeitadas as posturas edilícias e urbanísticas vigentes.

Configurando essa relação, deve-se mencionar: o proprietário, que possui o direito de propriedade sobre a construção base (construção original) e o lajeário, aquele que adquire o direito de laje, seja a laje em sobrelevação ou infrapartição.

Observando a norma, a laje nasce como um novo imóvel, autônomo e independente, com atributos próprios e sem relação de dependência ou

subordinação com o imóvel que lhe serviu de base, embora a base seja necessária, para a caracterização desse direito. Além disso, poderá ter matrícula própria no cartório de registro de imóveis, averbação desse fato na matrícula da construção base e ainda nas matrículas das lajes anteriores.

Outra particularidade é que a laje não terá valor vinculado à construção original podendo ser objeto de avaliação individualizada. O lajeário possui todos os direitos inerentes à propriedade, ou seja, usar, gozar e dispor, podendo ser objeto de transmissão hereditária, conteúdo patrimonial, testamental, compra, venda, doação, garantia, alienação, usucapião e partilha nos casos de dissolução de casamento ou união estável.

Situa o Código Civil, no artigo 1.510-D e seus parágrafos, que em caso de alienação de qualquer unidade sobreposta, haverá direito de preferência em igualdade de condições com os terceiros, sendo cientificados por escrito. No caso de mais de uma laje, haverá preferência sucessiva, com prioridade para a laje mais próxima da unidade sobreposta a ser alienada.

5 DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO REAL DE LAJE E O DIREITO REAL DE SUPERFÍCIE

Para melhor identificação do direito real de laje e superfície, acrescenta-se neste estudo uma breve diferenciação dos dois institutos. Partindo da premissa legislativa, o direito de superfície é de caráter temporário, o registro permanece na *matrícula-mãe* e a superfície fica vinculada ao solo.

A laje pode ter caráter perpétuo, o registro é feito em matrícula própria, é autônomo, ou seja, não possui vinculação com a construção base, portanto, não tem fração ideal do solo.

Ainda sobre a superfície, é possível verificar no artigo 21, § 1º do Estatuto da Cidade, a restrição feita pelo legislador sobre a utilização do espaço aéreo, uma vez que se direciona exclusivamente ao espaço aéreo relativo do terreno, diferente da laje.

Os dois institutos, laje e superfície, executam funções distintas. Enquanto o direito de laje possui a função de propriedade no que diz respeito garantir o direito de moradia, o direito de superfície tem caráter amplo, onde a

propriedade está em constante funcionamento independente de qual seja sua real finalidade, algumas vezes desenvolvendo uma característica mais comercial, como por exemplo, a utilização de um terreno vazio para a construção de um *shopping*.

Portanto, esses dois institutos não se completam e não se confundem, possuindo semelhanças, mas principalmente características próprias. O direito de laje já existia, inclusive era negociado, porém havia uma lacuna legislativa no qual era necessário sanar.

O legislador consagrou o instituto da laje de forma autônoma, não se confundindo com as demais formas de propriedade, buscando a regulamentação da convivência harmônica e passível de regularização.

6 A LAJE COMO UM DIREITO REAL SOBRE COISA ALHEIA

A grande discussão entre os doutrinadores, é defender se o direito real de laje versa de um direito real sobre coisa própria, ou sobre coisa alheia. O Código Civil é omissivo, não caracterizando de forma explícita, além disso o legislador manteve os artigos sobre a laje logo após os direitos reais de garantia, auferindo críticas decorrentes de tal posicionamento.

Muitos doutrinadores sustentam que o direito real de laje possui uma grande proximidade com o direito real de superfície, como uma espécie de superfície de segundo grau, justificando então o reconhecimento de ser um direito real sobre coisa alheia, como direito real de gozo e fruição. A abertura de matrícula própria, característica da regulamentação da laje e defendida pelos críticos que acreditam ser direito real sobre coisa própria, não seria o argumento capaz de modificar a natureza jurídica da categoria. Seguindo este raciocínio, a laje não compreende outras áreas edificadas ou que não pertençam ao proprietário da construção base.

Conforme preceitua Gagliano (2017), o novo diploma legal, não mudará a verdadeira realidade existente, além de não haver uma verdadeira transferência de propriedade, pois esta abrangeria, obviamente o solo, o terceiro passa a exercer direito apenas sobre a extensão da construção original, isto é a laje, portanto trata-se de direito real sobre coisa alheia.

Responderá pelos encargos e tributos, o titular da laje, quando estes recaírem sobre a sua unidade, igualmente como ocorre com a superfície. Além disso, poderá usar, gozar e dispor, não mencionando a norma sobre reaver ou reivindicar por parte do lajeário, uma vez que este atributo pertence ao proprietário da construção base.

Segundo Albuquerque Júnior (2017, *web*):

Se o que se queria era ressaltar a possibilidade do direito de superfície por sobrelevação, bastava para tanto inserir um artigo no Título V do livro de direito das coisas. Para acrescentar à disciplina do direito de superfície a possibilidade de abertura de matrícula separada para a propriedade superficiária e a desnecessidade de atribuição de fração ideal do terreno, outros dois artigos bastariam.

Na mesma linha, Mazzei (2017, *web*), defende:

(...). Deve-se, porém, registrar o assombro com a falta de cuidado técnico na elaboração dessa norma, especialmente porque soluções muito mais adequadas poderiam ter sido alcançadas com o já existente direito de superfície.

Portanto, segundo tais pensamentos, o direito do lajeário não seria pleno, mas sim um acessório da propriedade, em caráter de subordinação, como ocorre com o direito de superfície, permeando então um direito real sobre coisa alheia.

7 A LAJE COMO UM DIREITO REAL SOBRE COISA PRÓPRIA

Além do reconhecimento da natureza real do direito de laje, há grande indagação em sua natureza jurídica no que diz respeito ao enquadramento topológico. Muitos doutrinadores, defendem e apresentam seus argumentos caracterizando o direito real de laje como sendo um direito autônomo, isto é, sobre coisa própria.

O direito real de laje é instituto *sui generis*, com requisitos e efeitos próprios, que não se confundem com

direito de superfície (art. 1.369 e seguintes do CC), e nem com a amplitude da propriedade plena (art. 1.228). O legislador procurou regularizar e solucionar situação de fato que aflige milhares de famílias no país, em especial as de baixa renda: o proprietário de determinado imóvel aliena a terceiros o direito de construir sobre a laje de sua edificação, e de se tornar o adquirente dono da nova construção erigida, independente daquela original, que se encontra abaixo. Define-se o direito real de laje como uma nova modalidade de propriedade, na qual o titular adquirente torna-se proprietário de unidade autônoma consistente de construção erigida sobre acessão alheia, sem implicar situação de condomínio tradicional ou edilício. (LOUREIRO, 2017, *web*).

Através da possibilidade de abertura de matrícula individual, averbação desse fato na matrícula da construção base e nas matrículas de lajes anteriores, é notório que a laje tem enquadramento no direito real sobre coisa própria, inclusive no que diz respeito as lajes em sobrelevação que poderão dispor de matrícula autônoma. Além disso, as negociações envolvendo a laje quando possuírem valores maiores que trinta salários mínimos vigentes, serão objeto de escritura pública, auferindo publicidade ao negócio jurídico, conforme artigo 108 do Código Civil.

Preceitua Carvalho (1976), que há evidência constitutiva, onde verifica-se o surgimento do direito de laje e após evidência declarativa, através da publicação dos atos jurídicos no Registro de Imóveis, produzindo efeitos contra terceiros.

Segundo Oliveira (2017, *web*), “se o direito real de laje fosse um direito real sobre coisa alheia, ele – por esse princípio registral – não poderia gerar matrícula própria”.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, com as lições de Kümpel e Borgarelli (2017), o titular da construção base não guarda vínculo jurídico com o titular da laje. Existe apenas, direitos e deveres entre eles, na medida em que existam áreas comuns, conduta de boa vizinhança, reparos na construção base, principalmente na estrutura de sustentação, casos específicos como este, devem ser conduzidos conforme a legislação.

Observa-se que o direito real de laje, não está inserido no rol dos bens passíveis de hipoteca, elencados no artigo 1.473 do Código Civil, ao

contrário da propriedade superficiária. Portanto, se a laje, fosse direito real sobre coisa alheia, teria previsão neste artigo.

É importante que a interpretação do texto jurídico esteja atrelada a realidade da vida em sociedade. Com essa perspectiva, a primeira leitura do texto legal parecia alinhar a laje com o direito de superfície, porém distinguindo os direitos reais, dúvida não há sobre a sua natureza autônoma. A laje faz nascer um novo imóvel, independente do preexistente, com proteção jurídica própria.

A laje surgiu como uma visão contemporânea e avançada da propriedade, que ao longo dos séculos passou por inúmeras modificações. Não se pode reduzir a potencialidade do direito de laje, vencendo a velha concepção de que a propriedade precisa estar atrelada ao solo. O lajeário titulariza um direito com funcionalidade própria, atendendo aos anseios de sua família.

8 REGISTRO PÚBLICO E TRIBUTAÇÃO DECORRENTES DA LAJE

Estabelece Farias, El Debs e Dias (2018), que por conferir abrangência e amplitude à proteção dedicada à propriedade, o direito de laje é considerado direito fundamental, além de assegurar a dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito de moradia, podendo ser tratado como cláusula pétrea.

(...) concretizando o princípio da vedação ao retrocesso social, será possível a declaração de inconstitucionalidade de eventuais normas jurídicas que venham a restringir o direito de laje, retrocedendo a proteção deferida pela Lei nº 13.465/17, que tem visível caráter de inclusão social (...). (FARIAS, EL DEBS E DIAS, 2018, p. 65).

Deve ser respeitada também a sua impenhorabilidade, quando considerado bem de família. Conceitua Venosa (2004, p. 356), acerca do bem de família:

Constitui-se em uma porção de bens que a lei resguarda com os característicos de inalienabilidade e impenhorabilidade, em benefício da constituição e permanência de uma moradia para o corpo familiar.

É basilar para a economia e para o ordenamento urbanístico da cidade, a regularização da propriedade. O direito de laje, acarretou modificações não apenas na área de registros públicos, como também na área do direito tributário, sucessório, obrigacional, imobiliário, urbanístico.

Farias, El Debs e Dias (2018), indagam quando se versa de registro público, o princípio da especialidade, que determina a necessidade de descrição completa do imóvel e do direito, bem como a qualificação dos sujeitos, a unitariedade matricial, estabelece que cada imóvel será objeto de uma matrícula e cada matrícula corresponde apenas a um imóvel, e a continuidade, este último impede o registro de qualquer ato sem a existência de registro anterior que lhe dê suporte formal, preservando as referências originárias, de modo a resguardar a titularidade do imóvel.

Dessa forma, elucida os mesmos autores, que a laje só existe perante o registro da construção base ou laje anterior e mediante forma de constituição através de negócio jurídico *inter vivos*, usucapião, sentença judicial ou *causa mortis*. (FARIAS, EL DEBS E DIAS, 2018).

Diferentemente do condomínio edilício³, o direito de laje não exige área comum do terreno e nem frações ideais, portanto o processo de registro é mais simples.

Dispõe o artigo 1.510-A do Código Civil:

Art. 1.510-A (...).
(...).

§ 4º A instituição do direito real de laje não implica a atribuição de fração ideal de terreno ao titular da laje ou a participação proporcional em áreas já edificadas.

³ “Caracteriza-se por haver justaposição de propriedades distintas e exclusivas ao lado do condomínio de partes do edifício, forçosamente comuns”. (DINIZ, 2010, p. 929).

Além disso, não exige acesso exclusivo à via pública, isto é, acesso independente e isolamento funcional, facilitando principalmente em áreas menos desenvolvidas, o registro da laje, com acessos compartilhados.

Loureiro (2017, *web*) assevera:

Não resta dúvida que o novo direito real de laje tem função de regularizar situações de fato, voltado à população de baixa renda, que levantou construções sobre construções, com titularidades distintas. Não pode e não deve o instituto ser usado por empreendedores imobiliários como válvula de escape das rigorosas regras do condomínio edilício (art. 1.331 e seguintes) ou do negócio complexo de incorporação imobiliária (L. 4.591/64), muito menos do parcelamento do solo urbano (L. 6.766/79).

Sobre a matéria a Lei 13.465/17 admite o direito de laje sucessivo, cabendo ao registrador, identificá-lo e diferenciá-lo dos demais institutos, sendo possível a averbação apenas se na matrícula da laje anterior já houver averbação de alguma construção, pois apenas o direito de fato não é possível para caracterização.

Todos os registros e averbações serão possíveis, se cumpridas as exigências burocráticas, isto é, a apresentação dos documentos pessoais e relativos a construção. O município é responsável e possui competência para regulamentar o uso da propriedade territorial urbana. Logo, cabe a este a emissão de alvará de construção e habite-se ou outro documento que ateste a compatibilidade da obra, respeitando as regras urbanísticas.

Diante dessa perspectiva, Camargo (2017), menciona que, o enquadramento da laje no ordenamento, exige que o poder público municipal se manifeste sobre as novas normas e exigências que regulam a laje, considerando ser um instituto diferenciado dos demais, com fundamento no interesse da preservação de um menor agravamento do uso do solo urbano.

Nada impede que os moradores façam uma convenção de uso, com políticas de boa convivência, não se confundindo com a convenção de condomínio, obrigatória quando se refere a esse. Porém, não será possível o registro no cartório de imóveis, mas sendo possível o registro no cartório de títulos e documentos.

É de suma importância o recolhimento de tributos referente as operações imobiliárias, sendo o ITBI⁴ (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis) quando a transmissão for onerosa, ou ITCMD⁵ (Imposto de Transmissão *Causa Mortis* e Doação), caso seja gratuita, ambos previstos respectivamente, no artigo 156, inciso II e artigo 155, inciso I da Constituição Federal.

Além das operações imobiliárias, o imóvel está sujeito a outros tributos, conforme artigo 1.510-A, do Código Civil:

Art. 1.510-A (...).

(...).

§ 2º O titular do direito real de laje responderá pelos encargos e tributos que incidirem sobre a sua unidade.

Assim como o IPTU⁶ (Imposto Predial Territorial Urbano), previsto no artigo 156, inciso I, da Constituição Federal, incide crítica a respeito do real alcance dos critérios de cálculo, para o maior aproveitamento prático do novo instituto, incumbindo ao poder público regramentos específicos sobre essa situação.

É certo que os municípios ficam vedados quanto a progressividade do imposto, se considerarem que a laje é incremento da construção base, diante disso a autonomia tributária deve ser reconhecida como absoluta.

9 FORMAS DE EXTINÇÃO DA LAJE E A PROCEDÊNCIA DO REGISTRO DE IMÓVEIS

Essencialmente cabe destacar os artigos 1.510-B e 1.510-C constantes no Código Civil, quanto a reparação e cuidados com as construções, evitando assim a ruína, portanto é vedado ao titular da laje prejudicar a segurança com obras novas ou falta de reparação. Quanto as

⁴ Art. 156 (...); II - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; (...).

⁵ Art. 155 (...); I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; (...).

⁶ Art. 156 (...); I - propriedade predial e territorial urbana; (...).

despesas para conservação e fruição das partes que sirvam a toda construção, deverão ser partilhadas entre o proprietário da construção base e o titular da laje, proporcionalmente. É assegurado ainda, o direito de qualquer interessado promover reparações urgentes na construção.

O artigo 1.510-E do Código Civil, traz a hipótese de extinção do direito real de laje, conforme segue:

Art. 1.510-E. A ruína da construção-base implica extinção do direito real de laje, salvo:

I - se este tiver sido instituído sobre o subsolo;

II - se a construção-base não for reconstruída no prazo de cinco anos.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta o direito a eventual reparação civil contra o culpado pela ruína.

O dispositivo não trata das formas comuns de extinção do direito de laje, apenas versa sobre a ruína e a conseqüente extinção do referido direito. Neste caso o registrador deve atentar-se se a construção é acima ou abaixo da construção base. A dependência física da laje construída acima de outra construção não implica em acessoriedade, pois é instituto autônomo, porém precisa da base para que exista, desse modo sem a base não existe laje em sobrelevação.

Já a laje em infrapartição não deixará de existir, caso ocorra ruína da construção base, todavia enquanto não houver a reconstrução, passará a ser imóvel próprio e único.

Na obra de Farias, El Debs e Dias (2018), é possível verificar como o oficial do registro de imóveis deve proceder no caso de ruína e reconstrução. Caso haja reconstrução no prazo estabelecido em lei, mediante autorização municipal, o cartório de registro de imóveis, averbará a demolição e a reconstrução nas matrículas respectivas. Por conseguinte, a matrícula não deixa de existir, apenas constará anotações sobre os eventos. Ao contrário se a reconstrução não ocorrer, a demolição será averbada na matrícula do imóvel correspondente, além do cancelamento dessa.

Não ocorrendo a reconstrução no prazo máximo de cinco anos, prazo este imutável, o primeiro lajeário fica autorizado a recuperar a edificação base, desde que respeitados os limites já existentes.

10 METODOLOGIA APLICADA

A pesquisa classifica-se como qualitativa, de forma explicativa⁷, com método de abordagem⁸ e a técnica de pesquisa⁹ é a bibliográfica¹⁰.

11 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência dos problemas sociais evidentes no Brasil o legislador não poderia continuar omissivo. Portanto, fez-se necessário a instituição de regras que pudessem resguardar o direito de moradia das pessoas, conferindo a utilização da propriedade de forma correta, além de manter sua função social, já positivada no ordenamento jurídico.

Com o presente estudo foi possível verificar que há situações de similaridade entre os dois institutos, laje e superfície, contudo, a maior parte das distinções específicas permite que o instituto da laje, seja visto como merecedor da autonomia que lhe foi dado, e ainda se submetendo a todos os atributos que envolvem os direitos reais.

⁷ “Pesquisa explicativa tem como objetivo primordial identificar fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência de fenômenos. Este tipo de pesquisa é a que mais aprofunda o conhecimento da realidade”. Disponível em: <http://www.oficinadapesquisa.com.br/APOSTILAS/METODOL/_OF.TIPOS_PESQUISA.PDF>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁸ “Método é a forma lógico-comportamental-investigatória na qual se baseia o pesquisador para buscar os resultados que pretende alcançar. Pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral: este é o denominado método indutivo”. (PASOLD, 1999, p. 85).

⁹ “Técnica é um conjunto diferenciado de informações reunidas e acionadas em forma instrumental para realizar operações intelectuais ou físicas, sob o comando de uma ou mais bases lógicas investigatórias”. (PASOLD, 1999, p. 86).

¹⁰ “O investigador na área jurídica, recorre, com predominância, à técnica da pesquisa bibliográfica em livros, em repertórios jurisprudenciais e em coletâneas legais, por exemplo”. (PASOLD, 1999, p. 100).

Embora positivado, a grande dificuldade agora é aplicar esse direito principalmente nas áreas mais pobres do país, em especial nas favelas, onde as construções são extremamente irregulares.

Deve-se atentar que o registro de uma construção perante o registro de imóveis, exige alguns documentos especiais, como habite-se, alvará de construção, anotação de responsabilidade técnica, entre outros. Tem-se aqui imediato problema. Dificilmente um responsável técnico, engenheiro, assinará um laudo se responsabilizando pela construção da laje, sem conhecer a construção base. Em caso de ruína, a responsabilidade civil, será voltada a este profissional. Portanto, cabe ao poder público municipal estabelecer regras para emissão de documentos que autorizem a construção da laje, respeitando as políticas urbanas locais.

Sendo assim, a instituição do direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro foi um avanço. Embora exista muitas críticas, é inquestionável o tamanho da sua importância para a realidade do país. Teve cunho eminentemente social, para melhor aproveitamento de forma lícita das propriedades urbanas. Em decorrência do grande aumento populacional, os cidadãos viram-se obrigados a construir suas moradias, sobrepostas a outras. A falta de políticas públicas que sanassem o problema demográfico e o crescimento desordenado, fez com que o legislador buscasse uma solução que amenizasse os impactos desse problema existente, conferindo a oportunidade de regularização de milhares de edificações, dando aos indivíduos segurança jurídica e pacificação social.

Citando novamente Kümpel e Borgarelli (2017), conceituam-se esse fenômeno como *juscultural*.

E é através desse elemento a opção legislativa que se descortina. Resta agora, saber como será o seu futuro.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. *O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>>. Acesso em: 05 mai. 2018.

BENASSE, Paulo Roberto. **Direito de superfície e o novo código civil**. Campinas: Bookseller, 2002.

BORGARELLI, Bruno de Ávila; KÜMPEL, Vitor Frederico. *Algumas reflexões sobre o direito real de laje* – parte I. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI265141,61044-Algumas+reflexoes+sobre+o+Direito+Real+de+Laje+Parte+I>>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. *Código Civil Brasileiro (2002)*. Brasília: Senado Federal. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BRASIL. *Estatuto da Cidade*. Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. *Lei n. 13.465/2017*, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal; institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. *Medida Provisória n. 759*, de 22 de dezembro de 2016. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, sobre a liquidação de créditos concedidos aos assentados da reforma agrária e sobre a regularização fundiária no âmbito da Amazônia Legal, institui mecanismos para aprimorar a eficiência dos procedimentos de alienação de imóveis da União, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Mpv/mpv759.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

BRASIL. *Registros Públicos*. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em: 28 mai. 2018.

CAMARGO, Marco Antonio de Oliveira. *Direito de laje, explicando para quem quer entender*. Disponível em: <<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19>>

- leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=OTA2MQ==>. Acesso em: 28 mai. 2018.
- CARVALHO, Alfrânio de. *Registro de imóveis*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- DIAS, Wagner Inácio; EL DEBS, Martha; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito de laje: do puxadinho à digna moradia*. Salvador: JusPovidim, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: obrigações*. 17 ed. São Paulo: Saraiva. v. 2.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Direito de laje e superfície*. Disponível em: <<http://iregistradores.org.br/direito-de-laje-e-superficie/>>. Acesso em: 28 mai. 2018.
- MAZZEI, Rodrigo Reis. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp040916.pdf>>. Acesso em: 28 mai. 2018.
- _____. *O direito de superfície no ordenamento jurídico brasileiro*. 2007. 409 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP, São Paulo, 2007.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. *O que é o direito real de laje à luz da lei nº 13.465/17? (Parte 1)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/direito-civil-atual-direito-real-laje-luz-lei-134652017-parte>>. Acesso em: 28 mai. 2018.
- PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica*. Florianópolis: OAB, 1999.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direitos reais*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 4.
- SANTOS, Carlos José Giudice dos. *Tipos de pesquisa*. Disponível em: <http://www.oficinadapesquisa.com.br/APOSTILAS/METODOL/_OF.TIPOS_PESQUISA.PDF>. Acesso em: 02 nov. 2018.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CONCURSO DE PESSOAS EM ACIDENTE DE TRANSITO: UMA PROPOSTA DA ALTERAÇÃO DO LEGISLATIVA

RODRIGUES, Letícia Tavares¹
DA SILVA, Douglas Barbosa²
MARTINS, Guilherme Bittencourt³

Resumo: O presente artigo visa abordar a teoria geral do direito penal, e o concurso de pessoas relacionado ao crime de trânsito, objetivando e trazendo ao debate uma proposta legislativa para tipificação do crime. Traremos em debate que, no concurso de pessoas envolvendo acidentes de trânsito quando o motorista se encontra embriagado ou por efeito de substância eliciadas, poderá trazer também como responsabilidade àquele que está ao seu lado, o passageiro como culpa dolosa. A ideia vem de inspiração em outros sistemas penais como nos EUA, que prevê essa possibilidade, e também com intuito de preservar a sociedade com outros acidente de trânsito.

Palavras chaves: concurso de pessoas; acidente de trânsito; responsabilidade

Abstract: This article aims to address the general theory of criminal law, and the competition of people related to traffic crime, aiming and bringing to the debate a legislative proposal for the typification of crime. We will bring to the debate that in the contest of people involving traffic accidents when the driver is drunk or by the effect of elicited substance, can also bring as responsibility to the one who is next to him, the passenger as willful intent. The idea comes from inspiration in other criminal systems as in the USA, which provides for this possibility, and also in order to preserve society with other traffic accidents.

