



Organização
Thomas Bustamante
Bernardo Gonçalves Fernandes
José Adércio Leite Sampaio
Élcio Nacur Rezende



II Congresso Internacional de Direito Constitucional & Filosofia Política

O Futuro do Constitucionalismo

A Construção da Democracia Constitucional

Caderno de Resumos

INITIA VIA
EDITORA

Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes
José Adércio Leite Sampaio & Élcio Nacur Rezende
Organização

**O FUTURO DO CONSTITUCIONALISMO:
A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

**ON THE FUTURE OF CONSTITUTIONALISM:
THE CONSTRUCTION OF CONSTITUTIONAL DEMOCRACY**

**EL FUTURO DEL CONSTITUCIONALISMO:
LA CONSTRUCCIÓN DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL**

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA
IIND INTERNATIONAL CONGRESS ON CONSTITUTIONAL LAW AND POLITICAL PHILOSOPHY
II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA

Caderno de Resumos
Book of Abstracts
Libro de Resúmenes

INITIA VIA
EDITORA

Belo Horizonte
2015

O FUTURO DO CONSTITUCIONALISMO:
A CONSTRUÇÃO DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL
II CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E
FILOSOFIA POLÍTICA

Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes,
José Adércio Leite Sampaio, Élcio Nacur Rezende,
(Orgs.)

Copyright © desta edição [2015] Initia Via Editora Ltda.
Rua dos Timbiras, nº 2250 – sl. 103-104, Lourdes
Belo Horizonte, MG - CEP 30140-061
www.initiavia.com

Editora-Chefe: Isolda Lins Ribeiro

Revisão: autores

Diagramação: Brenda Batista

Capa: Brenda Batista

Imagem da Capa: Colunas do STF e escultura “A Justiça”,
de Alfredo Ceschiatti, por Evaristo Sá/AFP (11. fev. 2007)

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial
deste livro ou de quaisquer umas de suas partes, por qualquer meio ou processo,
sem a prévia autorização do Editor. A violação dos direitos autorais é punível
como crime e passível de indenizações diversas.

C749 Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política
(2. : 2015 : Belo Horizonte, MG)

O futuro do constitucionalismo: a construção da democracia constitucio-
nal / organizadores: Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes, José
Adércio Leite Sampaio, Élcio Nacur Rezende. - Belo Horizonte : Initia Via, 2015.

502 p. – Caderno de Resumos

ISBN 978-85-64912-74-8

1. Direito constitucional - Congressos . 2. Filosofia do direito – Congressos.
I. Bustamante, Thomas. II. Fernandes, Bernardo Gonçalves. III. Sampaio, José
Adércio Leite Sampaio. IV. Rezende, Élcio Nacur. IV. Título.

CDU: 340(061.3)

I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL E FILOSOFIA POLÍTICA
IIND INTERNATIONAL CONGRESS ON CONSTITUTIONAL LAW AND POLITICAL PHILOSOPHY
II CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA

COMISSÃO ORGANIZADORA
ORGANIZING COMMITTEE
COMITÉ ORGANIZADOR

Thomas da Rosa de Bustamante (Presidente)
Bernardo Gonçalves Fernandes
José Adércio Leite Sampaio
Élcio Nacur Rezende
Igor de Carvalho Enríquez
Evanilda Nascimento de Godoi Bustamante
João Vítor Nascimento Martins
Ana Luisa de Navarro Moreira
Grégore Moreira de Moura
Ludmila Lais Costa Lacerda
Christina Vilaça Brina
Deivide Júlio Ribeiro
Beatriz Souza Costa
Cácia Rita Stumpf
Francisco Haas
Lucas Azevedo Paulino
Adriano Souto Borges
Renan Sales de Meira
Franklin Vinícius Marques Dutra

APRESENTAÇÃO

O II Congresso Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política, organizado conjuntamente pelos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e da Escola Superior Dom Helder Câmara tem como tema central “O Futuro do Constitucionalismo: A Construção da Democracia Constitucional”.

Assim como a sua edição anterior, o evento se insere no contexto de internacionalização dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UFMG e da Escola Superior Dom Helder Câmara.

Busca-se refletir criticamente sobre os problemas de legitimidade política da autoridade em todas as esferas do Poder Político, com ênfase na proteção dos direitos fundamentais, do pluralismo e da democracia.

Busca-se estudar, também, na esteira do evento anterior, mecanismos institucionais de diálogo entre os poderes e destes com a sociedade.

Alguns dos mais renomados nomes do Direito e da Filosofia Política estão confirmados entre os Keynote Speakers e os integrantes das Sessões Plenárias.

A Comissão Organizadora

INTRODUCTION

The 2nd International Conference on Constitutional Law and Political Philosophy, jointly held by the Centers of Graduate Studies in Law of the Federal University of Minas Gerais and of the Dom Helder Law School, has as its central theme “On the Future of Constitutionalism: The Construction of Constitutional Democracy”

We attempt to reflect in a critical way about the problems of political legitimacy and authority in all spheres of political power, with emphasis on the protection of human rights, pluralism and democracy.

We also intend to study, as we did last year, the institutional mechanisms for dialogue among powers and between them and society in general.

Some of the most renowned scholars in contemporary Legal and Political Philosophy are confirmed as Keynote Speakers.

The Organizing Committee

SUMÁRIO
TABLE OF CONTENTS
TABLA DE CONTENIDO

Apresentação	4
Introduction	5

GRUPO DE TRABALHO I

O constitucionalismo entre a separação de poderes e a democracia
Constitutionalism between separation of powers and democracy
El constitucionalismo entre la separación de poderes y la democracia

A alteração na forma de escolha de membros dos Tribunais de Contas Estaduais por meio de proposta de emenda constitucional oriunda de iniciativa popular: uma interpretação criativa e democrática do artigo 75, da Constituição Federal	30
<i>Adriano Sant'Ana Pedra & Rodrigo Monteiro da Silva</i>	

Da soberania popular ao impeachment?	32
<i>Afonso Soares de Oliveira Sobrinho</i>	

A gestão democrática na revisão do Plano Diretor sob a ótica do constitucionalismo do futuro	34
<i>Alcione Maria Ferreira & Bianca Mendes Gonçalves</i>	

A relevância no estudo de parâmetros na aplicabilidade de precedentes judiciais e a segurança jurídica	36
<i>Allan Carlos da Silva Marques</i>	

Uma reflexão sobre as instituições democráticas a partir do "Tribunato Della Plebe"	38
<i>Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos</i>	

Liberalismo, republicanismo e democracia no marco do novo constitucionalismo latino-americano	40
<i>Ana Tereza Duarte Lima de Barros & José Mario Wanderley Gomes Neto</i>	
Novo constitucionalismo latino-americano: avanços e limitações	43
<i>André Carias de Araujo & Guilherme Ozório Santander Francisco</i>	
Análise crítica do ativismo judicial no constitucionalismo democrático brasileiro, a partir do desmembramento histórico do processo do "welfare state" atrofico	46
<i>Arthur Bastos Rodrigues</i>	
As decisões institucionais e a sua estabilidade	58
<i>Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha & Wanny Cristina Ferreira Fernandes</i>	
Cotas regionais, federalismo e justiça distributiva	50
<i>Christina Vilaça Brina & Igor de Carvalho Enríquez</i>	
Legalidade e legitimidade: Weber entre Kirchheimer e Schmit	52
<i>Douglas Carvalho Ribeiro</i>	
Neoconstitucionalismo do ser e dever ser	55
<i>Fabício Soares dos Santos</i>	
O processo de nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal revisitado	58
<i>Gabriela Miranda Duarte & Renato César Cardoso</i>	
"Certiorari" e a discricionariedade da Suprema Corte dos Estados Unidos da América para definir a sua agenda	60
<i>Guilherme Brenner Lucchesi & William Soares Pugliese</i>	
Representatividade democrática e os poderes da república: STF enquanto guardião da Constituição e assegurador de direitos LGBTT	62
<i>João Felipe Zini Cavalcante de Oliveira & Mateus Oliveira Barros</i>	
A aplicação do princípio da simetria constitucional: uma análise comparativa entre a Constituição Federal e a Constituição Estadual do Maranhão	64
<i>José Mendes Neto</i>	

Separação de poderes e diálogo institucional: a atuação do STF e da Corte Constitucional colombiana em face das violações de direitos humanos cometidas nas prisões 67

Karina Denari Gomes de Mattos

Peso político das decisões judiciais estruturantes: o Poder Judiciário como agente para implementação de políticas públicas 69

Luciana Cristina de Souza

O constitucionalismo e o efetivo exercício do estado democrático de direito estabelecido na Constituição da República de 1988 72

Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho

O paradigma do estado democrático de direito e a crise de representatividade no Brasil 73

Maysa Cortez Cortez & Tainah Simões Sales

Judiciário, "veto players" e capacidades institucionais: condições de legitimidade da inserção das cortes no processo decisório 76

*Thaís Amoroso Paschoal Lunardi**

A pluralidade das entidades familiares e o papel do judiciário 78

Thaís Sêco

Os diálogos e capacidades institucionais na interpretação constitucional a partir da ideia de desacordos 80

Tiago Clemente Souza & Marcelo de Paula Faria

A influência do capital sobre as representações políticas: um estudo acerca da relação entre o resultado das eleições para governadores no Brasil e valores doados para campanhas eleitorais, aplicando-se o modelo de regressão logística 82

Vanessa Pereira Terra & Juliana Guedes Martins

O constitucionalismo dialógico, o controle judicial de constitucionalidade e a Lei 12.853/2013: um estudo de caso 85

Vera Karam de Chueiri & Luciana Rocha Narciso

A judicialização da política e a necessidade de cooperação institucional 86

Víctor Ferreira Dias Duarte da Costa

O controle judicial do devido processo legislativo	88
---	-----------

Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino

Ponderação de princípios formais: um modelo sofisticado e flexível para a questão da revisão judicial	91
--	-----------

Yago Condé Ubaldo de Carvalho

GRUPO DE TRABALHO II

Teorias da interpretação constitucional

Theories of constitutional interpretation

Las teorías de la interpretación constitucional

A manifestação da soberania popular na Constituição Cidadã: o art. 225 e o subsistema dos conselhos gestores de políticas públicas	94
---	-----------

Agnelo Corrêa Vianna Júnior

Reforma constitucional: os limites ao poder constituinte derivado e a questão da iniciativa popular	96
--	-----------

Barbara Brum Nery

Constitucionalismo argumentativo em uma sociedade tecnológica: a contribuição de Tercio Sampaio Ferraz Jr. para a compreensão da situação da interpretação constitucional no Brasil	99
--	-----------

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa

A configuração dos precedentes no cenário jurídico brasileiro	101
--	------------

Carolina Almeida & Maíra Almeida

O desafio da hermenêutica constitucional em países de modernidade tardia como "terrae brasilis"	103
--	------------

Christopher Abreu Ravagnani & Bruno Humberto Neves

Revisitando a imunidade religiosa à luz da hermenêutica e da teoria analítica	105
--	------------

Daniel Giotti de Paula

Paradigmas contemporâneos de hermenêutica principiológica constitucional: uma análise crítica do conceito de dever-ser ideal de Robert Alexy	107
<i>Diogo Campos Sasdelli</i>	

A dupla natureza do direito e a argumentação jurídica	109
<i>Fausto Santos de Moraes</i>	

A fé nos novos sentidos, a fé nas imunidades tributárias e alguns problemas	111
<i>Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida & Rodolfo Assis</i>	

Peter Häberle e o “pensamento das possibilidades” na jurisprudência do STF: um estudo de caso da ação penal 470	113
<i>André Rubião & Guilherme Gosling</i>	

O precedente judicial e a sua vinculação no ordenamento jurídico brasileiro	115
<i>Antônio Álvares da Silva & Isabela Murta de Ávila?</i>	

O papel da <i>mens legislatoris</i> na nova interpretação constitucional	117
<i>Leonardo David Quintiliano</i>	

Interpretação das normas fundamentais de direitos sociais em tempos de crise econômica: hermenêutica constitucional à luz da (im) possibilidade jurídica de vedação ao retrocesso social	119
<i>Matheus Medeiros Maia & Rafael Soares Duarte Moura</i>	

A conexão entre a interpretação e o interpretado	121
<i>Paulo César Pinto de Oliveira</i>	

A conceitografia interpretativa do positivismo jurídico no pensamento de Dworkin: a influência do pensamento de Gadamer	123
<i>Rafael Basile</i>	

O constitucionalismo contemporâneo e a leitura moral da Constituição Federal brasileira	125
<i>Renata Romani de Castro</i>	

Universalismo e particularismo	127
<i>Tiago Gagliano Pinto Alberto & Marina Osowski</i>	

GRUPO DE TRABALHO III

Novas propostas de democratização do controle de constitucionalidade

New strategies for democratizing judicial review

Nuevas propuestas para la democratización de la revisión judicial

A figura do *amicus curiae* como um instrumento de participação de minorias na jurisdição constitucional brasileira 130

Alexandre Melo Franco Bahia & Amanda Melillo de Matos

A audiência pública na ADPF 186 e suas repercussões 132

Amanda Lima Sousa & Priscila da Silva Barros

Por uma cartografia constitucional dos naufrágios e das descobertas: as potencialidades e limites dos diálogos transconstitucionais entre o Supremo Tribunal Federal e as cortes constitucionais da Hungria e da Colômbia 134

Daniel Capeocchi Nunes

O direito fundamental de petição como instrumento de participação cidadã no controle de constitucionalidade das normas 137

Erick Beyruth de Carvalho

Legitimidade constitucional e mecanismos de feedback: abrindo os caminhos para a construção de uma constituição difusa no Brasil 139

Gabriel Cruz

A pertinência das críticas ao *judicial review* de *common law* ao controle de constitucionalidade brasileiro de *civil law* por meio da aproximação entre os dois sistemas 141

Jairo Néia Lima

A deliberação no supremo tribunal federal: entre o factível e o almejado 143

João Victor Colares Prasser

Democratização do controle jurisdicional de constitucionalidade brasileiro: a legitimidade da jurisdição constitucional por meio do método difuso 145

José Nilton Nascimento Neves

A descrição contramajoritária da corte constitucional e o receio da participação popular no controle de constitucionalidade	148
--	------------

Lucas Fernandes de Magalhães

Judicial review e a possibilidade de diálogo institucional na interpretação constitucional	150
---	------------

Ludmila Lais Costa Lacerda

Advisory Opinion: o mito da inexistência de controle abstrato de constitucionalidade nos Estados Unidos	153
--	------------

Marcelo Kokke

Justiça constitucional, soberania e participação: entre o neoconstitucionalismo europeu e o novo constitucionalismo latino-americano	155
---	------------

Virginia de Carvalho Leal & Maria Lúcia Barbosa

Audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: discurso democrático e prática tecnocrática	157
---	------------

Mário Cesar da Silva Andrade

O caso do reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar pelo STF e o 'estatuto da família': potencial tensão entre poderes	160
--	------------

Tainá Aguiar Junquilha

GRUPO DE TRABALHO IV

Liberdades democráticas e suas restrições: liberdade religiosa,
liberdade de expressão e direitos análogos

Democratic freedoms and their restrictions: freedom of religion, freedom of speech

Las libertades democráticas y restricciones: la libertad religiosa,
la libertad de expresión y otros derechos similares

Digital environment, architecture and right of reply: the duties of internet service providers under the Brazilian Constitution	162
--	------------

Cláudio de Oliveira Santos Colnago & Adriano Sant'Ana Pedra

Da liberdade de expressão e do discurso do ódio a tênue linha entre o direito e o abuso	163
--	------------

Carolina Luiza Damiana Chieratto

A liberdade religiosa (ou não) de usar o hijab (ou não) em países democráticos europeus: notas para o Brasil	165
---	------------

Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto

"Hate speech" versus liberdade de expressão: considerações acerca do direito comparado na garantia da dignidade da pessoa humana	167
---	------------

Francisco Gaspar de Lima Júnior

A ineficácia da garantia constitucional da liberdade de expressão diante da invisibilidade social de minorias	169
--	------------

Gabriel Mendes Fajardo

The right to migrate: between a moral & a legal right	171
--	------------

Guilherme Marques Pedro

Liberdade de expressão e tolerância como fundamentos da democracia constitucional	173
--	------------

Harley Sousa de Carvalho & Joshua Gomes Lopes

Ensino religioso x liberdade religiosa: como a educação pode atuar na garantia das liberdades individuais	175
--	------------

Isabella Fernandes Soares & Patrícia Aparecida Rodrigues Palazzi

Entre o crime e o pecado: uma análise do extremismo religioso em âmbito legislativo em detrimento de garantias constitucionais penais	177
--	------------

Isadora Eller Freitas de Alencar Miranda

Os novos paradoxos da proteção judicial da autonomia privada: uma análise com base nos trabalhos de Carlos Santiago Nino e Reva Siegel	180
---	------------

Katya Kozicki & Gabriele Polewka

Liberdade de expressão e criminalização da apologia: análise da ADPF 187-DF	182
--	------------

Leonardo Gomes Penteado Rosa

Liberdade de expressão e regulações dos meios de comunicação social: podem os limites tornarem-se condições de possibilidade da democracia constitucional?	186
---	------------

Maria Fernanda Salcedo Repolês & Francisco de Castilho Prates

Liberdade de expressão, imunidades parlamentares e o discurso de ódio no Plenário do legislativo	188
---	------------

Mariana Oliveira de Sá & Vinícius Silva Bonfim

A liberdade de expressão como fundamento da ideia de democracia: o pressuposto de um Estado Democrático De Direito	190
---	------------

Mariane Andréia Cardoso dos Santos

Reflexões sobre o fundamento de uma proteção jurídica especial à liberdade religiosa: com base nas considerações de Ken Himma	193
--	------------

Paulo Sérgio Santos Ribeiro Júnior

Liberdade de expressão e suas limitações frente ao discurso de ódio	195
--	------------

Rebecca Groterhorst

Liberdade de expressão e discurso de ódio: notas sobre o debate entre Jeremy Waldron e Ronald Dworkin	197
--	------------

Renan Sales de Meira

A liberdade de expressão e o desenvolvimento dos meios telemáticos: a necessidade de se refletir acerca da liberdade de expressão a partir do advento das grandes mudanças ocorridas nos meios telemáticos	200
---	------------

Robson Vitor Freitas Reis

Máscaras e medo: considerações sobre as restrições impostas ao direito de reunião pela Lei 6.528/13 do Estado do Rio de Janeiro a partir das relações entre direito e emoções	203
--	------------

Rodrigo de Souza Tavares

A necessidade de novos interlocutores para as demandas femininas e a proposta de criação de cotas no Poder Legislativo	205
---	------------

Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira

A falta de liberdade religiosa como óbice à efetivação dos direitos fundamentais e humanos: um caso de aversão ao multiculturalismo intercultural	207
--	------------

Uanderson Nunes Pereira & Adalberto Antônio Batista Arcelo²

GRUPO DE TRABALHO V

Argumentos consequencialistas e argumentos
extrajurídicos na jurisdição constitucional
Consequentialist arguments and extralegal considerations in judicial review
Argumentos consequencialistas y argumentos extra-
legales en la jurisdicción constitucional

Os heurísticos como desvios lógicos e cognitivos na aplicação do direito 210

José Eduardo Schuh

**On the supraconstitutional character of the Brazilian national financial system: a
financial and historical approach, in view of the capital asset pricing model 212**

Leopoldo Grajeda

GRUPO DE TRABALHO VI

Em busca de um constitucionalismo global e uma
comunidade de princípios internacional
Towards Global Constitutionalism and an International Community of Principles
En búsqueda de un constitucionalismo global y una
comunidad internacional de principios

**Anistia e memória no contexto do constitucionalismo global: uma análise dos
julgamentos da ADPF 153 e do caso Gomes Lund v. Brasil 215**

Ana Carolina Rezende Oliveira & Mariana Rezende Oliveira

**Direito internacional público contemporâneo e Tribunal Constitucional
Internacional: fetichismo institucional e reificação de estatutos jurídico-políticos
nacionais 217**

Arthur Roberto Capella Giannattasio

**Em busca de um constitucionalismo global: revisitando o diálogo entre tribunais
internacionais e juízes nacionais 219**

Camilla Capucio

A importância dos tratados internacionais de direitos humanos no constitucionalismo global	222
<i>Célia Teresinha Manzan</i>	
La dialéctica de resistencia como principio auxiliar del discurso democrático en los estados plurinacionales	224
<i>Daniela Recchioni Barroso & Luciana Cristina de Souza</i>	
O direito ao uso da força na formação de uma comunidade internacional de princípios: uma proposta de interpretação e reconstrução crítica	226
<i>Davi José de Souza da Silva</i>	
O neoconstitucionalismo latino-americano	228
<i>Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto & Kelly Cristina Canela</i>	
A ética universal aristotélica e a cultura ubuntu aplicadas à situação dos refugiados	230
<i>Fernanda Araujo Rabelo</i>	
Disputa entre ordens jurídicas: em busca da maior efetividade dos direitos humanos	231
<i>Giovani Pontes Teodoro & Marcel Martins Torres</i>	
<i>Ius gentium</i>: a pretensão de universalidade do ideal de integridade	233
<i>João Víctor Nascimento Martins</i>	
<i>Jus cogens</i>: cláusulas pétreas da ordem pública internacional	236
<i>Ludmila Mazoni Andrade Almeida</i>	
A humanização do direito internacional e as transformações da soberania estatal	238
<i>Pedro Henrique Borges Viana</i>	
O desemparedamento territorial do diálogo entre juízes: o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas	241
<i>Rosa Francisca Rocha Montenegro Leal & Tairla Maria Aragão Pimentel</i>	

GRUPO DE TRABALHO VII

A Constitucionalização dos diversos ramos do direito e da dogmática jurídica

The Constitutionalization of the branches of law and legal dogmatics

La constitucionalización de las diferentes ramas del derecho y de la doctrina jurídica

**A concorrência como instrumento: por um diálogo entre os princípios
constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor** 244

Andressa C. Schneider

**Exclusão social e jurídica e a constitucionalização do direito do trabalho: o
paradoxo do trabalho doméstico** 246

Bárbara Almeida Duarte

**Constitucionalização do direito e das relações sociais, sob a ótica do princípio da
tempestividade da tutela jurisdicional** 248

Bruno Joviniano de Santana Silva

A teoria discursiva habermasiana e o exercício da cidadania fiscal 250

Fabiana Figueiredo Felício dos Santos

**A participação da sociedade nas deliberações judiciais, conforme o novo Código
de Processo Civil** 253

Gresiéli Taíse Ficanha & Viviane Lemes da Rosa

**O diálogo entre acesso à justiça e autocomposição na concretização do estado
democrático de direito** 255

Jhessyca Dyra Duarte Rocha

Constitucionalização do processo civil: o processo-garantia e o NCPC 257

Joyciane Carvalho Borges

**A constitucionalização do direito civil e os reflexos da disputa simbólica no campo
jurídico: o civilista é necessariamente um conservador?** 260

Juliano dos Santos Calixto

A sucessão dos companheiros na Constituição e no Código Civil 262

Laura Souza Lima e Brito

Os direitos sociais trabalhistas: a proteção à dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho e sua dimensão como direitos humanos	264
--	------------

Leny Cardoso Gonçalves

A (des)sintonia entre o novo código de processo civil e o princípio constitucional da razoável duração do processo	266
---	------------

Lívia Dias Barros

Energia (limpa e inesgotável): hidrelétricas o brilho brasileiro que consome o ambiente ecologicamente equilibrado	268
---	------------

Lucas Augusto Tomé Kanno Vieira

A mediação como mecanismo de efetivação de políticas públicas: a sociedade empresária resolvendo o conflito através do diálogo	270
---	------------

Luciane Mara Correa Gomes & Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader

A constitucionalização do processo civil brasileiro em face das três ondas do acesso à justiça	272
---	------------

Mateus Leite Cavalcante

Os direitos fundamentais e suas implicações na dogmática jurídica em foco: o posicionamento do Supremo Tribunal Federal brasileiro	274
---	------------

Pedro Gustavo Sarnadas

A não constitucionalização do direito processual penal brasileiro: uma análise do PLS 402/2015	277
---	------------

Ramon Alves Silva & Adalberto Antonio Batista Arcelo

GRUPO DE TRABALHO VIII

História do Constitucionalismo, História Constitucional Brasileira e Reformas Políticas
History of Constitutionalism, Brazilian Constitutional History and Political Reforms
Historia del Constitucionalismo, Historia Constitucional de Brasil y reformas políticas

A sala de máquinas da Constituição e as engrenagens do processo de constitucionalização brasileiro: uma reflexão acerca da organização do poder ao longo da história	279
---	------------

Adamo Dias Alves & Benedito Silva de Almeida Junior

O estado de exceção na história do Brasil republicano: constituições, formas-de-lei e prática exceptiva 281

Ana Suelen Tossige Gomes & Andityas Soares de Moura Costa Matos

Poder moderador e legalidade: o recurso de graça e a responsabilidade ministerial na doutrina jurídica do Brasil Império 283

Arthur Barretto de Almeida Costa

A Constituição de 88 e o "lobby do batom": a atividade feminista enquanto força constituinte na redemocratização 286

Camilla Karla Barbosa Siqueira

Jurisdição constitucional e Estado Novo: uma perspectiva sistêmica 288

Daniel Rocha Chaves & Newton de Menezes Albuquerque

História, evento e narrativa em Hannah Arendt 290

Daniel Carvalho Ferreira & Maria Fernanda Salcedo Repolês

Vargas: reviravoltas políticas e seus reflexos constitucionais 293

Gabriel Frias Araújo & Cezar Cardoso de Souza Neto

Joaquim Nabuco e a interpretação 295

Guilherme Madeira Martins

A proteção social nas Constituições brasileiras: um estudo acerca do surgimento da questão social no Brasil 297

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha & Inácio Ferreira Façanha Neto

Justiça de transição no Brasil: uma escavação da verdade e da memória a partir da crítica e das teses "sobre o conceito de história" de Walter Benjamin 299

Jucemar da Silva Moraes

Uma análise do contexto histórico de Thomas Hobbes e das principais características de Leviatã: um estudo histórico jurídico na formação do constitucionalismo 301

Luis Alberto Teixeira

A igreja do diabo: legalidade e repressão no brasil de 1964 303

Rafael Dilly Patrus

Como o desenho institucional dos poderes brasileiros pode influenciar na tomada de decisão acerca da Constituição? 305

Raphaella Borges David

A reforma política e a regulamentação do lobbying 308

Rebeca dos Santos Freitas

Revisitando a gênese do constitucionalismo no Brasil: a Constituição de 1824 310

Tatiane Alves Macedo & Hitalo Vieira Borges

GRUPO DE TRABALHO IX

Ativismo judicial e comportamento judicial

Judicial Activism and Judicial Behavior

El activismo judicial y la conducta judicial

A judicialização da saúde e a responsabilidade dos entes da federação nas demandas judiciais de medicamentos 313

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia & Jéssica Helena Braga Araújo

"Argumentação simbólica": a hipertrofia do efeito simbólico no âmbito da decisão judicial 315

Ana Maria Moreira de Sousa Mendes Bezerra

Desafios da jurisdição constitucional no Brasil à luz do princípio da separação dos poderes: uma análise do protagonismo judicial no Estado Democrático de Direito 318

Aparecida de Sousa Damasceno

Para além da hermenêutica constitucional: o ativismo judicial como colaboração na construção de um democrático processo civil 320

Arthur Maia Queiroz & Stella Maia Queiroz

STF e as virtudes passivas: em busca de um controle de constitucionalidade dialógico 323

Carolina Alves das Chagas

A decisão judicial de intervenção no ente federado e a atuação do judiciário como superego de uma sociedade 325

Elisa Helena Lesqueves Galante

A tendência à fundamentação maximalista na jurisprudência contemporânea do STF: perspectivas e riscos democráticos à interpretação constitucional	327
<i>Emanuel Andrade Linhares</i>	
Acesso à justiça e ativismo judicial: limites e possibilidades	329
<i>Emetério Silva de Oliveira Neto</i>	
A judicialização da saúde e as formas alternativas de resolução do conflito	332
<i>Emmanuelle Konzen Castro</i>	
Decidindo os rumos da nação: como o Supremo Tribunal Federal interfere utilizando apenas o controle de constitucionalidade concreto	334
<i>Flávia Santiago Danielle Lima & Louise Dantas de Andrade</i>	
Ativismo judicial e o conflito entre democracia e constitucionalismo	335
<i>Flávio Baumgarten Baião</i>	
Escola do Direito Livre e ativismo judicial: o dogma da atividade criativa do julgador	338
<i>Gabriela Oliveira Freitas & Stella Mesquita Londe Oliveira Lima</i>	
Direito à saúde: o papel proativo do judiciário diante da política pública de medicamentos	340
<i>Gilsely Barbara Barreto Santana & Israel Pedro Ribeiro</i>	
Discrecionariade judicial nos primeiros passos do debate Hart/Dworkin	342
<i>Igor Assagra Rodrigues Barbosa & Sergio Nojiri</i>	
Os subsídios jurídicos que estruturam a aplicação da teoria concretista geral no ordenamento jurídico pátrio: um estudo do Mandado De Injunção nº 708-DF	344
<i>Jordan dos Santos Aguiar</i>	
Os contornos de aplicação dos precedentes horizontais no Supremo Tribunal Federal	346
<i>Julia Wand-Del-Rey Cani</i>	
Judicialização da política, ativismo judicial e a opinião pública: os limites da interferência das “paixões da opinião pública” nas decisões judiciais	348
<i>Estefânia Maria de Queiroz Barboza & Juliana Portes David</i>	

Uma era de *common law* para o Brasil? 351

Katya Kozicki & William Soares Pugliese

Estado de exceção vs. Estado Democrático de Direito na Colômbia: controle de constitucionalidade pela corte e sua jurisprudência frente a decretação do estado de emergência e do estado de comoção interna pelo executivo 353

Kelby Cavalheiro de Mendonça

Ativismo judicial e a aplicação da teoria do valor de desestímulo: proposição para uma mais efetiva proteção civil do meio ambiente brasileiro 355

Maraluce Maria Custódio & Fernando Barotti dos Santos

O ativismo judicial na teoria de Ronald Dworkin 357

Marcos Porto Barbosa

O estado de coisas inconstitucional e a (in)constitucionalidade(?) da atuação do poder judiciário 359

Melina Girardi Fachin

De Alexy a Waldron: perspectivas sobre o ativismo judicial e os limites da atuação dos poderes 361

Rafael Carrano Lelis & Paola Angelucci

Ativismo judicial e judicialização da política: semelhança ou consequência 363

Samuel Carlos Oliveira Furtado_

A Constituição contra a *Troika*: entre o ativismo e a autocontenção em matéria macroeconômica 365

Vinicius Domingues Maciel

GRUPO DE TRABALHO X

Teorias contemporâneas da Democracia

Contemporary Theories of Democracy

Teorías contemporáneas de la democracia

A falácia do "pós-positivismo" jurídico 368

Adriano Souto Borges

Democracia, constituição e autolegislação 370

Ana Lucia Pretto Pereira

A cidadania ativa no Brasil pós 1988: entre democracia e neoliberalismo 371

Ana Beatriz Oliveira Reis & Juliana Pessoa Mulatinho

A autoridade da lei formal em "law and disagreement": dificuldades no para além do positivismo 373

André Freire Azevedo

"Does truth have a gender?" (des) igualdade política de gênero no Brasil na contemporaneidade: apontamentos derridianos sobre o déficit representativo no legislativo 376

Bárbara Natália Lages Lobo & Natália Torquete Moura

Participação e representatividade: a desvinculação entre o discurso de crise e a ampliação dos instrumentos de democracia participativa 378

Desirée Cavalcante Ferreira

Compromissos políticos e a regra da maioria: um diálogo de complementariedade na deliberação parlamentar 380

Franklin Vinícius Marques Dutra

Considerações acerca da verdade e do político na teoria da ação de Hannah Arendt 382

Geraldo Adriano Emery Pereira

A democracia representativa e a opinião pública na obra de Michael Hardt e Antonio Negri 384

Jailane Pereira da Silva & Lorena Martoni de Freitas

Ciberdemocracia: a importância da democracia digital para a ampliação da participação popular 387

Jéssica Ramos Saboia

Democracia como comunidade dividida: por uma filosofia política do dissenso como princípio e fim 389

João André Alves Lança

Por uma crítica à resistência constitucional no estado de exceção permanente	392
---	------------

Joyce Karine de Sá Souza

Impeachment ou golpe? Considerações sobre o conceito de legitimidade democrática e o encerramento do mandato eletivo	394
---	------------

Lara Marina Ferreira & Saulo Antunes Carvalho

O Estado de Direito pelo prisma do agonismo: repensando a relação entre conflito e instituições jurídicas nas teorias políticas de Aletta J. Norval e Chantal Mouffe	397
---	------------

Leonardo Monteiro Crespo de Almeida

As teorias de John Rawls e de Jurgen Habermas e as instituições democráticas	399
---	------------

Maíra Almeida & Guilherme Vasconcelos

O contrato e o bando: a relação de exceção nas democracias modernas	402
--	------------

Paula Braccini Gonçalves Pereira & Samuel Rodrigues Batista Ferreira

Política nacional de participação social: uma busca pela efetivação do interesse público?	404
--	------------

Pedro Federici Araújo & Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellos

Uma nova ordem mundial para o século XXI	406
---	------------

Rafael Pimenta

A democracia militante de Loewenstein: um conceito a ser resgatado pela e para a democracia constitucional	408
---	------------

Raoni Macedo Bielschowsky

A teoria da justiça nas teorias democráticas	410
---	------------

Thiago Aguiar Simim

Supremo Tribunal Federal representativo? O impacto das audiências públicas na representação e na deliberação	412
---	------------

Thiago Luis Santos Sombra

A iconoclastia dos movimentos sociais feministas como garantia constitucional e democrática	414
--	------------

Vinícius Silva Bonfim & Vithória Oliveira

Entre <i>multitudo</i> e <i>imperium</i>: reflexões sobre democracia em Antonio Negri e Baruch de Espinosa	416
<i>Vitor Sousa Bizerril</i>	

GRUPO DE TRABALHO XI

Fundamentos político-filosóficos do constitucionalismo
Constitutionalism's Political and Philosophical Foundations
Fundaciones Político-filosóficas del constitucionalismo

A ordem constitucional como ápice <i>maximum</i> ético na vivência jurídica ocidental	419
<i>Adriana L. S. Lamounier Rodrigues & Diego Manenti Bueno de Araújo</i>	
Sobre a relação entre soberania popular e direitos fundamentais: pequeno contributo ao debate público brasileiro contemporâneo	420
<i>David Gomes & Alexander Beltrão</i>	
Do constitucionalismo moderno ao contemporâneo: a atual encruzilhada entre o constitucionalismo latino-americano e o constitucionalismo democrático	422
<i>Amélia Sampaio Rossi & Claudia Maria Barbosa</i>	
Pressupostos da filosofia política e construção de consensos: defesa de uma incursão pelas ciências da natureza humana	425
<i>André Matos de Almeida Oliveira</i>	
O uso da soberania popular como argumento de mudança constitucional no Brasil: uma análise de quatro projetos de emendas constitucionais de revisão constitucional	428
<i>Caroline Ferri & Daniel Lena Marchiori Neto</i>	
A teoria do poder constituinte a partir da justiça de transição	430
<i>Almir Megali Neto & Emilio Peluso Neder Meyer</i>	
O ativismo judicial brasileiro sob a ótica biopolítica de Michel Foucault	432
<i>Eugênio Saulo de Lima</i>	
Conceito de Expertise nas Audiências Públicas no Supremo Tribunal Federal	434
<i>Fabiana de Almeida Maia Santos</i>	

A integridade política e o argumento da coerência	436
<i>Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior</i>	
Legitimidade no Controle de Constitucionalidade das leis e uma possível "vanguarda iluminista" do STF	438
<i>Igor Suzano Machado</i>	
Cícero e a convivência harmônica dos poderes: um legado para a Modernidade	440
<i>Ana Guerra Ribeiro de Oliveira & Igor Moraes Santos</i>	
A reconstrução habermasiana do conceito de constituição dignidade, aquisição civilizadora, projeto emancipatório	442
<i>José Ivan Rodrigues de Sousa Filho</i>	
Na esteira do paradigma solipsista	444
<i>João Vitor de Freitas Moreira</i>	
Dimensões da igualdade a partir do pensamento liberal igualitário: a racionalidade das ações afirmativas	446
<i>João Daniel Daibes Resque</i>	
Um estudo sobre as origens conceituais do Princípio do Interesse Público na Antiguidade Clássica Greco-Romana	448
<i>Juliana Guedes Martins & Robson Vitor Freitas Reis</i>	
Estado de Direito <i>versus</i> Rule of Law: encontros e confrontos	450
<i>Leonardo Antonacci Barone Santos</i>	
Superando o tribalismo: o pragmatismo profundo de Joshua Greene	452
<i>Renato César Cardoso & Pâmela de Rezende Côrtes</i>	
Os problemas do poder constituinte e do poder discricionário em Kelsen e Hart	454
<i>Rafael Faria Basile & Lucas Silva Andrade</i>	
Preconceitos a suspender ou herança sem testamento? Considerações acerca da crítica hermenêutica do direito de Lenio Streck	456
<i>Ricardo Martins Spindola Diniz & Julia Tavares Borges</i>	

A inversão do real: o espetáculo como desvio da potência revolucionária do poder constituinte 458

Rodrigo Wagner Santos Ribeiro Filho

Notas sobre o liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o sistema hipotético dos leilões 460

Victor Cristiano da Silva Maia

GRUPO DE TRABALHO XII

O Direito Constitucional e a Política: formas de interferência da jurisdição constitucional sobre o processo político e eleitoral

Constitutional Law and Politics: the interference of judicial review over the political and electoral process

El Derecho Constitucional y La Política: formas de injerencia de la jurisdicción constitucional sobre el proceso político y electoral

O financiamento de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais e o julgamento da ADI n. 4650 segundo uma visão aristotélica 463

Alexandre Ribeiro da Silva & Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira

Fidelidade partidária e o discurso institucional entre legislativo e judiciário uma questão de autoridade? 465

Ana Luisa de Navarro Moreira & Tarcísio Augusto Sousa de Barros

Afinal, por que *judicial review*? 467

Bonifácio José Suppes de Andrada

Democracia deliberativa, devido processo legislativo e questão *interna corporis*: algumas reflexões sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 469

José Arthur Castillo de Macedo

Justiça eleitoral: um desafio à separação de poderes 471

João Andrade Neto & Roberta Maia Gresta

O financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas: uma análise pelas lentes da legitimidade das eleições e da igualdade política 473

João Henrique Alves Meira & Deivide Júlio Ribeiro

Financiamento político e eleitoral: uma análise do modelo alemão	476
<i>Lucas Ribeiro Garro Lourenço</i>	
O controle judicial dos regimentos internos legislativos como integrantes do bloco de constitucionalidade	478
<i>Lucas Tavares Mourão</i>	
Democracia, igualdade política e liberdade de expressão: as possibilidades e limites de regulamentação do financiamento de campanhas eleitorais com base na obra de Ronald Dworkin	480
<i>Lucas Azevedo Paulino</i>	
A atuação da justiça eleitoral no processo político e eleitoral e as reformas políticas	483
<i>Marcia Rabelo</i>	
Votação da PEC da redução da maioria penal: artifício ou formalidade regimental?	485
<i>Maria Clara Barros Mota & Matheus Cazeca Oliveira Ferreira</i>	
Os entulhos no caminho da transição democrática brasileira	488
<i>Melina Girardi Fachin & Lúcia Suellen Noronha Lima</i>	
O protagonismo político do poder judiciário: a atuação do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior Eleitoral frente à legislação eleitoral brasileira	489
<i>Paulo Vinicius Liebl Fernandes</i>	
A alteração na forma de escolha de membros dos tribunais de contas estaduais por meio de proposta de emenda constitucional oriunda de iniciativa popular: uma interpretação criativa e democrática do artigo 75, da Constituição Federal	491
<i>Rodrigo Monteiro da Silva</i>	

GRUPO DE TRABALHO XIII

Controle Judicial do Orçamento Público: O ativismo judicial
em matéria financeiro - orçamentária e seus efeitos
Jurisdictional Control Over the Public Budget: The judicial
activism on financial issues and it's effects

Control jurisdiccional sobre el Presupuesto Público: El
activismo judicial en temas financieros y sus efectos

Democratização do orçamento e blindagem da dívida pública 494

Claudia Beeck Moreira de Souza

**Orçamento público, liberdades individuais e prestações sociais: a falência da
cláusula da reserva do possível no controle jurisdiccional de políticas públicas 496**

Daniela Olímpio de Oliveira

**O direito ao mínimo existencial e a reserva do possível: uma análise da
judicialização das políticas públicas e seu impacto no orçamento 498**

Guilherme Lima e Silva & Natascha Alexandrino de Souza Gomes

**Entre o dever de planejar e o dever de obedecer: fundamentos jurídicos para atuação estatal
concretizadora do direito social fundamental de proteção à saúde 500**

Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira & Mariana Vannucci Vasconcellos

A ALTERAÇÃO NA FORMA DE ESCOLHA DE MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS POR MEIO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL ORIUNDA DE INICIATIVA POPULAR:

UMA INTERPRETAÇÃO CRIATIVA E DEMOCRÁTICA DO
ARTIGO 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Adriano Sant'Ana Pedra¹

Rodrigo Monteiro da Silva²

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Esta é a dicção do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil. Esse mesmo artigo demonstra que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a soberania, restando claro que o real detentor do poder soberano é o povo. O poder estatal, assim, somente poderá ser concebido como de propriedade insofismável do povo. Não pode existir poder que não seja exercido em nome e em favor da sociedade, sendo inviável conceber a mera menção a qualquer poder superior à coletividade. O princípio da soberania popular é, pois, de observância obrigatória, sob pena de se desmascarar a fachada dos Estados que se dizem erigir sobre regimes democráticos e bases institucionais sólidas. O princípio democrático exige a participação livre e igual daqueles sobre cujas vidas as decisões podem repercutir. Uma das formas de utilização do poder diretamente pelo povo é a iniciativa popular, prevista nos artigos 14, III e 61, § 2º, da Constituição Federal.

¹ Doutor em Direito do Estado (PUC/SP), mestre em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), mestre em Física Quântica (UFES), especialista em Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional de Direitos (Università degli Studi di Pisa), especialista em Economia e Direito do Consumo (Universidad de Castilla-La Mancha) e bacharel em Física (UFES). Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais (FDV). Professor do Curso de Direito da (FDV). Procurador Federal. adrianopedra@fdv.br.

² Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais (FDV); Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (RJ); Promotor de Justiça. rodrigomonteiro.es@gmail.com.

A leitura do artigo 60, do texto constitucional, nos revela que não existe previsão expressa de alteração da Constituição por meio de iniciativa popular, fato que não se repete em diversas constituições estaduais. As constituições de 17 (dezessete) estados, bem como a Lei Orgânica do Distrito Federal, estabelecem a possibilidade de alteração dos respectivos textos por meio de emenda oriunda da vontade direta do povo. Existiria, então, nos estados (e no Distrito Federal) que permitem a alteração da Constituição por meio de iniciativa popular, vedação à alteração da forma de escolha dos Conselheiros de Tribunais de Contas? O artigo 75, da Constituição Federal, impede, então, que nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande Norte, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, Sergipe, São Paulo e no Distrito Federal haja a alteração da forma de escolha dos Conselheiros dos respectivos Tribunais de Contas, a partir da provocação do povo? A resposta, obtida a partir de uma interpretação tradicional e restritiva seria “sim”, contudo, ao se buscar uma interpretação sintonizada com os fundamentos da República Federativa do Brasil e com os princípios constitucionais será possível constatar a real possibilidade de exercício direto de poder pelo povo, de modo que a forma de escolha dos membros das Cortes de Contas possa ser alterada por meio de proposta oriunda da direta vontade popular. Exige-se, assim, uma interpretação que surja para atender às demandas de uma sociedade que se tornou muito complexa, imune à interpretação tradicional do texto constitucional. O artigo 71, da Constituição Federal, nos revela que os Tribunais de Contas são órgãos técnicos que exercem auxílio ao Poder Legislativo. Infelizmente pode ser observado, principalmente, em nível estadual, que os Tribunais de Contas, ao longo da história recente, foram ocupados por políticos de carreira, com inobservância aos critérios objetivos fixados no artigo 73, da Constituição. Nesse contexto, cria-se um claro problema: deixa-se de lado o critério técnico para o exercício das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas, prevalecendo sempre a influência política, fato que leva à fragilização e estigmatização das Cortes de Contas. A solução para a situação apontada não pode e até hoje não foi alcançada por meio de uma interpretação tradicional do texto constitucional. Torna-se urgente superar o modelo meramente formalista, de modo a conferir aos Tribunais de Contas representatividade e, sobretudo, legitimidade democrática, para que exerça com ampla autonomia e imparcialidade seu relevante papel trazido pela Constituição Federal. Uma abordagem mais dinâmica do princípio da simetria revela que as regras gerais

trazidas no texto constitucional devem servir de norte aos legisladores estaduais, de modo que não haja, jamais, qualquer restrição ao real sentido atribuído pelo constituinte. No problema teórico em apreço, há o escopo de se recuperar a legitimidade democrática dos Tribunais de Contas, com o fortalecimento de suas respectivas decisões. Nesse particular, entende-se perfeitamente possível que por meio de proposta de emenda constitucional oriunda de iniciativa popular ocorra a alteração do modo de escolha dos Conselheiros dos Tribunais de Contas junto aos 17 (dezesete) estados anteriormente citados, bem como do Distrito Federal, para que haja, por exemplo, concurso público como requisito de ingresso, desde que observados os demais requisitos previstos no artigo 73, § 1º, da Constituição Federal.

DA SOBERANIA POPULAR AO IMPEACHMENT?

*Afonso Soares de Oliveira Sobrinho*¹

O impeachment² se revela politicamente a partir de um sentimento nacional. Nesse diapasão a fonte de legitimidade do processo, portanto, reside no desejo do povo, na soberania popular. *Prima facie* há que se levar em conta a democracia deliberativo-participativa e pluralista que reside na soberania do povo e na participação direta ou representativa, conforme previsão Constitucional do art. 1º, caput da Magna Carta. Assim, atente-se que o poder político exercido pelo povo expressa na força normativa da Constituição estruturante-estruturada pela dialética confere grau forte de legitimidade à norma efetiva estruturada.

O impedimento segue a interpretação sistemática do direito cal-

¹ Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito –FADISP. Pós- Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Advogado. Email: affonsodir@gmail.com. Telefone: (11)99334-9892.

² “[...] segundo seus matizes semânticos, corresponde a: desacreditamento, descredenciamento, despojamento, apeamento etc, e na acp. Jur impedimento, destituição [...]”. (HOUAISS, 2001, p. 1578, grifo do autor).

cada em valores³ e princípios⁴. Do ponto de vista valorativo normativo há que se atentar para o princípio democrático que pela hermenêutica constitucional harmoniza o ordenamento jurídico a partir da regra da proporcionalidade⁵ e razoabilidade⁶.

³ Quanto aos valores *stricto sensu*, em que pese o preâmbulo constitucional mencionar expressamente ‘valores supremos’, considerar-se-ão quase com o mesmo sentido de princípios, com a única diferença de que os últimos, conquanto encarnações de valores e ‘justificadores’ do sistema, têm a forma mais concentrada de diretrizes, que falta àqueles, ao menos em grau ou intensidade”. (FREITAS, 2010, p. 58-60).

⁴ “Por princípios fundamentais entendem-se, por ora, os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) a despeito da aparência de mais genéricos e indeterminados. São linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas. Impõe-se, ainda, esclarecimento do que sejam regras (normas estritas) e valores, diferenciando-se estes e aquelas dos princípios. Esclareça-se, outra vez, que não se opera a distinção apenas pela ‘fundamentalidade’ do princípio, mas a partir do reconhecimento de uma diferença substancial de grau hierárquico (distinção mais de grau hierárquico do que de ‘essência’). A própria Constituição cuida de estabelecer princípios fundamentais (embora de conteúdo não determinado previamente de modo cabal), entre os quais avultando o da dignidade humana e o da inviolabilidade dos direitos à liberdade, à igualdade e à vida (aí abarcando todos os direitos fundamentais de defesa, de participação e os prestacionais positivos). Então, devem as normas estritas ou regras ser entendidas como preceitos menos amplos e axiologicamente inferiores aos princípios. Existem justamente para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais, não para debilitá-los ou deles subtrair a nuclear eficácia direta e imediata. Tais regras, por isso, nunca devem ser aplicadas mecanicamente ou de modo passivo, mesmo porque a compreensão das regras implica, em todos os casos, uma simultânea aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento. (FREITAS, 2010, p. 58-60).

⁵ “Afirmar que a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade significa que a proporcionalidade, com suas três máximas parciais da adequação, da necessidade (mandamento do meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (mandamento do sopesamento propriamente dito), decorre logicamente da natureza dos princípios, ou seja, que a proporcionalidade é dedutível dessa natureza”. (ALEXY, 2011, p. 116-153).

⁶ “Ao produzir normas jurídicas, o Estado atuará em face de circunstâncias concretas, e se destinará a realização de determinados fins a serem, atingidos pelo emprego de dados meios. Assim, são fatores invariavelmente presentes em toda ação relevante para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além disso, hão de se levar em conta os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, precisamente, a adequação de sentido que deve haver entre tais elementos” (BARROSO, 2014, p.281, grifo do autor).

A GESTÃO DEMOCRÁTICA NA REVISÃO DO PLANO DIRETOR SOB A ÓTICA DO CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO

Alcione Maria Ferreira¹

Bianca Mendes Gonçalves²

O Estado Democrático de Direito estabelece que o titular do poder é o povo, que o exerce por meio de seus representantes legais ou diretamente, nos termos da lei. A Carta Magna prevê inúmeros mecanismos de participação popular, como forma de controle social e direcionamento das políticas públicas.

O presente estudo tem por escopo apresentar a importância da participação popular nas decisões políticas, sobretudo quando da elaboração do plano diretor, conforme preceitua a Constituição da República Federativa do Brasil, assim como o Estatuto da Cidade, Lei 10.257/01. Além disso, busca-se demonstrar como deve ocorrer o procedimento de elaboração e revisão dos planos diretores participativos.

Cabe à sociedade civil e, sobretudo, ao Ministério Público, agente de transformação social, a busca pela efetiva participação popular, tendo em vista sua missão constitucional de garantir a ordem jurídica, o regime democrático e a tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

No futuro, salienta Celso Ribeiro Bastos, Uadi Lammêgo Bulos e Kildare Carvalho que a constituição não pode gerar falsas expectativas, só poderá prometer o que for viável cumprir, com consenso democrático e participação popular, fazendo assim a integração espiritual, moral, ética e institucional entre os povos para que prevaleça a dignidade da pessoa humana universalmente dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

Assim, chegamos ao constitucionalismo do futuro, denominado por José Roberto Dromi como “Constituição do por vir”, que se vol-

¹ Advogada. Especialista em direito tributário, direito e processo do trabalho. Pós graduanda em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMPMG, em parceria com a Fundação Mineira de Educação E Cultura - FUMEC.

² Advogada. Especialista em Direito Processual pela PUC Minas de Uberlândia. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

ta a consolidar os direitos humanos de terceira dimensão, incorporando a ideia de Constitucionalismo Social, conclui-se que o futuro do constitucionalismo deve estar influenciado até identificar-se com a verdade, a solidariedade, o consenso, a continuidade, a participação, a integração e a universalidade.

Ainda falta à sociedade brasileira o conhecimento e a consciência do poder que detém a democracia, sendo exercida não só pelo sufrágio, mas também pelo controle da gestão pública, sob pena de romper com o EDD, pois sem qualquer tipo de controle, a Administração torna-se um instrumento eficaz de desmantelamento dos princípios nucleares da Constituição Federal, texto legal responsável pela conservação e orientação do Estado.

Esse viés de controle coaduna o entendimento de que se faz necessária uma cogestão, em que deve a Administração Pública atuar em conjunto com os cidadãos, se expressando por meio de decisões conjuntas.

Nesse sentido, a participação popular na elaboração, implementação e revisão do plano diretor é crucial, pois se traduz no corolário do Estado Democrático de Direito em que a vontade soberana emana do povo e ao violar tal vontade, os gestores públicos que assim o fazem, devem responder por atos de improbidade, além de crime de responsabilidade por negar vigência a norma federal: o Estatuto da Cidade.

Desta feita, a participação da sociedade, garantida em tantos diplomas legais, demonstra que formalmente há legitimação para essa atuação. Contudo, não é o suficiente, pois a realidade se mostra longe do plano ideal, prova disso, são as inúmeras ações para reprimir a violação do princípio participativo no que tange à aprovação ou revisão dos planos diretores. Violação essa ocorrida na maioria dos Estados Brasileiros, mesmo com a previsão de configuração de ato de improbidade e crime de responsabilidade.

O regime democrático veio estampado na Constituição da República em seu artigo 1º, cujo titular é o povo. É curioso perceber que a democracia formal não viabiliza a sua concretude, a qual é objeto de estudo no Constitucionalismo do Futuro, que visa efetivar as políticas públicas positivadas na Carta Política Brasileira, bem como consagrar a democracia solidária e verdadeira.

A RELEVÂNCIA NO ESTUDO DE PARÂMETROS NA APLICABILIDADE DE PRECEDENTES JUDICIAIS E A SEGURANÇA JURÍDICA

Allan Carlos da Silva Marques¹

Hodiernamente, verifica-se uma tendência de adoção do precedente na atividade do Supremo Tribunal Federal (STF), a fim de se construir a coerência da Corte e propiciar celeridade. Traçando um paralelo com a experiência norte-americana, as problemáticas brasileiras ficam evidentes. Nos Estados Unidos são adotados critérios para definir o precedente, o qual não se resume à questão de fato, enquanto no Brasil a substancialidade do caso é tida como vinculante. Dessa forma, nota-se uma desvalorização do sistema de precedentes no Poder Judiciário, cuja estrutura mecânica se assemelha a uma linha de produção em massa de sentenças, problemática que é agravada quando da resolução do mérito, uma vez que há um alto grau opinativo-interpretativo.

Partindo da premissa de que a prestação jurisdicional corresponde a um dever do Estado, o legislador aprovou a Emenda Constitucional 45/2004, que trouxe o efeito vinculante do precedente judicial. Esse mecanismo visava dar celeridade ao Poder Judiciário e estimular a construção de um princípio de segurança jurídica. Analisando de forma pragmática, o efeito vinculante cumpre sua proposta se forem observadas as peculiaridades do caso concreto, todavia, a elevada possibilidade de recursos e os anseios do jurisdicionado por uma segunda opinião que satisfaça sua pretensão acabam agravando a morosidade judiciária, pelo acúmulo de casos que chegam ao STF. A busca desmesurada da “*second opinion*” conduz à construção de precedentes baseados em vontades particulares.

Em comparação com a Suprema Corte norte-americana, é possível observar dificuldade em estabelecer uma homogeneização que asseste de maneira eficaz a criação de um princípio de segurança jurídica no Supremo Tribunal Federal, pois observa-se que as características

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro (FND/UFRJ); pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI); Brasil; E-mail: allancsмарques@gmail.com

fáticas são relegadas a um plano secundário ocasionando o fenômeno da analogia de matéria de fato para a solução da lide, dessa forma, a atividade jurisdicional do STF não contribui para a construção de um princípio de Segurança Jurídica na medida em que a utilização indevida de precedentes compromete a coerência da Corte. Outrossim, a problemática dos precedentes é potencializada pela dimensão opinativo-interpretativa da atividade jurisdicional brasileira e as profundas influências subjetivas da personalidade do magistrado.

Logo, é possível inferir que a dificuldade de construção de precedentes no STF decorre também do processo decisório da corte, visto que a extração de uma única *"ratio decidendi"* inviabiliza-se, sobretudo, pela ausência de diálogo entre os ministros, de forma que consolide o entendimento da corte. Tendo em vista os argumentos apresentados, tem-se como objeto a utilização de precedentes na atividade na Suprema Corte brasileira e norte-americana e, como hipótese, que o fenômeno da analogia de matéria de fato e as influências subjetivas da personalidade do magistrado dificultam na construção coerente de precedentes, pois estes acabam não se baseando em parâmetros constitucionais, mas em aspectos subjetivos, confluindo na inviabilidade em construir um Princípio de Segurança Jurídica no STF.

O objetivo geral desta pesquisa é identificar quais parâmetros são utilizados pelos magistrados brasileiros e norte-americanos para a utilização de precedentes, e se esses parâmetros são suficientes para construir um princípio de segurança jurídica no STF. São objetivos específicos: (I) Verificar se há homogeneidade no conceito de precedente e (II) Identificar e classificar as divergências comportamentais quanto a aplicação de precedentes pelas Supremas Cortes brasileira e norte-americana. Como marco teórico, o estudo assenta sua investigação na Teoria Institucional, sobretudo nas perspectivas de Robert Alexy e Adrian Vermeule no que tange ao estudo de precedentes. Metodologicamente, observam-se critérios e parâmetros analíticos, utilizando-se do método hipotético-dedutivo; Temporalmente, a partir da entrada em vigor do novo código de processo civil; Espacialmente em plano Federal e internacional; Materialmente a partir do levantamento de dados que auxiliem na análise do comportamento judicial na utilização dos precedentes.

UMA REFLEXÃO SOBRE AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS A PARTIR DO TRIBUNATO DELLA PLEBE

Amanda Cataldo de Souza Tilio dos Santos

Diante de um modelo de democracia representativa deficitário, o presente trabalho recorre aos tribunos do povo romano e à concepção de poder negativo desenvolvida a partir do entendimento de Rousseau sobre o *droit négatif*, com o objetivo de expor as alternativas ao paradigma político liberal, ancorado na democracia representativa e na teoria da separação dos poderes.

Através da concepção maquiaveliana sobre os *tribunati della plebe*, convida-se o leitor a pensar sobre novos modelos institucionais que promovam a potencialidade dos cidadãos na arena política.

Inicialmente será realizado um breve relato histórico sobre o surgimento e o funcionamento dos tribunos da plebe romana, considerando os comentários de Machiavelli quanto a importância da institucionalização da potência dos plebeus e do dissenso político para a estabilidade e liberdade do povo romano. Além disso, a partir da concepção de *tribunat* e de *droit négatif* de Rousseau será verificado o aspecto negativo da soberania popular em Bonfanti. E, finalmente, a categorização efetuada por Catalano em relação ao poder negativo direto e o poder negativo indireto.

Em um segundo momento, realizam-se comentários quanto à consolidação do Estado liberal burguês, desenhado com base na doutrina da separação dos poderes de Montesquieu e no modelo de democracia representativa. Através de uma concepção anti-maquiaveliana, primou-se por um mecanismo de freios e contrapesos com vistas à contenção das paixões humanas. O exercício do poder negativo indireto nos moldes tribunícios foi rejeitado pelo projeto liberal, ao passo que o poder negativo direto dos cidadãos passou a ser limitado ao disposto por lei ou pela interpretação dos tribunais.

Por conseguinte, serão expostos os déficits democráticos do atual sistema representativo. Através do entendimento de diversos autores, pode-se inferir que a democracia representativa tem fomentado uma cidadania passiva e uma apatia política por parte do cidadão comum. A participação popular no processo político é adstrita ao mo-

mento do voto, que legitima o poder de uma classe política distanciada do eleitor ordinário.

Por outro lado, serão discutidos os mecanismos de participação popular previstos no ordenamento jurídico brasileiro - o plebiscito, o referendo, a iniciativa popular e o ajuizamento da ação popular -, ressaltando que institutos que assegurariam o exercício efetivo do poder negativo, tais como o *recall* e o veto popular não foram aprovados pela Constituinte de 1988.

Por fim, conclui-se que o verdadeiro exercício do poder democrático pressuporia a existência de instituições e espaços públicos nos quais a vontade do povo pudesse se manifestar, onde a verdadeira soberania popular fosse verificada. Neste sentido, o modelo tribunicio seria de grande valia para a reflexão acerca da potencialidade do cidadão ordinário e uma alternativa às instituições que funcionam com base no “falso” consenso liberal legitimado pelo sufrágio.

O modelo atual de representação política não vem amparado por um efetivo exercício da cidadania. Mesmo os mecanismos adotados de participação popular pelo ordenamento jurídico brasileiro não têm assegurado o amplo debate público sobre questões essenciais à democracia e, desse modo, não tem contribuído como uma efetiva “escola da cidadania”, conforme concebido por Benevides.

Como alternativa ao modelo de democracia representativa deficitário, Catalano rememora o modelo democrático do pacto social, da soberania do povo, da liberdade dos cidadãos efetivada através da participação no poder, dos direitos negativos de resistência à opressão e do *tribunat* idealizado por Rousseau. Como Shapiro, abre caminho para se repensar o dissenso de Machiavelli como originador de boas leis em detrimento do “falso consenso” liberal. Tem-se, portanto, a necessidade de uma arena onde possa ocorrer a luta de classes nos moldes do Estado capitalista.

Diante da falta de formas institucionais efetivas por meio das quais o povo pudesse expressar sua vontade genuína através do dissenso, da discussão, tendo o poder de defender seus interesses diretamente, muitos autores passaram a rememorar os tribunos que tornaram a República romana mais perfeita, segundo Machiavelli. Sob a ótica maquiaveliana, Roma objetivou em suas instituições acolher a imperfeição e a contingência, ao invés de negá-las; e, assim, os tumultos entre os nobres e a plebe foram a causa da liberdade romana.

A criação do *tribunato* ocorreu após a revolta popular em re-

lação ao poder do patriciado, culminando em um Estado popular em que a autoridade não estava dada nem a poucos poderosos nem a um só. Nesse sentido, os tribunos contribuíram para que a estabilidade entre os poderes da época. Após a criação dos tribunos, gradativamente, vários direitos foram concebidos ao povo, tais como a possibilidade de casamentos entre plebeus e patrícios, o fim da escravidão por dívidas, etc. Reconhece-se assim direitos conquistados pelo povo através de sua própria ação, sua própria defesa, e não outorgados pelo Estado aos “eleitores clientes”. Eis a verdadeiro exercício do poder democrático pela plebe, consciente de sua potência e não ofuscada pelas assimetrias de poder refletidas no plano institucional do Estado liberal.

LIBERALISMO, REPUBLICANISMO E DEMOCRACIA NO MARCO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ana Tereza Duarte Lima de Barros¹

José Mario Wanderley Gomes Neto²

O novo constitucionalismo latino-americano busca romper com o constitucionalismo liberal e construir um Estado que reconheça que a sociedade latino-americana não é homogênea, mas plural, dando voz a grupos antes excluídos do processo político, como os povos indígenas. É enorme a gama de novos direitos incorporados por ditas constituições. Dentre eles, destaco a ampla proteção das minorias étnicas e grupos originários.

A incorporação de tantos direitos ao texto constitucional aparenta aprofundar a democracia, contudo, será que ditos países respeitam, de fatos, todos esses direitos? É possível que haja democracia sem que se respeitem os direitos promovidos pela tradição liberal?

Segundo O'Donnell e Schmitter (1986, p. 21), liberalização é

¹ Mestranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Bolsista de Mestrado do CNPq. Brasil. E-mail: anaterazadlb@gmail.com.

² Doutor em Ciência Política e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Brasil. E-mail: josemwigomes@gmail.com.

o processo que amplia e redefine os direitos. Essas garantias clássicas da tradição liberal “protegem indivíduos e grupos sociais ante os atos arbitrários ou ilegais cometidos pelo Estado ou por terceiros”. Se não se garantem esses direitos, a democracia se transforma em um mero formalismo. Na Venezuela, garantem-se eleições livres, mas existem pressões, há impedimentos à livre concorrência, **os juízes são parciais**, não se garante o devido processo legal (o *habeas corpus*, por exemplo, é concedido de modo arbitrário), além de perseguirem os meios de comunicação, assim como no Equador.

O reconhecimento do pluralismo existente na sociedade latino-americana, dotando as minorias étnicas e os povos originários de direitos não antes reconhecidos, foi o carro chefe e o grande triunfo dessas novas constituições latino-americanas. Contudo, sem um Estado que proteja os direitos tradicionalmente promovidos pelo liberalismo (que são formalmente assegurados pelas referidas constituições), especialmente os direitos individuais, não há democracia.

Tanto a Venezuela, quanto a Bolívia, como o Equador adotam a forma republicana. No entanto, não nos moldes formais. Um modelo que mistura a clássica representação com mecanismos da democracia direta e participativa. Assim, a democracia representativa restou parcialmente anulada (JARAMILLO, 2013, p. 31). Instrumentalizaram uma democracia inclusiva, menos formal, mais substantiva, sem, contudo, descartar a democracia representativa (ORIO, 2013, p. 37).

Defendem uma república que inclui formas democráticas direta e participativa, dada a falência do sistema representativo. Dentre os principais instrumentos da democracia direta encontrados nessas constituições podemos citar a eleição para cargos públicos, referendo, consulta popular, revocatória de mandato, iniciativas legislativa, constitucional e constituinte, o cabildo e a assembleia de cidadãos e cidadãs, entre outros (ORIO, 2013, p. 48).

Acerca da inclusão de mecanismos da democracia direta nos novos textos, cabe fazermos uma indagação: essa participação política ativa é compatível com o hiperpresidencialismo que as novas constituições, além de manter, reforçaram? É verdade que ditas constituições buscaram criar mecanismos para avançar na proteção de direitos individuais e de coletividades, porém, não há como negar que o “motor” de ditas reformas constitucionais foi a reeleição presidencial (GARGARELLA, 2008, p. 94-95).

Um dos principais mecanismos desenvolvidos pelo liberalismo foi justamente o sistema de freios e contrapesos, para que os poderes

pudessem controlar-se mutuamente (OLIVEIRA *et al*, 2013, p. 201). O que acontece é que essas novas constituições dotaram os presidentes de amplas faculdades legislativas, dentre as quais destaco a possibilidade de ser ele quem convoca a cidadania para referendos, o que mitiga, em parte, a capacidade do Legislativo de fazer contrapeso ao Executivo. Dessa forma, podem os presidentes terem a sua vontade satisfeita sem passar pelo crivo do Legislativo. Como exemplo, cito o caso venezuelano em que o então presidente Hugo Chávez conseguiu que fosse aprovada a reeleição por tempo indeterminado, através de referendo convocado por ele.

Se um país que adota a forma de governo republicana aprovou a reeleição por tempo indefinido, resta-me perguntar: o que é uma República? Segundo o dicionário, seria a “forma de governo em que o povo exerce a sua soberania por intermédio dos seus delegados e representantes e por tempo fixo” (MICHAELIS, 2009). Então, como é possível que, em uma república, o presidente possa se reeleger indefinidamente? É isso o que aconteceu na Venezuela, tendo todo o processo ocorrido conforme os mecanismos previstos em sua constituição, fruto da corrente constitucional “novo constitucionalismo latino-americano”.

O novo constitucionalismo latino-americano propõe estabelecer uma democracia não apenas procedimental, mas substantiva. Para os criadores da terminologia, Viciano Pastor e Martínez Dalmau (2011, p. 322/326), o principal aporte de dita corrente constitucional seria resolver o problema da fraca relação entre poder constituinte e poder constituído. Para isso, mecanismos da democracia participativa garantiriam um “complemento na legitimidade e um avanço na democracia”. Reconhecem que o papel dos partidos políticos fica limitado “pela ação direta do povo” e que este novo modelo de constitucionalismo consegue superar a tradicional divisão de poderes.

Contudo, ainda que ditos regimes sejam participativos, não se pode dizer que são democracias participativas, pois, como dito por Mainwaring (2012, p. 195), para ser uma democracia participativa é necessário, primeiramente, ser uma democracia. Os supracitados países são exemplos de semidemocracias, sendo a Venezuela, mais especificamente, um caso de autoritarismo competitivo.

NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO:

AVANÇOS E LIMITAÇÕES

André Carias de Araujo¹

Guilherme Ozório Santander Francisco²

De início, convém esclarecer que existem diversas concepções a respeito do constitucionalismo desenvolvido nos últimos anos na América Latina, com enfoques e perspectivas ideológicas distintas, não se podendo reunir em uma única definição os contornos sobre o tema. Consignada tal circunstância, objetiva-se definir alguns parâmetros de convergência acerca do novo constitucionalismo que vem se edificando nas últimas décadas no continente.

Dentre os inúmeros estudos desenvolvidos a respeito do constitucionalismo hodierno da América Latina, ganha destaque a análise elaborada por Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau³, precursores da sistematização dos avanços normativos da teoria da constituição nos países da América Latina.

Um dos aspectos fundamentais que diferencia a formação do velho constitucionalismo da América Latina em relação à nova vertente surgida nas últimas décadas reside no processo constituinte. Nesse viés, esclarecem que, enquanto o primeiro processo se desenvolvia a partir de um acordo de elites e na defesa de interesses comuns, o segundo processo se desenvolve a partir da participação popular, permeada por tensões entre grupos distintos. As constituições são elaboradas por assembleias constituintes participativas e posteriormente aprovadas

¹ Mestrando em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná e Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná, Brasil, andrecarias@hotmail.com.

² Membro e Pesquisador do Núcleo “Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas”, e Pesquisador do projeto “Refúgio, Migrações & Hospitalidade” do Núcleo “Direitos Humanos & Desenvolvimento”, ambos vinculados ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

³ Os autores, juristas da Universidade de Valencia, participaram como assessores constituintes dos processos de elaboração das Constituições do Equador, Bolívia e Venezuela.

por referendo popular.

Apesar dos distintos enfoques adotados pelos inúmeros autores que analisam a temática do novo constitucionalismo latino-americano, pode-se estabelecer como traço peculiar, presente em diversas Constituições da América Latina elaboradas dentro desse contexto, a positivação dos ideários das comunidades indígenas, como os direitos da *Pachamama* (Mãe Terra) e o *Sumak Kawsay* (Bem-viver) – representado principalmente nas Constituições do Equador e da Bolívia –, como contraponto a concepções totalizantes e monoculturais do direito.

Além disso, como visto, a influência dos movimentos sociais e a participação popular tiveram destaque na formação dos processos constituintes democráticos e participativos na América Latina, circunstância que redundou na elaboração de Constituições permeadas por amplo rol de direitos sociais, indígenas e com a previsão de intervenção do Estado na economia, com o propósito de mitigar as desigualdades sociais.

Nesse contexto, o novo constitucionalismo latino-americano deu origem a Constituições permeadas de canais institucionais destinados a recepcionar o pluralismo existente na sociedade. Podem ser incluídas nesse viés as Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009), cujas estruturas ultrapassam as raízes do constitucionalismo tradicional, de matriz europeia e elitista, que perdurou por mais de dois séculos na América Latina, abandonando, assim, a tradição política de exclusão da participação popular do processo político-constitucional. Alguns autores defendem que essas três Constituições compõem o fundamento do novo constitucionalismo latino-americano⁴, na medida em que positivam os seus principais valores: pluralidade, inclusão, participação e maior legitimidade da Constituição e da ordem jurídica.