Keywords: people contest; Traffic accident; responsibility

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui o enfoque de analisar o concurso de pessoas envolvendo acidentes de trânsito quando o motorista se encontra embriagado ou por efeito de substância eliciadas, prevendo a

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Anhanguera de Bauru-SP

² Graduando em Direito pela Faculdade Anhanguera de Bauru-SP

³ Mestre em Direito pela ITE – Bauru. Professor e Coordenador da Pós-graduação da Faculdade Anhanguera de Bauru-SP

responsabilização do passageiro na esfera penal como participe quando a conduta dolosa.

Em uma sociedade que busca a cada dia mais a evolução social, tecnológica, espiritual, moral, descobertas, inovações e de suas normas jurídicas, propomos em nosso artigo uma nova visão ao olharmos para o artigo 306 do Código Penal.

O artigo irá descrever em seus parágrafos seguintes, o conceito de Concurso de pessoas, definindo coautoria, autor e participe. Abordaremos a história do Trânsito, as definições de crime de trânsito, dolo eventual e dolo direto.

E finalmente entraremos em nosso enfoque o estudo do projeto de Lei 221/2017 que o então senador Cidinho Santos propõem a alteração da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, para prever a responsabilidade do passageiro pelo crime de condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada.

O objetivo deste presente artigo é fazer analogia com leis existentes em outros países, e com o projeto de Lei proposto em Senado, pois acreditamos em tal evolução das nossas Leis. Propomos com esse artigo a mudança do Código de Trânsito e Penal, podendo o passageiro a ser punido até mesmo na esfera civil.

2 CONCURSO DE PESSOAS

A sociedade brasileira passou por várias transformações sociais ao longo da sua história. A evolução ocorreu de forma abrangente, inclusive em seu código penal; desde o Código Criminal do Império do ano de 1830 á o Código Penal de 1890.

Essa evolução social ocorreu inclusive na conceituação do crime, que atualmente não somente um fenômeno social, mas além de tudo uma realidade. Sendo presente no dia a dia da população não podendo apenas ser classificado como um conceito imutável, estático, e único no espaço e no tempo.

Crime, segundo o conceito material, é a conduta praticada pelo ser humano que lesa ou expõe a perigo o bem protegido pela lei penal de acordo com Edgard Magalhães Noronha (1983, p.410).

Segundo o art. 1º da Lei de Introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940):

Considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativamente ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, penas de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

O conceito formal de crime parte do pressuposto de que crime consiste numa violação a lei penal incriminadora. Para Damásio de Jesus (1980, p.142) este conceito resulta do aspecto da técnica jurídica, ou seja, do ponto de vista da lei. Em relação a este conceito abundam definições: Fragoso (1995, p.144) descreve o conceito formal crime como uma conduta contrária ao Direito, a que lhe atribui pena; Pimentel (1990, p.96) diz que o conceito forma caracteriza o crime como sendo todo ato ou fato que a lei proíbe sobre ameaça de uma pena; conceituando-o como o fato ao qual a ordem jurídica associa a pena como legítima consequência.

Os crimes podem ser classificados como coletivos e individuais. Segundo Júlio Fabrinni Mirabete (2009, p.211), um crime pode ser praticado por uma ou várias pessoas. Quando duas ou mais pessoas praticam um delito, estamos diante do concurso de agentes ou concurso de pessoas.

Podemos verificar que a ordem jurídica, em concurso de agentes, faz distinção entre os indivíduos que atuam em cooperação, visando ao cometimento de delito. Essa distinção se estabelece diante da intensidade com a qual o indivíduo contribuiu para a realização da figura típica. A consequência dessa distinção é a aplicação da pena. Maior para os autores. Menor para os partícipes.

Segundo Guilherme Nucci (2017, p.339), o concurso de pessoas trata-se da cooperação desenvolvida por mais de uma pessoa para o

cometimento de uma infração penal. Chamando em seu sentido lato, coautoria, participação, concurso de delinquentes, concurso de agentes e cumplicidade.

2.1 Autoria

O Código Penal de 1940 equiparou os vários agentes do crime, não fazendo distinção entre o autor e o partícipe, podendo o juiz aplicar, igualmente, a pena para todos. Vários juristas definem a diferenciação de co-autoria, partícipe e autoria. Veremos tais definições nesse capítulo.

Guilherme Nucci (2017, p.340), afirma que coube à doutrina fazer a separação entre autoria e participação, alegando que a reforma Penal de 1984 terminou por reconhecer que essa distinção é correta, acolhendo-a.

Guilherme Nucci (2017, p.340), alega que prevaleceu o conceito restrito de autor, onde nessa teoria que é objetiva, existam dois posicionamentos:

a) Teoria formal: autor é quem realiza a figura típica e partícipe é aquele que comete ações fora do tipo, ficando praticamente impune, não fosse a regra de extensão que o torna responsável.

b) Teoria normativa: autor é quem realiza a figura típica, mas também quem tem o controle de ação típica dos demais, dividindo-se entre “autor executor” e “autor mediato”. O partícipe é aquele que contribui para o delito alheio, sem realizar a figura típica, tampouco comandar a ação.

Zaffaroni e Pierangeli (2015, p.663-664), apontam que autoria e participação são conceitos que podem ser extraídos na natureza das coisas.

O concurso de várias pessoas num mesmo evento não é um fenômeno que se dá somente no direito penal, mas que é algo cotidiano. Da mesma maneira dizemos, diariamente, que fulano é autor de tal coisa, que beltrano é autor de tal outra, que sicrano cooperou com fulano em tal coisa e que fulano incentivou beltrano a fazer tal outra.

Greco (2015, p.483), afirmam que até o surgimento de uma conceituação que se podem denominar intermediárias, trazidas pelo domínio do fato, foram criadas anteriormente conceitos restritivos e extensivos de autor.

Para Jescheck (2003, p.893), podemos definir o conceito de autor como:

desde o prisma do conceito restritivo de autor, a previsão de especiais formas de participação, como a indução e a cumplicidade, significa que a punibilidade se amplia a ações que ficam fora do tipo, pois conforme o próprio tipo somente poderia castigar-se o que por si mesmo mata, furta ou oferece resistência. Outros intervenientes que se limitam a determinar ao autor a comissão do fato ou a auxiliá-lo deveriam ficar impunes se não existissem aos especiais preceitos penais que regulam a indução e a cumplicidade

Para Greco (2015, p.483-484), o professor alemão, deduz em seu estudo que autoria e participação deve se distinguir conforme critérios objetivo, passando o conceito restrito de autor a ser atrelada a teoria objetiva de participação.

Mas, como bem frisou Jescheck (2003, p.895), “se autoria e participação não podem distinguir-se objetivamente, porque ambas são equivalentes desde um prisma casual, somente resta a possibilidade de buscar a distinção num critério subjetivo.” Baseando-se nesse conceito extensivo de autor, segue atrelado à teoria subjetiva da participação.

Greco (2015,p.485), define teoria Subjetiva, como um critério de distinção entre autores e partícipes, valorando anímico dos agentes. Onde se define como autor, quando o agente quer o fato como próprio, e uma vontade de ser partícipe, quando o agente deseja o fato como alheio.

2.2 Co-autoria

A doutrina define como agentes de concurso autor, partícipe e co-autor. A luz de tais entendimentos definiremos o conceito de co-autoria.

Para Luiz Flávio Gomes (2006, **Revista Jus Navigandi**), ocorre co-autoria quando várias pessoas participam da execução do crime, realizando ou não o verbo núcleo do tipo. Todos os co-autores, entretanto, possuem o domínio do fato. Todos praticam fato próprio. Enquanto o co-autor participa de fato próprio, o partícipe contribui para fato alheio.

Já a lição de Welzel (2004, p.129).

a coautoria é autoria, sua particularidade consiste em que o domínio do fato unitário é comum a várias pessoas. Coautor é quem possuindo as qualidades pessoais de autor é portador da decisão comum a respeito do fato e em virtude disso toma parte na execução do delito

Para Greco (2015, p.488), se a definição de autor parte do sentido daquele que possui o domínio do fato, é o senhor de suas decisões, coautores serão aquele que tem o domínio funcional dos fatos, ou seja, dentro do conceito de divisão de tarefas, serão coautores todos os que tiverem uma participação importante e necessária ao cometimento da infração.

Nilo Batista (2005, p.76) argumenta:

A ideia de divisão de trabalho, que alguns autores, como Antolisei, situam como reitora geral de qualquer forma de concurso de agentes, encontra na coautoria sua adequação máxima. Aqui, com clareza, se percebe a fragmentação operacional de uma atividade comum, com vistas a mais seguro e satisfatório desempenho de tal atividade. Por isso os autores afirmam que a coautoria se baseia no princípio da divisão de trabalho.

Greco (2015, p.488), reafirma essa divisão de trabalho como uma ideia de domínio funcional do fato. Pois para ele cada agente terá o domínio no que diz respeito à função que lhe fora confiada pelo o grupo.

Luiz Flávio Gomes (2006, **Revista Jus Navigandi**), defende a tese de que há três requisitos para coautoria, sendo os:

- 1) Pluralidade de condutas;
- 2) Relevância causal e jurídica de cada uma;
- 3) Vínculo subjetivo entre os co-autores (ou pelo menos de um dos co-autores, com anuência ainda que tácita do outro ou dos outros co-autores).

O mesmo ainda argumenta que a coautoria conta com uma parte objetiva (concretização do fato) e outra subjetiva (acordo explícito ou tácito entre os agentes).

Luiz Flávio Gomes (2006, **Revista Jus Navigandi**), argumenta que há algumas regras para co-autor.

Regras e limitações básicas da co-autoria

- 1) Só se pode falar em co-autoria nos crimes dolosos.
- 2) A todos os co-autores são imputadas reciprocamente todas as contribuições individuais.
- 3) Há tentativa desde o momento em que qualquer um dos co-autores dê início à execução do delito. E, iniciado para um, está iniciado para todos.
- 4) A co-autoria exige que todos os co-autores tenham o mesmo comportamento? Não. Cada um dá sua contribuição, podendo-se distribuir tarefas (aliás, é isso que normalmente acontece numa empreitada criminosa).
- 5) Para a adequação típica da co-autoria é dispensável o art. 29 do CP ("Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida da sua culpabilidade")? No que se relaciona com os co-autores executores sim. Quanto aos demais, a tipicidade e punibilidade só se tornam possíveis em razão do disposto no art. 29 (que é norma penal de extensão da tipicidade e da punibilidade).
- 6) Nos crimes de mão própria (falso testemunho, v.g.) em regra não se pode falar em co-autoria porque o verbo núcleo do tipo exige atuação pessoal do agente. Caso a ação verbal possa ser praticada pelo autor de mão própria e ainda por um terceiro, então surge a possibilidade de co-autoria. Exemplo: no infanticídio, o ato de matar o próprio filho é necessariamente da mãe (porque se trata de crime de mão própria). Mas um terceiro pode segurar a criança, por exemplo, (e será co-autor funcional).
- 7) Nos crimes próprios (que exigem uma qualidade especial do agente – peculato, v.g.) são co-autores todos os que realizam o verbo núcleo do tipo (dois funcionários, v.g., praticam o peculato). Por força do art. 30 do CP, entretanto, essa elementar alcança o particular, que tinha ciência dela. Desse modo, também o particular pode ser co-autor, desde que participe da execução do crime.

2.3 Participação

À luz dessas disposições, verifica-se que a ordem jurídica, em concurso de agentes, faz distinção entre os indivíduos que atuam em cooperação, visando ao cometimento de delito. Essa distinção se estabelece diante da intensidade com a qual o indivíduo contribuiu para a realização da figura típica. A consequência dessa distinção é a aplicação da pena. Maior para os autores. Menor para os partícipes.

Greco (2015, p.500), descreve em seu livro como participe as pessoas atuantes como coadjuvantes na história do crime.

Beatriz Vargas (1996, p.61) diserta como participe:

o vocábulo participe pode ser empregado no sentido amplo, para significar, indistintamente, todos aqueles que participam da realização do crime: é o conceito extensivo de participe". Neste sentido, o termo engloba tanto os autores quanto os partícipes propriamente ditos. Todos são participantes. (...)

Neste sentido genérico pode-se dizer que participação e concurso são noções equivalentes. Para o efeito de distinguir entre os diversos agentes do crime, no entanto, a palavra participe é usada para destacar, dentre todos os agentes, somente aqueles que, embora concorrendo para a prática da infração penal, desempenham atividade diversa da do autor.

Paul Bockelmann (1960, p.7), aduz que "a participação é, necessariamente, acessória, quer dizer, dependente da existência de um fato principal. Essa acessoriedade não é 'produto da lei', mas está na natureza das coisas".

Para Greco (2015, p.501), a autoria sempre será uma atividade principal, e participação sempre será uma atividade auxiliadora, será sempre dependente da principal.

O art. 31 do Código Penal relata:

O ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

Greco (2015, p.502), afirma que somente o autor pode chegar à fase da tentativa de determinada infração penal, não há a via de fato, a conduta do partícipe não poderá ser punida pelo Direito Penal.

A participação pode ser considerada como moral ou material, segundo Nucci (2017,p.341).

A participação moral ou intelectual pode se dar na modalidade do induzimento ou determinação (o agente cria, implanta a ideia criminosa na cabeça de outro) ou da instigação (o sujeito reforça, estimula, incentiva uma ideia pré-existente), ou seja, a instigação dolosa é caracterizada como participação. Como nos ensina Paulo Queiroz (Queiroz, 2008, 257):

A instigação significa, assim, a determinação dolosa de outrem a cometer um crime, ou seja, o instigador provoca a decisão do fato mediante influencia espiritual sobre o autor, mas não tem controle sobre o fato, reservado exclusivamente ao autor, [...].

A participação material é o auxílio material. O partícipe facilita materialmente a prática da infração penal, cedendo, por exemplo, a arma para aquele que deseja se matar. Seja a compra de uma arma, seja o empréstimo de um carro ou qualquer outro tipo de auxílio que venha a facilitar a manobra criminosa. Ela também pode ser chamada de cumplicidade. Ensina-nos Paulo Queiroz (Queiroz, 2008, 257):

A segunda - cumplicidade - dá-se com a ajuda material, v.g., compra da arma, colheita de informações sobre a vítima, prestada ao autor, mas sem se lhe retirar o domínio do fato.

A função do partícipe, com a sua instigação, é fazer com que o agente fortaleça a sua intenção delitiva. A atuação do instigador, nas lições de Pierangeli (1992, p.73):

deve ser decisiva no sentido de orientar e de determinar a execução, pelo autor, de uma conduta típica e antijurídica. Todavia, a punição da instigação decorre de ter levado o autor a decidir pela prática do crime, não

pelo de ter-lhe dado a ideia, que até poderia ter sido dada por outrem

Para Greco (2015, p.502) o partícipe tem como finalidade o facilitar materialmente a prática da infração penal.

Embasada nos termos descritos acima, conclui-se que a participação deve ser decisiva no sentido de orientar e de determinar a execução, pelo autor, de uma conduta típica e antijurídica. Todavia, a punição da instigação decorre de ter levado o autor a decidir pela prática do crime, não pelo de ter-lhe dado a ideia, que até poderia ter sido dada por outrem.

Por essa teoria, só possível, portanto, em se falar em participação quando o autor, ou autores, iniciam, no âmbito do *iter criminis*, a execução, ocasião em que o bem jurídico tutelado começa a ser agredido e o fato já se torna punível.

Não se pode falar em participação, visto que não a acessoriedade para o crime. A participação é um comportamento acessório. Não existe participação sem autoria ou coautoria. E só existe participação nos casos de dolo.

Nesse sentido é a disposição expressa do artigo 31 do Código Penal, que consigna que o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, salvo disposição expressa em contrário, não são puníveis, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado.

2.3.1 Teoria da participação

Greco (2015, p.502), enuncia que para que se tenha conhecimento do papel secundário e a força que exerce na prática do fato cometido, se faz necessário à opção por uma das quatro teorias que disputam o tratamento da acessoriedade da participação, a saber:

- a) Teoria da acessoriedade mínima;
- b) Teoria da acessoriedade limitada;
- c) Teoria da acessoriedade máxima;
- d) Teoria da hiperacessoriedade;

Greco (2015, p.503), define como Teoria da acessoriedade mínima que para que haja uma participação punível nessa teoria, deverá ocorrer a partir do momento em que o autor já tiver realizado um ato típico.

Na alusão de Paul Bockelman (1960, p.7), “a participação é acessória ao mínimo quando que para sua punição é suficiente que o autor principal haja concretizado um tipo penal.”.

Greco (2015, p.503),cita que a teoria da acessoriedade limitada pune o autor da conduta caso essa seja levada a a um efeito de conduta típica e ilícita. Se faz necessário que o autor tenha cometido um injusto típico, mesmo não sendo culpável, para a responsabilização penalmente.

Greco (2015, p.504), disserta que a teoria da acessoriedade máxima, defende que para que haja punição do partícipe o autor deve ter praticado uma conduta típica, ilícita e culpável. O mesmo afirma que para os adeptos dessa teoria, para que se possa falar em participação, é preciso que o autor tenha praticado um injusto culpável.

Mezger (1935, p.294), se posiciona ao interpretar o Código Alemão, quando relata que “a lei exige, na instigação e no auxílio, o total caráter delitivo do ato principal; não é suficiente que dito ato seja antijurídico, necessita também ser culpável.”

Greco (2015, p.504), faz menção que a teoria da hiperacessoriedade é mais abrangente que as demais, e diz que a participação somente será punida se o autor tiver praticado um fato típico, ilícito, culpável e punível. Sendo que para essa teoria é condição indispensável à responsabilização penal do partícipe.

Greco (2015, p.504), relata que a Teoria da acessoriedade limitada é a mais adotada preferencialmente pelos doutrinadores, em uma disputa acirrada com a teoria da acessoriedade máxima ou extrema.

3 HISTÓRIA DO TRÂNSITO

Segundo Corrêa, J. Pedro em seu livro (2009, p.18) se nas ultimas décadas o Brasil viveu momentos intensos no seu desenvolvimento político,

econômico ou social, pode-se dizer que o trânsito foi agente ativo e passivo de todas as mudanças, na verdade desde o início da era automobilística, na metade dos anos 50, o trânsito tem sido o motor do crescimento nacional, acompanhando etapas distintas de uma batalha desenvolvimentista que não parece ter fim.

O trânsito tem sido um dos nossos calcanhares de Aquiles. De fato, até a eleição do presidente Juscelino Kubitschek de Oliveira, no final de 1955, a agenda nacional de era ouro. Getúlio Vargas, morto em 1954, tinha a grande preocupação com a causa trabalhista que, aliás, lhe deu grande prestígio junto às massas.

Juscelino Kubitschek em seu plano de governo tinha como metas ousadas na área de infraestruturas, incluindo a construção de estradas que pudessem acompanhar o progresso automobilístico proposto.

O País ampliou sua malha viária ligando quase todos os seus quadrantes, o que lhe vale até hoje. Apesar do grande crescimento no transporte rodoviário, o Brasil nunca conseguiu montar um sistema de trânsito que atendesse adequadamente suas necessidades básicas.

Entre outros defeitos, o modelo implantado não dava poder aos municípios de gerenciamentos o trânsito, justamente onde ele se desenvolve. Essa falha só viria a ser corrigida com o código de trânsito de 1998.

Mesmo formado por representantes de vários ministérios, o Contran (Conselho Nacional de Trânsito) nunca chegou a ser considerado um órgão de importância dentro do governo federal. Contanto com um pequeno grupo de funcionários, Contran e Denatran (Departamento Nacional de Trânsito) nunca conseguiram se impor. Por não possuir ascendência funcional sobre os DETRAN, muitos Departamentos Estaduais de Trânsito não acatavam certas decisões de Brasília, o que gerava constrangimentos.

Por sua vez, os DETRAN eram vistos como órgão puramente arrecadadores, cuidando dos veículos, emissões das carteiras de habilitação, controle dos cursos de avaliação ministrada pelas Autos-Escolas, hoje Centro

de Formação de Condutores. No âmbito dos municípios os DETRAN se limitavam a algumas ações, entre as quais as atividades educação de trânsito.

Corrêa (2009, p 19) relata que mesmo o trânsito nacional tendo alguns aspectos e o devem ser criticado, se faz justo que saibamos reconhecer progressos dos anos 1987 a 2007.

O país sofreu pelo regime militar brasileiro e desfrutou do (milagre econômico) dos anos 70, o mesmo sofreu com a queda livre dos anos 80. A campanha de (diretas já), na qual o país teve por sua vez a volta da democracia uma nova constituição federal e todo seu desenvolvimento político e social ao longo desses vinte anos, fizeram com que a sociedade olhasse para o trânsito de outra maneira assim como Corrêa relata em seu livro.

Houve um aumento de campanhas envolvendo o Governo Federal e o DETRAN para conscientização de uma sociedade, pois se fazia necessário devido ao número cada vez maior de pessoas com acesso a veículos de automobilísticos.

Corrêa (2009, p 26) alega que o desenvolvimento urbano tem sido enorme nas últimas décadas, porém a oferta de uma engenharia de tráfego está bem abaixo da demanda. Corrêa (2009, p 26) critica a impunidade e “jeitinho brasileiro”, pois acreditasse que os erros custam caro e, pior, são pagos à vista. Com estresse, ferimentos, vidas humanas e muito dinheiro.

Corrêa (2009, p 50) desenvolve que nenhum país do mundo conseguiu-o colocar seu trânsito dentro de parâmetros sem que seu respeitativos governos tivessem feito intervenções pesadas em investimentos, educação, engenharia, legislação, fiscalização, etc. Os países chamados de primeiro mundo, quando não se resolveram completamente, estão em um caminho para isso.

3.1 Crimes de Trânsito

Para que possamos falar, sobre crimes de trânsito precisamos entender o que o código de trânsito brasileiro dispõe em seu conteúdo.

O CTB (código de trânsito brasileiro) no ser 1º Atr. Descreve como trânsito:

Considera-se trânsito a utilização das vias por pessoas, veículos e animais, isolados ou em grupos, conduzidos ou não, para fins de circulação, parada, estacionamento e operação de carga ou descarga.

O Código de Trânsito Brasileiro disciplina a aplicação do Código Penal, Código de Processo Penal e lei 9099/1995.

As penas restritivas de direitos, cominadas no Código de Trânsito Brasileiro, se apresentam na modalidade específica de interdição temporária de direitos, assim disciplinadas:

- suspensão da habilitação;
- suspensão da permissão;
- proibição de se obter habilitação;
- proibição de se obter permissão.

Essas penas podem ser cumuladas com pena privativa de liberdade e, ainda, com a pena de multa, conforme descreve o CTB.

A pena tem duração de 2 meses a 5 anos, não tendo a lei estabelecido um critério de dosimetria, logo, o entendimento prevalente sugere o critério trifásico do art. 68 do Código Penal.

No concurso de causas de aumento ou de diminuição previstas na parte especial, pode o juiz limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, prevalecendo, todavia, a causa que mais aumente ou diminua .

Segundo João Batista da Silva em entrevista ao site Amagis.

Vão à Justiça os processos decorrentes de crimes de trânsito. Os demais interesses do condutor desenrolam-se nos órgãos próprios, na área administrativa. Os de ambas as áreas estão sujeitos a prazos, em geral razoavelmente curtos“.

No que diz respeito ao assunto, com o intuito de finalizar a discussão, conveniente transcrever as anotações de João Baptista da Silva (1999, p.589):

[...] A violação de uma regra penal diz-se crime, e pune-se com pena; a de uma regra administrativa chama-se infração, e repara-se com uma sanção. Entretanto, reconhece-se, o uso dos termos pena e sanção mostrasse indiscriminado, até mesmo nos trabalhos técnicos. [...] . O legislador do CTB não quis ser técnico. Nem por isso mostrou-se desavisado, e a preocupação maior do anotador haverá de ser, antes de criticá-lo, acompanhá-lo no que legisla, e entendê-lo no que dispõe. .