Saliente-se que a despeito dos diversos avanços advindos com o novo constitucionalismo latino-americano, este não se encontra isento de críticas e limitações. Com efeito, Roberto Gargarella, ao examinar as derradeiras Constituições elaboradas na Venezuela, Equador e Bolívia, observa que os respectivos textos constitucionais foram fecundos quanto à previsão de direitos sociais, culturais e indígenas. Entretanto,

⁴ DALMAU, Rubén Martínez. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008. In: *Alter Justitia: Estudos sobre Teoria y Justicia Constitucional*. “Nueva Constitución Política: régimen del buen vivir e poder ciudadano”. a.2, n. 1, Universidad de Guayaquil, Ecuador, 2008, p. 17-28.

ao tratar da seara do poder propriamente dito, o Professor argentino reconhece a limitação de seu alcance, na medida em que conserva as estruturas tradicionais edificadas com base em um projeto político liberal e conservador, reconhecido historicamente por estrangular os direitos contemplados nas constituições.⁵

Assim, segundo Gargarella, o novo constitucionalismo latino-americano deve ser analisado sob uma perspectiva crítica, uma vez que possui inúmeros atrativos, mas também algumas limitações. Quando se pensa em reformas constitucionais deve-se refletir como as velhas estruturas de poder vão influenciar os novos direitos que surgem. O novo constitucionalismo latino-americano é muito similar ao constitucionalismo tradicional no que pertine à estrutura de poder. Conclui, em razão disso, que as reformas constitucionais ocorridas nas últimas décadas na América Latina acarretaram contribuições ainda modestas para um constitucionalismo de caráter igualitário, democrático e justo, recorrentemente impregnado por influências prescindíveis de institutos europeus ou por objetivos de curto prazo.⁶

⁵ GARGARELLA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. CEPAL, Santiago de Chile, nov./2009, p. 10-11.

⁶ GARGARELLA, Roberto. El constitucionalismo latinoamericano y la “sala de maquinas” de la Constitución (1980-2010). Gaceta Constitucional, n. 48, 2011, p. 292. Disponível em: <http://www.gacetaconstitucional.com.pe/sumario-cons/doc-sum/GC%2048%20Roberto%20GARGARELLA.pdf>. Acesso em: 12 de jul. 2015.

ANÁLISE CRÍTICA DO ATIVISMO JUDICIAL NO CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO, A PARTIR DO DESMEMBRAMENTO HISTÓRICO DO PROCESSO DO *WELFARE STATE* ATRÓFICO

*Arthur Bastos Rodrigues*¹

O corte temporal do artigo trabalha com o desenrolar do capitalismo de “via-colonial” (Chasin, 1978) brasileiro tendo como pano de fundo o estado de bem estar social tupiniquim, ambos atroficos, *este* é um dos *modus operandi daquele*, que pode ser localizado tanto no período pós-crise de 1929, com a implantação do sistema do Estado Novo (1930), quanto no seu momento de consolidação durante a ditadura militar pós-golpe de 1964, representando umas das contradições da implementação deste regime atrofico no Brasil: bonapartista, em que os direitos políticos - democráticos - são desfigurados em prol de políticas sociais que não alcançam a raiz da desigualdade. Além destes dois momentos históricos é possível identificar também este regime no período mais recente, desde 1995, principalmente, até 2013. Entretanto, neste período contemporâneo, com a constituição de 1988 e o protagonismo em última instância da suprema corte constitucional, há um elemento diferenciador que é o protagonismo do Estado-judiciário na recorrente judicialização da política e das relações sociais. Ou seja, vê-se um centralismo do Estado (de bem estar social e judicialização da política) em que se conjugariam duas formas de direcionar a sua atuação funcional, de um lado a garantia de “oficialidade” (Sartori, 2015) do poder judiciário e de outro a “capacidade regulamentar” do poder legislativo. O artigo se propõe a fazer uma análise crítica do protagonismo do poder judiciário nesta democracia constitucional aliado concomitante a uma atividade do executivo voltada a políticas sociais de um estado de bem - mal – estar social.

Na formação do capitalismo brasileiro, o Estado se transformou em um poderoso centro de dinamização das forças produtivas e relações de produção, desempenhando “funções complementares e inova-

¹ Arthur Bastos Rodrigues, bacharel em direito pela UFJF, mestrando e bolsista no curso de Direitos Humanos e Inovação pela UFJF, Brasil, arthurbr_1@hotmail.com

doras em praticamente todos os setores da economia nacional” (Ianni, 1989). Esta centralidade do Estado na sociedade brasileira se deu, entretanto, sem que este protagonismo tenha sido consequência histórica de rupturas nas relações de poder, com ampla participação popular. O Estado se efetivou, a partir do despertar do século XX, como o grande gestor do capitalismo atrofico brasileiro².

Hoje, revendo o otimismo inicial da promulgação de uma constituição prolixa, como resposta a um regime bonapartista, de direitos sociais e garantias democráticas amplas, num progresso social *na lei* – e, hoje, na *corte* – apenas, percebe-se, numa análise aérea da atuação do Estado brasileiro no século XX que deságua por agora, que a atrofia da objetivação do capitalismo brasileiro implica também em regimes estatais atroficos, como o *welfare state* e a judicialização da política/sociedade. Assim, o Estado brasileiro reafirma-se como o grande gestor do capital num protagonismo estatal ora do Estado-político, ora do Estado-judiciário.

Durante o período militar, houve a consolidação de um “estado de bem estar social burocrático” (Grin, 2013), pois ao não aceitar que haja conflitos políticos para gerar algum consenso social, ampliou se a centralização burocrática. Vê se a “política representativa” substituída pela “política burocrática” e com o fim do regime bonapartista, a atuação do judiciário não se esquivou da burocracia estabelecida, daí dizer-se que seguem ambos numa atrofia no sentido de progresso.

A crítica ao ativismo judicial no advento do constitucionalismo democrático brasileiro mostra se latente em alguns sintomas concretos da contemporaneidade tupiniquim: a. sentimento popular de paternalismo, num moralismo tecnicista, com figuras como juízes, promotores e ministros das cortes; b. altos salários e benefícios auto concedidos pelos membros do judiciário; c. judicialização dos conflitos ideológicos partidários e eleitorais na justiça, num “3º turno judicial” d. decisões maximalistas do STF representando mudanças apenas simbólicas, pois dependentes de normas regulamentadoras produzidas no congresso, no sentido de que as críticas ao ativismo

² A atrofia, advinda da história colonial escravista e da ausência de rupturas “por baixo”, segue na linha da dupla dependência da classe burguesa brasileira: dependente do Estado e dependente do capital estrangeiro. A teoria da “via-colonial” de José Chasin (1978) aliada à historiografia de Caio Prado Júnior, dentre outros, contemplam as particularidades históricas dessa objetivação.

judicial na relação entre “supremacia da Constituição” e “supremacia judicial” só podem ser aferidas no aporte constitucional quando é possível delinear os contornos do processo legislativo (Bustamante, 2015). As decisões, apesar da ‘oficialidade’, não representam progresso mesmo parcial, pois o judiciário é ineficaz em suprir todas as competências do legislativo. No atual cenário brasileiro, o que se vê, é uma maioria de congressistas corruptos e entregues aos “patrocinadores” das campanhas incapazes de dar fluxo a normas regulamentadoras. A democracia real é dependente de um processo constante de socialização dos meios de produção, até que se chegue ao ponto da classe trabalhadora estar representada por ela mesma no congresso.

AS DECISÕES INSTITUCIONAIS E A SUA ESTABILIDADE

Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha¹

Wanny Cristina Ferreira Fernandes²

Tem-se proclamado que a ordem constitucional, estabelecida após 1988, promove um cenário de profunda estabilidade institucional até então nunca vivenciado no Estado brasileiro. No entanto, o parâmetro para aferir a estabilidade institucional não parece claramente definido. Sendo que, ainda, se percebe que o parâmetro básico utilizado pelos juristas e analistas da estabilidade institucional está fundado em uma perspectiva simplesmente normativa, isto é, de cumprimento das normas constitucionais.

Todavia, considerar a Constituição, em seu arcabouço normativo, como único parâmetro para aferição da estabilidade institucional identificada em dado Estado, implica um endosso à afirmação de que a atuação institucional brasileira é, por diversos aspectos, incongruente. Verifica-se, pois, em concreto, no cenário brasileiro, uma atuação institucional diferente do desenho constitucional.

¹ Professor Doutor da Faculdade Nacional de Direito e da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil, E-mail: bolonhacarlos@gmail.com.

² Graduada em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil, E-mail: wanny.fernandes@gmail.com

Pode-se enxergar tais situações de incongruência quando visualizamos o que ocorre na (i) controvérsia acerca da exegese do artigo 52, X, da Constituição Federal³; (ii) na edição de Propostas de Emendas a Constituição com intuito de controlar certos poderes constitucionais⁴; e (iii) na edição de Medidas Provisórias.

Nessa medida, não se pode contar com a primária perspectiva de adequação normativa para aferir a estabilidade de um Estado. Em geral, os trabalhos que versam sobre estabilidade institucional recorrem a definições controversas e insuficientes ou à plena compreensão do objeto. Tendo em vista a dificuldade enfrentada, quanto à definição de estabilidade institucional e caracterização dos seus parâmetros de eficácia, o presente trabalho propõe-se, pois, a analisar (i) o conceito e (ii) os níveis da estabilidade institucional.

A análise, ora, empreendida acerca do conceito e dos níveis da estabilidade institucional parte de uma demarcação teórica institucionalista, sobretudo dos conceitos de (i) capacidades institucionais e de (ii) efeitos sistêmicos.⁵

A teoria institucionalista apresenta a perspectiva de que a atu-

³ Em tal discussão destaca-se a conclusão e decisão dos ministros que demonstram a compreensão da corte; “para o ministro Eros Grau, que, em voto-vista, acompanhou o ministro Rel. Gilmar Mendes, o sentido normativo do art. 52, X, seria este: passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, a outro texto: compete privativamente ao Senado Federal dar publicidade à suspensão da execução [...]” STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *A Nova Perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o Controle Difuso: Mutação constitucional e Limites da Legitimidade da Jurisdição Constitucional*. Revista Argumenta, v. 7, n. 7, p. 45-68, 2007

⁴ A principal referencia desse exemplo diz respeito a PEC nº 33/2011 – autoria do Deputado Nazareno Fonteles - PT/PI, possui o objetivo, como descreve sua ementa, de alterar a quantidade mínima de votos de membros de tribunais para declaração de inconstitucionalidade de leis; de condicionar o efeito vinculante de súmulas aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal à aprovação pelo Poder Legislativo e submete ao Congresso Nacional a decisão sobre a inconstitucionalidade de Emendas à Constituição.

⁵ A presente pesquisa destaca o trabalho desenvolvido por Adrian Vermeule e Cass Sunstein em que se verifica a construção de duas premissas que norteiam a compreensão da teoria institucional, são elas as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos. Como revelam: “The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts? [...] Its consequences for private and public actors of various sorts.” SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. —Interpretation and Institutions II. Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series, No. 28, 2002.

ação institucional já não se encontra limitada severamente pela norma, mas possui determinadas capacidades de interpretar e atuar discricionariamente. Tais premissas apontam para a existência prática de uma certa liberdade de interpretação e comportamento que as instituições parecem possuir em determinadas situações.

Sendo assim, analisar o conceito de estabilidade institucional requer, primeiramente, a consideração dos conceitos de capacidades institucionais e efeitos sistêmicos. Tais conceitos auxiliam a compreensão da realidade institucional, pois são as instituições, em suas atuações promotoras de efeitos sistêmicos, que conduzem a ordem estatal à estabilidade ou à instabilidade.

Temos portanto que: *a estabilidade institucional não pode ser compreendida a partir de um único parâmetro (Constituição), sendo que a compreensão apurada do cenário institucional revela-se, como exposto pela teoria institucional, por meio da análise das capacidades e dos efeitos sistêmicos próprios as instituições que o compõem.*

A pesquisa foi conduzida com base no método hipotético-dutivo, determinando como critério de análise a atuação institucional em instância federal, mais precisamente dos órgãos de cúpula do ordenamento nacional.

COTAS REGIONAIS, FEDERALISMO E JUSTIÇA DISTRIBUTIVA

*Christina Vilaça Brina
Igor de Carvalho Enríquez¹*

Após o Supremo Tribunal Federal ter se manifestado pela constitucionalidade da política de cotas², esse tipo de políticas públicas teve grande expansão, embora ainda existam controvérsias sobre o tema. Nesse sentido, diversas leis federais e estaduais reservam vagas

¹ Christina Vilaça Brina – Mestranda em Direito pela UFMG, Brasil, Christinavbrina@gmail.com

Igor de Carvalho Enríquez – Doutorando em Direito pela UFMG, Brasil, igor_enriquez@hotmail.com

² RE 597285 e ADPF 186

a grupos étnicos e segmentos sociais, historicamente discriminados no Brasil. Recentemente foi editada a Lei n., de 29 de agosto de 2012, que reservou 50% das vagas em universidades e escolas técnicas federais para negros, pardos e índios, metade das quais destinadas aos egressos de famílias com renda mensal inferior a 1,5 salários mínimos mensais.

Dentro dessa dinâmica tem-se notado, também, uma tendência de aumento das denominadas cotas regionais, ou seja, bônus para indivíduos originários ou que estudaram em escolas de determinadas regiões do país. Isso ocorre principalmente por causa do Sistema de Seleção Unificada (Sisu) do Ministério da Educação que permite o aproveitamento de um único exame para o a aprovação em universidades federais que aceitarem participar do sistema de seleção. Apesar desse novo formato ter aumentado a mobilidade de estudantes pelos estados brasileiros, bem como tornado mais acessível a jovens brasileiros uma gama maior de possibilidades de instituições federais de ensino superior, surgem com ele diversos problemas. Além de reforçarem as desigualdades regionais, já que estudantes de estados onde os níveis educacionais são mais avançados passam a ter vantagem considerável na disputa pela mesma vaga, muitos estudantes, depois de assegurar a vaga, conseguem transferência para outros estados e aumentam a defasagem em universidades do Norte e do Nordeste, principalmente em cursos mais concorridos, como medicina.

A situação de algumas universidades, como a Universidade Federal do Vale do São Francisco (Univasf), onde mais de 70% dos candidatos aprovados neste ano vinham de outras unidades do Brasil, demonstra a complexidade da questão, já que se de um lado a Constituição Federal, em seu artigo [3º](#) elenca como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil os incisos I e IV respectivamente “construir uma sociedade livre, justa e solidária”; e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer”; por outro lado, seu incisos II e III estabelecem como deveres “garantir o desenvolvimento nacional” “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais outras formas de discriminação”.

Ademais, um bônus, como o adotado pela Universidade Federal do Pará (UFPA) para alunos da Região Norte pode acabar “inflando” a nota de corte da maioria de seus, fazendo com que a instituição ficasse com 11 das maiores notas de corte do país e causando impactos na própria noção de federalismo e justiça distributiva em âmbito nacional. Se por um lado o objetivo do bônus da UFPA foi favorecer que

os estudantes locais concorressem de igual para igual com candidatos de outras regiões do Brasil e evitar, assim, que a maior parte das vagas fosse preenchida por “forasteiros”, de outro, recursos de toda a coletividade são usados direcionados por reservas de mercado e prejudicam a isonomia dos certames.

O Ministério da Educação diz que as instituições têm autonomia para decidir internamente quais políticas de ação afirmativa aplicarão em seus vestibulares ou em sua participação no SisU. Atualmente, a única obrigação legal válida para todas as universidades federais é cumprir a porcentagem mínima de cotas estabelecida pela lei de agosto de 2012. Leis estaduais também podem influenciar nas ações afirmativas locais. Dessa forma, as ações afirmativas precisam ser pautadas por lei, mas não existe um limite formal preestabelecido. Assim, faz-se necessário discutir como as cotas regionais impactam as noções de federalismo e de justiça distributiva aplicáveis ao contexto brasileiro.

LEGALIDADE E LEGITIMIDADE

WEBER ENTRE KIRCHHEIMER E SCHMIT

Douglas Carvalho Ribeiro¹

Todo poder e toda forma de diferenciação entre os homens aspira uma justificação auto referenciada - uma razão de ser para além da mera facticidade. “A fortuna [*das Glück*]”, diz Max Weber, “quer ser legítima²” e em qualquer situação envolvendo um contraste entre as condições de vida dos homens, por mais aleatório que seja o critério que determina tal diferença, emergirá uma necessidade de justificação de tal situação como legítima e merecida por parte daquele que se encontra em posição mais avantajada. Todo agrupamento humano onde exista uma diferença das condições de acesso aos bens tidos como valiosos – honra, poder, propriedade, consumo etc. - deve lidar, nesse sen-

¹ Mestrando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Contato: douglascarvalho-ribeiro@gmail.com.

² WEBER, Max. Die Wirtschaftsethik der Weltreligionen in _____. Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie, Tübingen: J. C. B. Mohr, 1986. Band 1, p. 242.

tido, com o problema da justificação do respectivo quadro distributivo. A fim de analisar o fenómeno da legitimação de uma ordem e valendo-se das orientações fundamentais de sua sociologia compreensiva, Max Weber descreverá três tipos puros de dominação legítima: legal, tradicional e carismática³.

O objetivo do presente trabalho é analisar no âmbito do pensamento weberiano a forma legal de dominação legítima, distinguindo os principais elementos que a caracterizam, para, posteriormente, debater a recepção imediata desta parte da teoria do sociólogo alemão, especificamente na querela “Legalidade *versus* Legitimidade” travada entre os juristas Carl Schmitt e Otto Kirchheimer no início dos anos 30. A análise de tal debate se mostra importante, pois ambos esboçaram seus diagnósticos e prognósticos relacionados à crise final da República de Weimar nos termos da sociologia da dominação weberiana - seja por meio da crítica da ideia de legitimidade unicamente pelo procedimento (Schmitt), ou pela ausência de neutralidade valorativa por parte do aparato burocrático (Kirchheimer).

A análise se dividirá em duas partes. Em um primeiro momento, serão analisados os escritos weberianos referentes à sociologia da dominação (*Herrschaftssoziologie*), a fim de destacar as características da dominação legal em detrimento das formas de dominação carismática e tradicional. Dois textos podem ser destacados: “A economia ética das religiões mundiais” e a obra *Economia e Sociedade*, especificamente os capítulos “Conceitos sociológicos fundamentais” e “Sociologia da dominação”.

Em seguida, o foco investigativo residirá na recepção da teoria weberiana no debate jurídico-político entre Carl Schmitt e Otto Kirchheimer. No que diz respeito ao primeiro, pode-se dizer que seu argumento consiste na afirmação de uma contradição interna no seio da Constituição de Weimar: se por um lado a primeira parte da Constituição estabelecia um sistema que orbitava em torno do Parlamento e é neutro em relação ao produto da atividade legiferante, por outro o texto constitucional elenca em sua segunda parte uma série de direitos e obrigações dos cidadãos alemães, que, em última instância, se baseavam em valores a serem defendidos pelo órgão estatal. O autor chega a afirmar que, dada tamanha contradição no interior do texto constituição, a parte “Direitos e obrigações fundamentais dos alemães” repre-

³ WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. México: Fondo de Cultura. Económica, 2002, p. 706-716.

sentaria uma “contraconstituição”⁴ e que a tensão entre estas era a fonte primordial das tensões políticas no território alemão. A solução esboçada por Schmitt consiste na afirmação da segunda parte da Constituição em detrimento das normas organizativas do sistema legiferante, de modo que o ancoramento legitimatório dessa “nova” Constituição seria o presidente do Reich, enquanto fonte de carisma e de autoridade oriunda de uma era pré-democrática⁵.

Já Kirchheimer, contrapondo-se ao argumento schmittiano, assevera que a contraposição vista por Schmitt tem um caráter metodológico que reside, em última análise, na confusão entre ideais normativos políticos (*Sollensideen*) e a prática institucional a partir de tais ideais – o que Kirchheimer chamará de um “elemento conceitual realista” da teoria de Schmitt. A causa primordial da crise do sistema constitucional da República de Weimar não seria a contraposição entre as duas partes, mas a existência de diversas práticas autoritárias, tanto sob o argumento de uma suposta materialização da ideia de “totalidade do povo”⁷, como expresso pela utilização extensiva do chamado *Notverordnungsrecht* por parte do gabinete presidencial, quanto pela judicialização da luta política, exemplificada pelo julgamento de questões envolvendo a ruptura de convenções coletivas (*Tarifvertrag*) causada por trabalhadores a partir da adoção de medidas consideradas não-econômicas – isto é, ilegítimas.

⁴ SCHMITT, Carl. *Legality and Legitimacy*. Durham: Duke University Press, 2004, p. 53.

⁵ Idem Ibidem, p. 90.

⁶ KIRCHHEIMER, Otto. *Bemerkungen zu Carl Schmitts Legalität und Legitimität in _____. Von der Weimarer Republik zum Faschismus*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976, p. 113.

⁷ KIRCHHEIMER, Otto. *Legalität und Legitimität in _____. Politische Herrschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 35.

NEOCONSTITUCIONALISMO DO SER E DEVER SER¹

Fabrizio Soares dos Santos²

Este trabalho visa um estudo acerca do “neoconstitucionalismo” com base nas pesquisas de Lênio Luiz Streck. É possível se falar em dois tipos de ciências: as ciências do ser e as do dever-ser. As ciências do ser são caracterizadas pelo estudo de algo que efetivamente “é” (Biologia); enquanto isso o direito é uma ciência prescritiva, ou seja, tem como objeto algo no plano do “dever-ser”: a norma jurídica³. Trazendo essa ideia para o presente trabalho busca-se analisar a origem do neoconstitucionalismo na península Ibérica (gênese do dever-ser) e comparamos com a roupagem que este fenômeno tomou no Ordenamento Jurídico pátrio(ser).

O termo Neoconstitucionalismo foi criado por espanhóis e italianos na segunda metade do século XX. Acabava-se de sair de duas guerras mundiais, o direito havia fracassado, pois com o fundamento teórico do neo-positivismo (positivismo normativista Kelseniano) a ciência jurídica afastou-se do mundo da vida, dando azo a inúmeras atrocidades que deixaram marcas na consciência da humanidade. Desta maneira fazia-se necessário pensar em um novo modelo de direito.

O Neoconstitucionalismo não deve ser visto como superação, mas como aglutinações histórico/teóricas que resultam em um todo harmonioso. Logo, esta nova corrente pretendia ser vista como um

¹ Trabalho realizado como atividade do Grupo Acadêmico de Estudos Constitucionais – GAEC/ULBRA, coordenado pelo **Prof. Msc. Ítalo Melo de Farias**.

² Graduando em Direito no quarto período pelo Centro Universitário Luterano de Santarém (CEULS/ULBRA); membro do Grupo Acadêmico de Estudos Constitucionais – GAEC/ULBRA; Pará; Brasil; E-mail: fabriziojuris@gmail.com.

³ A distinção entre ser e dever-ser não pode ser mais aprofundada. É um dado imediato da nossa consciência. Ninguém pode negar que o enunciado: tal coisa é ou seja, o enunciado através do qual descrevemos um ser fático - se distingue essencialmente do enunciado: algo deve ser - com o qual descrevemos uma norma - e que a circunstância de algo ser não se segue que algo deva ser, assim como da circunstância de que algo deve ser se não segue que algo seja. KELSEN, Hans. Teoria pura do direito; [tradução João Baptista Machado]. 6^a ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 4 e 5.

constitucionalismo que apontava para além de um ideário de índole liberal-individualista, que possibilitasse todos os níveis de democracia. Mas o que tal movimento propiciou ao Brasil? A corrupção do texto da constituição; ponderação de valores e a consequente inaplicabilidade de normas democraticamente inseridas no ordenamento brasileiro, resultando em uma aplicação da CRFB destituída de coerência⁴.

Então, o povo brasileiro, representado pela assembleia constituinte de 88, construiu uma constituição maravilhosa, com uma imensa variedade de direitos fundamentais e direitos sociais (algo que não estava presente nem mesmo na constituição de Weimar) mas havia um porém ...não havia uma teoria constitucional adequada uma vez que o direito brasileiro só trabalhava na perspectiva do direito privado alemão e francês, e portando não conseguia lidar com direitos de 2ª e 3ª geração . Os juristas nacionais importaram teorias estrangeiras sem levar em consideração as especificidades e as vicissitudes da realidade brasileira , estabelecendo teorias que sempre caem em um senso comum: a discricionariedade judicial.

O trabalho discorrerá rapidamente sobre as 3 principais: Jurisprudência dos valores; teoria da ponderação Alexyana e o ativismo judicial norte-americano.

A Jurisprudência dos valores veio de Alemanha, com a outorga da Grundgesetz em 1949 o Bundersverfassungsgericht teve um trabalho enorme para legitimar uma constituição que não havia sido trabalhada amplamente pelo povo alemão. Houve então a distinção entre “lex” e “jus”, ou seja, foi criada uma possibilidade de abertura na legalidade sendo esta invadida pelos valores (agora imagina isto sendo trazido para terras tupiniquins onde a própria legalidade burguesa luta com unhas e dentes para ser aplicada). A suprema corte alemã via a então lei fundamental de Bonn como uma ordem concreta de valores e interpretar seria relevar os valores por trás da constituição.

Se a constituição é uma ordem concreta de valores uma hora ou

⁴ O “neoconstitucionalismo”, baseado nas mudanças antes mencionadas, aplicado no Brasil, está mais para o que se poderia denominar, provocativamente, de uma espécie enrustida “não-constitucionalismo”: um movimento ou uma ideologia que barulhentemente proclama a supervalorização da constituição enquanto silenciosamente promove sua desvalorização. ÁVILA, Humberto. “NEOCONSTITUCIONALISMO”: ENTRE A “CIÊNCIA DO DIREITO” E O “DIREITO DA CIÊNCIA”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 17, janeiro/fevereiro/março, 2009. Disponível na Internet <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-17-janeiro-2009-humberto%20avila>>. Acesso em: 10 de outubro de 2015.

outra estes irão se chocar, cada um defendendo interesses diametralmente opostos (supostamente), como proceder então caso isso aconteça? Segundo a teoria dos princípios⁵ e direitos fundamentais de Alexy a resposta será encontrada na ponderação⁶ (método criado por ele para –pretensamente- racionalizar a aplicação dos mandados de otimização) mas temos um problema: a discricionariedade. Quem decide quais princípios irão colidir? Como ocorre a valoração de cada um? Resposta: de acordo com a subjetividade do magistrado.

O Ativismo Judicial, algo tão presente na realidade brasileira, *a priori*, tinha-se a ideia de ativismo como um conceito positivo, mas uma análise do seu início nos Estados Unidos demonstra o inverso. Após a quebra da bolsa de 1929 o governo Roosevelt teve seus planos intervencionistas barrados na Suprema Corte, por conta de cinco juízes estarem carregados de uma ideia liberal (*laissez-faire*) e o que segue aponta para uma mera questão de placar e não de um sentimento constitucional do povo americano (que foi redimensionado devido a crise). Roosevelt pressionou a suprema corte até que enfim cederam ao New Deal mudando assim sua jurisprudência.

Então que vem a ser o Neoconstitucionalismo do dever-ser? De acordo com Lênio Streck trata-se da “construção de um direito democraticamente produzido, sob o signo de uma Constituição normativa e da integridade da jurisdição”. Ainda neste pensamento, somente a partir de uma teoria da decisão anti-discricionária, de magistrados que dão preferência à democracia ao invés de sua subjetividade e de uma comunidade de juristas atentos a hermenêutica e sua indissociável imbricação com o fenômeno jurídico é possível alcançá-lo com plenitude.

⁵ Lembrando que para Alexy princípios são mandados de otimização devendo ser aplicados no maior grau que a realidade fática e jurídica permitirem.

⁶ A ponderação Alexyana se divide em dois momentos: 1º ocorre uma tensão *prima facie* e ao tencionarem os princípios se colidem e 2º dessa colisão o interprete é capaz de valorar os princípios e afirmar em qual medida cada um será aplicado.

O PROCESSO DE NOMEAÇÃO DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REVISITADO

Gabriela Miranda Duarte¹

Renato César Cardoso²

A Constituição Federal estabelece, no artigo 84, XIV, o poder do Presidente da República para, após aprovação pelo Senado Federal, nomear os Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF). Adiante, dispõe o artigo 101 que os onze ministros a comporem o STF “serão escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada”, os quais exercerão o cargo de forma vitalícia. Dessa forma, atualmente, a pessoa indicada pelo Presidente da República é sabatinada no Senado Federal e, caso aprovada, é nomeada ministro do STF. Acresça-se que, tradicionalmente, a indicação é sempre aprovada pelo Senado. O que se tem, portanto, é um procedimento centralizado no Chefe do Executivo, sem qualquer possibilidade de participação dos outros poderes ou da sociedade civil organizada. Ao mesmo tempo, é cada vez mais recorrente a atuação decisiva desse tribunal em questões políticas, econômicas, sociais, ambientais, culturais e morais de grande repercussão social, as quais afetam de forma significativa a realidade social, fato que lhe dá uma força política semelhante ou maior do que a atribuída constitucionalmente aos demais poderes que têm legitimidade decorrente de escolha democrática. Alguns motivos podem ser apresentados para justificar esse fortalecimento da autoridade dos tribunais, como, por exemplo, a desilusão com o sistema representativo, tendo em vista sua

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá. Analista Judiciário no Tribunal de Justiça do Amapá. Brasil. Endereço eletrônico: gabim_mg@yahoo.com.br.

² Professor Adjunto, em dedicação exclusiva, na Universidade Federal de Minas Gerais, nos cursos de graduação em Direito e Ciências do Estado, bem como no Programa de Pós-Graduação em Direito. Pós-Doutor em Filosofia pela Universidade de Barcelona (2013-2014), Doutor em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008) e Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2004). Brasil. Endereço eletrônico: renatoccardoso@hotmail.com.

incapacidade de promover os ideais de justiça e de igualdade; a adoção de constituições rígidas, as quais atribuem ao executivo e ao legislativo a função de efetivar as determinações do constituinte, mas ao judiciário garante a ampla guarda da constituição, com a possibilidade de declarar a nulidade de atos praticados pelos dois outros poderes; a ampliação dos temas abrangidos pelas constituições³. Diante desse contexto, o objetivo do trabalho é analisar algumas propostas de emenda à Constituição Federal (PEC) originárias da Câmara e do Senado Federal, as quais propõem alterações do modelo atual de escolha e nomeação dos ministros do STF. As soluções propostas são variadas: desde alternar entre o Presidente da República e o Congresso Nacional a escolha dos Ministros do STF, passando pela criação de um Conselho Eleitoral para escolha ou elaboração de uma lista sêxtupla, até a fixação de mandato, com vedação à recondução. O trabalho será desenvolvido com suporte em pesquisa bibliográfica e documental, notadamente as PEC mencionadas.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV. Vol. 8. P. 441-464. Jul./dez., 2008. Disponível em: <http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/rd-08_6_441_464_supremocracia_oscar_vilhena_vieira.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CERTIORARI E A DISCRICIONARIEDADE DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA PARA DEFINIR A SUA AGENDA

Guilherme Brenner Lucchesi¹

William Soares Pugliese²

Ao se tratar do controle de constitucionalidade no Brasil, é bastante comum que os autores se utilizem de referências ao sistema de *judicial review* americano, o qual ocorre apenas pela via difusa. Mais do que isso, não são apenas os juristas brasileiros que se influenciam pela doutrina estadunidense, mas toda a sociedade brasileira – vale recordar do recente julgado que autorizou o casamento entre pessoas do mesmo sexo nos Estados Unidos na América, amplamente celebrado e noticiado pela imprensa, mesmo tendo o Brasil decidido esta questão anteriormente. Se, por um lado, é preciso ter sempre em mente que um sistema alienígena não é totalmente compatível com o nacional, também é necessário olhar para as regras e procedimentos adotados no estrangeiro com a intenção de se aprimorar o ordenamento pátrio. É com este propósito que se pretende apresentar uma característica absolutamente distinta do sistema de *judicial review* estadunidense quando comparado ao brasileiro: o chamado *writ of certiorari*. Este instituto equivale, em termos brasileiros, a uma decisão de admissibilidade do recurso extraordinário, de modo que a Suprema Corte analisar se ela decidirá sobre

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2008). Master of Laws (LL.M.) pela Cornell Law School (2010). Doutorando em Direito do Estado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Substituto de Prática Penal com ênfase em Violência e Gênero da Faculdade de Direito da UFPR. Conselheiro do Instituto dos Advogados do Paraná. Diretor Financeiro Adjunto do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico. Membro da Comissão da Advocacia Criminal e da Comissão de Estudos de Violência de Gênero da OAB/PR. Advogado e membro do New York State Bar. guilherme@lxp.adv.br

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2008). Mestre em Direito das Relações Sociais pelo PPGD/UFPR (2011). Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Substituto de Direito Constitucional e Teoria do Estado da UFPR. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Coordenador da Pós-graduação em Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. william@lxp.adv.br

o mérito de uma causa. O presente artigo pretende apresentar, em primeiro lugar, os dispositivos legais que tratam do tema e a construção jurisprudencial desenvolvida sobre o instituto pela própria Suprema Corte dos Estados Unidos da América. Para tanto, serão abordados dispositivos do Título 28 do Code of Laws of the United States of America, uma compilação das leis federais dos Estados Unidos da América, e do Regimento Interno da Suprema Corte, pelo que se constata que a lei confere ampla discricionariedade aos *Justices* para acolher ou rejeitar os casos a serem apreciados. Esta análise também revela que a decisão que concede ou nega o *certiorari* independe de fundamentação. A pesquisa destaca o baixo índice de admissão de casos para julgamento pela Corte, mas ao mesmo tempo demonstra a ampla probabilidade de reversão dos julgados nos casos em que o *writ* é **concedido**. O segundo momento do artigo analisa os argumentos favoráveis à discricionariedade da Suprema Corte definir a sua pauta. Neste sentido, destacam-se a possibilidade de o órgão organizar melhor o seu tempo e o reconhecimento de que a Suprema Corte deve intervir seletivamente, sem se comprometer com a fiscalização ou com o policiamento de todas as decisões. Por conta disso, parte da doutrina americana entende que o poder discricionário de definir a sua própria agenda permitiu à Suprema Corte estabelecer sua orientação para uma série de questões jurídicas sem, por outro lado, receber uma enxurrada de casos para aplicar o seu próprio entendimento. Diante destas considerações, é possível, em um terceiro momento, refletir se a Suprema Corte dos Estados Unidos seria um modelo a ser observado no Brasil. Aqui, resgata-se o conceito de repercussão geral como critério de admissibilidade dos recursos extraordinários a fim de se discutir a possibilidade e a oportunidade de se conferir maior discricionariedade ao Supremo Tribunal Federal no sentido de definir sua própria agenda. Com isso, o tribunal poderia destinar mais tempo e atenção aos casos que considerar relevante, especialmente os de controle de constitucionalidade, reduzindo a sua atuação como mera corte recursal. A Corte poderia realizar audiências públicas, admitir *amici curiae* e fundamentar seus julgados com melhores e mais completos fundamentos. Mantendo-se atento às dificuldades de se “transplantar” conceitos e experiências jurídicas, é importante que o Supremo Tribunal Federal defina a sua identidade entre instância recursal ou Corte Constitucional.

REPRESENTATIVIDADE DEMOCRÁTICA E OS PODERES DA REPÚBLICA:

STF ENQUANTO GUARDIÃO DA CONSTITUIÇÃO E
ASSEGURADOR DE DIREITOS LGBTT

*João Felipe Zini Cavalcante de Oliveira*¹

*Mateus Oliveira Barros*²

O tema da separação dos poderes do Estado foi (e ainda é) objeto de estudo de filósofos ao longo dos séculos, sendo Locke e Montesquieu nomes frequentemente associados ao assunto.

Nossa Constituição da República solidifica como princípio fundamental, em seu artigo 2º, a separação dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) de maneira independente e harmônica. Nesse sentido, é vital que estes não extrapolem suas competências, fazendo-se necessário um sistema de freios e contrapesos³.

Muito se debate quanto a algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, sustentando que o referido Tribunal esteja assumindo competência que seria exclusiva do Poder Legislativo.

Argumentamos que a atuação da Suprema Corte não extrapola sua competência: interpretar os dispositivos constitucionais, atuando no sistema de freios e contrapesos entre os poderes, visando garantir a plena manutenção do Estado Democrático de Direito.

Vislumbra-se tal exercício, por exemplo, através da garantia de direitos das minorias, especialmente da comunidade LGBTT, que busca reconhecimento de seus direitos e garantias fundamentais – normativamente assegurados a todos os cidadãos no Título II da CR/88 –.

Recentemente, a luta por direitos tem alcançado maior abrangência, visto que mais pessoas têm se manifestado em nome da visibili-

¹Graduando de Direito pela UFMG. Brasil. niizufmg@hotmail.com

²Graduando de Direito pela UFMG. Brasil. solusutroque@hotmail.com

³Aplicar o sistema de freios e contrapesos significa conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o Judiciário, ao declarar inconstitucionalidade de uma Lei freia o ato Legislativo em desacordo com o texto constitucional. O contrapeso seria a função distinta de cada um dos poderes da República, fazendo com que inexistia hierarquia entre eles, de modo a torná-los harmônicos e independentes.

dade da comunidade e de seu reconhecimento legal.

Entretanto, é notório o caráter conservador do Poder Legislativo brasileiro, cujas decisões políticas ignoram a diversidade nacional. Tem-se o exemplo o Projeto de Lei 6583/2013, denominado Estatuto da Família⁴.

Nesse sentido, Jürgen Habermas anuncia que só podem pretender validade legítima normas jurídicas que, num processo discursivo de produção, possam encontrar o assentimento de todos os membros da comunidade jurídica. Uma norma de ação só se torna válida caso suas pretensões de validade possam ser reconhecidas pelos possíveis atingidos pela regulamentação jurídica⁵, que, no caso apontado, tratam-se dos membros da comunidade LGBTQTT.

Habermas introduz, em abstrato, categorias de direitos fundamentais correlacionando autonomia pública e privada, das quais pode-se extrair:

Direitos fundamentais que resultam diretamente da acionabilidade dos direitos, ou seja, da possibilidade de reclamar judicialmente seu cumprimento, bem como os direitos que resultam do desenvolvimento e configuração politicamente autônomos da proteção dos direitos individuais⁶.

Por este fato, o Poder Judiciário tem regulado – através de decisões recentes do Supremo Tribunal Federal⁷, bem como resoluções do Conselho Nacional de Justiça⁸ – garantias fundamentais à comunidade LGBTQTT, a exemplo do direito ao casamento entre pessoas do mesmo

⁴ O Estatuto da Família conceitua e regulamenta a instituição familiar, dando providências acerca dos direitos da família enquanto base da sociedade. Uma das principais polêmicas envolvendo o referido projeto de lei orbita a definição discriminatória da entidade familiar, expressamente conceituada como “o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher”.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tempo brasileiro, 2003.

⁶ MEYER, Emílio Peluso Neder. A tese central de Jürgen Habermas em Facticidade e Validade. *Estudos Jurídicos* (UNISINOS), Porto Alegre, v. 38, n.3, 2006.

⁷ Os ministros do Supremo Tribunal Federal, ao julgarem a ADI 4277 e a ADPF 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. Já em março deste ano (2015), a ministra Cármen Lúcia negou recurso do Ministério Público do Paraná e manteve decisão que autorizou a adoção de crianças por um casal homoafetivo (RE 846.102).

⁸ A Resolução 175 do CNJ proibiu as autoridades competentes de se recusarem a habilitar, celebrar casamento civil ou de converter união estável em casamento.

gênero e a adoção de crianças por casais homossexuais. Referidos direitos encontram-se, supostamente, ameaçados pelo texto do PL que institui o Estatuto da Família.

O presente trabalho debruçar-se-á sobre o referido projeto normativo, buscando demonstrar que, em razão das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, o Estatuto da Família pouco possui de esperanças de efetividade no ordenamento jurídico, padecendo de constitucionalidade.

Reconhece-se ao Supremo, desse modo, não somente a função de intérprete maior e guardião da Constituição, mas de assegurador da representatividade democrática necessária ao país, de modo a garantir direitos às minorias políticas subrepresentadas no Congresso Nacional.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA CONSTITUCIONAL:

UMA ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DO MARANHÃO

José Mendes Neto¹

Sabe-se que é imprescindível a interferência do Estado na vida cotidiana da sociedade, uma vez que, assim sendo, mais próximo ele estaria de cumprir sua função de proporcionar ao povo o bem-estar por meio do fornecimento de bens, da prestação de serviços, da regulação de atividades indispensáveis à sociedade ou mesmo por meio da organização de políticas econômicas. Para que tal finalidade se cumpra é necessária a opção por uma forma de Estado compatível. A respeito disto, a doutrina jurídico-constitucional elenca basicamente quatro formas de Estado, quais sejam o Estado Unitário, o Estado Regional e Autônomo, o Estado Federal e a Confederação de Estados².

¹ Acadêmico do 10º período do curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB/MA). Brasil. Com o seguinte endereço eletrônico: guimaraesneto@hotmail.com

² LIMA. Tatiana Maria Silva Mello de. O federalismo brasileiro: uma forma de estado peculiar. 2008. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/3327503/10-o-federalismo-brasileiro-uma%20forma-estado-peculiar.pdf>. Acesso em 01 de abril de 2015. p. 2.

Dentre elas, a que merece destaque aqui é a forma federativa de Estado, que tem por base a autonomia dos Estados Membros, bem como a repartição constitucional de competências³. Trata-se do modelo adotado em grande parte da América Latina, inclusive no Brasil.

Raul Machado Horta⁴ esclarece que “a autonomia do Estado-Membro constitui elemento essencial à configuração do Estado Federal”. No entanto, alerta para o fato de que o seu exercício não deve se dar sem qualquer regramento, uma vez que o seu precípua exercício, por si só, pressupõe a obediência a determinados princípios pré-estabelecidos pelo ente soberano.

O artigo 25 da Constituição Federal de 1988, em conjunto com o artigo 11 dos ADCT, dispõe que aos Estados Membros é permitida a organização e a regência pela Constituição e leis que adotarem, desde que observados os princípios da Carta Constitucional Federal. Todavia, essa predisposta limitação acaba por mitigar o poder normativo dos Estados Membros, uma vez que muitos destes, quando almejam inovar no seu próprio ordenamento jurídico, são surpreendidos pela declaração de inconstitucionalidade de seus dispositivos pela Suprema Corte⁵.

Diante disso, o objetivo do presente artigo é analisar a aplicação do princípio da simetria e o respeito à autonomia dos Estados Membros no que toca à elaboração de suas Constituições, tendo como objetos de estudo as Constituições Federal e do Estado do Maranhão.

Para tanto, parte-se, inicialmente, da ideia de um conceito de princípio da simetria construído a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Assim sendo, tem-se o pensamento de que o princípio da simetria constitucional deve ser adotado para limitar a autonomia dos Estados Membros, a fim de que estes últimos observem, no âmbito local, o que foi estabelecido para o âmbito federal, principalmente quando se quer garantir aspectos substanciais da República Federativa Brasileira, como, por exemplo, matérias referentes a direitos e garantias individuais dos cidadãos, ao princípio da separação, harmonização e independência dos poderes, bem como para o respeito de princípios sensíveis e da organização do Estado.

³ MORAES, Alexandre de. Federação brasileira: necessidade de fortalecimento das competências dos Estados Membros. In: TAVARES, André Ramos; LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coords). Estado constitucional e organização do poder. Saraiva, 2010. p. 144.

⁴ HORTA, Raul Machado. Direito constitucional. 5ª edição revisada e atualizada por Juliana Campos Horta. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 329.

⁵ Id. p. 45.

O resultado obtido foi de que a Constituição do Estado do Maranhão é composta por uma maioria de dispositivos de caráter tendencialmente não autônomos. No mais, cumpre destacar que os temas que obrigam a simetria pelo STF são os que, no caso da Constituição analisada, se encaixam como normas que tendencialmente não respeitam a auto-organização. A despeito da avaliação pontual, e respeitados os seus limites, tem-se que a análise é indicativa de que os entes estatais sofrem, atualmente, uma restrição de seu poder de auto-organização.

Por sua vez, a reversão desse cenário perpassa por uma interpretação restritiva, especialmente quanto aos princípios federais extensíveis, para o fim de que seja garantido o exercício da autonomia das unidades federadas. Com isso, fortalece-se a tese de que é necessário que os Estados Membros adotem padrões normativos próprios, voltados para a defesa de suas características culturais e socioeconômicas, solidificando ainda um dos pilares do federalismo, qual seja, a de permitir uma diversificação na organização dos entes estaduais⁶.

⁶ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. A constituição do estado federal e das unidades federadas. 1987. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181809/000433660.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 de fevereiro de 2015. p. 179-80.

SEPARAÇÃO DE PODERES E DIÁLOGO INSTITUCIONAL:

A ATUAÇÃO DO STF E DA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA EM FACE DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS COMETIDAS NAS PRISÕES

Karina Denari Gomes de Mattos¹

Se comparadas a outras teorias que explicam a relação entre os poderes, o desenvolvimento da teoria do diálogo institucional é ainda fenômeno recente dentro do debate constitucional. Somente nos últimos 25 anos² literatura especializada voltou os olhos para uma nova perspectiva, absorvida da psicologia, que rejeita a noção de última palavra na tomada de decisão em matérias constitucionais³.

O desenvolvimento recente se justifica, em parte, pois foi somente a partir do momento em que o Poder Judiciário passou a protagonizar grandes espetáculos como ator político no processo de conformação do texto constitucional que a dinâmica das relações institucionais teve que integrar este “outro desconhecido”⁴ em sua agenda. Ao integrar às suas funções ordinárias momentos de interação, em diversos contextos e por diversos meios, com parlamentares e administradores públi-

¹ Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - FDU SP sob orientação do Prof. Emérito Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2012-2015). Graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo de Presidente Prudente/SP - AET onde foi bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP (2007-2011). Membro da Coordenação Acadêmica do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da FGV DIREITO SP (GVlaw). Advogada em São Paulo inscrita no Convênio DPE/OAB e mobilizadora do CADHu - Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. Atua nos seguintes temas: Direito Constitucional, Poder Judiciário, Supremo Tribunal Federal, Ativismo Judicial. E-mail: karinadenari@usp.br

² A partir da década de 90 a literatura especializada enfocou o tema (HOGG & BUSHELL, 1997, FRIEDMAN, 1993). No Brasil, destacam-se os estudos de MENDES (2011, 2013) e VIEIRA et al. (2012)

³ Ainda que com algumas variações, a noção de diálogo institucional passa pela rejeição (seja de ordem normativa, seja de ordem positiva) à existência de uma última palavra na tomada de decisões constitucionais de determinada comunidade política (MENDES, 2009).

⁴ Cf. FALCÃO, Joaquim; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. O STF e a agenda pública nacional: de outro desconhecido a supremo protagonista? Lua Nova [online], n.88, p. 429-469, 2013.

cos⁵, os juízes constitucionais incorporaram, eles mesmos, mecanismos dialógicos em seu processo decisional (v.g. audiências públicas, *amicus curiae*) e em sua argumentação jurisdicional.

Dois casos brasileiros, diretamente ancorados em recente jurisprudência da Corte Constitucional da Colômbia⁶, trazem sucedâneo concreto para a adoção de uma perspectiva crítica a respeito da utilização pelo STF desta nova linguagem: o Recurso Extraordinário n. 592.581/RS e a ADPF n. 347/DF, ambos relacionados às violações de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro.

A partir da análise destes casos o presente trabalho intenciona demonstrar que da mesma forma em que a sentença estruturante ofertada pela Corte Constitucional Colombiana não foi suficiente para promover mudança de rumos no cenário deplorável de abuso aos direitos dos encarcerados⁷, no Brasil as perspectivas não são diferentes.

A tese central que orientará a produção do trabalho é a de que a mera imposição unilateral de medidas pelo Judiciário após o término do processo decisório gera resultados insatisfatórios em termos de equilíbrio institucional e eficácia da decisão, resvalando em dois trágicos destinos: a ineficiência da movimentação da máquina judiciária para estes fins e o reforço de uma posição de inércia dos entes legitimados para agir nos casos analisados. Se defenderá que somente com um diálogo efetivo entre Poderes, oportunizado por mecanismos institucionais que promovam cooperação pré-decisional, mediante uma coleta efetiva de argumentos dos interlocutores da Corte, decisional – mediante o enga-

⁵ Aqui cabe ressaltar que o estudo enfoca apenas o estudo sobre o chamado diálogo interinstitucional (entre poderes), em detrimento dos estudos desenvolvidos a respeito dos diálogos intrainstitucional (interno a um determinado órgão) ou extrainstitucional (com relação à sociedade) (FEREJOHN & PASQUINO, 2004; MENDES, 2011).

⁶ Ainda que não seja a primeira declaração de “estado de coisas inconstitucional”, a decisão da Corte Constitucional Colombiana na Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998, foi pioneira ao acusar a violação massiva dos direitos dos presos à dignidade humana e a um amplo conjunto de direitos fundamentais. A decisão, dentro da atuação de vanguarda relacionada à efetividade de direitos fundamentais pela via da Jurisdição Constitucional, além de declarar o chamado “estado de coisas inconstitucional”, ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias, dentre outras ordens direcionadas aos demais Poderes.

⁷ Sobre falhas dos remédios propostos pelas Cortes, cf. ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia. New York: Cambridge University Press, 2013.

jamento colegiado – e pós-decisional, mediante a execução integrada das decisões, as mudanças estruturais pretendidas por estas e outras demandas sociais serão possíveis e permanentemente incorporadas.

Diante deste cenário o presente trabalho possui uma proposta mais reflexiva que decisória, mais dialegal que impositiva, a respeito desses fluxos e contra fluxos no desenho institucional das cortes. Se pretende discutir, a partir da constatação de uma evolução constitucional e jurisprudencial nos casos de omissões inconstitucionais e agora do reconhecimento de um “estado de coisas inconstitucional”, os rumos e os limites das cortes, com foco na experiência brasileira.

PESO POLÍTICO DAS DECISÕES JUDICIAIS ESTRUTURANTES:

O PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE PARA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Luciana Cristina de Souza¹

Este texto observa e analisa o papel social e político de maior relevo que nas últimas décadas, muito em função da promulgação da Constituição Cidadã em 1988, foi atribuído pela Sociedade civil ao Poder Judiciário, modificando a tradicional relação entre os três Poderes prevista no contexto burguês liberal e pós-iluminista. Muito mais que a típica função jurisdicional, o Poder Judiciário possui, hoje, o dever-agir como agente político por meio de decisões estruturantes que viabilizem as políticas públicas cujo escopo seja concretizar direitos fundamentais previstos na Constituição da República (1988), ou a ela vinculados e estabelecidos em legislações infraconstitucionais. Tais manifestações judiciais na solução de conflitos envolvendo prerrogativas básicas de interesse comum recebem a nomenclatura de *decisões estruturantes*, porque formulam linhas gerais para implementação de políticas públicas já previamente formuladas por meio da construção de uma agenda

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Minas Gerais; Pesquisadora CNPq e FAPEMIG; Professora de Direito Constitucional I na Faculdade de Direito Milton Campos; Brasil; E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

social democrática, a qual, porventura, venha a ser desrespeitada pelo Estado na sua relação com os seus cidadãos.

O objetivo deste artigo é defender que as decisões estruturantes são consonantes com a Constituição e com o princípio de separação entre os três Poderes, visto que nestes casos de judicialização de questões sociais a magistratura nada mais faz do que impor cumprimento ao pacto firmado anteriormente entre a Sociedade civil e o Estado Democrático de Direito, o qual deve honrá-las sob pena de ser a inação estatal causa de perda do reconhecimento de direitos fulcrais para a dignidade do ser humano e para o interesse coletivo. Assim, admite-se que as decisões estruturantes possuem inegável peso político, o qual, todavia, condiz com o papel a ser desempenhado pelo Poder Judiciário no âmbito do regime democrático que visa o empoderamento dos indivíduos e grupos sociais mais enfraquecidos e que são beneficiários em potencial das políticas públicas propostas, mas ainda não executadas pelo Poder Público.

O texto percorre o caminho metodológico da descrição teórica do que sejam políticas públicas, bem como de conceitos constitucionais atinentes à separação dos três Poderes, Estado Democrático, cidadania ativa, dignidade da pessoa humana e função social das atividades do Estado. Recorre, também, à exemplificação por meio de casos concretos que permitem vislumbrar como as propostas teóricas da legislação e o debate público originador do discurso político formam a agenda social e atingem a realidade e o cotidiano dos brasileiros, comprovando, dessa maneira, a concreta necessidade de efetivação da pauta de demandas por meio da judicialização. Analisa por meio da doutrina constitucional e sociológica o significado contemporâneo do termo democracia para a partir dele estabelecer o parâmetro ético segundo o qual deve o Poder Judiciário amparar os cidadãos em situação de abandono social ou perigo de comprometimento de seus direitos em razão da omissão estatal.

Levanta-se a hipótese de que o Poder Judiciário pode interferir em uma política pública para potencializar a democracia constitucionalmente prevista, e a qual já tenha sido previamente acordada entre Estado e Sociedade civil quer via legislativa ou pela via administrativa: legislações promulgadas, fóruns, conselhos municipais, orçamento participativo, audiências públicas, etc. Quando o pacto firmado entre os atores sociais é rompido, a via judicial é o caminho apropriado para exigir-se uma resposta positiva do Poder Público. Este se torna um caminho a mais para a participação popular, especialmente quando o instrumento adotado são as ações coletivas, ação civil pública e ação popular.

Nestes casos ocorre uma manifestação de democracia direta pela via não política. Embora os magistrados não sejam eleitos pelo povo, ao solucionarem demandas relativas a políticas públicas prolatam decisões estruturantes que possuem, por sua vez, uma função democrática clara expressa.

O contraditório processual entre Estado e cidadãos na causa é, também, uma expressão de democracia. Se nas ações individuais já atua o magistrado como agente político e não apenas, função passiva, como a “boca da lei”, maior é o impacto estruturante da decisão quando em ações coletivas devido à multiplicidade de cidadãos envolvidos. A decisão judicial se torna, nestas situações, forma jurídica legítima de reconhecimento de direitos e de novos sujeitos de direitos. Também permite à sociedade interferir junto à Administração Pública ao alocar recursos, definir medidas administrativas de atendimento imediato ao cidadão e alterar procedimentos para facilitar o acesso pela população. Pode-se afirmar que, em tais processos judiciais, a decisão é estruturante e os recursos porventura interpostos são sempre translativos, pois devem contemplar a ordem pública, pretendida pelas partes ou não, mas diretamente vinculada à causa e à agenda de política pública em discussão.

Logo, a judicialização de políticas públicas tempo resultado a proteção do interesse coletivo e a consecução de demandas envolvendo direitos fundamentais, sendo também expressão de democracia devido à possibilidade de participação popular por estes instrumentos para agir junto ao Poder Público no sentido de direcioná-lo ao bem comum quando deste se desviar. Assim, por meio das decisões estruturantes e de seu caráter político mantém-se a resiliência estatal (abertura) aos cidadãos e à democracia.

O CONSTITUCIONALISMO E O EFETIVO EXERCÍCIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ESTABELECIDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho¹

Com o advento da Constituição da República de 1988, surge um modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país. Essa nova Carta, de extrema importância na evolução histórica do constitucionalismo brasileiro, inova perante todas as Cartas anteriores, ao afirmar que todo o poder emana do povo, que o exercerá por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Surge uma nova fase de superação e transição democrática das linhas centralizadoras do antigo modelo. A atual Constituição pretendeu valorizar formas autônomas de exercício do poder, não apenas através de instrumentos políticos clássicos, tais como o plebiscito e o referendo, ao acentuar a importância das convenções e acordos coletivos. Isso demonstra a questão da participação da sociedade na concretização do Estado Democrático de Direito. Segundo parte do preâmbulo da Constituição da República de 1988: “(...) instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias(...)”. Importante discutir a eficácia desse Estado Democrático de Direito na sociedade brasileira, haja vista a manifesta desigualdade econômica no país. Os representantes, eleitos pelo povo ou aqueles investidos no poder por outra forma constitucionalmente prevista, devem cumprir o papel destinado a eles, representando a sociedade com justiça, equidade, interesse público e bom senso. O futuro do Constitucionalismo, evidenciando a construção da democracia constitucional moderna se fundamenta na participação efetiva

¹ Professora de Direito do Trabalho I, II e Direito Processual do Trabalho na Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG Unidade Diamantina. Advogada. Mestre em Direito Ambiental e Sustentabilidade pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Pós-graduação em Direito Ambiental pela Instituição UNA de Ensino. Pós-graduação em Estudos de Impacto e Licenciamento Ambiental pelo IEC PUC-MINAS. Graduação em Direito pela PUC-MINAS. Brasil. E-mail: marianaadalberto@hotmail.com

da sociedade, ao exigir a postura correta desses representantes e que essa postura seja consentânea com os ditames do Estado Democrático de Direito tão almejado na Constituição. Contata-se, atualmente, que o Estado Democrático de Direito ainda não se concretizou, ao passo que vivencia-se na sociedade a questão da desigualdade econômica, o não exercício de alguns dos direitos sociais e individuais, havendo ainda uma sociedade dotada de vários tipos de preconceito, sem a tão sonhada harmonia social e comprometida. Os governantes, representantes e eleitos pelo povo, estão utilizando do poder atribuído a eles para alcançar o enriquecimento ilícito, a corrupção, esquecendo-se do objetivo principal, que é a luta pelos direitos da sociedade e o alcance dos princípios fundamentais e garantidos constitucionalmente. Para isso, portanto, a população deve ser menos apática e mais atuante, na participação das questões políticas do país, exigindo e cobrando dos representantes resultados, democracia, justiça, a fim de que todos os direitos sejam resguardados e efetivos perante a sociedade contemporânea.

O PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL

Maysa Cortez Cortez¹

Tainah Simões Sales²

O Estado Democrático brasileiro, nos termos da Constituição de 1988, contemplou o sistema representativo como modelo de democracia e adotou o pluralismo político como um de seus fundamentos.

¹Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisadora do projeto de pesquisa intitulado “a efetivação dos direitos sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas sociais”, em desenvolvimento na Universidade de Fortaleza. Advogada. Email: maysa_cortez@hotmail.com.

²Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Coordenadora do projeto de pesquisa intitulado “a efetivação dos direitos sociais e o controle jurisdicional das políticas públicas sociais”, em desenvolvimento na Universidade de Fortaleza. Advogada. Email: tainahsales@gmail.com.

Embora o ordenamento jurídico aparentemente forneça mecanismos para uma representatividade democrática sadia, o que se observa é que este pilar da democracia moderna está em crise. Dentre os fatores que podem ser citados como desencadeadores desta crise estão: a) a impossibilidade de intervenção direta do eleitor no curso do mandato eletivo daqueles a quem conferiu poderes; b) a questionável representatividade dos candidatos eleitos pela sobra de vagas no sistema proporcional c) a alienação política de grande parcela do eleitorado, d) a corrupção, e) a ineficiência do Executivo e do Legislativo frente a questões de grande relevância política e social. A primeira delas retrata o problema da falta de ingerência direta do representado sobre seu representante. Embora a periodicidade das eleições permita a escolha de candidatos para exercerem atividades, por um quadriênio, segundo os interesses dos cidadãos que os elegeram, na prática, sabe-se que nem sempre há a correspondência entre representante e representado em todos os aspectos necessários à boa condução dos interesses, quer seja por negligência ou sincero desconhecimento do eleitor no momento da opção, quer seja por falta de transparência do candidato na apresentação de suas intenções, quer seja pelo rearranjo das conveniências políticas no curso dos mandatos, ou mesmo pela divergência natural entre indivíduos sobre questões pontuais que não necessariamente chegam a prejudicar o teor da representatividade em si. Com efeito, sabe-se que qualquer mandante, ao outorgar poderes a um mandatário, em regra, conserva para si a faculdade de revogar tais poderes a qualquer tempo e como bem entender, a fim de evitar suportar eventuais ônus decorrentes de atos praticados por outros em seu nome. Tal lógica não é aplicada na representatividade política, o que faz com que candidatos que não correspondam aos interesses de quem os escolheu permaneçam em atividade por quatro anos, o que contribui para a insatisfação popular. Além da insatisfação para com os candidatos que efetivamente foram eleitos por maioria de votos, mas que não guardam congruência de interesses com os cidadãos, ainda é de se questionar a representatividade dos candidatos eleitos que sequer atingiram o número mínimo de votos necessários para isso. O sistema proporcional brasileiro para eleição de candidatos a Deputado Federal, Deputado Estadual e Vereador, do tipo lista aberta, permite que a sobra de vagas nas casas legislativas não preenchidas pelos partidos e coligações pela regra geral de quociente eleitoral e quociente partidário seja distribuída entre os partidos de modo a eleger, por vezes, candidatos desconhecidos

ou com quantidade de votos de inexpressiva representatividade em detrimento de outros com maior identificação social e dedicação política. Outro fator importante que contribui para a incongruência de interesses entre representante e representado que também desemboca na crise é a inconsciência política que atinge parcela considerável da população brasileira e que leva o exercício do voto a expressar não a real conveniência política do cidadão com relação às necessidades sociais, mas a expressar tão somente o resultado da melhor estratégia de convencimento político pelas mais diversas formas de manipulação social. Não bastassem os manejos políticos para alcançar cargos eletivos, o que já deturpa a perspectiva de escolha por representatividade real, o grande marco negativo da história da política brasileira é, sem dúvidas, a famigerada corrupção. O nepotismo, as políticas de favorecimento, o desvio de verbas públicas, o suborno de governantes e parlamentares em troca de apoio político, entre outras práticas de caráter abusivo são que torna, para muitos, a participação na política do Estado menos o nobre exercício de um múnus público e mais atuação num mercado de negócios extremamente vantajoso e lucrativo. Além disso, a crise de representatividade também se revela diante da inefetiva atuação na promoção de políticas públicas que garantam a concretização dos direitos fundamentais e sociais de forma satisfatória à população e fazendo jus à elevada carga tributária cobrada pelo Estado. No Legislativo, por sua vez, também se verifica a crise representativa diante da inércia em se consolidar posições acerca de questões polêmicas ou socialmente relevantes. Os vínculos com o eleitorado por vezes fazem com que parlamentares se abstenham de opinar em questões controvertidas ou mesmo que posterguem as discussões por várias legislaturas. Diante do exposto, conclui-se que a crise de representação política é produto de um conjunto de fatores formais e materiais que terminam por fragilizar o pleno e legítimo exercício da democracia. Neste artigo, mediante pesquisa bibliográfica e documental, de tipologia pura, abordagem qualitativa e com objetivo descritivo e exploratório, busca-se discutir este fenômeno da crise de representatividade, buscando possíveis soluções para a sua superação e analisando o crescimento do papel do Poder Judiciário neste cenário, sob a ótica do princípio da separação dos poderes.

JUDICIÁRIO, *VETO PLAYERS* E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS:

CONDIÇÕES DE LEGITIMIDADE DA INSERÇÃO DAS CORTES NO PROCESSO DECISÓRIO

Thaís Amoroso Paschoal Lunardi^{1}*

O número de atores que integram o desenho institucional e a relação entre esses atores é fundamental para que se compreenda o processo decisório de um determinado Estado². Esse arranjo institucional leva em consideração cada uma das instituições políticas que compõem um Estado e sua relação na criação e alteração de políticas públicas.

Matthew Taylor, em obra específica em que analisa a atuação das Cortes no Brasil a partir de alguns exemplos extraídos da jurisprudência do STF, destaca que as evidências sugerem que, ao longo das últimas duas décadas, durante a transição do Brasil para a economia de mercado e o governo democrático, os tribunais ajudaram a definir as alternativas disponíveis para os *policymakers*, legitimando ou deslegitimando determinadas opções políticas³.

Em outro trabalho, em que analisa a implementação de políticas públicas no Brasil, o mesmo autor afirma que o STF e o Judiciário como um todo têm impactado de forma significativa nas políticas públicas adotadas pelo Governo Federal, “permitindo que algumas vozes minoritárias sejam incorporadas, ainda que minimamente ou de forma marginal, na elaboração dessas políticas”⁴.

¹ Mestre, doutoranda em Direito das Relações Sociais e integrante do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia: filosofia e dogmática constitucional contemporâneas do PPGD da Universidade Federal do Paraná. Professora da Universidade Positivo, em Curitiba, Brasil. Endereço eletrônico: thais.paschoal.lunardi@gmail.com

² George Tsebelis, buscando analisar o funcionamento das instituições políticas, chama de veto players ou atores com poder de veto os “atores individuais ou coletivos cujo acordo é necessário para uma mudança do status quo” (TSEBELIS, George. Atores com poder de veto – como funcionam as instituições políticas. Trad. Micheline Christophe. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2009, p. 41).

³ TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy. Courts and Policy Reforms in Democratic Brazil*. Stanford University Press, 2008, p. 3.

⁴ TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil, in *Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, 2007, p. 235.

O presente trabalho pretende analisar justamente essa questão. Afinal, em que situações o Poder Judiciário pode ser considerado um *veto player*, e como essa caracterização contribui para a democracia a partir do exame do critério contramajoritário? O que justificaria essa postura das Cortes em determinados casos se, em outros, assumem postura evidentemente deferente? E, nos casos em que o poder de veto é exercido, pode-se afirmar tratar-se de postura legítima, ou estariam as Cortes invadindo indevidamente uma esfera que, *a priori*, caberia aos Poderes Legislativo ou Executivo? Em outras palavras, e como indaga Víctor Ferreras Comella, é preciso apurar-se “qué condiciones deben darse para que tengamos razones para creer que los tribunales harán un mejor trabajo que las asambleas legislativas a la hora de extraer las consecuencias normativas de los principios abstractos enunciados en la Constitución”⁵

A análise considera dados extraídos das últimas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no Brasil, e pela Suprema Corte norte americana. Busca-se, ao final, investigar até que ponto a consideração das capacidades institucionais⁶ do Poder Judiciário pode influenciar na sua adequada caracterização como um *veto player*. Como afirma Conrado Hübner Mendes, a definição sobre quem deve decidir “não é questão de hermenêutica constitucional, mas de desenho institucional”⁷.

Assim, parece que a resposta à suposta tensão entre constitucionalismo e democracia – ou, mais propriamente, a convivência harmoniosa entre a revisão judicial e o processo democrático – poderá ser encontrada no ponto de equilíbrio entre as habilidades e limitações de cada um dos poderes, à luz das situações concretas que lhes são apresentadas para solução, bem como dos resultados que produzem sobre as instituições que são alcançadas pelas decisões tomadas nesse processo.

⁵ COMELLA, Víctor Ferreres. Uma defesa del modelo europeo de control de constitucionalidade. Madrid: Marcial Pons, 2011, p. 68.

⁶ SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. In: Michigan Law Review, vol. 101, fev. 2003, p. 885-951.

⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. São Paulo: saraiva, 2011, p. 24.

A PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES E O PAPEL DO JUDICIÁRIO

Thaís Sêco¹

Uma crise institucional se encerra entre os Poderes Legislativo e Judiciário brasileiro, especialmente no que diz respeito aos poderes do Supremo Tribunal Federal para estabelecer conteúdos jurídicos a partir de interpretações da Constituição. Dentre outros fenômenos, a crise se manifesta de maneira bem evidente com relação à decisão da ADPF 132, em que se declarou a validade da união civil entre pessoas do mesmo sexo.

Não sem críticas. O regulamento da união estável no Código Civil só reconhece como tal a união entre pessoas não impedidas para o casamento, como seria o caso de casais homossexuais. A própria Constituição ao reconhecer a união estável como família é explícita em afirmar que se trata de união “entre homem e mulher”.

Há assim, uma grande objeção de índole institucional ao decidido na ADPF 132 que precisa ser enfrentada. Esse enfrentamento quase sempre parte da consideração de que o Supremo detém o papel de instância democrática contra-majoritária, legítima, portanto, para a defesa de minorias. Um primeiro problema dessa visão é que ela legitimaria poderes ilimitados em favor do Supremo permitindo uma subjugação da democracia pela abertura para uma ideia de “paternalismo judicial”, como se tem afirmado.

O trabalho proposto visa indicar que, com relação a questão da pluralidade das entidades familiares, a legitimidade da instância judicial se encontra, na verdade, em considerações de outra natureza, ao que tudo indica, desconhecidas pelos próprios Ministros que a unanimidade votaram a ADPF. O progressivo desenvolvimento do direito civil com relação ao tema, iniciado na década de 30 partiu de questionamento oposto, que se coloca não com relação à legitimidade do Judiciário, mas com relação à legitimidade do próprio direito positivo para determinar o que é ou não família, quando resta claro que a família é

¹ Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professora de Direito Civil do Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras, Brasil. Contato: thaistseco@gmail.com.

realidade antropológica anterior ao próprio Estado.

No perfil histórico do Direito de Família desde o Direito Canônico simplesmente transplantado para os códigos civis por ocasião do surgimento dos Estados Modernos laicos, com a consequente transplantação também destes conteúdos para o direito brasileiro, cuja sociedade é por tudo muito distinta daquela europeia em que tem se baseado, somado a algumas das incursões filosóficas que culminaram no positivismo jurídico, é possível tratar de maneira bem precisa em que consiste essa inversão da indagação da legitimidade do Judiciário para o reconhecimento de entidades plurais de família. Especialmente quanto ao positivismo jurídico é notável a ideia de que toda norma jurídica deve encontrar sua validade em outra hierarquicamente superior que a precede em uma cadeia que leva até a Constituição ou vai até mesmo além. Mas essa concepção sempre provocou compreensões equivocadas de diversos institutos jurídicos, como não só a família, mas também o contrato, dado que não se trata, nesses casos, de criações de um sistema jurídico dedutivista, mas de realidades sociais independentes reconhecidas e absorvidas por esse sistema.

A proposta do trabalho, portanto, é de gerar uma inversão do questionamento sobre a legitimidade da instância que define o que é ou não uma família. Ao invés de indagar sobre a legitimidade do Judiciário, caberia indagar sobre a legitimidade do Legislativo e, ambos os casos, o que cabe dizer é que nem a uma nem a outra instância cabe instituir a família, mas reconhecer. Neste ponto, os avanços específicos dos civilistas quanto ao tema certamente haverão de contribuir com a exploração da temática no âmbito do Direito Constitucional, em especial quanto ao grande tema das crises institucionais entre Legislativo e Judiciário.

OS DIÁLOGOS E CAPACIDADES INSTITUCIONAIS NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL A PARTIR DA IDEIA DE DESACORDOS

*Tiago Clemente Souza*¹

*Marcelo de Paula Faria*²

A inserção de elementos morais na ordem constitucional de-ságua, inevitavelmente, em desacordos sociais e institucionais, conforme nos alerta Jeremy Waldron. Dessa forma, inclui-se na pauta das discussões contemporâneas (sobre Teoria do Estado e do Direito) a preocupação quanto ao desenho e quais relações institucionais se apresentam de forma mais legítima e eficaz para a solução das discordâncias sociais que irão refletir na esfera jurídica. Além dos desenhos institucionais, observa-se a necessidade da análise de diálogos institucionais, de forma a permitir que várias perspectivas possam se apresentar e contribuir para os debates jurídicos-políticos. A partir dessa perspectiva, a presente pesquisa pretende se debruçar sobre as seguintes questões: Quais desenhos institucionais são mais adequados? Quais os impactos dos desacordos sociais e institucionais na interpretação constitucional? Qual o papel das capacidades institucionais na interpretação jurídica? Como os diálogos institucionais podem contribuir para a interpretação constitucional? Perspectivas consequencialistas fracas podem contribuir para os diálogos institucionais?

Dentro de uma estrutura democrática, em que pontos de vistas são apresentados de forma discursiva, pautando-se no melhor argumento, há uma tendência a compreender que o consenso ou a adesão da maioria ao melhor argumento representaria o ápice do debate político. O *telos* do debate político reside no consenso, no alcance

¹ Mestre em Teoria do Estado e do Direito pelo Univem/Marília, Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Coimbra/PT. Professor Substituto da Faculdade de Direito UFMG e Professor das Faculdades Santo Agostinho. tiago_csouza@hotmail.com.

² Especialista em Direitos Humanos pela Faculdade de Coimbra/PT. Advogado. marcelofaria@fernadofaria.adv.br.

de um resultado comum que agrade todos os debatedores, ou que todos aqueles que se inserem no debate público aceitam os resultados da decisão. Seguindo a perspectiva waldroniana, pretende-se deixar em evidência não os consensos, os resultados comuns aderidos pelos debatedores, mas a importância do dissenso e da discordância para a tomada das decisões institucionais. “A sociedade é constituída por homens e não por um homem”, que possuem, portanto, perspectivas e ideias sobre “*vida boa*” distintas³.

Os desacordos sociais e institucionais, no que diz respeito a quem possui a última palavra sobre Direitos Fundamentais, e os desacordos judiciais, no tocante qual a melhor respostas aos Direitos Fundamentais (portanto, em uma perspectiva interna ao próprio Poder Judiciário), passará inevitavelmente por um problema do nível desses desacordos. Ronald Dworkin apresenta referida problemática ao afirmar que o problema dos desacordos jurídicos se apresenta pois os juízes, advogados, promotores entre outros agentes do Direito, na verdade encontram-se em um espaço de discussão cujo os embates não possuem uma plataforma regular de discussões. Os agentes estão falando sobre temas jurídicos, entretanto, a partir de critérios prévios de discussão distintos. Não há necessariamente um desacordo das discussões empíricas (tal como: que é a Constituição que esta sempre aplicada; que é o artigo X que estabelece o direito Y que está em questão), mas debates teóricos⁴. Logo, quando juízes discutem uma interpretação literal do direito posto ou uma interpretação progressista, os agentes do direito saem de um ponto em comum dos debates e começam a lançar argumentos de níveis diferentes, não ingressando em um debate jurídico real (real, enquanto concepção de um debate efetivamente dialético, em que as premissas e conclusões estão em mesmo níveis). Observa-se que esta perspectiva negligencia a possibilidade de contribuição para o debate jurídico de outras instituições que não o Judiciário.

Portanto, quando há discussão quanto ao papel do Poder Judiciário no tocante aos limites dos Direitos Fundamentais, observamos dois problemas: o primeiro quanto a negligência quanto as capacidades das outras Instituições (nível externo) e um segundo, em que os desacordos não estão no próprio nível dos Direitos Fundamentais,

³ WALDRON, Jeremy. **A dignidade da Legislação**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 153.

⁴ DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes. 1999. p. 55-109.

mas quanto à concepção de Democracia e de Separação de Poderes⁵. Assim, seria insuficiente pensar que o problema encontra-se, exclusivamente, nos debates teóricos mais abstratos a respeito da melhor interpretação, mas também nos próprios desenhos e capacidade institucionais⁶.

A partir dessa perspectiva de desacordos pretende-se voltar os olhos às capacidades institucionais como dinâmica de contribuição no processo interpretativo dialógico, a partir daquilo que Vermeule e Sunstein defendem como *second-best approach*, bem como dos efeitos dinâmicos das interpretações, a partir de uma análise consequencialista fraca das decisões, decidindo com olhos para o passado, considerando o futuro e utilizando as capacidades institucionais presentes.

⁵ DWORKIN, Ronald. **Is There Truth in Interpretation?** Law, Literature and History. Disponível em <<http://www.youtube.com/watch?v=742JyiqLhuk>>. Acesso em 11 de junho de 2015. 37'13".

⁶ SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. The Chicago Working Paper Series Index. Disponível em <http://www.law.uchicago.edu/Lawecon/index.html>. Acesso em 02 de Set. de 2015.

A INFLUÊNCIA DO CAPITAL SOBRE AS REPRESENTAÇÕES POLÍTICAS:

UM ESTUDO ACERCA DA RELAÇÃO ENTRE O RESULTADO DAS ELEIÇÕES PARA GOVERNADORES NO BRASIL E VALORES DOADOS PARA CAMPANHAS ELEITORAIS, APLICANDO-SE O MODELO DE REGRESSÃO LOGÍSTICA

Vanessa Pereira Terra¹

Juliana Guedes Martins²

Em um ambiente de constantes transformações econômicas, sociais e políticas, estudos acerca da influência de interesses econômicos

¹ Bacharela em Ciência e Economia e graduanda em Administração Pública pelo Instituto de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Alfenas. Brasil. E-mail: vanessa.pterra@gmail.com

² Professora na Universidade Federal de Alfenas, doutoranda em Direito Público na Universidade de Coimbra e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Brasil. E-mail: guedes_martins@yahoo.com.br

sobre o processo de decisões e representações políticas estão na ordem do dia. Nesse sentido, a datar da antiguidade, os filósofos clássicos já evidenciavam os efeitos nocivos que a representação e a legitimidade das decisões políticas visivelmente sofrem quando as deliberações do Estado não estão respaldadas na busca por uma finalidade comum à sociedade, mas alicerçadas em interesses de facções oligárquicas (ARISTÓTELES; CÍCERO; PLATÃO). Constituindo-se um dos riscos da democracia e com efeitos nefastos sobre ela, as condições do exercício do poder, quando utilizado em função de interesses fragmentados, suscita um conflito entre forças opostas que favorecem a corrupção e a tirania, da maioria ou da minoria, deteriorando, inclusive, os princípios basilares do republicanismo (MAQUIAVEL; TOCQUEVILLE; ESPINOSA; PLATÃO). Conforme a tipologia contemporânea, os poderes econômico, ideológico e político constituem as três classes que atualmente fundamentam e mantêm a existência de uma sociedade dividida entre desiguais (BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO), de forma que a preponderância dos interesses de uma das partes, sobretudo na política, tende a intervir como fator desagregante e passível de dissolver o vínculo da totalidade com o corpo político, conforme observado desde o princípio pelos clássicos. No contexto brasileiro, observa-se que o atual sistema de financiamento de campanhas é dominado por poucos atores e instituições, de modo que se tornou objeto de análise ante a apreciação de inúmeros casos de corrupção política no país. Sendo um tema controverso e contumaz, a relevância do capital nas disputas eleitorais é evidenciada, na medida que se atenta para a correlação existente entre as receitas obtidas e o número de votos alcançados por candidatos e partidos políticos específicos nas eleições. Diante desse cenário, este estudo visa contribuir para as discussões a respeito do financiamento de campanhas eleitorais no Brasil, à luz dos clássicos, investigando a seguinte questão: é possível identificar uma relação entre o custo das campanhas eleitorais e o resultado das eleições no país? A operacionalidade da investigação deu-se, substancialmente, pela utilização do modelo de regressão logística³, visto que buscou-se verificar a existência de dependência estatística da variável dependente, denominada “eleição para governador”, em relação às variáveis independentes, denominadas “número de eleitos na Câmara dos Deputados”, “doações diretas ao

³ O modelo é adotado quando se objetiva estabelecer uma relação entre a variável dependente e as variáveis explicativas do estudo. A utilização da técnica possibilita a realização de uma estimativa de probabilidade de um evento ocorrer, bem como verificar as variáveis explicativas que contribuíram para a sua predição.

candidato” e “doações a comitês e diretórios partidários pertencentes à coligação do candidato”. Destaca-se que as observações foram feitas para os anos de 2002, 2006, 2010 e 2014, de modo que a definição do horizonte temporal se deu em função da disponibilidade de informações que consta na base de dados do TSE. A despeito da complexidade da temática abordada, as estimativas do modelo corroboraram com a hipótese levantada no que concerne à influência dos recursos financeiros nas eleições, uma vez que no âmbito de 699 observações realizadas, 595 apresentaram-se como corretamente previstas, a um nível de confiança de 100%. Sendo as doações cometidas, preponderantemente, por atores específicos, dentre eles, bancos, empreiteiras e indústrias, os resultados do trabalho evidenciam a existência de uma subversão do princípio da igualdade. Esse cenário coloca em questão o papel central ocupado pelo poder econômico nas disputas eleitorais, uma vez que se observa a existência de uma capacidade desigual dos eleitores de aportar recursos para campanhas e, concomitantemente, influenciar no resultado das eleições pela via das doações. O princípio da igualdade, exposto pelos clássicos, pondera que os representantes devem buscar expressar a vontade dos cidadãos que os elegeram; todavia, os resultados do estudo sugerem a existência de uma disparidade quanto a influência dos cidadãos sobre a representação política, pré e pós-eleições. No âmbito das disputas eleitorais, observa-se uma tendência de que as tomadas de decisões e projetos políticos dos candidatos eleitos sejam influenciadas enfaticamente pelo compromisso que se estabelece com aqueles que subsidiaram suas campanhas, de modo que a representação acontece, muitas vezes, em benefício de grupos específicos em detrimento das necessidades dos cidadãos que os elegeram (ROUSSEAU; TOCQUEVILLE; ARISTÓTELES; PLATÃO).

O CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO, O CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E A LEI 12.853/2013: UM ESTUDO DE CASO

*Vera Karam de Chueiri*¹

*Luciana Rocha Narciso*²

O presente trabalho parte da clássica teoria da separação dos poderes tal qual discutida nos artigos do *Federalista*, ressaltando a teoria dos *checks and balances* e, a partir delas, o papel da revisão judicial das leis, com foco na paradigmática decisão do caso *Marbury x Madison*. Discute os limites desse arranjo institucional legado do constitucionalismo americano do final do século dezanove em diante para pensar o constitucionalismo contemporâneo, especialmente na sua versão popular e dialógica. Utiliza o exemplo da lei de direitos autorais, sua elaboração legislativa e posterior discussão jurisdicional junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) em ação direta de inconstitucionalidade (ADI), para demonstrar os limites e possibilidades do constitucionalismo popular e dialógico.

¹ Professora de direito constitucional dos programas de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da UFPR e do programa de pós-graduação em Políticas Públicas da UFPR. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia do PPGD/UFPR.

² Mestranda do programa de pós-graduação em Políticas Públicas da UFPR. Advogada.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A NECESSIDADE DE COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL

Víctor Ferreira Dias Duarte da Costa¹

A judicialização da política, fenômeno observável no atual contexto judicial brasileiro, revela que questões predominantemente políticas são avocadas pelo Poder Judiciário em detrimento das instâncias políticas tradicionais, sobretudo do Congresso Nacional. A análise do Constitucionalismo moderno, em suas três principais vertentes, revela na tradição europeia, nas versões inglesa e francesa, a supremacia do Poder Legislativo em razão da valorização da lei como expressão da vontade geral. Com efeito, os modelos inglês e francês não admitiam o controle de constitucionalidade de atos normativos emanados do Poder Legislativo. O Constitucionalismo norte-americano percorreu, contudo, caminho diverso, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos, que inviabilizou a supremacia legislativa e permitiu o surgimento precoce do *judicial review*, em 1803. A jurisdição constitucional expandiu-se a partir de então e hoje, pode-se verificar sua universalização.

De fato, a judicialização da política é, em última análise, uma consequência da difusão da jurisdição constitucional. O *judicial review*, de origem marcadamente norte-americana, expandiu-se com o processo de atribuição de força normativa à Constituição e aos princípios. Com isto, operou-se uma evolução da perspectiva hermenêutica e, consequentemente, o Poder Judiciário passou a ser tido como concretizador último da vontade do constituinte. É importante associar a ascensão do Poder Judiciário à superação de um modelo de interpretação formalista e à adoção da perspectiva pós-positivista, permeada pela argumentação moral, que permite a discricionariedade judicial.

A moderna interpretação constitucional viabiliza uma maior discricionariedade judicial, criticada por muitos juristas que a entendem como ativismo judicial. A jurisdição constitucional enfrenta tra-

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Monitor de Teoria do Estado. Pesquisador do LETACI. Brasil. E-mail: victorferreira@ufrj.br.

dicionalmente a dificuldade contramajoritária, isto é, a contradição expressa na possibilidade de juízes, não eleitos, invalidarem decisões do legislador republicano. Nesse sentido, democracia e jurisdição constitucional guardam entre si, aparentemente, uma relação de tensão.

A teoria institucional norte-americana nos fornece o conceito de acordos de incompleta teorização, um importante instrumento para conciliação da jurisdição constitucional e a democracia. Cuida-se de acordos fundamentados em princípios abstratos, que permitem a convergência de diferentes perspectivas morais. No dizer do professor Cass Sunstein, os acordos de incompleta teorização viabilizam qualquer possibilidade de ordem constitucional nas sociedades pluralistas da contemporaneidade, caracterizadas por profundas divergências morais. A expressão judicial desse instrumento analítico é o minimalismo judicial. Defende-se a necessidade de as cortes adotarem uma postura minimalista de modo a não ultrapassar os limites técnicos de sua capacidade institucional.

Sob a perspectiva brasileira, o Supremo Tribunal Federal, cuja atuação vem sendo cada vez menos minimalista, sofre críticas, sendo acusado por muitos juristas de adotar um comportamento ativista. Defender-se-á nesse trabalho a tese de que o Supremo Tribunal Federal não possui ampla autonomia decisória quanto a questões de natureza política, mas, apenas, uma autonomia contingenciada. Cabe apontar a necessidade de observância dos limites institucionais definidos pelo constitucionalismo como meio de superação da dificuldade contramajoritária e de afirmação da legitimidade democrática da Corte Constitucional.

Em razão da crise da representação política, verifica-se a transferência de Poder Político para o Supremo Tribunal Federal, que supre as demandas sociais merecedoras de tutela não atendidas pelas instâncias políticas tradicionais. Esse fenômeno de judicialização da política associado à indeterminação das normas constitucionais poderia suscitar plena autonomia da Corte não fosse esta constrangida pela opinião pública e pelas instituições políticas. Mas, reconhecendo a falibilidade desses fatores, defende-se a autonomia contingenciada da Corte, que oscila de acordo com a capacidade de a opinião pública e as instituições políticas pressionarem a Corte a captar a vontade majoritária.

Propor-se-á a adoção de mecanismos de diálogos institucionais, de modo a estabelecer um projeto de cooperação sistêmica. Especificamente, será proposto, sob inspiração do modelo canadense, o apelo ao legislador como uma tentativa de democratização da jurisdição cons-

titucional, uma vez que a representação política é, em tese, a opinião pública institucionalizada. A interação entre essas instituições produz um maior grau de estabilidade e segurança num Estado Democrático de Direito. As diferentes instituições não devem atuar isoladamente segundo suas capacidades institucionais, mas estabelecer um projeto de cooperação de modo que os efeitos sistêmicos se traduzam no reforço da perspectiva democrática. Busca-se estabelecer que o fenômeno democrático não é apenas de ordem constitucional, mas está diretamente ligado às atividades das instituições. Em suma, a Corte possui discricionariedade, decorrente da evolução da hermenêutica constitucional, todavia deve ser constrangida por fatores de ordem político-institucional.

O CONTROLE JUDICIAL DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO

Victor Bicalho Cruz Amaral Quirino¹

Em junho deste ano, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados submeteu à apreciação do plenário a Emenda Aglutinativa nº 16 no procedimento de tramitação da PEC 171/93, que dispunha sobre a redução da maioria penal. No dia anterior, os parlamentares já haviam rejeitado a matéria em votação do texto substitutivo da referida PEC, o que motivou diversos Deputados de diferentes partidos a impetrarem Mandado de Segurança contra o ato da Mesa Diretora, por violação do devido processo legislativo. O Mandado de Segurança impetrado, nº 33.697/15, visava à suspensão da tramitação da PEC em sede liminar. O ministro Celso de Mello, na apreciação do pedido, decidiu pelo indeferimento por não ter verificado, no caso concreto, a existência de *periculum in mora*.²

Antes disso, em maio, em ato semelhante, a presidência da Câmara incluiu na pauta de deliberação a Emenda Aglutinativa nº 28, sendo que, no dia anterior, a Emenda Aglutinativa nº 22, que tratava da mesma matéria – a constitucionalização do financiamento privado de campanhas eleitorais –, foi rejeitada em votação plenária. Alguns par-

¹ Graduando do 6º período da Faculdade de Direito Milton Campos. Estagiário acadêmico no escritório Cremasco, Dilly Patrus, Peixoto, Leão Advogados. Brasileiro. Endereço eletrônico: victorbicalho@gmail.com

²STF, MS 33.697/15, Rel. Min. Celso de Mello, Dje nº 153, divulgado em 04/08/2015.

lamentares impetraram Mandado de Segurança (nº 33.630/15), com pedido liminar, em face do Presidente da Câmara, por violação ao devido processo legislativo. A ministra Rosa Weber, em decisão monocrática, indeferiu o pleito liminar no bojo da ação, sob o argumento de que não estavam configurados os requisitos necessários à sua concessão.³ Ainda, considerou que o ato impugnado dizia respeito a questão interna corporis da Câmara dos Deputados, não controlável pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 60 da Constituição da República de 1988 estabelece as regras relativas ao processo de edição de Emenda à Constituição. A observância das referidas diretrizes é essencial para a manutenção do Estado Democrático de Direito, na medida em que garante a pluralização do debate, o amadurecimento dos posicionamentos políticos e a participação das minorias no procedimento legislativo.

A presidência da Câmara dos Deputados, nos dois atos, violou as disposições constitucionais que pretendem garantir o devido processo legislativo, sobretudo quando da submissão à votação, na mesma sessão legislativa, de matéria constante de proposta de Emenda Constitucional rejeitada pelo plenário. A afronta ao parágrafo 5º do art. 60 é indiscutível.

É cediço que as Emendas Aglutinativas 16 e 29 não guardavam identidade literal com os textos substitutivos da PEC 171 e 22, respectivamente. Entretanto, a matéria nelas prevista era idêntica, ou seja, o cerne da questão motivadora da propositura de ambas era o mesmo: reduzir a maioria penal e constitucionalizar o financiamento privado de campanhas políticas, esbarrando na vedação do parágrafo 5º do art. 60 da Constituição.⁴

O Supremo Tribunal Federal, quando provocado a realizar o controle jurisdicional da constitucionalidade do procedimento encaminhado pela Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, postergou, com o indeferimento das liminares, a proteção da ordem constitucional em

³STF, MS 33.630/15, Rel. Min Rosa Weber, Dje nº 118, divulgado em 18/06/2015.

⁴No mesmo sentido, cf. TRINDADE, André Karam; CATTONI, Marcelo. Momento oportuno: controle do processo legislativo coloca reforma política em dilema. Consultor Jurídico (CONJUR), 25 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-25/controlado-processo-legislativo-coloca-reforma-politica-dilema>>. Acesso em 14/10/2015. Ver também: BUSTAMANTE, Thomas; BUSTAMANTE, Evanilda Godoi. Jurisdição constitucional na Era Cunha: entre o passivismo procedimental e o ativismo substancialista do Supremo Tribunal Federal. 2015. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2633948>. Acesso em 13/10/2015.

meio a uma das mais graves crises políticas da jovem democracia brasileira.⁵ Entende-se que o momento oportuno para o exame da questão, ao contrário do que afirmou a ministra Rosa Weber, deve ser aquele em que a Corte toma conhecimento do vício procedimental, de modo a assegurar, desde logo, a prevalência da ordem constitucional, com vistas a evitar os efeitos da insegurança gerada por eventual inconstitucionalidade preservada para o futuro.

Com base nisso, propõem-se os seguintes tópicos para desdobramento e aprofundamento investigativos:

(A) a relação entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional no tocante ao esclarecimento das suas próprias competências e à definição do devido processo legislativo;

(B) a natureza, a extensão e os limites do mandado de segurança para a tutela do devido processo legislativo, sobretudo no que se refere a: legitimidade ativa do parlamentar, legitimidade passiva da Mesa Diretora, competência do Supremo Tribunal Federal e configuração do direito líquido e certo passível de tutela;

(C) origem e fundamento da tese da inviolabilidade das questões *interna corporis* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

⁵Cf. CATTONI, Marcelo; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco; NUNES, Dierle. Manobra regimental: Câmara Violou a Constituição ao votar novamente financiamento de campanhas. Consultor Jurídico (CONJUR), 4 de junho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jun-04/camara-violou-constituicao-votar-financiamento-campanhas>>. Acesso em 14/10/2015; BAHIA, Alexandre; CATTONI, Marcelo; SILVA, Diogo Bacha e. Papel do STF: diga-me o que é periculum in mora e te direi que concepção democrática tens. Consultor Jurídico (CONJUR), 23 de julho de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-23/mudanca-constituicao-nao-tratadacomato-ordinario>>. Acesso em 14/10/2015.

PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS FORMAIS:

UM MODELO SOFISTICADO E FLEXÍVEL PARA A QUESTÃO DA REVISÃO JUDICIAL

Yago Condé Ubaldo de Carvalho¹

Observa-se que o Poder Judiciário passou a ocupar papel de protagonista no trato de questões sociais. Seja em face da atuação ou da negligência dos Poderes Legislativo e Executivo, juízes são chamados a decidir, e cada vez mais. Se, por um lado, a proteção de direitos fundamentais e, em última análise, da constituição é tarefa da maior importância, por outro, a atuação do judiciário é acusada dos mais graves pecados: decisionismo e ativismo, com toda a negatividade que o sufixo denota.

Decisões relativas a direitos fundamentais sociais são, talvez por excelência, os objetos dessas críticas. Nelas, escancara-se a questão da legitimidade, da autoridade e dos limites da revisão judicial. A proteção da constituição, dos direitos fundamentais e a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, alega-se, entram em conflito com o princípio democrático e com a separação dos poderes.

Em face desse diagnóstico, são diversas as propostas de solução. No escopo do giro hermenêutico-pragmático, surgem teorias da hermenêutica constitucional diversas e que propõem variantes de formalismo, teorias de caráter consequencialista e focadas na análise de razões institucionais. Disso resulta, para muitos autores, o apontamento de uma superioridade epistêmica dos demais poderes em relação ao judiciário para decidir sobre direitos fundamentais.

Por outro lado, as teorias da argumentação também oferecem propostas relevantes. Modernas discussões acerca da Teoria dos Princípios de Robert Alexy trazem como pauta a ponderação de princípios formais, e com base nela propõem que a decisão sobre a alocação de competência deve se dar no caso concreto. Ou seja, para responder à questão sobre quem deve decidir, uma série de dados auferidos no caso concreto devem ser levados à ponderação.

Neste trabalho analisa-se em que medida a proposta da ponde-

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF); yagoubaldo@gmail.com.

ração de princípios formais seria mais adequada para dar respostas à questão da interferência judicial, uma vez que lida com razões institucionais de maneira mais flexível e que tal modelo é capaz de explicar com maior precisão a variedade de arranjos de *judicial review* existentes no mundo e as técnicas de decisão por eles utilizadas.

Ao avançar no exame dessa proposta, são elencados parâmetros para tal ponderação. Cláudia Toledo coloca que se deve “*observar um ‘controle de evidência’ e outros fatores: qualidade da decisão, conhecimento técnico, efetividade do ordenamento jurídico e incerteza epistêmica quanto ao objeto*”². Evidencia-se assim a pertinência de razões institucionais à ponderação: por exemplo, no momento de se questionar o *conhecimento técnico* que se possui sobre o caso, devem ser levantadas razões institucionais que revelem quão profundo é esse conhecimento. Quanto maior for, maior o grau de interferência para o qual se aponta. Ao contrário, evidenciada a capacidade institucional superior do poder legislativo ou da administração pública em relação ao conhecimento técnico envolvido, deve-se concluir por uma intervenção judicial leve (ou pela não intervenção), levados em conta também os demais parâmetros, evidentemente.

O modelo parece mais adequado para lidar com razões institucionais porque não ignora que tais razões, além de consagrarem escolhas de determinado regime constitucional, consagram argumentos empíricos. Tais argumentos dizem respeito a possibilidades processuais da jurisdição, por exemplo, incluindo-se aqui leis e regimentos internos, que são mutáveis. Em suma, tal modelo não ignora que cortes constitucionais são diferentes e mudam com o decorrer do tempo.

Além disso, a questão da legitimidade da revisão judicial se afigura tão complexa que não deve receber respostas em um esquema binário de “sim ou não”. No julgamento da constitucionalidade de uma norma, as opções à disposição do juiz constitucional não são apenas a supressão da norma do ordenamento ou a sua manutenção. Técnicas diversas de decisão foram desenvolvidas e cada uma delas (mais que isso, cada caso concreto) revela um grau de interferência distinto.

Assim, conclui-se que o modelo da ponderação de princípios

² TOLEDO, Cláudia. Justiciabilidade dos Direitos Fundamentais Sociais e Conflito de Competência. In: I Congresso Internacional de Direito Constitucional & Filosofia Política - O Futuro do Constitucionalismo: Perspectivas para democratização do Direito Constitucional, 2014, Caderno de Resumos, p. 374-376. Belo Horizonte: Initia Via, 2014.

formais, como proposto por Matthias Klatt³ (sem o prejuízo de outras propostas) no escopo da Teoria dos Princípios de Alexy é um modelo que (a) não sofre de *cegueira institucional*, (b) oferece uma flexibilidade condizente com a variedade de modelos de *judicial review* que se sucedem no tempo e espaço e (c) se mostra adequado à variedade de graus de interferência possíveis, relacionados às decisões possíveis e às técnicas que lhes dão suporte.

³ KLATT, Matthias. Positive rights: Who decides? Judicial review in balance. *International Journal of Constitutional Law*, Oxford University Press and New York University School of Law, Vol. 13, N. 2, p. 354-382, 2015.

A MANIFESTAÇÃO DA SOBERANIA POPULAR NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ:

O ART. 225 E O SUBSISTEMA DOS CONSELHOS GESTORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Agnelo Corrêa Vianna Júnior¹

O texto busca uma interpretação do art. 225, da Constituição da República, de 1988, em relação sistêmica com os demais dispositivos, principalmente sobre o significado das expressões “*Poder Público*” e “*coletividade*”, que determinam o compartilhamento paritário e colegiado da competência de elaboração de políticas públicas ambientais entre o estatal e o não estatal.² Pois, se o texto constitucional impõe a obrigação da defesa e da preservação do “*meio ambiente ecologicamente equilibrado*”, também oferece os meios necessários para a sua efetivação.

Argumenta-se que as expressões “*Poder Público*” e “*coletividade*” representam manifestações da soberania popular; uma, indireta, exercida através da mediação constitucionalizada da burocracia estatal integrante do “*Poder Público*”, e, outra, direta, exercida pela “*coletividade*” não estatal. Utiliza-se o compartilhamento de competências para a criação de um sistema de controle mútuo entre elas, evitando-se a usurpação da soberania popular por interesses particulares, burocráticos ou corporativos, que podem instrumentalizá-la.

Com a complexização da sociedade contemporânea, ocorre um fortalecimento do Estado, das burocracias estatais e das corporações econômicas, com a capacidade de transformarem seus interesses privados em aparentemente públicos. Para responder a esta homogeneidade desmobilizadora, mostra-se imprescindível à explicitação destas dispu-

¹ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito/UFGM. Advogado. Brasil. E-mail: agnelovianna@uol.com.br.

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 13 out. 2015.

Art. 225. Todos têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao *Poder Público* e à *coletividade* o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

tas simbólicas, criando-se espaços específicos, integrados à esfera pública, de composição colegiada que retrate a pluralidade de interesses envolvidos, conformatados pela contextualidade dinâmica das relações sociais.

A discussão de fundo é a presença da tensão permanente entre o constitucionalismo e a soberania popular no Estado Democrático de Direito, isto é, a necessidade de limitações contra majoritárias para impedir as arbitrariedades das maiorias momentâneas e fugazes, manipuláveis e potencialmente opressoras das minorias, que, segundo o constitucionalismo, resultam, algumas vezes, dos procedimentos da democracia popular. O problema é a proteção, configurada pelo constitucionalismo, tornar-se, com o tempo, imobilismo, transformando-se em instrumento de conservação de modelos de dominação e exploração solidamente estratificados.

A interpretação proposta estabelece que a Constituição, de 1988, no art. 225, internalizou a tensão entre o constitucionalismo e a soberania popular, transmutados em “*Poder Público*” e “*coletividade*”, como elemento fundamental na elaboração das políticas públicas ambientais, através da institucionalização do local propício para sua manifestação, o Conselho Gestor de Políticas Públicas.

O embate tensionado ocorre em torno da especificação da composição paritária e da procedimentalidade dos colegiados. A soberania popular é una e indivisível; a classificação em direta ou indireta refere-se exclusivamente ao seu exercício, mediado ou não, portanto, sem interferência no seu potencial de imanência. Mas como qualificar ou quantificar sua influência nas decisões colegiadas para definir a composição e os procedimentos que devem caracterizar os colegiados? Dependem das contextualidades sociais momentâneas, oxigenando, assim, as limitações excludentes do constitucionalismo.

Uma perspectiva emancipadora desta interpretação, privilegiando a “*coletividade*”, reflete melhor a principiologia constitucional da emanção do poder soberano exclusivamente do povo, inclusive, porque, enquanto integrante da ação estatal, a soberania surge apenas como base de sustentação, sem possibilidade de questionamento ou modificação da formatação previamente disponibilizada. É uma interpretação mais condizente com a pluralidade e complexidade características da contemporaneidade, pois facilita sua exposição e expressão.

Uma conservadora, privilegiando o “*Poder Público*” e, conseqüentemente, os grupos mais organizados com maior capacidade de pressão sobre o Estado, torna-se desfavorável à mobilidade exigida

pela dinâmica das relações sociais na sociedade contemporânea. Além de transformar as opiniões emitidas pelos colegiados em homologações posteriores de questões previamente decididas, sem nenhuma discussão procedimental, introduzindo, assim, a supremacia do conhecimento técnico sobre a política. Ou promover sua aprovação pelos representantes dos interessados apenas para endossar a sua legitimidade, facilitando sua aplicação.

A interpretação constitucional da competência compartilhada e colegiada do art. 225, que resulta na institucionalização do Conselho Gestor de Políticas Públicas ambiental, de composição paritária entre os interesses concorrentes e de procedimento público e democrático, funciona como irradiadora dos conceitos desenvolvidos, que devem ser ampliados, abrangendo outras temáticas específicas como, por exemplo, saúde, assistência social, educação, cultura e crianças e adolescentes, entre outras. Envolve, assim, um conjunto significativo de direitos e de garantias fundamentais e de bens de uso comum do povo, que serão administrados por colegiados democráticos, formando uma espécie de subsistema constitucional de Conselhos Gestores de Políticas Públicas.

REFORMA CONSTITUCIONAL:

OS LIMITES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO E A QUESTÃO DA INICIATIVA POPULAR

Barbara Brum Nery¹

A crise de representatividade que aflige há muito o sistema político nacional e vem ganhando popularidade no âmbito da sociedade civil, permeia nosso modelo de Teoria do Estado e da Constituição com raízes ainda no século XIII. A necessidade de estruturação e aprimoramento de uma teoria da constituição contemporânea adequada à realidade brasileira é iminente. O trabalho desenvolvido

¹ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista pela Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Processual do IEC - PUC Minas. Mestranda em Direito pelo PPGD da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Brasil. Advogada. E-mail: barabarabrum@me.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1494580038161956>.

pretende debater a possibilidade de maior participação popular direta na reforma constitucional a partir de um paralelo com as formulações e críticas desenvolvidas na doutrina do direito comparado, especialmente acerca do Artigo V da Constituição dos Estados Unidos. Ao longo dos anos, a teoria da constituição americana, especialmente aquela formulada por alguns doutrinadores da escola da Universidade de Yale, objetivando expor contornos próprios para além da teoria europeia do poder constituinte, colocou em xeque a observância literal do texto constitucional no que diz respeito às previsões formais de reforma contidas no Artigo V. Nesse ponto, a questão relativa à rigidez constitucional pode ser resumida, justamente, como a aptidão do Artigo V de se afirmar como o único mecanismo de alteração do texto da Constituição. A respeito da temática, existem duas principais posições que tratam do poder de reforma no contexto da Constituição estadunidense. A primeira corrente, que expressa uma visão mais tradicional do tema, é denominada pelos seus críticos de **corrente restrita**, que defende que, em geral, o disposto no Artigo V seria o único meio legítimo de alterar ou emendar o texto constitucional e será exposta a partir da posição estruturada por Lawrence G. Sager (2001). A segunda corrente, defendida por autores como Bruce Ackerman (1995) e Akhil Reed Amar (1995), por sua vez, propõe uma nova forma de leitura do texto constitucional, de acordo com a qual, o Artigo V não deve ser lido como a única forma de alteração da Constituição. Nessa perspectiva, existiria ainda a possibilidade de emendas à Constituição delineadas pelo ‘The People’ à margem das determinações formais previstas na literalidade do texto constitucional. Os defensores da corrente menos conservadora partem de fatos e de documentos do período da independência dos EUA e do contexto de elaboração da Constituição de 1787. A visão tradicional do Artigo V, segundo a qual a iniciativa de emenda à Constituição se restringiria ao parlamento, escaparia à lógica dos pais fundadores de *People-driven* (AMAR, 1995). Sager (2001), por sua vez, se filia à primeira corrente e defende que o processo pelo qual a Constituição foi proposta e ratificada se distinguiriam radicalmente dos instrumentos para a mudança constitucional. Em sua perspectiva, os requisitos de alteração previstos no Artigo V guardam uma necessária harmonia. Contudo, em determinados momentos específicos, denominados **constitutional breakdown**, qualquer ator político estaria autorizado a ignorar os procedimentos constitucionalmente previstos e alterar a Constituição em favor da governabilidade, desde que consubstan-

ciados requisitos específicos. No Brasil, a afirmação acerca da possibilidade de reforma constitucional para além de uma interpretação literal do disposto no artigo 60 da CRFB/88, foi pioneiramente defendida por José Afonso da Silva (1999) por meio de uma leitura sistemática da Constituição. A ausência de dispositivo expresse autorizando a participação popular direta no procedimento de emendas Constitucionais, não excluiria a aplicação desses institutos diante das previsões dispostas no artigo 1º, parágrafo único, artigo 14, II e III, e artigo 49, XV todos da CRFB/88. A amplitude das propostas apresentadas pelos americanos difere do caminho delineado por Silva (1999). Enquanto os juristas estadunidenses defendem a ocorrência de emendas à Constituição por meio da manifestação do “The People” sem possibilidade de oposição dos legitimados ordinários, Silva (1999) defende, ao menos à princípio, tão-somente a **iniciativa** popular, que, como as demais previsões de iniciativa, deverá passar pelo processo de deliberação ordinário, constante no artigo 60 da CRFB. Outro ponto que merece maior reflexão a partir da proposta de Silva diz respeito a aptidão da iniciativa popular gerar os efeitos pretendidos ou tratar-se de mera construção nominal ou semântica. Nesse contexto, merece espaço uma breve análise pragmática do instituto, positivado e vigente, da iniciativa popular de projeto de lei, em sentido ordinário. Transcorridos 27 (vinte e sete) anos desde a promulgação da Constituição, nenhuma das propostas de lei aprovadas sob clamor de ‘projeto de iniciativa popular’ é genuinamente popular, todas tiveram que ser encampadas por outros legitimados. Assim, a possibilidade de participação direta no caso das leis de iniciativa popular, até o momento, é uma mera ilusão. Por esse motivo, qualquer forma institucionalizada de estabelecimento de iniciativa popular de projeto de emenda constitucional, para verdadeiramente atender a demandas sociais, deverá ser formulada a partir do contexto social brasileiro. Por fim, durante os últimos anos, tramitaram, sem sucesso, ou ainda estão tramitando a passos lentos, diversos projetos de emenda à Constituição que, se aprovados, influenciariam na estrutura da reforma constitucional os quais merecem maior debate e atenção.

CONSTITUCIONALISMO ARGUMENTATIVO EM UMA SOCIEDADE TECNOLÓGICA:

A CONTRIBUIÇÃO DE TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. PARA A COMPREENSÃO
DA SITUAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

Carlos Eduardo Batalha da Silva e Costa¹

Embora mais conhecido por suas obras de Filosofia e Teoria do Direito, o jurista brasileiro TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. também se dedicou ao Direito Constitucional, acompanhando e investigando o constitucionalismo nacional desde o período da redemocratização até os dias atuais. Nesse contexto, defendeu que as tensões provocadas pelo peculiar modelo de Estado Social proposto pela Constituição de 1988 fizeram surgir, ao lado de uma tradicional “interpretação de bloqueio”, uma nova modalidade de interpretação constitucional, que foi chamada de “interpretação de legitimação”. A partir dessa reformulação da Hermenêutica Constitucional, a questão da interpretação estaria voltada para o problema da conformação política dos fatos sociais, estimulando o aparecimento de exigências de uma “desneutralização política” da jurisdição constitucional, na qual os juízes assumem uma responsabilidade prospectiva, preocupada com a consecução de finalidades políticas.

Todo esse quadro de mudanças é frequentemente caracterizado como “neoconstitucionalismo”, sendo também identificado como uma confirmação clara de uma crise geral do positivismo jurídico. Na obra de FERRAZ JR., porém, as transformações da Hermenêutica Constitucional brasileira recebem outro diagnóstico, bastante provocativo. Elas estão vinculadas tanto ao advento do fenômeno social da positividade quanto à consolidação da sociedade tecnológica ao longo de todo século XX. Ambos os fenômenos eliminaram a dimensão instancial do mundo natural, consolidando a percepção de que o homem tudo mani-

¹ Doutor em Filosofia (FFLCH/USP). Mestre em Direito (FD/USP). Professor Titular de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo/SP. Professor Adjunto de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado – FAAP/SP. Brasil. Endereços eletrônicos: carlos.costa@direitosbc.br / cecosta@faap.br .

pula, até mesmo a sua natureza e a própria tecnologia. Ao mesmo tempo, a substituição das linhas de produção industrial por redes de aquisição e transmissão de informações introduziu um novo modo ser (o “homem-aparelho”), no qual os meios de comunicação passam de instrumento à extensão humana (“cada um é o que é em rede”). Com isso, o sentido dos controles sociais acabou se transformando radicalmente, deixando de voltar-se primordialmente para o passado, para ocupar-se basicamente do futuro. A interação social, por sua vez, passou a se manifestar em complexos sistemas funcionais que se regulam apenas por estratégias de governabilidade de indivíduos, agora despojados da sua razão de ser como sujeitos portadores de um *ethos* que os dignifica. Os máximos valores são agora a eficiência dos resultados e a alta probabilidade de sua consecução. A ideia de cálculo, em termos de relação custo-benefício, se torna uma premissa oculta, mas constante, em qualquer manifestação de saber prático. No que diz respeito ao enfoque dos juristas, essas modificações estimulam “uma progressiva assimilação do enfoque científico do direito pelo enfoque dogmático”. As doutrinas jurídicas não se opõem à ciência, mas, tendo em vista a decisão de conflitos práticos, raciocinam em termos de meios/fins, transformando a relevância atribuída a certas conclusões das teorias científicas.

O impacto dessa situação para o constitucionalismo contemporâneo é relevante. Diante dela, não é possível para FERRAZ JR. caracterizar os direitos fundamentais como “trunfos”, ou mesmo conceber as normas constitucionais como “mandamentos de otimização”. Justificações com argumentos de princípios não manifestam o exercício de uma racionalidade emancipadora, que reaproximaria ética e racionalidade jurídica no contexto das decisões judiciais. Não há uma unidade substancial para caracterizar o sujeito do direito subjetivo e, por isso mesmo, toda ação decisória se reduz a uma opção técnica, submetida ao critério do bom funcionamento. Qualquer decisão no âmbito da jurisdição constitucional que assume a consecução de finalidades políticas torna-se, nas palavras de Ferraz Jr., “presa de um jogo de estímulos e respostas que exige mais cálculo do que sabedoria”. A prática da interpretação constitucional realizada pelos constitucionalistas e pela corte constitucional brasileira desenvolve-se, na verdade, como uma operação tecnológica que, assim sendo, submete-se à coerção da eficácia funcional.

Colocar em discussão esse diagnóstico é o que pretendemos com a apresentação deste trabalho.

A CONFIGURAÇÃO DOS PRECEDENTES NO CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

Carolina Almeida¹

Maíra Almeida²

A presente pesquisa tem natureza teórica e o objeto caracteriza-se pelo estudo da formação de precedentes no contexto brasileiro do Poder Judiciário. São abordadas como concepções de precedentes as analisadas por Cass Sustein, Frederick Schauer e Ronald Dworkin, os quais perpassam por instrumentais como regras, analogias e princípios.

A teoria de Cass Sunstein baseia-se principalmente na elaboração de acordos possíveis dentro de uma disputa judicial. Tais acordos referem-se a um exercício interpretativo e deliberativo dos magistrados e denominam-se por “acordos teóricos incompletos”. De maneira exemplificativa, tais acordos ganham espaço em uma aplicação teórica que tem alcance de média escala, ou seja, os magistrados não necessariamente dispõem de um paralelismo quanto à fundamentação de seus votos, mas todos convergem para um mesmo resultado. Tal quadro vem sendo observado com certa frequência em muitos casos tidos como complexos, como o são aqueles que chegam até a alçada da Corte Constitucional Brasileira. Em suma, a preocupação maior tende a girar em torno do resultado, e não da teoria que levaria até ele.

Outro ponto a ser evidenciado diz respeito à caracterização e emprego de regras e analogias neste exercício. Quanto ao seu emprego, Sunstein argumenta que se tratam de métodos de solução de discussões de teor constitucional que têm por objetivo tornar possível a obtenção de um acordo quando este se faz imprescindível, assim como

¹ Mestranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/PPGD/FND/UFRJ, com o apoio do CNPq e da FAPERJ. Advogada. Brasil. E-mail: carolina.almb@gmail.com

² Mestra e doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/PPGD/FND/UFRJ, com o apoio do CNPq e da FAPERJ. Advogada. Brasil. E-mail: almeida.maira.1@gmail.com

dissolvê-los em hipótese de impossibilidade de sua constituição. A fim de melhor elucidar tal ponto, há também que se recorrer aos esclarecimentos de Frederick Schauer acerca da analogia e sua suposta relação com o uso de precedentes.

Schauer postula que analogia e precedente são diferentes. Enquanto a analogia trata-se da adoção de algum aspecto de um passado para resolução de um problema atual, podendo manuseá-lo da melhor maneira, o precedente refere-se a uma informação utilizada como referencial e que deve ser adotada independentemente da benesse que poderá trazer a uma celeuma atual.

Outro conceito importante incorporado ao presente estudo é o de “força gravitacional” do precedente, de Ronald Dworkin.

Em estudo acerca a teoria dos direitos, Dworkin traz em seus escritos a figura do juiz Hércules, que defende a existência de um meio que viabiliza o lograr de respostas tidas como “corretas” em hipótese de casos difíceis. Para Hércules, os juízes hodiernos têm o dever de aceitar as leis, bem como observar e obedecer a decisões pretéritas tomadas no âmbito de sua jurisdição ou em tribunais superiores. Por conseguinte, na fase de estudo de precedentes, Hércules terá que ponderar quais os impactos que a sua decisão refletirá no futuro (força gravitacional), que consiste na equidade, devendo os casos similares serem tratados igualitariamente. Contudo, isto não isentaria o juiz de se deparar com decisões de caráter confuso e incoerente.

Além de tais conceitos, uma vez que a problemática a ser encarada diz respeito à dimensão atribuída pela atividade jurisdicional brasileira, há também que se verificar um aspecto prático acerca do objeto em análise. Deste modo, são também abordadas as noções de eficácia, efeitos e problemas encontrados no exercício discricionário do Poder Judiciário quando este recorre aos precedentes para a pacificação de litígios.

Assim, em face de um caráter eminentemente teórico e de uma metodologia analítica, tem-se por objetivo principal deste estudo descrever, comparar e revisar criticamente as teorias que fundamentam o mecanismo do precedente.

O DESAFIO DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL EM PAÍSES DE MODERNIDADE TARDIA COMO *TERRAE BRASILIS*

*Christopher Abreu Ravagnani*¹

*Bruno Humberto Neves*²

A discussão do constitucionalismo implica o enfrentamento de um paradoxo, representado pelo especialíssimo modo como esse fenômeno é engendrado na história moderna-contemporânea. Ele nasceria de um paradoxo, porque do mesmo modo que surge como exigência para conter o poder absoluto do rei, transforma-se em um indispensável mecanismo de contenção do poder das maiorias. É, pois, no encontro dos caminhos contraditórios entre si que se desenha o paradoxo do constitucionalismo. E é na construção de uma fórmula abarcadora desses mecanismos contra-majoritários que se engendra a própria noção de jurisdição constitucional, percorrendo diversas etapas até o advento do Estado Democrático de Direito.

Assim, é razoável afirmar nesse contexto que a força normativa da Constituição – e, se assim se quiser, o seu papel dirigente e compromissório – sempre teve uma direta relação com a atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos direitos fundamentais-sociais previstos na Lei Maior. (STRECK, 2008, p. 23).

Neste momento, destaca-se a Hermenêutica Constitucional Substantialista e a Hermenêutica Constitucional Procedimentalista, ressaltando que a finalidade de ambas é a mesma, contudo, percorrendo trajetos distintos.

Sobre a concepção procedimentalista, Streck assevera (2008, p. 30) que Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática de opinião e da vontade e que exigem uma identidade política não mais ancorada em nação de

¹ Mestrando na UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Graduado em Direito (Faculdade Dr. Francisco Maeda de Ituverava-SP). Brasil. e-mail: car.advogado@hotmail.com

² Graduado em Direito (Faculdade Dr. Francisco Maeda de Ituverava-SP). Brasil. e-mail: bhn.advogado@hotmail.com

cultura, mas, sim, em uma nação de cidadãos.

Desta forma, sob a ótica de Habermas e dos procedimentalistas, o Tribunal Constitucional não deve ser um guardião de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Deve, sim, zelar pela garantia de que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução.

Cruz (2004, p.237), ao expor a visão de Habermas, mostra-nos que para a corrente procedimentalista a “resposta correta” está no procedimento, ou seja, na observância concorrente do “devido processo constitucional”, do “princípio da moralidade” (reciprocidade) e do “discurso jurídico” que, em conjunto, permitem a filtragem dos direitos fundamentais universais.

Desta maneira, a segurança jurídica não se encontra mais em um possível consenso substantivo, mas na rigorosa observância do processo.

Streck (2008, p. 30) critica então esse viés procedimentalista excessivo, principalmente pela situação contemporânea da sociedade brasileira, argumentando que por sua especificidade formal, longe estão de estabelecer as condições de possibilidade para a elaboração de um projeto apto à construção de uma concepção substancial de democracia, em que a primazia (ainda) é a de proceder a inclusão social (afinal, existem mais de trinta milhões de pessoas vivendo na miséria, ao mesmo tempo em que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República que visa erradicar a miséria e a desigualdade) e o resgate das promessas da modernidade, exurgente da refundação da sociedade proveniente do processo constituinte.

Habermas não admite a interpretação substancial da Constituição para a solução de “casos difíceis” quando esta se sobrepõe aos procedimentos democraticamente estipulados, como visto acima, consagra, a priori, que decidir constitucionalmente é garantir os meios processuais para os cidadãos alcançarem seus direitos fundamentais, partindo então de um pressuposto de gênese democrática do processo.

Com efeito, na visão procedimentalista a elaboração de uma norma deve obrigatoriamente passar pela comunicação dos cidadãos, de modo que estejam em condições iguais e que fundamente e justifique seus pensamentos, passando sempre pelo crivo da moralidade, de modo que torne a norma universal.

Desta feita, o procedimentalismo assume proporções fundamentais nas democracias onde os principais problemas de exclusão so-

cial e dos direitos fundamentais estão resolvidos.

É preciso tomar muito cuidado, para não opor de forma radical as duas correntes, pois então, nota-se que, tanto a procedimentalista, quanto a substancialista são defensoras da efetivação dos direitos fundamentais, aliás, para a elaboração de uma norma justa, pela ótica de Habermas, é necessário que a “norma perfeita” esteja atenta aos direitos fundamentais.

Portanto, o desafio da hermenêutica-jurisdição-constitucional é, diante do silêncio injustificado do poder executivo e legislativo, assumir o caráter transformador do Estado Democrático de Direito e lutar pela efetivação das promessas ainda não cumpridas.

REVISITANDO A IMUNIDADE RELIGIOSA À LUZ DA HERMENÊUTICA E DA TEORIA ANALÍTICA

Daniel Giotti de Paula¹

A imunidade religiosa tem sido, repetidamente, alçada à limitação ao poder de tributar nas Constituições brasileiras, desde os trabalhos pioneiros de Aliomar Baleeiro em 1946. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem sido pródiga em estender a imunidade, assumindo uma postura de criação de uma norma imunizante além do texto. Desnatura-se a imunidade religiosa como garantia, transformando-a em um incentivo governamental à difusão de práticas religiosas. Parcela considerável da dogmática tributária se enveredou pelo senso comum de que as imunidades devem ser interpretadas extensivamente – na verdade, criando norma com outras propriedades –, confundindo-se um dever de estender o sentido da norma imunizante por sua finalidade com aclarar o conceito da imunidade, dentro da moldura interpretativa dessa verdadeira norma-garantia. Exemplar de um pensamento “tipificante” e causalista, enclausura-se o intérprete em cate-

¹ Doutorando em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela UERJ, Procurador da Fazenda Nacional, Professor-convidado da pós-graduação *lato sensu* da PUC-Rio, UFF e PUC-MG

gorias construídas pela teoria geral do Direito, sem lastro no direito positivo. O pensamento complexo não afasta, assim, o rigor lógico-analítico e permite, na dogmática e na jurisprudência, criarem-se categorias próprias do direito posto. Identificadas as premissas, a partir dos métodos tradicionais de interpretação, aproximando-os, porém, das lições da hermenêutica e da teoria analítica, procura-se encontrar o sentido constitucionalmente adequado para imunidade. Para tanto, empreende-se uma análise dos conceitos *culto* e *templo*, que ainda que possam conter algum grau de indeterminação, possuem limites de resistência, não se chancelando qualquer interpretação constitucional deles. Ainda sob a ótica da teoria analítica, vale-se da distinção entre as categorias da interpretação extensiva e da analogia – essas típicas de uma Teoria Geral do Direito –, pois importantes para verificar a juridicidade da norma criada jurisprudencialmente: os recursos obtidos pelas entidades religiosas e revertidas para suas finalidades institucionais merecem o regime da imunidade. Testa-se essa orientação jurisprudencial, citando alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal no tema. Desnecessário citar, nesse passo, que se prendendo às fontes sociais de produção do Direito, reveladora de possíveis variações diacrônicas nos sistemas jurídicos, e se comprovando passar a discussão na teoria do direito contemporânea pelo dissenso sobre o conteúdo das fontes, e não propriamente sobre as mesmas, o reverso para uma posição contida do Supremo Tribunal Federal se mostra patente. Uma tese a ser comprovada, no fundo, perpassa a identificação das propriedades relevantes da imunidade religiosa e a mutação inconstitucional perpetrada, criando-se nova norma sem lastro no Sistema Constitucional Tributário. Tal esforço analítico deve ser acompanhado de uma abordagem hermenêutica, a fim de que se verifique o horizonte de sentidos e expectativas com os quais os vários atores institucionais lidaram, e ainda lidam, na construção da norma de imunidade: poder constituinte originário, legislador infraconstitucional e fisco. Revela-se útil incorporar a categoria da razão pública, e sob as hostes da neutralidade estatal em torno das questões existenciais do homem, reforçar o conceito constitucionalmente adequado de *culto* e *templo*, assim como o sentido global da imunidade religiosa. Com isso, releva-se uma última tese, a de que é possível serem compatibilizados os esforços hermenêuticos com as preocupações analíticas, sendo tal conjugação útil para se identificar a norma jurídica, tornando o direito cognoscível, estável e previsível.

PARADIGMAS CONTEMPORÂNEOS DE HERMENÊUTICA PRINCIPIOLÓGICA CONSTITUCIONAL:

UMA ANÁLISE CRÍTICA DO CONCEITO DE DEVER-SER IDEAL DE ROBERT ALEXY

Diogo Campos Sasdelli¹

A Teoria dos Princípios é, sobretudo a partir dos novos paradigmas introduzidos com as teorias jurídicas contemporâneas (o chamado pós-positivismo ou neopositivismo), elemento indispensável na construção de um sistema completo de hermenêutica constitucional. Se as teorias contemporâneas do direito estiverem corretas, um sistema jurídico é composto por dois tipos de normas: regras e princípios; estas gerais, de caráter *prima facie* e de importância fundamental no sistema, aquelas especiais, com caráter definitivo e de menor relevância na análise do sistema como um todo. Sendo a constituição o diploma normativo que reúne as normas mais importantes de um sistema jurídico, é nela que se encontram a maioria dos princípios de um sistema normativo. Daí a relevância da Teoria dos Princípios na construção da Teoria do Direito Constitucional. E se por um lado as grandes codificações impulsionaram o movimento teórico-filosófico do positivismo jurídico, o desenvolvimento histórico do constitucionalismo, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, impulsionou, por sua vez, o desenvolvimento da Teoria dos Princípios, contribuindo para a evolução do pensamento jurídico-filosófico para além dos limites do positivismo jurídico clássico.

Um dos trabalhos de Teoria dos Princípios de maior importância e influência internacional (especialmente nos países que adotam o sistema romano-germânico) se encontra no pensamento jurídico de Robert Alexy e sua célebre Teoria Discursiva do Direito, desenvolvida sobre as bases de uma Teoria da Argumentação Jurídica.

Alexy defende a tese da dupla-natureza do direito, que, portanto, teria duas dimensões: uma ideal, cujo fundamento central de validade seria a correção material (justiça em sentido estrito); outra real,

¹ Diogo Campos Sasdelli, brasileiro, é aluno do nono período da graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Endereço eletrônico: diogo-campos-sasdelli@hotmail.com

onde se encontrariam os tradicionais fundamentos de validade da eficácia social e da validade (em sentido estrito) conforme o ordenamento jurídico. A tese da dupla-natureza está, pois, conectada ao que Alexy chama de não-positivismo jurídico, corrente segundo a qual existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Essa conexão se justifica, entre outros fatores, pela necessidade de se argumentar com princípios (e não só com regras) em sistemas jurídicos minimamente complexos e desenvolvidos.

Sendo a ponderação a forma característica de aplicação de princípios, Alexy irá propor uma distinção na estrutura lógico-normativa de regras e princípios: regras são expressões normativas de um **dever-ser real**, ao passo que princípios são expressões de um **dever-ser ideal**. Segundo Alexy,

“um dever-ser ideal é todo dever-ser que não prevê que aquilo que é devido é possível fática e juridicamente em toda sua extensão, mas que exige porém cumprimento o mais amplo ou aproximativo possível. Ao contrário, pode o caráter de prescrições que só podem ser cumpridas ou descumpridas ser caracterizado como ‘dever ser real’.”²

Alexy também define o dever-ser ideal como sendo “um dever-ser abstrato ainda não relacionado às limitadas possibilidades dos mundos empírico e normativo.” Ou, ainda, como um “dever-ser *pro tanto*.”³ Assim, Princípios devem ser interpretados como dever-ser ideal, o que gera consequências metodológicas e práticas em sua aplicação.

Em seu artigo “Dever-ser Ideal” (*Ideales Sollen*), de 2009, Alexy propõe um argumento para a demonstração da existência do dever-ser ideal, ofertando o que o próprio autor chama de uma prova lógica da existência do mesmo.⁴ Tal demonstração é feita, basicamente e em síntese, tomando-se como exemplo o caso *Titanic*, no qual a revista satírica homônima ofendeu um oficial da reserva paraplégico que fora convocado para um treinamento militar, designando-o como “assassino nato”. Partindo do pressuposto de que toda norma precisa de

² ALEXY, Robert: *Teoria Discursiva do Direito*. Trad. Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro (RJ): Forense Universitária, 2014. p. 190.

³ *Ibidem*. p. 202.

⁴ Alexy propôs, em sua conferência “Dever-ser Ideal e Otimização”, apresentada no II Congresso Internacional em Direito e Inovação, em Juiz de Fora/MG, em 2015, algumas alterações em seu argumento, mantendo, contudo, intacta sua estrutura central.

subsunção para ser aplicada, bem como do princípio da liberdade de expressão e o direito geral da personalidade, Alexy deduz uma contradição normativa expressa pela fórmula " $PiRa \wedge \neg PiRa$ ", cujo significado em linguagem comum é: "é permitido *prima facie* (Pi) designar o oficial como "assassino nato" (Ra) e ($\wedge$) não é permitido *prima facie* ($\neg Pi$) designar o oficial como «assassino nato» (Ra). Segundo Alexy, se essa "permissão" é interpretada como um dever-ser real, a fórmula deduzida seria uma contradição absurda. Diante disso, é necessário que exista uma outra forma de dever-ser, uma forma tal que admita esse tipo de contradição. Essa forma, segundo Alexy, é o dever-ser ideal.

É necessário, porém analisar de forma crítica a prova proposta por Alexy, tendo em vista sobretudo a confiabilidade da linguagem e do método lógico por ele utilizados, confrontando seu argumento com teorias sobre a estrutura das lógicas modal, deôntica e não-montônica.

A DUPLA NATUREZA DO DIREITO E A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA

*Fausto Santos de Moraes*¹

Robert Alexy sistematizou uma série de conceitos filosófico-jurídicos que constituem o chamado Constitucionalismo Discursivo (KLATT, 2012). O sistema envolve uma proposta conceitual e metodológica sobre o Direito, cujo elemento comum é a Pretensão de Correção. Esse conceito para Alexy é o elemento chave para se perscrutar a racionalidade jurídica.

Num âmbito conceitual, Alexy propõe o Não Positivismo Inclusivista (ALEXY, 2010, p. 177) em que a Pretensão de Correção explicita uma relação necessária entre Direito e Moral (ALEXY, 2002a, p. 128). Em decorrência disso, o direito possuiria duas dimensões: a) real: composto pelo material autoritativo e pela eficácia social; e, b) ideal: com uma pretensão de correção moral. Essas duas dimensões estariam em equilíbrio, salvo em casos de injustiça extrema (ALEXY, 2010, p. 177).

¹ Doutor em Direito (UNISINOS/RS), docente do PPGD IMED – Passo Fundo/RS – Brasil. Pesquisador com apoio da Fundação Meridional. E-mail:faustosmoraes@gmail.com.

No que tange a questão metodológica, a distinção semântico-estrutural (ALEXY, 2002b, p. 33-34) para aplicação das regras e princípios jurídicos permite que se sustente a fundamentação do Direito de maneira procedimental-argumentativa orientada à Pretensão de Correção.

Diante disso, é correto dizer que a Pretensão de Correção na teoria de Alexy surge como condição de possibilidade de uma racionalidade jurídica que aparece no exercício argumentativo que fundamenta a resolução das questões prático-jurídicas. Cabe enfatizar, assim, que a hipótese trabalhada considera que a Pretensão de Correção é um ente integrado por elementos substancias e procedimentais interdependentes, necessários à fundamentação racional da aplicação das normas jurídicas.

Sustenta-se, por decorrência disso, que somente através da compreensão substancial e do desenvolvimento procedimental da Pretensão de Correção é que se mostra possível afirmar a fundamentação racional das normas de Direitos Fundamentais. No âmbito substancial, a institucionalização da racionalidade jurídica é derivada de uma condição de participante, o que torna a argumentação jurídica um “Caso Especial”. Esse posicionamento parece se diferenciar de Alexy quando estabelece a distinção entre observador e participante, respectivamente, nas decisões sobre casos fáceis e difíceis (ALEXY, 2013, p. 103). Isto é, o intérprete assumiria sempre essas duas dimensões do direito e não, como sugere Alexy, apenas nas decisões de casos difíceis, em que o recurso à dimensão ideal do direito seria a opção.

Não obstante, entende-se que uma das interpretações válidas sobre a dupla dimensão do Direito para Alexy poderia envolver a integração entre as dimensões real e ideal, com repercussão no exercício da argumentação jurídica (KLATT, 2015).

Assim, a fundamentação racional das decisões judiciais sobre direitos fundamentais está orientada a integração entre a dimensão real e ideal sobre o direito, permitindo que o intérprete sempre postule uma crítica ao direito estabelecido.

A aplicação do princípio da proporcionalidade como forma de decidir as questões sobre direitos fundamentais serve como um exemplo privilegiado. Isto porque a aplicação do princípio da proporcionalidade ganhou espaço nas principais cortes superiores do globo, sendo fato a sua constante referência pelo Supremo Tribunal Federal. Esta seria uma dimensão real do direito. Por sua vez, o questionamento sobre a correção dessas decisões (MORAIS, 2013), se valem de uma dimensão ideal do direito.

Outro exemplo seria o próprio desenvolvimento das leis de colisão por Alexy das leis de colisão - a satisfação/intervenção nos direitos, fórmula de peso e a certeza sobre as premissas normativas e empíricas – seriam um indicativo dessa integração entre a dimensão real e ideal do direito.

Portanto, a ideia de integração argumentativa da dupla dimensão do direito qualifica o intérprete no exercício argumentativo tanto no questionamento sobre o direito estabelecido (lei, doutrina e jurisprudência), quanto no seu desenvolvimento (KLATT, 2008, p. 12).

A FÉ NOS NOVOS SENTIDOS, A FÉ NAS IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS E ALGUNS PROBLEMAS

Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida¹

Rodolfo Assis²

A interpretação jurídica, especialmente quando ocorre no âmbito constitucional, apresenta questionamentos quanto à mudança de sentido ao longo do tempo. Essa mudança de sentido é positiva para a aplicação do Direito Constitucional? Susan Haack pensa que sim. Em artigo não muito antigo que trata da interpretação em geral, e que menciona alguns casos julgados pela Suprema Corte Americana, a autora demonstra esse fenômeno de alteração semântica ao longo do tempo, especificamente quanto ao direito. Ela o faz através de casos em que os tribunais extrapolam o conteúdo semântico de normas em razão do surgimento de novas situações. Além de reconhecer a existência desse fenômeno, ela argumenta que ele é capaz de trazer “maior racionalidade” ao direito, posto que o tornaria mais compatível com as necessidades e contingências da realidade que regula. Essa alteração semântica

¹ Guilherme da Franca Couto Fernandes de Almeida. Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Graduado em Direito pela UFRJ. Brasil. Email: almeida2808@gmail.com;

² Rodolfo Assis. Mestrando em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC-Rio. Graduado em Direito pela UFJF. Brasil. Email: rodolfoassisferreira@gmail.com

ca parece decorrer de algumas considerações fáticas tradicionalmente descritas pela chamada teoria da linguagem ordinária. Trata-se do fato de que as expressões linguísticas mudam de sentido de acordo com o seu uso em uma comunidade de falantes. Quando esse é o caso, há alterações de sentido no conteúdo semântico de expressões linguísticas ao longo do tempo. Da mesma forma, o sentido das normas que os atores utilizam como padrões de avaliação de conduta também podem variar ao longo do tempo, em função do seu uso em uma comunidade que compartilha uma língua. Para sustentar a dupla tese de que a alteração de sentido efetivamente ocorre no direito e que essa alteração é positiva, Haack nos oferece vários exemplos. Um deles é o caso *Everson v. Board of Education*, referente à liberdade religiosa e laicidade nos EUA, e que deu novo tratamento a norma da proibição de estabelecimento de uma religião ou de uma igreja por parte do estado americano. Pretendemos oferecer argumentos para sustentar a tese de que, embora eventualmente o desenvolvimento de alterações semânticas ao longo do tempo possa trazer efeitos benéficos, essa “maior racionalidade” não é necessária, mas sim contingente. Muito embora em um determinado conjunto de casos as consequências da abertura linguística das normas possam ser claramente positivas, em outro conjunto de casos esse mesmo fenômeno pode trazer prejuízo a valores morais que o direito efetiva, como coordenação e eficiência. Para tanto, pretendemos analisar o fenômeno sob as perspectivas conceituais e normativas. Analisamos a mudança de sentido do caso *Everson*, de maneira um pouco mais detida que Haack, confirmando em linhas gerais a maior racionalidade que o incremento de sentido traz. Porém, como contraponto, analisamos outros dois casos: o Recurso Extraordinário 202.149, que trata da extensão da imunidade tributária da imprensa ao maquinário utilizado pela mesma e o Recurso Extraordinário 325822, que, como *Everson*, trata da liberdade religiosa e laicidade. Ambos funcionam como contraexemplos ao argumento sustentado por Haack, na medida em que demonstram a possibilidade de resultados “menos racionais” através da referida ampliação de sentido. No primeiro caso, veremos como o STF se valeu especificamente da ampliação de sentido de uma norma clara, com resultados no mínimo questionáveis. No segundo, veremos como a teoria interpretativa endossada pelo argumento de Haack pode gerar resultados extremamente negativos à luz de diversos valores consagrados do direito, inclusive referente aos próprios valores que o estabelecimento de uma imunidade tributária religiosa pretende alcançar.

PETER HÄBERLE E O “PENSAMENTO DAS POSSIBILIDADES” NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

UM ESTUDO DE CASO DA AÇÃO PENAL 470

André Rubião¹

Guilherme Gosling²

As relações entre direito e democracia vêm se tornando cada vez mais complexas. Com o advento do Estado Democrático de Direito, surge uma nova dinâmica entre Estado e sociedade, capaz de redefinir o papel do poder público e da participação social. Esse arranjo institucional, ainda em aberto, vem estimulando novas teorias sobre a justiça e a democracia na contemporaneidade. No que toca o direito, após as críticas ao positivismo, o debate gira em torno da definição de uma estrutura normativa e hermenêutica adequada ao universo jurídico atual. Do ponto de vista da política, após a crise da representação, discute-se a necessidade de um alargamento do espaço público, criando canais de diálogo entre Estado e sociedade. Diante desse novo cenário, que envolve uma transversalidade entre direito e política, os debates em torno da interpretação constitucional, sobretudo com o advento da judicialização e do ativismo judicial, ganham atenção especial. Afinal, quais os limites e a legitimidade das decisões das Supremas Cortes?

Peter Häberle é um dos autores que reflete sobre essas questões. Sua ideia de “abertura dos intérpretes da Constituição” é conhecida. Partindo do constato de que não existe norma jurídica, apenas norma jurídica interpretada, Häberle pede uma democratização do processo hermenêutico, ou seja, os juízes não podem deixar de levar em consideração, no seu entendimento das normas, a compreensão dos demais envolvidos com aquela decisão, sejam eles a sociedade civil, a opinião pública, os acadêmicos etc. Nas últimas décadas, o conceito de “sociedade aberta” influenciou o surgimento de algumas práticas, como as au-

¹ Doutor em Ciência Política (Universidade Paris 8), mestre em Filosofia do Direito (Universidade Paris 2), é Professor Adjunto da Faculdade de Direito Milton Campos, <nri@mcampos.br>.

² Graduando em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos, foi monitor da disciplina Direito Constitucional, <guilhermegoslinglage@gmail.com>.

diências públicas realizadas pelo STF e o instituto do *amicus curiae*. Mas quais seriam os limites desse pluralismo hermenêutico?

O conceito de “pensamento das possibilidades”, menos conhecido na obra de Häberle, é um caminho para responder à essa indagação. Na visão dele, a Constituição deve ser vista como um “projeto de futuro”, em desenvolvimento contínuo, capaz de se adequar às transformações de um mundo complexo. Nesse sentido, muito além de um texto rígido e específico, há na Constituição uma proteção do interesse público e das garantias fundamentais, aberta a múltiplas “possibilidades”. Para Häberle, como para vários juristas da sua geração, não se trata de perder o foco normativo, dentro do quadro constitucional, mas de enxergar a amplitude desse “projeto”, numa prospecção temporal, permitindo a concretização de suas diversas alternativas. E, se grande parte da hermenêutica, sem negar a multiplicidade, vinha se preocupando mais com os métodos de interpretação, Häberle trouxe o olhar para os participantes dessa interpretação. Assim, cabe a uma “sociedade aberta”, dentro das “possibilidades”, decidir o caso concreto.

Aos poucos, o conceito de “pensamento das possibilidades” vem aparecendo nas decisões do STF. Exemplo disso ocorreu na AP 470, conhecida como Mensalão. Após a condenação de políticos envolvidos no escândalo, o STF se deparou com uma antinomia constitucional entre o art. 15, III (que define que a perda de direitos políticos se dá por condenação criminal transitada em julgado) e o art. 55, VI, §2º (que define que a perda de mandato de deputado ou senador será decidida, em votação, pelo Congresso Nacional). Ou seja, de um lado, encontrase a vontade de afastar da política aqueles que estão sob a vigência dos efeitos de sentença penal transitada em julgado, suspendendo temporariamente a capacidade eleitoral; de outro, sob influência do *checks and balances* norte-americano, procura-se criar uma rede de integração entre os Poderes, buscando evitar excessos na atuação deles, permitindo somente ao Legislativo deliberar sobre a cassação de mandatos constituídos. Anteriormente, essa mesma situação já havia provocado uma decisão inusitada: condenado pelo STF, o ex-deputado Natan Donadon teve sua cassação rejeitada pela Câmara; questionado, o STF entendeu, com base no *lex speciali derogat lex generali*, que prevalecia a decisão da Câmara.

De volta à AP 470, o “pensamento de possibilidades” apareceu, por meio do voto de Gilmar Mendes, como uma ferramenta capaz de propor uma nova hermenêutica. Afinal, se pensarmos a Constituição como um “projeto de futuro”, diante de um mundo complexo,

aberta a várias “alternativas”, dependendo do contexto de cada caso, não há dúvidas de que a “possibilidade” de interpretação pela cassação do mandato pelo trânsito em julgado da sentença aparecia i) no próprio art. 15, III e, ii) tendo em vista a “unidade da Constituição”, em alguns princípios, como o da moralidade, cuja observância é essencial para o trato da coisa pública. Além disso, se levarmos em conta a ideia de “abertura dos intérpretes”, veremos que havia um sentimento, espalhado por diversos setores sociais, de preocupação com a corrupção na vida pública.