Damásio de Jesus (2002, p.20), relata que o crime ocorre quando o comportamento do motorista gera lesão ao interesse público, praticando delito (desde que o fato se enquadre em norma penal incriminadora).

José Frederico Marques (1961, p.250), define como crime automobilístico, toda infração penal oriunda de veículo motorizado, na sua função comum de meio de locomoção e transporte.

Podemos então definir como crime de trânsito toda conduta que viola a lei penal por dolo ou culpa, ação ou omissão que envolva veículo automotor.

Descrita por Paulo José da Costa Jr e Maria Elizabeth Queijo (2003, p.30,31), como nova modalidade de pena restritiva de direitos, não há confundi-la com a inabilitação para dirigir veículo automotor prevista no art.92, III, do Código Penal, tampouco com a pena de interdição temporária prevista no art.47,III, do mesmo estatuto. Conforme o mesmo autor, referindo se ao primeiro, a diferenciação é clara, pois a inabilitação referida não se trata sequer de pena, mas mero efeito de condenação, aplicado cumulativamente à pena privativa de liberdade prevista, quando o veículo automotor tiver sido utilizado como meio para a prática de crime doloso.

3.2 Dolo Eventual

Como dissertamos nos parágrafos anteriores crime é toda ação/omissão típica, ilícita e culpável segundo o conceito analítico.

O crime pode ser definido como culposo e doloso.

Segundo Fernanda Lara de Carvalho e Edvania Fátima Fontes Godoy Barbeta (2016, p.108), o crime doloso é a reunião dos elementos vontade e consciência de produzir o resultado, isto é, o agente quer produzir o

resultado ou assume o risco de fazê-lo. É define crime culposo como a inobservância a um dever objetivo de cuidado, uma vez que o sujeito ativo age com imprudência, negligência ou imperícia.

Para Damásio E. de Jesus (2005,p.290), “o dolo deve abranger os elementos da figura típica. Assim, para que se possa dizer que o sujeito agiu dolosamente, é necessário que seu elemento subjetivo tenha – se estendido às elementares e às circunstâncias do delito. Toda figura típica contém uma série de elementos que, relacionados com a conduta culpável do agente, ensejam a aplicação da pena”.

O Código Penal brasileiro é norteado por duas teorias. A teoria da vontade, no dolo direto, e a teoria do assentimento, em relação ao dolo eventual.

Fernanda Lara de Carvalho e Edvania Fátima Fontes Godoy Barbata (2016, p.127), define como dolo eventual o ato que o agente não queira diretamente o seu resultado, o aceita diretamente ou indiretamente. Para que seja configurada essa modalidade dolosa, é indispensável a presença, no caso concreto, da consciência e vontade em produzir o resultado.

Para Eugênio Raul Zaffaroni e J. Henrique Pierangeli (1997,p.487), não se requer, entretanto, que "a previsão da causalidade ou da forma em que se produza o resultado seja detalhada", é necessário somente que o resultado seja possível ou provável. O agente não deseja o resultado, pois se assim ocorresse, não seria dolo eventual, e sim direto.

Ocorre o dolo eventual quando o sujeito assume o risco de produzir o resultado, isto é, admite e aceita o risco de produzi-lo. Ele antevê o resultado e age.

Essa possibilidade de ocorrência do resultado não é detida e ele pratica a conduta consentindo com o resultado.

Fernanda Lara de Carvalho e Edvania Fátima Fontes Godoy Barbata (2016, p.127), afirma que:

[...]Atualmente, discute-se com grande veemência a generalização do dolo eventual em detrimento da culpa consciente, principalmente nos casos que envolvem crimes cometidos no trânsito. .

3.4 Dolo Direto

Podemos então definir como Dolo Direto ocorre quando o agente, embora não queira diretamente o resultado, aceita sua ocorrência como possível ou provável, ou seja, assume o risco de produzi-lo.

Para Grecco (2015.p.243) o dolo direto ocorre quando a intenção do autor para que a conduta ocorra.

Pode se basear tal afirmação, conforme o art.18,I, do Código Penal em sua primeira parte, “doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo “.

Fernanda Lara de Carvalho e Edvania Fátima Fontes Godoy Barbeta (2016, p.126), input Bitencourt (2011), onde o autor afirma que a necessidade de diversas espécies de dolo decorre da necessidade de a vontade consciente abranger o objetivo do agente, o meio utilizado, o nexo de causalidade e o resultado.

De acordo com Bitencourt (2011), o dolo direto compõe-se de três aspectos, quais sejam:

- (i) a representação do resultado, dos meios necessários e das consequências secundárias,
- (ii) o querer a ação, o resultado, bem como os meios escolhidos para a sua consecução e
- (iii) o anuir na realização das consequências previstas como certas, necessárias ou possíveis, decorrentes do uso dos meios escolhidos para atingir o fim proposto ou da forma de utilização desses meios. Dessa forma, pode-se dizer que há dolo direto quando o agente almeja alcançar um resultado e, para tanto, escolhe os meios adequados e admite os efeitos que podem advir de sua conduta.

Fernanda Lara de Carvalho e Edvania Fátima Fontes Godoy Barbeta (2016, p.126), definem como dolo de primeiro grau quando o agente pratica um ato dirigido tão somente àquele que pretende atingir, ou seja, pratica atos tendentes a alcançar o fim perseguido, abrangendo, assim, os meios propostos.

E o dolo de segundo grau, quando ocorre quando o agente direciona sua ação àquele que pretende atingir, mas, ao escolher os meios necessários para atingir o resultado, assume também seus efeitos colaterais.

4 CONCURSO DE PESSOAS EM CRIME DE TRÂNSITO

Quando o assunto é a ingestão de bebidas alcoólicas e entorpecentes, enquanto se conduz veículo automotor, gera vários debates em meio ao universo jurídico e social.

O aumento cada vez maior dos índices de acidente de trânsito decorrentes desse comportamento inconsequente, onde envolve motoristas que fizeram consumo de entorpecentes, por si só já justificam a ampliação do rigor da lei, que busca combater essa conduta de alto risco social e estimular o amadurecimento cultural no trânsito brasileiro.

Desde o advento do Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal no 9.503, de 23 de setembro de 1997), a condução de veículo por motorista embriagado tornou-se conduta típica criminosa específica e prevista no artigo 306, do referido diploma, derogando nesse ponto a contravenção penal do artigo 34, da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/1941).

Inicialmente alterado pela Lei Federal 11.708, de 19 de Junho de 2018, que ficou conhecida como “Lei Seca”, como o objetivo de aumentar o rigor penal, ao deixar de exigir dano potencial a terceiros (perigo concreto) para caracterizar a prática delitiva.

Algumas críticas foram feitas a Lei Seca, e houve uma nova alteração no artigo 306, dessa vez pela recente Lei Federal no 12.760, de 20 de dezembro de 2012, batizada de “Nova Lei Seca”, assim dispõe:

Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor .

Para Marcão (2009.p 540), o crime previsto no artigo 306, com a alteração dada pela “Nova lei seca”, é de perigo abstrato. Em sua lógica, conduzir veículo nas condições do artigo 306, *caput*, é uma conduta que, por si, independentemente de qualquer outro acontecimento, gera o perigo suficiente ao bem jurídico tutelado, de modo a justificar a imposição de pena criminal. Acrescenta, ainda, que o tipo penal não exige a exposição a dano efetivo à incolumidade de outrem e que a verificação do índice alcoólico ou dos sinais de alteração da capacidade psicomotora não seria variante da modalidade típica descrita no *caput*, mas sim, um meio de provas da infração criminal.

4.1 Projeto de 221/2017

Baseando se na mudança do artigo 306 do CTB, que o então senador Cidinho Santos propõem a alteração da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, para prever a responsabilidade do passageiro pelo crime de condução de veículo automotor com capacidade psicomotora alterada, quando concorra para o fato e conheça a condição do condutor.

O então senador propõe que o art.306 da Lei nº 9.503, passa a vigor acrescido do seguinte parágrafo:

[...] § 4º O passageiro responde pelo crime previsto no *caput* deste artigo, na medida de sua culpabilidade, se concorreu para o fato e sabia que o condutor estava com a capacidade psicomotora alterada. (NR)

A justificativa dada pelo o então Senador Cidinho Santos para a criação da lei é que o projeto traz uma inovação simples, mas com potencial para gerar efeitos práticos positivos. Argumenta ainda que o passageiro, ciente de que o condutor de veículo automotor assume o volante com a capacidade psicomotora alterada, em razão do consumo de álcool ou outro entorpecente, e tendo contribuído moral ou materialmente para o fato, também poderá ser responsabilizado pelo crime de condução de veículo sob efeito de álcool ou entorpecente (art.306 do Código de Trânsito).

O autor da lei, descreve que o juiz deverá se apoiar para julgar a participação do passageiro e sua punição juntamente com o condutor nos art.29 a 31 do Código Penal.

O mesmo frisa, que esse alerta deve estar explícito no Código de Trânsito, para que as pessoas possam ter a consciência de que podem vir a ser responsabilizadas criminalmente a título de participação, quando conhecedores da situação, ao mesmo tempo em que poderiam ter agido para impedir que a pessoa alcoolizada conduzisse o veículo. Há o fato do ajuste na Lei poder ter um efeito pedagógico expressivo e contribuir para redução de acidentes nas vias públicas.

Damásio de Jesus (2002.p.85), descreve que pode haver co-autoria no crime culposos de trânsito, mas não haverá participação.

O artigo 310 do Código de Trânsito define que:

“[...] Permitir, confiar ou entregar a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com direito a dirigir suspenso, ou ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança:

Penas- detenção, de seis meses a um ano, ou multa.”

No Japão o artigo 65 do Código de Trânsito Rodoviário Japonês proíbe o oferecimento de bebidas alcoólicas ou recomendações ao consumo daqueles que possa estar dirigindo um veículo.

Há ainda nessa mesma lei a punição para quem provém o veículo para quem fez ingestão de bebida alcoólica. O provedor do veículo tem o mesmo castigo que o motorista, onde os dois recebem como punição de pena de prisão igual ou inferior a 5 anos ou multa de 1 milhão de ienes ou menos. Já para quem fornece bebidas alcoólicas para o motorista e sendo passageiros de veículos recebe como pena 3 anos de prisão ou multa não superior a 500.000 ienes.

5 CONCLUSÃO

Já está mais do que comprovado que álcool e direção não se combinam, segundo uma matéria do jornal folha de são Paulo do ano de 2016, o Brasil apresenta uma taxa de 23,4 mortes no trânsito para cada 100 mil habitantes, no qual os acidentes de trânsito representa uma enorme ameaça à esperança de vida nacional e mundial, segundo a OMS (Organização Mundial de Saúde) o Brasil 4º país com maior taxa de mortos por habitante no mundo.

Cabe à federação o dever criar novas leis, sendo essas mais severas, na qual puna esses indivíduos, que comete esses crimes de trânsito seja ele por embriaguez ou até mesmo por uso de celular ou qualquer outro dispositivo eletrônico.

O simples fato de você conduzir um veículo embriagado representa um perigo concreto no qual você fere o princípio da constitucional da ofensividade, seguindo essa linha de raciocínio do projeto de lei 221/2017 que se espelha em leis japonesas de trânsito nos deve tomar, por exemplo: vendedor, amigo, irmão, pai etc. Devera se responsabilizar com a pessoa ao lado, se ela vier cometer o delito de dirigir e cometer um homicídio ambos será responsabilizado, pois o carona está sendo cúmplice do crime. Sabendo que a pessoa se encontra alcoolizada e não tomou uma atitude que o impedisse pôr o delito ocorrido.

Mesmo após 10 anos da criação da lei seca, e, ela ter diminuído muito os números de morte em todo o Brasil, onde estudos comprovam uma diminuição de 11% no número de mortes, precisamos melhorar nossas leis, pois o uso de entorpecentes envolvendo a direção continua sendo o segundo maior fator para a causa de mortes no trânsito nacional.

Há atual lei prevê que, para quem seja flagrado em direção sobre o efeito de embriaguez pode pegar de seis meses a três anos de prisão, além de pagar multa de R\$ 2.934,70, por infração gravíssima, além dos pontos retirados da carta de habilitação e a o documento fica retido. A embriaguez é considerada quando o teste do bafômetro detecta um teor alcoólico por litro de ar expelido igual ou superior de 0,3mg.

Ao entramos em um veículo com uma pessoa alcoolizada, presumimos que a maioria dos passageiros tenham uma certa consciência do estado do motorista e sabe-se do risco que irá correr, podendo assim impedir o motorista de assumir a direção. Colocando o passageiro como fiscal responsável por aquele motorista.

Mas para que o passageiro possa avaliar se o motorista se encontra embriagado, muitas vezes isso só poderá ocorrer quanto os sintomas forem visíveis. Desta maneira transferindo para o passageiro um dever do Estado, que seria o de fiscalizar. Sendo inconstitucional tal medida.

Concluimos que, o projeto precisa esclarecer melhor como será feita a fiscalização e se será punido o partícipe em caso doloso pelo Código Penal. Mas o fato de se implementar um projeto, que possa conscientizar e trazer uma educação ao trânsito já podemos ver um caminho a ser tomado. Podendo até mesmo ser julgado o passageiro na esfera Civil, onde se coloca o princípio da proporcionalidade e o princípio da igualdade.

Baseando se nos artigos e nas dissertações que foram apresentadas ao longo deste artigo, nós colocamos a favor do projeto, deste que as alterações já mencionadas sejam alteradas.

REFERENCIAS:

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral- volume 1*. 6.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRECCO, Rogério. *Curso de direito penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de Não Produzir Prova Contra Si Mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, 461 p.

Silva, João Batispta, *Código de trânsito Explicado com as resoluções de nº 1 a 84, do Cotran*-Belo Horizonte: O lutador,1999,1317.p

ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, J. Henrique. *Manual de direito penal brasileiro. arte geral*. 1.ed. São Paulo: editora revista dos tribunais,

SUBORDINACIÓN DE LA DEMOCRACIA INSTRUMENTAL A LOS DERECHOS HUMANOS

LAZCANO, Alfonso Jaime Martínez¹

RESUMO: A democracia é uma parte fundamental dos direitos humanos, seu aspecto substantivo representa direitos como liberdade de expressão, liberdade de reunião ou associação, liberdade de imprensa, direito à informação, discriminação não política, direito à educação, à proteção da saúde, à vida digna, à obtenção do mínimo vital, respeito pelas minorias, entre outros, em seu aspecto formal ou instrumental, acesso e permanência no poder público, direito de voto, Para serem votados, constituírem ou fazerem parte de agrupamentos políticos, essencialmente, ambas as facetas são a estrutura de qualquer sistema democrático, mas mesmo antes dessa acumulação de direitos, os órgãos públicos dos Estados devem respeitar os limites impostos em suas decisões e políticas. Não se tornar ditaduras que sujeitem minorias, tendo a obrigação de subtrair itens ocultos da agenda política, como a pena de morte, ou usar maiorias como ou meios, através de mecanismos de participação direta, a fim de justificar transgressões aos direitos humanos. Esta pesquisa utiliza o método dedutivo e a análise de conteúdo, através da revisão de legislação e doutrina, como jurisprudência. A questão da pesquisa a ser respondida nesta pesquisa é quais são os limites da democracia em relação aos direitos das minorias?

Palavras-chave: Democracia, Direitos Humanos; Corte Interamericana; Controle de Convencionalidade; Estado de Direito.

ABSTRACT: Democracy is a fundamental part of human rights, its substantive aspect represents rights such as freedom of expression, freedom of assembly or association, freedom of the press, right to information, non-political discrimination, the right to education, to the protection of health, to dignified life, to obtain the minimum vital, respect for minorities, among others, in their formal or instrumental aspect, access and permanence in public power, the right to vote, to to be voted, to constitute or be part of political groupings, essentially, both facets are the structure of any democratic system, but even before this accumulation of rights, the public bodies of the States must respect the limits imposed in their decisions and policies, to not to become dictatorships that subject minorities, by having the obligation to subtract veiled political agenda items, such as the death penalty, or use majorities as or means, through direct participation mechanisms, in order to justify transgressions to human rights. This research uses the deductive method and content analysis,

¹ Investigador del Sistema Nacional de Investigadores Conacyt Nivel 1. Doctor en Derecho Público. Profesor e Investigador la Universidad de Ciencias y Artes de Chiapas. <https://orcid.org/0000-0003-0367-4716>. Contacto: lazcanoalf14@hotmail.com

through the revision of legislation and doctrine, such as jurisprudence. The research question to answer in this research is what are the limits to democracy regarding minority rights?

Keywords: Democracy; Human Rights; Inter-American Court; Conventionality Control, Rule of Law

1 INTRODUÇÃO

La democracia es el gobierno de todos, es el poder que ejerce el pueblo, es la antítesis de la tiranía o de la dictadura o de la monarquía o de la oligarquía, es la posibilidad de participar en la toma de decisiones de una colectividad.

A lo largo de la historia han existido diversas formas de tomar decisiones, de gobernar o de ejercer el poder en las sociedades, sin que necesariamente estas maneras de hacer política tengan una evolución lineal, en la que los escalones avanzados de la cultura política impidan regresar a estadios superados, o que un modelo implantado sea homogéneo en otro lugar o tiempo, por ejemplo, desde Atenas a. C. ya se ejercía el poder de un modo democrático, pero no toda la población tenía derecho a votar, tampoco se puede decir que los sistemas actuales que se declaran democráticos sean análogos a los sistemas antiguos, ni siquiera los presentes son similares entre sí, como es el caso de los Estados Unidos de Norteamérica o el de México, tienen procedimientos que difieren para elegir a los gobernantes y el tiempo de duración en los cargos públicos, entre otras modalidades, a pesar de que están establecidos ambos como Estados federales, así como también hay distinciones en la evolución de políticas públicas de respeto y protección de los derechos humanos en las sociedades, desde el surgimiento del derecho natural hasta llegar al derecho convencional.

De una u otra manera han existido medios de control en la democracia:

Para salvaguardar la democracia, Clístenes estableció la ley sobre el ostracismo. Aquél ciudadano que sobresaliera en exceso, y del que se pensará que podría convertirse en tirano, era desterrado durante diez años, después de realizarse dos votaciones en la Asamblea. Primero, una vez al año, en la sexta pritanía, se

convocaba una asamblea para decidir si se debía proceder al ostracismo. Si era afirmativa, se reunía una segunda asamblea en la octava pritanía. En ella, cada ciudadano escribía el nombre de la persona que creía que debía ser desterrada en la óstraka. (BENÉITEZ, 2005, p. 37)

Han pasado monarquías teocráticas y constitucionales, oligarquías, tiranías, fascismo, apartheid, entre otras más, pero la forma de gobierno más aceptada y legítima de gobernar es la basada en el sistema democrático.

1.1 Aspecto instrumental

La democracia en sentido formal o instrumental se refiere a los procesos electorales en los que se designan a los representantes populares, a través del ejercicio del voto, de la posibilidad de ser votado, y el establecimiento de los partidos políticos, es decir, de cómo se accede al poder.

1.2 Aspecto sustantivo o material

La democracia sustantiva o material tiene que ver con la manera de cómo los representantes ejercen el poder público:

El establecimiento a nivel constitucional de un catálogo de derechos humanos añade una dimensión ya no formal, sino "sustancial" al régimen democrático, dado que nos indica lo que no pueden hacer los gobernantes y lo que no pueden dejar de hacer. (CARBONELL, 2013, p. 3)

1.3 Pueblo

La democracia es la única forma de gobierno en que el pueblo, en lugar de someterse a los dictados de alguien ajeno a él, permanece soberano, gobernándose a sí mismo. (SANTIAGO, 2017, p. 371). Por pueblo se entiende "el conjunto de los ciudadanos a los que les toca en última instancia en derecho de tomar las decisiones colectivas." (BOBBIO, 1989, p. 33)

1.4 Ciudadanía

La calidad de ciudadano es política, que otorga la posibilidad o el derecho de participar en las decisiones de la vida pública o común, destinada especialmente a los nacionales de un país.

1.5 Derechos políticos

El artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es el único que utiliza la palabra ciudadanos y dispone los derechos y oportunidades que deberán gozar sin restricciones: a) Participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) Votar y ser elegidos en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores; c) Tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

El artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Convención ADH), denominado de los Derechos políticos, en forma afín que el pacto anterior dispone de los mismos derechos y agrega que la ley nacional puede reglamentar el ejercicio de éstos exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

1.6 Democracia representativa

La democracia representativa es la participación de los ciudadanos en el momento de elegir a los representantes populares, sea que se otorgue la posibilidad de contender por un cargo o intervenir en la elección de éstos, quienes deberán actuar en nombre y cuenta del pueblo.

Un sistema en el que las decisiones se toman o bien, en su forma directa, por acuerdo explícito de la mayoría del grupo relevante- el que puede estar dado por los afectados por tales decisiones- o si no, en su forma representativa, por individuos que son autorizados periódicamente por la

mayoría del grupo relevante para que adopten esa clase de decisiones. (SANTIAGO, 2017, p. 371)

1.7. Democracia participativa

La democracia participativa implica que los ciudadanos no sólo participen en la selección de sus representantes, sino que lo hagan también en la toma de decisiones directamente, a través de diversos mecanismos como el referéndum, el plebiscito, la consulta popular, la iniciativa ciudadana en la elaboración de proyectos legislativos, la acción popular, la revocación de mandato.

La democracia participativa supone pues la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad en directo sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante no son los mecanismos sino el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política. (PERAZA, 2005, p. 35).

Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos. El derecho al voto es uno de los elementos esenciales para la existencia de la democracia y una de las formas en que los ciudadanos expresan libremente su voluntad y ejercen el derecho a la participación política. Este derecho implica que los ciudadanos pueden decidir directamente y elegir libremente y en condiciones de igualdad a quienes los representarán en la toma de decisiones de los asuntos públicos. (CORTE IDH, 2008, párrafo 147)

1.7.1 Revocación de mandato

Una forma de democracia participativa es la revocación de mandato, que consiste en la decisión de dar por terminado un cargo de elección popular antes de que concluya el periodo ordinario para el cual fue electo un representante popular.

Recientemente en México por 328 votos a favor, 151 en contra y 2 abstenciones, fue aprobada en el pleno de la Cámara de Diputados la iniciativa que busca reformar apartados de los artículos 53, 36, 41, 73, 99, 116, y 122 de la Constitución, “con la finalidad de instruir la figura de revocación de mandato”, por lo que pretende, de acuerdo con el texto discutido:

a) Establecer el derecho y obligación de votar en las consultas sobre revocación del mandato. Y entender esta como un medio de control constitucional de participación ciudadana, para destituir a los representantes de elección popular cuando lo soliciten los ciudadanos y haya transcurrido la mitad de su gestión.

b) Instruir la revocación de mandato mediante consulta ciudadana al Presidente de la República, los Diputados Federales, Senadores, Gobernadores de las entidades federativas, diputados locales, los integrantes de los ayuntamientos, el Jefe de Gobierno de la Ciudad de México y los integrantes de las alcaldías de esta.

c) Considerar que la solicitud de la aplicación de una consulta de revocación de mandato debe ser el equivalente al 2 por ciento de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores, en la demarcación territorial correspondiente.

d) Implantar que el Instituto Nacional Electoral recibirá las solicitudes de revocación de mandato para verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta Constitución y en las leyes en la materia; y organizará las consultas ciudadanas de revocación de mandato, así mismo, computará y hará la declaración de los resultados.

e) Establecer que el resultado de la consulta de la revocación sea vinculatorio, cuando participen al menos un tercio de los ciudadanos inscritos en la lista nominal de electores. Y que el periodo sexenal del presidente sea de 6 años, salvo que exista un proceso revocatorio en su contra. Asimismo, una vez publicada la reforma, el Congreso de la Unión tendrá un plazo de 90 días para emitir la legislación que regule la figura (Cámara de Diputados, 2019).