Podemos então concluir que a decisão do STF, na AP 470, indicando que o Legislativo deveria apenas declarar a cassação (e não votar), foi o reconhecimento de uma “possibilidade” normativa constitucional (direito), que levou em consideração uma hermenêutica aberta (política). E assim vemos a transversalidade, entre os dois campos, na visão de Häberle.

O PRECEDENTE JUDICIAL E A SUA VINCULAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Antônio Álvares da Silva¹

Isabela Murta de Ávila²

O presente artigo pretende abordar os aspectos da teoria do precedente judicial bem como as implicações da vinculação normativa no ordenamento jurídico vigente. Assim, diante da necessidade do judiciário de uniformizar os julgamentos repetitivos, é necessário refletir

¹ Antônio Álvares da Silva, Professor titular de Direito do Trabalho da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG, Desembargador Federal do Trabalho aposentado TRT da 3ª Região e possui mais de 60 obras publicadas sobre direito do trabalho e ciência jurídica em geral, Brasil aas.bhe@terra.com.br

² Isabela Murta de Ávila, advogada, pós-graduada pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em Direito do Trabalho Ítalo-Brasileiro, em parceria com a Università degli Studi di Roma Tor Vergata, mestrado em andamento pela Universidade Federal de Minas Gerais, sob orientação do Professor Antônio Álvares da Silva, Brasil isabelamurta@yahoo.com.br

sobre a liberdade de interpretação do julgador de modo a não engessar o direito.

O trabalho do aplicador do Direito o é extrair a *ratio decidendi* – o elemento vinculante – do caso a ser utilizado como paradigma, porém, a noção de *ratio decidendi* e os critérios para sua determinação constituem algo ainda fortemente controverso. Talvez seja este o ponto mais polêmico da teoria dos precedentes e de toda teoria jurídica trazia no *common law*. Nota-se que a teoria do precedente judicial é composta por conceitos fundamentais (precedente judicial, *ratio decidendi* e *obiter dictum*), trabalha com a eficácia diferenciada atribuída à norma jurídica geral do precedente judicial (obrigatória e persuasiva) e é dotada de métodos específicos de aplicação (*distinguishing*) e de superação (*overruling*) da *ratio*.

Este artigo visa demonstrar que a teoria do precedente judicial, como se trabalha a eficácia vinculante a determinados precedentes judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista que a função dos precedentes judiciais é trazer um ordenamento jurídico seguro, certo e que trate igualmente e com universalidade o jurisdicionado, pois, é preciso que o ordenamento jurídico seja constante e estável para julgamento dos casos concretos de modo igual e com a mesma medida.

Assim, pelas vias das teorias da argumentação e por via de consequência, hermenêuticas, que o Judiciário, pode legitimar as normas jurídicas que ele deixa assentadas em suas decisões.

A teoria dos precedentes pode ser facilmente entendida como uma teoria metodológica que liga inseparável a uma teoria da argumentação que seja capaz de tornar racional o processo de aplicação do Direito.

No entanto, a teoria dos precedentes, a teoria da argumentação fundada na Hermenêutica no sentido de estabelecer uma teoria do Direito passam a fazer parte de um único tipo de discurso em que cada decisão concreta é considerada como uma norma universalizável que merece passar por um discurso de justificação e, num momento posterior, ser imparcialmente aplicada.

Por outro lado, a vinculação dos precedentes pode ser é relativa pois, o juiz pode julgar contra súmula, o que se impede com a vinculatividade é a repetição inútil de questões já definitivamente interpretadas pelos tribunais superiores, as quais, julgada novamente, só retardariam os processos.

O precedente traz a unificação não traz restrição do processo hermenêutico do julgador, muito pelo contrário, conduz a conclusão ló-

gica e objetiva, que é síntese resultante da liberdade de dois ou mais juízes, pensando livremente sobre o mesmo tema. A redução à síntese e a universalização são atributos formais de qualquer raciocínio científico.

Logo, o que é concreto, perene e mutável é a sociedade humana. E as instituições que o homem cria para explicá-la – dentre as quais o Direito se situa – não podem paralisá-la, porque são dela uma decorrência e não um fato gerador.

O PAPEL DA *MENS LEGISLATORIS* NA NOVA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

*Leonardo David Quintiliano*¹

Embora constitua o elo entre a vontade democrática e o sentido do texto que suporta a norma, a *mens legislatoris* (vontade do legislador) atravessou o último século em condição de “ostracismo”. Com a superação da Escola da Exegese, a *mens legislatoris* caiu em verdadeiro *ostracismo hermenêutico*, o que pode ser explicado, dentre outros fatores, por sua identificação à tentativa de Napoleão de centralização do poder. Por outro lado, o mesmo discurso também é apropriado para se negar uma maior democratização no papel de construção do Direito, resgatando a tese que vigia até a construção da Escola da Exegese, que remonta à concepção da *nomos* grega ou da *lex romana*. De fato, o reconhecimento da importância da também chamada “interpretação genética” é corolário do princípio da segurança jurídica. Ocorre que o princípio da segurança jurídica é instrumento que serve a dois fins antagônicos: serve tanto como um mecanismo de afirmação de uma vontade autoritariamente imposta, quanto um mecanismo democrático. Em outras palavras, não há regime autoritário ou democrático que conviva sem segurança jurídica. No Brasil, a doutrina e a jurisprudência consagraram a tese de que a vontade do legislador não importa; o que importa é a *mens legis* (vontade da lei abstratamente considerada pelo intérprete). Tal entendimento afronta em algum grau o princípio democrático, na medida

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo e mestrando em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor Titulas de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Ibirapuera. Brasil. Email: leodaqui@gmail.com

em que essa tese serviu de argumento para julgamentos *contra legem* e opostos à real vontade do legislador quando da criação da norma. O constitucionalismo do final do século XX, porém, ao se adequar à forte carga axiológica presente nos textos constitucionais, passa a deduzir e a aplicar novos métodos de interpretação constitucional, que exigem uma ponderação entre princípios, dentre os quais a segurança jurídica, a igualdade e a proibição do retrocesso, todos empregando a técnica da proporcionalidade. O balanceamento de valores que daí decorre requer inexoravelmente a sindicância da vontade real do legislador. Em Portugal, por exemplo, o Tribunal Constitucional tem cada vez mais considerado a *mens legislatoris* na análise da proporcionalidade das recentes medidas legislativas adotadas de combate à crise, como o corte de pensões. O mesmo se diz da *Corte Costituzionale* na Itália, pela aplicação do princípio da *ragionevolezza* (razoabilidade) e do *Conseil Constitutionnel*, com o emprego da *attentes légitimes* (confiança legítima).

INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DE DIREITOS SOCIAIS EM TEMPOS DE CRISE ECONÔMICA:

HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL À LUZ DA (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

*Matheus Medeiros Maia*¹

*Rafael Soares Duarte Moura*²

De quase nada valem as normas jurídicas *in abstracto* quando alienadas do mundo fático *in concreto*. Destarte, por serem frutos genuinamente concebidos pela razão humana, as normas jurídicas necessitam ser habitualmente construídas e reconstruídas num ciclo intelectual hermenêutico, sob pena de se manterem ineficazes porquanto distantes do mundo concreto objeto da normatização. Neste sentido foi erigida a teoria constitucional dos fatores reais de poder por Lassale (2015), para quem a Constituição nada mais seria que uma folha de papel caso não representasse os fatores reais de poder da sociedade organizada. Desta forma, tendo por plano de fundo a situação de crise econômico-financeira de escassez dos cofres públicos no Brasil, torna-se pertinente analisar o labor hermenêutico na ponderação das normas fundamentais sociais, em face do implícito princípio constitucional da vedação ao retrocesso. Este princípio, apesar de não expresso na Constituição da República Federativa do Brasil, está implicitamente positivado, vedando ao Poder Público retroceder nas garantias sociais conquistadas pelos cidadãos, constitucionalmente protegidos pela segurança jurídica e demais cláusulas fundamentais. Problematisa-se se este princípio seria uma intransponível barreira constitucional à criação e/ou interpretação de normas que retrocedam na ordem social, ou se um importante norteador hermenêutico que, inobstante consagrar uma regra, abriria margens a exceções, com vistas a prevenir retrocessos sociais de maiores gravames. Para tanto, valer-se-á de método científico dedutivo e

¹ Estudante da graduação em Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA), Brasil. e-mail: mmedeirosmaia@hotmail.com

² Doutorando pela UnB, Mestre em Direito pela UFMG. Coordenador e professor do curso de Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA), Brasil. e-mail: rafaelm@fasa.edu.br

procedimento bibliográfico para testar as adversas hipóteses que vislumbram no princípio da vedação ao retrocesso social ou um caráter absoluto ou um caráter relativo. Na primeira hipótese, o princípio em análise consubstanciaria um inoponível limitador hermenêutico à interpretação retrocedente das normas de direitos sociais. Na segunda, configuraria uma técnica hermenêutica-constitucional atenta às peculiaridades fáticas, homenageando a vedação ao retrocesso como regra a ser seguida, mas abrindo espaço para exceções submetidas às condicionantes dos fatores reais de poder, sobretudo os referentes à conjuntura econômica do Estado. Hodiernamente, tendo em vista que os fatores reais de poder inclinam o Brasil para políticas econômicas e sociais restritivas, já constituem fatos as edições de normas que, sob o argumento de se evitar um caos socioeconômico irreparável ou de difícil reparação, autorizam retrocessos sociais de menores impactos. A título de exemplo, a Medida Provisória nº 680 de 24 de julho de 2015, ao dispor sobre o Programa de Proteção ao Emprego, passou a permitir que empresas em situação de dificuldade econômico-financeira, atendidos requisitos estabelecidos pelo Executivo Federal, reduzam temporariamente, em até trinta por cento, a jornada de trabalho de seus empregados, com a redução proporcional dos salários. Já a Medida Provisória nº 664 de 30 de dezembro de 2014, convertida na Lei 13.135 de 17 de junho de 2015, alterou várias leis sobre benefícios e previdência sociais, causando polêmica por mitigar alguns benefícios sociais preteritamente garantidos. Neste último caso houve, inclusive, a propositura da ADIN 5.246 pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, ainda a ser julgada pelo plenário do STF. Na prática, portanto, vêm se admitindo algumas exceções à vedação ao retrocesso social, através da edição de normas, *a priori*, socialmente desfavoráveis aos cidadãos, mas justificadas como prevenções a eventuais danos sociais de maiores impactos. Conclui-se que, tendo em vista a indissociável relação entre a norma constitucional e os fatores reais de poder, o conteúdo principiológico da vedação ao retrocesso social não pode ter um caráter absoluto a impedir toda e qualquer interpretação retrocedente das normas fundamentais sociais. Do mesmo modo, não se pode atribuir ao princípio um caráter deveras discricionário, sob o risco de ele perder seu denso conteúdo axiológico e se tornar um mero enunciado desprovido de imperatividade jurídica, um banal argumento consequencialista evocado ao bel prazer de administradores públicos e legisladores, quem também costumam definir a própria delimitação das crises econômicas. Portanto, torna-se necessário estabelecer alguns limites às eficácias das

normas ou atos administrativos que retrocedam na ordem social. O retrocesso não pode ser erigido a uma regra, mas uma exceção aplicável em determinados casos de grave crise econômica, a qual deve ser concretamente fundamentada e evidenciada no curso do processo legislativo, restando de salutar importância a atuação dos parlamentares. Por fim, o retrocesso social apenas será válido na medida em que esteja em conformidade com os limítrofes princípios da razoabilidade e proporcionalidade, estando constricto ainda pela inviolável esfera juridicamente protegida do mínimo existencial dos cidadãos.

A CONEXÃO ENTRE A INTERPRETAÇÃO E O INTERPRETADO

Paulo César Pinto de Oliveira¹

Em torno da interpretação do Direito, e, por conseguinte, da interpretação da Constituição, gravitam os chamados *conceitos interpretativos*, tais como são desenvolvidos por Ronald Dworkin, aos quais se atribui, reiteradamente, a marca da *relatividade*. O objetivo de nosso trabalho é afastar tal tese, valendo-nos da *ontologia do jogo*, presente na Hermenêutica Filosófica gadameriana, em que se nota a conexão íntima e indissociável entre a *interpretação* e a *coisa de que se fala*, ou o *interpretado*. A partir do instante em que se compreende adequadamente a relação fenomenológica presente na interpretação, é possível asseverar que esta *abre espaço* para que o *ser da obra*, ou o *interpretado*, ganhe voz e se constitua no interior do próprio processo hermenêutico. Assim, pode-se dizer que o interpretado, que se forma em meio à interpretação, atua como baliza ou construto que a pauta e a orienta, afastando a pecha do *relativismo* por meio da figura ou imagem que desponta no interior do jogo hermenêutico. Nesse sentido, não existe **apenas** a interpretação, como também **aquilo que se interpreta**. Tanto em Dworkin como em Gadamer a interpretação não será aleatória ou livre. Segundo Dworkin, o conceito de Direito, assim como o de estruturas afetas à juridicidade,

¹ Doutorando em Filosofia do Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Mestre em Filosofia do Direito – UFMG. Professor da Universidade Federal de Viçosa, Brasil. Endereço eletrônico: pclafaiete@hotmail.com

como a liberdade, a democracia e a igualdade, são interpretativos, de maneira que, mesmo que haja uma orientação geral no que concerne aos seus conteúdos, sempre e a cada vez a pergunta em torno do que venham a ser se faz necessária. Assim há *paradigmas* que orientam as práticas interpretativas ulteriores. Em Gadamer, a partir da *ontologia da obra de arte*, nota-se que não há o seu ser de forma definitiva – o acontecimento artístico é pautado pelo movimento apresentador, exposto por Gadamer através da figura do *jogo*, *automovimento formativo*, componente indelével da verdade não-categorial dos processos históricos. Por meio do jogo, o ser da obra de arte necessariamente se articula com o espectador – ou comunidade de espectadores, pois a arte é celebração congregatória – quer-se com isso dizer que a apresentação descerra o campo hermenêutico de mostraçã do ser da obra, o interpretado, que se articula com a interpretação. É a isso que Gadamer denomina de caráter simbólico da arte, a *tessera hospitalis* dos gregos, o requisitar das partes *co-pertinentes*. Contudo, essa constante articulação no apresentar não prejudica a unidade da obra, ou seja, ela continua a ser obra ela mesma, justamente porque o jogo simbólico produz imagens ou construtos, que balizam a interpretação. Já aqui se consegue afastar a tendência ao relativismo dos processos interpretativos, pois é esta imagem que orienta ou pauta as futuras interpretações. Portanto, a interpretação não é qualquer interpretação, pois é sempre interpretação de algo, de alguma coisa, e esse algo é o que norteia a interpretação. Justamente por isso a Hermenêutica não pode ser acusada de relativista, sob pena de desconsiderar-se a **relação** fenomenológica existente entre obra e interpretação. Ademais, por meio de outra categoria essencial à ontologia do jogo gadameriana, a de *festa*, deixa-se em evidência a temporalização estética, com a *retomada* que garante a possibilidade de interpretações futuras, de modo a tutelar pela provável nova interpretação que forneça diversos acréscimos de ser à obra. Pode-se afirmar, dessa forma, que os conceitos interpretativos não são relativistas – é a que tal ponto que se conduz uma leitura conjugada de Dworkin e Gadamer.

A CONCEITOGRRAFIA INTERPRETATIVA DO POSITIVISMO

JURÍDICO NO PENSAMENTO DE DWORKIN:

A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DE GADAMER

Rafael Basile¹

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar os principais elementos da conceitografia interpretativista proposta por Ronald Dworkin (2007), a partir do momento em que o autor passa a caracterizar o Direito como prática social argumentativa, relacionada à intencionalidade do agente², superando as críticas anteriormente endereçadas ao positivismo jurídico.

Dworkin (2007) entende que existe uma diferença fundamental do Direito em relação a outras práticas, que está no fato de o mesmo assumir a face de ser uma prática social argumentativa, que passará a exigir uma outra perspectiva quanto às dimensões interna e externa pensadas por Herbert Hart.³

A partir da superação da conceitografia interpretativa proposta por Hart (2010), Dworkin (2007) fará um enquadramento do positivis-

¹ Rafael Basile - Doutorando e Mestre em Teoria do Direito pela Pucminas. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *lato sensu* da Pucminas. Brasil. basile@pucminas.br

² Dworkin começa seu empreendimento em prol do interpretativismo, de forma marcadamente relevante, a partir da publicação, em 1986, da obra “Law’s Empire”, a qual será aqui utilizada em sua tradução para o português. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. 2ª ed.

³ Herbert Hart, estabeleceu críticas ao conceito de regra anteriormente professado por autores como John Austin, destacando que as regras seriam dotadas de uma dupla dimensão: a dimensão interna e a dimensão externa. Segundo o autor “A distinção necessária entre o externo e o interno não é aquela que distingue comportamento físico de sentimentos, embora essa possa, evidentemente, ser estabelecida; mas sim uma distinção separando dois tipos de declarações radicalmente diferentes (...). Assim, um observador externo ao grupo, que não aceita, nem endossa as normas, pode relatar o fato de que o grupo se comporta de modo uniforme e reage regularmente a desvios de conduta de modo adverso ou hostil, quer por meio de funcionários, quer por meio de pessoas particulares. Ele pode prever tanto o comportamento futuro do grupo, como a reação futura dos oficiais. Tais declarações são declarações externas de fato sobre o grupo e a eficácia de suas normas. Mas se o grupo realmente tem regras e não apenas um conjunto de hábitos convergentes, seus membros irão revelá-lo pelo uso de expressões de um tipo diferente.” (HART, Herbert. *Ensaio sobre filosofia e teoria do direito*. São Paulo: Elsevier, 2010. Pág. 185-188.

mo jurídico a partir de uma noção estruturalmente interpretativista que ampara uma nova relevância para a dimensão interna das regras, que passará a exigir uma nova abordagem para a pretensão descritiva sobre o direito que vigorava até a primeira metade do século XX, destacando a relevância da intencionalidade e do ponto de vista valorativo do intérprete.

A descrição do Direito, para Dworkin (2007), não pode ser realizada subtraindo-se uma enunciação sobre o sentido ou o propósito da prática jurídica normativa, que passará a exigir a visualização do ponto de vista valorativo de quem interpreta a prática.

Assim, essa nova exigência do sentido da prática como uma construção argumentativa ressalta a relevante influência do pensamento de Gadamer na modulação do Direito a partir da semelhança da interpretação jurídica com a interpretação artística, que exigirá um propósito para a prática do direito que se revelará marcadamente hermenêutica.

A exigência interpretativista do Direito como um conceito contestado, para Dworkin (2007), passará a demandar uma intercessão com a hermenêutica filosófica gadameriana, a partir do sentido constitutivo da prática argumentativa que a teoria do direito passa a demonstrar, exigindo uma dimensão criativa da interpretação jurídica visto que a mesma, como prática social, carrega semelhanças relevantes quanto à interpretação artística.

Nessa perspectiva, Dworkin (2007) utilizará da hipótese estética da interpretação artística e do exemplo da cortesia como eixos estruturais de sua gramática conceitual sobre o direito na dimensão do interpretativismo contemporâneo, carregando traços marcantes do pensamento hermenêutico de Gadamer.

O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E A LEITURA MORAL DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

Renata Romani de Castro¹

O Direito dentre as suas finalidades clássicas deve estar voltado para a sociedade, estabelecendo a segurança jurídica e a paz social. Para tanto, precisa alcançar a mudança constante de paradigmas sociais. Espera-se que o fenômeno jurídico atual atue para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, resguardando os valores dignos e, estabelecendo regras e funções no Estado Democrático de Direito. Mas a doutrina tem entendido que o positivismo jurídico tradicional seria insuficiente para atender as novas demandas de uma sociedade global e complexa. As teorias contemporâneas estão visando estabelecer um novo olhar de interpretação e aplicação do fenômeno jurídico, para assim resguardar a justiça e a segurança social. Logo, os operadores do Direito se voltaram para a busca de teorias interpretativa que alcançassem a necessidade da sociedade contemporânea, neste empenho os valores morais enraizados na Constituição Federal brasileira servem de parâmetro para decisões e soluções de casos concretos, como a visão do Superior Tribunal Federal – STF, exemplificadamente, na decisão proferida na ADIN 3510, sobre o caso das pesquisas de células embrionárias. Este estudo observa que o constitucionalismo contemporâneo para estabelecer os direitos fundamentais, busca uma ordem de valores morais e de justiça para responder a sociedade em especial quando se tratarem de direitos prestacionais de índole social. A fase constitucionalista contemporânea enaltece a prevalência da Constituição e, a efetivação dos direitos fundamentais. Os princípios, como fonte do Direito, invadem o ordenamento jurídico, pautado nas regras morais. Nota-se que o constitucionalismo contemporâneo enfrenta a problemática da indeterminação atual do direito, visando estruturar a relação entre Direito, Moral e Política. O direito possui um diálogo permanente com a moral, que por vezes ajuda a compreender o conjunto de valores relati-

¹ Graduação e Mestrado em Direito. Docente do curso de direito da Faculdade Dr. Francisco Maeda – FAFRAM – Ituverava e, do curso de Direito da UNESP/Franca. Doutoranda em direito pela Faculdade Autônoma de Direito – FADISP. Brasil. renata_romani@hotmail.com

vos aos preceitos jurídicos de determinado tempo, reconhecendo desta forma a força normativa de princípios com alta carga axiológica: dignidade da pessoa humana, igualdade, Estado Democrático de Direito, solidariedade social entre outros. Mas a moral se torna justaposto ao jurídico, de forma que a decisão jurídica encontra sua base argumentativa na moral, logo toda a regra institucional estaria ligada a um princípio altamente genérico, aberto e flexível, conforme a própria estrutura das “regras” morais. Todavia, os preceitos morais podem ser utilizados para determinar decisões judiciais, desde que os argumentos e critérios nos quais os julgadores se pautarem primem pela primazia e respeito as lei e, ainda que estas decisões sejam sempre amparadas na Constituição Federal, que possui princípios e conceitos flexíveis justamente para possibilitar o alargamento da proteção de direitos e deveres fundamentais do homem, permitindo assim mutações de interpretação. Necessário o sistema normativo formado por regras e princípios jurídicos evoluindo conforme o novo positivismo e o constitucionalismo contemporâneo, enraizado nos princípios constitucionais e nos valores fundamentais, mas sempre atento à unicidade de soluções justas e seguras. Ressalta-se que para a leitura moral da Constituição Federal brasileira nas decisões o julgador deve observar a proporcionalidade, considerada sob suas perspectivas normativa e procedimental, onde o intérprete deve utilizar-se do instituto para solucionar colisões entre direitos fundamentais ou princípios sob um procedimento racionalmente justificado e, ainda a respeitar denominada ponderação de princípios.

UNIVERSALISMO E PARTICULARISMO

Tiago Gagliano Pinto Alberto¹

Marina Osowski²

O presente trabalho investiga, com apoio em metodologia dedutiva e estudo de caso consistente na verificação de compatibilidade entre Acórdão do Supremo Tribunal Federal e o apanágio teórico exposto se, diante da complexidade de conflitos plurifacetados que se apresentam à Corte Suprema, existe espaço para adoção de vertente universalista/particularista para fins de interpretação constitucional. Inicia-se a exposição observando que tanto o universalismo como o particularismo representam visões não apenas do sistema jurídico vigente, senão do direito em si³; e a sua adoção consubstancia, ao mesmo tempo, diretriz interpretativa, integrativa e de aplicação de normas vigentes, princípios e até mesmo orientações morais traduzidas, com amparo no juízo de aderência normativa sugerido por Carlos Santiago Nino, em normatizações vigentes⁴. No tocante à interface moral-direito enquanto pano de fundo da discussão universalista e particularista, examina-se se, de fato, valores e emoções figuram como parte necessária deste jogo interpretativo e de composição da norma; ou se, situado no ambiente da metalinguagem, devem ser tidas como metacomposição da linguagem decisória que ao final será exposta no julgamento da causa, seja na adjudicação de direitos, seja em controle de aferição objetiva da norma. Acaso adotada esta forma de compreender o ponto em questão, não haverá como deixar de considerar a sua necessária alocação no âmbito da razão prática ou teórica como aptas a situar, em recorte espaço-temporal, a solução decisória final. Em assim considerando, todavia, have-

¹ Doutor em direito pela UFPR, mestre em direito pela PUC/PR, membro do Instituto Latino Americano de Argumentação Jurídica (ILAAJ), Brasil, email: tiagogagliano@hotmail.com.

² Pós-graduada pela EMAP. Brasil, email: mah.osowski@gmail.com.

³ REDONDO, María Cristina. **Razones y normas**. Íntegra disponível em <http://www.cervantesvirtual.com/obra/cristina-redondo-sobre-razones-y-normas-0/>. Acesso em 12 outubro 2015.

⁴ NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires/Bogotá: Editorial Astrea, 2012.

rá um recorte epistemológico no julgamento? A epistemologia, sabe-se, opera no segmento da razão teórica e, por isso, discute questões afetas à verdade e à natureza, calcada no ambiente da causalidade inerente à *physis*. Sob este ponto de vista, não se revela adequado investigar problemas situados para além de seus limites de esgotamento da análise das questões postas a exame, quer seja a justiça, quer a política, ou até mesmo o direito. Estes enfoques devem ser tratados em ambiente propício a tanto, qual seja o da razão prática. Esta, ao contrário da razão teórica, revelar-se-á capaz de situar em molduras teóricas mais bem estruturadas os imbróglios em que de forma subjacente venham à tona particularidades inerentes à ética e moral e, portanto, à ação individual; à política e, dessa forma, à ação coletiva; e ao direito e, assim, à ação normativa⁵. Apenas nesse momento de exame teórico se poderá cogitar da análise da justiça, que, conglobada à liberdade, porém refratária à previsibilidade, denota em toda a sua plenitude o *ethos*, perpassado em sua delimitação pelos valores, costumes e tradições. Uma vez definida a estrutura razão teórica/prática para fins de interpretação constitucional, tal produzirá julgamentos de ordem meramente sintática, sintática-semântica, ou somente semânticos? A questão é examinada sob os pontos de vista da axiomática, ontologia e epistemologia, anotando-se, ao final, que sob qualquer enfoque de análise, a alocação do justo (e sua representação universalista/particularista) no ambiente interno da decisão judicial parece se revestir da dificuldade de maior envergadura a demonstrar a impropriedade do raciocínio lógico-formal como eixo único do ato de interpretar e decidir⁶. Neste ponto do trabalho se iniciam os testes empírico-pragmáticos, a partir do fenômeno das lacunas e o seu contraponto no ambiente normativo, a derrotabilidade (particularismo). Em seguida, parte-se para a aferição universalista como foco de análise, verificando-se, diante de caso concreto julgado pelo STF, a possibilidade de universalisabilidade dos argumentos expostos e qual a consequência que tal abordagem traria ao desenvolvimento do sistema e à interpretação constitucional⁷. Ao final, uma espécie de temperamen-

⁵ HABERMAS, Jürgen. Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática. Tradução de Márcio Suzuki. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ea/v3n7/v3n7a02.pdf>. Acesso em 12 outubro de 2015.

⁶ ALCHOURRÓN, Carlos E.; BULYGIN, Eugênio. The expressive conception of norms. In: HILPINEN, Risto. New Studies in Deontic Logic. Norms, Action and the Foundation of Ethics. London: D. Reidel Publishing Company, 1981.

⁷ MACCORMICK, Neil. Retórica e Estado de Direito. Tradução de Conrado Hübnner Mendes e Marco Paulo veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103-133.

to universalista/particularista é sugerido como forma de interpretação constitucional, a título de metalinguagem decisória que não descure de sinais característicos, mas que, de igual turno, viabilize universalizar temáticas específicas com amparo em razão prática. A aderência do tema proposto ao eixo sugerido – interpretação constitucional – revela-se tanto pela escolha da temática em si, como pela abordagem realizada ao decorrer de todo o trabalho, correlacionando itens e subitens aos caminhos interpretativos possíveis ao momento da efetivação da decisão, como passos necessários de análise pela Corte.

A FIGURA DO *AMICUS CURIAE* COMO UM INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MINORIAS NA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Alexandre Melo Franco Bahia¹

Amanda Melillo de Matos²

A Jurisdição constitucional brasileira tem exercido papel fundamental perante a sociedade na atribuição e definição de direitos. A descrença no papel do Legislativo, por sua atuação omissiva, por debater questões de moralidade política como questões de poder político, tem transferido para o Supremo Tribunal Federal a função de atribuição de direitos em nosso sistema constitucional, a partir de decisões de princípios, não preocupadas com o bem-estar geral³.

Neste contexto, o instituto *amicus curiae* tem sido de suma importância para a intermediação entre sociedade e Judiciário, principalmente no que tange à construção de uma hermenêutica constitucionalmente adequada com as diversas realidades sociais. A partir dele, pode-se afirmar uma democratização (não plena) do controle concentrado de constitucionalidade, pois se abre um canal de participação de diversos setores sociais na definição de direitos, de acordo suas respectivas necessidades e reivindicações.

Ronald Dworkin defende que questões de moralidade política devem ser decididas por tribunais, pois estes as levarão para o fórum do princípio, não as tratando apenas como questões de poder político como faz o Legislativo, mas como questões de direito individual. Como afirma, grupos minoritários, que geralmente possuem menor poder político, ganham com esta transferência, já que o caráter majoritário do Legislativo funciona contra eles. Segundo o autor, poder-se-ia assim,

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional (UFMG). Professor Adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP) e no IBMEC-BH. E-mail: alexprocesso@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Pesquisadora do programa institucional de iniciação científica voluntária sob orientação do Professor Doutor Alexandre Melo Franco Bahia – Brasil. E-mail: amandamelma@gmail.com

³ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 1 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Título original: *A matter of principle*, p.101.

promover o ideal democrático de igualdade de poder político⁴.

Entretanto, diante desse atual contexto, é necessário que as reivindicações apresentadas pelos *amici curiae* se deem em iguais condições de participação – considerando-se igualdade como equidade. Caso contrário, o menor poder político de grupos minoritários poderá também ter reflexos no Judiciário e esta instituição não promoverá o ideal democrático, como defendido por Dworkin, deixando de exercer sua fundamental função em um Estado de Direito e incorrendo no risco dos princípios de moralidade política atenderem à vontade da maioria e serem tratados como questões de poder político.

Destarte, esta pesquisa tem como objetivo analisar a instituição *amicus curiae* no Direito brasileiro para identificar de que forma ela pode se tornar um instrumento, um meio, para tornar a participação de minorias na jurisdição constitucional o mais próxima, no que tange ao poder de influência nos processos de tomada de decisão, à da maioria, para assim terem suas diferenças respeitadas e suas reivindicações igualmente consideradas.

O que se propõe, inicialmente, com este estudo, é o aumento do tempo de sustentação oral dos representantes de minorias que participem como *amicus* nessas ações, de modo inversamente proporcional à sua desvantagem numérica em relação aos representantes da maioria que participem em audiências públicas ou como *amici* na mesma ação, ou em relação ao seu menor poder político perante a comunidade.

Para isto, utiliza-se como metodologia (i) a leitura das ações julgadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade e de livros, artigos e trabalhos acadêmicos que dissertem sobre o tema; (ii) o levantamento de dados com base nos julgamentos de ADINs, ADOs, ADPFs e ADCs; (iii) a comparação entre as razões e argumentos expostos pelos *amici curiae* que corresponderem a representantes de minorias em determinado julgamento e as razões e argumentos dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal no mesmo julgamento.

Portanto, baseiam-se todos os elementos e toda a investigação referentes a este estudo, na busca pela efetivação da igualdade, direito fundamental que deve ser amplamente garantido a todos os cidadãos, além de ser o principal fundamento de um Estado Democrático de Direito. Em suma, pode-se afirmar que a realização do controle concentrado de constitucionalidade é um avanço para a garantia de direitos individuais; que a presença do instituto *amicus curiae* é um avanço para

⁴ Idem.

a democracia, mas para que estes avanços sejam plenos, para que estejam atrelados à igualdade, para que se dê o devido *status* às questões de moralidade política e para que tal instituto seja indispensável para a formação da melhor concepção dos princípios morais constitucionais, é necessário que seja submetido a determinadas alterações, e uma delas é a que se propõe com essa pesquisa.

Palavras-chave: Minorias; *Amicus Curiae*; Jurisdição Constitucional; Controle de Constitucionalidade.

A AUDIÊNCIA PÚBLICA NA ADPF 186 E SUAS REPERCUSSÕES

Amanda Lima Sousa¹

Priscila da Silva Barros²

É perceptível, nos últimos anos, uma possível expansão da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) quando provocado a decidir questões que, a priori, deveriam ser objeto de debate e deliberação por parte dos políticos.

Percebe-se a ocorrência de situações em que as Casas de representação popular tradicionais, diante de uma polêmica de cunho nacional, abstêm-se de enfrentar o ônus de um posicionamento. Logo, como corolário desse quadro, ter-se-ia o surgimento do fenômeno da Judicialização da Política, que poderia ser definido como a resolução de questões morais, políticas e sociais pelo Poder Judiciário.

Todavia, os tribunais, que não possuem a legitimidade política atribuída aos representantes eleitos por voto, precisam de meios pelos quais possam legitimar suas decisões junto à sociedade. Destarte, é com essa finalidade que surgem os institutos do *amicus curiae* e das audiências públicas que, apesar das diferenças, em regra, permitem a

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) – Brasil.
E-mail: amandalimasousa@hotmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU) – Brasil.
E-mail: barros.priscila@live.com.

manifestação de setores importantes da sociedade antes do julgamento ser realizado, aproximando o Judiciário da sociedade.

No que tange ao objeto deste trabalho, audiência pública, tem-se que o instituto foi consagrado pela Lei 9.868/99, nos artigos 9º, § 2º; e 20, §1º. Ademais, também está presente nos artigos 154 e 155 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) e no artigo 6º, §1º, da Lei nº 9.882/99.

A despeito de estar em vigor desde 1999, a audiência pública foi utilizada pela primeira vez apenas em 2006, a pedido do ministro-relator Carlos Ayres Britto, dada a complexidade do tema e a controvérsia de opiniões que se apresentava na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 sobre a Lei de Biossegurança.

Observa-se que, até o final de 2014 foram realizadas 17 audiências públicas, sendo sete delas realizadas no ano de 2013, abordando temas que envolvem diversas questões, como a saúde, os direitos autorais, o uso de substâncias tóxicas, políticas de reserva de vagas, dentre outras.

Em virtude da frequência com que as audiências públicas têm sido convocadas pelos Ministros do STF, é necessário apurar sua efetividade no cumprimento da atribuição que lhe foi designada. Para tanto, foi selecionado um caso de notável repercussão nacional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 186 (ADPF 186), relativa à política de cotas nas Universidades Brasileiras. Em razão do conteúdo polêmico, indubitavelmente divisor de opiniões na sociedade brasileira, tem-se, na ADPF 186, um ambiente propício à análise da incidência do instituto e suas implicações práticas.

A proposta deste trabalho versa sobre a utilização da audiência pública como possível ferramenta auxiliar na fundamentação dos votos dos Ministros do STF. Através do inteiro teor do acórdão e das notas taquigráficas referentes à audiência pública da ADPF 186, procurar-se-á identificar no discurso dos expositores os argumentos favoráveis e contrários de maior relevância e, posteriormente, o efetivo aproveitamento da contribuição do conhecimento técnico e específico no espectro da decisão judicial.

Convém ressaltar preliminarmente a postura otimista dos expositores que consideraram o instituto como meio pelo qual se promoveria o diálogo da sociedade com a Suprema Corte. Todavia, várias críticas podem ser tecidas à sua condução na ADPF 186, a saber, o fato de a audiência pública ter sido apreciada na data de sua ocorrência somente por alguns ministros - o relator Ricardo Lewandowski, o então minis-

tro Joaquim Barbosa e a ministra Carmem Lúcia. Outro ponto questionado é o lapso de tempo de dois anos entre a audiência e o julgamento.

Contudo, é perceptível, apesar destes empecilhos, que há conexão entre os argumentos utilizados nos votos da maior parte dos ministros com aqueles que foram levantados nas audiências públicas como os mais relevantes. Muitos dos ministros, inclusive, utilizaram textos de obras de alguns dos expositores como fundamentação teórica de seus votos.

O tema ora apresentado mostra sua relevância e atualidade tendo em vista o fato de a audiência pública paulatinamente se consagrar como forma de ampliação do diálogo social com a Suprema Corte, que impreterivelmente tem tomado decisões importantes que alcançam toda sociedade.

Em face dos dados apresentados, tem-se que, a audiência pública é um meio de diálogo social, afinal, especialistas e parcelas da sociedade contribuem para que um mesmo ponto de controvérsia constitucional possa ser observado sobre o prisma de diferentes conhecimentos, permitindo que futuras decisões sejam investidas de alguma legitimação democrática. Todavia, seu formato deve ser aprimorado, potencializado, para que alcance seu escopo social-dialógico almejado.

POR UMA CARTOGRAFIA CONSTITUCIONAL DOS NAUFRÁGIOS E DAS DESCOBERTAS:

AS POTENCIALIDADES E LIMITES DOS DIÁLOGOS
TRANSCONSTITUCIONAIS ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
E AS CORTES CONSTITUCIONAIS DA HUNGRIA E DA COLÔMBIA

Daniel Capecchi Nunes¹

O objetivo do presente artigo é problematizar as dificuldades que as demandas por direitos fundamentais propostas por cidadãos tem para alcançar o Supremo Tribunal Federal (STF), sob a perspectiva

¹ Mestrando na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, na linha de pesquisa Direito Público. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: Dcapecchi@globo.com

comparada dos casos de sucesso e fracasso das Cortes Constitucionais da Hungria e da Colômbia. Pretende-se a partir de tal problematização propor a realização de diálogos transconstitucionais entre o STF e as Cortes Constitucionais. Para tanto, logo na introdução, serão apresentados os estudos empíricos que questionam a imagem do STF como garantidor de direitos fundamentais. Em seguida, defender-se-á a utilização da metodologia de Direito Constitucional Comparado chamada de “contextualismo”, por meio do qual as instituições constitucionais são estudadas em suas realidades históricas, culturais, políticas e doutrinárias. Tal metodologia será apresentada como o instrumento mais apto para fazer uma análise comparada precisa. O princípio metodológico dos “casos mais parecidos” justificará a escolha das Cortes Constitucionais objeto de comparação, visto que ambas foram criadas em um período histórico semelhante (1989 e 1991), universalizaram o acesso a sua jurisdição e se destacaram na absorção de demandas por direitos fundamentais de suas respectivas sociedades. A primeira, Corte Constitucional da Hungria, foi objeto de sucessivos ataques institucionais dos poderes majoritários a ponto de perder grande parte de sua autonomia. A segunda, Corte Constitucional da Colômbia, por outro lado, tem se destacado na defesa de direitos fundamentais e pelo apoio difuso da população de seu país. Desse modo, a partir da análise dos pontos divergentes no desenvolvimento institucional de cada uma das cortes, pretende-se descobrir quais variáveis podem influir no sucesso ou na derrota da abertura efetiva da jurisdição constitucional às demandas por direitos fundamentais da sociedade civil.

No capítulo I, apresentaremos as circunstâncias presentes no surgimento da Corte Constitucional da Hungria, a partir da promulgação das emendas constitucionais de 1989, contextualizando-a no ambiente de superação do comunismo e de afirmação da democracia no Leste Europeu. Mais adiante, descreveremos parte da jurisprudência que deu relevância à Corte no cenário internacional, sobretudo na tutela dos direitos fundamentais sociais. Serão trabalhadas as causas do sucesso da *actio popularis*, instrumento de controle abstrato de constitucionalidade que podia ser usado por qualquer cidadão húngaro e do relativo fracasso da “reclamação constitucional”, instrumento de controle concreto que dependia da provocação de membros do Poder Judiciário para alcançar a Corte Constitucional. Em seguida, apresentaremos os embates entre os poderes políticos majoritários e a Corte Constitucional que resultaram na promulgação da Constituição de 2011 e no empacotamento do Tribunal. Finalmente, faremos um breve

apanhado das conclusões que poderiam ser extraídas da experiência história de derrocada da universalização da jurisdição constitucional no caso húngaro.

No capítulo II, serão estudadas as condições de surgimento da Corte Constitucional da Colômbia, a partir da Assembleia Constituinte colombiana de 1990, e as circunstâncias históricas precedentes que inspiraram suas criação. Em tópico subsequente, descreveremos uma pequena parte dos precedentes que deram fama a Corte e que lhe garantiram o apoio difuso da sociedade colombiana. Apresentaremos, igualmente, o surgimento da *“acción pública de inconstitucionalidad”*, modalidade de controle concentrado de constitucionalidade existente desde 1907 e para cujo ajuizamento qualquer cidadão era legitimado. Em seguida, serão expostas as causas da ineficiência da supramencionada ação e os motivos que inspiraram o constituinte colombiano de 1990 a apostar em um modelo de controle concreto de constitucionalidade, que resultou no *“acción de tutela”* com prazos exíguos e um procedimento eficiente. Por fim, a título de conclusão parcial, serão apresentadas as razões apontadas pela doutrina para o sucesso da Corte Constitucional da Colômbia na tutela dos direitos fundamentais.

No capítulo III, o último do trabalho, as experiências das Cortes Constitucionais da Colômbia e da Hungria serão cotejadas com o propósito de apontar quais variáveis distinguem os dois casos que poderiam indicar as causas do sucesso ou do fracasso das tentativas de abertura da jurisdição constitucional às demandas por direitos fundamentais dos cidadãos. O objetivo desse capítulo é extrair as premissas que tendencialmente possam servir como parâmetros, sob uma perspectiva transconstitucional, para a discussão do problema da impermeabilidade do STF às demandas por direitos da sociedade brasileira.

O artigo se encerra com uma breve conclusão, sumarizando os principais pontos levantados e destacando os debates que podem ser ensejados no contexto da jurisdição constitucional brasileira, a partir das lições extraídas do estudo do Direito Constitucional Comparado.

O DIREITO FUNDAMENTAL DE PETIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

*Erick Beyruth de Carvalho*¹

O sistema constitucional de 1967/69 outorgava exclusivamente ao Procurador da República a legitimidade para a realização do controle concentrado de constitucionalidade. Porém, nos termos do art.103 da CRFB/88 se ampliou de maneira considerável o rol de legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.²

Com essa ampla legitimação houve, por parte do constituinte, a intenção de fortalecer ainda mais o controle concentrado de normas. Porém, ainda que tenha ampliado significativamente o rol de legitimados, deixou de fora um dos pilares do Estado Democrático de Direito: O cidadão.

O presente trabalho levanta discussão acerca da legitimidade do cidadão brasileiro para questionar diretamente a constitucionalidade de leis, bem como apresentar alegações ao juiz constitucional e estabelecer mecanismos de responsabilidade política dos membros da nossa Corte Constitucional através da concretização do direito fundamental de petição, previsto no art.5º XXXIV da Constituição da República.

A dinâmica da sociedade atual cada vez mais nos coloca diante de totalitarismos que afastam a liberdade-participação do cidadão no processo decisório.³

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela PUC/SP. Aluno de mobilidade na Universidade de Coimbra – PT. Graduado em Direito pela IBMEC/RJ. Brasileiro. Beyruth91@gmail.com

² Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³ GARCIA, Maria. Desobediência Civil: Direito Fundamental. 2.ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pg.295

O cidadão, diante deste cenário, se encontra desprovido de instrumentos de intervenção no processo legislativo e no controle concentrado de constitucionalidade, uma grande contradição, pois ele é o destinatário direto da norma posta pelo Estado, bem como intérprete da Constituição (Häberle, 2002).

A Constituição Federal consagra em seu art.1, II a *cidadania* como a identidade política do indivíduo. Em uma concepção “Arendtiana” a cidadania é a “quintessência da liberdade”. Percebe-se, portanto, que a cidadania emerge da soberania popular como direito de participação no processo político, bem como da tomada de decisão sobre os assuntos do governo.

O papel do cidadão como controlador da legalidade constitucional passa através da ótica aberta dos *direitos fundamentais* no direito constitucional positivo brasileiro. Nesse sentido, o artigo 5º parágrafo 2º estabelece: “Os direitos e garantias expressos nessa constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, (grifo nosso) seguindo a tradição do direito constitucional republicano, em especial, a IX Emenda da Constituição Americana de 1971.

Nesse diapasão, a Constituição ao se referir aos direitos “decorrentes do regime e dos princípios”, consagra a existência de direitos fundamentais não escritos, que podem ser deduzidos via ato interpretativo, com base nos direitos constantes presentes na Constituição, bem como nos direitos que derivam do regime (República Federativa do Brasil) e nos princípios fundamentais da Lei Maior. Há que se considerar que a categoria dos direitos implícitos corresponde também a uma extensão do âmbito de proteção de determinado direito fundamental expressamente positivado, redefinindo seu campo de incidência.⁴

Ainda que não esteja expresso na Carta Constitucional, o direito fundamental de petição consagrado no art.5 XXXIV entendido como direito individual e, principalmente, como método de se efetivar o direito de resistência – na sua forma específica de desobediência civil – deve ser entendido como instrumento por meio do qual o cidadão pode se dirigir aos poderes públicos demandando a exclusão dos efeitos de uma lei ou ato de autoridade, ou até mesmo a revogação ou alteração desta, tendo em vista sua conflitância com a ordem constitucional ou

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11 ed. ver.atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. Pg.89

determinado direito ou garantia fundamental. Trata-se de direito decorrente da ordem democrática vigente, pautada no princípio da cidadania e da república, que outorga ao cidadão esse poder-dever de intervenção na *res pública*, mais especificamente na alteração e modificação das normas constitucionais.

Ainda que o Brasil não possua um Tribunal Constitucional perante o qual pudessem ocorrer os processos constitucionais promovidos pelos cidadãos, o direito de petição consagrado como “prerrogativa de cunho democrático-participativo” (*status activus*) é a concretização da soberania popular, entendida como a participação do cidadão não só na feitura da lei, mas também na sua vivência e amplitude na sociedade.

LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL E MECANISMOS DE FEEDBACK:

ABRINDO OS CAMINHOS PARA A CONSTRUÇÃO DE UMA CONSTITUIÇÃO DIFUSA NO BRASIL

Gabriel Cruz¹

Diante da expressa previsão normativa constante no artigo 102 da Constituição Federal de 1988, o Supremo Tribunal Federal tem a atribuição institucional de guarda dela. Com isso, a discussão sobre o qual é o significado real e verdadeiro sempre é personalizado na atuação da instituição, como última palavra. A discussão, portanto, sobre o significado da Constituição fica restrito à uma elite intelectual. O povo, quando muito, encontra representantes por meio da participação em audiências públicas ou de *amicus curiae*, cuja permissão fica restrita ao deferimento pelo relator do processo. Esse cenário brasileiro apresenta um dado importante sobre a revisão judicial que é o agravamento do vão entre a interpretação oficial das instituições que detêm poder de decisão e a interpretação do povo. É preciso sensibilidade do STF

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP/DF, Brasil. Endereço eletrônico: gabriel.soarescruz01@gmail.com

para compreender que a Constituição está para além das Cortes; ela está difundida pela sociedade. Ela está no povo e o povo está nela, de modo que há que se reconhecer que cada membro da comunidade política está habilitado para decidir o que a Constituição significa para ele próprio. Esse reconhecimento da capacidade dos cidadãos é o meio para garantia da legitimidade do sistema constitucional e dos processos judiciais de controle de constitucionalidade no STF. A Constituição representa um conjunto normativo de conquistas, bem como o estabelecimento de compromissos que serão, gradualmente, satisfeitos, na crença e esperança de reconhecer novos direitos e novas práticas como meio para atribuição adequada do significado/dos significados desse documento, compreendendo-se que as decisões oficiais são apenas parte do projeto constitucional. Para a construção constitucional adequada é preciso o reconhecimento de mecanismos de *feedback*, como a atuação de movimentos sociais e dos partidos políticos que, retroalimentando permanentemente o sistema, possibilitará a criação de uma ponte que irá interligar a interpretação do povo com a interpretação oficial. Com efeito, diante dos processos constituintes em 1987/88, pode-se observar uma cultura cidadã no Brasil. A abertura dos canais dialógicos pelo Assembleia Nacional Constituinte indica que o povo se vê identificado no texto constitucional e irá lutar por sua efetividade sempre que possível, num processo de constante aprendizagem. A Constituição não está tão somente nos Tribunais, está na sociedade, no povo, e o contrário também é verdadeiro. A legitimidade do sistema constitucional e, portanto, da revisão judicial pelo STF depende do reconhecimento desse mecanismo de *feedback*. A Constituição não é aquilo o que uma Corte diz, ela está para além disso, tendo em vista a influência dos movimentos sociais e políticos, a concluir que, à luz do protestantismo constitucional - que reconhece a interpretação do povo como necessária à legitimidade do sistema - se observa no Brasil uma Constituição difusa, fora da Cortes; em que o povo se vê identificado nela como participante de um processo em permanente construção e cujo caminho para ela se dá a partir dessa ponte criada pela interpretação protestante, competindo ao STF a disposição para reconhecimento de direitos reivindicados pelos movimentos sociais e políticos, de modo que, ao fim e ao cabo, a prestação jurisdicional apenas chancela a interpretação do povo.

A PERTINÊNCIA DAS CRÍTICAS AO *JUDICIAL REVIEW* DE *COMMON LAW* AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO DE *CIVIL LAW* POR MEIO DA APROXIMAÇÃO ENTRE OS DOIS SISTEMAS

Jairo Néia Lima¹

No âmbito constitucional, a segunda metade do século XX foi marcada principalmente pela expansão e consolidação dos mecanismos de controle de constitucionalidade das leis. Uma das razões para essa tendência pode ser encontrada na necessidade de se garantir pela via jurisdicional a força normativa que os direitos fundamentais assumiram no período pós 2ª Guerra. Paralelamente, as demandas democráticas também aumentaram nos últimos anos, seja pela sua influência em regiões anteriormente não abrangidas por experiências democráticas, seja pelo seu aprofundamento em países com democracias já instaladas. O encontro dessas tendências revela uma tensão significativa para a teoria constitucional, pois o exercício da revisão judicial de constitucionalidade das leis implica, de alguma maneira, o questionamento em torno da atividade legislativa fruto do exercício da soberania popular, a pedra de toque da democracia. Tal fenômeno tem sido analisado e dirigido principalmente por teóricos norte-americanos, tais como Jeremy Waldron, Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post, Reva Siegel entre outros. Respeitadas as particularidades de cada um desses autores, em linhas gerais é possível dizer que suas abordagens convergem para uma crítica da atuação da Suprema Corte estadunidense no *judicial review* em razão do seu déficit democrático e buscam a valorização do dissenso que pode se expressar tanto no Parlamento como no engajamento popular. Além dos limites norte-americanos, é possível citar os trabalhos de Richard Bellamy, o qual também questiona a autoridade judicial sobre a parlamentar na decisão em torno dos dissensos na sociedade. Deve-se notar que tais abordagens críticas se dão em um terreno fundado em bases do sistema de *common law*, no

¹ Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor colaborador Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Brasil. jnl@usp.br

qual a jurisprudência exerce um papel de destaque (judge-made-law). Ainda que os argumentos dos autores acima citados se fundamentem em uma teoria geral, não se pode negar o fato de que vislumbram uma determinada realidade jurídica, política e social, a qual nem sempre pode ser representada em outros contextos, como do *civil law*, no qual o papel do juiz (inclusive o juiz constitucional) se construiu de maneira diversa. Em razão disso, em que medida as críticas ao *judicial review* elaborada pelos autores acima elencados pode explicar a prática do controle de constitucionalidade em países de *civil law*, como é o caso do Brasil? Entende-se que tal questionamento é premissa básica antes de se buscar uma avaliação crítica do desempenho democrático do Supremo Tribunal Federal no país. Busca-se, portanto, descrever como o controle de constitucionalidade no Brasil está construído à luz das premissas do *civil law*. Pretende-se demonstrar, por outro lado, que há uma crescente influência do *common law* na cultura jurídica nacional, a qual repercute na estruturação da jurisdição constitucional. Tal convergência tem o condão de possibilitar a associação da crítica do *judicial review* à realidade brasileira bem como de reconhecer a necessidade de se democratizar os instrumentos de controle de constitucionalidade no país. A democratização do controle de constitucionalidade no Brasil passa, portanto, pela identificação da aproximação que dos sistemas de *civil law* e *common law* a fim de que se possa abrir caminhos à construção de uma crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal que não seja desvinculada da realidade da dinâmica institucional nacional.

A DELIBERAÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

ENTRE O FACTÍVEL E O ALMEJADO

João Victor Colares Prasser¹

A produção acadêmica no meio jurídico, quando propõe-se a solucionar questões atuais, tende a dividir-se, sumariamente, em dois modelos. Propostas julgadas factíveis, com possibilidade de imediata ou iminente efetivação, contrapõem-se, no quesito mencionado, à propostas em que busca-se a solução ideal, cuja aplicação, tendencialmente, é inviabilizada ou impossibilitada pela conjuntura hodierna.

No debate acerca do controle de constitucionalidade brasileiro, especialmente no Supremo Tribunal Federal, envolvendo judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, é possível delinear a divisão supracitada. Sugere-se a redução drástica da jurisdição da Corte, bem como a extinção da mesma, concomitante à argumentações no sentido de, institucionalmente, aprimorar o controle exercido. Ressalta-se, contudo, que não há falar em equívoco nas propostas julgadas extremistas, desde que qualificadas como devidas, justas e necessárias, sendo a mera relativização uma crítica infundada.

No que tange ao primeiro agrupamento de sugestões, o momento atual desfavorece a aplicação efetiva. Autores constitucionalistas, ao conjecturar o período posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, notificam o processo de ascensão do Poder Judiciário brasileiro, cerceado por condições imprescindíveis e favoráveis (BARROSO, 2012). Cogitar a extinção de certas funções do STF, ou do próprio controle jurisdicional de constitucionalidade, aparentemente não encontra respaldo na factibilidade. Em sentido contrário, torna-se evidente que, devidamente ou não, a curva de ascensão ainda não atingiu o respectivo vértice.

Processos em tramitação, como o RE 635.659, referente ao porte de entorpecentes para consumo próprio, elucidam a tendência de o Supremo continuar protagonizando decisões emblemáticas. Novamente, é válido reiterar que, mesmo sendo inviável para o futuro próximo,

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. E-mail: joaovcp8@ufmg.br.

tais projetos assumem grande relevância, na medida em que fortalecem a busca e o interesse contínuo pela devida proteção de garantias fundamentais.

Paralelamente à discussão acerca da legitimidade democrática do controle jurisdicional, alguns doutrinadores reconhecem que certas cortes possuem meios mais efetivos de proteger direitos e, por conseguinte, deve-se não só almejar a proteção que corresponda aos anseios ideais do Estado Democrático de Direito, como preconizar mudanças pontuais e viáveis. As alterações, evidentemente, não devem violar princípios basilares do paradigma supramencionado.

Destaca-se, portanto, o elemento deliberativo. A deliberação assume relevância no mérito de ambos os debates: apresenta-se como possibilidade factível de aprimoramento do comportamento judicial do STF e, em certa medida, acrescenta valor democrático, quando positivamente identificada. A proteção dos direitos das denominadas minorias, por via de regra, confere maior reputação democrática à respectiva Corte Constitucional (SILVA, 2013). Entretanto, o debate, principalmente nos casos em que é público, deve ser encorajado, ao passo que potencializa a qualidade da decisão. Cortes como o STF, criticadas tanto por posições de caráter ativista, quanto por processos decisórios, fundamentam o referido potencial da deliberação.

Considerada individualmente como instituto e como mecanismo eventualmente institucionalizado, a deliberação pode conferir novo sentido às decisões, de tal sorte que, os casos que apresentam votação unânime, dentre outros litígios, tenham efetivamente a construção de um entendimento sólido. A produção de ementas, inclusive, tende a ser contestada por não abarcar devidamente o que foi discutido, limitando-se, em diversas oportunidades, tão somente a opinião do respectivo relator.

A discussão, contudo, é ampla. Primeiramente, é válido reconhecer que até mesmo na posição de proposta factível, certos desdobramentos podem ser tão utópicos quanto propostas de outra corrente, não obstante a manutenção da relevância de tais debates acadêmicos, políticos e jurídicos sobre o tema. A publicidade da deliberação contrapõe-se aos julgamentos midiáticos: sendo as decisões públicas já questionáveis, seria do interesse da Democracia brasileira a tomada de decisões a portas fechadas? O limite entre o sensacionalismo decisório e o debate legítimo será devidamente traçado?

Parece evidente que, distante de restringir-se ao circunstancialismo, discutir a deliberação no Supremo Tribunal Federal possui per-

tinência reconhecida entre constitucionalistas e acadêmicos diversos. Idealmente, alguns podem acreditar que não deve ser aspirada como aprimoramento do exercício das cortes, ao preconizar a extinção do controle jurisdicional (TUSHNET, 1999). Outros, em contrapartida, podem reconhecer, inclusive, como o modelo almejado de jurisdição constitucional democrática. Relevante, conclui-se, é, impreterivelmente, problematizar o desenho institucional, abordando o critério agregativo e o deliberativo, e, de forma contínua, prosseguir a discussão no sentido de efetivamente democratizar o controle de constitucionalidade brasileiro.

DEMOCRATIZAÇÃO DO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO:

A LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL POR MEIO DO MÉTODO DIFUSO

José Nilton Nascimento Neves¹

O controle abstrato de constitucionalidade das normas do direito brasileiro posiciona-se, atualmente, num nível nunca antes observado na história constitucional brasileira. É sustentado por um discurso de legitimação segundo o qual tal método de defesa da Constituição, em decorrência da sua ascensão e desenvolvimento, obtido no âmbito da Constituição de 1988, tornou o sistema de controle de constitucionalidade do Brasil um dos mais sofisticados instrumentos de defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos². Em consequência, inseriu-se o controle difuso, cuja tradição, no Brasil, é secular, num plano secundário de importância, no que se refere à proteção e garantia destes direitos. Entretanto, do ponto de vista empírico, o sistema abstrato não se

¹ Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB. Advogado. Brasil. E-mail: joseniltonnneves@hotmail.com/josenilton101@gmail.com.

² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 208.

desenvolve como afirmado. A prática constitucional, no âmbito desta modalidade, parece não realizar, efetivamente, a defesa dos direitos e garantias fundamentais, de modo que há um descompasso entre o discurso de legitimação do modelo abstrato e a sua prática, a partir de um exame empírico³. A maneira pela qual se exerce atualmente o controle de constitucionalidade concentrado no Brasil (em especial por meio da espécie ADI) caracteriza uma utilização corporativa do instituto. Apesar deste envolver “ [...] uma análise *em abstrato* da norma impugnada, [...] este sistema somente pode ser movido quando há um interesse *concreto* dos agentes legitimados para invocar essa forma de controle”⁴, de modo que ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade é uma opção, atualmente, estritamente política. Defende-se, ao se ajuizar uma ADI, mais interesses específicos dos autores do que a coletividade representada pelo legitimado⁵. Assim, com a análise das diversas configurações desse instituto nas Constituições brasileiras, até a Constituição de 1988, ápice da expansão do modelo abstrato, contrapõe-se a tal expansão e mostra-se que o modelo difuso não pode ser suprimido, conforme tendência do pensamento constitucional majoritário - tanto no âmbito teórico-jurídico, quanto no jusfilosófico, consubstanciado nos paradigmas positivista e comunitarista -, posto tratar-se de um instrumento com ampla legitimidade democrática, a partir da perspectiva procedimentalista, que tem como marco teórico a teoria discursiva de Jürgen Habermas. O método difuso goza de maior legitimidade porque baseado num processo subjetivo, pelo qual os integrantes participam de forma mais ativa através de um consenso fundado em argumentos, o que possibilita, reflexamente, a abertura para a interpretação constitucional, ao invés de consolidar um processo de interpretação restrita e limitada a um órgão. Além de ser um modelo de tradição secular⁶ - a recepção do *judicial review* ocorreu com a Constituição de 1891 -, contribui para aquilo que Häberle⁷ chamou de sociedade aberta dos

³ BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática da defesa dos direitos fundamentais. Disponível em: < http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relat%C3%B3rio_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf >. Acesso em 12/08/2014.

⁴ BENVINDO; COSTA, op. cit., p. 18.

⁵ Ibid., p. 71.

⁶ CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p.163.

⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da*

intérpretes da Constituição, concepção segundo a qual cada cidadão é intérprete desta e deve contribuir com o processo hermenêutico porque vive num contexto regulado por esta norma. Em contraposição à teoria do direito de Dworkin, segundo a qual o juiz *Hércules*, um sujeito com privilégio cognitivo, deve encontrar individualmente a solução para os problemas judiciais⁸, Habermas propõe que a solução do conflito seja encontrada a partir da comunicação pública dos cidadãos⁹, pela qual se chegará a um consenso entre os atores. Assim, torna-se necessário a consciência da riqueza do sistema difuso para que se possa preservá-lo e protegê-lo das constantes tentativas autoritárias representadas pela ascensão do controle concentrado, o que torna necessário a assunção de um papel menos funcionalista¹⁰ e mais cidadão, reconhecedor de que todos são responsáveis pela interpretação constitucional.

constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

⁸ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2007., p. 164 e ss.

⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade. vol. I. Tradução de Flávio Beno Sieberneichler.* Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997., p. 276 e ss.

¹⁰ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; MEYER, Emílio Peluso Neder; RODRIGUES, Eder Bomfim. *Desafios contemporâneos do controle de constitucionalidade no Brasil.* Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 147.

A DESCRIÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA DA CORTE CONSTITUCIONAL E O RECEIO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Lucas Fernandes de Magalhães¹

A inclusão de canais participativos, como a Audiência Pública, nos procedimentos de controle de constitucionalidade pode levantar sérias objeções, apesar de corresponder às demandas de participação popular nas instituições governamentais.

O controle de constitucionalidade, via de regra, é compreendido a partir da descrição contramajoritária² da Corte Constitucional³, a qual, resumidamente, retrata os juízes como habitantes de uma torre de marfim, imunes às pressões provenientes da opinião pública e da política.

Com efeito, seria essa indiferença dos juízes aos apelos da sociedade que lhes possibilitaria declarar a inconstitucionalidade de leis, ainda que isso implicasse ir de encontro à vontade majoritária.

Neste contexto, a inclusão de canais participativos no procedimento de controle de constitucionalidade não provocaria o risco de os juízes serem afetados pelas pressões sócio-políticas? Em outras palavras, a participação popular não representaria um perigo ao contramajoritarismo da Corte?

Aceita a descrição contramajoritária da Corte, a resposta a essas perguntas sem dúvida será positiva. Isto é, enquanto esta descrição for mantida, qualquer tentativa de incluir canais participativos no procedimento de controle de constitucionalidade sempre será vista como uma

¹ Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Brasil. lucas_fernandes91@hotmail.com

² A descrição contramajoritária do controle de constitucionalidade se assenta sobre diversas premissas equivocadas, dentre elas: a) o controle de constitucionalidade invalida leis aprovadas em nome do povo e, portanto, contraria a vontade popular; e b) juízes não prestam contas à população, uma vez que não estão submetidos a uma electoral accountability.

³ A expressão Corte Constitucional, no cenário brasileiro, se refere ao Supremo Tribunal Federal, órgão do judiciário competente para proceder ao controle de constitucionalidade, tanto concentrado quanto difuso, das leis.

ameaça.

Todavia, o óbvio deve ser dito⁴: a descrição contramajoritária é uma falácia⁵. Numa palavra, não existem torres de marfim e, muito menos, juízes indiferentes aos clamores externos à corte.

Os juízes vivem neste mundo, assistem televisão, leem jornais, acessam a internet, em suma, estão a todo momento em contato com a opinião pública e, sobretudo sendo afetado por ela⁶. Ademais, os juízes também fazem parte do jogo político: eles necessitam do suporte dos outros atores políticos e da população para que suas decisões sejam efetivadas⁷.

De uma maneira clara, mesmo que não houvesse canais participativos no controle de constitucionalidade, na prática judiciária, os juízes permaneceriam afetados pela opinião pública e pela política. Isto é inevitável.

Sob esta nova perspectiva, ao que tudo indica, as perguntas anteriores ganham uma nova resposta: não há razão alguma para se temer o aumento da participação popular promovida pelos canais participativos. Na pior das hipóteses, esses canais apenas representariam um prolongamento das pressões socio-políticas que naturalmente já recaem sobre o controle de constitucionalidade. Ao passo que, na melhor delas, poderia se argumentar que os canais, efetivamente, agregariam uma maior legitimidade democrática à decisão judicial.

⁴ "Old habits die hard", *The Politics of Judicial Review*, p. 259.

⁵ Ressalte-se que pelo mero fato da Corte Constitucional não ser contramajoritária é um equívoco inferir que ela é submissa à vontade majoritária. A bem da verdade, a Corte não é, a priori, nem majoritária e nem contramajoritária. Na prática judiciária, ela transita ininterruptamente por esses dois pólos, de modo que, em alguns momentos, o posicionamento da Corte se aproxima da opinião pública e, em outros, ele se afasta

⁶ "The Justices live on this planet and typically are aware of what happens on it. They read newspapers, watch television, and come into contact with popular opinion regularly.", *The Politics of Judicial Review*, p. 325.,⁵

⁷ "Ultimately, Hercules' power rests on the willingness of the public, and the political actors accountable to it, to respect his independence and the decrees of his court", *The Politics of Judicial Review*, p. 261.

JUDICIAL REVIEW E A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO INSTITUCIONAL NA INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Ludmila Lais Costa Lacerda¹

O presente trabalho objetiva questionar a possibilidade do diálogo institucional. Desse modo é utilizado o recorte metodológico em consideração ao instituto do *Judicial Review* e a relação entre os Poderes judiciário e legislativo. Ao observar a separação e independência de atuação entre os poderes é possível questionar: quando o legislativo não responde uma decisão tomada pelo judiciário significa submissão ou subordinação? Da mesma forma, quando o parlamento reage a uma decisão da corte, esse ato significa supremacia e afirmação de sua autoridade? Existe um “diálogo” quando um Poder simplesmente acata ou rebate a decisão do outro? É possível um “diálogo” entre a função de proteger e a função de limitar direitos? Para responder essas questões é preciso que se considere uma *teoria da decisão* que retrate o conteúdo e a forma de construção das decisões, para que a mesma possa ter auferida sua legitimidade, autoridade e prevalência, independente da origem ter se dado no Poder legislativo ou judiciário. Também é preciso articular uma *teoria dos diálogos institucionais* com uma concepção mais sofisticada e qualificada para proposta daquilo que se pretende denominar como “diálogo” (e não monólogo), além de investigar se diferentes modelos de prática do *Judicial Review* influenciam o desenvolvimento de diferentes interações entre o parlamento e a corte. Para tornar a questão mais tangível é possível realizar um comparativo entre diferentes moldes de *Judicial Review* com intuito de verificar as semelhanças e diferenças na prática de tomada de decisões e interpretações Constitucionais. É possível realizar um contraponto entre sistemas do Brasil e Canadá e o tipo de interação e comunicação estabelecido entre o parlamento e a corte. No Canadá existe um sistema singular. Com a seção 01 (*limitation clause*) e seção 33 (*notwithstanding clause* ou *override clause*) da Carta de Direitos e Liberdades do Canadá depreende-se a permissão de superação da decisão judicial pelo legislativo, ou seja, no Canadá a legislação

¹ Brasil. Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/7654938362880630>

pode ser submetida à corte e o parlamento pode tornar a lei revisora de uma decisão judicial imune a uma nova análise da corte, por prazo de 05 anos admitida prorrogação. Porém, o parlamento tem um pesado ônus de justificação para conseguir realizar tal procedimento. Apesar disso, foi demonstrado por pesquisa empírica² que após decisões da corte, o Parlamento canadense não necessariamente utilizava muitas vezes a seção 33, mas respondia às decisões da corte (mesmo aquelas que não declaravam uma incompatibilidade com a Carta) através de uma sequência legislativa (*legislative sequel*) que permitia um rápido retorno às decisões judiciais e o despertar do parlamento para problemas pertinentes e observações sobre objeções feitas pela corte. Em contrapartida, no caso brasileiro não há esse ônus tão robusto, já que pelos procedimentos, o legislativo não se vincula às decisões judiciais e seja através de Emendas Constitucionais, que no Brasil tem procedimento de aprovação mais flexível comparado ao procedimento de aprovação de emendas nos Estados Unidos, ou via legislativa ordinária é possível que o legislativo reedite uma lei considerada inconstitucional pelo judiciário quando entender pertinente. Ao agir de tal modo, o legislativo pode inclusive, modificar as bases e parâmetros de apreciação da constitucionalidade e da própria Constituição e após, o judiciário pode também lançar interpretações a tais modificações. Significa que no Brasil o ato normativo pode ser submetido ao judiciário para análise frente à Constituição e declaração de (in)constitucionalidade, mas nada impede que, após vigor dessa decisão o Parlamento reedite o conteúdo de uma determinada norma que tenha sido considerada inconstitucional, que pode ser novamente objeto de análise pelo judiciário, caso a atuação na jurisdição constitucional seja provocada. Por fim, podemos dizer que a sequência de decisões podem ser vinculadas, como é o caso canadense onde o parlamento deve superar argumentativamente as justificativas da corte para manutenção de conteúdo considerado incompatível com a Carta de Direitos, ou a sequência de decisões podem ser desvinculadas, como é o caso brasileiro onde o legislativo pode reeditar conteúdo normativo logo após consideração de inconstitucionalidade pela corte, cabendo à corte uma futura nova análise da reedição, se for o caso de

² Ver: Hogg, Peter W.; Thornton, Allison A. Bushell; and Wright, Wade K.. “Charter Dialogue Revisited: Or “Much Ado About Metaphors”.” *Osgoode Hall Law Journal* 45.1 (2007) : 1-65.

Ver também: Hogg, Peter W. and Bushell, Allison A.. “The Charter Dialogue between Courts and Legislatures (Or Perhaps the Charter of Rights Isn’t Such a Bad Thing after All).” *Osgoode Hall Law Journal* 35.1 (1997) : 75-124.

ocorrer nova provocação ao judiciário sobre possível (in)constitucionalidade. Fato é que tanto no modelo canadense quanto no brasileiro, há uma sequência de decisões sobre certos assuntos ou temas que podem ser vistas e revistas em rodadas de análises pelos poderes legislativo e judiciário de modo sucessivo com o passar do tempo. Esse comparativo pode levar a um novo embate sobre o quanto o modelo canadense realmente deixa o parlamento mais independente para interpretar e resolver as questões legislativas conforme a carta de direitos diante uma decisão da corte, apesar de conferir prerrogativa e ao mesmo tempo mais responsabilidade ao manter em vigor uma legislação considerada como incompatível com a Carta de Direitos. O modelo brasileiro mostra maior preocupação e preservação com a independência entre os poderes para realização da interpretação constitucional? O modelo canadense mostra maior preocupação com o diálogo, institucionalização do debate e respeito ao ônus argumentativo do legislativo para manter decisões desfavoráveis da corte? Por fim, mesmo considerando a realidade de cada país e necessidade de verificação empírica para compreender o emprego de cada modelo, o trabalho tem como escopo retratar a adequação de uma teoria que possa justificar legitimidade e autoridade sob o viés da decisão, situar a necessidade de uma concepção de “diálogo” realmente compatível com a ideia de uma teoria dos diálogos institucionais e investigar a colaboração de formas do *Judicial Review* e institutos para melhorias na interação entre as instituições em um contexto de democracia deliberativa e perspectiva mais aberta para a correção de erros.

ADVISORY OPINION:**O MITO DA INEXISTÊNCIA DE CONTROLE ABSTRATO DE
CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS UNIDOS***Marcelo Kokke¹*

A compreensão do controle de constitucionalidade e de sua aplicação envolvida em redes de princípios, tais como a separação de poderes e a supremacia da Constituição, não pode ser considerada em ditames fechados de essencialismo, como se institutos e matrizes de controle estivessem alheias ao debate construtivo e reconstrutivo de significados e âmbitos de aplicação. O controle de constitucionalidade está antes de tudo inserto em patamares histórico e culturalmente construídos que manejam sua aplicação de acordo com necessidades sociais sujeitas à remodelagem e reflexão. A partir da rejeição do essencialismo e afirmação do caráter histórico-cultural aberto da afirmação de modelos de erguimento da superioridade constitucional e dos respectivos mecanismos que visam garanti-la, pretendo refutar ponto assumido como premissa inquestionável: o controle de constitucionalidade nos Estados Unidos da América não pode possuir um cunho abstrato, muito menos preventivo, seu exercício seria estritamente ligado à controvérsia a ser decidida no âmbito judicial pelo caso concreto. Trata-se aqui de um mito a ser desconstruído. A importância deste questionamento está ligada à profusão e aos efeitos gerados na concepção brasileira de controle de constitucionalidade, em grande medida influenciada pelo modelo das construções estadunidenses de controle. A forma como disseminado o controle de constitucionalidade e sua afirmação no Brasil carrega em muito caracteres de essencialismo, como que em reportes de leis naturais que são dadas e devem ser tomadas para além da reconstrução a que estão sujeitas as bases normativas jurídicas e sociais. O tema desenvolvido é o instituto da *advisory opinion*. O instituto da *advisory opinion* permite identificar o desenvolvimento no direito estadunidense

¹ Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela PUC - Rio. Pós-graduado em Processo Constitucional. Aperfeiçoamento em Constitutional Struggles in the Muslim World - University of Copenhagen. Professor de Direito Constitucional - Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de pós-graduação do Instituto para o Desenvolvimento Democrático - IDDE e da PUC-IEC-MG. Professor Colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Procurador Federal - Advocacia-Geral da União. Brasil - marcelokokke@yahoo.com.br.

de vias diferenciadas para o tratamento da conformidade constitucional de normas, abrindo espaço para que a demanda de realidade própria de determinados Estados-membros da federação proporcionasse vias diferenciadas para conformação das relações de separação entre os poderes ou funções do Estado, assim como modalidades específicas de exercício da tutela da supremacia constitucional, por meio de um controle abstrato e mesmo prévio. A relevância do instituto ocorre tanto para fins de problematização quanto para abertura de discussão das conformações do controle de constitucionalidade: os Estados Unidos possuem e exercitam um tipo específico de controle abstrato e mesmo preventivo de constitucionalidade, pouco abordado e posto e análise. O objetivo maior almejado é introduzir o debate acerca do instituto da *advisory opinion*, rompendo com convicções por vezes existentes de um monismo estrutural de formas de tutela constitucional nos Estados Unidos, o que repercutiu de forma determinante na formação da compreensão de condução do controle de constitucionalidade no Brasil. O controle de constitucionalidade, como manifestação jurídica e social, não está infenso às reconformações sociais que delineiam a estruturação de acomodação entre os poderes ou funções do Estado. Trata-se ele de produto da conformação normativa em reconstrução contínua, voltada a atender às exigências contemporâneas da sociedade. A expressão reconstrutiva do ser social não pode perder-se em amarras conceituais voltadas para a definitividade, pelo inverso, institutos jurídicos são engenhados de forma a corresponder a demandas por reconhecimento normativo das exigências sociais, e dentre estas, dos anseios constitucionais de uma sociedade de massas que se reconforma continuamente, mas que anseia por uma discursividade acompanhada de mecanismos redutores de instabilidades. O controle de constitucionalidade abstrato e mesmo preventivo é executado em diversos Estados membros dos EUA, estando previsto em suas respectivas Constituições e leis locais. Apresento no trabalho desenvolvido casos de aplicação do instituto, com suas premissas e arranjos institucionais envolvendo o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Legislativo, a demonstrar que a crença de uma estrutura monolítica do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos pela via incidental e voltada para a controvérsia do caso concreto está equivocada, é um mito. Para tanto, apoio-me igualmente em marcos referenciais teóricos que se centram no estudo do tema no direito estadunidense e em julgados envolvendo os posiciona-

mentos da Suprema Corte dos EUA sobre a matéria.²

² Destaco os seguintes referenciais teóricos que tiveram relevância no desenvolvimento do estudo: FLETCHER, William A. The case or controversy requirement in State Court Adjudication of Federal Questions. In *California Law Review*. Vol. 78, Cal. L. Rev. 263. 1990. ELY, John Hart. On constitutional ground. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1996. HERSHKOFF, Helen. State courts and the passive virtues: rethinking the judicial function. *Harvard Law Review*. Vol. 114 – n. 7 – May. 2001.

JUSTIÇA CONSTITUCIONAL, SOBERANIA E PARTICIPAÇÃO: ENTRE O NEOCONSTITUCIONALISMO EUROPEU E O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Virginia de Carvalho Leal¹

Maria Lúcia Barbosa²

A cada dia intensifica-se o debate sobre a legitimidade democrática e os controles de constitucionalidade nos diversos sistemas constitucionais. Quando nos referimos a “controle de constitucionalidade” nos referimos a seu sentido amplo, que engloba não só toda a prática de revisar e comprovar a adequação das ações tanto legislativas do poder executivo e do poder legislativo, bem como os atos ou omissões dos funcionários públicos ou terceiro privado à Constituição, buscando sua anulação quando contradigam o texto constitucional e os direitos que este texto reconhece.

Em nossa análise usaremos de maneira indistinta o termo “controle de constitucionalidade” tanto para o *judicial review* do *Common Law* como o controle de constitucionalidade concentrado do sistema

¹ Professora da ASCES/PE. Doutora pela Universidade de León - Espanha, e Mestrado pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Brasil. Correio eletrônico: virginiacleal@gmail.com

² Professora da Faculdade de Boa Viagem, Professora das Faculdades Integradas Barros Melo – AESO. Doutora e Mestra pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Brasil, com período sanduíche na Universidade de Valencia-Espanha. Doutoranda em Direito pela Universidade de Valencia sob a orientação de Roberto Viciano Pastor. Correio eletrônico: malubarbosa1@yahoo.com.br

continental ou *Civil Law*. Utilizaremos também o termo “poder negativo” e sua evolução histórica como termo que articula a relação entre soberania, justiça constitucional e participação cidadã - da soberania por parte do povo e do poder constituinte - até chegar ao modelo judicializado de controle de constitucionalidade.

A partir do século XX, crescentes e progressivas são as experiências constitucionais e a literatura especializada que têm tratado e buscado reestabelecer, na teoria e na prática, essa mencionada relação. No obstante, parece ser que apenas com a chamada “terceira geração do constitucionalismo”, ou Novo Constitucionalismo Latino-americano, tem sido possível falar em uma rearticulação entre estes três conceitos: soberania, justiça constitucional e participação cidadã.

A análise história que nos propomos apresentar mostrará que em suas origens havia a articulação entre esses conceitos na justiça constitucional, mas que ao largo do processo de sua judicialização essa articulação se rompe, e que apenas recentemente e em contextos específicos percebe-se a progressiva intenção de perseguir novamente a democratização da justiça constitucional.

O neoconstitucionalismo europeu é fortemente impregnado pela compreensão de que as Constituições representam, sobretudo, valores que conferem estatura jurídico-normativa à condição humana, e oferece um conjunto de mecanismos de interpretação e aplicação do direito que introduz critérios materiais quanto à aferição da validade do direito. As características principais do neoconstitucionalismo europeu são (i) o reconhecimento de um amplo catálogo de direitos fundamentais; (ii) a afirmação de técnicas ponderativas de argumentação e aplicação do direito; (iii) ampliação do poder jurisdicional sobre o papel do legislativo, e (iv) afirmação do direito e uma dimensão principiológica.

A aproximação entre direito e moral e a adoção de constituições que abarcam um conjunto de valores que se irradiam pelas diversas áreas do direito caracterizam o neoconstitucionalismo europeu, que delega ao Poder Judiciário a solução dos conflitos reduzindo os espaços de decisão democrática, transferindo ao intérprete/aplicador da constituição a tarefa de solucionar os conflitos sociais, atuando por vezes como legislador negativo (e positivo), o que pode se afastar da ideia de democracia, já que tira dos cidadãos e de seus representantes a possibilidade de decidir sobre questões sensíveis de interesse de toda a sociedade. Como característica fundante, o neoconstitucionalismo adota uma postura constitucionalista forte, na qual a constituição se faz efetiva como orientadora da política.

Já o um “novo constitucionalismo latino-americano” rompe com a pretensão de universalidade epistêmica consagrada pela modernidade. O “novo constitucionalismo” nasce a partir das experiências constitucionais de países da América Latina que passam a rever as pautas do constitucionalismo europeu tradicionalmente sedimentado na região e apresentando novos olhares sobre os direitos fundamentais e sobre a organização do Estado. O “novo constitucionalismo latino-americano” propõe a refundação da teoria constitucional envolvendo o abandono das propostas totalizantes e uniformizadoras típicas de uma modernidade que se estabelece no plano da racionalidade e individualismo e a aproximação de modelos de compreensão da realidade caracterizados pela multiplicidade e pelo pluralismo.

A constituição torna-se o mandato direto do poder constituinte e fundamento do poder constituído, pois dota a sociedade de mecanismos de participação direta na vida política do Estado.

Analisaremos o controle de constitucionalidade no neoconstitucionalismo e no “novo constitucionalismo latino-americano”, com vistas a compreender como se materializa tal instituto e com base em que parâmetros são confrontados os demais atos normativos com o texto constitucional. Esse estudo busca revelar quais os papéis, limites e alcance da constituição nos dois modelos propostos.

AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: DISCURSO DEMOCRÁTICO E PRÁTICA TECNOCRÁTICA

Mário Cesar da Silva Andrade¹

A pesquisa buscou investigar o instituto jurídico das audiências públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), mais especificamente, identificou e analisou aqueles que o Tribunal tem admitido como participantes dessas audiências. O STF tem realizado audiências públicas sob a alegação de promover a abertura democrática da juris-

¹ Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF; Professor da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ; Brasil; E-mail: <mario.csa@hotmail.com>.

dição constitucional à participação social, aproximando o Tribunal da sociedade civil. Tais audiências teriam como finalidade o incremento da legitimação democrática das decisões do STF no exercício do controle de constitucionalidade, pela pluralização de seu processo decisório. Por isso, a positivação desse instituto foi festejada pela doutrina nacional como instrumento de pluralização e democratização da jurisdição constitucional pátria. As audiências públicas foram introduzidas no controle de constitucionalidade brasileiro pelas Leis nº 9.868 e nº 9.882 como vias jurídico-processuais colocadas à disposição do STF a fim subsidiar a construção de sua *ratio decidendi*. Legalmente, elas têm como objetivo permitir ao STF a oitiva de especialistas, na busca de informações, esclarecimentos e avaliações técnico-científicas. Através das audiências, os Ministros conseguem acesso a informações especializadas necessárias ao melhor deslinde das controvérsias sob julgamento. Assim, a legislação elenca as audiências públicas como instrumento de informação do Tribunal, destinado à oitiva de especialistas. Logo, as audiências seriam apenas uma via institucional de superação da vedação à dilação probatória dos tribunais superiores, permitindo ao STF ouvir especialistas similarmente à consulta de peritos pelas instâncias ordinárias. Pelo exposto, percebe-se certa divergência entre o discurso democrático em torno das audiências públicas e sua finalidade legal. Enquanto, o discurso exalta o papel democratizante e pluralizador do controle de constitucionalidade, a lei pretende apenas nutrir o STF com informações técnico-científicas através da oitiva de *experts*. Contudo, apesar dessa divergência, resta comprovar qual a vertente praticada pelo Tribunal. As audiências públicas têm sido utilizadas pelo STF como vias de abertura democrática e pluralizante de seu processo argumentativo e decisório ou como mero instrumento de colheita de informações científicas?

Considerando que a concretização da pretensão democratizante e pluralizadora das audiências públicas depende, essencialmente, das entidades, pessoas e segmentos sociais admitidos como participantes, pretendeu-se analisar quem são as entidades e pessoas ouvidas pelo STF nas audiências realizadas. Afinal, ainda que o acesso a oitiva de *experts* possa aumentar a racionalidade das decisões da Corte, essa utilização das audiências públicas não pode ser confundida com abertura democrática do Tribunal à participação social.

Para a pesquisa, partiu-se das teorizações do sociólogo e filósofo alemão Jürgen Habermas quanto à ampliação do conceito de racionalidade para além da instrumental. O conceito de racionalidade

característico da filosofia da consciência, com sua razão centrada no sujeito, reduz a ação racional ao viés instrumental, à pretensão de domínio empírico do mundo. A aplicação desse reducionismo instrumental às relações intersubjetivas e argumentativas interrompe o percurso comunicativo de busca de entendimento e o transforma em processo estratégico de manipulação. Para Habermas, em estágios mais avançados, a redução instrumental das relações intersubjetivas gera mesmo uma dissimulação de comunicatividade. Nesse sentido, a análise dos expositores admitidos pelo STF pode apontar para qual a real intenção do Tribunal na realização das audiências, bem como para eventual dissimulação de abertura democrática.

Como via metodológica, adotou-se para a pesquisa quantitativa-qualitativa a análise legislativa e jurisprudencial, com destaque para as notas taquigráficas e gravações em vídeo das cinco primeiras audiências públicas realizadas pelo STF, as quais já subsidiaram decisões do Tribunal.

Identificou-se que, apesar de o objetivo legal das audiências públicas ser oferecer esclarecimentos técnicos para as decisões do STF, os expositores e os próprios Ministros identificam as audiências como via de participação social, como possibilidade de a sociedade contribuir para o juízo do STF com visões de mundo plurais, havendo, portanto, divergência entre o objetivo legal e a pretensão dos envolvidos. Ademais, do rol dos expositores é possível reconhecer que a prática institucional do STF tem sido focar na oitiva de especialistas técnicos e científicos, dando pouco espaço para representantes de segmentos da sociedade civil em sentido amplo. Exemplificativamente, na primeira audiência pública, referente à ADI nº 3.510, o Min. Relator Ayres Britto admitiu 22 (vinte e dois) expositores, todos autoridades científicas, especialmente geneticistas. Contudo, em nenhum momento o Ministro visualizou qualquer contradição em uma abertura *democrática* restrita a cientistas. Similarmente, na audiência sobre judicialização do direito à saúde (STA nº 175), foram ouvidos 50 (cinquenta) expositores, em sua maioria dos segmentos médico e governamental, sendo somente 6 (seis) representantes de entidades da sociedade civil. Assim, a despeito da aplicação restritiva e instrumental das audiências públicas pelo STF, o discurso democrático dos Ministros acaba *simulando* uma abertura democrática do Tribunal.

O CASO DO RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO ENTIDADE FAMILIAR PELO STF E O 'ESTATUTO DA FAMÍLIA': POTENCIAL TENSÃO ENTRE PODERES

Tainá Aguiar Junquillo¹

Em 2011 o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento conjunto das Ações de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132 e 178, reconheceu como entidades familiares merecedoras de proteção jurídica as uniões homoafetivas. A partir desse marco paradigmático, o STF definiu como traço definidor característico para a formação da entidade familiar, a existência de duradouro vínculo afetivo em relações humanas. A decisão, afastou-se de uma interpretação literal do texto constitucional, o qual reconhecia como entidade familiar a união estável entre homem e mulher. Realizou, desse modo, a interpretação do dispositivo do art. 1.723 Código Civil (CC) de 2002, conforme à Constituição, ao entender que todo o sentido atribuído ao texto, que impedisse que a união entre pessoas do mesmo sexo fosse reconhecida como entidade familiar, seria considerada inconstitucional. Sem declarar a nulidade da norma constitucional, o STF adaptou a interpretação do texto com o intuito de possibilitar a compreensão moderna de família. Entretanto, posteriormente ao julgamento, desde o ano de 2013, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei (PL) nº 6.583, denominado 'Novo Estatuto da Família' proposto pela chamada 'Bancada Evangélica', o qual pretende definir em seu artigo 2º, a família como "o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher". A tramitação do Projeto de intenções que vão de encontro à decisão do STF, tem potencial gerador de um tensionamento entre poderes, na medida em que o Legislativo, ainda que não submetido ao efeito vinculante das decisões da Corte Suprema Judicial, desrespeita a interpretação já consolidada pelo Tribunal. Diante disso, a pesquisa buscou, à luz dos fundamentos da Teoria Constitucional Contemporânea desenvolvida por autores como Canotilho (2010), Cittadino (2012), Neves

¹ Mestranda em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES), bolsista da Fundação de Amparo à pesquisa do Espírito Santo (FAPES). Brasil. Endereço eletrônico: taina.aguiarj@gmail.com

(2015) e Cléve (2000), avaliar a tensão abordada. Após análise, concluiu-se que a mudança de sentido deflagrada com a decisão constitucional analisada foi independente de alteração do texto. Entretanto, foi capaz de concretizar a proteção de direitos, sem que para isso fosse necessária qualquer alteração formal legislativa, como pretendem os Deputados autores do Projeto. Isso demonstra que a técnica de interpretação conforme à Constituição é modo informal de modificação de sentido do texto constitucional que pretende preservar a produção legislativa, à luz da atribuição de novos horizontes interpretativos adequados à evolução dos valores sociais. Além disso, percebe-se que o controle de constitucionalidade tem caráter notoriamente contramajoritário e, portanto, é capaz de assegurar direitos de minorias que dificilmente seriam consolidados pelo Poder Legislativo. Daí a importância das decisões do STF relativas à guarita de direitos humanos, em especial a decisão ora retratada. Desse modo, tem-se que, caso aprovado o 'Novo Estatuto da Família', o STF, para manter o precedente e a coerência decisória, terá duas possibilidades quando novamente provocado a realizar o controle constitucional. Em um primeiro momento, poderá considerar o texto do 'Estatuto da Família' inconstitucional, com a consequência natural de declaração de sua nulidade. De outro modo, poderá reafirmar a decisão anteriormente proferida, realizando novamente a interpretação conforme do texto legal com o intuito de impedir retrocessos na evolução interpretativa que possam diminuir direitos humanos já assegurados aos casais homoafetivos.

DIGITAL ENVIRONMENT, ARCHITECTURE AND RIGHT OF REPLY:

THE DUTIES OF INTERNET SERVICE PROVIDERS UNDER THE BRAZILIAN CONSTITUTION¹

Cláudio de Oliveira Santos Colnago²

Adriano Sant'Ana Pedra³

The article seeks to examine whether it is feasible to recognize lawful obligations of Internet service providers that require them to adapt the code of their applications in a way to collaborate for a greater effectiveness of the right of reply exercised online. The paper adopts the premise by which there is no way to guarantee rights without also considering duties, identifying in the 1988 Constitution, among others, the duty to protect a balanced environment. The article arguments for a “digital environment” as opposed to the overused concept of cyberspace in order to include the Internet service providers in the context of the mentioned duty of protection. Next, valuing the importance of code’s architecture for the effectiveness of rights and duties in the digital environment, the paper sought to differentiate between types of service providers, seeking to ensure the imposition of proportional duties to individuals with a view to practical agreement between the duty of protection and costs attached thereto. Finally, suggestions are formulated as the assumption of commitments for little modifications in popular applications code could contribute to enhancing the effectiveness of the right of reply on the Internet.

¹ This paper results from a research developed on the context of the research group “State, Constitutional Democracy and Fundamental rights”, coordinated by Professors Daury Cesar Fabriz and Adriano Sant’Ana Pedra, under the masters and doctorate program on Fundamental Rights and Guarantees maintained by Vitoria Law School - Faculdade de Direito de Vitória (FDV).

² Professor of Law (FDV). Master on Fundamental Rights and Guarantees (FDV). Doctorate student in Fundamental Rights and Guarantees (FDV). Member of the Research Group “State, Constitutional Democracy and Fundamental Rights”, coordinated by Professors Daury Cesar Fabriz and Adriano Sant’Ana Pedra. E-mail: claudio@colnago.adv.br.

³ Doctor on Constitutional Law (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP); Master on Fundamental Rights and Guarantees (FDV); Federal Attorney; Professor of Law (FDV, both on Graduation and of the masters and doctorate program). E-mail: adrianopedra@fdv.br.

DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DO DISCURSO DO ÓDIO

A TÊNUE LINHA ENTRE O DIREITO E O ABUSO

Carolina Luiza Damiana Chieratto¹

O presente artigo científico tem como intuito analisar a extensão do direito à liberdade de expressão e o função limitadora do discurso do ódio no que tange ao exercício dessa prerrogativa.

Serão preliminarmente estabelecidos os conceitos sobre o direito à liberdade de expressão e acerca do discurso do ódio sobre a ótica cultural ocidental, considerando em especial o direito brasileiro e a construção estadunidense sobre tal assunto. Face a facilidade de divulgação de ideias, é pertinente realizar um balanço acerca desta temática.

Do estabelecimento de tais pontos, será suscitada a problemática entre tais fatos evidenciando o ponto de colisão existente entre o exercício de expressar-se e o possível excesso na presente ação quando esta se manifesta como discurso manifestamente ofensivo a determinado povo, cultura, etnia, prática religiosa e opção sexual.

Por fim, será trazido a análise o julgado conhecido como caso Siegfried Ellwanger, simbolizando a resposta brasileira ao problema, e o julgado National Party vs. Skokie, da Suprema Corte estadunidense.

A liberdade de expressão é um direito inerentemente ligado as conquistas das revoluções modernas e liga-se intimamente a busca de igualdade e aos conceitos que permeiam os Estados democráticos de direito. Considerando-a em seu sentido amplo, logo abrangendo diversas dimensões, pode ser visualizada em sua acepção negativa e positiva.

Quanto a primeira face, esta implica em um comando de não fazer face ao Estado, lado outro, a esfera positiva impõe que o exercício de tal prerrogativa deve ser protegido.

Já o discurso do ódio pode ser definido como todo discurso que de forma explícita ou implícita instiga a propagação da violência e a depreciação de determinado grupo, o que de certa forma provoca uma espécie de “desumanização” da vítima do discurso. Importante salientar que o discurso do ódio, ora em análise, não se confunde com o insulto individual pois sua esfera de ação abrange um número maior de

¹ Graduanda do 6º período em Direito pela Universidade do Cerrado – Patrocínio/MG. carolinaldchieratto@gmail.com

pessoas e estas não são consideradas individualmente mas sim como grupo a ser vitimizado.

Pois bem, se a essência da liberdade de expressão é a livre manifestação de suas convicções individuais, por que o discurso, em que pese revestir-se de ódio deve ser criminalizado e combatido?

O sistema de proteção jurídico à liberdade de expressão encontra no Direito Americano uma proteção extremamente ampla aproximando-se ao aspecto de quase total indisponibilidade e inviolabilidade. Tal fato se liga à própria essência de luta pela liberdade.

Não há de se negar que esta tradição constitucional também possui raízes históricas no tocante a população que imigrou de alguns pontos da Europa, sobretudo da própria Inglaterra, em razão de violações concernentes à liberdade de expressão, mais pontualmente a liberdade de expressão e prática religiosa.

O julgado *National Party vs. Skokie*, 432 U.S. 43 de 1977, discutiu a possibilidade de um grupo de neonazistas desfilar em um bairro judeu e teve como resultado a permissibilidade de tal passeata, pois se entendeu pela prevalência do direito à liberdade de expressão.

O Habeas Corpus 82424/RS, em linhas gerais questionou a prática de Sigrifried Elwanger, que escreveu e publicou obras com teor eminentemente preconceituoso face aos judeus. A base argumentativa, em que pese tratar-se da tipificação do crime de Injúria ou o de racismo, trouxe à baila a colisão entre os princípios da liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana.

A resposta brasileira ao problema é permeada por uma lógica em que se protegeu a dignidade da pessoa humana em face de prática de racismo do réu em desfavor do povo judeu.

A essência fundamental em se estipular mecanismos punitivos seja de cunho jurídico, ou seja, no estabelecimento de sanções em face de determinados comportamentos e ações, e o estabelecimento cultural de liga-se a experiência histórica advinda das práticas realizadas por determinadas nações que subjugaram povos sob a premissa de superioridade e de posse do discurso do ódio. O exemplo mais vivido e cruel da história contemporâneas é extermínio da vida humana praticado pelos nazistas na 2ª Guerra Mundial.

Ao lançar do método comparativo, entre o direito brasileiro e o direito estadunidense, notam-se diferentes respostas a tal questão o que por sua vez possibilita a reflexão sobre tal questão, a qual tona-se paulatinamente mais emergencial na atual conjuntura de práticas extremistas, busca por direitos humanos e a ampla divulgação de ideias,

um brinde a liberdade de expressão e uma possibilidade concreta de proliferação do discurso do ódio.

Assim sendo, os desafios jurídicos quanto à extensão da liberdade de expressão face ao discurso do ódio possui uma tênue linha divisória cuja resposta só pode se dar frente ao caso concreto.

A LIBERDADE RELIGIOSA (OU NÃO) DE USAR O HIJAB (OU NÃO) EM PAÍSES DEMOCRÁTICOS EUROPEUS:

NOTAS PARA O BRASIL

Catarina Araújo Silveira Woyames Pinto¹

O direito internacional público tem sido caracterizado por um grupo especializado de regras. Há quem diga que essa ideia de grupos especializados tende a separar as regras gerais do direito internacional ao criar novos mecanismos de aplicação em cada caso concreto. A presença de tais regimes fez com que aumentasse o número de tribunais internacionais fazendo com que houvesse a preocupação na possibilidade de fragmentação do direito internacional.

Fato é que, campos especializados do direito internacional têm surgido, como os direitos humanos e o direito internacional ambiental demonstrando que não há direito autônomo em si e que, há tribunais que focam a sua atenção em solucionar problemas referentes a casos independentes.

Neste novo panorama do direito internacional, entre os tratados principais que tutelam os direitos humanos, ocupa um lugar relevante a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, dos anos de 1950, caracterizada como sendo um tratado internacional que institui um ordenamento dotado de um órgão jurisdicional próprio, a Corte Europeia dos Direitos do Homem.

Mesmo com todo o aparato legislativo de direitos humanos e de liberdade religiosa, o lenço usado pelas mulheres muçulmanas co-

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, desenvolvendo mobilidade em: Fakultät für Rechtswissenschaft, na Faculdade Panthéon-Assas e Visiting Scholar no Instituto Max Planck de Direito Público.

nhecido como *hijab*, algo comum e bastante característico, pois, simboliza o seu respeito à religião tem sido alvo de recorrentes polêmicas. Uma delas diz respeito à vontade da mulher: se ela quer ou não usar. E outra seria o fato do seu uso em democracias ocidentais, principalmente as europeias, haja vista que a liberdade religiosa encontra-se na Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1954, na Seção 1^a do Artigo 9^o.

Todavia, com o decorrer da fobia ao Islã, principalmente depois do atentado aos Estados Unidos, o 11/09, houve uma tentativa de denegrir qualquer prática religiosa islâmica. Na Europa, geralmente, opõem-se as situações da França e da Inglaterra. Enquanto a França foi caracterizada por uma proibição de qualquer símbolo religioso nas escolas públicas desde 2004, já na Inglaterra, em geral, é permitida a utilização de véus islâmicos ou turbantes nas escolas estatais.

Exemplificando através de um dos casos mais emblemáticos da Corte Europeia de Direitos do Homem: o caso *Leyla Sahin v. Turquia*, de 2005, em que uma estudante turca de medicina, interpôs recurso junto à Corte de Estrasburgo, contestando a violação dos artigos 8^o, 9^o, 10 e 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, bem como a do artigo 2^o do Protocolo de Número 130 perante a Grande Câmara – sendo que o quadro normativo e a jurisprudência constitucional que dizem respeito à questão do véu islâmico são fundamentais para uma compreensão mais aprofundada da realidade turca.

Através do estudo detalhado do sistema de garantias de direito a liberdade religiosa em países democráticos como os europeus, este trabalho tem a intenção de demonstrar mecanismos de direitos humanos usados por estes países e o que nós, brasileiros, podemos aprender e assim, não cometer os mesmos erros, com os recém-chegados sírios, em, em principal, com as mulheres muçulmanas.

“HATE SPEECH” VERSUS LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIREITO COMPARADO NA GARANTIA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

Francisco Gaspar de Lima Júnior¹

Com o propósito de assegurar a pluralidade cultural e a autodeterminação dos povos, a Constituição Federal de 1988 – CRFB, traz em seu art. 3º, inciso IV, a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Ainda, em seu art. 5º, inciso XLI, diz que “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Além disso, a carta constitucional, nos incisos IV e IX do art. 5º, classifica a liberdade de expressão como um direito e uma garantia fundamental. Com a finalidade de assegurar a liberdade de expressão, a liberdade política e a liberdade religiosa, e associar esta garantia à proteção aos princípios da dignidade da pessoa humana e ao estado democrático de direito.

Hodiernamente, a garantia constitucional da liberdade de expressão é constantemente objeto de discussões públicas, ocorre que, em virtude da facilidade de exposição de um discurso a um grande número de ouvintes, surge uma necessária atenção às ideias e conceitos que poderão ir de encontro aos princípios da dignidade da pessoa humana e demais limites impostos pela Constituição Federal. Neste mote, o *hate speech*, expressão inglesa que significa “discurso do ódio”, é uma afronta aos valores defendidos pela carta magna, à democracia e ao próprio estado democrático de direito, por ser a comunicação de condutas expressivas que aumentam, incitam ou justificam modos de discriminação baseados em critérios étnicos, religiosos, de cor ou outros meios que promovam a desigualdade social nas suas diversas manifestações.

Desta maneira, não deve a liberdade de expressão servir como fundamento à rejeição ou a segregação das minorias, nem intensificar

¹ Graduando do 8º período do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Bolsista PIBIC-UESPI 2013/2014. Orientado pela professora Msc. Luciana Carrilho de Moraes. Estagiário da 43ª Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Brasileiro. E-mail: gasparjus@gmail.com

a subordinação destes grupos. A permissão do discurso do ódio, tem relação com o insulto ao próprio regime democrático, pois configura uma realidade de subordinação e desigualdade das minorias de forma a marginalizar os excluídos da maioria que ostenta o poder. Com o objetivo de tornar mais justa e consistente a abordagem aos crimes de ódio e incitação aos combates às minorias, é fundamental atentarem-se as semelhanças e diferenças aos casos de mesma natureza no ordenamento jurídico de outros estados internacionais. Em auxílio ao julgamento de casos nacionais, a análise dos sistemas jurídicos estrangeiros propicia o aperfeiçoamento ao estabelecer regras no conflito entre a garantia da livre manifestação e proteção a dignidade da pessoa humana, ferida pelo *hate speech*.

Neste trabalho, se defronta sistemas jurídicos diametralmente opostos no tocante ao discurso do ódio. Ao passo que, na oposição entre a livre manifestação e a dignidade da pessoa humana, um opera pela mitigação à liberdade de expressão, buscando assegurar a proteção à pessoa e às minorias, enquanto o outro entende pela prevalência da livre manifestação, baseando-se na liberdade negativa e no mercado de ideias, de modo a proteger e valorizar o discurso. Ambos de fundamental importância ao enfoque brasileiro. São estes, o sistema germânico e o norte – americano. O entendimento da corte germânica, ainda influenciado pela mácula histórica do nazismo e do holocausto, é que, conflitados a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana, prevalecerá à proteção a dignidade. Assim, vigora a liberdade positiva, em que o Estado se mantém proativo e atuante na mitigação de discursos que não se balizem nas normas éticas e morais, desta maneira combatendo veementemente a incitação ao ódio. O entendimento do modelo norte – americano detentor da maior economia mundial baseia-se na liberdade negativa. No embate entre a livre manifestação e a dignidade da pessoa humana, prevalecerá a manifestação do discurso. Embora não privilegie a liberdade de expressão, ao adotar a liberdade negativa, o Estado só intervém nos discursos que expressamente incitem a violência e se mantêm inerte em relação a propagação de ideia *in abstracto*. Neste trabalho, estuda-se a aproximação brasileira ao sistema germânico, ambos atentos aos princípios democráticos e temerosos aos regimes ditatoriais. Limitando a manifestação de ideias às garantias constitucionais e a balizando nos princípios democráticos.

A INEFICÁCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DIANTE DA INVISIBILIDADE SOCIAL DE MINORIAS

Gabriel Mendes Fajardo¹

Respalhado por diversas cartas normativas, o princípio da liberdade de expressão consolidou-se como norteador de um Estado Democrático. Desde a concepção do Estado Moderno, principalmente a partir do marco histórico da Revolução Francesa, a livre manifestação sempre teve eloquência metafórica como a representação punjante de um sistema jurídico isonômico. Formalizando sua defesa, a Declaração de Direitos dos Homens e do Cidadão, publicada também em 1789, dispôs que *“a livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente (...)”*

Foi nestes termos que também ficou estabelecido, pela redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, já em 1948, por iniciativa da ONU, que *“Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”*.

Esse processo histórico de ampliação da garantia constitucional literária da liberdade de expressão, ensejou, após a redemocratização brasileira, com o fim da Ditadura Civil-Militar, a abordagem do princípio pela Constituição Federal de 1988. O art 5 da CF, em seu inciso X, traz que *“é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”*.

A análise da liberdade de expressão, entretanto, uma vez voltada apenas para a leitura restrita das disposições normativas, distancia-se do estudo sistêmico da comunicação de corpos e vozes, que se performam e se expressam de maneiras distintas. Muito além da individualidade e pessoalidade da expressão de cada ser-unidade, porém, está a comunicabilidade de seus interlocutores, em uma leitura social

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Brasil. gabrielmendesfajardo@yahoo.com.br

de invisibilidade de corpos manifestos.

Na configuração de um sistema de poder, em que se apresenta a valoração da heteronormatividade, da branquitude e do cisgênero, corpos desconformes – e aqui se vale do conceito originado por esse mesmo sistema para explicar a invisibilidade abordada - não se comunicam na plenitude da garantia constitucional da liberdade de se expressar. Tolhidos e ceifados pela renegação de suas vozes, falas e atos, a interpretação da performance de grupos invisibilizados destoa do conceito de liberdade. Estão, ao contrário, sempre fadados à censura disfarçada e a ressignificação de seus discursos.

É a partir da observação do desprezo social (Honneth) que a análise da liberdade de expressão, na perspectiva da invisibilidade social trabalhada fenomenológica e performativamente, deve ser um constante exercício de problematização sistêmica.

Não há, portanto, como se conceituar liberdade de expressão sem antes considerar os sujeitos que se expressam e a visibilidade de suas expressões. A reanálise da aplicabilidade de princípios constitucionais, em consideração aos sujeitos afetados e (des)protegidos pelo texto legal, é necessária para a integração do Direito com suas personagens, afastando, assim, um estudo que abranja apenas o literalismo das cartas normativas.

É em vista deste novo rearranjo analítico, no qual a garantia constitucional é desconstruída enquanto representação de uma proteção isonômica, que a liberdade de expressão é encarada, - sendo a proposta do presente trabalho - como absoluta enquanto princípio, embora relativa ao que diz respeito à sua eficácia.

THE RIGHT TO MIGRATE: BETWEEN A MORAL & A LEGAL RIGHT¹

Guilherme Marques Pedro

The aim of this paper is to query about the extent to which the moral right to migrate can be considered a legal right. Described by many as a natural right, the fundamental assumptions about what a natural right is has changed significantly in history - especially in the history of political and legal ideas - and so has the very notion of 'nature' which sits at the heart of both classical and modern natural law traditions. Hence, this paper asks what is the notion of nature that is presumed in the moral claim that migration is a 'natural' right. In order to respond to this question, I explore the connection between the classical *ius migrandi* and the modern freedom of movement, or right to free mobility, as the most recent corollary of that ancient principle. Freedom of movement has been hailed as a key aspect of the various human rights regimes that have developed since the Second World War and, overall, as a key component of any understanding of individual freedom and collective emancipation.

Migration studies are witnessing an upsurge of academic interest due to the current flow of migrants arriving from war zones and areas in deep humanitarian crisis. This research trend has also extended to legal studies and international law, where the debate around migration law is undergoing a new stage which demands a different sort of mapping than it did before. Scientific contributions to the study of migration are more than ever multiplying both in historical scope and in the variety of social-scientific fields that seek to grasp what is, after all, a millennial social phenomenon. Within migration law alone, approaches to migration vary greatly from the study of the legality of immigration to the study of the relation between the status of migrants and their citizenship rights. In turn, other legal scholars, sociologists, political sci-

¹ This abstract follows all the requirements set out by the organization of the second International Conference on Constitutional Law and Political Philosophy. The paper is of the exclusive authorship of Guilherme Marques Pedro, currently a PhD candidate in the Philosophy of Law at the Department of Philosophy of Uppsala University in Sweden. guilhermemarquespedro@filosofi.uu.se

entists and philosophers attempt to approach migration not so much in terms of the meaning of migratory movements for demography or for the (re)shaping of the political community, but more in terms of the capacity of specific societies to absorb, integrate and respect foreigners.

More recently, many legal and intellectual historians have delved into the theoretical and legal histories of migration law as well as of classical attempts to juridify the status of migrants. Historical developments on this front are usually read as a symptom of wider and more structural shifts in the affirmation and retreat of state sovereignty, human rights regimes, capitalist expansion, the international state system and even of a potentially global civil society. Migration - and migration law specifically - is therefore assuming a prominent position within the international public policy framework, as much as on the philosophical reflection and scientific agenda of western academia, asserting itself as one of the key themes - if not the key concern - of legal research and social science. Contemporary legal research into migration law has predominantly focused on the legal validity of migratory movements according to international law or on the endless array of statuses of migrants from the viewpoint of national law, whether they are emigrants or immigrants, asylum seekers or illegal aliens, *sans papiers* or refugees, among other categories.

In the case of minority rights, the right of groups - ethnic and religious mostly - to travel freely and settle in a non-native territory has marked the history of both IR theory and of international law at least since the Peace treaties of Westphalia which took place in mid-17th century. Therefore, some understanding of the right to migrate has been latent, if not explicitly formulated, through the history of the international state system, from diplomatic history to the ratification of international treaties. The ubiquity of migration law in these spheres has to do with the disputed claim that migration is a natural right. This paper also seeks to understand how it has been constructed as such - and if this understanding is still legitimate in view of the literature on the intellectual history of that tradition as well as of that right specifically.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E TOLERÂNCIA COMO FUNDAMENTOS DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Harley Sousa de Carvalho¹

Joshua Gomes Lopes²

A intensa e emocional eleição de 2014 apresentou um país intensamente dividido entre classes, regiões e ideologias. Posteriormente, a crise econômica acentuou esse cenário conflituoso, gerando grande instabilidade política e institucional, repercutindo diretamente nos atuais desafios que se impõem à construção da democracia constitucional brasileira.

Nessa perspectiva, é de grande relevância o estudo das liberdades democráticas, apontando para a sua proteção e exercício, de modo que elas sejam instrumentos de afirmação da democracia e do pluralismo político. Com esse intento, este trabalho se propõe a refletir sobre os fundamentos teóricos da liberdade de expressão e da tolerância, articulando-os a partir do pensamento político de Hans Kelsen, Karl Popper, Hannah Arendt e a antropologia filosófica de Manfredo Oliveira.

A liberdade de expressão acompanhada do acesso a meios de difusão de opiniões concede ao cidadão o contato com discursos diversos e divergentes. Ocorre que, em tempos de instabilidade, percebe-se que a animosidade das opiniões inviabiliza o diálogo e favorece a imposição, de modo que algumas soluções apresentadas propõem alcançar certos fins, ainda que para isso direitos sejam suprimidos. Desse modo, a liberdade de expressão pode assumir contornos que negam a própria democracia.

Ainda assim, a compreensão dos riscos jamais poderá justificar uma negação da liberdade de expressão, pois a própria estrutura da democracia exige a proteção a esse direito. É através da capacidade de se

¹ Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduado em Direito pela Faculdade Sete de Setembro (FA7). Bolsista CNPq. Brasil. Email: harleyjus@gmail.com.

² Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista CAPES. Brasil. Email: jogomeslopes2@gmail.com

expressar que os indivíduos poderão influir nos rumos da comunidade política na qual estão inseridos, propondo medidas, soluções e valores a serem respeitados pela sociedade e pelo Estado. Se a liberdade de expressão é causa de divergências, também é condição para o entendimento.

Para que a ação do indivíduo influencie positivamente na comunidade política, é necessário compreender a dimensão intersubjetiva de sua existência; isso significa que a afirmação de sua liberdade não implica a negação do outro. Desse modo, a garantia da liberdade de expressão só adquire sentido mediante o acolhimento da ideia de tolerância.

Hans Kelsen advoga a tese de que os critérios de justiça fornecidos pela filosofia e pelas ideologias são insatisfatórios para solucionar todos os dilemas éticos e morais, o que torna profundamente importante a ideia de tolerância como a possibilidade de permitirmos que as múltiplas concepções e as diferenças se manifestem e possam atuar na construção de alternativas. Diante de tal constatação, defende ainda que somente a democracia pode conceder um espaço de liberdade para a manifestação pacífica dessas diferenças.

Também nesse sentido, Karl Popper, baseado no paradigma de uma racionalidade crítica, realizará a defesa de uma sociedade aberta, uma proposta que, em política, consiste numa exigência por democracia. Para o filósofo, somente numa democracia a razão poderá florescer pois este regime político garante, em tese, as liberdades necessárias para que uma discussão crítica e racional possa ocorrer. Entretanto, Popper não recairá numa defesa ingênua da liberdade e da tolerância, ao contrário, indicará a existência de dois paradoxos.

O paradoxo da liberdade consiste na defesa da liberdade sem restrição, ou seja, uma independência absoluta de qualquer limite, que poderá autorizar inclusive a supressão da própria liberdade e da liberdade do outro. Por outro lado, o paradoxo da tolerância seria a aceitação passiva dos ataques dos intolerantes.

A democracia não poderá garantir a perfeição de todas as atos, pois é composta por seres falíveis, mas se justificará por meio desse espaço de liberdade em que as diferenças possam conviver, se influenciar ou se preservar em busca da melhor condução de suas vidas e da comunidade política. Para isso, o reconhecimento da liberdade de expressão como direito fundamental, cuja defesa se operará de forma categórica e não utilitarista, deverá objetivar a proteção em sua própria dignidade, e não por sua conveniência ao grupo. Por outro lado, aquele que, em sua

expressão, recusa a dignidade do outro romperá a relevante dimensão da intersubjetividade.

Logo, liberdade de expressão e tolerância devem ser articuladas em conjunto, de modo que a minha expressão não anule a do outro. Enquanto a liberdade de expressão é garantia necessária para o indivíduo em sua busca por emancipação, o que compreende a possibilidade de influir sobre o mundo no qual está inserido, a tolerância empreende um dever de reconhecimento do outro que é igualmente legitimado em buscar esta realização. Estabelecer o equilíbrio entre liberdade e tolerância é fundamental para não reduzir o homem e sua comunidade a uma única dimensão, o que seria uma violação a sua própria constituição ontológica.

ENSINO RELIGIOSO X LIBERDADE RELIGIOSA: COMO A EDUCAÇÃO PODE ATUAR NA GARANTIA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

Isabella Fernandes Soares¹

Patrícia Aparecida Rodrigues Palazzi²

Com o advento da Constituição Federal da República de 1988, a também chamada constituição cidadã, várias foram as prerrogativas dos cidadãos que se tornaram jurídico - institucionalizadas, as quais são chamadas direitos fundamentais. Tais direitos são previsões constitucionais expressos no Título II que representam segurança e garantias ao cidadão frente ao Estado. Aquela no sentido de que está proibida a ingerência do Estado na esfera individual, particular e esta conhecida como os “remédios constitucionais”, visto que auxiliam na reparação de lesões ou simplesmente as evitam.

Com a existência de inúmeras diretrizes constitucionais não é

¹ Graduanda do quinto período do curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, MG, Brasil. Endereço Eletrônico: isabell_afs@hotmail.com

² Graduanda do quinto período do curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, MG, Brasil. Endereço Eletrônico: patriciapalazzi.ufop@gmail.com

raro que em algum momento esses direitos se colidam e conforme previsão do Supremo Tribunal Federal, defendemos o caráter não absoluto desses direitos e acreditamos que no caso de conflito real dos mesmos, somente na análise do caso concreto é que se pode verificar a prevalência de um em relação ao outro. É nessa esteira que se encontra este presente trabalho, em que se busca avaliar o conflito real entre a previsão constitucional do ensino religioso e a liberdade de crença diante da pluralidade religiosa e da não crença. O objetivo não está em fazer uma interpretação da letra da lei, mas avaliar sua adequação ao novo contexto sociocultural brasileiro quase 27 anos após sua promulgação.

O último levantamento feito pelo IBGE (2010) identificou mais de 40 denominações religiosas, além das que foram contabilizadas em conjunto, de religiosidade indefinida ou não crentes. A sociedade brasileira é composta por uma pluralidade religiosa crescente e a obrigatoriedade do ensino religioso na grade curricular, embora facultativa aos alunos, causa um conflito entre direitos. Podemos identificá-lo quando os elementos do ensino religioso fixados pela própria constituição (art 210) ou expressas por ela, (Lei nº 9394/96), restringem outros princípios por ela previstos, como o da laicidade e principalmente o da liberdade religiosa, o que inclui a liberdade de não crença.

Quando o ensino religioso viola a laicidade do estado ele fere a principal forma de harmonização entre o gozo dos direitos fundamentais e as liberdades democráticas, pois é ela que firma pressupostos básicos de convivência entre as religiões atuando como um garantidor da liberdade religiosa. A laicidade é um princípio constitucional implícito formado por outras previsões constitucionais, como a democracia (art 1º), a garantia dos Direitos fundamentais (art 5º §1º) e a separação entre religião e Estado (art 19, I).

A transgressão se dá via um ensino confessional, visto que o que se observa na prática escolar é um ambiente rodeado de simbolismo, festividades e de preceitos dogmáticos hegemônicos e que tem como consequência a exclusão de diferentes crenças, o que importa na inobservância ao direito de igualdade entre quaisquer religiões. Ademais, segundo a Agência Brasil, existem 425 mil professores de ensino religioso, mas falta profissionais capacitados para o ensino em questão por não haver uma formação específica para o profissional que vai assumir tal disciplina, o que faz com que não tenham suporte e/ou preparo para se isentarem de concepções pessoais, tornando as aulas um meio para proselitismo e exclusão. Outro agravante dessa situação é a inexistência de diretrizes curriculares que determinem o conteúdo a

ser ministrado, facilitando o desrespeito à diversidade religiosa.

Diante do quadro apresentado, o ensino religioso propicia a formação de um ambiente escolar excludente, onde temos a violação de direitos fundamentais, como igualdade e as liberdades de primeira dimensão. Apesar de a Constituição prever que a matrícula será facultativa isso não ocorre de fato, já que não há outra atividade prevista para o aluno que não opta pela disciplina, o indivíduo se vê coagido a reprimir seus ideais religiosos na tentativa de evitar possíveis reprimendas ante o despreparo do professor e da escola.

Um ambiente escolar que perpetua a relação Estado-Igreja serve como mantenedor de sistemas simbólicos, onde a interferência da religião em assuntos estatais é visto como algo comum e aceitável, fazendo que inconscientemente o cidadão seja condicionado a ver como natural a violação de seus direitos, dificultando assim a separação entre as esferas pública e privada.

O Estado é responsável por garantir a manutenção e ampliação das liberdades e direitos individuais, cabendo a ele identificar as inadequações de seu próprio sistema. Mesmo que constitucionalmente previsto, o ensino religioso se mostra totalmente inadequado ao princípio da laicidade e principalmente, violador de direitos fundamentais constitucionalmente expressos, condicionando-os a uma atuação restrita.

ENTRE O CRIME E O PECADO

UMA ANÁLISE DO EXTREMISMO RELIGIOSO EM ÂMBITO LEGISLATIVO EM DETRIMENTO DE GARANTIAS CONSTITUCIONAIS PENAIS

Isadora Eller Freitas de Alencar Miranda¹

O presente artigo tem por objetivo a análise teórica do processo de criminalização em suas dimensões político-sociais, especialmente no que diz respeito ao atual fortalecimento de tendências religiosas fundamentalistas no Congresso Nacional. Para tanto, pretende-se investigar o ressurgimento de correntes legislativas *reacionárias*; a influência des-

¹ Brasileira, graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Endereço eletrônico: eller.isadora@gmail.com

ta tendência na legislação penal, e, finalmente, sua (in)adequação aos princípios constitucionais penais adotados em nossa República.

Em consonância com o posicionamento adotado por Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista, o direito penal é um ramo jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos magistrados um sistema apto a orientar decisões judiciais, cujo impacto se faz sentir diretamente na vida dos particulares. Por tal razão o direito penal deve se limitar a um objetivo eminentemente prático: impulsionar o progresso do estado constitucional de direito, de modo que as leis penais sejam interpretadas sempre no marco das outras leis que as condicionam e limitam, de modo a garantir coerência ao sistema jurídico. Urge reconhecer, portanto, que o poder punitivo se afigura como lícito apenas quando obedece aos parâmetros constitucionais, possibilitando a contenção do poder estatal e a proteção de direitos individuais.

Neste mesmo sentido, Claus Roxin aponta que o legislador, embora legitimado democraticamente a exercer sua função, não pode penalizar condutas discricionariamente, *apenas porque estas não são de seu agrado*. A criminalização de determinado comportamento deve prestar-se a proteger somente bens jurídicos concretos e não convicções morais, crenças religiosas, concepções ideológicas ou simples sentimentos.

Entretanto, não há saber construído fora de seu contexto. É natural que todo o conhecimento incorpore dados da realidade, selecionados intencionalmente em função de um determinado fim. O mesmo fenômeno pode ser observado na construção do sistema criminal, visto que normas penais são formadas no interior de uma sociedade concreta, que busca reger a si própria.

A partir desta ideologia socialmente compartilhada, é possível compreender não apenas um conjunto de proibições e garantias de cunho penal, mas os próprios parâmetros de interpretação constitucional – conforme ilustração do constitucionalista Carl R. Sustain, intérpretes não vivem numa espécie de vácuo social, mas sim no mundo, sendo por ele influenciados.

Com as décadas finais do século XX, foi possível observar um rápido crescimento dos assim chamados “fundamentalismos”, notadamente aqueles que adotam certo apelo teológico. Para os filósofos Michael Hardt e Antônio Negri, tais movimentos explicam-se enquanto forma de repúdio à modernidade em curso e, quando unidos ao discurso religioso, buscam colocar textos sagrados e líderes religiosos como o centro da constituição e poder políticos. Já o criminólogo David Garland identifica como um dos principais fatores para o surgimento

de tendências reacionárias a falência do previdenciarismo penal, comprometido com a reabilitação do delinquente, gerando sentimentos generalizados de impunidade e desejo de vingança. Como consequência, há o enfraquecimento do discurso penal e o comprometimento de sua eficácia enquanto meio de proteção do indivíduo frente às arbitrariedades estatais e aquelas praticadas por outros particulares.

Cumpra ainda ressaltar que Hardt, Negri e Garland convergem ao afirmar que tais fundamentalismos objetivam a imposição social a padrões morais e religiosos, o recrudescimento das penas e o fortalecimento do retributivismo penal.

Tal análise se mostra especialmente acurada no atual cenário brasileiro, marcado pela crise política e certo descrédito nas instituições democráticas. Pelo Congresso, tramitam projetos de constitucionalidade questionável. Em matéria criminal, destacam-se temas como a redução da maioria penal, a retirada de certas garantias conferidas às vítimas de estupro, e a tipificação de comportamentos tidos como moralmente inaceitáveis - respaldados pela opinião pública e com o endosso das bancadas religiosas. Não sem motivo o *abuso de poder religioso* tornou-se objeto de investigação pública: ao cooptar subjetividades em nome da divindade, macula-se o discurso, a liberdade e a democracia, resultando numa legislação igualmente débil.

Embora respaldados pela opinião pública e seus representantes, a interpretação constitucional, sobretudo em âmbito criminal, deve basear-se para além do clamor popular. Retomando o pensamento de Sustain, interpretes constitucionais não podem tampar seus ouvidos ante a opinião pública; todavia, é necessário questionar se tais apelos se justificam frente aos princípios adotados num Estado Democrático de Direito, aprimorando a ordem constitucional e criando condições básicas para o desenvolvimento democrático. Caso contrário, corre-se o risco de confundir crime e pecado e as garantias constitucionais com a vontade do clero.

OS NOVOS PARADOXOS DA PROTEÇÃO JUDICIAL DA AUTONOMIA PRIVADA

UMA ANÁLISE COM BASE NOS TRABALHOS DE
CARLOS SANTIAGO NINO E REVA SIEGEL

Katya Kozicki¹

Gabriele Polewka²

É possível conciliar a democracia, entendida como autogoverno do povo e constitucionalismo, enquanto limitador da soberania popular? Se sim, quem deve ter a última palavra quando se trata de interpretar o significado das disposições constitucionais? Responder a estas questões tem estado no cerne da moderna teoria constitucional, revelando uma tensão – constitucionalismo X democracia – para a qual provavelmente não existe solução definitiva. É certo, entretanto, que ao Judiciário e, em especial às Supremas Cortes, tem sido atribuído um papel cada vez mais preponderante nas chamadas democracias constitucionais. Isso ocorre, em grande medida, pelo seu chamado caráter contra majoritário, ou seja, caberia às cortes o papel de proteger os direitos das minorias, através da Constituição, de ataques da política majoritária – e isso em caráter final. Nesse sentido, as Supremas Cortes, tanto dos Estados Unidos quanto do Brasil, têm atuado no sentido de assegurar e ampliar um extenso rol de direitos que dizem respeito a questões de autonomia pessoal. No Brasil, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal garantiu a casais homo afetivos a equiparação à união estável entre homem e mulher. Na realidade, isso acabou por permitir o casamento civil para casais do mesmo sexo. Mais recentemente, a Corte Suprema dos Estados Unidos estabeleceu, no caso *Obergefell*

¹ Mestre em Filosofia do Direito e do Estado (UFSC, 1993). Doutora em Direito, Política e Sociedade (UFSC, 2000). Professora titular da PUCPR e professora associada da UFPR, programas de graduação e pós-graduação. Visiting Researcher Associate, Center for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres (1998-1999). Visiting Research Scholar, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova York (2012-2013). Pesquisadora do CNPQ (bolsista de produtividade em pesquisa). E-mail: kkozicki@uol.com.br

² Bacharel em Direito pela PUCPR (1997). Mestranda em Direito Socioambiental e Sustentabilidade pela PUCPR. Advogada. E-mail: gpolewka@uol.com.br

v. Hodges, que todos os Estados devem reconhecer o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e, igualmente, reconhecer os casamentos celebrados fora de suas fronteiras. Tem havido, contudo, fortes reações conservadoras – com motivação fundamentalmente religiosa – aos julgamentos de ambos os casos. Entre elas, pode ser observado um aumento expressivo de questionamentos judiciais e extrajudiciais baseados na escusa de consciência, ou seja, na recusa à prática de atos que violem a consciência do indivíduo, por irem contra seus princípios, sejam religiosos, filosóficos ou políticos. A autora Reva Siegel identifica um movimento que visa minar a decisão da Suprema Corte estadunidense, como já havia sido feito antes com decisões relativas ao aborto. Trata-se da utilização da escusa de consciência de forma ampliada, mais precisamente no que ela chama de *complicity-based conscience claims*. Nessas ações, a recusa para a qual se busca o beneplácito judicial, está baseada na ideia de cumplicidade com o beneficiado pela atuação da corte num ato considerado pecaminoso pelo autor da demanda. Este pode ser desde o oficial do Registro Civil, que se recusa a registrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo, até o vendedor de artigos para casamentos que se recusa a fornecer a casais do mesmo sexo pelos mesmos motivos. A recusa pode ocorrer, ainda, sob a alegação de que a preservação do “casamento tradicional” estaria na órbita da proteção da liberdade religiosa. Ao mesmo tempo, cientes da possibilidade de verem suas pretensões rechaçadas, buscam a dispensa do cumprimento de leis que reconhecem o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Assim fazendo, deixam de agir como a maioria em defesa da moral tradicional, passando a agir como minoria que procura abrigo do Judiciário para obter exceções com base em sua identidade religiosa. Torna-se importante, nesse contexto, analisar os fundamentos da proteção judicial nas questões de autonomia privada, o que faremos com base nas ideias do já falecido jurista argentino Carlos Santiago Nino. Para ele, o controle judicial de constitucionalidade se justifica para preservar ideais pessoais, que dizem respeito apenas ao próprio indivíduo, como suas concepções religiosas ou sobre o que é ser um bom patriota, um bom pai de família, etc., conquanto não interfiram na autonomia de outros indivíduos. Em seguida, tomando como base o trabalho da pesquisadora Reva Siegel, objetivamos demonstrar que essa forma mais abrangente de escusa de consciência afeta os indivíduos objeto das recusas das mais diversas formas. É, assim, mais do que duvidoso que tal tipo de reivindicação possa ou deva encontrar abrigo nas cortes de justiça. Essa é a discussão a que nos propomos.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA APOLOGIA:ANÁLISE DA ADPF 187-DF¹*Leonardo Gomes Penteador Rosa²*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu na ADPF 187-DF³ que a liberdade de expressão decorrente da democracia inclui o direito de reunião e de manifestação a favor de mudança legislativa, inclusive de descriminalização de condutas como o porte de drogas. Especificamente, o tribunal decidiu que a “Marcha da Maconha” não necessariamente incorre em apologia de crime, e que o artigo 287 do Código Penal não pode receber interpretação no sentido de que simples discussão sobre criminalização de conduta seja considerada apologética de sua prática. Daí a concessão do pedido de declaração de interpretação conforme à Constituição deste dispositivo. Por outro lado, o STF também decidiu que é constitucional a criminalização da apologia para proteção do bem jurídico da paz pública. Meu objetivo no trabalho é questionar este juízo.

Apesar de a decisão ser, num sentido, um avanço, e apesar de evidente que marcha em defesa de legalização de conduta não pode ser proibida sem violação da liberdade de reunião, a decisão não se baseia

¹ Este resumo faz parte de pesquisa que tenho realizado desde o mestrado (para a minha dissertação, veja Leonardo Gomes Penteador Rosa. *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*. Dissertação (versão corrigida em abril de 2014). Orientador: Ronaldo Porto Macedo Jr. Financiamento: Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, processo 2011/15618-4. Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014, 258f). Também fazem parte desta pesquisa reflexões realizadas em curso dado por Ronaldo Porto Macedo Jr. no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP neste segundo semestre de 2015, em cujo programa foi recomendada a leitura do texto de Robert Post trabalhado abaixo, bem como o de Frederick Schauer, mencionado brevemente.

² Bacharel, Mestre e Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; Professor Assistente de Teoria do Direito da Universidade Federal de Lavras; Brasil; leonardorosa@dir.ufla.br.

³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF 187-DF, Relator Ministro Celso de Melo, julgamento em 15.06.2011. Cito o acórdão da seguinte forma: autor do voto ou da manifestação (CM - Celso de Mello, LF - Luiz Fux, CL - Carmem Lúcia, RL - Ricardo Lewandowski, MA - Marco Aurélio, AB - Ayres Britto e CP - Cezar Peluso), seguido da(s) página(s) do Inteiro Teor do Acórdão..

em boa interpretação da liberdade de expressão tampouco lhe concede a devida proteção. Em primeiro lugar, há discursos de natureza apologética com os quais se pode questionar a proibição, por exemplo, do porte de drogas para uso próprio (ex. “Ei, polícia, maconha é uma delícia”⁴). A democracia e o pluralismo político que ela exige⁵, fundamentos oferecidos pelo tribunal à decisão, não fornecem razão para proteger somente o discurso não-apologético se tanto ele quanto o apologético podem ser realizados em debate sobre a aceitabilidade de uma lei.

Em segundo lugar, a ideia de paz pública, desprovida de interpretação mais detalhada, não pode ser utilizada para restringir a liberdade de expressão sem prejuízo ao próprio fundamento que se lhe ofereça. Acerca deste ponto, vale mencionar a interpretação dada por Robert Post à opinião divergente que Oliver Wendell Holmes apresentou em julgamento da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (caso *Abrams*, de 1919)⁶. Segundo Post, Holmes havia anteriormente defendido que a Primeira Emenda à Constituição dos EUA permitia restrições ao discurso se houvesse “clear and present danger” de ocorrência de crime, entendida esta restrição a partir de um teste desenvolvido em *Debs*: discurso com “tendência natural ou efeito razoavelmente provável”⁷ de provocar crime poderia ser proibido como tentativa do crime que pretendia provocar⁸. Em *Abrams*, relata Post, Holmes notou, entretanto, que o “marketplace of ideas”, ideal por trás de sua interpretação da previsão constitucional norte-americana da liberdade de expressão, poderia sofrer grave prejuízo se todo discurso com esta ten-

⁴ LZF Vídeos, “MC NEGUINHO DA CAPITAL - EI POLICIA A MACONHA É UMA DELICIA (DJ BRUNINHO DO CP) 2013”, disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=HRPKCkWNiuU>, acesso em 10.10.2015; veja ainda Grupo do Facebook “Ei policia ? maconha er uma delicia” (sic), disponível em <https://www.facebook.com/EiPoliciaMaconhaErUmaDelicia>, acesso em 10.10.2015.

⁵ CM, pp. 74, 85 e ss., 99, 110-1, 119; LF, p. 143; CL, pp. 160-1; RL, p. 165; MA, pp. 186-7, 189-90 (veja p. 188 para menção à autonomia humana). Luiz Fux também menciona a autonomia como fundamento: LF, pp. 125 (mencionando destaque dado pelo Ministério Público à dignidade humana e à autonomia), 133 e 143; Cezar Peluzo fala em dignidade da pessoa humana e democracia: CP, pp. 194-5.

⁶ Robert Post, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, 88 *California Law Review*, 2353, 2000; neste parágrafo, pretendo apresentar a análise que Post faz nas pp. 2356-63.

⁷ Robert Post, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, *op. cit.*, p. 2357, citando p. 216 de *Schenck*, traduzi.

⁸ Robert Post, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, *op. cit.*, esp. pp. 2356-8, 2361. Compare com CP, p. 195, comentando o caso norte-americano *Brandenburg*.

dência pudesse ser proibido pelo governo⁹. Daí o novo teste proposto por ele: somente os discursos de resultado *imminente* poderiam ser proibidos¹⁰. Segundo Post, este novo teste representou limitação do emprego que o governo poderia dar ao direito penal para restringir discurso¹¹.

Ronald Dworkin, a meu ver, desenvolve argumento que guarda uma analogia importante com o de Holmes como descrito por Post, ainda que suas visões sejam substancialmente distintas. Para Dworkin, o fato de que direitos têm fundamento na dignidade humana e na igualdade¹² limita a juízo a ser empregado em sua eventual restrição. O autor defende o critério do “perigo claro e iminente”¹³ e sustenta que “especulações” a respeito dos efeitos do exercício de um direito sobre outro direito não podem justificar a restrição do primeiro¹⁴. A razão é que não é possível respeitar o fundamento dos direitos (dignidade ou igualdade) se as restrições são mais extensas que essas¹⁵.

⁹ Robert Post, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, *op. cit.*, esp. pp. 2358 e ss..

¹⁰ Robert Post, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, *op. cit.*, esp. p. 2361.

¹¹ Robert Post, “Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence”, *op. cit.*, esp. pp. 2352-3. Compare, por exemplo, com os comentários de Frederick Schauer (“The Exceptional First Amendment” (February 2005). KSG Working Paper No. RWP05-021. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=668543> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.668543>, pp. 13 e ss.) sobre *tort law* e liberdade de expressão.

¹² Ronald Dworkin. “Levando os direitos a Sério” in *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. Revisão da tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes, 2001 2001: p. 304-5; veja ainda, também de Dworkin, *Justiça para Ouriços*. Tradução Pedro Elói Duarte, Revisão Joana Portela, Coimbra: Almedina, 2012, esp. caps. 9 e 17. Discuti os temas deste parágrafo em duas ocasiões: em Leonardo Gomes Penteado Rosa. *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*, *op. cit.*, sobretudo seções 1 e 2 do capítulo primeiro e também (muito brevemente) em Leonardo Gomes Penteado Rosa. “O chumbo e o discurso: Jeremy Waldron e Ronald Dworkin sobre liberdade de expressão” in *O futuro do constitucionalismo: perspectivas para democratização do direito constitucional*. Caderno de Resumos de Evento Científico. Organizadores: Thomas Bustamante, Bernardo Gonçalves Fernandes, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira, Élcio Nacur Rezende. - Belo Horizonte : Initia Via, 2014, pp. 170-173. Neste último trabalho, tentei mostrar que razões disponíveis na obra de Dworkin mostram por que se deve questionar crítica de Jeremy Waldron (*The Harm in Hate Speech*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 2012, pp. 96-7) à regra do “clear and present danger”.

¹³ Ronald Dworkin. “Levando os direitos a Sério”, *op cit.*, p. 299 (inclusive com menção a Holmes); veja o meu *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*, *op. cit.*, p. 40, esp. n. 106.

¹⁴ Ronald Dworkin. “Levando os direitos a Sério”, *op cit.*, pp. 300, 310 e ss..

¹⁵ Ronald Dworkin. “Levando os direitos a Sério”, *op cit.*, esp. pp. 299, 304-5.

Não é meu objetivo defender nenhuma destas soluções.¹⁶ Meu ponto é apontar para o tipo de esforço que fizeram Holmes (na leitura de Post) e Dworkin: ambos buscaram entender de que o modo o fundamento que enxergam na liberdade de expressão (ou direitos em geral) limita a proibição aceitável do discurso¹⁷. Para usar a terminologia de Post, ambos buscaram construir doutrinas a partir de suas teorias¹⁸. No caso da dogmática brasileira, a pergunta que deveria ter sido feita pelo STF é: que tipo de paz pública é exigida ou compatível com a democracia que fundamenta o direito à liberdade de expressão? Respondida esta pergunta, que tipo de juízo de probabilidade de ocorrência de crime é capaz de justificar restrição de discurso que contribua a ilícito penal?¹⁹ Ausentes tais reflexões, o Tribunal perdeu oportunidade de discutir as relações entre direitos fundamentais previstos na constituição e norma proibitivas infraconstitucionais do direito penal; perdeu também a oportunidade de, quem sabe, julgar não recepcionado dispositivo de difícil compatibilização com a liberdade de expressão - ou, ao menos, estabelecer interpretação conforme menos tolerante a proibições.

¹⁶ Embora eu tenha defendido o argumento de Dworkin em *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*, op. cit., sobretudo caps. 1 e primeira seção do cap. 3.

¹⁷ Veja ainda, de Dworkin, "Why Must Speech be Free?" in *Freedom's law: the moral reading of the American Constitution*. Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1996, esp. pp. 199 e ss.; veja o meu *O liberalismo igualitário de Ronald Dworkin: o caso da liberdade de expressão*, op. cit., esp. caps. 1 e 3.

¹⁸ Robert Post, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", op. cit., esp. pp. 2359, 2361-3. Dos ministros, quem talvez mais cogite esforço neste sentido é Marco Aurélio, ao entender que a criminalização da apologia de crime "atua exatamente nesse espaço constitucionalmente protegido" (p. 190); mas o dispositivo não sofre de não-recepção, diz, porque há "baliza segura para a aplicação da norma" (p. 190), que se encontra no art. 13, 5 do Pacto de São José da Costa Rica, que teria derogado o art. 287 de modo a somente permitir "crime de opinião quando relacionados ao ódio nacional, racial ou religioso bem como a toda propaganda em favor da guerra" (p. 191). Ou seja, se Marco Aurélio inicialmente se encaminha para análise dos efeitos da Constituição sobre o direito penal, depois oferece solução baseada estritamente em interpretação bastante literal de norma.

¹⁹ Compare com CM citando Pontes de Miranda sobre probabilidade de crime, atribuições da polícia e do judiciário, pp. 81-2, esp. p. 82.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REGULAÇÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL:

**PODEM OS LIMITES TORNAREM-SE CONDIÇÕES DE
POSSIBILIDADE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL?**

Maria Fernanda Salcedo Repolês¹

Francisco de Castilho Prates²

A nossa Constituição, conformadora de uma democracia pluralista, garante ampla liberdade de expressão e de circulação de ideias, não estabelecendo, aprioristicamente, limites rígidos quanto ao conteúdo e a forma desta garantia fundamental. O problema que surge é o sentido dessa liberdade diante dos desafios apresentados pela enorme concentração dos meios de comunicação, a qual pode acabar por instrumentalizar a agenda pública, impedindo que certas demandas por direitos tornem-se *audíveis*. Isto é: pensar marcos regulatórios implica restringir ilegitimamente a livre circulação de ideias? Não seria necessário marcar a distinção entre liberdade de expressão e de imprensa? Certas regulações dos meios de comunicação não seriam uma exigência dos próprios compromissos da democracia constitucional?

Tendo como pano de fundo estas colocações, buscaremos, nesta comunicação, abordar a temática que gravita em torno da liberdade de expressão em sua relação com a liberdade de imprensa e os meios de comunicação, tematizando o papel destes últimos, em ambientes de assimetrias sociais, na conformação da opinião pública, transcendendo posturas que ainda traduzem o Estado apenas como “restritor” das liberdades fundamentais.

Recentes casos envolvendo políticas regulatórias e o seu confronto com a garantia da mais ampla liberdade de expressão e de imprensa, introduziram, no debate público, temas que forcem o Estado

¹ Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) com bolsa Cnpq. Brasil. E-mail: mfrepoles@ufmg.br

² Bacharel, Mestre e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Brasil. E-mail: castilho_2011@yahoo.com.br

Democrático de Direito aos seus limites, já que implicam refletirmos sobre pluralismo, autonomia e esfera pública, os quais são base deste mesmo paradigma de Estado.