La democracia participativa y la representativa no son excluyentes entre sí, pueden ser complementarias, no sólo previendo las formas de acceso al poder público a través de elecciones libres, y además previendo temas que

por su interés puedan someterse a mecanismo de participación ciudadana directa.

2 PUNTOS INICIALES DE LA DEMOCRACIA

Cuatro puntos pueden servir para determinar de manera inicial lo que es la democracia, uno es la participación sin distinción de todos los seres humanos en la elección de quien o quienes gobiernan, así como la posibilidad de ser elegido, principio de igualdad; dos, que dicha elección sea el único medio para acceder y ejercer el poder público; tres, que el poder público no se concentre en una sola persona, sino que se divida en diversas instituciones, estos tres puntos se refieren a la democracia en su aspecto formal o instrumental y cuatro, que la finalidad del poder público es el bien común y el respeto a los derechos humanos, democracia en su aspecto material o sustantiva.

2.1 Participación política

Se dice en las constituciones que la soberanía reside en el pueblo, también se habla de la autodeterminación de los pueblos. El concepto de pueblo presenta diversas ambigüedades como todo aquel que es genérico, por ejemplo la humanidad, los mexicanos, los colombianos, porque son abstracciones que no representan a nadie en particular, además que el régimen democrático permite la contienda de personas e ideas, lo que no implica, que en caso de no resultar electo o decidir por una postura contraria a la mayoría, la exclusión o privarse continuar como disidente o de intervenir en otra elección. Ser demócrata no quiere decir aniquilar al contrario, sino respetar las diferentes opiniones.

La participación en el proceso democrático, aun para expresar desaprobación, puede en sí misma implicar consentimiento hacia el resultado de ese proceso, y así la democracia sería la única forma de gobierno que garantiza que su producto –leyes, etc.- es consentido por aquellos a quienes se aplica (SANTIAGO, 2017, p. 378).

2.2 Minorías

Toda contienda electoral tiene como resultado que un candidato o candidatos logren el voto de la mayoría de los electores que sufragan y se les considere ganadores, así como los otros contendientes con menos aceptación, pasen a representar las ideas e intereses de las minorías, pero ello no quiere decir la extinción de la vida política de los vencidos, su tarea, desde la oposición, consiste fundamentalmente en cuestionar las políticas que consideren erróneas o injustas, es mas es factible que en otra contienda logren vencer y convertirse en la nueva mayoría.

Esta rotación del poder permite el desarrollo de la vida democrática de un país.

La “minoría política” constituye una garantía institucional de la Democracia constitucional, dado que la legítima las decisiones de la mayoría y hace posible los principios de alternancia, pluralismo, tolerancia y resguardo de las minorías, que se encuentran ínsitos en la propia definición de democracia (al menos, en la vertiente constitucional). (AMAYA, 2014, p. 33).

3 TRIADA DE LAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS

La democracia es el sistema de gobierno más afín a los derechos humanos, al grado de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) considera una tríada, que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española significa: la “*acción y resultado de traer o transportar una cosa hacia el lugar desde el que se habla*”, a la atracción de los derechos y libertades, de las garantías de éstos y del Estado de derecho a la sociedad democrática.

La Corte IDH ha establecido que “[e]n una sociedad democrática los *derechos* y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada”, en la que cada componente se define, completa y adquiere sentido en función de los otros. Al ponderar la importancia que tienen los *derechos* políticos la Corte observa que incluso la Convención, en su artículo 27, prohíbe su suspensión y

la de las garantías judiciales indispensables para la protección de éstos. (2005, párrafo 191)



En el artículo 3º de la Carta Democrática Interamericana se reitera la vinculación de la democracia representativa a los derechos humanos y al Estado de derecho:

Son elementos esenciales de la democracia representativa, entre otros, el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales; el acceso al poder y su ejercicio con sujeción al estado de derecho; la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal y secreto como expresión de la soberanía del pueblo; el régimen plural de partidos y organizaciones políticas; y la separación e independencia de los poderes públicos.

3.1 Estado de Derech

El estado de derecho representa el respeto fiel a los mandamientos de la ley, nace como respuesta a los gobiernos absolutistas para limitar el ejercicio del poder y que no fuera despótico ni arbitrario. Así nace el liberalismo cuya esencia es la menor participación del Estado y la plena libertad de las personas, al reducir la actividad del poder público a la seguridad, y a la sociedad, conocido al Estado como gendarme, pero además el reconocimiento de los derechos naturales, incluso se afirma que son anteriores al propio Estado y por lo mismo, no deberían dictarse normas que fueran contrarias a éstos por ser irrenunciable, imprescriptibles e inmutables.

Es preciso señalar que el Estado de derecho se identifica con el Estado liberal, que posteriormente evoluciona al Estado constitucional de Derecho, así como al Estado social de derecho constitucional para llegar al Estado convencional de derecho.

3.2 Derechos humanos

En la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 4 de julio de 1776 se reconocen los derechos naturales, además de la forma de que cómo se elige a los representantes del pueblo y cómo deben gobernar:

Sostenemos que estas verdades son evidentes en sí mismas: que todos los Hombres son creados iguales, que su Creador los ha dotado de ciertos Derechos inalienables, que entre ellos se encuentran la Vida, la Libertad y la Búsqueda de la Felicidad. Que para asegurar estos Derechos se instituyen Gobiernos entre los Hombres, los cuales derivan sus Poderes legítimos del Consentimiento de los Gobernados; que el Pueblo tiene el derecho de cambiar o abolir cualquier otra Forma de Gobierno que tienda a destruir estos Propósitos, y de instituir un nuevo Gobierno, Fundado en tales Principios, y de organizar sus Poderes en tal Forma que la realización de su Seguridad y Felicidad sean más viables. La Prudencia ciertamente aconsejará que Gobiernos establecidos por bastante tiempo no sean cambiados por Causas triviales y efímeras; y como toda Experiencia lo ha demostrado, la Humanidad está más dispuesta al sufrimiento mientras el Mal sea soportable, que al derecho propio de abolir las formas a las que se ha acostumbrado. Pero cuando una larga sucesión de abusos y usurpaciones, todos ellos encaminados de manera invariable hacia el mismo objetivo, revelan la intención de someter a dicho Pueblo al absoluto Despotismo, es su Derecho, es su Deber, derrocar a tal Gobierno y nombrar nuevos Guardianes de su futura Seguridad. Tal ha sido el paciente Sufrimiento de estas Colonias; y tal es hoy la Necesidad que las obliga a modificar sus anteriores Sistemas de Gobierno. La Crónica del actual Rey de Gran Bretaña es una Crónica de repetidas Injurias y Usurpaciones, todas ellas dirigidas al Establecimiento de una Tiranía absoluta sobre estos Estados. Para probar esto, expongamos los Hechos a un Mundo sincero.

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, en el preámbulo se dice:

Los Representantes del Pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los Gobiernos, han resuelto exponer, en una Declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del Hombre, para que esta declaración, constantemente presente para todos los Miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; para que los actos del poder legislativo y del poder ejecutivo, al poder cotejarse en todo momento con la finalidad de cualquier institución política, sean más respetados y para que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas desde ahora en principios simples e indiscutibles, redunden siempre en beneficio del mantenimiento de la Constitución y de la felicidad de todos.

Esta declaración es de suma importancia para la democracia, toda vez que como se desprende del texto anterior los que deciden ahora lo hacen como representantes del pueblo, además se divide el ejercicio del poder, sin que se incluya al judicial y reconocen que hay ciertos derechos que le corresponde al hombre los cuales son inalienables y sagrados.

Los derechos humanos son las prerrogativas básicas² cuya finalidad es alcanzar las potencialidades individuales y colectivas fundadas en la dignidad humana, cuyo principal obligado es el Estado, así como cualquier persona que tenga poder de afectación.

El sistema democrático tiene como eje central la participación sin límites de la población en las decisiones fundamentales, si bien es cierto, la que más se ha desarrollado es la parte instrumental de la democracia, es decir, el acceso al poder, ya que una vez ostentando el control político el partido o la persona electa, gobierna a su discreción, de manera diferente a sus antecesores a pesar de contar con el mismo deber de garantizar y proteger la eficacia de los derechos humanos.

Sin embargo, el régimen democrático no es una garantía por sí mismo para asegurar el respeto a los derechos humanos, porque la decisión de las mayorías, cuando no es controlada puede convertirse en una dictadura que oprima a las minorías.

² En el derecho internacional de los derechos humanos o derecho convencional de los derechos humanos se establecen estándares mínimos de protección.

En el artículo 7º de la Carta Democrática Interamericana se plantea la importancia de democracia y los derechos humanos:

La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

La fórmula de la democracia es cuantitativa, gana el quien tenga más adeptos y participen en la elecciones. La fórmula de los derechos humanos es cualitativa, es valorativa porque su fundamento es la dignidad, en el respeto del ser humano tanto en lo individual como en lo colectivo.

Una de las funciones principales de los derechos humanos es que cuando sean trasgredidos se investigue, identifique y sancione a los responsables de ello, además de que se establezcan garantías de no repetición para prevenir futuras violaciones.

La Corte IDH estima que sobre los Estados Partes recae la obligación de prevenir, investigar, identificar y sancionar a los autores intelectuales y encubridores de violaciones de los derechos humanos. Con base en esta obligación, el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, que ha sido definida como "la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana" (2001, párrafo 186).

Hoy, las fuentes jurídicas donde se encuentran plasmados los derechos humanos son diversas, no sólo en las leyes, en las constituciones, en las convenciones, también en las interpretaciones a estos instrumentos que realizan los órganos jurisdiccionales nacionales y convencionales, por lo cual, son instrumentos vivos, en evolución, en desarrollo como respuesta a las vicisitudes reales que enfrenta el ser humano en la realidad.

La Corte IDH ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de

derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (2012, párrafo 83).

El impacto de la noción de derechos humanos al ser un concepto histórico, no siempre ha existido como tal y con las dimensiones que en el presente tiene, es factible decir que nos encontramos en una etapa de positivación de los derechos humanos, que se inicia a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, primero como una fuente ética y posteriormente jurídica, que ha dado como resultado múltiples tratados internacionales, así como organismos a nivel universal y regional, cuya función principal es la eficacia de los derechos humanos.

En el continente americano, por ejemplo, el sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) es un ejemplo de la noción en desarrollo constante de los derechos humanos.

El SIDH es abierto y dinámico porque no sólo está conformado con las normas, principios y directrices plasmados en los tratados internacionales, sino su alcance se va nutriendo con la interpretación y aplicación que hacen las instituciones de supervisión, esencialmente la Corte IDH. (MARTÍNEZ LAZCANO, 2015, p. 185)



Un punto importante al ser un concepto vivo los derechos humanos, su campo o perímetro van sumando a esta categoría nuevos derechos, es decir

tiene un efecto expansivo de protección, poco a poco su manto va creciendo, ahora es factible exigir la previa consulta a las poblaciones indígenas cuando se intenta afectar a sus tierras ancestrales y sus recursos naturales, el matrimonio entre personas del mismo sexo, el derecho al agua y a su saneamiento, a un medio ambiente sano, a la paz, entre otros tanto más.

Las nuevas reivindicaciones que, de un modo continuo y consistente, se van manifestando en las sociedades desarrolladas del siglo XXI no son nuevas fronteras de los nuevos derechos humanos: un concepto casi necesariamente expansivo, destinado a ir adquiriendo nuevas competencias progresivamente, a ampliar su campo de acción de un modo irreversible a través de la historia. (HERNÁNDEZ, 2010, p. 15)

Los derechos humanos son prerrogativas de especie, que han ido formando parte de la cultura humana, mediante otorgamiento y reconocimiento a lo largo de la historia de la humanidad, sin que implique que por el hecho de que se legisle a favor de su exigencia jurídica se logre por sí mismo vigencia práctica.

Desde la convivencia más pequeña entre dos personas o en las colectividades de cualquier dimensión, hasta los Estados, los esfuerzos internacionales no han sido suficientes para erradicar la desenfrenada ambición, ni la corrupción de los pseudo regímenes democráticos.

Instaurar las condiciones jurídicas para combatir la intolerancia ideológica, los atropellos, combatir la pobreza, erradicar cualquier tipo de esclavitud, la expedites en el acceso a la justicia eficaz, a la educación, a la protección de la salud, contar con vivienda digna, vivir en un entorno natural y adecuado para el desarrollo de la vida, el acceso al trabajo remunerado que permita adquirir satisfactores básicos como mínimo.

Una de las características de los derechos humanos es la progresividad o la no regresividad de los avances que se tengan en su protección, peculiaridad que se relaciona con el aspecto expansivo constante en el que se desarrollan los derechos humanos.

[...] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “las

medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga”. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso” [...] (CORTE IDH, 2009, párrafo 103).

3.3. Garantías de no protección

El tema de las garantías de no repetición es fundamental y es el impacto mayor de las sentencias que dicta la Corte IDH en la protección de derechos humanos, porque dentro de las consecuencias del fallo no sólo se busca resolver el caso concreto sino prevenir situaciones similares mediante la adopción de todas las medidas legales, administrativas necesarias para cumplir con el compromiso internacional de garantizar los derechos y libertades previsto en la Convención ADH, además de adecuar el sistema nacional a los parámetros interamericanos.

En casos como el presente, las garantías de no repetición adquieren una mayor relevancia como medida de reparación, a fin de que hechos similares no se vuelvan a repetir y contribuyan a la prevención. En este sentido, la Corte IDH recuerda que el Estado debe prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos como las descritas en este caso y, por ello, adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para hacer efectivo el ejercicio de los derechos de los defensores de derechos humanos, de conformidad con las obligaciones de respeto y garantía dispuestas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención (2013, párrafo 234).

4 ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Este tipo de organización política establece que toda norma debe estar subordinada a la Constitución y cualquier disposición que sea contraria a la Carta Magna debe carecer de validez. Además de crear mecanismos

jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía constitucional. Siendo precisamente la Constitución un sistema de límites y vínculos a cualquier poder (FERRAJOLI, 2000, p. 157).

Más adelante en la misma declaración, sin que se diga la palabra democracia se establecen los puntos esenciales de ésta, al precisar en los tres primeros artículos:

Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común. La finalidad de cualquier asociación política es la protección de los derechos naturales e imprescriptibles del Hombre. Tales derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión. El principio de toda Soberanía reside esencialmente en la Nación. Ningún cuerpo ni ningún individuo pueden ejercer autoridad alguna que no emane expresamente de ella.

Este inicio limitado del Estado y la de “plena” libertad a la población, fue una respuesta a la coyuntura política que se vivía, que requería de un poder limitado a la tarea de policía, dividido para evitar la concentración de la autoridad y el origen del liberalismo económico.

La doctrina política del liberalismo se había fundado en el deber de los gobernantes de restringir el ejercicio del poder público en la existencia de derechos naturales, y por ello inviolables, de los individuos (BOBBIO, 1989, p. 69).

Lo que se pensó, y todavía muchos lo siguen creyendo, es que una vez elegidos los representantes populares sólo iban a crear leyes que beneficiaran a la comunidad, es decir, bastaba que el órgano competente creará la ley y se cumpliera con el procedimiento de elaboración de la misma, para inferir que ésta debía ser obedecida por considerarse adecuada.

En el paradigma paleopositivista del Estado liberal, la ley, cualquiera que fuese el contenido, era considerada la fuente suprema e ilimitada del derecho (FERRAJOLI, 2000, p. 164).

4.1 Estado social de derecho

El Estado social de derecho evoluciona en los fines del poder público, al reconocer la necesidad de proteger a la población que sus condiciones socioeconómicas no tienen oportunidades de desarrollo para alcanzar las potencialidades de todo ser humano, entre ellas garantizar la subsistencia y crecimiento intelectual individual, cuya esencia son los derechos humanos sociales económicos y culturales (DESC).

Los DESC tienen sus raíces en la ideología socialista y comunista, en su momento Karl Marx criticó los derechos consagrados en la Declaración de Hombre y del Ciudadano de 1789, que incluía sólo derechos civiles y políticos sin considerar a los DESC, tal postura se aprecia en su obra *Sobre la cuestión judía* de 1844:

Los llamados derechos humanos, los *droits de l'homme*, no son otra cosa que los derechos del miembro de la sociedad burguesa, es decir del hombre egoísta, separado del hombre y de la comunidad. (MARX, 2016, 45)

Acertada visión de Marx, ya que los derechos del hombre sólo limitaban a proteger a la parte de la sociedad que se encontraba o se encuentra en condiciones de adquirir y mantener riqueza, menospreciando u olvidándose de la gran mayoría de la población que no había corrido con la misma “suerte” de nacer con las mismas oportunidades de desarrollo, así se proclamó la “libertad de los pobres”.

Los DESC, a su vez se subdividen en tres categorías derechos económicos, derechos sociales y derechos culturales, que en esencia tienen el valor de la no discriminación y la igualdad.

El modelo de Estado social y democrático de derecho es el único donde puede desenvolverse una sociedad democrática, sería limitativo en el sentido de que hay Estados que a pesar de no contar con alguna de las variables de este término, procuran tener un profundo apego al Estado de derecho, respeto a los valores sociales y sostener una forma de vida democrática. (GUZMÁN, 2010, p. 171.)

El Estado mexicano ha establecido los alcances e interpretación del concepto del derecho al mínimo vital:

En el orden constitucional mexicano, el derecho al “mínimo vital” o “mínimo existencial”, el cual ha sido concebido como un derecho fundamental que se apoya en los principios del Estado social de derecho, dignidad humana, solidaridad y protección de ciertos bienes constitucionales, cobra vigencia a partir de la interpretación sistemática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en sus artículos 1o., 3o., 4o., 13, 25, 27, 31, fracción IV, y 123; aunado al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, suscritos por México y constitutivos del bloque de constitucionalidad, y conformados por la satisfacción y protección de diversas prerrogativas que, en su conjunto o unidad, forman la base o punto de partida desde la cual el individuo cuenta con las condiciones mínimas para desarrollar un plan de vida autónomo y de participación activa en la vida democrática del Estado (educación, vivienda, salud, salario digno, seguridad social, medio ambiente, etcétera.), por lo que se erige como un presupuesto del Estado democrático de derecho, pues si se carece de este mínimo básico, las coordenadas centrales del orden constitucional carecen de sentido. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, en la Observación General No. 3 de 1990, ha establecido: “la obligación mínima generalmente es determinada al observar las necesidades del grupo más vulnerable que tiene derecho a la protección del derecho en cuestión”. Así, la intersección entre la potestad estatal y el entramado de derechos y libertades fundamentales, en su connotación de interdependientes e indivisibles, fija la determinación de un mínimo de subsistencia digna y autónoma constitucionalmente protegida, que es el universal para sujetos de la misma clase y con expectativas de progresividad en lo concerniente a prestaciones. En este orden de ideas, este parámetro constituye el derecho al mínimo vital, el cual coincide con las competencias, condiciones básicas y prestaciones sociales necesarias para que la persona pueda llevar una vida libre del temor y de las cargas de la miseria o de necesidades insatisfechas que limiten sus libertades, de tal manera que este derecho abarca todas las medidas positivas o negativas necesarias para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en

su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Aunado a lo anterior, el mínimo vital es un concepto jurídico indeterminado que exige confrontar la realidad con los valores y fines de los derechos sociales, siendo necesario realizar una evaluación de las circunstancias de cada caso concreto, pues a partir de tales elementos, es que su contenido se ve definido, al ser contextualizado con los hechos del caso; por consiguiente, al igual que todos los conceptos jurídicos indeterminados, requiere ser interpretado por el juzgador, tomando en consideración los elementos necesarios para su aplicación adecuada a casos particulares, por lo que debe estimarse que el concepto no se reduce a una perspectiva cuantitativa, sino que por el contrario, es cualitativa, toda vez que su contenido va en función de las condiciones particulares de cada persona, de esta manera cada gobernado tiene un mínimo vital diferente; esto es, el análisis de este derecho implica determinar, de manera casuística, en qué medida se vulnera por carecer de recursos materiales bajo las condiciones propias del caso (SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SU GACETA, 2013, p. 1345).

4.2. Republicanismo

Es así que la democracia, pensada desde las distintas filosofías políticas, adquiere distintas posturas hacia los derechos humanos. Mientras que al liberalismo libertario le bastan los derechos civiles y políticos, el republicanismo demanda el desarrollo cabal de los individuos, que a su vez requiere del cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Esto es así porque el desarrollo integral de los individuos requiere necesariamente de una buena salud, educación y pertenencia a sistemas culturales, para lo cual se requieren acciones positivas mediante políticas públicas que garanticen estos derechos a todos los individuos. (VILLASENOR, 2015, p. 12).

La república y la democracia no son palabras analógicas, la república es el gobierno de la ley y la democracia del pueblo, sin embargo, son complementarias, así el Republicanismo se basa en el conjunto de los siguientes principios:

División de poderes del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial)

Elección de los gobernantes por los ciudadanos con base a los principios jurídicos establecidos previamente de acuerdo a los principios de la democracia.

Poder del gobernante limitado acorde al ordenamiento jurídico positivo, es decir, que respeta las normas jurídicas que son hechas por los seres humanos para su propia Sociedad.

El gobernante debe rendir cuentas de sus decisiones y sus actos deben ser públicos.

Existencia de organismos de control que defiendan no sólo el buen funcionamiento de las instituciones sino el respeto de los derechos de los ciudadanos.

Elección popular y alternativa en el ejercicio de los cargos públicos.

Respeto de la sociedad en su conjunto a la Constitución Política y a las normas que estructuran la misma organización social.

Fortalecimiento por parte del Estado del principio de "equidad" social que busca ofrecer el mayor número de oportunidades para todos los ciudadanos de acuerdo a sus propias capacidades, necesidades e intereses.

Práctica de la deliberación, tolerancia ante las ideas opuestas y la posibilidad de participación de las diversas tendencias políticas en el gobierno.

Búsqueda de un bienestar colectivo.

El estado propende por el fortalecimiento de la autonomía de los ciudadanos.

Libertad de los ciudadanos basada en el ordenamiento jurídico. (BARBOSA, MORENO y PARRA, 2018, p. 19)

4.3 Estado convencional de derecho

Este sistema parte de la aceptación de diversos Estados que se obligan a cumplir reglas, principios y directrices comunes, además de crear mecanismos jurisdiccionales para garantizar el principio de supremacía de los derechos humanos.

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos (CORTE IDH, 2006, párrafo 129).

4.4 Impunidad

La impunidad representa el no castigo o sanción a los responsables de cometer conductas ilícitas, sea que se cometan delitos, infracciones o cualquier acto u omisión reprobable por el derecho y que tal conducta sea punible.

La Corte IDH ha sostenido que la obligación de los Estados de garantizar un recurso judicial efectivo no se reduce simplemente a la mera existencia de tribunales o procedimientos formales.³

Un razonamiento más amplio, respecto a este tema establece que:

La Corte IDH estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención ADH. Es por ello que los Estados Partes en la Convención ADH que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención ADH (2001, párrafo 43)

Si se considera que el término amnistía, según el Diccionario de la Real Academia Española, es definido como el "*perdón de cierto tipo de delitos, que extingue la responsabilidad de sus autores*" (2014), en este caso por autoamnistía debe entenderse el olvido y perdón de delitos, auto concedido por el propio represor, quienes utilizando su posición desde las esferas del poder buscan generar leyes que les otorguen completa impunidad, sobre actos cometidos en el pasado.

En criterios jurisprudenciales la Corte IDH ha establecido que:

³ Sobre esta idea, véase Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras*. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1, Párrafos 66-68 y Corte IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs Ecuador*. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245, Párrafos 261-263.

Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención ADH. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente (2001, párrafo 43).

En este tenor, si un Estado emite, acepta o reafirma leyes de autoamnistía, incumple con la obligación de garantizar e investigar, estipulada en el artículo 1.1 de la Convención ADH, pues al no permitir la identificación de los culpables y con ello la reparación debida de los daños, queda invalidada la protección judicial otorgada en el artículo 25 de la citada Convención ADH.