Entre estes tivemos, no Brasil, o julgamento da *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental* 130, a qual arguiu normas da *Lei de Imprensa* de 1967, legislação esta que, ao final, foi considerada, pela maioria do Supremo Tribunal, como não recepcionada pela atual ordem constitucional. Nesta ADPF, por exemplo, o então Ministro Joaquim Barbosa escreveu que: “[...] *penso que nem sempre o Estado exerce uma influência nefasta no campo das liberdades de expressão e de comunicação. O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns.*”

Já na seara internacional, temos o caso, ocorrido na Argentina, onde a denominada *Ley de Medios* de 2009, levantou uma série de indagações. Isto é, para aqueles que concordaram com a referida legislação, esta democratizaria o acesso aos meios de comunicação, fomentando a diversidade, tendo sido, inclusive, elogiada pelo relator das Nações Unidas sobre a Liberdade de Expressão, *Frank La Rue*, o qual afirmou que “[...] *para a liberdade de expressão o princípio da diversidade de meios e de pluralismo de ideias é fundamental.*” Entretanto, para seus críticos, a *Ley de Medios* ofenderia a liberdade de expressão, pois possibilitaria uma intervenção do Estado na liberdade de imprensa, restringindo a dimensão crítica diante do próprio poder estatal.

Registre-se também a *Opinião Consultiva* 05/1985, da *Corte Interamericana de Direitos Humanos*, em que se lê que “*A liberdade de expressão requer que os meios de comunicação social estejam virtualmente abertos a todos sem discriminação ou mais exatamente, que não haja indivíduos ou grupos que, a priori, estejam excluídos do acesso a tais meios, exige igualmente certas condições a respeito destes, de maneira que, na prática, sejam verdadeiros instrumentos dessa liberdade e não veículos para restringi-la.*”

Ora, estes casos, entre outros, impõem tematizarmos se toda intervenção estatal é abusiva censura, além de desconstruirmos certas interpretações que reduzem o direito fundamental à liberdade de expressão a “*um fim em si mesmo*”, desconsiderando sua inserção em um projeto democrático e constitucional. Ou seja, políticas regulatórias e de desconcentração dos meios de comunicação, dentro do marco de um Estado Democrático de Direito, não são, ontologicamente, contrárias aos princípios nucleares deste mesmo paradigma de Estado de Direito, haja vista a exigência constitucional de fomento do pluralismo e da abertura da liberdade de expressão aos setores historicamente despro-

vidos de influência política e econômica.

Percebe-se que a discussão sobre políticas regulatórias dos meios de comunicação, em um Estado Democrático de Direito, impõe que reflitamos sobre o papel deste Estado e o sentido do que seja público e privado, verificando que o *privado*, quando reduzido a estratégias egoístas, pode ser um risco tão grave a abertura do debate público, quanto um Estado que ainda se coloca como proprietário deste mesmo público.

Em suma, faz-se necessário superarmos tanto posições que coloquem o Estado como o único “inimigo” da liberdade em todas as suas dimensões, pois atores privados podem revelar-se mais *censores* do que o aparato estatal, quanto àquelas que desconsideram a possibilidade de que *limites podem ser traduzidos como condição de possibilidade*. Ou seja, como escreve Owen Fiss, o desafio é construir “[...] *uma concepção de democracia que exige que o discurso dos poderosos não soterre ou comprometa o discurso dos menos poderosos*”, advertência esta que agregamos o fato de que este *discurso mais poderoso* pode tanto advir de posturas abusivas do Estado, quanto de pretensões ilegítimas de particulares.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO, IMUNIDADES PARLAMENTARES E O DISCURSO DE ÓDIO NO PLENÁRIO DO LEGISLATIVO

Mariana Oliveira de Sá¹

Vinícius Silva Bonfim²

No Estado Democrático de Direito um dos pilares de sustenta-

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Estagiária do Ministério Público de Minas Gerais. Membro do grupo de pesquisas IPOD – Interculturalidades, Poder e Direitos. E-mail: marianaoliveiradesa@yahoo.com

² Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela PUC/Minas. Professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo, e professor da Pós-graduação em Direito ambiental e Minerário da PUC/Minas. Membro do grupo de pesquisas IPOD – Interculturalidades, Poder e Direitos. E-mail: bonfim@hotmail.com.br.

ção da democracia é a liberdade de expressão. Trata-se de um direito fundamental que dita: “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, conforme previsão na Constituição. Ocorre que a liberdade de expressão não é um direito absoluto e ilimitado, assim como os princípios do ordenamento jurídico e sobretudo os previstos expressamente no artigo 5º da Constituição da República. Assim, estabelece-se limites para o exercício desse importante direito para que não acabe o uso da liberdade de expressão em realização de discurso de ódio. Por discurso de ódio entende-se a prática que propaga, promove, incita ou justifica toda forma de ódio baseada na intolerância, que inferiorize o indivíduo, tendo por base determinada característica como raça, etnia, religião, gênero, orientação sexual, nacionalidade, ou qualquer outro aspecto passível de discriminação. O próprio texto constitucional veda qualquer forma de discriminação e preconceito em seu art. 3º, inciso VI, afirmando em seu art. 5º, inciso XLI, que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e a Lei nº 7.716/89, prevê como crime, em seu art. 20, a prática, o induzimento ou a incitação da discriminação ou preconceito de raça, religião, etnia ou procedência nacional. A questão fica ainda mais alarmante quando o discurso de ódio é proferido por parlamentares – representantes do povo, que utilizam de suas imunidades parlamentares para proferir ofensas e disseminar o discurso de ódio contra determinados grupos minoritários, principalmente contra mulheres e homossexuais. A imunidade parlamentar pode ser definida como o conjunto de prerrogativas destinadas aos parlamentares para o livre exercício de sua função, se manifestando no Brasil em duas espécies – imunidade material e imunidade formal. A imunidade formal está ligada a questões criminais e de prisão, e a imunidade material prevê que: “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”. É nesse contexto que o presente trabalho tem o objetivo de analisar se as imunidades parlamentares por suas opiniões, palavras e votos, no exercício da função, abrange a irresponsabilidade por atos que propagam o discurso de ódio. Parte-se da hipótese de que as imunidades parlamentares têm relação com a função exercida pelos parlamentares, e devem estar ligadas a ela, não abrangendo o discurso de ódio, uma vez que não devem ser utilizadas como instrumento para violação de direitos fundamentais. Realizou-se uma análise dos atuais discursos polêmicos dos parlamentares em que houve a propagação do discurso de ódio, como os casos dos parlamentares Maria do Rosário e Jair Bolsonaro, dos parlamentares Jean Wyllys

e Jair Bolsonaro, utilizando, como contraponto, as condenações à indenização por dano moral advindas desse comportamento. Desse modo, o presente trabalho alcançou resultados no sentido de verificar que a proibição do discurso de ódio é uma forma de garantir a legítima liberdade de expressão e que os parlamentares, ao proferirem discurso de ódio, não estão amparados pelas imunidades parlamentares, e podem ser responsabilizados, até mesmo politicamente, nos termos do art. 55, §1º, da Constituição da República de 1988, que consagra a quebra de decoro parlamentar como uma das formas de perda do mandato parlamentar, pois tal ato configura abuso das prerrogativas parlamentares, e constitui violação a direitos fundamentais que pode colocar em risco o Estado Democrático de Direito. Insta salientar, sobretudo, que dentro de um modelo democrático o constitucionalismo tem papel fundamental que é exatamente determinar os contornos da democracia, os contornos da liberdade, pois só assim será possível o poder do povo ser democraticamente exercido e, portanto, legítimo.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO FUNDAMENTO DA IDEIA DE DEMOCRACIA: O PRESSUPOSTO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Mariane Andréia Cardoso dos Santos¹

O presente trabalho tem como principal intuito realizar uma abordagem crítica da relação, para nós absolutamente necessária, entre a ideia de democracia e a liberdade de expressão. É preciso analisar, se e em que medida, o cerceamento do discurso, por meio da definição prévia de pautas que não podem ser objeto de debate, impede a existência efetiva de um Estado Democrático de Direito.

À primeira vista parece improvável, mas são extremamente

¹ Mestranda e graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. Contato Eletrônico: <marianeacsantos@gmail.com>

atuais as conclusões de Hans Kelsen² a respeito das revoluções burguesas de 1789 e 1848, que, segundo ele, quase transformaram o ideal democrático em lugar comum do pensamento político, tanto que aqueles que ousavam opor-se em qualquer medida à efetivação desse ideal, faziam-no com uma quase reverência cortês ao princípio fundamentalmente conhecido, ou, ao menos por trás de uma terminologia democrática. Justamente por isso, nos últimos decênios que antecederam as duas Guerras Mundiais, praticamente nenhum estadista importante ou pensador renomado ousou fazer qualquer confissão aberta e sincera em defesa da autocracia. De se notar, inclusive que, a despeito da luta de classes, crescente nesse período entre a burguesia e o proletariado, não existia oposição no que refere à forma de Estado.

Democracia foi, então, a palavra de ordem nos séculos XIX e XX e, passadas duas Guerras Mundiais em que foi duramente violada por parte das potências que polarizaram os conflitos, permanece, ainda hoje no século XXI, dominando quase universalmente os espíritos, praticamente inatacável, ou pior: indiscutível. E não está sozinha: agora, a ela se somam os direitos humanos e fundamentais, cujo conteúdo parece poder, por vezes, somente ser definido por alguns iluminados detentores do monopólio das virtudes e da razão, e o famigerado “politicamente correto”. Mas será que assim ela não acaba perdendo o sentido que lhe seria próprio? Afinal, uma democracia pressuposta que se impõe como obrigatória, inclusive como ideia, para cercear o discurso que nela se apresenta para criticá-la, para debatê-la, para propor (porque não?) alternativas à ela, ou, até mesmo, para questionar verdades tidas como absolutas, seria mesmo uma democracia de fato?

Esses são questionamentos que o presente trabalho buscará abordar, talvez não com a finalidade de apresentar respostas, mas sim dúvidas, diante de afirmações que hoje se tenham por inquestionáveis. Será mesmo que a limitação do conteúdo passível de debate – e da divergência que lhe é intrínseca – é de fato democrática?

Para Hans Kelsen³, em uma perspectiva coerente à sua posição eminentemente relativista, enquanto problema valorativo, situa-se fora da teoria do Direito, que se limita à análise do Direito Positivo, ou realidade jurídica posta. Segundo ele, a procura de um conceito geral de

² KELSEN, Hans. A democracia. Tradução: Vera Barkow, et. al. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 25.

³ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. 6. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. XXVIII.

justiça é algo de que a ciência do direito não deve se ocupar⁴. Assim, partindo da perspectiva de justiça kelseniana, pretende-se restringir a possibilidade de construção de parâmetros de justiça para além de uma ordem jurídica posta, clamando pela coerência dos discursos, que devem se situar nos devidos lugares (ou se tratam de assuntos morais, ou de propostas políticas ou de questões jurídicas).

Esse é o salto necessário para abordar especificamente a democracia no Brasil, que somente pode ser discutida, na atualidade, sob o ponto de vista jurídico, à luz da Constituição da República de 1988. Não que se negue a possibilidade de se apresentarem propostas ou que se critiquem as normas jurídicas brasileiras e a sua aplicação, mas pretende-se retirar do discurso propositivo o caráter obrigatório, que ele tenta tomar das normas jurídicas, para situá-lo no seu espaço: o debate político.

Apesar de não ser fonte imediata de normas válidas, o debate é fundamental para legitimar as decisões. Afinal, a força de uma ideia somente se prova diante de uma argumentação contrária forte, e não de argumentos fracos escolhidos por quem a sustenta.

Portanto, a partir das conclusões acerca da ideia de democracia construídas em um primeiro momento, serão apontados os fundamentos que impedem o cerceamento do discurso no âmbito político pelo seu conteúdo, caso se pretenda sustentar a existência atual de uma democracia. Caso contrário, ter-se-á que reconhecer não só a existência de um modelo autocrático (ou ao menos de um discurso de defesa um), como deverão ser apontadas as fontes dos parâmetros de conteúdo que se pretende impor para cercear o discurso em um Estado, então, “pseudodemocrático” de Direito.

⁴ MATOS, Andyttias Soares de Moura Costa. *Filosofia do Direito e Justiça* na obra de Hans Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 319.

REFLEXÕES SOBRE O FUNDAMENTO DE UMA PROTEÇÃO JURÍDICA ESPECIAL À LIBERDADE RELIGIOSA:

COM BASE NAS CONSIDERAÇÕES DE KEN HIMMA

Paulo Sérgio Santos Ribeiro Júnior¹

Com seu *paper* “*What’s so damn special about religion, anyway?*” (2013), Kenneth “Ken” E. Himma inicia um diálogo com Brian Leiter – ou, mais propriamente, com o instigante livro “*Why tolerate religion?*” (2008) – sobre se a liberdade religiosa deve ser protegida como um direito especial. Embora uma avaliação mais atual sobre o tema, por Himma, esteja condensada em um texto de julho de 2015 – “*Why religious freedom does not warrant protection by a special right*” –, no presente resumo serão explorados os argumentos centrais contidos naquele texto de 2013.

A intenção primeira é, a partir da resenha de Himma, trazer à tona essa reflexão sobre a natureza da religião e sobre a necessidade ou conveniência de uma proteção especial para a liberdade crença religiosa, apartada da liberdade de pensamento e opinião, ou para a liberdade de culto, apartada da liberdade de expressão. Em segundo momento, pretende-se debater questões mais tangíveis para o direito brasileiro, tal como a de se templos religiosos devem receber um tratamento tributário especial, como uma derivação da necessidade de proteção especial da religião ou da crença religiosa.

Assim, convém registrar desde logo que Himma, analisando a obra de Leiter e seguindo os passos deste, procura testar a necessidade de uma proteção jurídica especial à religião, buscando na natureza da religião algo capaz de sustentar o argumento favorável à tal proteção. Expõe algumas justificativas utilizadas pelos defensores de que deve existir uma proteção jurídica própria para a religião, tais como (i) a de que religião não deriva de outros direitos básicos, ou seja, sua natureza por si só garantiria essa proteção diferenciada, como também (ii) a justificativa fundada em razão de aspectos culturais e históricos que ad-

¹ Acadêmico do sétimo semestre do curso de Direito da Universidade Federal de Roraima – UFRR e pesquisador do Núcleo de Estudos e Pesquisas Ovelário Tames – NEPOT, Brasil. paulo.ribeiro@hotmail.com

quirem relevância específica no contexto de uma sociedade específica.

Apresentar uma proteção jurídica especial à religião significa dizer que essa proteção é um direito fundamental distinto, como também uma exigência moral necessária de toda a sociedade. A Declaração Universal dos Direitos do Homem proclama que “toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião” (em seu artigo 18), “de opinião e de expressão” (em seu artigo 19) e que a educação “deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos étnicos ou religiosos” (em seu artigo 26), e esta tendência foi seguida por constituintes de muitos países do mundo ocidental.

Em seu artigo, Himma apresenta algumas justificativas para endossar o pensamento de Leiter a respeito dessa falsa ideia trazida pelo Princípio da Tolerância Religiosa de que há algo na natureza da religião que exige proteção especial, como uma espécie de moralidade política. Em seu livro, Leiter se propõe a analisar a base conceitual do que é religião e identificar quais as características pertencem a maioria das religiões e faz com elas sejam definidas como tais, com a ressalva de que essas características são utilizadas por Leiter em *“Why Tolerate Religion”* e não constituem verdades absolutas, sendo possível o surgimento de novas teses sobre novas características que façam um trabalho melhor na defesa do princípio da tolerância religiosa.

O presente estudo não questiona se existem características das crenças religiosas que merecem proteção à liberdade religiosa, em caráter moral ou epistêmico, e sim se existem características nas crenças religiosas merecedoras de proteção jurídica especial que devam ser tratadas com caráter de necessidade e possuem valor moral que justifique essa proteção. Ao analisar as crenças religiosas, Leiter identificou o que seriam as três características essenciais que explicariam essa necessidade de uma proteção jurídica especial à liberdade religiosa, tais seriam: a) as exigências religiosas categóricas sobre a ação do indivíduo, ou seja, a vinculação do sujeito a fazer o que se é exigido independentemente da sua vontade ou desejo; b) a existência de pontos de vista imunes a contrariedade de natureza racional ou de evidências, o que quer dizer que algumas alegações religiosas não são realizadas em face de normas comuns com base em justificativa epistêmica; e c) o fato de que a religião fornece certo tipo de consolo existencial para problemas como a morte e a dor.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E SUAS LIMITAÇÕES FRENTE AO DISCURSO DE ÓDIO

Rebecca Groterhorst¹

Em meados de 2015, um blog lançado na internet, contendo um guia sobre como estuprar alunas na Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, causou a revolta de estudantes e professores daquela universidade.² O site já havia publicado outros textos semelhantes, os quais incitavam de igual modo a violência sexual contra as mulheres. Não muito distante, na campanha eleitoral de 2014, o então candidato à Presidência da República, Levy Fidelix, fez um discurso homofóbico no debate entre candidatos promovido pela Rede Record. Afirmando que “aparelho excretor não reproduz” e que não iria estimular jamais a união homoafetiva, Levy Fidelix concluiu dizendo “Vamos ter coragem! Nós somos maioria! Vamos enfrentar essa minoria. Vamos enfrentá-los! Não dizer ter medo de que sou pai, mamãe, vovô e, o mais importante, é que esses que têm esses problemas realmente sejam atendidos no plano psicológico e afetivo, mas bem longe da gente, bem longe mesmo, porque aqui não dá!”.³

As duas situações apresentadas acima causam polêmica na medida em que trazem à tona a discussão sobre a liberdade de expressão em contraposição ao discurso de ódio. Nem sempre é fácil diferenciá-los, já que muitas vezes o discurso de ódio vem disfarçado sob a pretensão de exercício do direito à liberdade de expressão. Por isso a importância de conceituar a liberdade de expressão e suas limitações. Considerada como uma das características das atuais sociedades democráticas, a liberdade de expressão consiste na faculdade de manifes-

¹ Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP, sob orientação da Professora Anna Cândida da Cunha Ferraz. Advogada e Coordenadora de Projetos Sociais no Instituto Pro Bono. Foi pesquisadora na Direção GV e no Instituto Sou da Paz. E-mail: rebeccagroter@usp.br.

² Em: <http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/08/blog-com-guia-sobre-como-estuprar-mulher-na-usp-e-alvo-de-investigacao.html>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

³ Íntegra do debate disponível em: <http://www.diariosp.com.br/noticia/detalhe/72935/levy-fidelix-faz-discurso-homofobico-em-debate>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

tar livremente o próprio pensamento, idéias e opiniões, inclusive acerca das crenças e juízos de valor, por meio da palavra oral e escrita, da imagem ou de qualquer outro meio de difusão, e até no direito de não se manifestar, desde que não se atinja direito alheio.⁴

No entanto, no exercício da liberdade de expressão deve haver continência e pertinência na apresentação dos pensamentos, das idéias e opiniões para que não ocorra ofensa a qualquer outro direito.⁵ A liberdade protegida é aquela que se encontra em consonância com a Constituição e as limitações a essa liberdade têm por objetivo assegurar a validade de outros direitos fundamentais também protegidos por ela. A garantia da liberdade de todos depende dos limites à liberdade de cada um. A existência de opiniões distintas e até divergentes dentro da sociedade já aponta para a necessidade de restrições e parâmetros quando da livre manifestação do pensamento.

Ressalta-se ainda que a restrição à liberdade de expressão não se confunde com censura. Enquanto aquela permite harmonizar a liberdade de expressão com outros direitos e interesses coletivos, essa última aniquila totalmente tal direito, sendo arbitrária e motivada por razões ideológicas dos detentores do poder político.⁶ A Constituição veda qualquer forma de censura, permitindo apenas a adoção de medidas restritivas. O âmbito de proteção da liberdade de expressão é, deste modo, por vezes comprimido para que todos os membros da sociedade possam exercê-la igualmente.

O discurso de ódio, tido como aquele que incita a violência contra minorias, promovendo a discriminação em razão de raça, origem, cor, orientação sexual, gênero, religião e outras condições peculiares de determinados grupos, não pode ser nunca considerado como uma face da liberdade de expressão. Discursos como aqueles apresentados no início do texto não representam mera opinião, mas sim uma violência contra o gênero e a orientação sexual, demonstrando a intolerância contra grupos que já são com frequência discriminados e que continuam em situação de subordinação em relação às majorias.

A Constituição é clara quando prevê, em seu art. 5º, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.⁷ Se no

⁴ FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos. A Honra, a Intimidade, a Vida Privada e a Imagem Versus a Liberdade de Expressão e Informação, p. 163.

⁵ Idem. Liberdade de expressão e comunicação. Teoria e proteção constitucional, p. 81

⁶ Ibidem, p. 246-247.

⁷ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

exercício da liberdade de expressão há grave ofensa a qualquer direito alheio, o Estado deve intervir, com o objetivo de harmonizar e proteger outros direitos constitucionalmente protegidos. Nesse sentido, discursos que incitam a violência e a intolerância devem ser reprimidos e isso não caracteriza censura de modo algum. Essa repressão, ao contrário, significa a promoção do respeito ao direito de todos, na busca de uma sociedade livre, justa e igualitária.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DE ÓDIO:

NOTAS SOBRE O DEBATE ENTRE JEREMY WALDRON E RONALD DWORKIN

Renan Sales de Meira¹

A temática do discurso de ódio está relacionada à correta interpretação da liberdade de expressão, garantia prevista nos mais diversos textos constitucionais e em pactos sobre direitos humanos. Nessa seara, a discussão central é saber qual a correta interpretação desse direito fundamental: se o discurso de ódio está compreendido no âmbito de sua proteção ou não. Ressalte-se que, por discurso de ódio, entende-se aqui, em conformidade com Waldron, o uso de expressões aviltantes direcionadas a minorias vulneráveis, visando à disseminação da aversão aos indivíduos integrantes desses grupos².

Como contributo às discussões sobre a questão, o presente trabalho visa explicitar o debate acadêmico entre Waldron e Dworkin sobre a temática, conjuntamente com o destaque à fundamentação teórica oferecida pela doutrina para a justificação dada à existência e proteção à liberdade de expressão. O expediente é importante porque, segundo Dworkin, só é possível aplicar referido direito a um caso concreto quando se atribui algum objetivo que fundamente a garantia abstrata dessa

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Especializando em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. País: Brasil. Endereço eletrônico: renansmeira@hotmail.com.

² WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 8-9.

liberdade nos ordenamentos constitucionais; é a compreensão que se tem da necessidade de sua proteção que ditará os rumos de uma decisão judicial que enfrente a temática³.

Assim, segundo Dworkin há duas grandes categorias de interpretação da liberdade de expressão: a instrumental e a substancial⁴. No âmbito das interpretações instrumentais dessa garantia, costuma-se atribuir à liberdade de expressão uma fundamentação de tipo *instrumental* ou *funcional*. Por tal perspectiva, uma sociedade deve valorizar a liberdade de expressão tendo em vista sua função de potencializar outros bens públicos importantes: a obtenção da verdade, ante a abertura a um diálogo amplo; a proteção ao autogoverno do povo; o combate à corrupção; etc.

Lado outro, pensar a liberdade de expressão por um ponto de vista *substantivo* significa atribuir um valor moral intrínseco a esse direito, caracterizando como violação moral todo tipo de ato coercitivo efetivado pelo poder público que restrinja os discursos possíveis no âmbito da sociedade⁵. Urge destacar que, segundo Dworkin, tais interpretações não se excluem recíproca e necessariamente⁶.

Entretanto, crê-se que o debate entre Waldron e Dworkin é importante à discussão proposta porque traz ao tema novos horizontes comumente não explorados pela doutrina constitucional. Nesse sentido, Waldron, adotando uma concepção de dignidade humana enquanto *status*, analisa os efeitos danosos causados pelos discursos de ódio aos indivíduos integrantes dessas minorias objeto de tais expressões, passíveis de compreensão como verdadeira lesão à dignidade destes⁷. Ressalte-se que, por tal interpretação, a dignidade estaria relacionada à qualidade dos indivíduos enquanto sujeitos participantes nas práticas sociais em igualdade de condições com os demais, o que exigiria de toda a sociedade um tratamento de acordo com aquela⁸.

³ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 318.

⁴ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 318-319.

⁵ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 319.

⁶ DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade**: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 320.

⁷ WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

⁸ WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 60.

Ademais, para Waldron, os discursos de ódio deveriam ser compreendidos como indesejados pela sociedade porque a existência desses discursos impediria a obtenção de um bem público a ser atingido, consistente em uma sociedade plural e inclusiva que permite a todos, com igualdade, participar nas dinâmicas sociais⁹. Assim, diante de tais considerações, Waldron reconhece a constitucionalidade de leis proibitivas do discurso de ódio, ou seja, compreende que a liberdade de expressão não abrange tais manifestações em face de restrições estatais impostas¹⁰.

Dworkin, a seu turno, argumenta pela ilegitimidade ocasionada pelas leis que restringem o discurso¹¹. Em sua perspectiva, a dignidade humana proíbe uma decisão estatal imposta aos indivíduos que discordam dessa manifestação concreta do poder coercitivo quando esta é adotada de modo a negar-lhes o *status* de sujeitos livres e iguais¹². Portanto, a legitimidade do Estado estaria relacionada ao tratamento igualitário.

Ocorre que, para Dworkin, a existência de procedimentos majoritários não seria condição suficiente para a legitimidade; cada cidadão deveria ter não apenas voto, mas, também, voz¹³. Garanti-la aos indivíduos seria lhes reconhecer enquanto agentes moralmente responsáveis, capazes de auxiliar ativamente na adoção das decisões estatais¹⁴.

Desse modo, Dworkin crê que a existência de leis que proíbem o discurso de ódio acarreta um déficit na legitimidade do Estado, notadamente nas leis que visariam proteger os indivíduos objeto desses discursos (como, por exemplo, as leis que consubstanciam ações afirmativas), por retirar dos opositores a possibilidade de criticá-las¹⁵. Waldron, entretanto, discorda dessa crítica: há formas de se comunicar que podem atacar a validade dessas leis que promovem ações afirmativas

⁹ WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012, p. 16.

¹⁰ WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

¹¹ DWORKIN, Ronald. A new map of censorship. **Index on Censorship**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 130-133, fev. 2006.

¹² DWORKIN, Ronald. A new map of censorship. **Index on Censorship**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 130-133, fev. 2006, p. 131.

¹³ DWORKIN, Ronald. A new map of censorship. **Index on Censorship**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 130-133, fev. 2006, p. 131.

¹⁴ DWORKIN, Ronald. A new map of censorship. **Index on Censorship**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 130-133, fev. 2006, p. 131.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. A new map of censorship. **Index on Censorship**, [s. l.], v. 35, n. 1, p. 130-133, fev. 2006, p. 132.

sem necessitar do recurso ao discurso de ódio¹⁶.

Acredita-se que, no tocante ao debate, a postura de Waldron é mais adequada que a defendida por Dworkin. A compreensão da dignidade enquanto *status* melhor permite o desenvolvimento do discurso constitucional e da interpretação dos direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, considerando a dinâmica efetiva da prática social, com a consideração de todos os riscos aos indivíduos presentes na realidade da sociedade. Aceitar práticas discriminatórias – correta caracterização dos discursos de ódio – significa olvidar-se da igualdade, defendendo-se, por um argumento de suposta legitimidade, a reprodução de injustiças sociais.

¹⁶ WALDRON, Jeremy. **The harm in hate speech**. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O DESENVOLVIMENTO DOS MEIOS TELEMÁTICOS:

A NECESSIDADE DE SE REFLETIR ACERCA DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO A PARTIR DO ADVENTO DAS GRANDES MUDANÇAS OCORRIDAS NOS MEIOS TELEMÁTICOS

*Robson Vitor Freitas Reis*¹

A apresentação que pretendemos efetivar gira em torno do tema liberdade de expressão. Especificamente propomos que as mudanças tecnológicas ocorridas nos meios telemáticos foram tamanhas que se criou uma lacuna, um *hard case*,² sobre esta seara, o que tem deixado muitos juristas sem um devido parâmetro para poder julgar estes

¹ Graduação em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora - UFJF. Pos-graduação Lato Sensu em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – FDDJ. Servidor Público na Universidade Federal Alfenas – Campus Varginha. Advogado OAB/MG 141443. Brasil. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5637267621645000>. E-mail: robsonvitor@gmail.com.

² Dworkin, Ronald. 2003. O Império do Direito. Traduzido por Jefferson Luiz Carmo. São Paulo: Martins Fontes.

novos conflitos que vem emergindo.

E não devemos limitar nossa análise apenas a internet, pois o desenvolvimento e o maior acesso aos meios de comunicação que ocorreu durante o correr do século XX, e agora início do XXI, se deu de forma ampla e irrestrita. Quando o direito de Liberdade de Expressão foi esculpido durante do século XVIII na primeira emenda da Constituição Americana de 1791, na Constituição francesa de 1793 ou na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 o contexto em que a sociedade vivia era bem diverso. Durante o século XX o acesso à informação aumentou exponencialmente, e tais mudanças estruturais tem gerado por parte de aplicador do direito a necessidade de se refletir mais detidamente alguns institutos.

Não se pode negar que este maior acesso as informações gerou e gera grandes ganhos para a nossa sociedade e para a democracia, que a até pouco tempo atrás se via refém de poucos canais de televisão. Aqui no Brasil, por exemplo, a Rede Globo possuía clara hegemonia. E ao trazer a tona esta informação, nós não pretendemos com isso iniciar qualquer discurso maniqueísta. Contudo, faticamente é inegável tal predomínio. Como é igualmente inegável que essa emissora tenha interferido fortemente no desfecho das eleições que escolheram Fernando Collor de Melo para ser Presidente da República em 1990. Hoje, porém, principalmente com o grande desenvolvimento da internet esta hegemonia se quebrou. Cada vez mais temos visto este novo meio de comunicação atuando ativamente nas discussões políticas nacionais. E, como exemplo, podemos citar as grandes passeatas de cunho político que foram organizadas em 2013 por meio das redes sociais e a crescente preocupação dos partidos políticos com o que está sendo veiculado na internet. O que faz com que surja, inclusive, questionemos acerca da qualidade e legitimidade dessas novas vias de discurso político.

Contudo, a despeito das benesses acima apontadas, este maior acesso que a sociedade está tendo aos meios de comunicação, através destas novas tecnologias que estão surgindo, igualmente trouxeram situações muito problemáticas. E nesta linha podemos citar vários programas sensacionalistas de televisão ou até mesmo alguns parlamentares que em suas falas promovem verdadeira segregação de grupos minoritários da sociedade. Neste diapasão, é importante que se destaque os famigerados *hate speech*, discursos onde se promove uma verdadeira incitação da sociedade ao ódio de uma determinada pessoa ou grupo com base em atributos como sexo, origem étnica, religião, raça, deficiência ou orientação sexual.

Diante desta nova realidade muitos e importantes processos judiciais estão emergindo nesta seara jurídica e, a título de exemplo, podemos mencionar a decisão do Tribunal Constitucional Alemão no internacionalmente famoso Caso Lüth, onde essa corte decidiu a favor de Eric Lüth que havia escrito um manifesto de boicote contra o Cinestra Veit Harlan. Caso este muito bem explicado pelo professor Robert Alexy em seu artigo Direitos Fundamentais, Balanceamento e Racionalidade³. Já no âmbito pátrio contemporâneo é válido trazer a tona a decisão do Superior Tribunal de Justiça de manter a condenação do apresentador Rafinha Bastos a pagar uma indenização de R\$ 150.000,00 por danos morais a cantora Wanessa Camargo por ter afirmado ao comentar a gravidez da cantora, que “comeria ela e o bebê”; ou ainda, a decisão da 6ª Vara Cível do Fórum de Madureira no Rio de Janeiro de condenar o Deputado Federal Jair Balsonaro também a pagar uma indenização de R\$ 150.000,00 ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos por declarações homofóbicas feitas no programa CQC. Ocasão em que Balsonaro, entre outras declarações, afirmou que não “corre risco” de ter um filho gay por ter sido um pai presente.

E, diante de tudo isso, outra coisa não poderíamos fazer senão a de nos questionarmos quais seriam os limites e as possibilidades do direito de Liberdade de Expressão na sociedade de hoje? *Quid Juris* em face destes novos contextos históricos e sociais?

³ Ratio Juris. Vol. 16, n. 2, junho de 2003 (p. 131-40).

MÁSCARAS E MEDO:**CONSIDERAÇÕES SOBRE AS RESTRIÇÕES IMPOSTAS AO DIREITO
DE REUNIÃO PELA LEI 6.528/13 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO
A PARTIR DAS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E EMOÇÕES***Rodrigo de Souza Tavares*

Segundo certa concepção tradicional da teoria constitucional, o constitucionalismo representa um esforço de racionalização do exercício do poder e a supressão de paixões perturbadoras que espreitam a política ordinária. Numa passagem dos Federalistas, Alexander Hamilton faz a seguinte pergunta retórica: “Por qual motivo teria sido instituído o Governo”? Para logo responder: “Porque as paixões dos homens não se conformam aos ditames da razão e da justiça sem a imposição de limitações” (HAMILTON, XV). Ademais, as dificuldades extravagantes do processo legislativo de emenda constitucional também podem ser interpretadas como instrumentos de salvaguarda diante de sentimentos populares temerários. Por fim, lembremos que o legislativo bicameral foi estruturado de forma que o Senado, composto por políticos mais experientes, pudesse esfriar os ânimos exaltados da Câmara dos Deputados.

Este ambiente refratário às emoções no âmbito da teoria constitucional reflete a dicotomia do senso comum que separa a razão da emoção, subordinando esta àquela. Essa visão das emoções tem raízes antigas e remonta ao mito platônico do cocheiro, exposto no diálogo *Fedro*. Nesta obra, Platão compara a alma com uma carruagem puxada por cavalos. Nela, o cocheiro representaria a razão, condutora dos cavalos que, por sua vez, seriam as emoções. Em suma, as emoções são retratadas neste diálogo como forças irracionais, capazes de nos impulsionar, mas que devem ser domadas pela racionalidade para que seja mantido o caminho correto. Em consonância com este modelo, a Constituição é vista como uma construção racional, que deve subjugar ou até eliminar as influências indevidas das emoções.

Porém, nos últimos anos, essa visão negativa das emoções foi alvo de críticas e tem sido objeto de intensa reavaliação. Estudos de neurociência demonstram o papel fundamental das emoções nos

processos deliberativos e no raciocínio prático (DAMÁSIO, 2005), desafiando, portanto, a tradicional dicotomia razão/emoção. As emoções estão em alta nos dias de hoje, despertando interesse em diversas áreas, que vão da economia (KAHNEMAM, 2012) à filosofia moral (PRINZ, 2007), passando pela política (FRAZER, 2010; MARCUS, 2002; MORREL, 2010; KRAUSE, 2008) e chegando finalmente ao Direito Constitucional (SAJÓ, 2011).

Em consonância com essa “virada afetiva”, podemos negar os pressupostos da teoria constitucional tradicional, ao afirmar que a construção de uma Constituição e a efetivação de suas normas são intrinsecamente influenciadas por aspectos emocionais, portanto, seria inócuo ignorar ou tentar lutar contra este fato. Desse modo, propomos um estudo de caso partindo deste novo viés que privilegia a relação entre as emoções e o direito constitucional. Assim, pretendemos investigar o papel das emoções no deslinde da controvérsia sobre a constitucionalidade da Lei 6.528/13 do Estado do Rio de Janeiro, que regulamenta a garantia de liberdade de reunião prevista na constituição estadual, proibindo o uso de máscaras em manifestações públicas. Como veremos, após empreender breve análise do contexto da controvérsia e de seus paralelos em outros países, trata-se de um caso exemplar para o estudo das interseções entre direito constitucional e emoções, campo até agora negligenciado no âmbito acadêmico nacional.

A NECESSIDADE DE NOVOS INTERLOCUTORES PARA AS DEMANDAS FEMININAS E A PROPOSTA DE CRIAÇÃO DE COTAS NO PODER LEGISLATIVO

Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira¹

Uma das formas possíveis de superar a velha misoginia e melhorar as condições para mulheres em geral é aumentar o número de representantes femininas que ocupam posições de liderança. Espera-se que essa ampliação promova inúmeros impactos e, entre eles, a superação de velhos preconceitos. Normalmente, a liberdade de expressão é vista como um direito negativo, sobre o qual o Estado deve ser abster (concepção liberal). Entretanto, essa abstenção do Estado pode provocar graves problemas, como a concentração de poder num grupo de pessoas que domina os lugares de fala mais relevantes, e o embaraço à manifestação de pensamentos divergentes provocado por agentes não-estatais. Diante disso, uma outra visão desse direito é possível: a liberdade de expressão como um direito positivo, o qual o Estado tem a obrigação de fomentar, garantindo, assim, a robustez das discussões e a pluralidade de argumentos. Nessa linha, é possível defender que essa tarefa se realiza também quando o Estado procura garantir o pluralismo numa das mais importantes searas de discussão da democracia atual, hoje majoritariamente ocupada por homens: o Poder Legislativo. Esse se torna mais um argumento em defesa da proposta de emenda à Constituição (PEC) 98/2015, que institui cotas para mulheres na política, norma de vigência temporária, aplicável para as três legislaturas subsequentes à promulgação da Proposta de Emenda à Constituição. Procura-se, com isso, que nesse período as lideranças femininas sejam estabelecidas, e que as mulheres se familiarizem ainda mais com o sis-

¹ Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2014). Pós-graduação em Direito Constitucional pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, realizada em parceria com a Universidade de Coimbra (Portugal) (2012). Especialização em Direito Constitucional pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2011). Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2008). Advogada. Brasil. E-mail: thaís.bg@gmail.com

tema político eleitoral. Isso porque, embora representem mais de 50% dos eleitores brasileiros, a maior parte dos cargos de representação política é ocupada por homens. Das 513 vagas na Câmara dos Deputados, apenas 51 são ocupadas por mulheres (menos de 10%); das 81 vagas no Senado, há apenas 13 senadoras (16%). No Poder Executivo, a situação não é diferente: são 26 Estados na federal (além do Distrito Federal) e há apenas uma governadora (Suely Campos de Roraima) e somente uma prefeita (Teresa Surita, Prefeita de Boa Vista/RR). Nesse contexto, entende-se que a falta de lideranças e representantes femininas contribui para a perpetuação de discursos misóginos, pois a superação de discursos preconceituosos odiosos é facilitada quando existem interlocutores reais que possam engajar-se no debate e refutar os argumentos. Para corrigir essa desigualdade na representação entre os gêneros, não basta apostar numa correção voluntária, já que é histórica e persistente a sub-representação das mulheres no Poder Político; é necessária a instituição de mecanismos institucionais aptos a promover uma divisão mais igualitária dos cargos disponíveis de representação política. Nesse caso, o Estado não deve restringir-se a uma atuação negativa (ao não criar embaraços à candidatura e eleição de mulheres), mas sim deve promover a igualdade de representação de gênero dentro dos órgãos legislativos brasileiros. Uma forma de fazer isso é justamente aprovando cotas. Com elas, ao invés de se escutar sobre as demandas femininas por meio de um substituto que as represente (o que as vitimiza e infantiliza), viabiliza-se que as próprias mulheres possam ativamente ter voz nas instâncias decisórias e possam, elas mesmas, combater o preconceito.

A FALTA DE LIBERDADE RELIGIOSA COMO ÓBICE À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E HUMANOS:

UM CASO DE AVERSÃO AO MULTICULTURALISMO INTERCULTURAL

Uanderson Nunes Pereira¹

Adalberto Antônio Batista Arcelo²

Com a redemocratização do Brasil e a Constituição Federal de 1988, a sociedade brasileira avançou para um novo capítulo de sua história. Entre os direitos garantidos pela Carta Magna está o direito à liberdade, que talvez seja o mais básico e tradicional dentre os direitos caracterizadores do constitucionalismo moderno. A liberdade é a faculdade de cada um agir segundo a sua determinação, desde que não infrinja as regras e princípios jurídicos instituídos. A Constituição Federal de 1988 garante, entre as liberdades dispostas no seu art. 5º, “a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”. É importante trazer à baila que a liberdade de crença ou liberdade religiosa é o direito do indivíduo de adorar e de cultuar seu Deus. Quer dizer que há um campo subjetivo para o exercício das convicções de fé, não podendo tais convicções, enraizadas em dogmas, afetar direitos alheios. A institucionalização das religiões, estruturadas a partir de valores rígidos materializados em dogmas de fé, apresenta-se como um entrave à complexidade das sociedades plurais e democráticas, haja vista a sua inflexibilidade diante de temas relevantes para grupos identitários minoritários, bem como a grande influência de um certo perfil de religião nos três poderes do Estado brasileiro contemporâneo. Com o crescimento das religiões protestantes no Brasil e o monitoramento dos parlamentares católicos pela Igreja Católica, surgiu um novo modelo de sufrágio no Brasil, pautado não mais na vida da *pólis*, mas na predominância de algumas restritas interpretações da moral cristã. Líderes religiosos são eleitos e trabalham para transformar a so-

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC. Brasil. uanderson.nunes@outlook.com

² Doutor em Direito pela UFMG e professor da PUC Minas e da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo – FAC. Brasil. adalbertoarcelo@gmail.com

cidade no que sua fé considera correto e moral, extrapolando o direito de liberdade religiosa, ferindo o projeto de um Estado laico e comprometendo os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, descritos no art. 3º da CF/88. É neste contexto que o presente trabalho objetiva demonstrar como a religião e o Estado no Brasil atual, contrariando o texto constitucional do art. 19 da CF/88, se misturam e se confundem na dinâmica político-jurídica, seja via Executivo, Legislativo ou Judiciário. Apesar da determinação expressa de laicidade, o que se vê é uma constante demonstração da atuação religiosa na política, na administração e nas decisões judiciais no Brasil, criando um empecilho para a efetivação de direitos subjetivos, fundamentais e humanos, como os direitos LGBT. A hipótese levantada é a de que, fazendo uso da prerrogativa de liberdade de crença e religião, as instituições e seus representantes estão se valendo do Estado para normatizar convicções religiosas, interferindo assim no encaminhamento de questões que envolvem toda a sociedade brasileira. Em alguns casos é notável a influência dessas convicções para impedir que direitos se efetivem. Como exemplos, temos o caso da Proposta de Emenda à Constituição nº 99/2011, que prevê a inclusão de entidades religiosas de âmbito nacional na lista de instituições que podem propor ação direta de inconstitucionalidade ou ação declaratória de constitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal; o caso da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.510, que discutia a pesquisa com células-tronco e oferecia uma perspectiva real de futuro tratamento para doenças graves, que desafiam a medicina e afetam a saúde e a vida de milhões de pessoas; o caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, na qual o STF decidiu que não é crime interromper a gravidez em caso de anencefalia do feto; e o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, que reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo. As instituições religiosas, considerando a hipótese supra, tem assumido uma postura de obstaculização ao processo de modernização e de complexificação da sociedade brasileira, reproduzindo um multiculturalismo colonizador, subalternizante e discriminatório. Tal postura mostra-se reativa à demanda – em consonância com a hipercomplexidade das sociedades contemporâneas – de um multiculturalismo intercultural, negando-se a reconhecer os demais indivíduos envolvidos no debate como pares e impondo suas convicções como verdades absolutas e único direito passível de efetivação, em uma clara demonstração de desrespeito ao texto constitucional e ao princípio da dignidade da pessoa

humana. Nesse sentido conclui-se que instituições religiosas hegemônicas no Brasil atual, valendo-se da liberdade de crença, se apresentam como grande obstáculo para a viabilização das liberdades individuais e dos direitos da população LGBT, fazendo com que seus professantes assumam um papel intolerante, influenciando até mesmo na criminalização de condutas que julgam imorais, limitando e comprometendo o potencial crítico e emancipatório do constitucionalismo intercultural.

OS HEURÍSTICOS COMO DESVIOS LÓGICOS E COGNITIVOS NA APLICAÇÃO DO DIREITO

José Eduardo Schuh¹

Os desvios cognitivos e as obliquidades são inevitáveis no processo de interpretação e aplicação do Direito, tanto em seu aspecto processo quanto produto. Evidentes são as dificuldades interpretativas dos textos normativos, decorrentes de sua veiculação por meio linguístico - as vaguidades, indeterminações e ambiguidades inerentes à linguagem representam permanente incitação ao exegeta. Contudo, outros problemas desafiadores da aplicação logicamente válida e consistentemente argumentativa do Direito são persistentes, tais como os argumentos falaciosos e entinematícos e os pouco estudados heurísticos.

Procedimentos utilizados de maneira deliberada ou não para reduzir a complexidade de tarefas como a apreciação, a estimativa e a tomada de decisões em ambientes de incerteza, indeterminação, limitação informacional ou de dados em excesso, os heurísticos são atalhos cognitivos que se põe em funcionamento para possibilitar uma solução rápida do problema apresentado.

Entretanto, por sua natureza de racionalidade limitada (*bounded rationality*), própria de sua estrutura analítica-operativa e dos circunscritos critérios de sua performance, os heurísticos distanciam-se da racionalidade plena (*full rationality*) esperada na aplicação dos sistemas normativos, tal como o sistema do Direito, inclusive o sistema jurídico constitucional. O raciocínio heurístico inibe as possibilidades de resolução da questão sob o palio da otimização, compreendida como a absoluta melhor solução adequada ao caso em apreciação.

Justamente em razão das características acima apontadas, sob o aspecto do raciocínio jurídico formal e/ou materialmente válido o emprego de heurísticos frequentemente conduz a desvios cognitivos, soluções sistematicamente incorretas (obliquidades), juízos inexactos e

¹ Doutorando em Direito na Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA), docente auxiliar na Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA). Cidadão brasileiro, tem como endereço de correio eletrônico: schuh@schuh.adv.br.

resultados ilógicos.

Impende ressaltar que os heurísticos não são “bons” ou “maus” *per se*, uma vez que sua racionalidade é ambiental (ecológica); logo, seu sucesso é dependente do entorno em que se aplicam e se adaptam.

Analisar a natureza e a estrutura dos heurísticos, assim como as suas espécies - de representatividade, de disponibilidade, de ancoragem e pseudo-normativas (esta última proposta, pela autor deste resumo) -, a partir de teorias jurídica, sociológica e econômica nacional e estrangeira, é o propósito do artigo aqui sumariado. A investigação em tela é enriquecida pela análise de produção jurisprudencial dos tribunais constitucionais brasileiro, argentino e espanhol.

As conclusões do estudo são precedidas por um sintético recorrido acerca da lógica jurídica, dos raciocínio e pseudo-raciocínio jurídicos, das normas jurídicas gerais e abstratas de estrutura prescritiva e imanente deonticidade, bem como a inferência de modalidade implicacional que lhes são próprias. Segue o exame da disposição (e a lógica interna) das normas decisórias de caráter individual e concreto, compostas necessariamente por uma proposição embasada em um fundamento jurídico de validade, uma proposição descritivamente analítica do fato fenomênico *sub judice*, e um enunciado aplicativo da pré-estabelecida consequência normativa.

Ao final, apresentam-se fundamentos para confirmar a assertiva de ilogicidade e de inadequação jurídica dos heurísticos, elemento extra-sistêmico cujo resultado prático é a desnaturação do raciocínio jurídico formal e materialmente válido. Acresce-se uma breve indicação de técnicas jurídicas adequadas à lógica do sistema do Direito e que não poderiam ser preteridas pelo emprego de heurísticos no processo de decisão de casos submetidos à apreciação judicial.

ON THE SUPRACONSTITUTIONAL CHARACTER OF THE BRAZILIAN NATIONAL FINANCIAL SYSTEM:

A FINANCIAL AND HISTORICAL APPROACH, IN VIEW
OF THE CAPITAL ASSET PRICING MODEL

*Leopoldo Grajeda*¹

Throughout History, the dissociation between the economic reality of a country and its legal system comes from Ancient times. Indeed, maximum interest rate limits were established as early as about 1.800 B.C. by legal systems such as the Code of Hammurabi, though illegally high interest rates are reported to be a common practice ever since. On the dawn of Western Civilization, both the Greeks and the Romans began their legal systems driven by the need of drastic reforms to deal with economic crises, resulting mainly from excessive debt. The laws of Solon regulated credit in Athens, mostly by forbidding slavery for debt and eliminating any limit on interest rates. In Ancient Rome, the useless attempts to regulate the financial system date back to the Twelve Tables, with credit laws that looked much alike the Hammurabi Code. Later on, *Lex Licinia Sextia* from 387 B.C. aimed to abolish compound interests, which, however, remained a common usage throughout the millennia.

This very ancient law became part of the Brazilian legal system by the *Ordenações Filipinas* from 1595. Brazilian law repeatedly banished compound interest rates several times, most notably in the Commercial Code of 1850 and in the Usury Law of 1933. Nevertheless, regardless of the explicit prohibition, the society never abandoned the actual usage of compound interests at all, neither in financial operations, including those made in banks, nor in commercial transactions. Similarly, legally established maximum interest rates have been set many times, most recently in the Constitution of 1988 itself. Yet, in practice, those limits were never effective, to the point that even the Brazilian Central Bank solemnly ignored them all along.

In modern times, a solid scientific and philosophical foundation

¹ Master of Science (New York University, 1998), law student and professor of Mathematics at PUC-Minas, Brazil, leopoldo@grajeda.com.br.

was laid down to financial theory, consolidating the standards financial operations must follow, due to a series of mathematical and economic reasons, regardless of any legal regulations and constraints. For instance, the theory of differential equations proves that the usage of compound interests is the only way to accrue interests proportional to debt size, while economic equilibrium shows that this is the proper way to proceed. Empirical evidence confirms that, whenever compound interests are not legal, the market automatically adjusts itself to enforce them. Financial market equilibrium between credit supply and demand also determines the interest rates, no matter what the law prescribes.

Jurisdiction is increasingly aware of economic and financial reality and, therefore, a growing number of judicial decisions take consequentialist arguments and extralegal considerations of Finance and Economy into account. As a matter of fact, the Brazilian Constitutional Court simply ruled out the Constitutional limit on interest rates, as if it never existed. The Constitution was later amended to conform to reality. The Court also legitimated and consolidated the unrestricted usage of compound interest rates, despite the lack of any laws regulating it until 2000; quite on the contrary, there were many legal devices prohibiting it, all of them ignored by the Court.

The financial markets despise for legal restrictions and constraints, however, is not limited to interest rates practices. For instance, the Capital Asset Pricing Model (CAPM) is the cornerstone of several western countries' financial systems, and Brazil is no exception, as the Brazilian National Financial System was designed to fit CAPM standards. Most curiously and not only in Brazil, that was done entirely without consent or even knowledge of legislators!

For sure, CAPM is a major landmark of modern finance in the 20th century, a breakthrough model for understanding interest rate structure. William Sharpe created CAPM in 1964 and received a well deserved Nobel Prize in Economics for it, as still today it is the main model of financial markets. Nevertheless, it was never presented or discussed in the National Congress, nor sanctioned by any President. Even though the Brazilian National Financial System is actually one of the world's most advanced and pragmatic financial systems, the Brazilian legal system, most notably the Constitution from 1988, completely ignores the underlying financial theory.

In this work, we make a brief introduction to CAPM with its both theoretical and practical implications, showing how the financial and economic reality is brutally overshadowing several legal instru-

ments, including many constitutional principles and dispositions. We also study how several Brazilian institutions, specially the judicial system, are dealing with or ignoring conflicts resulting from this supraconstitutional financial system.

ANISTIA E MEMÓRIA NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL:

UMA ANÁLISE DOS JULGAMENTOS DA ADPF 153
E DO CASO GOMES LUND V. BRASIL

Ana Carolina Rezende Oliveira¹

Mariana Rezende Oliveira²

As decisões contrapostas acerca da Lei de Anistia brasileira proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) evidenciam uma disputa pela memória, ou seja, pela construção de discursos históricos a respeito da transição política brasileira. Na ADPF 153, o voto do Relator Ministro Eros Grau sustenta-se no entendimento da anistia decorrente de um acordo político que legitimou a transição conciliada e o conflito em torno da memória fica evidente quando o Ministro questiona aquilo que chama de uma tentativa de reconstruir a História.

O discurso de uma transição conciliada foi construído sob os pilares da negação da existência de vítimas por meio da tese de um confronto justo entre duas partes, da defesa do esquecimento para lidar com o passado e da garantia da impunidade através da Lei de Anistia. Estabelecido durante o regime militar, esse conceito de anistia permaneceu dominante mesmo após a redemocratização, sustentado pelo Poder Judiciário brasileiro.

Na contramão, as decisões proferidas pela CIDH ao julgar leis de anistia de diversos países latino-americanos consolidaram o entendimento de que leis de autoanistia são incompatíveis com as determinações da Convenção Americana de Direitos Humanos porque caracte-

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/FND/UFRJ), BRASIL; pesquisadora do Grupo de Pesquisa sobre Epistemologia Aplicada aos Tribunais (GREAT/UFRJ); bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). E-mail: acarolina.rezende@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), BRASIL; pesquisadora do Centro de Estudos em Justiça de Transição (CJT/UFMG); estagiária da Comissão da Verdade do Estado de Minas Gerais (COVEMG). Email: mariana.rezende.oliveira@gmail.com.

rizadas por um contexto de grande concentração de poder pelo Estado, dificultando a contestação por meio da invisibilização das vítimas. No caso brasileiro não foi diferente. A CIDH acrescentou ainda que, independente do caráter de autoanistia ou acordo político, há incompatibilidade da lei em relação à Convenção uma vez que garante impunidade a graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar.

Ressalta-se que o mote da impunidade e do esquecimento foi repetido com diferentes graus de aceitação e intensidade nos países do Cone Sul que passaram por ditaduras. Entretanto, países como Chile, Argentina e Peru obtiveram respostas judiciais mais apropriadas diante das condenações pela CIDH, superando o viés do esquecimento e permitindo, para além de perseguições penais dos violadores de direitos humanos, um tratamento adequado da memória sobre esse período histórico.

No caso brasileiro, o conceito de anistia enquanto liberdade e reparação desvelou-se em diferentes matrizes. Defendido pela sociedade civil na década de 1970, seguiu desenvolvendo-se durante a democratização. Manifestações como a redação do artigo 8^a do ADCT contrapondo-se à redação da Lei de Anistia promulgada em 1979, além do surgimento do programa de reparações às vítimas, da Comissão Especial de Mortos e Desaparecidos Políticos e da Comissão de Anistia, ocorridas antes dos citados pronunciamentos judiciais, evidenciam o papel da memória na reapropriação do passado e na ruptura com o discurso do esquecimento forçado.

Assim, considerando a interdependência dos pilares memória, justiça e verdade na justiça de transição, o discurso adotado pelo STF revela-se problemático, pois impede a perseguição penal dos perpetradores de violações de direitos humanos, contrariamente à condenação da CIDH no caso Gomes Lund e ao movimento de transição ocorrido nos demais países latino-americanos. Além disso, no contexto de um constitucionalismo global, o debate é pertinente porque a perseguição em nível internacional e doméstico é parte de uma tendência inter-relacionada no sentido de maior responsabilização de crimes contra os direitos humanos, no processo que Kathryn Sikkink chama de *Justice Cascade*.

Considerando que as políticas de garantia do direito à verdade e à memória no Cone Sul são afetadas por uma influência regional múltipla, nota-se que a ADPF 153 vai de encontro aos esforços pelo resgate histórico e memorial das atrocidades cometidas durante as ditaduras latino-americanas, reafirmando a dificuldade da corte constitucio-

nal brasileira em lidar com as normas internacionais.

A partir de Ricouer e da memória que é simultaneamente matriz da história e canal de reapropriação do passado, o artigo propõe que somente uma abordagem crítica das disputas pelo conceito histórico de anistia será capaz de romper com a impunidade decorrente do discurso de transição política controlada. Por meio de levantamento bibliográfico e documental da jurisprudência da CIDH, em análise comparativa com o acórdão da ADPF 153, pretende-se demonstrar que a reafirmação do discurso de acordo político é um empecilho aos esforços para a efetivação da justiça de transição brasileira, bem como dos demais países do Cone Sul.

DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO CONTEMPORÂNEO E TRIBUNAL CONSTITUCIONAL INTERNACIONAL:

FETICHISMO INSTITUCIONAL E REIFICAÇÃO DE
ESTATUTOS JURÍDICO-POLÍTICOS NACIONAIS

Arthur Roberto Capella Giannattasio¹

O projeto de construção de um constitucionalismo global em torno de uma comunidade internacional de princípios pode ser exemplificado contemporaneamente pela proposta da criação de um Tribunal Constitucional Internacional incumbido de preservar regimes jurídicos constitucionais nacionais.

Segundo essa perspectiva, um Tribunal Constitucional Internacional seria o último nicho de resistência da proteção de direitos fun-

¹ Doutor em Direito Internacional e Comparado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD/USP) - Largo São Francisco. Professor Doutor em Tempo Integral (Direito Internacional Público, Metodologia da Pesquisa Jurídica e Sociologia do Direito) da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie - *Campus Higienópolis* (São Paulo) e Professor Convidado (Metodologia da Pesquisa Jurídica) do Programa de Pós-Graduação *lato sensu* (GV*law*) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Brasil, 1147031@mackenzie.br.

damentais e da Democracia nos Estados nacionais. Com efeito, ele (i) perpetuaria internamente o Estado de Direito, e (ii) afastaria projetos políticos nacionais que eliminassem a competição política e as regras do jogo Democrático. O objetivo desse projeto consiste em atribuir ao Direito Internacional o papel de garante externo final de regimes jurídicos nacionais não-ditatoriais, por operar como órgão internacional de vigilância de eventual captura anti-democrática das instituições jurídico-políticas nacionais.

A partir de uma releitura interdisciplinar do instituto jurídico da autodeterminação dos povos baseada na dialética negativa da Sociologia Crítica de Theodor Adorno e na Filosofia Política de Claude Lefort, este artigo desenvolve uma crítica em torno de um Tribunal Constitucional Internacional. Para tanto, utiliza-se um método qualitativo de análise documental centrado em revisão bibliográfica que aproxima (i) o repertório crítico adorniano e (ii) a discussão lefortiana sobre formas jurídico-políticas da sociedade (iii) da Dogmática Jurídica Internacional.

Com isso, será possível apontar a dialética civilizacional subjacente ao discurso de criação de um Tribunal Constitucional Internacional que, por sua vez, também macula o projeto de realização de um constitucionalismo global.

O Direito Político opera internamente como uma forma normativa determinada de instituição da convivência simultânea, plural e tensa dos diferentes na cena pública. A definição da qualidade do estatuto político (monárquico ou republicano, democrático ou não-democrático, entre outras) a ser formatado por arranjos jurídicos nacionais resta resguardada, pelo Direito Internacional Público, aos povos imediatamente imbricados com a vida pública em seu Estado. A preservação da condição imanente de projetos políticos nacionais é a característica fundamental do Direito Internacional Público, o qual tradicionalmente se recusa a ditar os caminhos jurídico-políticos a serem assumidos por cada Estado.

Nesse sentido, afirmar que, por meio de um Tribunal Constitucional Internacional, o Direito Internacional Público tem a missão de assegurar o cumprimento de características bases de uma ordem democrática, consiste em atribuir de antemão apenas ao plano externo a possibilidade de escolha pré-determinada e unilateral da forma jurídico-política a ser adotada pelos Estados. Essa transcendentalização de constituições desenraíza os povos e suas instituições jurídico-políticas de seus próprios processos de autodeterminação, na medida em que (i)

promove (a) a fetichização de um determinado tipo de instituição jurídico-política, e (b) a reificação dos estatutos jurídico-políticos de cada Estado, uma vez que (ii) elimina o processo dialético civilizacional inerente a cada povo de auto-compreensão ético-política e, com isso, (iii) retira a historicidade do movimento de afirmação política de formas jurídicas por cada povo, negando-lhes a possibilidade de regerem por si sós suas próprias Histórias.

Será possível compreender, por fim, que a aposta no modelo de Tribunais Internacionais para a preservação de ordem constitucional interna e a proposta de criação de um constitucionalismo global hipostaziam o Direito Internacional Público com expectativas desassociadas de sua missão tradicional de operar como caixa de ferramentas para a criação e a manutenção de um regime de convivência não-armada entre diferentes povos. Com isso, atribui-se-lhe uma missão que o desvia de sua rota originária, e que, por isso, o insere em determinado discurso civilizatório que apenas tende a desqualificar o papel do Direito Internacional Público na contemporaneidade.

EM BUSCA DE UM CONSTITUCIONALISMO GLOBAL:

REVISITANDO O DIÁLOGO ENTRE TRIBUNAIS INTERNACIONAIS E JUÍZES NACIONAIS

Camilla Capucio

Embora a aplicação da ideia de constituição ligada à sociedade internacional não seja recente (VERDROSS, 1926; SCHELLE, 1933; SCHWARZENBERGER, 1955; TOMUCHAT, 1993), a sua utilização tem sido desenvolvida pela doutrina nas últimas décadas, como um paradigma de substituição à ordem internacional estatocêntrica, e em contraposição à corrente fragmentária, revisitando, assim, a unidade e a coerência como pilares do sistema jurídico internacional (VANAACKEN, 2009).

A prescindir das diferentes nuances capturadas por cada autor, a perspectiva do constitucionalismo aplicado à esfera transnacional traz implícita a crença no Direito, não apenas em âmbito interno mas em seu

escopo global, como um instrumento universalizante de transformação da realidade internacional e de concretização de valores e interesses comunitários.

Naturalmente, não se trata simplesmente de transpassar o conceito de “constituição” à uma escala superior, é necessário vislumbrar sua acepção como uma instituição de racionalidade transversal entre o direito e outro sistema social relativo à uma dada comunidade (NEVES, 2013), estudando o fenômeno em suas características próprias no ambiente global, e em suas dimensões descritiva e prescritiva (PETERS, 2009).

Nesta perspectiva, o conceito de “constitucionalismo” no Direito Internacional se conecta à implementação do império do direito (*rule of law*) na ordem jurídica internacional (FERRAJOLI, 2003) como um sistema hierárquico de normas e princípios axiológicos, reconhecendo inclusive uma conexão direta com a noção de *tottus orbis* empregada desde os primórdios por Francisco de Victoria (MAROTTA RANGEL, 1993).

Tal noção englobaria, simultaneamente, uma dimensão material, como um conjunto de princípios jurídicos de importância primária para a sociedade internacional, e uma dimensão institucional, através da designação de órgãos e definição de suas competências (DUPUY, 1997).

Seja sob o aspecto material ou sob o aspecto institucional, a interconexão entre os Tribunais Internacionais e sua relação com os órgãos judiciais nacionais - em especial por meio de seus julgados - é temática necessária para o desenvolvimento da ideia de constitucionalismo global.

Acerca da multiplicação de órgãos judiciais internacionais, é possível vislumbrar que o aumento quantitativo desses órgãos veio acompanhado de uma significativa expansão e transformação de sua natureza e competência, de modo a incluir crescentes níveis de compulsoriedade em sua jurisdição e abarcar inclusive disputas que tenham entidades não estatais como parte, o que exige de maneira mais intensa o estreitamento das relações entre eles e com os sistemas jurídicos nacionais. (ROMANO, 1999)

Contudo, se a criação de Cortes e Tribunais Internacionais é aspecto inegável de transformação da realidade internacional nas últimas décadas, a sua proliferação tem gerado preocupações quanto ao relacionamento harmônico das diversas instâncias com diferentes escopos temáticos e geográficos.

As Cortes e Tribunais Internacionais possuem relevância crescente no sistema jurídico internacional, uma vez que são agentes institucionalizados de interpretação e aplicação do Direito Internacional, para além da vontade primária dos Estados. Seu florescimento, assim, não necessariamente possui um efeito deletério no sistema jurídico internacional, podendo constituir-se como um fenômeno de expansão da aplicação do Direito Internacional a um número maior de conflitos, ampliando o acesso à justiça e fornecendo oportunidades de desenvolvimento do Direito Internacional sem ameaçar sua legitimidade. (CHARNEY, 1998)

O surgimento de Cortes e Tribunais internacionais deve, portanto, ser vislumbrado não como evidência de fragmentação ou compartimentarização do Direito Internacional, mas como sinal de seu amadurecimento e de prevalência do *rule of law* na sociedade internacional. A concretização judicial dos direitos e obrigações internacionais reduz a arbitrariedade e o jogo de poder nas relações internacionais, sendo simultaneamente a oportunidade de construção de uma verdadeira comunidade internacional.

É possível identificar na realidade internacional, por outro lado, uma crescente insfluência do direito interno e de suas instituições – dentre elas principalmente as judiciais – na concreção do Direito Internacional (BURKE-WHITE, 2003). Embora caiba, portanto, uma maior participação dos juízes nacionais enquanto “vocalizadores da justiça”, o exercício do constitucionalismo de diversos níveis pelos tribunais nacionais requer um complexo exercício hermenêutico, tendo em conta a responsabilidade de tais órgãos em preencher e determinar obrigações expressas em textos internacionais lacônicos, reconhecendo certa hierarquia no sistema jurídico internacional – derivada das categorias *erga omnes* e *jus cogens* – e aplicando o princípio da interpretação sistêmica (PETERSMAN, 2006).

Feitas essas breves considerações, o trabalho objetiva partir do constitucionalismo global como matriz conceitual justificadora e legitimadora do diálogo dos Tribunais Internacionais entre si e com os órgãos judiciais nacionais. Em perspectiva dialética, a observância de tal fenômeno – vislumbrado em sua perspectiva teórica e empírica – reforça o reconhecimento da pertinência e atualidade do constitucionalismo global como projeto para a comunidade internacional.

A IMPORTÂNCIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO CONSTITUCIONALISMO GLOBAL

Célia Teresinha Manzan¹

Norberto Bobbio², na definição emprestada à palavra Constitucionalismo, anota tratar-se de técnica jurídica pela qual é assegurado aos cidadãos o exercício dos seus direitos individuais e, ao mesmo tempo, coloca o Estado em condições de não os poder violar.

Presentemente, vige em nosso meio a *globalização*, de forma que a relação entre os Estados por questões sócio-políticas e culturais, tem se estreitado cada vez mais, caminhando para um compartilhamento a nível mundial, cabendo ao Direito o importante papel de regular essa relação integrada e interdependente entre os Estados que, ressalte-se, é deveras complexa.

Conjugando a essência das palavras Constitucionalismo e globalização, cultivamos o *Constitucionalismo Global*, cuja regulação/normatização coube ao Direito Internacional, registrando ter este por fito, a busca da *internacionalização dos direitos humanos fundamentais/sociais e individuais*, de forma ascendente, bem como, afiançar a paz mundial, respeitando, acima de tudo, a diversidade de interesses e autonomia dos estados.

A Conferência de Teheran³, ocorrida no ano de 1968, encampou

¹ Graduada em Direito pela UNIUBE – Universidade de Uberaba; Especialista em Direito Processual Civil, pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU/MG e em Direito Público e Filosofia do Direito, pela Faculdade Católica de Uberlândia/MG; Especialista em Direito Constitucional pela Università di Pisa/Itália; Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino de BAURU/SP; Membro da Associação Mundial de Justiça Constitucional; Membro da Associação Colombiana de Direito Processual Constitucional; Miembro Adjunto Extranjero de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional; Aluna regular do Curso de Doutorado Intensivo em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires – UBA/Argentina; Servidora Pública Municipal com atuação na Advocacia Consultiva-Administrativa da Procuradoria Geral do Município de Uberaba – PROGER, Advogada. Residente no Brasil. E-mail: celiamanzan@gmail.com

² BOBBIO, Norberto; Dicionário de política. Tradução de João Ferreira. Brasília: Editora UnB, 1986. p. 120.

³ http://www.tc.gob.pe/portal/servicios/tratados/uni_ddhh/instru_alca_gene2/teheran.pdf, consulta realizada em 01/10/2015.

em seu texto a *indivisibilidade* e a *interdependência* dos direitos humanos, ficando, ainda, estatuído no item 5 da Declaração/Programa de Ação da Conferência Mundial de Direitos Humanos (de Viena/1993), que a comunidade internacional deve tratar os ***direitos humanos de forma global***, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como, diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e *proteger todos os direitos humanos* e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Na órbita jurídica interna, as Cartas Constitucionais são aquelas que primeiramente têm abrigado a maior proteção da vida humana. Num contexto macro/Global, os indivíduos passam a ser sujeitos de direitos internacionais. Neste toar, não podemos olvidar que a soberania estatal fica relativizada/limitada a *princípios internacionais* e a um *Constitucionalismo Global*. Luigi Ferrayoli⁴ anota que a soberania deixa de ser, com eles, uma liberdade absoluta e selvagem e se subordina, juridicamente, a duas normas fundamentais: imperativa da paz e a *tutela dos direitos humanos*.

Além do resguardo dos direitos humanos nas Cartas Federais Internas, nos deparamos com os ***Tratados Internacionais que contemplam os Direitos Humanos Fundamentais/Sociais*** e que, sobremaneira, vêm contribuir para a universalização dos direitos e normas rumo ao *Constitucionalismo Global*, pois que, extremamente necessário, principalmente, por ofertar uma maior ***proteção aos direitos individuais*** e a consagração da paz.

Assim, o presente trabalho tem por objetivo nodal, destacar a importância dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos na trajetória da efetivação de direitos no Constitucionalismo Global que, anota-se, também, de relevante importância a regulamentação deste ante a premente necessidade de evolução constante da Proteção dos Direitos Humanos.

⁴ FERRAJOLI, Luigi. A Soberania no Mundo Moderno. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39-40

LA DIALÉCTICA DE RESISTENCIA COMO PRINCIPIO AUXILIAR DEL DISCURSO DEMOCRÁTICO EN LOS ESTADOS PLURINACIONALES

Daniela Recchioni Barroso¹

Luciana Cristina de Souza²

Los Estados plurinacionales incluyen muchas matrices con cualidades sociopolíticas, con el objetivo de incluir en el debate constitucional democrático los diferentes pueblos - naciones – que se difieren de la concepción tradicional de la ley que homogeneiza la idea de “nación” en el predominio de un paradigma dominante que se convierte en la referencia político y filosófico que guía el desarrollo de las normas jurídicas y también la toma de decisiones del gobierno (Magalhaes TABLAS, 2012; Tapia, 2007). El reconocimiento de las nacionalidades es central para incluir las minorías sociales y posibilitar un debate público abierto a estos grupos que se quedan apartados de sus participaciones eficaces en la democracia, lo que se torna posible la efectividad de las normas constitucionales (Hesse, 1991), especialmente en los países latinoamericanos que en las últimas décadas tuvieron una experiencia de libertad post-dictatorial y han redefinido el papel de los ciudadanos en la construcción de la Constitución.

Una vez que el reconocimiento de la plurinacionalidad desafía el paradigma estatal convencional, es importante invocarse nuevos principios constitucionales que armonizan con la nueva concepción del Estado, la democracia, la participación y la ciudadanía. Por eso, se recurre al principio de la capacidad de recuperación del estado (SOUZA, 2015) como un valor a ser

¹ Maestro en Derecho Público por la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais; Experto en Proceso Civil pela Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais; Profesora de Derecho Procesal Civil em la graduación y pos de la Faculdade de Direito Milton Campos; Brasil; E-mail: danirecc@gmail.com

² Doctorado en Derecho por la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais; Maestro en Sociología por UFMG; Investigadora CNPq y FAPEMIG; Profesora de Derecho Constitucional en la Faculdade de Direito Milton Campos; Brasil; E-mail: dralucianacsouza@gmail.com

defendido en el marco de los cambios políticos resultantes de los últimos años de lucha social. De acuerdo con este principio, el Estado tiene que mantener una estructura formal que constituye su núcleo esencial de la experiencia y también debe tener la capacidad política y jurídica de cambiar la estructura existente y disponible para los ciudadanos para una acción eficaz en los temas de la agenda social.

Se puede decir que, de acuerdo con Jürgen Habermas, esto puede ser dicho como la necesidad de buscar medios éticos de una comunicación entre la esfera pública y los procedimientos establecidos por el Estado para la participación pública en los procesos de toma de decisiones (Habermas, 2003). Sin embargo, invocando el principio de la capacidad de recuperación del Estado, eso no asume procedimientos institucionalizados para la apertura al diálogo, pero la capacidad de acción de sociedad civil ante el Estado como coautor del conjunto de los valores que constituyen el paradigma político y filosófico de las normas fundamentales, porque sólo así pueden los ciudadanos reconocerlos.

Acerca de los Estados Plurinacionales y su capacidad de recuperación (adaptación a los nuevos retos por imposición de los contextos culturales y sociales) se evidencia con mayor fuerza, una vez que el desarrollo de las normas constitucionales en un escenario multicultural depende del reconocimiento de la coexistencia de diferentes pueblos. Antes del debate sobre los procedimientos, hay los debates sobre la aplicación de la Constitución, así como los procesos formales que están diseñados en el modo deliberativo general y antidemocrático, con poco o ningún valor a las otras identidades de los ciudadanos que tienen una multiplicidad de valores que componen el espacio social. En este sentido, no se puede pasar por alto la experiencia de algunos países como Bolivia y Ecuador, que han establecido en sus textos constitucionales, la implementación de un Estado Plurinacional.

El Latino America, después de un largo período de dictadura, algunos países mostraron abiertos a una democracia participativa y la preservación de los valores vinculados a la multiculturalidad y una mayor participación de la sociedad civil a través de un discurso dialógico.

Por otra parte, es evidente que el Estado Moderno em Latino America fue creado sin estar allí cualquier interacción com la cultura preexistente. En el proceso vivido em Latino America, la

identidad de los pueblos indígenas no se fue tolerada, ni acepta en el nuevo concepto creado de nacionalidad. Los pueblos originales fueron completamente excluidos de la construcción del proceso de una nación latinoamericana.

Así, la ausencia de el sentimiento de inclusión y nacionalidad, tiene como consecuencia la exclusión y la falta de participación del pueblo con el fin de minimizar o erradicar la participación de la sociedad civil en el proceso de democratización. Por lo tanto, el Estado Plurinacional busca la preservación del multiculturalismo y una mayor actuación de la sociedad civil a través de una democracia dialógica, participativa y consensual.

O DIREITO AO USO DA FORÇA NA FORMAÇÃO DE UMA COMUNIDADE INTERNACIONAL DE PRINCÍPIOS: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO E RECONSTRUÇÃO CRÍTICA

Davi José de Souza da Silva¹

Após a II Guerra Mundial uma nova ordem internacional passou a ser construída com base no incremento da institucionalização das organizações internacionais, com a fundação da Organização das Nações Unidas em 1945 e outras entidades internacionais, e (b) com a formulação, implementação e verificação de uma política internacional de direitos humanos, vide desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 até as últimas convenções sobre meio ambiente e

¹ Doutorando em Filosofia pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC, onde desenvolve pesquisa intitulada “A Legitimidade das Intervenções Humanitárias em Michael Walzer, John Rawls e Jürgen Habermas”. Bolsista CAPES DS. Doutorado Sanduíche em 2014 no Justitia Amplificata Centre da Goethe Universität - Frankfurt am Main. Brasileiro. Membro do GT Teorias da Justiça da ANPOF. Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará – UFPA. Professor de Ciência Política e Teoria do Estado da Faculdade de Castanhal – FCAT, Pará, Brasil. Para informações sobre seu trabalho e pesquisa ver: Currículo Lattes, <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4294177A3>, e Academia.edu <https://ufsc.academia.edu/DaviSilva>. Para contatos: davisilva.adv@gmail.com.

sustentabilidade. No centro dessa mudança está a regulação do uso da força, não mais de exercício exclusivo dos Estados-membros das Nações Unidas, mas, primariamente, do ponto de vista legal, um direito que demanda a avaliação, autorização e execução com a aprovação da ONU. Porém, a Carta das Nações de 1945 ainda deixou no poder dos seus Estados-membros a possibilidade da ação unilateral em casos de legítima defesa, na forma do art. 51 da Carta das Nações Unidas. Após o 11/09, a assim denominada Guerra ao Terror colocou o mesmo direito em evidência: poderia ser a legítima defesa preventiva? Os Estados-membros das Nações Unidas preservariam o seu direito de agir em legítima defesa sem a participação da Organização das Nações Unidas? Sobre este problema duas abordagens oferecem distintas respostas: (1.) uma primeira denominada *restritivista* defende que o art. 51 deve ser lido como uma exceção ao uso coletivo da força administrado pela ONU com base em dois fundamentos: os Estados-membros com a Carta das Nações renunciaram ao uso primário da força (contratualismo-voluntarista) sendo a melhor leitura aquela que se atém ao formalmente às suas disposições procedimentais (formalismo procedimental). Assim, os Estados-membros renunciaram ao direito exclusivo do uso da força, mesmo em legítima defesa, sendo devido seu exercício na forma de uma ação de responsabilidade coletiva por parte de todos os membros da ONU, sobretudo pelos procedimentos de responsabilidade do Conselho de Segurança, determinados pelos dispositivos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas; (2.) por sua vez, uma segunda corrente denominada *ampliativista* defende que as determinações do art. 51 da Carta das Nações Unidas devem ser interpretadas à luz dos propósitos das Nações Unidas em consonância com os demais dispositivos da Carta das Nações (*pragmáticos-teleológicos*), bem como na alegação de que os Estados-membros, mesmo com a Carta das Nações, preservaram seu direito inato à legítima defesa fundado no costume internacional (*source's theory of international law*). Em face deste debate, o presente artigo levanta as seguintes hipóteses: (I) a divergência entre *restritivistas* e *ampliativistas* sobre como compreender o art. 51 da Carta das Nações Unidas é um problema que pode melhor ser aclarado com base nos ganhos teóricos proporcionados pela jurisprudência analítica sobre o conceito de direito e adjudicação. Nesse caso a clarificação do problema poderia ser feita estabelecendo as devidas pontes entre este problema do direito internacional em dois pontos: (I.a.) na investigação sobre quais práticas são relevantes para a determinar a natureza do direito e (I.b) como se pode/deve interpretar um dispositivo legal.

Assim, respectivamente os debates Positivismo (Hart, Raz e Shapiro)/ Interpretativismo (Dworkin) Originalismo/ Interpretativismo podem ajudar na clarificação do problema entre os internacionalistas. (II) A segunda hipótese denomino como interpretação crítica: defenderei que ainda que se adote os ganhos da jurisprudência analítica sobre como interpretar o art. 51 da Carta das Nações Unidas, tal interpretação não pode renunciar ao problema da assimetria e abusos de poder entre os Estados que compõem a Organização das Nações Unidas. Para isso retomarei posições de Jürgen Habermas, dentre as quais, aquela que nos informa que a constitucionalização do direito internacional é tanto uma forma de estruturação do poder quanto limitação aos abusos do Sistema Westphaliano de 1648. Com a primeira hipótese pretendo clarificar como interpretar o art. 51 da Carta das Nações Unidas, com a segunda demonstrar que sem a devida crítica das relações de poder na interpretação de tal direito, a legítima defesa pode se tornar uma legalidade que, ao invés de acompanhar a lógica interna da formação, estruturação e limitação do poder, passa a sustentar um estado legal de abuso e violência do poder institucionalizado.

O NEOCONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

*Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto*¹

*Kelly Cristina Canela*²

O objetivo do presente trabalho é compreender as características do novo constitucionalismo presente na América Latina, bem como compreender suas futuras perspectivas regionais e em âmbito global. O neoconstitucionalismo latino americano ou andino representa uma reação ao constitucionalismo liberal, sendo uma corrente fielmente coerente ao neoconstitucionalismo no que diz respeito aos seus pressupostos e finalidades. É um exemplo de autonomia do pensamento jurídico latino americano e da sua relevante contribuição para a reflexão mundial acerca igualdade de dignidade das diferentes culturas e po-

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Campus de Franca, Brasil. E-mail: felipe.acan@franca.unesp.br

² Professora Doutora do Departamento de Direito Privado da Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (UNESP), Campus de Franca, Brasil. E-mail: kellyccanela@gmail.com

vos, da sustentabilidade socioambiental, bem como de uma revisitação da soberania popular, reconhecendo maior participação aos cidadãos e às sociedades civis organizadas. Trata-se de uma corrente doutrinária em configuração, sendo fruto não de uma longa formulação acadêmica, mas sim de reivindicações de grupos sociais que buscam não apenas a sua integração, mas o reconhecimento da sua dignidade. Objetiva-se a superação do colonialismo e a concretização de um Estado multiétnico num movimento de globalização contra-hegemônica, na expressão de Boaventura de Sousa Santos. Este novo constitucionalismo da América Latina fica definitivamente configurado através do advento das Constituições do Equador, de 2008 e da Bolívia, de 2009. As bases do novo constitucionalismo da América Latina já estavam lançadas desde a década de 90 em outros países da região, mas tais Constituições representaram um avanço relevante neste contexto. Algumas das características do neconstitucionalismo andino são: comprometimento com a redução das desigualdades sociais, consolidação da democracia material (participação popular na tomada das decisões), em detrimento da formal, originalidade, modelo socioeconômico fundado no bem viver, Estado plurinacional, diversidade étnica, cultural e social, desenvolvimento e sustentabilidade socioambiental, alta complexidade e amplitude dos textos constitucionais (os textos constitucionais do Equador e da Bolívia possuem, respectivamente, 444 e 411 artigos). O art. 275 da Constituição do Equador indica que o desenvolvimento sustentável garante a realização do bem viver (*Sumak Kaway*), sendo pressuposto deste a efetividade dos direitos das pessoas, povos, comunidades e nacionalidades, bem das suas responsabilidades no que tange ao respeito das diversidades e da convivência harmônica com a natureza. Consoante o Preâmbulo constitucional equatoriano, para alcançar o bem viver, é preciso uma convivência cidadã fundada na diversidade e harmonia com a natureza (*Pacha Mama*). Já o Preâmbulo da Constituição da Bolívia indica como um dos seus objetivos a superação do Estado colonial, republicano e neoliberal, e a construção coletiva de um Estado Unitário Social de Direito Plurinacional Comunitário. Cabe destacar, ainda, a previsão, nestas duas Constituições, do exercício de funções jurisdicionais por autoridades de comunidades, povos e nacionalidades indígenas, com fundamento nas tradições ancestrais e no respeito à ordem constitucional (art. 171 da Constituição do Equador – *Justicia indígena* – e art. 190 da Constituição da Bolívia – *Jurisdicción indígena originaria campesina*). Desta forma, busca-se, uma ordem jurídica que tutela a biodiversidade e a sociodiversidade, a superação do Estado de

bem estar social para a implantação de um Estado do bem viver. Apresenta-se, como referencial teórico desta pesquisa, as obras de Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínéz Dalmau, docentes da Universidade de Valência, Espanha. Este trabalho será realizado através dos métodos histórico, dedutivo, dialético e comparativo.

A ÉTICA UNIVERSAL ARISTOTÉLICA E A CULTURA UBUNTU APLICADAS À SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS

Fernanda Araujo Rabelo

“Uma pessoa é uma pessoa por meio de outras pessoas. A minha humanidade está envolvida em sua humanidade”. (Filosofia Ubuntu)

Em virtude da observância das recentes agressões aos direitos humanos em decorrência do tratamento dispensado aos refugiados de países em guerra civil, vislumbrou-se a necessidade de repensar ideologias que culminam para a aplicação de princípios e temáticas universais.

Para tanto, este trabalho baseia-se em marcos teóricos internacionais, buscando inspiração nos conceitos de justiça universal e de virtude trazidos por Aristóteles, uma vez que a diferença entre o homem justo e o homem virtuoso consiste no fato de que, enquanto aquele pauta suas atitudes na lei, este o faz por disposição de caráter, ainda que na ausência da norma.

Além disso, estuda-se a filosofia africana denominada Ubuntu, que preconiza a ideia da primazia da coletividade em detrimento do individualismo, indicando que a essência de um sujeito está indissociavelmente ligada à essência dos outros sujeitos e à toda comunidade. Levantada para dar origem a uma perspectiva singular sobre a ética e a dignidade humana, a cultura Ubuntu acredita na pacificação mundial a partir da disseminação de que o ser humano necessita trabalhar em

benefício do todo para o alcance do seu próprio prazer.

Em que pese estarem localizados em espaços temporais diferentes, a ética e virtude universais propostas por Aristóteles e a filosofia africana supracitada podem ser amplamente utilizadas para a efetiva resolução de conflitos universais atualmente gerados e para o estímulo à construção de uma nova perspectiva para as pessoas que abandonam suas famílias, suas culturas, seus trabalhos e seus países por ali não terem as mínimas condições de sobrevivência.

Destarte, vislumbra-se a possibilidade de adoção de tais filosofias e adequação do Direito Internacional com vistas a garantir a dignidade da pessoa humana, sua igualdade e liberdade e outros princípios fundamentais, bem como a consciência de que, embora a legislação nacional dite normas de conduta nas quais devem pautar seus homens, a essência do ser humano não está positivada em nenhum dos territórios. Talvez haja viabilidade de construção de um mundo mais igualitário se a filosofia for compartilhada por todas ou pela maior parte das nações. Talvez haja possibilidade de, a partir deste embrião filosófico, se possibilite a formação de um constitucionalismo global e uma comunidade de princípios internacional.

DISPUTA ENTRE ORDENS JURÍDICAS: EM BUSCA DA MAIOR EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Giovani Pontes Teodoro¹

Marcel Martins Torres²

No atual estado do desenvolvimento do Direito Constitucional e, principalmente, do Direito Internacional, questões tipicamente constitucionais, como a garantia dos direitos humanos, são alvo de preocupação de diversas esferas, não mais restrita ao âmbito estatal.

O desenvolvimento, consolidação, do Direito Internacional dos

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Email: giovani.teodoro@hotmail.com. Belo Horizonte/MG, Brasil.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Email: marcelmtorres@gmail.com. Belo Horizonte/MG, Brasil.

Direitos Humanos, após as atrocidades da Segunda Guerra Mundial, impactou as antigas concepções do direito constitucional e internacional, a antiga soberania estatal westfaliana foi relativizada e se pode visualizar a construção de diversos sistemas internacionais e regionais para a proteção dos Direitos Humanos. Esses sistemas compreendidos por organizações e cortes são aptos a criarem normas e dotados de competência jurisdicional para darem maior efetividade aos Direitos Humanos.

Neste contexto, observa-se a interação entre o direito constitucional, com ainda forte vinculação estatal, e esse sistema internacional, por tratarem de matérias semelhantes. Supremas Cortes nacionais assim como as Cortes Internacionais, por exemplo, são dotadas de competência para julgarem casos relativos aos Direitos Humanos, e muitas vezes, as cortes chegam a sentenças diametralmente opostas. Diante desse novo contexto, no qual ambas as cortes são dotadas de jurisdição obrigatória e costumam entrar em choque sem que haja uma hierarquia entre elas, as tensões devem ser solucionadas da melhor forma que garanta a efetividade dos direitos que são tutelados.

Diante disso, um conceito emerge, o transconstitucionalismo, trabalhado pelo jurista Marcelo Neves. Tal conceito aponta para o necessário diálogo constitucional, para que seja edificada uma racionalidade transversal entre as diversas ordens de forma tal que soluções mais adequadas sejam compartilhadas. Deve-se existir uma constante cooperação com o intuito de que as melhores respostas que surjam, independente da esfera, sejam utilizadas pelas demais. Desta maneira, nos problemas semelhantes, as soluções mais adequadas poderão ser empregadas, garantindo, assim, em matéria de proteção dos direitos humanos, a maior eficácia desses direitos.

Para a análise desta questão, um importante caso, que ainda é causa de controvérsias na doutrina, deve ser trazido. A Lei 6.683/1979, a lei da anistia, que permitiu a impunidade de perpetradores dos direitos humanos na ditadura civil-militar brasileira (1964-1985) é objeto de dissenso entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A primeira corte considerou tal dispositivo normativo como válido e afirmou a sua compatibilidade com a Constituição da República de 1988, já a corte interamericana, com jurisprudência consolidada no sentido de rechaçar autoanistias, afirmou a incompatibilidade de tal lei com a Convenção Americana de Direitos Humanos e determinou que o Estado brasileiro apure os casos de graves violações de direitos humanos.

As duas decisões são de 2010 e ainda hoje a lei da anistia vigora no país. Diante dessa tensão o STF foi novamente chamado a se manifestar, mas agora tendo como novo aspecto a ser levado em conta uma decisão de uma corte internacional sobre a matéria. O STF terá, então, a chance de, na busca da melhor solução para uma questão de garantia dos direitos humanos, manter um diálogo com a Corte Interamericana e adotar uma posição mais adequada, uma vez que a CteIDH possui precedentes e longas análises de casos semelhantes na América para os quais foi chamada a se posicionar.

Constata-se, portanto, que como diversos problemas estão sob a competência de distintas ordens jurídicas, algo muito comum na modernidade, estas estão em cooperação, mas também em disputa. Todavia, para a maior efetividade dos direitos humanos e, como aponta o jurista Marcelo Neves, para que o ponto cego do observador seja suprido, há a necessidade de um diálogo profícuo entre as ordens, sem que estas adotem um posicionamento extremo, seja de total abertura ao outro sistema ou o completo fechamento. No caso brasileiro em questão, o Supremo Tribunal Federal deve adotar uma postura de maior diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e não simplesmente ignorar o desenvolvimento do Direito Internacional e a jurisprudência de tal corte, que lidou com inúmeros casos das ditaduras latinoamericanas e suas autoanistias.

IUS GENTIUM:

A PRETENSÃO DE UNIVERSALIDADE DO IDEAL DE INTEGRIDADE

*João Vítor Nascimento Martins*¹

Em *Partly Laws Common to All Mankind: Foreign Law in American Courts* (2012), Waldron intenta demonstrar, por meio da análise de julgamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos, que toda sociedade é governada, em parte, por seu próprio sistema jurídico-constitucional,

¹ Doutorando e Mestre (Bolsista CAPES) em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. E-mail: joao_victormartins@hotmail.com

mas também, em parte, por um direito comum a toda a humanidade.

Segundo o autor, este direito pretensamente comum a toda a humanidade se trata de *ius gentium* – um consenso fundamental construído entre todos os povos. Pretende o autor demonstrar como as diversas cortes aprendem e compartilham discussões umas com as outras e como essa harmonização jurídica tem sido importante à medida que o mundo se torna mais globalizado (2012, p. 24).

O presente resumo sugere um necessário trabalho de análise dos pressupostos e da viabilidade desse pretensão caráter universal e cogente do *ius gentium*.

A utilização de direito estrangeiro, a partir dessa visão contemporânea de *ius gentium*, pode ser direta, com a invocação de uma lei estrangeira, ou mesmo com a menção a princípios ou doutrina estrangeiros. Uma terceira possibilidade é invocar o consenso que emerge das diversas constituições de diversos países. Um tribunal pode, ainda, levar em consideração precedentes não obrigatórios e dar-lhes o peso adequado (WALDRON, 2012, p. 29-31). É a essência da tese de que pode haver alguma virtude ou coerência (ou integridade) através das decisões dos diferentes tribunais, até mesmo para os tribunais pertencentes a diferentes jurisdições.

Há três valores que são alçados ao status de primordiais para lastrear esta pretensão normativa: os fundamentos do estado de direito; a previsibilidade; e a universalidade dos direitos fundamentais (2012, p. 120).

Waldron acredita que o jurista que procurou estudar este tema de forma mais profunda foi Dworkin, com o seu ideal de integridade, que sugere que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equanimidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade” (2010, p. 272).

O direito como integridade é, então, o resultado da interpretação da prática jurídica de forma construtiva, levando em consideração não somente as regras explícitas do direito, mas também os princípios que lhes fundamentam. O direito como integridade requer que os juízes entendam e defendam que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios acerca da justiça, da equanimidade do devido processo legal e que julguem cada caso levando buscando uma interpretação construtiva desses princípios (2010, p. 291).

Essa tese da integridade, para Waldron, reforça a ideia de que, mesmo no clima de desacordos que vivemos em sociedade, temos

consciência de que a nossa associação em comunidade em prol de determinados princípios se dá de forma coerente. O fato é que Dworkin trabalha essa ideia no nível de uma “comunidade de princípios”, enquanto Waldron assume a pretensão de ascendê-la ao nível global, no âmbito dos direitos humanos.

Waldron defende que temos que expandir o conceito de “comunidade de princípios” oferecido por Dworkin, focado “na ideia de uma comunidade de titulares de direitos fundamentais espalhada por todo o mundo” (2012, p. 138, tradução livre). O *ius gentium* seria, para Waldron, então, o resultado da preocupação com o ideal de integridade em um nível global.

Essa aplicação, entretanto, enfrenta ao menos dois problemas: o problema da coercibilidade – obrigação de legitimidade política que envolve o ideal de integridade em uma comunidade – e a densidade ou seriedade da ideia de comunidade na obra de Dworkin.

A primeira objeção apresentada a este pretenso status universal do ideal de integridade, consolidado no *ius gentium*, é o suposto caráter não democrático das decisões de cortes estrangeiras, já que elas se fundamentam em um sistema jurídico não criado e sequer submetido à vontade popular do país que a estiver recepcionando. A segunda objeção trata do *judicial review*. A terceira objeção perpassa pela suposta ilegitimidade política do *ius gentium*. A última objeção repousa sobre a ideia de soberania, que se resume no fato de o estado deter o poder soberano da jurisdição.

Essas objeções precisam ser enfrentadas, tanto na ótica waldroniana, quanto a partir da ótica dworkiniana, sobretudo aquela apresentada em seu artigo *A New Philosophy for International Law* (2013), se se pretende um constitucionalismo global.

JUS COGENS:**CLÁUSULAS PÉTREAS DA ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL**

Ludmila Mazoni Andrade Almeida¹

No plano internacional, as relações jurídicas entre os Estados são regidas pelo Direito Internacional. Tal regulamentação é uma necessidade global que se impõe com o objetivo de criar uma comunidade internacional justa e estável, distante do caos. Assim, esse conjunto de regras e princípios, de aplicação geral, relativos à conduta de Estados e Organizações Internacionais entre si – principais sujeitos internacionais dotados de personalidade jurídica – compõe um ordenamento limitador do poder soberano de atuação na esfera interestatal.

Contudo, não existe a princípio, diferentemente da ordem interna dos países, uma Constituição precisa e objetiva para a comunidade internacional, que abranja valores supremos e universais. Na prática, entretanto, os Estados, consagram princípios superiores e imprescindíveis que balizam suas relações contratuais e a concorrência de interesses particulares estatais.

Essas regras primárias, que visam o bem comum e manutenção da paz e da segurança internacionais, são chamadas de *jus cogens*. Consistem em preceitos essenciais, que devem ser respeitados em todos os atos vinculativos internacionais, seja por exemplo, um tratado, um costume ou mesmo uma declaração unilateral. Sua definição foi incorporada pelo artigo 53 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 e seu reconhecimento tem se efetivado através de decisões judiciais, tanto domésticas como internacionais, principalmente pela Corte Internacional de Justiça.

Constituem-se requisitos materiais, não expressos como fonte do Direito Internacional pelo principal dispositivo que a elenca, a saber, o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, o que fazem com que as normas *jus cogens* ocupem uma categoria *sui generis*. Exercendo a mesma função dos direitos e das garantias fundamentais den-

¹ Graduanda do curso de Direito, pela Universidade Federal de Minas Gerais e bolsista pelo Programa Jovens Talentos (CAPES/CNPq). Brasileira. Endereço eletrônico: ludmila.mazoni@gmail.com .

tro do ordenamento jurídico doméstico, essas normas têm sido objeto de estudo e debate pela Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas, formada por juristas renomados mundialmente.

Tal Comissão é fonte doutrinária muito relevante para a construção de uma teoria jurídica internacional coerente, possuindo como um dos seus objetivos incentivar o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional. Verifica-se que, apesar das as normas *jus cogens* serem circundadas por divergências acerca da delimitação de suas características - especialmente de seu conteúdo -, entende-se que elas possuem caráter público e inderrogável.

Há a predominância do interesse coletivo de toda a comunidade internacional, frente à autonomia da vontade estatal, e essa convergência de interesses não pode ser anulada por mero ato. A violação dessas normas imperativas oponíveis *erga omnes* ocasiona a nulidade do ato em contrário, deixando este de ser válido. Qualquer norma, anterior ou posterior, geral ou especial, teria sua aplicação afastada caso entrasse em contradição com uma norma imperativa, dotada de valor intrínseco superior.

Isso só é possível haja vista que tais normas imperativas salvaguardam direitos mais elementares pertencentes aos indivíduos, que compõem o Estado em última instância. Desse modo, são máximas cogentes do Direito Internacional, ocupando a mais alta posição em escala hierárquica em relação às demais fontes.

Como os artigos da Convenção de Viena de 1969 não definem substancialmente o *jus cogens*, este conceito permanece incompleto. Contudo, o conteúdo dessas normas emana, com certa influência da corrente jusnaturalista, de princípios de justiça que se pretendem universais e imutáveis. Há uma aproximação da concepção de direito natural, aplicável a todas as nações, dispondo de temas cujos valores éticos possuem consentimento geral universal.

Doutrinadores renomados e membros da CDI, por sua vez, elencam diversas normas por eles consideradas *jus cogens*, como por exemplo o princípio *pacta sunt servanda*, a proibição do uso da força ilegal, a proibição da agressão, o princípio da soberania dos recursos naturais, a proibição da poluição maciça da atmosfera ou dos mares, a preservação do meio ambiente, a proibição do tráfico de seres humanos, a proibição da tortura, a proibição da pirataria, a proibição do genocídio, a proibição dos atos qualificados como crimes contra a humanidade, o direito à autodeterminação dos povos, os princípios do

direito humanitário codificados nas Quatro Convenções de Genebra, princípios fundamentais dos direitos humanos – baseados na dignidade da pessoa humana, independente de raça, sexo, língua ou religião.

Portanto, o maior desafio do Direito Internacional para avançar a construção de uma ordem pública global é a identificação e a determinação das normas de *jus cogens*, ditames supraconstitucionais atualmente intangíveis no estabelecimento de obrigações interestatais. Elas versam campos doutrinariamente controversos, os quais não há um acordo inequívoco.

A especificação de seu conteúdo possibilitaria a criação de um documento de interesse público global, uma Constituição Internacional, que positivaria essas concepções primordiais, símbolos da lógica moral da nova ordem global a ser imposta. Sem sombra de dúvidas, compõem o núcleo elementar mais rígido que vem sendo substancialmente formado, de natureza única e inigualável, verdadeiras cláusulas pétreas do Direito Internacional.

A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E AS TRANSFORMAÇÕES DA SOBERANIA ESTATAL

*Pedro Henrique Borges Viana*¹

Desponta na comunidade internacional, após o término da Segunda Guerra Mundial, a preocupação com a construção de um sistema efetivo de proteção e afirmação de direitos humanos, e, concomitantemente, o debate acerca da necessária remodelação de conceitos tradicionais do direito internacional, com vistas a adequá-los a nova realidade global. Nesse sentido, a “humanização” do Direito Internacional² impactou, *inter alia*, o princípio basilar das relações internacio-

¹ Pedro Henrique Borges Viana, graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA), membro do Núcleo de Estudos em Direito e Relações Internacionais (NEDRI) e bolsista do Programa de Educação Tutorial Institucional (PETI Direito), Brasil, e-mail pedro.viana@hotmail.com.br.

² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *The Construction of a Humanized International Law*. Leiden: Brill-Nijhoff, 2014.

nais modernas, qual seja, a soberania estatal. Trata-se de uma categoria histórica, variável no tempo e no espaço. Desenvolvido durante o século XVI, pela obra de autores como Jean Bodin e Thomas Hobbes, o conceito de soberania absoluta, perpétua e originária, foi amplamente aceito na Europa e reproduzido mundialmente. Consagrou-se, assim uma noção política de soberania que expressava a ideia da plena eficácia do poder, de modo que ao poder soberano importava apenas ser absoluto, ilimitado, sendo sua legitimidade ou juridicidade algo totalmente irrelevante³. Mesmo em uma leitura estritamente jurídica, a soberania consolidou-se como uma concepção de poder, mas empregada para fins jurídicos, “o poder de decidir em última instância sobre a atributividade das normas”⁴, ou seja, a soberania quanto à própria jurisdição estatal. Esta concepção, contudo, não mais compreende a realidade internacional atual. A atuação estatal encontra limites jurídicos e institucionais, incompatíveis com uma aceção absoluta de soberania. A questão que se impõe neste trabalho é, portanto, entender como a “soberania” pode ser lida no contexto internacional contemporâneo, visto que ao mesmo tempo em que ela tem suas premissas constantemente postas em xeque, também permanece como parâmetro eminente das relações internacionais. A hipótese em que uma corte internacional de direitos humanos diverge de uma corte constitucional é simbólica para a compreensão da questão. Este foi o caso envolvendo a Lei da Anistia brasileira (Lei nº 6.683/79). O Supremo Tribunal Federal (STF) teve oportunidade de se pronunciar, ao julgar, por 7 votos a 2, improcedente o pedido da ADPF 153/2008. Na ocasião, o Supremo declarou que a Lei de Anistia não teria perdido a sua validade jurídica, de modo que os crimes praticados por militares com motivação política durante a ditadura foram anistiados, não podendo os seus autores serem processados ou condenados criminalmente. O julgamento teve como base o argumento de que a Lei de Anistia teria sido fruto de um intenso debate social e representou, em seu momento, uma etapa necessária ao processo de reconciliação e redemocratização do país. A CIDH, por sua vez, decidiu a questão de modo divergente ao julgar, oito meses depois do STF, o *Caso Gomes Lund e Outro vs. Brasil*. Na decisão, a Corte entendeu que “as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Con-

³ JO, Hee Moon; SOBRINO, Marcelo da Silva. Soberania no direito internacional: evolução ou revolução? Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, jul./set. 2004, p. 11.

⁴ *Ibidem*, p. 11.

venção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil”⁵. Quais os reflexos desta decisão da CIDH em face da do STF para a compreensão da noção de soberania estatal? A estrutura de cortes internacionais de direitos humanos constitucionalmente reconhecidas constitui uma evidência da incompatibilidade entre a soberania e a tutela internacional desses direitos? Seriam estes novos arranjos normativos e institucionais elementos transformadores da soberania ou desdobramentos de uma transformação já consagrada? Com os avanços da dimensão global da proteção de direitos humanos, surge a necessidade, por parte da comunidade internacional, de limitar a noção tradicional de soberania estatal, introduzindo formas de responsabilização quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas na tarefa de proteger os direitos humanos constitucional e internacionalmente assegurados⁶. A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações internacionais com base na prevalência dos direitos humanos, e submete sua jurisdição à Corte Interamericana de Direitos Humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos na noção de soberania, sobretudo em seu aspecto jurídico. Como afirma Valério de Oliveira Mazzuoli, “um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo”⁷. Com efeito, não se pode argumentar uma pretensa violação da soberania a partir do cumprimento da decisão da CIDH em face da decisão do STF, na medida em que a soberania deve ser entendida como prerrogativas estatais reconhecidas pelo Direito Internacional. É no Direito Internacional, portanto, que a atuação estatal encontra seus limites, não como uma afronta a sua soberania, mas como um corolário desta.

⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: direito à vida, anistia e direito à verdade. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Prol Editora, 2014, p. 293.

⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 67.

⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos. Revista de informação legislativa, v. 39, n. 156, out./dez. 2002, p. 172

O DESEMPAREDAMENTO TERRITORIAL DO DIÁLOGO ENTRE JUÍZES: O TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS

Rosa Francisca Rocha Montenegro Leal¹

Tairla Maria Aragão Pimentel²

O presente trabalho visa estudar a ocorrência do fenômeno alcunhado “diálogo entre juízes”, que vem sendo exaustivamente estudado hodiernamente na seara constitucional-internacional, tendo em vista que tal fenômeno implica na “incorporação de argumentos extraídos de decisões no âmbito global, seja aquelas proferidas em tribunais estrangeiros ou em cortes de jurisdição eminentemente internacional” (RABAY, ano, p.3), sendo capaz, portanto, de transmutar o texto constitucional, o que evidencia ainda mais a importância de seu estudo.

De acordo com Piovesan (2009), foi a partir de 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que se intensificou o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, com o intuito de restabelecê-los como paradigma e protótipo ético devido às barbaridades cometidas durante a guerra. Desta forma, tal processo de universalização permitiu a formação de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que é integrado por tratados internacionais de proteção que refletem, especialmente, a “consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos, na busca da salvaguarda de parâmetros protetivos mínimos” (PIOVESAN, 2006, pag. 19).

Esse processo de universalização promoveu a mitigação de barreiras, proporcionando mudanças de cunho social, cultural e jurídico, que deram origem, neste novo contexto pós-guerra, a um fenômeno que busca o “entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, tanto estatais

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, Brasil.
E-mail: rosafranciscarmil@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, Brasil.
E-mail: tairlamaragao@gmail.com

como transnacionais, internacionais e supranacionais” (Neves, 2009, p. 01). Este novo paradigma é caracterizado pela coexistência de competências contenciosas no plano nacional e internacional, ou seja, o Estado tem seu monopólio de fabricação e aplicação do direito cingido, à medida que surgem novos atores (tribunais internacionais, sistemas internacionais de proteção a direitos humanos, organizações internacionais) com significantes papéis na construção e proteção de direitos. Logo, no sentido de promover a harmonização entre esses sistemas, Marcelo Neves (2009) atenta, em sua obra, para um fenômeno chamado transconstitucionalismo, que tem como proposta central promover a busca por uma convivência cooperativa entre as perspectivas jurídicas nacionais e internacionais, ressaltando-se um ideal de aceitação e pluralidade, promovendo, desta forma, um diálogo jurídico entre as várias instâncias decisórias. Em suas palavras,

o caminho mais adequado em matéria de direitos humanos parece ser o ‘modelo de articulação’, ou melhor, de entrelaçamento transversal entre ordens jurídicas, de tal maneira que todas se apresentem capazes de reconstruírem-se permanentemente mediante o aprendizado com as experiências de ordens jurídicas interessadas concomitantemente na solução dos mesmos problemas jurídicos constitucionais de direitos fundamentais ou direitos humanos (NEVES, 2009, p. 264).

De fato, a interação entre as cortes judiciais, principalmente no ocidente, tem se expandido cada vez mais, acontecimento que pode ser constatado através do emprego assíduo de precedentes judiciais internacionais pelas cortes de outros países na fundamentação de suas decisões judiciais. Podemos inferir, portanto, que “a internacionalização do diálogo dos juízes é compreendida como sendo a manifestação do desemparedamento territorial do diálogo” (BURGORGUE-LARSEN, Laurence, 2010, p. 263), ou seja, é a intensificação da interação e do intercâmbio de jurisdições entre cortes, que culminou na difusão da invocação de precedentes transnacionais em tomadas de decisões jurisdicionais locais, possibilitando a formação de uma “comunidade global de cortes” (SLAUGHTER, 2003).

No Brasil, conforme exorta Varella (2013), é possível perceber que os padrões de proteção aos direitos fundamentais e aos direitos humanos estabelecidos por cortes internacionais contribuíram para a releitura de diversos casos no judiciário nacional, vencendo bloqueios

tradicionais no plano legal e operacional doméstico, como por exemplo, a Lei Maria da Penha, resultado de um diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e o STF, constatando-se, então, a adoção de interpretações da CIDH pelos tribunais nacionais. Entretanto, algumas decisões que dizem respeito a questões mais frágeis são dificilmente internalizadas, como por exemplo, a revisão da decisão do STF sobre a lei de anistia, configurando o que Marcelo Varella (2013, p.212) classifica como um diálogo de surdos: um tribunal internacional que decide de forma contrária ao tribunal nacional, que, por sua vez, ignora o que foi decidido por aquele.

Portanto, o objetivo geral deste trabalho é buscar entender como o diálogo entre juízes vem consolidando as diversas perspectivas internacionais dos direitos humanos e fundamentais às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, buscando discutir o fenômeno da globalização jurídica e seus impactos na sociedade multicêntrica, estudando com que frequência são utilizadas jurisprudências internacionais em matéria de direitos fundamentais pelos juízes nacionais na solução de casos locais e, por fim, verificando os reflexos do transconstitucionalismo no STF, através de um estudo de casos.

A CONCORRÊNCIA COMO INSTRUMENTO: POR UM DIÁLOGO ENTRE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Andressa C. Schneider¹

O caráter instrumental da concorrência é uma espécie de consenso no Brasil e na União Europeia, onde uma visão utilitarista caracteriza o debate antitruste desde a adoção dos primeiros tratados fundantes, em que se considerou que a concorrência é um meio para a obtenção de escopos que a transcendem.

No Brasil, já na Constituição Federal de 1946 percebe-se que a ênfase do direito concorrencial deixou de ser simplesmente a defesa da economia popular para apresentar um compromisso com a ordem econômica e com a noção de defesa do consumidor, em demonstração de seu caráter instrumental.

Desse modo, se a concorrência não é um fim em si mesma, mas um instrumento que, no caso brasileiro, permite a consecução dos objetivos fundamentais da República e de uma ordem econômica que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, há a necessidade de se verificar os diversos fins que ela visa implementar, inter alia a defesa do consumidor.

Nesse contexto, observa-se que o constituinte originário tornou a defesa do consumidor um direito fundamental, caráter que deriva da sua previsão no artigo 5º, XXXII da Constituição Federal de 1988. E, como os direitos fundamentais têm a condição de imperativos de tutela – o direito do consumidor constitui espécie de direito de proteção, isto é, o titular do direito exerce-o em face do Estado para que este o proteja da intervenção danosa de terceiros –, há um dever estatal de promover esse direito, dando corpo a determinados desempenhos, por meio, inclusive, da defesa concorrencial.

Além disso, percebe-se que a defesa do consumidor está estampada no artigo 170, V da Constituição Federal de 1988 como um princípio da

¹ Doutoranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito e Especialista em Direito do Consumidor e Direitos Fundamentais pela UFRGS. Professora no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS). Advogada. E-mail: andressaschneider@yahoo.com.br.

ordem econômica, princípio limitador da iniciativa privada ou da autonomia da vontade, evidenciando o problema da desigualdade intrínseca que marca os sujeitos da relação de consumo, quais sejam, consumidor e fornecedor. E, nesse aspecto, ela inicia um diálogo com o também princípio da livre concorrência, disposto no artigo 170, IV da Constituição Federal de 1988.

Então, dado o caráter instrumental do antitruste, compreende-se por que, no Brasil, o princípio da livre concorrência se articula com outros princípios, por meio da ação de vários atores institucionais. E, como os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de algum propósito, existe um diálogo intrínseco que os liga e que justifica a adoção de ações conjuntas envolvendo o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a fim de obter sinergias passíveis de reforçar a implementação da defesa do consumidor no âmbito concorrencial.

No que tange ao plano infraconstitucional relacionado ao tema, destacam-se a lei nº 8.078/1990, microsistema de raiz constitucional que apresenta normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, conforme dispõe o artigo 1º, e a lei nº 12.529/2011, microsistema que tem, também, matriz constitucional evidente, vis-à-vis o disposto no artigo 173, § 4º da CRFB/88.

Em particular, a “defesa dos consumidores” consta, expressamente, no caput do artigo 1º da lei nº 12.529/2011 – mantendo a tradição da lei concorrencial anterior, a lei nº 8.884/1994, que já o fazia. Nela, a «defesa dos consumidores» apresenta-se como ditame constitucional que orienta a aplicação da lei concorrencial, em conjunto com os princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e repressão ao abuso do poder econômico.

A partir disso, considera-se que a defesa da concorrência é uma política pública inserida em um sistema, o sistema constitucional concorrencial, e inexoravelmente conectada à defesa do consumidor, uma vez que a livre concorrência é um veículo que permite o exercício do direito ao consumo e de direitos correlatos, como é o caso do direito à escolha.

Com efeito, o presente estudo realiza uma análise do contexto jurídico-histórico da instrumentalização da concorrência e dos aspectos dogmáticos que envolvem a defesa antitruste para estabelecer os contornos da defesa do consumidor, no contexto concorrencial, e contribuir, assim, com o aprimoramento do sistema constitucional concorrencial brasileiro.

EXCLUSÃO SOCIAL E JURÍDICA E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: O PARADOXO DO TRABALHO DOMÉSTICO

Bárbara Almeida Duarte¹

O processo de constitucionalização da proteção social, inscrito na tessitura do constitucionalismo contemporâneo, encontra espaços ainda bastante paradoxais no presente. Trabalhadoras e trabalhadores que, socialmente vulneráveis, mantêm-se social e juridicamente excluídos do escopo da proteção ao trabalho, revelando as fissuras do movimento de constitucionalização. É precisamente o caso dos chamados “diaristas domésticos” que, por uma distorcida leitura dos direcionamentos constitucionais de proteção ao trabalho no Direito Brasileiro mantêm-se excluídos do escopo de aplicação do Direito do Trabalho.

A própria ideia de exclusão social passou a ser amplamente utilizada por teóricos e políticos do mundo nos anos 1990. Ao mesmo tempo, o conceito teve sua consistência questionada de maneira muito precoce, seja diante de sua amplitude ou diante do fato de que conceitos como os de pobreza e marginalidade já seriam hábeis a abranger os ora denominados excluídos.

A exclusão social é um processo que possui diversas dimensões, dentre as quais se destacam a objetiva, a ética e a subjetiva, a que se soma a denominada dialética exclusão/inclusão: todos os indivíduos estão inseridos na sociedade, ainda que em condições precárias, o que se pode classificar de “inclusão perversa” (Sawaia 1999, 8).

Ademais, a exclusão social encontra no plano do direito um correspondente, qual seja, a exclusão jurídica, conceito trabalhado por Friedrich Müller. A exclusão jurídica consiste na ausência de proteção constitucional, institucional ou legal para determinados indivíduos, grupos e minorias em situações de vulnerabilidade, resultando na legitimação da violência contra estes sujeitos (Müller 2005,03).

No campo do Direito do Trabalho, a exclusão jurídica é constantemente colocada como rota infraconstitucional de fuga, legitimando

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. E-mail: barbara_a_duarte@yahoo.com.br.

o descumprimento dos direitos e garantias trabalhistas fundamentais. Significa dizer que muitas categorias de trabalhadores estão à margem do Direito do Trabalho, ainda que constitucionalizado, vez que não amparados pelo ramo cuja finalidade não é outra que não a de proteger aqueles que vendem a sua força de trabalho. Pelo contrário, suas relações de trabalho acabam por ser regidas pelo Direito Civil, pautado por uma presumida igualdade entre as partes contratantes.

Esse é o caso do trabalho doméstico, mais especificamente do trabalho prestado por “diaristas”. À parte toda a discussão histórica acerca da relação incontroversa entre a origem escravocrata do trabalho doméstico e a perpetuação de sua desvalorização até os dias atuais, o trabalho doméstico não foi abarcado pela CLT, que previu que suas disposições não se aplicariam aos empregados domésticos (art. 7º, *a*); por sua vez, o legislador constituinte não destinou aos trabalhadores domésticos todos os direitos elencados no artigo 7º, nos termos estabelecidos no parágrafo único, ainda que em recente alteração, por meio da Emenda Constitucional n. 72 de 2013, mais direitos tenham sido estendidos aos empregados domésticos. No entanto, continuou-se a albergar interpretações social e juridicamente excludentes ao trabalho doméstico. Ademais, estava a cargo de lei infraconstitucional a regulamentação dos direitos destes empregados, por meio da Lei n. 5.859/1972, revogada no presente ano com o advento da Lei Complementar n. 150.

A referida lei complementar inova na caracterização do emprego doméstico, ao estabelecer um número mínimo de dias trabalhados na semana para que a LC n. 150 incida sobre aquela relação de trabalho. Dessa forma, teve fim a infundável discussão sobre o número de dias trabalhados necessários para caracterizar a relação de emprego doméstico, uma vez que a lei anterior falava em natureza contínua dos serviços prestados, ao passo que a nova diz ser empregado doméstico aquele que presta serviços por mais de dois dias por semana.

Verifica-se que a nova lei, ao fixar número exato de dias para caracterizar o emprego doméstico excluiu da proteção trabalhista aqueles que trabalham até dois dias para a mesma pessoa ou família. Assim, enquadram-se os diaristas como trabalhadores autônomos, os quais assumem os riscos de sua atividade, estão despojados de quaisquer direitos trabalhistas e, por fim, considera-se haver igualdade entre os contratantes daquela prestação de serviços.

Portanto, a nova regulamentação infraconstitucional estabeleceu limites seguros até os quais não seriam devidos direitos trabalhistas, sequer os mais caros ao legislador pátrio, estabelecidos na CRFB/88.

Legitima-se, assim, a exclusão dos trabalhadores domésticos, alijados da proteção trabalhista a partir da inovação legislativa, ou seja, promove-se verdadeira exclusão jurídica dos mais vulneráveis dentre os trabalhadores que prestam serviços de natureza doméstica. Dessa forma, a essa categoria não se aplicariam os preceitos constitucionais atinentes ao direito fundamental ao trabalho, com o que não se pode coadunar.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E DAS RELAÇÕES SOCIAIS, SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL

Bruno Joviniano de Santana Silva¹

O presente artigo aborda os influxos condicionantes do Direito Constitucional sobre os demais ramos do Direito. Discorre-se sobre a força envolvente do Direito Constitucional que vincula e amolda não só os ramos Jurídicos, outrora ensimesmados nos seus próprios complexos normativos, mas também, a própria vida cotidiana, isto é, as relações humanas objeto da normatização jurídica, que cede aos preceitos normativos mais excelentes. Aponta-se para a desejada disseminação de hábitos constitucionais na sociedade em seus diversos setores. Evidencia-se as influências do Direito Constitucional sobre os diversos sistemas normativos e a interdisciplinariedade entre estes que consagram a força normativa, criativa, erga omnes e vinculante do Direito Constitucional que se afigura pedra fundamental e de torque do ordenamento jurídico, cujos preceitos são de observância obrigatória e se mostram manifestos nos compartimentos jurídicos. A Constitucionalização é analisada, sob a ótica principiológica, isto é, princípios, assim entendidos por elementos fundantes e nucleares de todo e qualquer sistema jurídico, em especial, sob o viés do princípio da tempestividade da tutela jurisdicional. Nesse passo, consignou-se que a Constituição Federal vigente estabeleceu normas intangíveis, as chamadas cláusulas pétreas, as quais se revestem de alta densidade valorativa e são vigoro-

¹ Defensor Público. Ex Advogado da Petrobrás. Ex Analista Judiciário do TJDF. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

so paradigmas para aferir a constitucionalidade de diplomas legais. Perpassou-se, também, pelos Tratados de Direitos Humanos aprovados, nos termos de Emenda Constitucional, o qual se reveste, também, de potencialidade conformar os demais ramos jurídicos. Nesse toar, tem-se o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, cláusula pétrea, pela qual o Estado confere a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Seccionou-se o dito princípio em núcleos essenciais (celeridade em sentido estrito, adequação-necessidade e efetividade) que são minuciosamente analisados. Declarou-se que tal princípio ganha alto relevo no modo capitalista de produção, que exige alto rendimento, ou seja, baixos custos e máximos resultados, com vistas a circulação econômica, mola fundamentadora deste preceito. Giza-se que o Poder Público não pode aceitar rendimentos insignificantes, pois tem o dever legal e moral de agir com presteza dando respostas efetivas às demandas sociais. Essa preocupação com o rendimento máximo e celeridade, corriqueira na iniciativa privada, vem cada vez mais sendo embutida no serviço público, o qual não pode ser sinônimo de anacronismo e patriarcalismo, impassível à evolução histórica e social, mas comprometido a uma constante e eterna evolução, com o fito de propiciar uma prestação jurisdicional de qualidade. Esclareceu-se ser importante a criação de órgãos (Ouvidorias) que têm por finalidade a aproximação do cidadão ao Estado, os quais teriam por finalidade ouvir os reclames coletivos e levá-los ao conhecimento do Poder Público, para a otimização do serviço prestado, com a consequente reparação de erros, sem caráter punitivo, porém, voltado ao aperfeiçoamento da prestação do serviço público, sem prejuízo de apuração de condutas faltosas pelos servidores, por outros Órgãos (Corregedorias e Controladorias). Declina-se, outrossim, manifestações sobre a crescente delegação de parcela de competência pública a entes privados e os eventuais riscos do fortalecimento de estruturas não estatais, ainda que oficializadas, para realizar atividades tipicamente públicas. Discute-se que a mera transladação de atribuições tipicamente estatais, sem a devida fiscalização, ou como instrumento imediatista e sonoro de o clamor social pela celeridade na prestação da atividade pública, desguarnecida de medidas que visem a resolutividade de problemas endógenos (atinentes à estrutura estatal) e exógenos (da sociedade) pode não surtir o efeito esperado e colimado e, até mesmo, problematizar ainda mais a situação posta. Trazem-se, nesse panorama, medidas reparatórias para minorar ou reparar a supracitada letargia injustificada, por meio da qual, o Po-

der Público fere de chaga mortal o aludido princípio por elastecer, além do tempo adequado, a prestação jurisdicional, trazendo inegáveis prejuízos ao jurisdicionados, em claro menoscabo aos direitos destes, os quais se veem impotentes, mesmo sabendo que são a principal coluna que mantém o funcionamento deste arcabouço estatal, mediante a alta carga tributária. Conclui-se que a tempestividade da tutela jurisdicional é um conceito repleto de densidade axiológica, o qual é inerente a todo e qualquer ramo do Direito, como consectário de expressa norma constitucional. A celeridade, sem dúvidas, é um elemento fundante desse conceito, ao lado da qualidade e da resolutividade, elementos que se relacionam intrinsecamente, em verdadeira simbiose para estabelecer a definição de tutela efetiva. Termina-se expondo que ao Estado não basta ser célere, contudo, deve agir com prontidão e qualidade, de modo a resolver eficazmente, com aptidão de pacificação social, a demanda que lhe foi levada à apreciação, em obséquio ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A TEORIA DISCURSIVA HABERMASIANA E O EXERCÍCIO DA CIDADANIA FISCAL

Fabiana Figueiredo Felício dos Santos¹

Diversos episódios da história mundial retratam revoltas e conflitos gerados pela tributação, especificamente, pelo excesso de tributação, e ausência de retorno dos valores arrecadados pelo fisco em benefício da população. Assim sendo, o tributo foi e continua sendo um dos principais meios de dominação da classe governamental, do Estado, sobre seus governados. Tal fato pode ser explicado em virtude da imposição tributária, do dever de pagar impostos.

A imposição tributária, constantemente justificada e laureada pelo princípio da legalidade, impõe ao cidadão brasileiro obrigações excessivas sem lhes conceder e possibilitar visualizar um efetivo retorno de referidas cobranças. Sob o argumento de manutenção da máqui-

¹ Mestranda em Direito pela FDUFG. Especialista em Direito Público. Bacharela em Direito. Brasil. fabianafelicio@yahoo.com.br

na governamental, de manutenção das condições mínimas para a produção de riquezas, os tributos são impostos ao cidadão que, temendo as sanções legais e revestido de um dever moral, paga-os, porém, sem ser lhe dado direito de deliberação na criação ou majoração dos tributos ou participação nas decisões concernentes à aplicação e utilização dos valores arrecadados.

Neste cenário de imposição tributária, faz necessária a adoção e concretização da teoria deliberativa de Jurgen Habermas, de modo que, por meio da deliberação entre os participantes da relação tributária, Estado e contribuinte, seja possível a adoção de tributos condizentes à realidade brasileira e a utilização dos recursos auferidos em setores carentes de investimento. Pois, por meio da oitiva das necessidades e reclames da população interessada se efetive o Estado Democrático de Direito expressamente previsto na Constituição, como princípio fundamental da República.

Com base no paradigma do Estado Democrático de Direito instaurado com a Constituição de 1988 que se analisa a possibilidade de exercício efetivo da cidadania, a “cidadania fiscal”, por meio da concretização da teoria discursiva de Habermas e consequente inclusão do cidadão no processo de tomada de decisões em matéria tributária.

Habermas ensina que a democracia não deve ser um regime político no qual as decisões concernentes ao dia-a-dia de todos os cidadãos sejam tomadas de forma conjunta, numa deliberação entre os participantes, governo e cidadãos, pois, somente uma lei em cujos efeitos os principais atingidos puderam participar e efetivamente opinar em sua redação possuirá legitimidade para ser em face deles aplicada.

Assim, a concretização de uma democracia efetiva só se dá com um *agir comunicativo* livre, autônomo e racional entre os diversos sujeitos. Neste *agir comunicativo*, a autonomia privada, a autonomia pública e os direitos fundamentais se pressupõem mutuamente.²

A Constituição, no capítulo destinado à tributação e orçamento, expressamente dispõe que os tributos somente serão cobrados ou majorados após devidamente criados por meio de um procedimento legislativo que deve seguir a legalidade estrita.

No entanto, não obstante ter havido considerável avanço na legislação tributária com a CR/88, dispondo sobre direitos fundamentais dos cidadãos nesta seara, o cumprimento da exigência de lei anterior

² HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia: entre a facticidade e a validade, p.116-135.

para a cobrança e majoração de determinado tributo não o reveste de legitimidade e o torna hábil a ser instrumento de redistribuição de riquezas, objetivo este que deveria ser almejado pela legislação pertinente. Para que haja legitimidade na cobrança do tributo é necessária a participação popular em seu procedimento de elaboração, de modo a se estabelecer as formas mais adequadas de cobrança, além de ser permitido ao cidadão deliberar acerca do destino dado aos recursos arrecadados com referido tributo, possibilitando ao tributo atuar como instrumento de diminuição das desigualdades sociais.

Conforme Habermas, o fato de determinado instituto estar positivado no texto legal não lhe reveste de legitimidade, havendo uma tensão entre a facticidade e a validade do direito, pois, não necessariamente o direito posto é o direito adequado aos anseios da população, atendendo somente aos desígnios de uma elite dominante que se utiliza do poder legislativo para a criação de leis que mais benefícios e vantagens lhe proporcione.

Desta forma, como efetivação do Estado Democrático de Direito e concretização da Democracia hão de ser garantidas as autonomias públicas e privadas, de modo que ao cidadão seja concedida possibilidade de deliberar conscientemente e livre de qualquer influência acerca dos assuntos de seu interesse, precipuamente os assuntos relacionados à matéria tributária, pois, sendo a principal fonte de arrecadação do Estado, o é também o instrumento que possibilita a alteração do “status quo” e a adoção de medidas que beneficiem setores da sociedade mais carentes de investimento.

Desta feita, participando do processo legislativo, o cidadão atua como destinatário e também autor do direito, de tal forma que seu cumprimento efetivar-se-á não pelo medo da sanção, mas sim pela consciência de sua adequabilidade às suas necessidades e sua construção baseada em sua participação, de tal sorte que haveria então o efetivo exercício da “cidadania fiscal”.

A PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE NAS DELIBERAÇÕES JUDICIAIS, CONFORME O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Gresiéli Taíse Ficanha¹

Viviane Lemes da Rosa²

A partir do Estado Constitucional, as Cortes assumiram papel fundamental na efetivação dos direitos, pois as normas constitucionais possuem um aspecto positivo e exigem uma postura estatal ativa. Aliado a isso, os princípios e os conceitos abertos utilizados pela lei permitem uma margem maior de escolhas para o Poder Judiciário que, através da interpretação e definição de posicionamentos, pauta o comportamento social e a atividade da administração pública e dos demais órgãos do mesmo Poder, buscando, com isso, segurança nas relações jurídicas, isonomia de tratamento aos jurisdicionados e integridade e unidade do direito aplicado.

Contudo, essa atuação contundente do Poder Judiciário não é imune a críticas. Uma delas decorre de seu caráter supostamente anti-democrático, pois seus membros não passam por processos eleitorais que contem com participação popular e nem se submetem a avaliações periódicas.

Nesse sentido, o Constitucionalismo Democrático propõe que a opinião pública, gerada pela discussão entre indivíduos livres e, na medida do possível, iguais seja considerada como fonte de informação para a jurisdição constitucional. O debate que ocorre fora dos âmbitos institucionais é também expressão da democracia deliberativa e, para que as pessoas se sintam participantes de uma ordem normativa compartilhada, as decisões judiciais não podem ser elaboradas de uma forma técnica e isolada, mas devem abrir-se à sociedade e permitir a intervenção democrática.

Dessa forma, paralelamente ao aumento do poder judicial na definição dos direitos, a democracia exige que se considere, sempre que

¹ Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: gresieli@gmail.com.

² Mestranda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: viviane.ldr@gmail.com.

possível, o direito fundamental de participação da sociedade na tomada de decisões estatais.

Essa exigência de participação democrática na jurisdição não ocorre apenas em nível constitucional, em que o aspecto político da decisão é mais evidente, mas é também imperiosa na jurisdição ordinária, de modo que o legislador, ao elaborar o novo Código de Processo Civil, preocupou-se com o caráter democrático dos provimentos jurisdicionais.

Na nova legislação, foram inseridos mecanismos para a uniformização da jurisprudência e instituição de precedentes vinculantes, com vários dispositivos tratando do trâmite para a prolação de decisões com caráter vinculante, em que é fundamental a oitiva e participação da sociedade, de órgãos e instituições interessados na controvérsia e pessoas com conhecimento e/ou experiência nas matérias sob julgamento.

O artigo 138 do novo Código prevê a participação de *amicus curiae* em demandas em trâmite em primeira ou segunda instância, dependendo da relevância da matéria, da especificidade do tema e da repercussão geral da controvérsia. O magistrado poderá “solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada”, desde que haja representatividade adequada.

No que diz respeito às súmulas e ao julgamento de casos repetitivos, o artigo 927, que elenca um rol de decisões vinculantes, estabelece, em seu parágrafo segundo, que a alteração das teses jurídicas “poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”.

Por sua vez, o artigo 950 traz várias possibilidades de participação social antes do julgamento do Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade, possibilitando a manifestação das pessoas jurídicas de direito público responsáveis pela edição do ato questionado, a intervenção dos legitimados para a propositura das ações constitucionais do artigo 103 da Constituição Federal ou a participação de outros órgãos ou entidades, conforme a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes.

Referindo-se ao Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, o artigo 983 dispõe que “o relator ouvirá as partes e os demais interessados, inclusive pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, os quais poderão apresentar documentos e requerer diligências. O parágrafo primeiro prevê que o relator poderá designar audiência pública para ouvir depoimentos de pessoas com experiência e conhecimento na matéria, a fim de instruir o incidente.

O mesmo ocorre com o julgamento de Recursos Especial e Extraordinário Repetitivos, disciplinado no artigo 1.038, caso em que se possibilita ao relator que solicite ou admita a “manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia”, de acordo com a relevância da matéria a ser julgada, bem como que designe audiência pública para oitiva de pessoas com experiência e conhecimento na matéria.

Esses dispositivos deixam clara a preocupação do legislador com a participação social nas deliberações judiciais. A cooperação da sociedade, de pessoas interessadas ou com conhecimento/experiência na matéria e de órgãos ou entidades representativas de grupos sociais traz legitimidade democrática aos julgamentos e propõe novas questões a serem pensadas e analisadas a partir da perspectiva de quem possui relação direta com o caso concreto, enriquecendo o debate e contribuindo para uma maior completude e adequação empírica da decisão judicial.

O DIÁLOGO ENTRE ACESSO À JUSTIÇA E AUTOCOMPOSIÇÃO NA CONCRETIZAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Jhessyca Dyra Duarte Rocha¹

Foram necessários séculos de construção teórica – e prática – a fim de que se alcançasse um conceito de acesso à justiça estável e que conseguisse da melhor forma possível, espelhar a realidade. Na Europa dos séculos XVIII e XIX vigorou uma concepção individualista e pecuniária do assunto: a igualdade material servia àqueles que pudessem despendar a seu favor; aos desfavorecidos, restava a singela igualdade formal – “são todos iguais e ponto final”. O Estado não construíra uma estrutura sólida de apoio a qualquer cidadão, e nem achava que devia. Para esse Estado, seu *laissez faire* em privilégio da burguesia lhes bastava. Havia uma ideia de acesso à justiça como direito natural, cujos

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Atua no Grupo de Pesquisa O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito. Aluna PIBIC-UESPI 2014/2015. Brasileira. E-mail: jheydyra@gmail.com.

limites mereciam ser preservados, mas não passava disso.

A medida que essa sociedade progredia – econômica e socialmente – e se multiplicava, foi compreendendo que havia direitos fundamentais inerentes aos seus direitos humanos que o Estado precisava, não somente reconhecer, mas *tutelar*. Logo, esse acesso à justiça deixou de ser uma ideia distante, de simples reconhecimento da existência de direitos, para um sistema que garantisse essas pedras basilares.

No Brasil, a década de 80 trouxe consigo essa visão igualitária de justiça, incorporando ao ordenamento jurídico do país um pensamento humanista, contrário ao que se vivenciou em anos anteriores. A Carta Política de 1988, influenciada pelos movimentos históricos francês e americano que construíram esse direito, ensaiou um avanço social, positivando esse acesso à justiça, asseverando-o como um dos escopos do país como Estado Democrático de Direito. O Estado deixa, em tese, de ser apenas de Direito, um Estado Positivista – com normas legitimadoras dos direitos que, todavia, não possuía mecanismos que os garantissem – para se tornar também democrático, Pós-positivista, neoconstitucional e limitador do poder Estatal, oferecendo aos cidadãos instrumentos de que necessitam para fazer valer seus direitos.

O art. 5º, XXXV, CF/88 traz o direito de ação, que hoje entende-se como um “direito da coletividade”, condicionado e específico, segundo defende Liebman, criador da teoria eclética adotada pelo código de processo civil de 1973, e pelo novo. Em vista disso, concebe-se o acesso à justiça como um direito social fundamental moderado pelas chamadas condições da ação, as quais, se preenchidas, possibilitam a futura análise do mérito pelo juiz, e cuja garantia é escopo dos Estados Democráticos de Direito.

Se examinado do ponto de vista processual, esse acesso não é somente um instrumento disponível ao cidadão, mas um procedimento que deve estar em consonância com a Constituição, atendendo ao devido processo legal. O direito de ação somado a uma decisão judiciária, a princípio, funcionam juntos como elos que propiciam o acesso à justiça. Contudo, não é *somente* por meio da provocação do Judiciário que é possível adquiri-lo. Na maioria dos conflitos é possível que as partes cheguem a um acordo por autocomposição ou com a presença de um mediador/conciliador. Todavia, a ideia que se tem é de que somente a jurisdição estatal será capaz de amedrontar e satisfazer plenamente o interesse da parte, como se apenas esta fosse legítima. Falta na cultura brasileira estímulo à cooperação.

A utilização dos meios de autocomposição não seria apenas

uma forma de diminuir a carga de processos no âmbito da jurisdição, mas também de prover o alcance à ordem jurídica, concretizando um dos escopos do Estado Democrático de Direito. Assim, este não se concretiza somente através do processo, ou de qualquer procedimento inserido nele, mas igualmente quando às partes é facultado um desfecho por outro caminho. Isso acontece porque esse *acesso* à justiça não se limita a uma justiça ofertada somente pelo próprio Estado, refere-se também a meios de alcançar a pacificação, e o Estado Democrático de Direito precisa ser capaz de garantir que as partes, de alguma forma, a obtenham, não necessariamente por meio de uma sentença.

O diálogo entre acesso à justiça e a autocomposição existe na medida em que a segunda é o método mais indicado para que se alcance um acesso à ordem jurídica justa, que não traz, a princípio, desequilíbrios para nenhuma das partes. Existem obstáculos à utilização da autocomposição, porém em proporções diferentes. A maior barreira à utilização desses métodos é a vontade da parte contrária de autocompor, e é exatamente esse problema que leva o indivíduo a se utilizar do Judiciário. Isso se dá porque existe um paternalismo, o qual a população brasileira insiste em manter, e um individualismo ferrenho que impede a maioria de tentar resolver seus problemas através do diálogo. É preciso entender, acima de tudo, que para que haja *justiça* nem sempre uma das partes tem de perder.

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL:

O PROCESSO-GARANTIA E O NCPC

*Joyciane Carvalho Borges*¹

A constituição e o constitucionalismo são criações conceituais humanas construídas e aperfeiçoadas ao longo do tempo, muitos ajustes foram necessários até a conformação atual, na qual a Constituição é

¹ Joyciane Carvalho Borges. Graduanda do 8º período em Direito pela Universidade Estadual do Piauí (UESPI). Bolsista PIBIC-UESPI 2014/2015. Pesquisadora do núcleo CNPQ: “O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito”. Estagiária na 4ª vara dos Feitos da Fazenda Pública do Estado do Piauí na Comarca de Teresina. Brasil. Endereço eletrônico: joycianecb@gmail.com.

fundamento de validade para todo o ordenamento jurídico, inclusive os demais ramos do Direito, dentre eles o processual. Isso trouxe algumas consequências, como o surgimento de um Direito Processual Constitucional. Todavia, é preciso ressaltar que a aproximação entre processo e Constituição não cria “um ramo autônomo do Direito”, gera, na verdade, “um ponto de vista metodológico e sistemático”, pelo qual pode ser examinado o processo à luz das normas constitucionais².

A despeito de experiências de limitação de poder como a Magna Carta - documento que estabelecia limitações ao poder imposto pelo parlamento ao rei João Sem-Terra – e a teocracia do povo hebreu – civilização teocrática que limitava o poder temporal pelas leis divinas consignadas na Torá – o início do constitucionalismo ocorre após as revoluções burguesas e é protagonizado especialmente pelas experiências francesa e estadunidense. A Revolução Francesa, que marcou o fim do absolutismo, bem como a constituição escrita dos Estados Unidos e a decisão histórica do juiz Marshall em 1803, no contexto em que estavam inseridas, consolidaram a supremacia das normas constitucionais. Os séculos que separam essas experiências da contemporaneidade acrescentaram ao Direito Constitucional as definições de controle de constitucionalidade e o neoconstitucionalismo.

O denominado neoconstitucionalismo é um movimento não uniforme que possui diferentes construções teóricas, que, todavia, apontam para a concepção de que, além de conferir validade às normas, a Constituição é uma lei aplicável mesmo que possua, *in casu*, caráter principiológico. Isto posto, é instigante e necessário aprofundar-se na experiência constitucional brasileira para compreender o modelo processual, uma vez que o seu modelo de constituição não incorporou apenas as normas políticas fundamentais, consignando em seu texto disciplina esmiuçada dos vários ramos do Direito. Nesta toada, o Processo Civil foi elevado à categoria de direito-garantia.

O novo *status*, entretanto, não estava prestigiado no Código de Processo Civil de 1973, uma vez que ele é anterior a constituição, portanto confeccionado a partir de um paradigma diferente. As normas dele foram submetidas ao instituto da recepção sendo afastado qualquer procedimento que afrontasse a Constituição Cidadã de 1988, ademais no intento de atingir os objetivos constitucionais de acesso à justiça, contraditório e ampla defesa e duração razoável do processo, o

² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. O processo constitucional na concretização do Estado Democrático de Direito. Temas de direito processual democrático. 1. ed, ISBN: 978-85-7463-411-1, Teresina: EDUFPI, 2012, p. 53.)

código vigente passou por inúmeras reformas.

Todavia, o legislador não entendeu suficientes as alterações sofridas e editou um novo Código de Processo Civil (NCPC) através do regular processo legislativo. Porém diferente da maior parte dos códigos, o projeto de iniciou-se no Senado Federal. Tal legislação reserva um capítulo para disposições fundamentais estabelecendo o julgamento cronológico dos processos afim de consignar o princípio da isonomia, ademais o novo texto determina a necessidade da manifestação das partes mesmo nas questões cognoscíveis de ofício privilegiando o contraditório substancial – conforme consignado no artigo 10 do NCPC. Estas dentre outras transformações apontam para um ordenamento infraconstitucional em maior sintonia com o Processo Constitucional Democrático.

O Estado Democrático de Direito no qual o Brasil é constituído por força do artigo primeiro da Constituição aliado a supremacia das normas constitucionais implicam na exigência de uma legislação infraconstitucional confeccionada a partir deste paradigma objetivando concretizá-lo. Desse modo, o NCPC adequa-se melhor ao Processo Brasileiro hodierno, tendo em vista que a disciplina processual também não poderá deixar de observar o paradigma no qual está inserida. Ainda que, o objetivo precípua do processo civil seja garantir a possibilidade de perseguir uma pretensão ou direito, ou seja, o acesso à justiça.

O novo código não é a solução definitiva para todos os dilemas processuais, todavia, ao romper com a estrutura vigente acrescentando modificações no sentido de fortalecer o contraditório e a igualdade no acesso à justiça, ele compatibiliza o código com o modelo de processo-garantia introduzido pela Constituição Cidadã. Fato relevante, uma vez que a legislação de um Estado Democrático de Direito em que a Constituição é norma suprema deve necessariamente concretizar os princípios constitucionais na legislação infra.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E OS REFLEXOS DA DISPUTA SIMBÓLICA NO CAMPO JURÍDICO: O CIVILISTA É NECESSARIAMENTE UM CONSERVADOR?

Juliano dos Santos Calixto¹

Esta proposta de comunicação visa debater a partir da formação do direito civil brasileiro e do seu processo de constitucionalização a noção de que o Direito Civil estaria atrelado ao individualismo e egoísmo, caracterizando o campo jurídico do direito civil como conservador e outros campos, como o direito público, como progressistas. A constitucionalização não deve ser vista como uma forma de desacreditar o direito civil ou reduzir sua importância, e sim manter este ramo jurídico alinhado com as demandas sociais atuais.

A constitucionalização do direito é um fenômeno que se consolidou no Brasil após a Constituição da República de 1988 e diversos ramos do direito vem desenvolvendo formas de compatibilizar a influência hierárquica do texto constitucional em suas áreas temáticas. Este trabalho visa problematizar a constitucionalização no campo do direito civil, que remete a divisão entre o Direito Público e o Direito Privado.