En el ámbito de los derechos humanos es de descartar que los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que han sido condenados, el incumplimiento a los fallos en mayor proporción se debe a la falta de investigaciones serias, necesarias para sancionar a los violadores de derechos humanos, *el mayor impacto en el seguimiento de la Corte [IDH] ante la orden de acusación y sanción de los responsables de la violación; en 2006 existía un 73,8% de incumplimiento.* (VIVAS, 2015, p. 28)

5 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control difuso de convencionalidad es una obligación de los servidores públicos o agentes de los Estados parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos de privilegiar la protección de los derechos humanos de acuerdo a la mayor protección posible, sea de fuente del catálogo convencional o constitucional.

La idea de control difuso de convencionalidad implica que todos los jueces de los países que pertenecen al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos sin distinción, están constreñidos de oficio en la solución de casos concretos, a jerarquizar los tratados internacionales

(convenciones) y la interpretación de la Corte (IDH) ante cualquier acto contrario a éstos, incluyendo el derecho creado en el ámbito interno, es decir, el derecho interamericano es fuente formal directa del derecho nacional (LAZCANO, 2014, p79).

Dicho “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales. (SAGUES, 2010, pp. 117-136)

El control de convencionalidad ha quedado definido como una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de la Corte IDH, en el Derecho interno de los Estados parte de aquélla (IBÁÑEZ, 2015, p. 49).

5.1 Delitos contra la humanidad

Son conductas graves que inciden en los derechos humanos que pueden cometer los que detentan el poder sobre la colectividad o una parte de ella, que son sancionados por el derecho internacional, estos delitos son el genocidio, crímenes de lesa humanidad, de guerra; de agresión, como lo prevé el artículo 5º del Estatuto de Roma, por el cual se creó la Corte Penal Internacional el 17 de julio de 1998, cuya sede es en La Haya, Holanda.

Algunos de los delitos que describe el Estatuto de Roma son:

5.1.1 Genocidio

Es cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal:

- a) Matanza de miembros del grupo;

- b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;
- c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial;
- d) Medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo;
- e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo.

5.1.2 Crimen de lesa humanidad

Es cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

- a) Asesinato;
- b) Exterminio;
- c) Esclavitud;
- d) Deportación o traslado forzoso de población;
- e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional;
- f) Tortura;
- g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable;
- h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional;
- i) Desaparición forzada de personas;
- j) El crimen de apartheid;
- k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física.

5.1.3 Ataque contra una población civil

Se entenderá la línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política;

a) El “exterminio” comprenderá la imposición intencional de condiciones de vida, entre otras, la privación del acceso a alimentos o medicinas, entre otras, encaminadas a causar la destrucción de parte de una población;

b) Por “esclavitud” se entenderá el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños;

c) Por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional;

d) Por “tortura” se entenderá causar intencionalmente dolor o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, a una persona que el acusado tenga bajo su custodia o control; sin embargo, no se entenderá por tortura el dolor o los sufrimientos que se deriven únicamente de sanciones lícitas o que sean consecuencia normal o fortuita de ellas;

e) Por “embarazo forzado” se entenderá el confinamiento ilícito de una mujer a la que se ha dejado embarazada por la fuerza, con la intención de modificar la composición étnica de una población o de cometer otras violaciones graves del derecho internacional. En modo alguno se entenderá que esta definición afecta a las normas de derecho interno relativas al embarazo;

f) Por “persecución” se entenderá la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad;

g) Por “crimen de apartheid” se entenderán los actos inhumanos cometidos en el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y

dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen;

h) Por “desaparición forzada de personas” se entenderá la aprehensión, la detención o el secuestro de personas por un Estado o una organización política, o con su autorización, apoyo o aquiescencia, seguido de la negativa a admitir tal privación de libertad o dar información sobre la suerte o el paradero de esas personas, con la intención de dejarlas fuera del amparo de la ley por un período prolongado.

6 DEMOCRACIA COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

La historia de los derechos humanos no es lineal o progresiva, porque no significa que cada etapa de la humanidad se erradique de manera definitiva las trasgresiones anteriores a pesar de que se cree legislación para ello, la inequidad es cíclica, hay gobiernos que se sustentan en sus constituciones como regímenes democráticos y reconocen los derechos humanos, no garantizan la eficacia en la vida social, sino por el contrario, algunos de forma sistemática o generalizada violan derechos humanos, como es el caso de Venezuela, Nicaragua, México, entre otros.

Ni los instrumentos de participación democrática directa de los ciudadanos son suficientes para proteger los derechos humanos eficazmente.

La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera

de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el *Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet*, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, *inter alia*, que “el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley”. Otros tribunales nacionales se han referido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales (CORTE IDH, 2011, párrafo 239).

Los tribunales nacionales se han pronunciado sobre la base de las obligaciones internacionales, respecto de los límites sea del poder legislativo sea de los mecanismos de la democracia directa:

a) La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica el 9 de agosto de 2010 declaró que no era constitucionalmente válido someter a consulta popular (*referéndum*) un proyecto de ley que permitiría la unión civil entre personas del mismo sexo, que se encontraba en trámite ante la Asamblea Legislativa, por cuanto tal figura no podía ser utilizada para decidir cuestiones de derechos humanos garantizados en tratados internacionales. Al respecto, la Sala Constitucional señaló que *“los derechos humanos establecidos en los instrumentos del Derecho Internacional Público - Declaraciones y Convenciones sobre la materia-, resultan un valladar sustancial a la libertad de configuración del legislador, tanto ordinario como, eminentemente, popular a través del referéndum. [...] el poder reformador o constituyente derivado -en cuanto poder constituido- está limitado por el contenido esencial de los derechos fundamentales y humanos, de modo que, por vía de reforma parcial a la constitución, no puede reducirse o cercenarse el contenido esencial de aquellos [...]. Es menester agregar que los derechos de las minorías, por su carácter irrenunciable, constituyen un asunto*

eminentemente técnico-jurídico, que debe estar en manos del legislador ordinario y no de las mayorías proclives a su negación” Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica, Sentencia No2010013313 de 10 de agosto de 2010, Expediente 10-008331-0007-CO, Considerando VI.

b) La Corte Constitucional de Colombia señaló que un proceso democrático requiere de ciertas reglas que limiten el poder de las mayorías expresado en las urnas para proteger a las minorías: *“la vieja identificación del pueblo con la mayoría expresada en las urnas es insuficiente para atribuir a un régimen el carácter democrático que, actualmente, también se funda en el respeto de las minorías [...] la institucionalización del pueblo [...] impide que la soberanía que [...] en él reside sirva de pretexto a un ejercicio de su poder ajeno a cualquier límite jurídico y desvinculado de toda modalidad de control. El proceso democrático, si auténtica y verdaderamente lo es, requiere de la instauración y del mantenimiento de unas reglas que encaucen las manifestaciones de la voluntad popular, impidan que una mayoría se atribuya la vocería excluyente del pueblo [...]”*. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-141 de 2010 de 26 de febrero de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, por medio de la cual se decide sobre la constitucionalidad de la ley 1354 de 2009, de convocatoria a un referendo constitucional.

c) La Constitución Federal de la Confederación Suiza señala en su artículo 139.3 lo siguiente: *“cuando una iniciativa popular no respete el principio de unidad de la forma, el de unidad de la materia o las disposiciones imperativas de derecho internacional, la Asamblea federal la declarará total o parcialmente nula”*. El Consejo Federal de Suiza, en un reporte de 5 de marzo de 2010 sobre la relación entre el derecho internacional y el derecho interno, se pronunció sobre las normas que considera como normas imperativas del derecho internacional. En ese sentido, señaló que estas normas serían: las normas sobre prohibición del uso de la fuerza entre Estados, las prohibiciones en materia de tortura, de genocidio y de esclavitud, así como el núcleo del derecho internacional humanitario (prohibición del atentado a la vida y a la integridad física, toma de rehenes, atentados contra la dignidad de las personas y ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal regularmente constituido) y las garantías intangibles del Convenio Europeo de

Derechos Humanos.

d) La jurisprudencia de varios tribunales de Estados Unidos, como por ejemplo en los casos *Perry vs. Schwarzenegger*, en donde se declara que el referéndum sobre personas del mismo sexo era inconstitucional porque impedía al Estado de California cumplir con su obligación de no discriminar a las personas que deseaban contraer matrimonio de conformidad con la Enmienda 14 de la Constitución. A ese propósito, la Corte Suprema expresó “*los derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones*”. *Perry vs. Schwarzenegger (Challenge to Proposition 8) 10-16696*, Corte de Apelaciones del Noveno Circuito, Estados Unidos. En el caso *Romer vs. Evans*, la Suprema Corte anuló la iniciativa que habría impedido a los órganos legislativos adoptar una norma que protegiera a los homosexuales y lesbianas en contra de la discriminación. *Romer, Governor of Colorado, et al. vs. Evans et al. (94-1039), 517 U.S. 620 (1996)*. Suprema Corte de Estados Unidos. Por último, en el caso *West Virginia State Board of Education vs Barnette*, la Suprema Corte de Estados Unidos determinó que el derecho a la libertad de expresión protegía a los estudiantes de la norma que los obligaba a saludar a la bandera de Estados Unidos y de pronunciar el juramento de fidelidad a la misma. En ese orden de ideas, la Corte afirmó que el propósito esencial de la Carta Constitucional de Derechos fue retirar ciertos temas de las vicisitudes de las controversias políticas, colocándolos fuera del alcance de las mayorías y funcionarios, y confiriéndoles el carácter de principios legales para ser aplicados por los tribunales. El derecho de las personas a la vida, libertad y propiedad, a la libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de culto y de reunión, y otros derechos fundamentales no pueden ser sometidos a votación; no dependen de los resultados de elecciones”.

e) La Corte Constitucional de la República de Sudáfrica negó un referéndum sobre la pena capital por considerar que una mayoría no puede decidir sobre los derechos de la minoría, la que en este caso fue identificada por la Corte como las personas marginalizadas por la sociedad, las personas que podrían ser sometidas a esta pena corporal: “[...] *De la misma manera la cuestión de constitucionalidad de la pena capital no puede ser sometida a un*

referendo, en donde la opinión de una mayoría prevalecería sobre los deseos de cualquier minoría. La razón esencial para establecer el nuevo orden legal, así como para investir del poder de revisar judicialmente toda legislación en las tribunales, es proteger los derechos de las minorías y otras personas que no están en condición de proteger adecuadamente sus derechos a través del proceso democrático. Los que tienen derecho a reclamar esta protección incluye a los socialmente excluidos y las personas marginadas de nuestra sociedad. Únicamente si hay una voluntad de proteger a los que están en peores condiciones y a los más débiles entre nosotros, entonces podremos estar seguros de que nuestros propios derechos serán protegidos. [...]

f) La Corte Constitucional de Eslovenia, en el caso de los llamados “*Erased*” (personas que no gozan de un status migratorio legal), decidió que no es posible realizar un referéndum sobre los derechos de una minoría establecida; en concreto, la Corte anuló un referéndum que pretendía revocar el estatus de residencia legal de una minoría. En ese sentido, el tribunal señaló: *“los principios de un Estado gobernado por el principio de legalidad, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la dignidad personal y seguridad, el derecho a obtener compensaciones por violaciones de derechos humanos, y la autoridad de la Corte Constitucional, deben ser priorizados por encima del derecho a la toma de decisiones en un referendo”* (CORTE IDH, 2011).

Hay temas que no pueden ser cuestionados o revisados por la democracia directa, porque su decisión *a priori* viola derechos humanos, por lo que no hay ninguna medida, desde el punto de vista cuantitativo que justifique su violación.

Los derechos fundamentales de todos: los derechos de libertad, que ninguna mayoría puede violar, y los derechos sociales –a la salud, la educación, la seguridad social y la subsistencia– que cualquier mayoría está obligada a satisfacer (FERRAJOLI, 2000, p. 159).

7 A MANERA DE CONCLUSIONES

Los avances que ha tenido el régimen democrático a lo largo de la historia de la organización política de las sociedades, es el más acorde a los estándares de protección de derechos humanos, que se ha instaurado para prevenir violaciones a los derechos naturales o humanos, pero que hoy es parte de la llamada “*triada*” prevista por la Corte IDH, aunado a la garantía en el amparo en la tutela de los mismos derechos, además del Estado convencional de derecho, sin embargo, los órganos públicos de los Estados deben respetar los límites impuestos en sus decisiones y políticas, para no convertirse en dictaduras que sometan a las minorías, al tener la obligación de sustraer temas de la agenda política vedados ni aún someterlos a los mecanismos de la democracia directa como el perdón de los crímenes contra la humanidad previstos en el Estatuto de Roma, esta determinación debe realizarse mediante el control difuso de convencionalidad al que están obligados todos los agentes de los Estados. La principal fuente de las restricciones a los regímenes democráticos en el ejercicio del poder son los derechos humanos de fuente convencional.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

Doctrina

AMAYA, J. A. (2014) Democracia y minoría política, Astrea, Buenos Aires.

BARBOSA, H., MORENO ALFONSO, R. y PARRA SALAS, D. (2018), Introducción a la cátedra republicana, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

BENÉITEZ, B. (2005) La ciudadanía de la democracia ateniense, *Foro Interno*, vol. 5, Madrid.

BOBBIO, N. (1989) Liberalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México.

CARBONELL, M. (2013) Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad, IJ-UNAM, México.

FERRAJOLI, L. (2000) El garantismo y la filosofía del derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

GUZMÁN BRITO, A. (2010) El derecho, ¿ciencia humanística o social? y otros problemas, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Santiago, no. 12.

IBÁÑEZ, J. M. (2015) Manual auto-formativo para la aplicación del control de convencionalidad dirigido a operadores de justicia, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica.

HERNÁNDEZ CRUZ, A. (2010) Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano, UNAM, México.

LAZCANO, A. J. El control difuso de convencionalidad y su recepción en México. *Revista jurídica valenciana*, 2014, no 31, p. 79.

MARTÍNEZ LAZCANO, A. J. (2015) Sistemas regionales de protección de derechos humanos, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá.

MARX, K. (2017) Páginas malditas Sobre La cuestión judía y otros textos, Libros de Anarres, Buenos Aires, http://gci-icg.org/spanish/paginas_malditas.pdf.

PERAZA, A. (2005) Democracia participativa y derechos humanos. Universidad Andina Simón Bolívar.

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/745/1/RAA-13-Peraza-Democracia%20participativa%20y%20derechos%20humanos.pdf>.

SANTIAGO NINO, C. (2017) Ética y derechos humanos, 2da. Edición, Astrea SRL, Argentina.

SAGUES, N. P. (2010) International obligations and "conventionality control". *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 1, p. 117-136, Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

VILLASENOR ALONSO, I. (2015) La democracia y los derechos humanos: una relación compleja, *Foro int*, México, v. 55, n. 4, p. 1115-1138.

VIVAS BARRERA, T. G. (2015) Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado, en *Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Universidad Católica, Bogotá.

Jurisprudencia Interamericana

CORTE IDH. (2009) Caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 198.

CORTE IDH. (2006) Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, Serie C No. 154.

CORTE IDH. (2012) Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239.

CORTE IDH. (2001) Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Serie C No.75.

CORTE IDH. (2008) Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 184.

CORTE IDH. (2011) Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221.

CORTE IDH. (2001) Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 74.

CORTE IDH. (2013) Caso Luna López Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 269.

CORTE IDH. (2005) Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 127.

Criterios jurisdiccionales mexicanos

Tesis: I.4o.A.12 K 10a. (2013) Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XVII, Tomo 2.

Tesis: 1a. CCCXVII/2014 (10a.). (2014) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 10, Tomo I.

Documentación adicional

Cámara de Diputados. (2019) Gaceta Parlamentaria.

Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. (2014) Última edición 23ª.

LAS ANTINOMIAS DISCIPLINARES EN LA COMPRESIÓN JUDICIAL DE LA PRUEBA EXPERTICIAL ANTROPOLÓGICA

CAÑAVERAL, Jacobo Mérida¹

RESUMO: O conhecimento antropológico é um meio de prova necessário, pois permite ao juiz determinar se a diferença cultural é uma condição de esclarecimento no processo de análise e resolução de um conflito. O precedente fornece uma luz legal ao juiz ou magistrado no momento da emissão de uma resolução judicial. Por esse motivo, é importante comentar sobre os problemas ou antinomias enfrentados pelo antropólogo ou testemunha especialista e pelo juiz ou magistrado no momento de esclarecer os fatos de um caso específico, no qual é necessário conhecimento especializado de alguma ciência ou conhecimento específico para conceder justiça, neste caso Antropologia, através do teste de especialista.

Palavras-chave: perícia; antinomias; evidência judicial; processo; teste de especialista

ABSTRACT Anthropological expertise is a necessary means of proof since it allows the judge to determine whether cultural difference is a condition of clarification in the process of analysis and resolution of a conflict. The foregoing gives a legal light to the judge or magistrate at the time of issuing a judicial resolution. For this reason, it is important to comment on the problems or antinomies faced by the anthropologist or expert witness and the judge or magistrate at the time of clarifying the facts of a specific case, in which specialized knowledge of some specific science or knowledge is required to impart justice, in this case Anthropology, through the expert test.

Keyword: expertise; antinomies; judicial evidence; process; expert tes.

1 INTRODUCCIÓN

En este trabajo se comentarán los problemas o antinomias que enfrenta el antropólogo o perito y el juez o magistrado para esclarecer los

¹ Es miembro del Sistema Estatal de Investigadores del estado de Chiapas. Maestro en Derecho Público. Doctor en Estudios Regionales por la Universidad Autónoma de Chiapas (UNACH). Ha ejercido la profesión de abogado como Juez, Magistrado Regional y coordina la Clínica de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la UNACH. Actualmente se desempeña como director de la Facultad de Derecho de la UNACH.

hechos de un caso concreto, en el cual se requieren conocimientos especializados de alguna ciencia o conocimiento específico para impartir justicia, en este caso la Antropología², a través de la prueba experticial.

Esta actividad se desarrolla en el marco del proceso judicial y las “formalidades” de la prueba pericial en torno a una serie de hechos disputados o caso concreto. En ese marco es evidente que tenemos dos enfoques disciplinares diversos: por un lado un enfoque formal y normativo dirigido a un juez que tiene la obligación de resolver en Derecho el asunto en litigio; por el otro, un enfoque que busca abstraer el comportamiento humano en todas sus facetas con flexibilidad conceptual y metodológica para lograr la explicación de fenómenos tan disimiles como la ecología, económica o el feminismo, es evidente que ambos enfoques se encuentran en el marco del proceso judicial para complementarse, subsidiarse o comunicarse en aras de la impartición de justicia, en ese sentido se debe lograr un mínimo dialogo disciplinario.

Para ello explicaré qué entiendo por diálogo disciplinario en el contexto del proceso judicial, que se debe realizar a pesar de la distancia conceptual, metodológica y tradicional que existen entre ambas disciplinas. A estas distancias o diferencias les denomino antinomias.

Por último, debo señalar que este diálogo entre Antropología y Derecho se desarrolla a partir de dos conceptos básicos como es el proceso judicial y la prueba experticial o pericial. En el caso del proceso judicial es el contexto donde la comunicación y las antinomias se presentan, en el primero, nutren la convicción³ del juez y por ende la impartición de justicia, en el otro caso, el juez desestima la prueba pericial no logrando el reconocimiento del

² La Antropología es una ciencia que designa el estudio del hombre en general, su objeto de estudio ha variado desde su creación según la terminología. Hoy en día por la amplitud de los estudios antropológicos por lo regular existen una diversidad que abarca la urbana, económica, ecológica, feminista entre otras, aunque la clasificación clásica es física, social y cultural. Auge, Marc y Colleyn, Jean Paul, Que es la antropología, Paidós Buenos Aires, Argentina, 2006, pags. 15-17.

³ Según Briseño Sierra se puede entender a la convicción o convencimiento como la inclinación del ánimo hacia una afirmación inverificable, esto es, la creación de una regla del caso que permita resolver el conflicto, sin embargo, en opinión del autor citado, esta inclinación del sujeto, en este caso del juez, resulta inverificable en medida del propio sistema legal que regula las pruebas, si es un sistema libre o tasado. Briseño Sierra, Humberto, Derecho Procesal Vol. 2, Oxford, México D.F., Primera edición, 1999, Pág. 1252-1255.

enfoque antropológico en el caso concreto a resolver. De igual manera, la prueba pericial o experticial, es un medio de prueba que se debe ajustar a las reglas del ofrecimiento, preparación, desahogo y valoración de la prueba pericial. Estos estrechos conceptos deben utilizarlos tanto el antropólogo como el juez para lograr una exitosa impartición de justicia.

2 EL PROCESO JUDICIAL

El concepto de proceso no es propio del Derecho, sino que en varias disciplinas se utiliza para hacer referencia a la serie de etapas o momentos que deben realizarse para llegar a un fin, esta serie de actos están unidos de forma lógica y veraz que permite no solo obtener un producto, sino que además revisar la seriación de los mismos. Por ello se habla de proceso quirúrgico en medicina o proceso final o derivado según sea el caso. En ese sentido, el proceso judicial es aquel que se realiza ante un órgano del Estado para solicitar la actividad del mismo en la protección del derecho o castigo de un crimen.

La idea tradicional de juicio es aquella que lo define como la disputa entre dos o más ciudadanos sobre la persecución del derecho o castigo de un crimen, que termina con la sentencia o declaración del juez, la cual, en caso de ser condenatoria se lleva a efecto (PALLARES, p. 464). Esta definición es de carácter descriptivo y señala los elementos que debe contener un juicio, en este caso, lo que nos interesa es que en el concepto de disputa, litigio o pleito es donde se inserta la necesidad de presentar pruebas para lograr que el juez decida cual versión es la válida.

Para Gómez Lara el proceso es un conjunto complejo de actos del estado como soberano, de las partes interesadas y de los terceros ajenos a la relación substancial, actos todos que tienden a la aplicación de una ley general a un caso concreto controvertido para solucionarlo o dirimirlo (GÓMEZ LARA, 1981, p. 121). Esta definición aborda la naturaleza de los actos procesales que son de origen público, esto es, que si bien es cierto existen actos de las partes y de terceros, la relación en que se desarrollan es de subordinación a una autoridad, en este caso el poder judicial o juez; es de advertirse que la idea es la aplicación de una ley general o norma jurídica, esto es importante señalar,

que la intención es perseguir un derecho o el castigo de un crimen, esto se realiza según lo manifiesta Piero Calamandrei (1997, p. 68-69), no de forma automática sino mediante una providencia jurisdiccional, esto es, una sentencia. Para el ilustre procesalista italiano la actividad judicial es exacerbada por las partes y terceros mediante los diversos actos, entre estos últimos lógicamente se encuentran los medios de prueba que se presentan ante el juez.

En esa providencia jurisdiccional o sentencia es donde se expresa la convicción del juez, para ello hay que señalar que esta resolución judicial contiene dos aspectos: interno y externo. Este último es la forma del documento, el cual, no es trascendente para este trabajo⁴, en el otro es donde ocurre la llamada convicción o juicio del juez, es en ella donde se realiza el procedimiento decisorio o de juzgar lo presentado en el proceso.

De lo anterior se puede concluir, que en esta seriación de actos de las partes y de los terceros, solicitan un acto de autoridad del Estado, esto es, un acto jurisdiccional. Este acto judicial, providencia, resolución o sentencia, es el que resuelve la cuestión de mérito del proceso: alguien es inocente o no, se debe resarcir un monto pecuniario a una persona por daños o perjuicios o no, entre otros. De esta manera la resolución está sustentada en la convicción del juez o juicio que se logra por el discernimiento o juzgar que realiza el juez para ordenar, valorar, ponderar e interpretar el Derecho y los hechos expuestos en el proceso, todo esto tiene sentido por la llamada relación procesal (CHIOVENDA, 1997, p. 19-20) que no solo une a las partes, sino que los obliga a cumplir la decisión del juez.

Por ello es importante señalar que el juez llega hasta este momento mediante las diversas argumentaciones, narrativas y probanzas de las partes y terceros, entre este cumulo de posibilidades se encuentra la presentación de la prueba experticial o pericial para hacer llegar cuestiones o experticia necesaria para entender mejor los hechos que se le proponen.

⁴ Hay que tomar en cuenta que normalmente la sentencia judicial se divide en proemio, considerando, resultando y puntos finales.

3 LA PRUEBA EXPERTICIAL

La necesidad de probar el dicho de las partes en un proceso judicial está fuera de toda duda, sino fuera así, se tendría que decidir con el dicho e interés de una sola persona siendo el juez más que un juzgador un verdadero adivino. Para ello, el Derecho Procesal ha instituido toda una serie de medios de prueba, entre los que se encuentran la confesional, testimonial, documental o la pericial o experticia.

Para Carnelutti (1997, p. 404-410), el caso de las pruebas críticas como resulta ser la prueba experticial, es necesaria para confirmar su convicción en la *res iudicanda* a través del juicio de un tercio, en este caso de un perito o experto. A diferencia de las pruebas históricas que traen al juez conocimiento pasado como los testigos y acusado mediante la prueba confesional, la prueba crítica tiene como presupuesto la insuficiencia técnica del juez o de la parte que la propone. Esto es así, debido a que de manera natural la realidad observada por el juez no le aporta dato alguno que permita utilizarlo en el procedimiento decisorio, esto es, no cuenta con la experiencia natural, lo que obliga hacerlo a través de la prueba pericial, para llevarle la experiencia necesaria en la definición de los hechos, a esto se le llama experimento que se define a partir de la relación que emite el consultor o perito.

En ese sentido hay que diferenciar entre medio de prueba, el documento o instrumento que permite probar, y prueba que es la motivación o consecuencia que logra la convicción del juez, en ese sentido, habrá medios de prueba que no necesariamente prueban el dicho de la parte que lo propone, es decir no son pruebas. Partiendo de ello la prueba pericial se puede clasificar en una probanza legal, crítica, personal, constituyente, indirecta, judicial, que puede ser de cargo o descargo según lo aporte el acusador o acusado (BRISEÑO SIERRA, 1999, p. 1294), siendo el medio de prueba el perito o consultor o el documento que presenta según sea el caso.

Se considera prueba pericial aquella mediante la cual un tercero designado por el tribunal en razón de sus conocimientos artísticos, científicos o prácticos, ajenos al saber común y jurídico del magistrado, le informa acerca de los hechos percibidos o deducidos, sus efectos, sus causas y el juicio que

estos le merecen, para que sobre tales bases pueda formar su convicción acerca de ellos (KIELMANOVICH, s/f, p. 555).

Para Mateos Alarcón (1979, p. 183-184), se trata del dictamen de las personas versadas en una ciencia, en un arte, en un oficio con el objeto de ilustrar a los tribunales sobre un hecho cuya existencia no puede ser demostrada ni apreciada sino por conocimientos científicos o técnicos; o bien un medio de descubrir la verdad de un hecho, y la forma especial de su demostración deducida de los fenómenos visibles de él o de sus efectos. Para este autor se puede evidenciar tres puntos de la prueba experticial, la rinde una persona versada que con ello supera al juez para entender el fenómeno que se le presenta para resolver, sin embargo, no por eso, esta obligado o vinculado a la opinión del experto; es evidente que existe una necesidad fáctica del conocimiento científico o técnico para lograr una correcta impartición de justicia y se encuentra supeditada a la idea del experimento o experiencia que le preceda al perito o consultor. Es evidente que lo anterior sucede con el peritaje antropológico, donde se reúnen estos tres puntos, esto es, se requiere de una persona versada, existe una exigencia fáctica del conocimiento técnico o científico del antropólogo y por último, la actividad propia del profesionista origina el experimento o experiencia en tratar cuestiones sobre cultura, social o física vinculada al estudio del hombre.

Para Israel Herrera (2010, p. 25-26), la pericia antropológica es una prueba judicial con finalidad variada que hace un análisis de los usos, costumbres y tradiciones de la persona en referencia a un grupo minoritario, indígena, étnico entre otros. Se debe señalar que el peritaje antropológico no solo se circunscribe a la antropología cultural o etnología sino también a la de corte física y social, por ello, las solicitudes de estos peritajes son de amplio espectro.

¿Por qué el juez desestima la opinión del antropólogo emitida en el peritaje? Si es un profesional versado en esos temas e incluso más que el juez, por esta razón en ocasiones se habla de soberbia por parte del juzgador cuando no toma en cuenta estas opiniones. A mi parecer no es solo el simple juzgar con el cumulo de probanzas lo que impide esta comunicación, se debe

a que en ambas ciencias existen diferentes enfoques disciplinares que reduce el dialogo disciplinar.

4 EL DIÁLOGO DISCIPLINARIO

La disciplina es el conocimiento parcial y delimitado de la realidad, que es fundamentado por sistemas, conceptos, categorías y métodos específicos que originan la aprehensión y explicación de determinados fenómenos y bajo cierto enfoque. La disciplina se convierte en científica cuando el conocimiento o los métodos utilizados para generarlo, se consideran científicos o al menos existe acuerdo para ello. En ese orden de ideas, la ciencia jurídica y la Antropología son disciplinas científicas: el objeto de estudio refiere a las normas y al estudio del hombre en general; utilizan una serie de conceptos, categorías y sistemas (persona, derecho subjetivo, derecho objetivo, obligación, sistema jurídico entre otros), y aplican métodos aceptados como científicos (deductivo e inductivo) para generar conocimientos.

Según Rolando Tamayo y Salmorán (1996, p. 272-273), la denominación ciencia del derecho alude a dos objetos: a) Una actividad de estudio, análisis, investigación o descripción de algo denominado Derecho y b) Un Conjunto de enunciados, resultado de la actividad anteriormente citada, que versan sobre algo denominado Derecho. El objeto b), sería la disciplina científica denominada Ciencia del Derecho, que puede definirse como el conjunto sistemático y metódico de conocimientos fundado del Derecho por sus causas (VILLORO TORANZO, 1993, p. 141). La ciencia del derecho es *racional, objetiva, abstracta y crítica* (1990, p. 39-40). La ciencia del derecho es una disciplina científica que deberá generar conocimientos, preponderando su particular método y categorías del conjunto de normas jurídicas.

El conocimiento disciplinar busca la preeminencia de determinado enfoque de la realidad, siendo esta característica que origina el riesgo de aislamiento o de niveles absolutistas. Esto sucede en el Derecho. En la ciencia jurídica el Principio de completitud, implica que todos los entuertos deben ser resueltos por el sistema jurídico, pero ¿todos los sistemas legales son absolutos? Es evidente que no, dudo de la omnipresencia del legislador. Lo

mismo sucede con otras disciplinas, sino veamos las pretensiones de otras ciencias como la sociología o las matemáticas. A pesar de estas consecuencias negativas, no creo se pueda prescindir del enfoque disciplinario, debido a que abordan de manera particular un aspecto de la realidad, en este caso social, por ello, el cúmulo de conocimientos en esas disciplinas resulta necesario para entender el fenómeno social, ya sea el hombre o las normas jurídicas.

Sin embargo, estos dos enfoques o disciplinas deben complementarse o al menos trabajar en equipo⁵ en el ámbito del proceso judicial, para lograr una indubitable impartición de justicia, esta necesidad de colaboración en el juicio es a lo que denomino “diálogo disciplinario”. Esta idea se logra cuando el antropólogo o perito entiende la necesidad del juez y éste asume su responsabilidad para impartir justicia, ambos buscan esclarecer o darle sentido a los hechos del caso concreto, es decir, la verdad.

El concepto de verdad es polémico ya que en el Derecho se habla de una verdad, la única que vale, que es la verdad jurídica o aquella que se define en el ámbito de las pruebas o que reproducen una parte de la realidad en las condiciones del juzgado. Cuando para la generalidad de la ciencia la única verdad es la histórica, es decir, la que sucedió, o bien, la que es evidente ante los sentidos del hombre.

El dialogo no es al grado de lograr un proceso multidisciplinario, interdisciplinario o transdisciplinario, tampoco se refiere a un proceso de complementación del conocimiento jurídico es decir, cuestiones de interpretación de las normas jurídicas o valoración de pruebas, más tiene que ver con el concepto de información judicial definido por un caso concreto, sobre todo en el aspecto de lograr la convicción del juez al momento de fallar un asunto, es decir, dictar una resolución judicial que condena o absuelva a una persona de determina prestación.

Sin embargo, el diálogo es complicado y en varias ocasiones no llega a darse en los ámbitos del proceso judicial, en mi opinión esto sucede porque

⁵ Este trabajo disciplinario en equipos se define según la profundidad del mismo, cuando los enfoques solo se complementan se habla de trabajo multidisciplinario; cuando los enfoques se intercambian conceptos, categorías o métodos es trabajo interdisciplinario, y cuando logran crear nuevos espacios de reflexión se denominan transdisciplinarios.

tanto los antropólogos como los jueces no superan las antinomias o contradicciones del enfoque disciplinar, del caso concreto y de los propios intereses de las partes.

5 LAS ANTINOMIAS

La Filosofía utiliza el término antinomia desde la Grecia Clásica que significa contradicción en la ley. De igual manera los escolásticos y Kant utilizan este concepto en la creación de sus sistemas filosóficos. El Derecho aplica el concepto de antinomia cuando existen dos normas califican en diverso sentido una misma conducta, o bien, cuando un hecho posee dos o más consecuencias normativas en sentido contrario (GUASTINI, p 437-438).

En este trabajo, el concepto de antinomia se sustenta en la idea de contradicción entre dos disciplinas – Antropología y Derecho- que requieren el diálogo para lograr una efectiva impartición de justicia. La antinomia es una condición que impide o al menos dificulta el diálogo entre Derecho y Antropología, en mi opinión existen tres formas de antinomias: a) Disciplinar, es decir, que surgen por los métodos y formas de concebir la realidad; b) Del caso concreto, esto es, de los hechos que se buscan esclarecer, y c) Del proceso judicial en sí o las normas que lo regulan.

Antinomias disciplinares. Existen métodos y conceptos que pueden enrarecer o al menos disminuir el proceso de diálogo entre Derecho y Antropología, me refiero aquellas que desde el ámbito particular de cada ciencia son comúnmente aceptadas, en la ciencia jurídica pueden resultar las siguientes: el conocimiento ideológico del Derecho, el concepto de verdad jurídica y la falta de conocimiento sobre la veracidad de los métodos cualitativos de investigación.

El conocimiento ideológico del Derecho⁶ resulta en muchos casos con problemas de entendimiento de lo justo y sobre todo de las categorías,

⁶ La ideología es un nivel de conocimiento que no resulta necesariamente científico, de tintes absolutistas la ideología resulta de una concepción parcial del mundo y en muchas ocasiones apriorístico. En el caso del Derecho nos encontramos frecuentemente con conocimiento ideológico sobre todo cuando se busca entender a la justicia como un fin del Derecho.

conceptos y métodos de la Antropología, lo mismo sucede cuando esta desprecia los conceptos formales de la Ciencia Jurídica. En el caso de los métodos de investigación antropológicos, los más complicados para la labor judicial resultan ser los cualitativos, debido a que el concepto de verdad en ellos está basado en técnicas subjetivas, que en el caso del juez requieren ser contrastados.

Mención aparte en las antinomias que nos ocupa es la idea o concepto de verdad, que en este caso es una construcción científica disciplinar que las ciencias elaboran en atención al objeto de estudio que investigan, en el caso de la Antropología es el hombre como ser cultural y el Derecho la conducta del hombre regulada por normas jurídicas. Ambos objetos de estudio tienen puntos de contacto, sin embargo, se distancia por las diversas tradiciones científicas que existen y que definen la actitud de sus cultores.

Antinomias del caso concreto. En este punto me refiero a la relevancia de los hechos a estudio, lo que los abogados denominan la litis del asunto. La litis es la contradicción que se origina al momento de encontrarse las teorías del caso de ambas partes, en el derecho penal víctima-acusado-ministerio público, pruebas y comportamientos procesales. Debe decirse que la litis alcanza también puntos de hechos e interpretaciones judiciales, es decir, que las pruebas experticiales no solo deben ser opiniones fundadas y motivadas en datos verificables, sino que deben incidir en estos puntos controversiales. Este caso es trascendental para que un peritaje tenga efectos en la sentencia del juez, se contesten las preguntas necesarias y suficientes, así también realizarse las preguntas adecuadas. Si un peritaje no retoma los puntos controversiales, por más que se encuentre debidamente fundado o en palabras claras y sencillas no servirá para la convicción del juez.

Lo anterior indica el motivo, que pueden ser varios, cuando los jueces no utilizan o desvalorizan un peritaje antropológico, el resultado de lo anterior es que no se logra impartir justicia tomando en cuenta el conocimiento cultural.

Antinomias del proceso judicial en sí. Existen en el proceso judicial formalidades y actos que pueden generar confusión o distorsión en el diálogo disciplinario entre Derecho y Antropología, estos son el ofrecimiento,

preparación, desahogo y valoración probatoria, la relación de la prueba experticial con las otras pruebas que existen en el sumario, la comunicación directa con el juez y los intereses de las partes.

Las formalidades en el proceso judicial garantizan un mínimo de certeza y seguridad jurídica para las partes o intereses que confluyen en él, la falta de su cumplimiento no garantiza alcanzar el fin propuesto, que resulta ser la convicción del juez. En el caso del ofrecimiento y preparación de la prueba sin duda resulta trascendental para exponer de buena manera los hechos litigiosos, en el caso del desahogo es el momento donde ya interviene el perito aportando el conocimiento disciplinar antropológico, por último, que resulta ser el momento más descuidado por las partes y el experto, es el momento de la valoración de la prueba en sí misma y el cumulo probatorio, en este caso, la eficacia de la prueba se encuentra en función de las demás pruebas, al ejercicio prudente que realiza el juez de ponderar y valorar, por ello, el juez se le debe asumir como “perito de peritos”; al definir el alcance y profundidad de la pericia.

De igual manera, recibe trato de antinomia la falta de comunicación con el juez, funcionarios judiciales y entre las partes. En el caso de los dos primeros resulta la consecución del fin de la prueba pericial, ya que el objeto no es lograr la exposición detallada, informada y profunda de la opinión del perito, sino lograr la convicción del juez mediante la disipación de las dudas del mismo sobre los hechos litigiosos; en el caso de las partes, está definida por las estrategias legales mediante las cuales interactúan para exponer sus intereses.

6 CONCLUSIÓN

En principio se considera que la prueba experticial es una forma de mejorar el conocimiento judicial en un caso concreto donde se considera necesario resolver dudas sobre algún aspecto físico, social y cultural del hombre o comunidades humanas. En ese sentido, es importante mencionar que estos aspectos se encuentran regulados por dos elementos procesales

que son considerados por la ciencia jurídica: el proceso judicial y la prueba experticial.

El proceso judicial es el contexto donde se desarrollan todas estas instituciones procesales, formalidades y conceptos judiciales, que su cumplimiento generan certeza y seguridad en la impartición de justicia, en la adquisición y pérdidas de derechos e imposición de obligaciones. En el caso de la prueba experticial no se aleja del desarrollo de las instituciones procesales, en el cual, deben cumplirse ciertos requisitos y presupuestos para lograr asegurar el objetivo o finalidad, que es lograr la convicción del juez.

En este caso, se acuñan dos conceptos que tratan de explicar la complejidad de la relación entre antropólogo-juez y juez-antropólogo en el marco del proceso y la prueba experticial: dialogo y antinomia disciplinar. En el primer caso se abordaron los motivos que hacen necesario el dialogo disciplinar, debido al enfoque particular con respecto a conceptos, categorías y métodos diferentes, en el ámbito de la Antropología y la Ciencia Jurídica. En el caso de las antinomias, el concepto se extrajo de la filosofía que indica las contradicciones normativas a partir de un elemento normativo o factico común, esta idea se extrapoló a las diferencias disciplinares, siendo el elemento común el proceso judicial y la institución de las pruebas.

BIBLIOGRAFÍA

AUGE, Marc y Colleyn, Jean Paul, *Que es la antropología*, Paidós Buenos Aires, Argentina, 2006.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal Vol. 2*, Oxford, México D.F., Primera edición, 1999.

CALAMANDREI, Piero, *Derecho Procesal Civil*, Harla, México D.F., Primera edición, 1997.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Harla, México D.F., Primera edición, 1997.

GÓMEZ LARA, Cipriano, *Teoría General del Proceso*, UNAM, México D.F., Primera edición, 1981.

GUASTINI, Ricardo, *Antinomias y lagunas*, en *Jurídica*. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México D.F., número 29.

ISRAEL HERRERA, José, *Peritaje antropológico*, Sus realidades e imaginarios como prueba judicial federal, Manejo Cultural A.C., México D.F., Primera edición, 2010.

KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires s/f.

MATEOS ALARCÓN, Manuel, *Las pruebas en materia civil*, mercantil y federal, Cárdenas editor y distribuidor, México D.F., Segunda edición, 1979.

MÉRIDA CAÑAVERAL, Jacobo, *El concepto de Derecho Indígena*, PJECh, Tuxtla Gutiérrez, Chiapas, Primera edición, 2010.

OVILLA MANDUJANO, Manuel, *Teoría del Derecho*, Editorial Duero, Primera Edición, México D.F., 1990.

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, México D.F.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Elementos para una teoría general del Derecho*, Editorial Themis, Primera reimpresión, México D.F., 1996.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, Décima Edición, México D.F., 1993.

LA PROMESA INCUMPLIDA DE LOS DERECHOS SOCIALES

HERNÁNDEZ, Talia Garza¹
LOZANO, Luis Gerardo Rodríguez²

RESUMO: Embora os direitos sociais sejam reconhecidos pela Constituição Mexicana de 1917, instrumentos legais que são vinculativos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales e Culturais, sua proteção continua sendo violada. Medidas de regressão, desenvolvimento progressivo e o argumento de que, como derechos iguales, são posteriores aos derechos civiles e políticos e sua relação problemática com o princípio da dignidade, significa que mais do que nunca devem ser valorizados diante da idéia de um Estado que garantiza para o bem da pessoa.

Palavras-chave: Derechos sociales, derechos humanos, igualdad, sociedade, Estado.

ABSTRACT: Although social rights are recognized by the Mexican Constitution of 1917 and legal instruments that are binding such as the American Convention on Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, their protection continues unfulfilled. Regressive measures, progressive development and the argument that as equality rights they go after civil and political rights, and their problematic relationship with the principle of dignity mean that they must be assess more than ever before the idea of a State that guarantees them for everyone.

Key words: Social rights, human rights, equality, society, State.

1 INTRODUCCIÓN

El Estado tiene deberes en materia de problemática social, no solamente para solucionarla sino para prevenirla. Esto significa que el Estado

¹ Maestra en derecho constitucional y gobernabilidad y doctora en derecho con orientación en derecho constitucional y gobernabilidad por la Universidad Autónoma de Nuevo León. Ha trabajado en el Gobierno del Estado de Nuevo León en materia de Secretaría corporativa de organismos públicos descentralizados. talygarza@icloud.com y @talygarza

² Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor-Investigador de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: gerardorodriguezmx@yahoo.com.mx

tiene la obligación de garantizar derechos sociales. Este accionar del Estado se realiza por medio de la solidaridad. Así los postulados del liberalismo y del Estado social pretenden el progreso social pero mediante dos caminos distintos, el primero sostiene que se consigue por el mercado, el segundo que se obtiene sólo mediante la intervención. En este sentido en la primera sección se estudia el papel que el Estado tiene como garante de los derechos sociales.

En la segunda sección se analizan los derechos sociales el contexto como se van reconociendo en la Constitución mexicana de 1917 e instrumentos internacionales e interamericanos de Derechos Humanos, como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, protocolo adicional a la Convención. En la tercera sección nos referiremos al Estado social que postula los derechos que conciernen a la sociedad para equilibrar las desigualdades existentes entre sus miembros.

2 EL ESTADO COMO GARANTE DE LOS DERECHOS SOCIALES

Lo primero que vale la pena preguntarnos es que es y porque es importante el Estado, ante lo cual podemos señalar que el Estado con vocación social permite galvanizar los intereses de la sociedad lo que implicaría una cohesión social lo que es vital para el progreso de la sociedad, una sociedad sin cohesión consideramos que está condenada a marchar a la deriva presentando una serie de problemas estructurales en el campo social, económico y político, sin embargo, estas apreciaciones han tenido desde siempre sus críticos, tal como se encarga de señalarlo Gregorio Peces Barba:

Hayek expresa ese intento de vincular los derechos y las libertades con el capitalismo o, dicho de otra manera, de aproximar los principios liberales de la justicia con la economía capitalista. La consecuencia es que queda deslegitimada la aportación del socialismo democrático, que se plasma en los derechos prestación y en la estructura política del Estado social de Derecho (...) para estas posiciones pues, el adversario no es ni el sufragio no el derecho de asociación, sino el esfuerzo por construir la igualdad material con la satisfacción de las necesidades básicas (PECES BARBA, 2004, p. 62).

Resulta muy opinable la posibilidad de lograr transformaciones con sentido social al margen de la fuerza que aporta el Estado, sin menoscabo de poder hacer una valoración positiva de la esencia liberal clásica que, mediante la promoción de los derechos individuales, especialmente de la libertad de expresión se pudo ir edificando una opinión pública objetora de las limitaciones del liberalismo en materia social. Para lo cual Henri Berthélemy explica con mucha claridad como el individualismo rechaza las tesis solidarias en nombre del mercado, además de establecer la desproporcional importancia que se le otorga al mercado en el moderno pensamiento liberal, y la imposibilidad de desterrar esa idea del imaginario colectivo ha tenido funestos resultados para el bienestar social de la sociedad:

Las tesis individualistas aparecen en el siglo XVII como una reacción contra las doctrinas mercantilistas fuertemente impregnadas de estatismo. Es sostenida en Francia por los fisiócratas e implicada en la concepción del *homo oeconomicus* debida a Adam Smith. Sin embargo, el autor de la riqueza de las naciones estaba lejos de llevar el principio del individualismo hasta sus últimas consecuencias; más sus discípulos no supieron siempre moderar, como el maestro los rigores de la doctrina, con una medida por lo menos empírica. La desconfianza contra el Estado ya se manifiesta en los escritos de Malthus y Ricardo (FERNANDEZ RUIZ, 1995, p. 10).

La adaptabilidad del pensamiento social con el pensamiento liberal nunca ha resultado sencilla, y se puede observar en los postulados liberales y democráticos de Norberto Bobbio, que expresa este caso de diferenciación en los siguientes términos: "Liberalismo y democracia son antitéticos, en el sentido de que la democracia en sus consecuencias extremas termina por destruir al Estado liberal (como sostienen los liberales conservadores) o sólo puede realizarse plenamente en un Estado social que haya abandonado el ideal del Estado mínimo (como sostienen los demócratas radicales)" (BOBBIO, 2004, p. 59). De esta forma queda claro que en el liberalismo la libertad económica será la principal condición, un valor intrínseco, y la democracia sólo un valor instrumental.

En tanto, que autores como Manuel García Pelayo, para quien ve en el Estado una actor principal en la búsqueda de la solidaridad a través del

accionar del Estado y por ende una condición de primer orden para combatir la desigualdad, es claro que el individualismo liberal tiene que ver al Estado como un amigo para moderar sus instintos egoístas, dejar todo a la inercia del mercado ha sido un gran fracaso para amplios sectores de la sociedad que han sido severamente afectados por el egoísmo liberal que es enfático en cuanto a ver solo aspectos individuales de la persona. Así, las ideas de la solidaridad la misión del Estado se invierte y se puede resumir en los siguientes términos: "todos vamos en el mismo barco", en tal sentido se debe ver la supremacía del bien común sobre las partes. El Estado debe ser visto desde esta perspectiva como un generador de nuevas condiciones económico - sociales, lo que en palabras de Manuel García Pelayo tiene las siguientes implicaciones: "...mientras que en los siglos XVIII y XIX se pensaba que la libertad era una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en supuestos socio - económicos) es una condición para el ejercicio de la libertad" (GARCÍA PELAYO, 1977, p. 26), expresado en otros términos es ver una adaptación de un Estado tradicional a las nuevas condiciones sociales de la sociedad industrial.

El Estado en este nuevo contexto se convierte en un fuerte interventor e impulsor del desarrollo social y por ende en un corrector de la desigualdad social que inicialmente generó el liberalismo, para poder aspirar a este logro de corrección social el Estado habrá de regular, orientar, planificar, y redistribuir el actuar social. Para Jorge Fernández Ruiz esta visión de solidaridad busca que:

...la incapacidad del hombre para valerse por sí mismo en algunas etapas de su vida, le conduce a una permanente convivencia social, la cual le impone un deber de solidaridad que permea al individuo y a la sociedad hasta llegar a una organización política para dar paso al Estado solidario, sin duda un Estado intervencionista debe ser, por antonomasia, el Estado social de derecho (FERNÁNDEZ RUIZ, 2006, p. 29).

El Estado en su fase social sin duda que busca implicarse con fuerza en la atención de las necesidades sociales de la población, para lo cual sin duda que la intervención del Estado es crucial en este objetivo pues el Estado

como fuerza política por excelencia siempre tendrá más formas para conducir una buena prestación social con sentido solidario donde se brinde acceso a gozar de los derechos sociales fundamentales en la atención de los intereses más sensibles del sujeto, la visión de la sociedad burguesa, cuyas relaciones no se encontraban sometidas más que a sus propios mecanismos de autorregulación, desafortunadamente no le fue posible cumplir las expectativas de desarrollo en cuanto a las posibilidades de subsistencia con dignidad para el ser humano, y es ante esta imposibilidad de desarrollo con sus muestras de fracaso palpables en las condiciones materiales de vida de la persona que aparece el Estado social mostrando una mayor vitalidad para atender las carencias sociales que ya hoy día está muy visto que el neoliberalismo no podrá atender.

En idéntico tenor de ideas, Oswald Von Nell Breuning (1995, p. 30) define solidarismo de la siguiente forma:

Solidarismo es aquel sistema de ordenación social que, frente a las doctrinas unilaterales del individualismo y del colectivismo, hace justicia al doble aspecto de la relación entre individuo y sociedad; así como el individuo esta ordenado a la comunidad en virtud de las disposiciones para la vida social incita en su naturaleza, la comunidad se halla ordenada a los individuos que le dan el ser, en los cuales y por los cuales exclusivamente existe ...Cada cual ha de responder por el todo cuya parte es; el todo ha de responder por cada uno de sus miembros. Característico del solidarismo es su concepto del bien común y la posición dominante que le asigna.

Como se puede ver el Estado cuando asume un carácter social de realización ya se muestra amigo de la libertad al asumirse como un gestor y realizador eficaz en este sentido podemos ver la contradicción de hacer depender la eficacia de los derechos fundamentales de su protección por parte del Estado y de forma paralela contra el mismo Estado. En este orden de ideas, se puede ver que la actividad positiva del Estado tiene implicaciones sobre la prestación social que emerge del Estado, muy contrario a la abstención de hacer que caracteriza al Estado liberal, y es aquí cuando se observa el hacer social estatal que podemos ver la expresión de una renovación de los derechos en donde los derechos sociales pasan a complementar los derechos liberales.

Por eso se dice que el Estado interventor asume un mayor caudal de compromisos sociales.

Se puede observar que, en este contexto actual de fuerte neoliberalismo, pero a la vez con una serie de fuertes cuestionamientos que se le hacen por la imposibilidad que muestra para poder atender la problemática social que debemos hacer una revaloración del Estado como fuerza que unifica y le da sentido a todo un conglomerado social, por eso sin duda que el Estado asume una dimensión mayor de importancia en estos días, el Estado debe ser capaz como señala Herman Heller de: "...investigar la específica realidad de la vida estatal que nos rodea. Aspira a comprender al Estado en su estructura y función actuales, su devenir histórico y las tendencias de su evolución" (HELLER, 2014, p. 21).

Con esto es claro que si lo que se busca es argumentar en favor de la fuerza social del Estado como condición de generación de progreso social se debe tener firmemente presente que en la cima de la estructura estatal existe una supremacía del bien común sobre el individualismo que se nos revela egoísta al ser una proclama esencial del Estado liberal, de esta forma liberal y social como contenidos de dirección del Estado, podemos ver que ambas buscan el progreso social, pero la primera lo pretende anteponiendo la fuerza del mercado como primera condición, aquí lo que cuenta es el individuo que con su propio actuar e iniciativa puede lograr el progreso económico, político y social e incluso dignificar moralmente a la sociedad, lo que nos dice el ideario liberal es que existe una armonía entre el bien del individuo y el de la sociedad, por eso esta ideología asume que desde el momento que el sujeto busca su propio devenir con fura esta también impactando a la sociedad, en este sentido se busca inculcar la idea en los hombres para que contribuyan con su esfuerzo y racionalidad a sostener el orden natural en el que sociedad, estado y economía convergen para buscar el desarrollo y evolución hacia un mejor estado de cosas de este orden, y desde luego con pujanza en base al esfuerzo individual del sujeto.

La segunda que viene a ser el ideario social se pretende mediante la intervención del Estado, ya que para este credo político esta es la única forma de poder imaginar transformaciones sociales con sentido de bienestar público,

debe destacar que aquí se asocia de forma radical la idea de que bienestar y estado se encuentran vinculados en una sola unidad, de tal forma que la búsqueda del cambio social siempre tiene como una figura protagónica a las estructuras públicas de gobierno, este ideario político encuentra su fuerza en la necesidad de la población de contar con mejores posibilidades de desarrollo y esta demanda surge en la sociedad industrial que ponía en riesgo el bienestar social por la misma dinámica de la economía.

Actualmente el Estado de bienestar es una idea ya muy extendida de todos los pueblos que luchan contra la miseria, marginación social, la inseguridad y la opresión. Se observa entonces que el Estado muestra diversas tendencias para enjuiciar la realidad y la unidad de la fuerza del Estado donde la tendencia de la teoría del Estado es respecto de la posibilidad y de qué forma ideal el Estado actúa en una realidad histórico social determinada ya que en base al funcionamiento del tipo ideal que adopte el Estado se podrán ver diversas formas de materialización social.

Ya hemos señalado que la dinámica liberal pone su acento en el mercado, en donde sus miembros entran en relaciones comerciales sin interferencia alguna del Estado, pues se asumía que libertad de competencia era el umbral máximo de desarrollo que en su misma dinámica generaba sus propias reglas muy ajenas a la disposiciones que establecía el Estado, de tal forma que de una sociedad de individuos aislados, se pasa a una sociedad que busca vincular a los individuos en función del bienestar social que emerge de la polis estatal que para efectos del presente ensayo es la que nos interesa al considerar que en la actual momento global que ha devenido en globalización del malestar producto de la desigualdad social que generan estos tipos de modelos económicos que se asumen como entes supra soberanos, pues en base a su potencial económico buscan instalarse en una lógica por encima del Estado y desde ahí dictar sus particulares directrices de desarrollo económico que particularmente representan la riqueza de unos cuantos y la pauperización de la mayoría que con perplejidad observa como se ve afectada su calidad de vida por la imposibilidad de acceder a las prestaciones sociales.

Es Norberto Bobbio quien detecta como la sociedad industrial al tiempo que genera un desarrollo inusitado en el campo económico como

consecuencia de un dinamismo tecnológico, también genera cierto estrés por el desbalance que produjeron todas estas transformaciones y que impacto el nivel de calidad de vida de la sociedad. De cualquier modo:

Al tiempo que el desarrollo de la sociedad industrial establecía las condiciones de un ensanchamiento de las bases del consenso del Estado, ello tenía como efecto, por su parte, el aumento de las demandas de intervención del Estado y, por tanto, la multiplicación de sus funciones. De ahí que se afirme, al contrario de quienes confunden sus deseos con la realidad, que el proceso de burocratización del Estado se ha producido al mismo tiempo que el proceso de democratización. El Estado burocrático omni - invasivo que criticamos no es, frente al Estado democrático que exaltamos, la otra moneda, sino el reverso de la misma. La nueva participación de las masas en el poder, aunque sea indirectamente a través de persona interpuesta, ha hecho aumentar desmesuradamente el poder (aunque no la eficacia) del Estado (lo contrario del Estado vigilante nocturno), lo que constituye una permanente amenaza a ese mayor espacio de libertad que el aumento de la participación debería haber garantizado (BOBBIO, 2003, p. 353).

Por otra parte, Jorge Iván Rincón Córdoba (2004, p. 65), desarrolla en términos similares la reflexión del antes citado jurista de Turín, al señalar:

La aparición de las máquinas y su perfeccionamiento comenzaba a sustituir en forma paulatina la fuerza de trabajo de las personas, esto hace que se generen en la mayoría de los países europeos un conjunto de cambios económicos, técnicos y sociológicos que se conocen como la revolución industrial. Esto ocasionó la aparición de una nueva clase social, el proletariado, que prestaba sus servicios a cambio de condiciones de miseria, salarios insignificantes y horarios extenuantes.

De este modo para estos doctrinarios, uno desde el punto de vista de la política, el otro desde el derecho administrativo es evidente, que paralelamente al ensanchamiento de las obligaciones en donde el Estado asume en su etapa social salvaguardar necesidades de la población que significan el *telos* del Estado que no es otra cosa que la atención del bien común, a su vez también se inicia a presentar que ese aumento de la capacidad estatal llevaba implícito consigo mismo el germen de su propia crisis

que se da al no poder controlar adecuadamente dentro de la legalidad del Estado del derecho el desempeño de los agentes socio estatales que en el Estado social resultan relevantes para el adecuado funcionamiento y futuro de este modelo de desarrollo más incluyente y cohesionador que el del Estado liberal.

Es preciso señalar la importancia que siempre ha tenido la igualdad en las sociedades, pero también es muy apremiante el reconocimiento de que la igualdad debe tener matices, y no partir de ideas falsas, y admitir que es imposible la igualdad en términos radicales, así como indeseable debe ser tolerar la desigualdad como una normalidad de la sociedad, en todo caso esta debe ser atendida con programas sociales y de acceso a los bienes públicos, lo que implica aceptar que ciertos parámetros de desigualdad si deben verse como una consecuencia lógica del empeño con que cada persona trabaje sus capacidades con la finalidad de ir logrando un mejoramiento en sus condiciones de vida.

Lo cierto es que el principio de igualdad es una fuerte constante que gravita con fuerza en el Estado contemporáneo, y es sin duda después de la libertad un fuerte valor aspiracional a lograr, pues libertad e igualdad son los dos pilares del Estado moderno, pero si consideramos que los valores de la libertad ya están más consolidados que los derechos sociales, lo que toca es ver de qué forma y con qué modelo estatal se puede emprender un proyecto de desarrollo económico incluyente y social, que dé respuesta a las necesidades más básicas de la sociedad.

En este sentido se tiene que ser muy enfático en cuanto al para que del Estado que se expresa en su finalidad que no puede ser otra que salvaguardar las necesidades de la población, atender las carencias sociales de la población, el Estado está llamado a ser de la sociedad, y no el Estado siervo de unos intereses minoritarios que se llegaron a traducir en salvaguardar los aspectos más básicos de la sociedad que se agrupaban básicamente en las funciones públicas esenciales del Estado, entre las que destaca la seguridad, se consideraban así por ser lo mínimo que requería el modelo liberal para poder progresar, nótese como no se encuentra presente en esta fase de desarrollo el valor de la solidaridad, eran tiempos del liberalismo egoísta que

consideraba que el progreso solo podía brotar de la cúspide económica y de ahí generar un crecimiento que llegara a los más diversos sectores de la población.

El derecho se hace presente en la vida social con la finalidad de expresar una forma de regulación sobre las manifestaciones en cómo se hace presente el Estado al interior y exterior para lo cual conforma un canal por donde habrá de circular la vida del Estado en función del modelo de Estado y los fines que se apremia a reivindicar atendiendo al código ideológico que caracteriza al Estado lo que es muy importante porque la ideología comporta determinados y muy específicos comportamientos que serán la guía de acción del Estado y en la medida en que la sociedad pueda interiorizar esos comportamientos ideológicos estará en aptitud de ser un actor vital en el Estado, participe de los debates y reflexiones que se presenten en el curso del tiempo y lo más importante que mediante la comprensión de esas ideas pueda ser un contrapeso de ciertos excesos y desviaciones que siempre muestra la cosa pública. Para George Jellinek (2017, p. 256-257):

Se ha considerado durante largo tiempo que el fin del Estado se encerraba principalmente en mantener su poder, conceder su protección y conservar el orden jurídico. Una concepción tan mísera del Estado que reducía la función de este a una asociación de defensa y ataque, en lo exterior, y a una asociación judicial en el interior, no se vuelve a encontrar ni en la realidad política ni en la conciencia que se tiene de esta realidad en todos los pueblos. Así como la posesión del poder y el goce del derecho no pueden ser los fines más altos del individuo, sino que son tan sólo condiciones para alcanzar y poseer otros bienes, del propio modo se abren por todas partes para el propio Estado, al impulso creciente de la cultura, nuevos horizontes y fines más altos.

Ese Estado que se encerraba en su propio poder es el liberal que solo tenía interés en atender las funciones más básicas del Estado, tales como seguridad, educación y hacienda, si bien es cierto que en sus inicios fue exitosa por su empuje hacia la libertad y sus derechos que resultaron fundamentales para dignificar al ser humano en esa fase histórica, permitiéndole condiciones adecuadas para su desarrollo en sociedad,

derechos como libertad de expresión, propiedad privada y libertad de empresa fueron en ese momento de fundamental importancia para lograr fines de progreso, posteriormente el mismo proceso dialectico de evolución y cambio fue creando ciertos trastornos en la sociedad, era claro que si en su momento el liberalismo fue un baluarte del progreso también se había llegado la hora de realizar ajustes para corregir los desbalances sociales que amenazaban con fracturar los logros que se habían conseguido ya que se estaba generando mucha insatisfacción producto de la desigualdad. En función de su evolución histórica y de las concepciones dominantes de la esfera política, sería un craso error omitir que el Estado tiene un llamado importante que cumplir consistente en mantener el equilibrio solidario entre los diversos intereses sociales.

No obstante, su particular forma de relacionarse con los intereses que subyacen a toda sociedad se encuentra condicionada por su propia naturaleza y esencia, de ahí la importancia del respeto de la democracia y la educación, pues solamente una persona educada y concientizada podrá formar parte de forma esencial y vital del proceso participativo de la democracia tan eficiente para consolidar proyectos políticos o generar cambios sin ruptura social ni económica, no olvidemos que parte fundamental para llevar progreso a una sociedad es el mercado. Como dice Carlos Santiago Nino, la democracia tiene un sustrato de moralidad con un alto valor epistemológico. Por eso la democracia resulta esencial como posibilidad y medio más eficaz para acceder a ciertos principios básicos morales para el sujeto, de ahí que para el autor argentino:

La capacidad epistémica de la discusión colectiva y de la decisión mayoritaria para detectar soluciones moralmente correctas no es absoluta, sino que varía de acuerdo con el grado de satisfacción de las condiciones que subyacen al proceso. Estas condiciones son: que todas las partes interesadas participen en la discusión y decisión; que participen de una base razonable de igualdad y sin ninguna coerción, que puedan expresar sus intereses y justificarlos con argumentos genuinos; que el grupo tenga una dimensión apropiada que maximice la probabilidad de un resultado correcto; que no haya ninguna minoría aislada, pero que la composición de las mayorías y minorías cambie con las diferentes materias; que los

individuos no se encuentren sujetos a emociones extraordinarias (NINO, 2003, p. 180).

El elemento democrático es muy importante para la estabilidad del Estado y sus procesos de transformación de forma legítima, no olvidemos que el Estado es un ser social en constante interacción con la sociedad en su conjunto. Y si consideramos al Estado como una manifestación de la convivencia entre seres humanos, resulta entonces evidente que ese elemento humano en constante proceso de convivencia hace posible también señalar con certeza que el Estado también está compuesto por el elemento cultural y más aún es en efecto una creación pura del desarrollo cultural que se da en los pueblos. El Estado no debemos verlo como una realidad en sentido puro o una realidad matemática ante la cual por el elemento lógico se pueda adoptar una actitud de neutralidad.

Esto es así porque la adaptación del fenómeno político de estatal se da en un entorno profundamente cambiante que precisa constantemente de ajuste y desajuste continuo, de ahí que en ocasiones este ente político goce de plena aceptación y en otras de fuerte rechazo, en todo esto está presente el ordenamiento jurídico el cual genera reacciones diferenciadas en función de la proyección que tenga hacia la sociedad. El Estado genera acción y un carácter de adscripción existencial de la persona. Por este tipo de razones el Estado requiere de la ponderación de los juicios de valor.

Además, fundamental es tener claro los fundamentos últimos del poder del Estado que contemple una valoración de los fines del Estado y su sentido del valor de la cosa pública y como lo expresa. Se manifiesta aquí también como muy necesario una reflexión sobre la justicia, el bien común y la seguridad entendidos como parámetros de valor de la cosa pública - política. Por esta razón cuanto entramos en terrenos de lo político es necesario no tomar con carácter de certeza a la teoría, es necesario adentrarse en los juicios de valor como consecuencia del carácter cambiante que posee el Estado, para lo que sin duda tendrá que valerse de la reflexión de fenómenos abstractos como pueden ser los fines del hombre y de la política, pues no podría ser de otra forma en una realidad de tanto cambio constante en donde se hace necesario recurrir a diversos parámetros de adaptación, en esta tesitura nos

venimos a topar con ideales políticos como el bien común, la justicia, la seguridad y la democracia como parámetros de primera necesidad para evaluar el buen rumbo de la política.

Todo esto es una variable muy importante para medir el grado de compromiso que se tiene con la sociedad, toda vez que en la medida que se respeten estos criterios como ideales supremos del buen rumbo de la política podremos decir que estamos inmersos en un proceso civilizatorio con dignidad, con conocimiento que permite reflexionar y comprender para llegar a verdades relativas que permitan el dialogo democrático que haga posible el avance social de los pueblos.

Sin duda que la deliberación es esencial en la vida pública de todo Estado, pues es lo que permite el avance mismo en base a renovaciones del conocimiento mismo de lo que implica un Estado y su derecho, el comprender la palabra Estado y su función no es un asunto menor, este tiene una gran profundidad por el impacto que tiene en la vida del ser humano, de ahí la necesidad de comprender desde una perspectiva del conocimiento todo el fenómeno político con sus transiciones, esto tiene mucho fondo por el impacto que puede tener la implementación de determinadas políticas y esto son los aspectos del conocer que son necesarios para persona:

La teoría del conocimiento es como su nombre lo indica, una teoría, esto es, una explicación e interpretación filosófica del conocimiento humano. Pero antes de filosofar sobre un objeto es menester examinar escrupulosamente este objeto. Una exacta observación y descripción del objeto debe proceder a toda explicación e interpretación. Hace falta, pues, en nuestro caso, observar con rigor y describir con exactitud lo que llamamos conocimiento, este peculiar fenómeno de conciencia.

Ahora bien, si el bien común hace referencia a un conjunto de situaciones organizadas que impacta en las condiciones sociales de materialidad que permiten que la persona aspire a conquistar su destino de vida digno. En este contexto lo importante es poder ver en base a un conocimiento objetivo con un análisis riguroso de los modelos políticos estatales cual asegura más firmemente el bien común entendido este como

una categoría conceptual de la teoría del Estado, la cual considero que se enlaza con más firmeza con el Estado social que sin representar una verdad absoluta ofrece mayor número de posibilidades para la prestación de necesidades sociales tal como lo señala Reinhold Zippelius:

En el Estado social, los derechos fundamentales constituyen una base para exigir prestaciones del Estado, o cuando menos para definir los objetivos estatales, ya que las libertades son entendidas cada vez más, no como dádiva del *laissez faire*, sino como garantías de las condiciones materiales para el desenvolvimiento de la libertad (ZIPPELIUS, REINHOLD, 2009, p. 284).

Es muy acertada la reflexión del jurista alemán al señalar las mayores posibilidades con que cuenta el Estado social para poder lograr mayores condiciones de progreso social que el liberal, pero el tener ese conocimiento que te permita apreciar esa realidad no es un asunto de menor valor si consideramos lo cambiante que es la política y los intereses de clase que siempre subyacen a esta en muy concretas expresiones ideológicas, de ahí que la educación y lectura son herramientas indispensables para una actitud liberadora del sujeto en base a la concientización que podemos hacer en función de la reflexión del conocimiento que adquirimos, es por eso que reitero que el Estado social es un modelo político que permite una progreso más igualitario en base al acceso a los derechos sociales que resultan ser indispensables para que el ser humano pueda tener un mejor crecimiento humano y en ese sentido también podemos ver la movilidad social como una máxima para el progreso equitativo con justicia social y dignidad.

3 CONTEXTO DE LOS DERECHOS SOCIALES

Los derechos sociales o también denominados derechos económicos, sociales o culturales son derechos que por su origen histórico se originan por exigencias de igualdad y tienen un contenido social.³ Desde el

³ Para profundizar en el concepto de igualdad y el derecho a la igualdad y la relación que tienen con la dignidad y los derechos de libertad, se recomienda consultar las reflexiones

punto de vista histórico-moderno el auge en la demanda de estos derechos ocurre con el desarrollo de la fase histórica del Estado social y la industrialización.

Los derechos humanos han tenido un largo proceso de generalización y especificación. Los derechos sociales son una de las clases de los derechos humanos o fundamentales. Al discurso de los derechos humanos se ha llegado desde la historia, distintos valores como la libertad, la igualdad y la fraternidad han perfilado estas relaciones humanas y sociales reguladas por el derecho que deberían tener en el centro la protección de la persona humana. Lo paradójico que tienen los derechos humanos es que van desarrollándose como respuestas, medidas, acciones, paliativos, ante sus violaciones y transgresiones, quizás los derechos que son más problemáticos en cuanto a su cumplimiento son los derechos sociales, considerados como derechos inherentes al valor de la igualdad, al respecto la historiadora Lynn Hunt escribió:

No deberíamos olvidar las restricciones impuestas a los derechos por determinados hombres del siglo XVIII, pero detenernos ahí y felicitarnos por nuestros «progresos» relativos significaría no haber entendido lo más importante. ¿Cómo estos hombres, que vivían en sociedades edificadas sobre la esclavitud, la subordinación y la sumisión aparentemente natural, pudieron en algún momento considerar como iguales a otros hombres que no se les parecían en nada y, en algunos casos, incluso a las mujeres? ¿De qué modo se convirtió la igualdad de derechos en una verdad «evidente» en lugares insólitos? Es asombroso que hombres como Jefferson, propietario de esclavos y La Fayette, un aristócrata, pudieran hablar como lo hicieron de los derechos evidentes e inalienables de todos los hombres. Si pudiéramos entender cómo sucedió, estaríamos en mejor disposición para comprender lo que significan para nosotros los derechos humanos hoy en día (HUNT, 2009, p. 17).

Hace sentido entonces la reflexión de Norberto Bobbio acerca que el concepto de igualdad por ser demasiado amplio, contiene una diversidad de significaciones y que al igual como ha sucedido con el derecho de libertad, la

de Norberto Bobbio, en BOBBIO, Norberto, El tiempo de los derechos, Editorial Sistema, Madrid, 1991, p. 45.

historia de ambos derechos en amplio sentido ha acrecentado su riqueza. Así es como considera que si la igualdad consiste en un concepto relacional aplicable a los seres humanos deben plantearse dos preguntas fundamentales: ¿igualdad en qué? e ¿igualdad entre quienes? (BOBBIO, 1991, p. 45).

El complejo y difícil cumplimiento de los derechos sociales y de su protección y defensa, tiene muchas causas, y hay una que es muy relevante para los estudiosos del derecho y la aportación que desde la academia y el sector de la sociedad civil se puede hacer para demandar el cumplimiento de los derechos sociales, es la de su justificación. Esta justificación puede ser compleja porque como mencionamos existe un amplio elenco de derechos fundamentales con lo cual la duda es acerca de cuáles derechos son los que deben ser realizados. Esto ocurre con la primacía que han tenido los derechos individuales y civiles, sobre derechos sociales, Como señala Pisarello al criticar la percepción filosófico-normativa que sostiene que los derechos civiles son más inherentes a bienes fundamentales de la persona, asignando una posición subalterna a los derechos sociales frente a los derechos civiles y políticos clásicos por razones axiológicas.⁴ Esta tesis es cuestionada por el ya mencionado principio de igualdad, para mayor abundamiento transcribimos las palabras de Pisarello (2007, p. 38):

En cierto modo, podría decirse que la fundamentalidad axiológica de todos los derechos remite al principio de igualdad. Lo que convierte en fundamental un derecho en términos valorativos y teóricos es su estructura igualitaria, esto es, el hecho de proteger intereses o necesidades tendencialmente generalizables o inclusivos, y por ello, indisponibles e inalienables. Eso sería, precisamente, lo que distinguiría un derecho fundamental de un privilegio, cuya estructura es, por definición, tendencialmente selectiva, excluyente y alienable. En consecuencia el principio de igualdad explica Pisarello es un principio relacional porque los términos con los cuales la igualdad se mide son en función de otros y de bienes que los otros tienen o acceden. Es decir las dos preguntas formuladas por Bobbio y repetidas por Pisarello: ¿igualdad entre quienes? y ¿en que aplica la igualdad? Por eso el principio de igualdad o el derecho de igualdad son

⁴ PISARELLO, Gerardo, Los derechos sociales y sus garantías Elementos para una reconstrucción, Editorial Trotta, Madrid, 2007, p. 45.

relacionales pero los aspectos que la igualdad comprende son bienes, porque hacen referencia a un objeto atribuible a las personas que impacta en la satisfacción de sus necesidades básicas:

Para Pisarello presentar a los derechos como generaciones es excluyente porque representa una postura abstracta sobre la universalidad de los derechos que no relata que las políticas públicas que han desarrollado la satisfacción de muchos derechos humanos han excluido a muchos sujetos procedentes de sectores marginados como las mujeres, trabajadores precarios, campesinos, indígenas, personas que se encuentran en la periferia poblacional (PISARELLO, 2007, p. 30-31), esta aseveración es importante, porque la igualdad siempre se va a medir en función de la protección que se les concede a otros, sin más nosotros no consideramos que el término de generaciones sea un obstáculo para el cumplimiento de los derechos sociales, sino la forma en como los derechos sociales se analizan en función de la democracia y la sociedad. Es decir que el poder político al no ser democrático instrumentaliza de forma negativa la asignación de los derechos sociales ya que no los asigna en función de las tareas realizadas por los miembros de la sociedad, sino en función de los intereses de las élites políticas, de los partidos políticos, el mercado y sectores privilegiados.

En el plano universal los derechos sociales se denominan derechos económicos sociales y culturales (Derechos DESC). Adoptado el 16 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales reconoce el derecho a la libre determinación, (artículo 1); derecho a trabajar, comprendiendo la libertad de trabajo y medidas para garantizarlo como la orientación y formación tecnicoprofesional, medidas activas por parte de los Estados partes para lograr “la ocupación plena y productiva” y derechos laborales (artículos 6 y 7).

Derechos sindicales, (artículo 8); derecho a la seguridad social y el seguro social (artículo 9), protección de la maternidad, protección y asistencia para los niños y adolescentes, prohibición del trabajo infantil (artículo 10); derecho al nivel de vida adecuado, vivienda y alimentación, soberanía alimentara (artículo 11); derecho a la salud física y mental (artículo 12); derecho a la educación (artículo 13); derecho a participar de la vida cultural y derecho

a beneficiarse de la ciencia, derechos patrimoniales por diversas producciones en los que la persona sea autora (artículo 15).

Los derechos sociales, económicos y culturales representan la respuesta convencional, de forma pacífica y jurídica, para disminuir en lo posible las desventajas sociales en las que se encuentran personas y grupos vulnerables, que por sus condiciones socioeconómicas no tienen oportunidades reales ni acceso a bienes y servicios elementales para la subsistencia y desarrollo, como lo son la alimentación, el agua potable, medidas de saneamiento, educación, trabajo con salario digno, seguridad social, vivienda, medio ambiente sano, entre otros (MARTÍNEZ LAZCANO, 2017, p. 30).

En el ámbito interamericano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José, Costa Rica en 1969 en su preámbulo afirmaron: “Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

También en el preámbulo en materia de Derechos económicos, sociales y culturales expusieron que de acuerdo a lo aprobado por la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria de 1967 que tuvo verificativo en Buenos Aires, se incorporaron a la Carta de la OEA normas más amplias sobre Derechos económicos, sociales y culturales resolviendo que mediante una Convención Interamericana se determinarían la estructura, competencia y procedimiento de los órganos competentes sobre Derechos DESC. Por lo anterior, los derechos económicos sociales y culturales protegidos por la Convención se convinieron de la siguiente forma:

Primero, la Convención incluyó expresamente mediante el capítulo III, artículo 26 el desarrollo progresivo como derechos económicos, sociales y culturales:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente

económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

Segundo, con el fin de cumplimentar lo establecido en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos los Estados partes aprobaron el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo San Salvador", instrumento mediante el cual haciendo uso de la facultad establecida en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de someter a la consideración de los Estados partes proyectos de protocolos adicionales a la Convención y que en caso de ser aprobados tengan el carácter de Convención Interamericana : "con la finalidad de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades".

Los derechos convenidos por el Protocolo de la Convención incluyen: derecho al trabajo y condiciones justas y satisfactorias de trabajo (artículos 6 y 7); derechos sindicales (artículo 8); derecho a la seguridad social (artículo 9); derecho a la salud (artículo 10); derecho a un medio ambiente sano (artículo 11); derecho a la alimentación (artículo 12); derecho a la educación (artículo 13); derecho a los beneficios de la cultura (artículo 14); derecho a la constitución y protección de la familia (artículo 15); derecho de la niñez (artículo 16); protección de los ancianos (artículo 17) y protección de los minusválidos (artículo 18).

Tercero, referente a la estructura, competencia y procedimiento de los órganos competentes sobre Derechos DESC. El Protocolo de San Salvador en el artículo 19 convino los medios de protección.

De conformidad con nuestro sistema de fuentes, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado el criterio con el rubro: "Derechos económicos, sociales y culturales. Niveles de protección". Indicando la existencia de diferentes niveles de protección de los derechos económicos, sociales y culturales. Los cuales son: "i) un núcleo esencial que protege la

dignidad de las personas e impone al Estado obligaciones de cumplimiento inmediato e ineludible en caso de una vulneración; ii) cuando se sobrepase ese núcleo esencial, un deber de alcanzar progresivamente la plena realización del derecho; y, (iii) un deber de no adoptar injustificadamente medidas regresivas”.⁵

Las medidas regresivas aplicables a los derechos económicos, sociales o culturales consisten en la regresión mediante limitación, suspensión o restricción de beneficios legales y de derecho social otorgados hacia un grupo, demarcación territorial o individuos. Puede ser de dos clases de resultados mediante política pública o normativa, referente al derecho social que ha amparado la prestación de los beneficios. Acreditar la regresión de resultados de política pública exige tres justificaciones: 1) Como los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión individual a la vez que colectiva es necesario acreditar que el derecho afecta una demarcación territorial o grupo y no solo a un grupo de individuos, esto es lo que conforma que exista una menor satisfacción generalizada del derecho, citando a una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cinco pensionistas vs. Perú”; 2) Que la regresión generalizada afecte a los quejosos; 3) La medida sea la causa de la petición de lo que se duelen los quejosos. En el caso de la regresión normativa la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la acreditación de la regresión normativa debe demostrar que la regresión es conforme a una disposición normativa⁶.

Sin embargo, el criterio anterior es relevante a la luz del deber de no regresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, al cual define la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un deber del Estado de no dar marcha atrás en el nivel alcanzado de satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. Y aunque ese deber no es absoluto, es deber del Estado justificar la constitucionalidad de cada medida regresiva, para lo cual es necesario que supere un Test de proporcionalidad, que básicamente tiene dos cuestiones: ¿persigue la medida un fin que sea válido desde la

⁵ Tesis: 1a. CXXIII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 220.

⁶Tesis: 1a. CXXVII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 219.

Constitución?; ¿la medida es idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto?⁷ Sin duda estas conclusiones jurisdiccionales son de gran influencia para los desafíos que enfrenta el Estado legislador y la retroalimentación entre el Congreso y el Poder Judicial es de gran interés para el presente de la protección de los derechos humanos.

Con independencia que de conformidad al artículo 1 de la Constitución mexicana todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. En nuestro Texto Fundamental consagra derechos sociales los cuales son importantes porque desarrollan de manera más amplia y también de acuerdo a nuestro sentimiento constitucional y nacional las demandas de la sociedad, y también hay que reconocerlo las visiones de los gobiernos plasmadas en el texto a lo largo de los años desde la fundación de nuestro país.

El derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas (artículo 2, tercer párrafo); derecho a la educación (artículo 3); Protección de la familia (artículo 4, párrafo primero); derecho a la alimentación, derecho a la salud, derecho al medio ambiente sano; derecho a la vivienda, derechos de la niñez; derecho a la cultura y derecho a la cultura física y al deporte (artículo 4); derecho al trabajo (artículo 5 y 123).

La Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido un criterio tendiente a definir el núcleo esencial de los derechos sociales deriva de que el Estado tiene el deber de proteger de forma inmediata el núcleo esencial de los derechos sociales, por lo que cuando ocurre una violación a un derecho social, la afectación al derecho debe valorarse considerando la violación a la dignidad de las personas.⁸ Similar idea la expresan los representantes de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos al reconocer la interdependencia entre las condiciones generadas por el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos para realizar: “el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria”.

⁷ Tesis: 1a. CXXVI/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 219.

⁸ Tesis: 1a. CXXIV/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 217.

La dignidad es un elemento indispensable para la protección y tutela de todos los derechos fundamentales, por lo tanto no solo es inherente como valor a los derechos individuales o civiles, sino también a los derechos sociales, el criterio sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación es consistente con los parámetros normativos esperados para la protección de los derechos sociales, aunque como expone Pisarello no siempre la dignidad se ha vinculado como un valor normativo relevante para la vida social: “Una vez que el principio de dignidad se postula como fundamento de los derechos de la persona, la interdependencia e indivisibilidad entre los civiles, políticos, sociales y culturales resulta obligada. Sin derechos sociales básicos, los civiles personalísimos corren el riesgo de verse vaciados en su contenido” (PISARELLO, 2007, p. 40)

Es la concepción plasmada en nuestra Carta Magna que en el artículo 1, tercer párrafo establece la obligación de todas las autoridades mexicanas para que en el ámbito de sus competencias promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Los derechos sociales son el objeto más identificable de aplicación del desarrollo progresivo o principio de progresividad y las medidas regresivas. Esta situación delicada la describe Pisarello (2007, p. 41) como “la tesis de los derechos sociales como derechos de igualdad y no de libertad”; sin duda es un tema delicado ya que es asombroso como derechos como la libertad de expresión siguen presentando violaciones pero es una situación también aplicable para los derechos sociales. Pisarello expone que la distinción llevada a cabo en el ámbito internacional entre derechos de igualdad y derechos de libertad fue consecuencia de una visión de la Guerra Fría y originó la adopción de los dos instrumentos PIDESC separados. Esta situación no es exclusiva en el ámbito universal de los Derechos Humanos podemos observar esta disyuntiva también en el ámbito interamericano y ciertamente responde al déficit de consenso en cuanto a la distribución de la riqueza en la sociedad. Esta problematización para reconocer que la protección y tutela de los derechos sociales es indivisible e interdependiente de los derechos civiles y

políticos es favorecida en parte por una visión neoliberal globalista (PISARELLO, 2007, p. 41-42)

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos es un medio convencional de control regional de promoción y protección de derechos humanos para la población que se encuentra en los territorios de los Estados de América que se han adherido a este régimen, el cual es supervisado por dos instituciones internacionales de ámbito regional: la Comisión IDH y la Corte IDH y en el plano interno todos los jueces nacionales de los Estados parte en base a un conjunto de reglas, principios y directrices (DÍAZ, 2014)

4 ESTADO SOCIAL

Sobre los orígenes del Estado de derecho escribe Elías Díaz: “El estado de derecho comienza siendo, y lo será durante todo el pasado siglo y primeros decenios del actual, Estado liberal de derecho, es decir expresión jurídica de la democracia liberal”. No es casual que históricamente el Estado social cobre vigencia a través del ascenso de las clases obreras siendo necesario canalizar esa fuerza de trabajo, que el Estado conteste a sus demandas como clase, por eso se trata de dilucidar como ocurre no la transformación sino la “superación” (DÍAZ, 2014), por emplear la palabra de Elías Díaz del liberalismo clásico. Esto significa criticar las posturas tradicionales de la fórmula del Estado de derecho para mejorarlas no para retroceder en temas de justicia y libertad. Se podría señalar como si se acordara un nuevo acuerdo o pacto social, en definitiva es la posición siempre difícil que ha tenido la sociedad a lo largo de la historia. Elías Díaz lo indica así: “Más en concreto, el tema es, como veremos el de la compatibilidad entre sociedad democrática y Estado de Derecho”. (DÍAZ, 2014)

Semejante idea la plasma el jurista Manuel García-Pelayo quien considera en su exposición sobre el trabajo de Von Stein⁹ que en el movimiento hacia la libertad el Estado es incapaz por sus propias fuerzas de superar la

⁹ Lorenz Von Stein, sociólogo alemán precursor de la noción del Estado social.

oposición entre idea y realidad ya que existe una contradicción entre el Estado real que es un Estado de clase, y la respuesta que debe darse ante el nuevo fenómeno de la distribución de las fuerzas sociales de modo que el trayecto hacia la realidad debe ser realizado por la sociedad (GARCÍA PELAYO, 1949).

En el orden de ideas expuesto en el presente trabajo Manuel García-Pelayo glosa que Stein de su estudio sobre la vida pública en Francia en 1789 causó que Stein concluyera que es contradictorio buscar ayudar a las clases inferiores sin asegurarles independencia social, pensando que la independencia política es suficiente: “Queda, pues, claro que la elevación de la clase dependiente sólo puede tener lugar cuando en la infraestructura social se han producido nuevas formas y nuevos sujetos de apropiación de bienes en oposición a los antiguos y cuando han emergido, con ello, nuevos poderes sociales” (GARCÍA PELAYO, 1949). Esta nueva distribución es lo que da origen desde la modernidad al Estado social.

Dos tesis acompañan al Estado liberal: la libertad individual y la voluntad general. Conciliarlas ha sido obra del constitucionalismo. El liberalismo habla de sancionar la irresponsabilidad individual mediante el orden establecido de derechos y obligaciones del derecho ordinario, las violaciones cometidas por los poderes públicos mediante la jurisdicción constitucional, pero el hombre sigue encontrando maneras de violentar social y jurídicamente a sus semejantes y a los colectivos.

Si bien es cierto que el Estado de derecho se mide cumplimiento de la ley, a nivel de naciones los datos deben tener por objeto coadyuvar para las acciones globales de protección de bienes de índole colectiva que trascienden lo individual como el medio ambiente o problemas que requieren soluciones de cooperación internacional y gobernanza multinivel como el cambio climático.

Si la cultura de los derechos humanos estuviera tan extendida y no se pusieran constantemente restricciones para el ejercicio de los derechos entonces un documento como la Carta Universal de los Deberes y las Obligaciones de las Personas¹⁰ no sería necesario, porque se cumplirían los

¹⁰ Véase la Carta Universal de los Deberes y Obligaciones de las Personas, disponible en:

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/278330/Carta_Universal_de_los_Deberes_y_Obligaciones_de_las_Personas.pdf. Documento apoyado por la Cancillería

deberes de forma puntual por los miembros o sería repetida como una oración. Sin duda los instrumentos, las expresiones, los manifiestos de aspiraciones son benévolos y nos ayudan a ser mejores en nuestros proyectos y el Estado social es finalmente un gran proyecto y objetivo social.

La Carta de los Deberes y Obligaciones de los seres humanos precisamente se produce a partir de una expresión, dada por el escritor José Saramago al recibir el premio Nobel de Literatura: "Tomemos entonces, nosotros, ciudadanos comunes, la palabra, con la misma vehemencia con que reivindicamos los derechos, reivindicuemos también el deber de nuestros deberes. Tal vez así el mundo pueda ser un poco mejor",

Si los derechos humanos y sobre todo los sociales se cumplieran de forma efectiva estaría más que aclarado el ámbito de potestades y obligaciones que tiene el Estado en la materia y el ámbito de derechos y deberes que tiene cada miembro de la sociedad por la otra. Recordemos que el Estado tiene potestades, el ciudadano, derechos. En esa relación asimétrica se ha edificado el proyecto del Estado de derecho o Estado liberal y social de derecho, en algunas naciones su protección más avanzada que en otros, pero en todas conteniendo esa contradicción que el Estado liberal gusta de pregonar entre lo individual y lo social.

Utópico será decir que en la medida que el hombre trabaje o se encuentre en una situación de vulnerabilidad social sus derechos sociales deben ser proporcionales a su condición. Partido de ese punto entonces podríamos reflexionar sobre como la sociedad financia el propio Estado social que sale de ella, para proteger su orden y a sus miembros. Simplemente para ser justos en el acuerdo y la voluntad general necesaria para coexistir unos con otros sin dañarnos. El Estado social postula que busca corregir una relación que es naturalmente asimétrica entre los miembros que integran la sociedad.

El papel histórico nuevo que tiene la sociedad Manuel García Pelayo lo valoriza en función de los acontecimientos que ocurren en 1848: "que el sujeto de la Historia no es el Estado, sino la sociedad, que ha terminado la

mexicana y cuya difusión se solicitó mediante el citado documento se presente por los mecanismos internacionales pertinentes de la Cancillería en el Sistema de Naciones Unidas.

época de las revoluciones políticas y ha comenzado la de las sociales, y que toda una problemática de índole práctica y teórica emerge de la situación del tiempo...” (GARCÍA PELAYO, 1949). Esta problemática atiende a la consecución de igualdad y equidad en las relaciones sociales mediante la prestación de derechos sociales como el trabajo y salario digno, derecho a la salud, seguridad social, derechos sindicales.

El siglo XXI es un siglo en el que el neoliberalismo y la globalización han redefinido las relaciones sociales de una manera distinta. Miles de personas como los Indignados de España del 15-M de 2011, Indignados de Wall Street del 17 de septiembre de 2011 y muchos otros legítimamente han protestado ante los eventos de una globalización en la que a pesar del discurso oficialista de libertades, la prestación y la calidad de los servicios públicos y la desigualdad social aumenta de forma cabal la globalización de los bienes y capitales.¹¹

Más aun los derechos sociales tienen que competir en importancia, lo cual es un error con otros temas de la agenda como el derecho al medio ambiente o derechos civiles como el de la libertad de expresión. Esto relega a segundo término un tema que no debe estar fuera de dudas y que es el de la justicia. La politóloga Susan George en entrevista expresó: “Es cierto que hace falta un cambio de paradigma, pues no se han defendido bien los ideales. El modelo ilustrado ha caído frente al liberalismo, probablemente porque nos hemos equivocado al considerar que las ideas ilustradas —justicia, igualdad— eran obvias.”¹²

5 CONCLUSIONES

1. El Estado social es un impulsor del desarrollo social, y que junto a los derechos de libertad que impulsa el Estado liberal se conforma el Estado social y democrático de derecho.

¹¹ “Indignados”, <https://poder-mundial.net/termino/indignados/>

¹² “Entrevista a Susan George, presidenta del comité de planificación del Transnational Institute de Amsterdam, filósofa y analista política” 2013, disponible en: <http://profesiones.org/var/plain/storage/original/application/6833db8b24c5d5f41e9da13536067a43.pdf>.

2. Es importante retomar el estudio de la Teoría del Estado desde una perspectiva de la teoría del conocimiento para tener un adecuado saber sobre todas las implicaciones que tiene el Estado para la sociedad.

3. Los derechos sociales se encuentran consagrados en diversos textos normativos nacionales, internacionales y del ámbito regional, como la Constitución mexicana de 1917, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su protocolo adicional, el “Protocolo de San Salvador”. En los textos se puede constatar la vigencia que cada uno de los derechos tiene por su contenido social.

4. El Estado social como superación del Estado liberal de derecho busca una mejor distribución de la riqueza y las cargas sociales para mejorar las condiciones materiales de la población, mediante la justicia y la democracia.

5. Es necesario considerar que los derechos sociales y el Estado social son compatibles con la democracia, que los derechos sociales son interdependientes de los otros derechos humanos, aunque se enfoquen en la satisfacción de necesidades materiales individuales y colectivas. Así se podrá trabajar para hacer frente a su incumplimiento.

BIBLIOHEMEROGRAFÍA

“La teoría de la sociedad en Lorenz Von Stein”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 47 de 1949.

BOBBIO, Norberto, *Teoría general de la política*, trad.: Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, Madrid, 2003.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Editorial Sistema, Madrid, 1991.

Derecho administrativo: servicios públicos, Porrúa, México, 1995.

DÍAZ, Elías, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Penguin Random House, Barcelona, 2014.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, Porrúa, México, 2006.

GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1977.

HELLER, Hermann, *Teoría del estado*, 2a ed., trad.: Luis Tobio, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

HESSEN, Juan, *Teoría del conocimiento*, 16a ed., Porrúa, México, 2017.

HUNT, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Trad. Jordi Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona, 2009.

JELLINEK, Georg, *Teoría general del estado*, trad.: Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2017.

Liberalismo y democracia, trad.: José Fernández Santillán, México 9a ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

MARTINEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Sistema interamericano de derechos humanos. Fuente invasiva, terapéutica e integradora del derecho nacional*. Revista Jurídica Primera Instancia. Número 5, Volumen 3. Julio-diciembre 2015. PP. 11-31

MARTÍNEZ LAZCANO, Alfonso Jaime, *Tutela judicial de los derechos sociales, económicos y culturales, en Derechos sociales, económicos y culturales*, Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2017.

NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003.

PECES BARBA, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.

PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías* Elementos para una reconstrucción, Editorial Trotta, Madrid, 2007.

RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván, *Las generaciones de los derechos fundamentales y la acción de la administración pública*, 2ª ed., Universidad externado de Colombia, Colombia, 2004.

ZIPPELIUS, REINHOLD, *Teoría general del estado: ciencia de la política*, 5a ed., trad.: Héctor Fix Fierro, Porrúa, México, 2009.

Criterios judiciales

Tesis: 1a. CXXIII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 220.

Tesis: 1a. CXXVII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 219.

Tesis: 1a. CXXVI/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 219.

Tesis: 1a. CXXIV/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 46, septiembre de 2017, Tomo I, p. 217.

Páginas de internet

Carta Universal de los Deberes y Obligaciones de las Personas, disponible en:

https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/278330/Carta_Universal_de_los_Deberes_y_Obligaciones_de_las_Personas.pdf.

“Entrevista a Susan George, presidenta del comité de planificación del Transnational Institute de Amsterdam, filósofa y analista política” 2013, disponible en:

<http://profesiones.org/var/plain/storage/original/application/6833db8b24c5d5f41e9da13536067a43.pdf>.

“Indignados”, <https://poder-mundial.net/termino/indignados/>

Para mais informações ou eventuais dúvidas, solicita-se contatar os Editores da Revista INTERTEMAS via e-mail nepe@unitoledo.br ou pelo telefone (18) 3901-4004.