No campo do direito civil a constitucionalização deve ser analisada em conformidade com o desenvolvimento histórico do direito privado brasileiro. Ramo este ainda fundamentalmente regido pelo Código Civil. Leva-se em conta que a codificação enfrente desafios e mudanças e não possua mais o escopo de completude da época das primeiras codificações – Código Civil Francês e Código Alemão – todavia, ainda possui grande influência no campo do direito civil. A elaboração e desenvolvimento da legislação civil foi importante para instituir uma lógica de interpretação do campo do direito privado. Tal processo incluiu a Consolidação das Leis Cíveis elaborada por Teixeira de Freitas, os intensos debates que marcaram a elaboração do Código Civil de 1916, Código Clóvis Beviláqua e posteriormente, o Código Civil de 2002, projeto comandado por Miguel Reale. O projeto do Código Civil de 2002 iniciado antes mesmo da Constituição da República de 1988 sofreu vá-

¹ Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela UFMG. Brasil. E-mail: julianodsc@gmail.com

rias mudanças antes da sua promulgação justamente para se adequar ao texto constitucional vigente.

Neste ponto, o que se busca ressaltar é que houve a formação de uma tradição de pensamento civilista brasileiro durante o processo brevemente citado acima. O desenvolvimento do direito privado está intimamente ligado ao desenvolvimento do pensamento jurídico brasileiro de forma ampla. Como destaca o sociólogo Pierre Bourdieu, em vários campos da sociedade existe uma disputa por uma hegemonia. O direito é por excelência um campo de disputa simbólica, haja vista que o controle das normas (o direito) é uma das formas mais efetivas de se exercer o poder sem a necessidade do uso da força física. Por sua vez, o campo do direito possui subdivisões internas, e tais campos podem disputar a hegemonia ou o controle do direito como um todo, aqui pretendo propor que existe uma disputa entre os campos do direito público e do direito privado. O processo de constitucionalização dos ramos do direito e da dogmática jurídica pode ser visto como uma forma de crescimento do campo do direito público. Nesta disputa, desenvolvem-se algumas ideias como a de que o direito privado seria marcado por características como o individualismo e egoísmo enquanto o direito público seria o campo da igualdade material e da preocupação com os interesses da coletividade. A questão é importante, pois tais reflexos podem ser notados com a criação de pré-conceitos, no sentido de que um pensador ligado às teorias do direito privado terá posicionamentos dito conservadores.

Para ilustrar a questão quando do tratamento do instituto do direito de propriedade quando José Afonso da Silva afirma que a perspectiva civilista não leva em conta as alterações da relação de propriedade e que atualmente está sujeita à estreita disciplina do direito público². Silva, destaca ainda que os problemas relacionados com o direito de propriedade no Brasil estão ligados fundamentalmente a sua regulação pelo direito civil. A propriedade privada é um bom exemplo da questão por se tratar de um instituto fundamental para o direito privado, mas que como base da estrutura econômica vigente interessa tanto ao Direito Público quanto ao Direito Privado, e por isso se transforma em um objeto de disputa.

Conforme destaca Gustavo Tepedino³, a constitucionalização

² SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 6ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 2010.

³ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

não significa agigantamento do direito público em detrimento do direito civil, visa na verdade torná-lo compatível com as demandas sociais atuais. Desse modo, para garantir a efetividade da constitucionalização é preciso garantir que as disputas no campo jurídico ocorram com o objetivo de um alinhamento de ideias em favor dos princípios constitucionais e não com a desvalorização de determinados ramos do direito com a taxação como um campo conservador que praticamente não pode mais contribuir para o desenvolvimento do direito como um todo.

A SUCESSÃO DOS COMPANHEIROS NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO CIVIL

Laura Souza Lima e Brito¹

O presente resumo aborda a discussão sobre a constitucionalidade ou não do regime sucessório da união estável, em oposição às regras da sucessão dos cônjuges.

A relevância do tema se avulta porque em 19.05.2015 foi publicada a decisão que atribuiu repercussão geral ao Recurso Extraordinário nº 878.694, admitindo que possui caráter constitucional a controvérsia acerca da validade do art. 1.790 do Código Civil, que prevê ao companheiro direitos sucessórios distintos daqueles outorgados ao cônjuge pelo art. 1.829 do mesmo Código. O Ministro Barroso, relator, afirmou que a questão tem relevância social e jurídica que ultrapassa os interesses subjetivos da causa.

O recurso acima mencionado alega a violação da Constituição da República, em razão de afronta ao artigo 5º, inciso I (homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição), e artigo 226, § 3º (para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento). Ainda, afirma violação da dignidade da pessoa humana.

¹ Doutora e mestre pela Faculdade de Direito da USP. Graduada em Direito pela UFMG. Professora do Uni-BH/Brasil. lauraslbrito@gmail.com/laura.brito@prof.unibh.br

Diante disso, a pergunta que surgiu foi: há efetivamente um impeditivo constitucional para a diferenciação de regimes sucessórios entre casamento e união estável?

A hipótese que se vislumbra é negativa - não há dispositivos no texto constitucional que impeçam a duplicidade de regimes sucessórios.

Observe-se que a análise dos próprios dispositivos constitucionais alegados no Recurso Extraordinário em tela não levam à conclusão que pretende a recorrente que se insurge contra o regime sucessório brasileiro.

Primeiramente, homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. É evidente que existem diferenciações possíveis dentro da lógica constitucional. Para tanto, é preciso uma razão que as legitime.

No caso, o fato de que não há uma manifestação de vontade formalizada para constituição das uniões estáveis as diferem seriamente do casamento. Não há uma deliberação consciente sobre os efeitos patrimoniais daquela relação. Em vida, podem as partes discutir quando da sua dissolução. Ao contrário, após a morte, o *de cujus* já não pode se posicionar sobre o destino de seus bens particulares, razão pela qual é possível que a norma determine que os companheiros só sejam herdeiros no acervo para o qual tenham contribuído presumidamente.

Em segundo lugar, o próprio texto constitucional determina que a lei deve facilitar a conversão de união estável em casamento. É claro que não se trata de uma diferenciação de status das entidades familiares. Nem poderia. Mas é um incentivo à formalização que dá segurança jurídica às relações. Com isso, não se pode afirmar que essa duplicidade de regimes sucessórios afronta o artigo 226, § 3º da Constituição da República.

A convicção, por parte da recorrente, assim como da doutrina que defende sua posição², de que o regime sucessório dos companheiros deveria ser diverso do atual pode dar ensejo a uma pretensão de modificação da legislação infraconstitucional. Contudo, a insatisfação não determina uma inconstitucionalidade baseada na alegação genéri-

² Gustavo Tepedino é referência nesta posição: “O art. 1790 do Código Civil, por estabelecer *discrímen* injustificado em desfavor do companheiro na sucessão hereditária em cotejo com o cônjuge, deve ser considerado inconstitucional, recomendando-se ao Conselho Federal a arguição de inconstitucionalidade em controle concentrado.” Tepedino, Gustavo. Controvérsias sobre a sucessão do cônjuge e do companheiro. In: Pensar, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 138-160, jan./jun. 2012, p. 157.

ca de violação da dignidade humana.

Em suma, não há impeditivos constitucionais para a diferenciação de regimes sucessórios entre casamento e união estável. Na realidade, a declaração de inconstitucionalidade não pode servir como uma panacéia para as insurgências contra a legislação infraconstitucional. É verdade que o Supremo Tribunal Federal possui um papel contramajoritário nos casos em que a defesa de direitos fundamentais não está sendo realizada pelo Poder Legislativo. Nem por isso se pode admitir a reforma constante da legislação infraconstitucional por meio de declaração de inconstitucionalidade baseada na repetição infundada de que determinado dispositivo viola a dignidade.

OS DIREITOS SOCIAIS TRABALHISTAS: A PROTEÇÃO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E SUA DIMENSÃO COMO DIREITOS HUMANOS

Leny Cardoso Gonçalves¹

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, onde todo texto legislativo deve estar em consonância com seus princípios, sobretudo no que diz respeito à promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais, quando a Lei Maior trata em seu Título II, sobre os direitos e garantias fundamentais, no grupo dos direitos sociais, especificamente da proteção aos trabalhadores, abrangida nos incisos do artigo sétimo, eleva os direitos dos trabalhadores e o próprio ramo do Direito do Trabalho ao nível de Direitos Humanos, que deve ser protegido e amparado pelo legislador e promotores do direito.

Preservar, ampliar e proteger os direitos sociais trabalhistas torna-se necessário contra a espoliação da dignidade humana, e ao Direito do Trabalho, cuja dimensão ética de proteção da dignidade, cidadania e justiça social o eleva a vertente de Direitos Humanos e instrumento jurídico de proteção ao trabalhador cabe a ele a normatização do trabalho digno, inclusão social do trabalhador no mercado de trabalho e

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade Doutor Francisco Maeda – FAFRAM, de Ituverava, Estado de São Paulo – Brasil – e-mail: leny_cardosog@hotmail.com

amparo, para que desfrute dos mecanismos de distribuição de rendas permitindo assim seu convívio social, familiar e comunitário, além de proibir a mercantilização do trabalho humano.

A crise estrutural pela qual passa o capitalismo revela a precarização do trabalho, principalmente a advinda da ampla exploração pela terceirização, que macula os direitos sociais, e torna inviável a concretização de conceitos como o do bem-estar e melhoria de condição social ao trabalhador. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) favorece a proteção dos Direitos Humanos no âmbito trabalhista, onde promove e incentiva os Estados a adotarem políticas de proteção e promoção da saúde do trabalhador, buscando amenizar as desigualdades que o capital e sua estrutura promovem no meio ambiente do trabalho.

Na busca da efetivação das propostas da OIT aos Estados, com a constitucionalização do Direito do Trabalho, surge o princípio da proteção ao trabalhador, que por ser considerado hipossuficiente nas relações trabalhistas, este princípio se torna o guardião dos direitos e garantias fundamentais ao trabalhador, onde a intervenção do Estado nas relações de trabalho tem como base assegurar a dignidade do trabalhador e proteção do mesmo frente à dominação do capital que o submete a condições desumanas de trabalho e, consequentemente, de vida.

O texto constitucional demonstra grande preocupação com o trabalhador, onde o legislador trabalhista, em consonância com a proteção dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e garantia aos direitos fundamentais, mais efetivamente o de proteção ao trabalhador, busca, com o Direito do Trabalho, amenizar a desigualdade que o capital gera nas relações de trabalho e sustentar a igualdade prevista na Lei Maior.

Assim, tem-se que o Direito do Trabalho, além de regular as relações trabalhistas, representam a proteção dos princípios constitucionais, no tocante aos Direitos Humanos, que garantem dignidade e proteção ao trabalhador, onde, os direitos sociais relacionados ao mundo do trabalho, alcancem um processo civilizatório mínimo, com um mercado de trabalho mais humano, onde sua precarização se torne cada vez mais escassa e os direitos previstos na Constituição sejam ampliados e efetivados pelos promotores do direito e da justiça social.

A (DES)SINTONIA ENTRE O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Lívia Dias Barros¹

O presente trabalho tem por objetivo analisar a sintonia ou dissintonia entre os instrumentos trazidos pelo Novo Código do de processo civil e o princípio constitucional da razoável duração do processo e dos meios que garantam sua celeridade, incorporado ao texto constitucional por meio da EC 45/2004. Para tanto partiremos da análise do processo de constitucionalização dos diversos ramos do Direito, com destaque a opção expressa do novo código de processo civil pela teria do processo constitucional. O art. 1º determina que o processo civil seja ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas constitucionais estabelecidas na constituição federal de 1988. O que não significa dizer que só agora o código de processo civil esta subordinado hierarquicamente aos ditames constitucionais, mas como bem aponta Arruda Alvin², trata-se de uma disposição de caráter didático, atenta ao fato de que no mundo jurídico as transformações não ocorrem instantaneamente, de modo que muitas vezes, os avanços teóricos e culturais, precisam ser reforçados por meio de normas explícitas. Em que pese o atual conteúdo expresso da razoável duração do processo, bem defende o constitucionalista Ivo Dantas³, que o seu conteúdo já se apresentava implícito a todo o texto constitucional de 1988 (inclusive desde o seu preâmbulo onde restou expressa a escolha ideológica a instituição do Estado Democrático de Direito). Os princípios constitucionais fundamentais dentre

¹ Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) sob orientação da prof. Dra. Virgínia Leal e do prof. Dr. Ivo Dantas. Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura de Pernambuco (ESMAPE). Graduada em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Brasil. Endereço eletrônico: livia.barrospe@gmail.com

² In MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WAMBIER, Teresa Arruda. (Orgs.), O Processo em Perspectiva. Jornadas Brasileiras de Direito Processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 81-82.

³ DANTAS, Ivo. Teoria do Estado Contemporâneo. 2ª edição revista, aumentada e atualizada: São Paulo: Editora RT, 2013.

os quais está o direito fundamental a razoável duração do processo, representam o núcleo central da ideologia constitucional vigente no Brasil, que se faz necessário para garantia da segurança e a eficácia prática ao resultado do processo. Foi nesse contexto que buscamos analisar os instrumentos trazidos pelo novo código em que a duração razoável do processo deve estar umbilicalmente ligada ao processo justo, a dignidade da pessoa humana, a razoabilidade, a proporcionalidade (art. 8º NCPC), em que se valoriza a boa fé (art. 5º NCPC) e a cooperação entre os sujeitos do processo para que se obtenha em tempo razoável decisão do mérito justa e efetiva. (art. 06º NCPC). Tratamos de refletir acerca do conteúdo de alguns instrumentos trazidos pelo novo código, além das já conhecidas medidas de urgência, a constituição das tutelas de evidência, a diminuição dos recursos, valorização das sentenças paradigmas e dos precedentes, a inibição de recurso protelatório e a obrigatoriedade em obedecer à ordem cronológica de conclusão para o proferimento de sentença ou acórdão. O artigo 311 c/c com o 701 do NCPC determina que juiz possa decidir em sede de liminar, quando as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e/ou houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, podendo inclusive, deferir a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer. O que representa nada mais do que uma técnica de distribuição do ônus do tempo do processo. O tempo do processo, assim como a produção da prova, deve ser visto como um ônus, que, bem por isso, não pode ser jogado nas costas do autor como se esse tivesse culpa pela demora inerente à discussão da causa. Por fim, tratamos de refletir acerca do exposto pelo processualista Luiz Guilherme Marinoni no texto *Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo*⁴ em que o autor destaca a dificuldade de se efetivar a razoável duração do processo em um sistema em que o duplo juízo sobre o mérito é visto como dogma e a sentença, em regra, só tem valor depois de reafirmada pelo tribunal. De modo que apesar de todos os esforços mencionados e da expressa opção ideológica de adesão a Teria do direito processual constitucional, o novo Código de Processo Civil não foi capaz de corrigir a principal disfunção do Código de 1973, ou seja, diante do instituto da tutela antecipada (1994) e da tutela de evidência (2015), ainda deixou pendente a solução quanto à falta de executividade imediata da sentença na pendência da apelação.

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Novo CPC ainda deixou pendente garantia sobre duração razoável do processo. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-13/direito-civil-atual-cpc-deixou-pendente-garantia-duracao-razoavel-processo>. Acesso em: 20 de Maio de 2015.

ENERGIA (LIMPA E INESGOTÁVEL)

HIDRELÉTRICAS O BRILHO BRASILEIRO QUE CONSUME O AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO

Lucas Augusto Tomé Kanno Vieira¹

Por meio de pesquisas bibliográficas em periódicos, estudos de impacto ambiental e jurisprudências do Pretório Excelso, o presente trabalho busca correlacionar o consumo de energia elétrica e o desenvolvimento humano nos padrões sociais ocidentais contemporâneos, observando a tendência internacional de reconhecer as energias renováveis (limpas), como modelo de matriz energético ideal para sustentar as demandas das sociedades atuais.

Foi realizado estudo pormenorizado sobre a utilização de potencial hidroelétrico como base da matriz energética brasileira, e seu discurso ambiental, bem como os impactos que permeiam a realidade desta indústria de produção de energia elétrica, a fim de perceber a solidez do discurso internacional que visa difundir este modelo de matriz energética como energia “limpa” e “renovável”.

Pondera-se a necessidade do fornecimento de energia no atual modelo de sociedade, que se mostra essencial para efetivação de alguns direitos fundamentais garantidos na constituição federal, havendo um antagonismo em relação a outros direitos fundamentais, que com o modelo atual de produção de energia e padrões de consumo desta sociedade, sucumbem ao antigo paradigma utilitarista.

Demonstra ao final, os impactos reais nos prismas das populações atingidas, sejam comunidades tradicionais ou não, bem como flora, fauna e alterações climáticas decorrentes deste modelo de matriz energética, que impactaram, impactam e impactarão o ambiente global e local, tanto nas presentes, como para as futuras gerações.

O presente trabalho permite perceber que existem cenários de produção de energia, e mais especificadamente energia elétrica, por meio de matrizes de alto impacto, ocorrendo em todos os países do mundo, inclusive o Brasil. Contudo, este se destaca como expoente em

¹ Mestrando em Direito Ambiental e desenvolvimento sustentável, pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil. lucas.kanno@hotmail.com

sua matriz energética para energia elétrica, com energias renováveis, ditas limpas.

Em que pese essa matriz constar fontes como energia eólica, de biomassa, solar, a principal composição é feita por hidroelétricas, o que ainda é um avanço frente a perspectiva internacional, todavia, esta matriz também possui impactos negativos, que são significativamente danosos, principalmente a flora, fauna, comunidades locais menos informadas, que perdem não só sua posse – propriedade, como seu patrimônio, muitas vezes sua cultura e identidade cultural, seus laços afetivos e memórias, além da degradação da paisagem e monumentos naturais.

Estes impactos são velados, pela força econômica que traveste o discurso desenvolvimentista, e os contrapontos de ausência de uma matriz energética viável mais ecológica, apresentando uma escolha entre privilegiar os direitos fundamentais de primeira e segunda geração ou os direitos fundamentais de terceira geração.

Ao final, é de fato necessário um novo pensamento de modelo de sociedade, principalmente na forma do consumo, superando as ideias utilitaristas de sustentabilidade, e buscando o real desenvolvimento sustentável, e a efetivação do paradigma do estado democrático de direito.

Enquanto permanecer este modelo de sociedade, haverá uma batalha entre os direitos fundamentais civis e sociais contrapondo-se a proteção e manutenção do equilíbrio ambiental, batalha esta que exigirá a solução habitualmente levada ao judiciário, para solucionar o conflito aparente de normas constitucionais, até a reforma dos modelos de consumo e vida da sociedade atual.

Assim, o presente trabalho aborda o discurso internacional de que é necessária a reformulação das matrizes energéticas globais, a luz do protocolo de Quioto, com o ideal de redução da emissão dos gases de efeito estufa, e que elegeu o Brasil como modelo de país que adotou em sua matriz energética, fontes renováveis de energia dita limpa, como exemplo a usina hidroelétrica; Contudo, revelou-se o lado renegado dos impactos dessa matriz, em especial no momento de sua implantação, que, conforme dados colhidos, são por vezes equiparáveis às termoelétricas, causando uma migração forçada, e violando essencialmente não só o ambiente mas também o equilíbrio ecológico do meio, restando a ponderação entre os direitos fundamentais de primeira e segunda geração em conflito aparente com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A MEDIAÇÃO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:

A SOCIEDADE EMPRESÁRIA RESOLVENDO O CONFLITO ATRAVÉS DO DIÁLOGO.

Luciane Mara Correa Gomes¹

Carmen Caroline Ferreira do Carmo Nader²

A Constituição da República preconiza o esforço comum entre Estado e sociedade civil na solução dos conflitos decorrentes das relações sociais, mantendo assim uma intersecção entre a jurisdição exercida através do Poder Judiciário e a adoção de mecanismos alternativos para a obtenção da pacificação de celeumas. Um ponto que deve ser observado, com prática moderna, que Justiça não é mais uma virtude, é também o fundamento da sociedade (RABENSHORST, 2006, p. 493). Quando estes valores são observados a partir da liberdade do homem, a partir da afirmação da sua autonomia, Kant observou que o ser humano como pessoa, retira de si toda sua dignidade, logo, todo seu valor (BRAGATO, 2006, p. 471). Este pensar no homem inserido na Constituição se confere por igualdade de tratamento a pessoa jurídica que recebe o tratamento em idêntico quilate. Se cabe ao Estado dizer o Direito; às pessoas físicas ou jurídicas, buscar métodos de sua efetivação sem desconstruir a garantia constitucional de obter uma prestação jurisdicional quando seu direito for lesado ou sofrer ameaça. É fato que a Constituição da República não se trata de um somatório de normas postas em vigência ao dispor do Estado (FREIRE JUNIOR, 2005, p. 89), tendo por finalidade compreender as necessidades decorrentes da regulamentação das práticas modernas e globalizadas, sendo cabível fixar a ponderação dos direitos fundamentais amalgamados na Carta sem deixar de atender ao mínimo existencial de que cada indivíduo resguardado efetivamente necessita e busca. No que se refere às sociedades empresárias, as exigências feitas pelos meios de comunicação e estratégias de pro-

¹ Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Professora Assistente do Centro Universitário Augusto Motta. Professora Assistente da Faculdade Mercúrio. Brasil. lucianemara@uol.com.br

² Mestranda em Direitos Humanos pela Universidade Católica de Petrópolis. Professora Assistente da Universidade Iguaçu. Brasil. carmenccaroline@gmail.com

paganda, comercialização e marketing, é possível visualizar que diante de um mercado multinacional como o que se vivencia, não há outros vieses de argumentos para os interesses em colisão entre consumidores e empresários. A proteção constitucional do direito do consumidor é premissa maior diante da potencial fragilidade daquele que não é detentor dos meios produtivos, ponto indubitavelmente pacificado. Neste estrito ponto, é importante determinar que as empresas não mais buscam apenas a qualidade na sua linha de produção, como também se faz importante a manutenção da imagem que ela reflete no mercado, visto pela doutrina como marketing de pessoal. Diante da linha tênue existente entre a produção em massa de bens e a voracidade com que o mercado absorve os produtos e serviços que são postos em negociação, o ponto nevrálgico destas posições é a qualidade do objeto fruto da relação negocial e, com a acessibilidade dos indivíduos culturalmente preparados a buscar a reparação na lesão de seus direitos, propagadas em maior escala, a partir dos recursos geográficos, culturais e estruturais (FONTAINHA, 2009, p. 37), por meios de alcance a Justiça de forma equânime. Algumas sociedades empresárias encontram-se com desbastada credibilidade tendo em vista frequentemente estarem envolvidas em mecanismos de judicialização em massa. Os Tribunais de Justiça já estabeleceram um diagnóstico, de forma a identificar quais as empresas que são constantemente demandadas em juízo. A título de delimitação, este artigo abordará a listagem elaborada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, que possui em sua página da rede mundial de computadores uma relação contendo os trinta maiores litigantes no âmbito dos juizados especiais cíveis e varas cíveis, donde se observa que tem em sua formação concessionárias de serviços públicos, bancos e instituições de crédito e empresas do comércio varejista. Pode-se pensar, na hipótese de aplicar, dentro daquilo que seja acessível, operacional, útil e proporcional (CARNEIRO, 2000, p. 55) for adaptável às condições brasileiras, caminhos para que não seja o Poder Judiciário soterrado por ações que, em numerosa escala, são oriundas da falta de preparo dos prepostos das empresas em buscar uma solução de qualidade, na seara administrativa, para o consumidor. Idealizar a prática da mediação no âmbito administrativo destas empresas não resolveria os problemas de sobrecarga de demandas judiciais (PINHO, 2005, p. 13). Contudo, é possível refletir a respeito da atuação do “ombudsman”, expressão de origem sueca, mas também presente na Inglaterra, França, Portugal e Espanha, com a função de representante do povo. Muitas vezes atuando como ouvidor ou provedor, de acordo com o papel so-

cial e no Estado de São Paulo esta função foi absorvida pelo Ministério Público. Assim como a mediação pré-processual para filtrar os conflitos que serão convertidos em ações judiciais, onde houve a perda da capacidade dialogal. Nesta pesquisa, estuda-se o campus de atuação e o alcance da preparação dos acadêmicos que atuarão na comissão ser instalada no Curso de Administração de Empresas da Faculdade Mercúrio, dentro do projeto Empresa Junior, cujo foco é a formação de administradores aptos a assumir a postura de agente, com a formação adequada para desenvolver a função social da empresa. Tendo como metodologia a pesquisa qualitativa, reproduzida na análise de dados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, usando a análise documental e bibliográfica para ampliar os marcos teóricos.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO EM FACE DAS TRÊS ONDAS DO ACESSO À JUSTIÇA

Mateus Leite Cavalcante¹

As normas que regem as relações processuais devem ser observadas sob a ótica de um sistema de direitos e garantias fundamentais tendo em vista um equilíbrio social e democrático. Tais normas são encontradas, sobretudo, na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece normas processuais gerais, ensejando um sistema constitucional processual que visa assegurar aos cidadãos efetividade do processo, oferecendo mecanismos para o acesso à justiça. O presente trabalho, através de método científico dedutivo e procedimento bibliográfico, analisa o processo civil brasileiro e suas interfaces com a teoria das três ondas de acesso à justiça formulada por Cappelletti (1988), e que estão inseridas na CRFB/88, demonstrando a constitucionalização do direito processual. O interesse na obtenção de um efetivo acesso à justiça desencadeou três institutos básicos, que foram sendo criados em uma sequência cronológica. O primeiro instituto é a assistência judiciária gratuita, conhecido como a pri-

¹ Estudante da graduação em Direito da Faculdade de Direito Santo Agostinho (FADISA), Brasil. mateus.leite@hotmail.com

meira onda de acesso à justiça. Quanto a este instituto, a partir da segunda metade do século XX, houve a análise das condições de viabilidade do acesso à justiça àqueles que não tinham recursos suficientes para ir a juízo pleitear uma tutela jurisdicional. Neste sentido, foi positivado na CRFB/88, artigo 5º, LXXIV a assistência jurídica gratuita. Tal assistência, no processo civil, materializa-se pela gratuidade de custas processuais e pela prestação do Estado de orientação e defesa jurídica dos direitos pela defensoria pública ou outros órgãos gratuitos de apoio jurídico. Logo, a gratuidade à justiça se mostra essencial não apenas como meio de possibilitar um acesso equânime à justiça por parte de todos, mas também como um forte mecanismo de integração social, possibilitando aos indivíduos buscar a tutela jurisdicional do Estado, mesmo não possuindo condições de arcar com a onerosidade do processo. O segundo instituto, integrante da segunda onda de acesso à justiça, diz respeito às representações jurídicas para os chamados interesses difusos, como a proteção ao meio ambiente, patrimônios históricos, e direitos ao consumidor. Referidos direitos, apesar de tratados em constituições anteriores, tomam vulto nas últimas décadas, especialmente após CRFB/88, que inaugura novo panorama com o denominado direito processual constitucional, criando espaço para discussões e mecanismos que se inclinam muito mais para reflexos sociais do que individuais, prevendo a tutela coletiva em geral, a título de exemplo, no seu artigo 8º, III, rompendo assim, paradigmas como o artigo 6º do Código de Processo Civil/1973, que veta a possibilidade de alguém pleitear em nome próprio, direito alheio. Nesta seara, destaca-se ainda, importantes instrumentos constitucionais que protegem tais interesses, como ação civil pública, ação popular, e o mandado de segurança coletivo. Já a terceira onda de acesso à justiça está ligada à satisfação do jurisdicionado em relação à prestação jurisdicional efetuada pelo Estado, e é também denominada de “novo enfoque de acesso à justiça”. Existem certos mecanismos que são fundamentais para que a terceira onda de acesso à justiça se desenvolva, e que passam a ser listados para uma melhor compreensão. Os Juizados Especiais disciplinados pela Lei 9.099/95 constituem mecanismos que visam desenvolver soluções céleres aos conflitos que obedeçam as normas trazidas pela própria lei, priorizando o menor tempo possível entre a lesão de um direito e a prestação jurisdicional referente aquele caso concreto. Outros mecanismos responsáveis pelo desenvolvimento da terceira onda de acesso à justiça, constituem os chamados sucedâneos da jurisdição, conhecidos como a arbitragem, a conciliação e a mediação. Estes institutos atuam como caminhos alternativos ao procedimento judicial para a solução de conflitos. Ao submeter as controvérsias a tais meios, prima-se

pela celeridade de toda a cadeia processual, uma vez que, quanto maior o número de conflitos submetidos aos meios extrajudiciais, menor será a quantidade de processos judiciais. Prosseguindo pela busca de democratizar a estrutura do Poder Judiciário, importante instrumento é a E.C nº 45/2004, responsável pela criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão que exerce o controle da atividade jurisdicional, tornando-o mais célere e eficaz. Cita-se ainda, a criação dos novos mecanismos que atuam para a celeridade e eficácia processual, quais sejam, o Processo Judicial Eletrônico, pelo qual os atos processuais passam a ser realizados digitalmente, através de sistemas próprios que são desenvolvidos diretamente nos sites dos tribunais e, inclusive, regulamentados pela Lei 11.419/2006, bem como pelo novo CPC/2015. Todos esses mecanismos instrumentalizam a celeridade processual insculpida no art. 5º, LXXVIII, da CFRB/88. Conclui-se que, mesmo o Brasil passando por uma constitucionalização processual, e possuir tantos mecanismos para uma prestação jurisdicional eficaz, esta ainda é tão eficaz quanto necessita ser, devendo outros mecanismos serem pensados, aperfeiçoamento dos já existentes.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NA DOGMÁTICA JURÍDICA EM FOCO:

O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO

Pedro Gustavo Sarnadas¹

É inefável o respeito aos princípios do estado democrático de direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades e garantias individuais, da justiça material, da tolerância, bem como outros princípios que são pilares da sociedade e do direito brasileiro. Tais pilares constituem e modulam a sociedade brasileira pós constituição de 1988.

A Constituição Federal (CF) de 1988, no Brasil, demarca modificações estruturais e fundamentais na dinâmica do direito, aglutina o anseio da população, de classes sindicais, de movimentos sociais, do setor político, dentre outros segmentos, e, conseqüentemente, expressa transformações contundentes na sociedade e no ordenamento jurídico

¹ Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Direito (FDU-FBA) da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Brasil. Contato: gsarnadas@yahoo.com.br

brasileiro.

Para Barroso (2004, p. 146-149), as mudanças históricas, a dinâmica política e social requerem uma interpretação evolutiva da norma constitucional, atribuindo conteúdos diferenciados, ao tempo, em que se deve resguardar os limites e princípios fundamentais constitucionais “essa interpretação evolutiva se concretiza, muitas vezes, através de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados (...) que podem assumir significados variados ao longo do tempo”.

A história da constitucionalização do direito, segundo Barroso (2005), tem como marco a Alemanha, pós segunda guerra mundial, com a instituição da Lei Fundamental de 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*) que estabeleceu os direitos fundamentais do cidadão, pautados na dimensão subjetiva de proteção de situações individuais e na instituição de uma ordem subjetiva de valores. Esta valoração do conteúdo da Lei Fundamental permitiu posteriormente que o Tribunal Constitucional Alemão desenvolvesse a impregnação do direito com os princípios constitucionais e a adequação ou extinção de legislação que colidisse com os direitos fundamentais preconizados na Carta.

O princípio de garantia dos direitos fundamentais está profundamente ligado a constitucionalização do direito, tal aspecto evidencia-se no caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230 apud Guedes, 2014), que por meio de posicionamento jurídico, na Alemanha, em 1958, foi defendido o direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, desdobrando-se na obrigatoriedade de o Estado proteger a dignidade da pessoa humana (Martins, 2005, p. 83). Baseava-se na questão objetiva dos direitos fundamentais (Sarmiento, 2004) e influenciou as relações jurídicas dos Estados Constitucionais, bem como o direito brasileiro e a dogmática jurídica, definindo novos paradigmas para a interpretação constitucional e dos direitos fundamentais e, por conseguinte, sua infiltração na legislação infraconstitucional.

A CF ao abarcar um tema tão relevante para povo brasileiro, os direitos fundamentais, evidenciou mudanças de paradigmas, influenciando a judicialização das grandes e pequenas questões nacionais, ou seja, a população iniciou uma maior procura ao poder judiciário, trazendo questões com ampla repercussão social e jurídica ao Supremo Tribunal Federal (Barroso, 2005). Temas referentes aos direitos fundamentais e outros princípios constitucionais foram argumentados nesta Corte ao longo das últimas décadas, que detém, dentre outras funções,

a de Tribunal Constitucional (Dallari, 2001).

Torna-se espectável analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), a exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), no que tange aos Direitos Fundamentais.

A ADPF é um mecanismo instituído pela Constituição de 1988, e regulado pela Lei 9.882/99, para suprir a lacuna deixada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) no que se refere a discussão de atos normativos, tanto do poder federal, estadual, e municipal, que entraram em vigor antes da promulgação da atual CF.

Ressalta-se que a competência para julgar a arguição é do STF o qual, segundo a lei nº 9.882/99, deve admiti-la quando não for o caso ou quando houver outro meio eficaz de sanar a lesividade, evidenciando o seu caráter subsidiário. Moraes (2015, p. 822 e 823) afirma o efeito erga omnes da decisão e sua irrecorribilidade ao ser julgada procedente ou improcedente.

A ADPF apresentou-se basilar para a garantia dos direitos fundamentais do brasileiro, e, no século XXI, proporcionou relevantes debates sociais no STF, sendo valioso instrumento de constitucionalização do direito brasileiro e de judicialização das grandes questões nacionais, alçando o Brasil dentro das novas formas de interpretação da hermenêutica constitucional e lufando novos ares à dogmática jurídica vernácula.

Um posicionamento do STF, foi em torno da ADPF 54, em 2004, e que tem como arguente a Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (CNTS), representada pelo Advogado Luis Roberto Barroso, que solicita ao STF o entendimento que o aborto de feto anencéfalo não é tipificado pelos Artigos 124, 126, caput, e 128, incisos I e II, portanto, o ato não caracterizaria crime de aborto.

O STF, por maioria, entendeu que a interpretação do aborto de acéfalos como crime é inconstitucional, pautando-se nos princípios fundamentais presentes na Magna-carta, portanto, há uma normatividade dos princípios constitucionais, em que não há a revogação de um artigo e, sim, a paralisação de uma incidência inconstitucional da norma.

A NÃO CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO:

UMA ANÁLISE DO PLS 402/2015

Ramon Alves Silva

Adalberto Antonio Batista Arcelo

O discurso jurídico-constitucional característico do Estado Democrático de Direito brasileiro implica uma filtragem hermenêutico-constitucional. Por tal prisma, a constitucionalização de garantias individuais como o acesso à justiça, o devido processo legal e a presunção de inocência deveriam culminar em uma principiologia delineadora da dinâmica jurídico-penal no Brasil contemporâneo. Contudo, nota-se na sociedade brasileira do presente que tal principiologia não parece orientar a dinâmica jurídico-penal. Problematisa-se, por tal perspectiva, a força normativa dos princípios constitucionais, tendo como parâmetro a dinâmica jurídico-penal no Brasil atual. Nossa hipótese é a de que a baixa normatividade dos princípios fundamentais garantidores do acesso à justiça e do devido processo legal deteriora o projeto democrático-constitucional de um direito penal garantista e mínimo. Como desdobramento da mesma hipótese, é possível indicar que a fragilidade normativa e institucional por trás da (não) constitucionalização do direito penal brasileiro deve-se a uma (sub)cultura fortemente colonizadora e autoritária. O fenômeno da constitucionalização simbólica, neste contexto, ilustra o cenário brasileiro atual: se ao indivíduo são garantidos direitos tidos como fundamentais, essas mesmas garantias caem no vazio na política da vida que constitui a rotina de expressiva parcela da sociedade brasileira. Uma amostra é o que ocorre no Projeto de Lei do Senado 402/2015. Tal Projeto emerge como um exemplo concreto do processo de corrupção do sistema do direito pelo sistema da política, em que o direito, antes de se mobilizar orientado-se por princípios constitucionais, é dinamizado por interesses de poder. O populismo penal decorrente de tal situação relativiza a garantia fundamental da presunção de inocência. Isso porque o indivíduo condenado a uma pena privativa de liberdade superior a quatro anos, em caso de crimes considerados graves, deve ser preventivamente preso. A prisão preven-

tiva, em nome da ordem social, prevalece sobre o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Evidencia-se a fragilidade normativa das garantias individuais. É o caso da garantia de presunção de inocência, um direito individual primordial no processo penal para evitar que inocentes sejam presos e estigmatizados como culpados. Tal artifício se mostra recorrente em Estados totalitários, que se distinguem por cindir a sociedade entre incluídos e excluídos, ou seja, entre “pessoas de bem” e “criminosos”. A partir de distinções discriminatórias que, em sua ampla maioria, refletem um mero preconceito em relação às diferenças, a dinâmica jurídico-penal no Brasil reproduz um filtro seletivo que reforça a cisão entre incluídos e excluídos. Sustentamos que cada vez que uma garantia individual tem sua normatividade fragilizada, considerando a dinâmica jurídico-judiciária em sua atuação subsversiva à principiologia constitucional, fragiliza-se o próprio Estado de Direito brasileiro e, por outro lado, robustece-se o autoritarismo estatal. A dogmática jurídica brasileira alimenta esse processo ao sustentar que não existem direitos fundamentais absolutos, projetando a possível aprovação da PLS: sob os mais vulneráveis irá recair todas as consequências devido à seletividade do sistema penal, a qual é evidenciada de forma clara em tal Projeto já com a criminalização primária na elaboração legislativa. O argumento usado pelos defensores do projeto, dentre os quais a Associação dos Magistrados Federais (evidenciando que a tradição autoritária afeta inclusive os atores jurídicos), é que se evite recursos protelatórios e a indesejável prescrição. Assim atribuir-se-ia maior efetividade ao processo penal, minimizando assim a morosidade da justiça. A análise do Projeto de Lei do Senado 402/2015, neste ensaio, pretende confirmar a mera constitucionalização simbólica de garantias individuais fundamentais. Como consequência da não constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal brasileiros – e considerando a possível positivação do PLS 402/2015 – destaca-se a flagrante inconstitucionalidade do Projeto; o aumento expressivo do número de presos provisórios, que já são 40% no Brasil; o agravamento da situação carcerária. O método de análise que subsidiou nossa pesquisa é crítico e interdisciplinar, tendo em conta as permanentes relações entre o jurídico, o político e o social. Destacamos, ainda, o uso de fontes primárias como o citado PLS e a sessão da Comissão de Constituição e Justiça do Senado que tratou do tema, onde foram trazidos argumentos prós e contras.

A SALA DE MÁQUINAS DA CONSTITUIÇÃO E AS ENGRENAGENS DO PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO BRASILEIRO: UMA REFLEXÃO ACERCA DA ORGANIZAÇÃO DO PODER AO LONGO DA HISTÓRIA

Adamo Dias Alves¹

Benedito Silva de Almeida Junior²

O presente trabalho parte do pressuposto de que a história da organização do poder está no centro da reflexão sobre o que é o constitucionalismo. Os diversos processos de constitucionalização no mundo moderno atestam que o constitucionalismo é um fenômeno complexo, decomposto em variados espaços de experiência histórica. Pela análise dessas experiências históricas, podem-se identificar basicamente três eixos fundamentais encampados pela maioria dos movimentos constitucionais: a preocupação com limitação do exercício do poder político, a organização e separação dos poderes, e, por fim, a garantia de direitos fundamentais. Canotilho sintetiza os três elementos e conceitua constitucionalismo como “[...] uma técnica específica de limitação do poder com fins garantísticos”. Tal movimento político e jurídico se contrapõe, nesse sentido, ao “império da vontade” dos soberanos no âmbito das monarquias absolutistas, pretendendo substituí-lo pelo “império da lei” – a ideia é que todos deveriam igualmente submeter-se à lei a fim de haja certa previsibilidade nas relações sociais, seja estabelecida a igual liberdade de ação para todos e sejam garantidos os mecanismos de defesa do cidadão contra toda forma de arbítrio e violência – dando origem ao surgimento do Estado de Direito.

A realidade latino-americana, apesar de genericamente poder ser inserida na dinâmica desses movimentos constitucionalistas, possui peculiaridades dignas de uma análise mais detalhada. As oligarquias nacionais instaladas nesses países latino-americanos imediatamente assumiram o controle das incipientes instituições políticas que surgiram no momento pós-independência. Ciente de seus interesses e buscando a manutenção de seu *status quo*, essa classe política encontrou a fórmula constitucional perfei-

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Professor Adjunto I do Departamento de Direito do campus avançado de Governador Valadares da Universidade Federal de Juiz de Fora. Brasil. adamodiasalves@hotmail.com

² Graduando do curso de Direito da Faculdade de Direito da UFJF no campus de Governador Valadares. Brasil. benejunior182@hotmail.com

ta para tal, a saber, um modelo que preconizasse por liberdades civis amplas e liberdades políticas limitadas.

Tal modelo se embasava em dois argumentos principais: o primeiro, defende que o povo de maneira geral não seria capaz de gerir as questões estatais e, em razão disto, reivindica que as instituições políticas deveriam ser gestadas pela “elite intelectual esclarecida”; a segunda, partindo do pressuposto que as novas nações apresentariam maior instabilidade institucional e política ameaçando a ordem estabelecida, seria necessário dotar o Poder Executivo de faculdades especiais de maneira a possuir preponderância expressiva frente aos outros poderes. Por decorrência lógica da síntese dessas duas razões tem-se que a estrutura das primeiras constituições latino-americanas tiveram forte caráter autoritário.

O contexto histórico brasileiro do surgimento das instituições políticas no período pós-independência não difere muito do descrito acima. Basta lembrar que no Império o Poder Moderador protagonizava praticamente todos os atos e decisões políticos, desequilibrando de maneira determinante o equilíbrio dos Poderes constituídos. Em detrimento dos constitucionalismos tradicionais (notadamente o inglês) onde “o rei reina, mas não governa”, no Brasil “o rei reina, governa e administra”, segundo síntese feita por Visconde de Itaboraí, no Império. Mesmo a República nasce com caráter significativamente autoritário, na medida em que se origina de um golpe militar.

Gargarella em sua obra *La sala de máquinas de la Constitución* analisa essa realidade no contexto jurídico e político latino-americano e assevera que a correlação fundamental que havia nos primeiros movimentos constitucionais entre a limitação do poder político e a garantia de direitos individuais assume configuração diversa nesses movimentos constitucionais, e a relação entre esses elementos passa a ser de dissonância e distanciamento. Certamente o constitucionalismo latino-americano convergiu no sentido de gradativamente ampliar o rol de direitos os quais o Estado deveria primar por suas respectivas efetividades; em contrapartida a seção das Cartas Constitucionais que tratavam da organização do poder persistiram inalteradas. É daí que surge a sua principal tese: as normas jurídicas que positivaram direitos fundamentais viram seu âmbito de eficácia definitivamente limitado pelas práticas de um Poder Executivo centralizado e hipertrofiado, por sua vez fruto da resignação da classe política de alterar a seção de organização do poder, chamada por Gargarella de “a sala de máquinas da Constituição”. O autor, entretanto, silencia em relação ao Brasil, que possui especificidades históricas que fazem seu contexto destoar ligeiramente do resto dos países do continente.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho científico é atestar se a tese de Gargarella aplica-se ao desenvolvimento das instituições políticas brasileiras. Nesse sentido é que se pretende analisar através de uma perspectiva histórica o gradativo processo de construção dessas instituições na tentativa de evidenciar a relação entre a organização do poder político e a positivação.

O ESTADO DE EXCEÇÃO NA HISTÓRIA DO BRASIL REPUBLICANO: CONSTITUIÇÕES, FORMAS-DE-LEI E PRÁTICA EXCEPTIVA

Ana Suelen Tossige Gomes¹

Andityas Soares de Moura Costa Matos²

O estado de exceção, de acordo com as doutrinas tradicionais do Direito Público, é conceituado como medida excepcional à legalidade, autorizada pelo ordenamento diante de situações emergenciais. Agamben constata, todavia, que nas Constituições modernas a utilização do

¹ Graduada e Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). Integrante do Grupo de Pesquisa “O estado de exceção no Brasil contemporâneo : para uma leitura crítica do argumento de emergência no cenário político-jurídico nacional”, da Faculdade de Direito da UFMG. E-mail: anatossige@gmail.com

² Graduado em Direito, Mestre em Filosofia do Direito e Doutor em Direito e Justiça pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). Professor Adjunto III de Filosofia do Direito e disciplinas afins na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (Graduação e Corpo Permanente da Pós-Graduação) e Professor Titular de Filosofia do Direito no curso de Direito da FEAD, em Belo Horizonte/MG. Chefe do Departamento de Direito do Trabalho e Introdução ao Estudo do Direito da Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisador colaborador no Departamento de Filosofia da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Professor Visitante na Facultat de Dret da Universitat de Barcelona. Coordenador do Grupo de Pesquisa “O estado de exceção no Brasil contemporâneo: para uma leitura crítica do argumento de emergência no cenário político-jurídico nacional”, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Autor de ensaios jusfilosóficos tais como *Filosofia do Direito e Justiça na Obra de Hans Kelsen* (Belo Horizonte, Del Rey, 2006), *O Estoicismo Imperial como Momento da Ideia de Justiça: Universalismo, Liberdade e Igualdade no Discurso da Stoá em Roma* (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009), *O Grande Sistema do Mundo: do Pensamento Grego Originário à Mecânica Quântica* (Belo Horizonte, Crisálida, 2011), *Kelsen Contra o Estado* (In: *Contra o Absoluto: Perspectivas Críticas, Políticas e Filosóficas da Obra de Hans Kelsen*, Curitiba, Juruá, 2012), *Filosofia radical e utopia: inapropriabilidade, anarquia, a-nomia* (Rio de Janeiro, Via Verita, 2014). E-mail: andityas@ufmg.br

estado de exceção pelo poder constituído demonstra funcionar como regra. Na história da República brasileira não é diferente: antes mesmo da Constituição de Weimar e da I Guerra Mundial, o estado de exceção, qualificado sob a forma do estado de sítio, já era utilizado como técnica de governamentalidade no Brasil. Nesse sentido, partindo de dados e pesquisas oficiais do Senado Brasileiro, de diplomas legais e de bibliografia relacionada ao tema, buscou-se analisar os institutos jurídicos excepcionais que marcam a história constitucional da República brasileira (1889-2014), bem como correlacionar as práticas excepcionais relativas aos períodos estudados. Da investigação foi possível inferir que os instrumentos excepcionais tendem a ocorrer de modo contínuo, mesclando-se com a “normalidade” garantida pelo direito, seja por meio do estado de sítio, de atos administrativos ou de medidas provisórias. Na I República, em que a ideologia liberal deveria embasar o novo regime político, medidas excepcionais de desterro e detenção eram aplicadas como penas, pois mesmo quando o sítio deixava de vigorar, as medidas permaneciam sendo impostas aos cidadãos. Ainda, a utilização generalizada do estado de sítio, por quase todos os governos do período constitucional da I República (de 1891-1930), demonstra que o estado de sítio serviu a interesses econômicos propulsores do capitalismo no Brasil, além indicar que a transição para um novo regime – dito “democrático” – na prática não ocorreu. Já o período Vargas, inicia-se com o governo por decretos de caráter marcadamente autocrático. Na vigência da Constituição de 1934 o Presidente declara em estado de sítio todo o território nacional, apesar de o estado de sítio dever ser aplicado em limites territoriais bem concisos, nos quais há a real necessidade da medida. Já a Constituição de 1937 trouxe em seu texto a admissão de sua própria suspensão em casos excepcionais, o que aproxima a história constitucional brasileira daquela de Weimar. No interregno democrático (1946-1963) também foi decretado o sítio, mas em caráter preventivo (1955), o que manifesta a substituição do requisito da urgência pela prevenção do risco. Tal estado veio a ser suspenso com a posse de Juscelino Kubitschek, mas novamente proposto, embora não aprovado, por João Goulart. Entre 1964 a 1985 o Brasil viveu sob ditadura militar, a qual, em semelhança com alguns períodos do governo Vargas, consistiu *em um regime de exceção, pois até mesmo a clássica divisão dos poderes deixou de existir: o governo tentava suprir a exigência moderna da legalidade com a decretação de Atos Institucionais*. Por fim, no período democrático (pós Constituição de 1988) vive-se sem qualquer estado excepcional formalmente declarado, mas a exceção se mostra por práticas difusas, tal como

se vê nos exemplos da reforma gerencial, das medidas provisórias, do regime de urgência, da Súmula Vinculante, da repressão aos movimentos contestatórios por meio das Forças Armadas, das medidas legais e administrativas adotadas em face da Copa do Mundo de Futebol de 2014, entre tantos outros exemplos.

PODER MODERADOR E LEGALIDADE:

O RECURSO DE GRAÇA E A RESPONSABILIDADE MINISTERIAL NA DOUTRINA JURÍDICA DO BRASIL IMPÉRIO

Arthur Barretto de Almeida Costa¹

A pesquisa aqui tratada intenta delinear como o Recurso de Graça era entendido pela doutrina brasileira durante o século XVIII, e suas formas de articulação com o direito penal e com o constitucional de sua época, em particular com as concepções acerca do Poder Moderador e com a questão da responsabilidade dos ministros pelos atos daquele. Partimos da noção de história cruzada e sua aplicação à história jurídica, como definido por DUVE (2014), e, em desenvolvimentos posteriores, lançaremos luz sobre os intercâmbios dos autores brasileiros com o direito estrangeiro. Buscamos identificar a especificidade e alteridade (COSTA, 2010; HESPANHA, 2012) da cultura jurídica brasileira oitocentista e promovendo o distanciamento crítico da experiência jurídico-penal contemporânea (GROSSI, 2007). Conseguimos identificar a existência de três argumentos nas fontes de época os quais justificavam a existência daquele instituto: o primeiro afirmava que a lei, abstrata e geral, não se adequava à particularidade em todos os casos, não dando conta da exceção; o segundo, que, sendo o objetivo da pena a emenda do réu, o arrependimento posterior dele tornava desnecessária a punição; e que lacunas da legislação poderiam produzir injustiças concretas. Os dois primeiros argumentos eram o cerne filosófico de justificação do instituto, sendo o terceiro mero incidente. Essa posição era a defendida por Antônio Herculano de Souza Bandeira Filho (ponto de partida

¹ Graduando em Direito pela UFMG. Membro do Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica - UFMG

do trabalho, por ter livro específico sobre o tema [*O recurso de graça segundo a legislação brasileira...*] e representar a postura dominante), Brás Florentino Henriques de Souza (*Poder Moderador: Ensaio de direito constitucional, contendo a análise do tit. V, cap. I da constituição política do Brasil*), Zacarias Góis de Vasconcelos (*Da natureza e limites do Poder Moderador*) e pelo Visconde do Uruguai (*Ensaio sobre o Direito Administrativo*). Para eles, a lei não poderia ser plenamente adequada ao caso concreto, de modo que deveria haver uma margem de discricionariedade que permitisse exceptuar a aplicação do direito estrito, uma visão refratária ao legalismo moderno que se casava melhor com a natureza pré-moderna do instituto. Além disso, sobretudo para Góis de Vasconcelos, a possibilidade de abusos estaria refreada pela responsabilização dos ministros. Do outro lado, havia a posição de José Antônio de Magalhães Castro (*O direito de graça: com um brado em favor dos encarcerados*), o qual acreditava que o Direito de Graça era usado despoticamente pelo Imperador como mero instrumento de engrandecimento da coroa. Para evitar essa situação, acreditava na necessidade de se efetuar uma densificação normativa do instituto, buscando apreendê-lo nas garras da lei e fazer com que ele cumprisse o que, na visão de Magalhães Castro, era sua única função: estimular a regeneração do Condenado. Essa função seria cumprida pelo recurso de graça até que fosse em grande medida ocupada pelo livramento condicional e pelo sursis. A problemática do direito de graça, no entanto, se relacionava a uma outra questão muito debatida no âmbito da doutrina jurídica da época: a questão da responsabilidade dos ministros. Tratava-se de saber se estes agentes públicos poderiam ser responsabilizados criminalmente pelos atos tomados pelo imperador, como uma forma de refrear a atuação deste. Os principais argumentos que eram lançados do lado da defesa, representada sobretudo por Zacarias Góis de Vasconcelos, afirmavam que tal expediente era fundamental para impedir o arbítrio do imperante, e que a proposição de que a assinatura dos ministros nos atos do poder moderador fosse mera autenticação consistiria em rebaixamento daqueles funcionários; e, do lado da rejeição, opinavam que essa proposta destruiria a cisão estabelecida pela constituição entre poder moderador e poder executivo, além de que, já que responsabilidade pressuporia liberdade, favorecer a ação dos ministros sobre a esfera de decisão pessoal do monarca. Em jogo, estaria a própria capacidade do soberano atuar, por meio do quarto poder, como *chave da organização política* brasileira, e de até que ponto sua liberdade poderia ser reforçada como forma de favorecer sua atuação como garante do equilíbrio entre os outros po-

deres. Tratava-se de um choque entre concepções distintas de poder e de sua expressão jurídica: uma, mais afeita ao moderno, buscava a maior densificação normativa e controle possível, ao passo que a outra, mais próxima da pré-modernidade, partia da concepção de determinada margem de manobra deveria ser legada aos agentes do poder, visto que a norma não poderia conter em si a pluralidade de casos da vida. Além disso, quanto ao poder moderador, como o interesse na conservação do Império tornava-se pessoal, dada a natureza dinástica e pessoal do trono, o próprio distanciamento das questões mezinhas dificultaria que o monarca tomasse decisões temerárias. Dessa forma, graça e responsabilidade ministerial atuavam em campos opostos no que diz respeito à concepção de legalidade e de poder, acomodando-se de formas distintas na constituição de uma dada concepção do papel do Poder Moderador.

A CONSTITUIÇÃO DE 88 E O “LOBBY DO BATOM”:

A ATIVIDADE FEMINISTA ENQUANTO FORÇA CONSTITUINTE NA REDEMOCRATIZAÇÃO

Camilla Karla Barbosa Siqueira¹

As mulheres estiveram por longo tempo ausentes dos ambientes institucionais de realização da política. Apenas em um período histórico recente, pôde-se observar a entrada de mulheres no âmbito dos poderes de Estado, identificados com o Judiciário, o Executivo e o Legislativo. Esse ingresso no mundo político não veio por meio de concessões graciosas de figuras masculinas; ao contrário, exigiu muito esforço e estratégia de mulheres que desejavam ver a sua suposta inferioridade enquanto grupo questionada. Um momento em que esse fenômeno pôde ser observado de modo mais denso é o processo constituinte no contexto da redemocratização do Brasil, ocorrido na década de 80 do século XX, que motivou a atividade do lobby do batom, objeto de estudo dessa pesquisa. Para realização do trabalho, foram realizadas pesquisas bibliográfica, com análise de livros e artigos que abordam o tema, e documental, por meio do exame de documentações do período abrangido pelo trabalho. A pesquisa é realizada por meio de uma abordagem qualitativa, na medida em que pretende aproximar-se de um fenômeno para compreender suas nuances e motivações de forma predominantemente subjetiva, não mensurável.

A pesquisa busca analisar e compreender a influência do feminismo enquanto movimento organizado no contexto da construção da Constituição de 1998, em fenômeno identificado como lobby do batom, comparando-o com outros momentos da História política brasileira em que a organização de mulheres enquanto grupo de pressão obteve sucesso na reivindicação de alguma demanda.

O processo de desestruturação da ditadura militar no Brasil foi concluído em 1985, com o fim do mandato do último presidente militar, João Figueiredo. A inauguração de uma nova ordem institucional exigia a elaboração de uma nova Constituição, tendo sido para esse fim

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará; bolsista FUNCAP. País: Brasil. Endereço eletrônico: camillabsiqueira@gmail.com

convocada uma Assembleia Constituinte por meio da Emenda Constitucional 86. Eleitos os seus membros, observa-se que, num universo de 559 membros, 26 eram mulheres. Até então, apenas uma mulher, Carlota Pereira de Queirós, havia participado dos trabalhos de uma Assembleia Constituinte brasileira. A presença feminina vinha fortalecida tanto pela sua ativa participação no combate à ditadura quanto pelo renascimento do feminismo no mundo ocidental, a partir da década de 60. Essas 26 mulheres, em atitude que lembrou a luta sufragista de Bertha Lutz e suas colegas da Federação Brasileira pelo Progresso Feminino, uniram-se em torno de demandas comuns, formando um grupo de pressão que abrangia as próprias deputadas e outras mulheres ativistas da causa feminina. Protagonistas de uma campanha pública pelos direitos femininos, elas elaboraram uma Carta das Mulheres, dirigidas aos Constituintes de 1987, que continha uma série de reivindicações a serem incorporadas no texto constitucional, das quais cerca de 80% foram aceitas. Pode-se afirmar que, nesse momento, o movimento feminista alcançou uma interferência inédita nos campos político e jurídico.

A participação de mulheres enquanto grupo de pressão na Assembleia Constituinte da redemocratização rendeu muitas vitórias no campo da afirmação positiva de direitos às mulheres. Questões como a igualdade geral entre homens e mulheres, direitos trabalhistas femininos, saúde da mulher e planejamento familiar foram acolhidas na constituição em consequência da organização coletiva de mulheres. A própria presença feminina no Parlamento, com aumento tão expressivo em relação a períodos anteriores, pode ser em si considerada um êxito. Traçado um paralelo entre esse momento e o contexto da luta sufragista no começo do século XX, percebe-se que a organização política de mulheres enquanto grupo de pressão, observada em momentos-chave da História brasileira, com o uso da imprensa, de campanhas de conscientização e da própria força enquanto grupo organizado, se mostra como um caminho político eficiente para a busca de direitos femininos. Por fim, compreende-se que a afirmação de direitos não equivale à sua efetiva fruição, e que, nesse campo, o movimento feminista ainda tem muito a contribuir.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ESTADO NOVO:

UMA PERSPECTIVA SISTÊMICA

Daniel Rocha Chaves¹

Newton de Menezes Albuquerque²

A tradição autocrática nativa caracterizou-se ao longo dos tempos pela presença secundária do poder judiciário nas decisões do país, dada a centralidade dos poderes concentrados pelo executivo em sua feição praticamente imperial. No entanto, em períodos de transformação social, quando se buscava alterar, nem que minimamente, as estruturas sociais de dependência do Brasil, expandindo os circuitos de distribuição de renda e poder em favor do desenvolvimento do mercado interno, da afirmação soberana, da ativação industrial, a dinâmica entre Estado e sociedade modifica-se, alterando ainda o peso relativo dos demais poderes, notadamente quando o executivo encarna as aspirações majoritárias da nação. Nessa circunstância, geralmente, o judiciário funciona como instrumento de congregação das forças conservadoras, de resiliência às intenções de reforma engendradas pelas forças sociais inconformistas.

Os anos 30 marcam uma viragem significativa na vida do Brasil, realizando uma portentosa transição de seu modelo agrarista, letárgico em seu ritmo econômico, para uma sociedade diversa, francamente urbanizada, envolta na crescente mobilização das energias populares, assim como na participação mais intensa da intelectualidade na formulação de projetos globais para o Brasil.

Mantendo-se em meio a um difícil equilíbrio entre mudança e conservação, de modernização e conservadorismo, de progresso e regresso, o projeto varguista erige-se em meio a república nacional, da defesa retórica de seus postulados, em que a universalização dos valores do desenvolvimento tiveram que ser negociados com plúrimos

¹ Graduando em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional e Estado Novo”. Monitor Institucional da disciplina de Hermenêutica Jurídica. Brasil. E-mail: dan_chaves@hotmail.com

² Doutor em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Brasil. E-mail: newtonma@uol.com.br

interesses setoriais, regionais, oligárquicos, socialmente assimétricos numa composição complexa, sempre tencionada, em nome da unidade do projeto nacional.

O início do processo de industrialização foi marcado pela presença de um Estado a centralizar as decisões e a tentativa de neutralizar interesses particulares perante o público, aproveitando-se das contradições presentes nas elites plutocráticas, só possibilitada pela criação de uma estrutura governativa de evidente cunho bonapartista. Alcinhada de “política do café com leite”, a prática de revezamento de poder na Presidência da República até 1930 consistia no revezamento do cargo de Presidente da República entre candidatos paulistas (representantes do setor cafeeiro) e candidatos mineiros (representantes do setor pecuário), sem nexos com os setores populares e sem diálogo com os ideais de desenvolvimento autônomo do país.

Uma vez que Washington Luís, presidente eleito pelo Partido Republicano Paulista, decidiu que seu sucessor seria outro paulista (Júlio Prestes, eleito com fraude das eleições), rompendo o acordo com os membros do Partido Republicano Mineiro, desencadeou-se no Brasil uma crise política que resultou em uma revolução para excluir os paulistas do jogo político nacional. Tal movimento teve como membros o governo de Minas Gerais, Paraíba e do Rio Grande do Sul, bem como aqueles que participaram do movimento tenentista. Dessa forma, assumiu o poder no Palácio do Catete o então governador do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas, apostando nas potencialidades eversivas da política no sentido de uma pujante capacidade de mobilização de suas energias criadoras, com base na firme convicção dos rumos científicos da compreensão positivista que informava os passos do caudilho gaúcho. Redesenho da sociedade civil brasileira que Vargas urdiu com engenho, audácia e cálculo a partir de reinstituição das bases do Estado, de sua filosofia justificadora do papel da nacionalidade, de seus fins de seu modelo de atuação, fortemente indutor do processo de desenvolvimento do mercado e das sinergias potencialmente conflitivas existentes nas classes sociais do Brasil.

Justifica-se a elaboração desse trabalho em saber até que ponto os interesses não-públicos influenciaram as tomadas de decisões, bem como suas consequências na esfera constitucional, mais precisamente de sua cúpula judicial, posto que esta ao apresentar-se como dotado de uma certa opacidade política e ideológica, reproduz seu poder em consonância com os paradigmas “neutrais” do positivismo jurídico. Nesse sentido, a intenção de realizar um recorte cronológico para se ater so-

mente às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade no período histórico conhecido como Estado Novo, que vai do ano de 1937 a 1945, visa analisar as tendências ou os vetores das concepções de mundo que balizavam a principal corte judiciária do país, mesmo quando tais premissas permanecem ocultas, toldas pela presumida distância dos conceitos e categorias da tecnologia jurídica.

Na proporção em que o Presidente da República, de acordo com o art. 96 da Constituição de 1937, detinha o “poder de derrogação”, o qual implicava em tornar sem efeito determinados julgados do STF, questiona-se: quais os prejuízos jurídico-institucionais ao tornar sem efeito julgamentos que declararam inconstitucionais determinadas leis que atendiam ao interesse do Executivo? Havia jurisdição constitucional ou esta era um elemento simbólico na Constituição de 1937?

Destarte, a partir de tais aspectos, será verificado, também à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, a conjuntura sistêmica entre Direito e Política entre os anos de 1937 e 1945.

HISTÓRIA, EVENTO E NARRATIVA EM HANNAH ARENDT

Daniel Carvalho Ferreira¹

Maria Fernanda Salcedo Repolês²

Ao se voltar para o pensamento filosófico de Hannah Arendt, a teoria constitucional tem se interessado, sobretudo, pela sua formulação acerca dos processos constituintes estadunidense e francês no período revolucionário, apresentados na obra *Da revolução*. Entretanto, tem sido mais modesta a atenção dos constitucionalistas quanto ao delineamento dos conceitos de “história”, “evento” e “narrativa”, empreendido pela filósofa alemã.

No capítulo “A tradição revolucionária e seu tesouro perdido”, que fecha *Da revolução*, Hannah Arendt ressalta o fato de que o “espírito revolucionário”, contido nas concepções de liberdade pública, felicidade

¹ Mestrando em Direito – Faculdade de Direito da UFMG – Brasil – danielcarvalho.451@gmail.com

² Doutora em Direito – Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFMG – Brasil – mariaf.salcedo@gmail.com

de pública e espírito público, permearam a Revolução Americana, no século XVIII, e adquiriram uma feição institucional mais evidente nos *townhall meetings*. No entanto, esse “espírito revolucionário” se perdera em virtude da “incapacidade do pensamento e da lembrança” da geração seguinte, mais preocupada com a estabilidade da Federação recém-fundada do que com o potencial inovador advindo da efetiva participação dos cidadãos nos assuntos públicos.

É sobre esse pano de fundo, o do “tesouro perdido da tradição revolucionária”, da participação política ativa e o do engajamento dos homens nos debates públicos – exprimido pelas significativas experiências dos *townhall meetings* e das *sociétés populaires* nos contextos das revoluções estadunidense e francesa, respectivamente – que a filósofa aponta para os riscos do esquecimento. As experiências e as narrativas, as ações e as palavras dos homens, recheadas de incontáveis possibilidades, acabam por se perder nos escombros do passado caso não sejam recordadas, sintetizadas em noções conceituais passíveis de serem transmitidas. Cabe ao *storyteller*, fabricante de “estórias”, recolher esses vestígios, reuni-los, apreender-lhes os sentidos, enfrentar o fantasma sempre presente do esquecimento. A evocação narrativa dos sistemas de conselhos, que brotaram insistentemente em inúmeras revoluções modernas e contemporâneas, não visava somente evitar que tais experiências fossem esquecidas. Ao evocá-las, a filósofa pretendia atualizar, presentificar o potencial político-democrático dessa forma de governo, que jazia no passado como uma possibilidade perdida, não-realizada, *impensada*.

Hannah Arendt, ao propor essa evocação narrativa, critica as abordagens historiográficas que analisam os eventos passados e as estórias de vida dos homens como meros fragmentos de processos históricos mais amplos, que atribuem sentido àqueles eventos e estórias. Nessa perspectiva – representada de maneira paradigmática pela *École des Annales* –, os homens, suas palavras, atos e feitos, bem como os acontecimentos, seriam apenas luzes efêmeras, reflexos de estruturas sócio-históricas duradouras e estáveis. Pela sua prevalência em relação aos eventos e às histórias de vidas dos homens, as estruturas é que deveriam ser tematizadas pela História.

A essas abordagens, Arendt opõe o vigor elucidativo do evento, sua complexa e autorreferente significação; as experiências, e não conceitos abstratos, como ponto de partida; a narrativa, em sua abertura, dialogicidade e incompletude, e não os esquemas explicativos fechados e supostamente científicos. Narrativa voltada ao domínio público

dos assuntos humanos, constituído pelas ações dos homens e permeada por suas palavras. Domínio público onde os homens iniciam novos processos históricos e as vidas se entrecruzam, dando lugar a novas histórias tematizadas pelo *storyteller*, que as livra do esquecimento, imortalizando-as.

Ao se aproximar, de maneira nada nostálgica, de uma perspectiva clássica de História, Hannah Arendt acaba por se afastar do conceito moderno de História, sem, no entanto, aderir a um conceito antigo de História. A operação que parece levar adiante é a de uma filtragem seletiva de elementos que compõem esse conceito – como as noções de autoevidência e significação dos “eventos” ou a de que a narração salva do esquecimento as ações dos homens. O resultado dessa operação não é uma nova concepção de História, mas um novo olhar filosófico sobre o passado, que encontra sua voz e sua forma na *narrativa*.

Neste artigo, pretendemos abordar os conceitos de “história”, “evento” e “narrativa”, tal qual delineados por Hannah Arendt. Essa abordagem adquire relevância não apenas por evidenciar um arcabouço teórico-metodológico capaz de orientar pesquisas voltadas à história do constitucionalismo. Marcelo Cattoni de Oliveira, em artigo intitulado *Democracia sem espera e processo de constitucionalização*, ressalta ainda sua pertinência conceitual face às disputas em torno da legitimidade da Constituição de 1988. Ao lançar luz sobre a importância da rememoração narrativa dos “tesouros perdidos da tradição revolucionária”, a filósofa nos convida a recolher, na nossa própria memória constitucional, fragmentos de experiências democráticas inscritas no processo de constitucionalização brasileiro, sublinhando a legitimidade da Constituição frente a tentativas autoritárias de colocá-la em questão.

VARGAS:**REVIRAVOLTAS POLÍTICAS E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS***Gabriel Frias Araújo¹**Cezar Cardoso de Souza Neto²*

Poucos períodos na História do Brasil produziram desdobramentos tão duradouros, importantes e ambivalentes como o período que compreende o governo de Getúlio Vargas de 1930 a 1945. Levado ao poder por uma revolução, as primeiras controvérsias surgiram já com convocação da Assembleia Nacional Constituinte pelo governo de Vargas por decreto do poder executivo, debates que envolveram até mesmo uma consulta ao árbitro internacional Hans Kelsen, que foi favorável alegando não haver como “diferenciar governo de fato de governo de direito”. Importante ressaltar que Kelsen o fazia de um ponto de vista técnico como deixa claro no documento: “respondo aos quesitos, não do ponto de vista político ou de direito natural, mas exclusiva e unicamente do ponto de vista do direito positivo” (KELSEN, 1995, p. 5).

À pergunta sobre uma possível violação da soberania da Assembléia ao submeter-se a um regimento editado pelo presidente, para o jurista alemão, haveria uma distinção entre a limitação da competência e a violação da soberania, estando assim a Assembléia Constituinte obrigada ao Regimento de 1933, decretado por Vargas, o qual lhe regularia suas funções e sua competência. Afirma ainda não existir diferença entre um governo “*de jure*” e um governo de fato. Desse modo, sendo o Governo Provisório a “mais alta autoridade legislativa que saiu diretamente da revolução”, dele dependeria “determinar a convocação e a competência da Assembléia Nacional Constituinte” (KELSEN, 1995, p. 6).

Após 4 anos de governo provisório, em julho de 1934 finalmente é promulgada uma nova Constituição. Era um momento de grandes tensões sociais e agitação política, não apenas no Brasil como em todo o mundo, assistindo o ocaso de um Estado liberal diante de um Estado

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” - UNESP/Franca

² Doutorando em Direito pela UFMG

Social que ainda não nascera (BONAVIDES, 2006, p. 72).

Dessa forma, a Constituição de 1934 insere-se dentro de um projeto de construção e fortalecimento de um Estado nacional e de modernização do Brasil, inspirada nas constituições elaboradas após o fim da Primeira Guerra Mundial, sobretudo a Constituição de Weimer. A Carta de 34 passa a proclamar, ao lado dos direitos individuais tradicionais, direitos sociais ou de prestação, constitucionalizando muitas medidas já tomadas pelo governo provisório (BERCOVICI, 2012, P. 382).

Gradualmente, no entanto, o governo de Vargas passa a revelar suas tendências autoritárias, requerendo do Congresso a aprovação de medidas de caráter centralizador, uma legislação de exceção, em um momento de crise do modelo democrático-liberal mundo afora. Um dos principais sinais desse movimento foi a Lei de Segurança Nacional (LSN), de abril de 1935 (BONAVIDES, 2006, p. 72). Nesse ponto, aliás, se mostram mais evidentes as ambivalências do governo de Vargas: se por um lado as diversas medidas sociais do período, como criação da CLT, e a instituição de uma previdência, o aproximam do que se chamaria de um Estado Social, em verdade, o que há é um Estado Intervencionista que promove políticas de bem-estar, porém, repressor de questões sociais (BERCOVICI, 2012, p. 377).

Pouco tempo depois, Getúlio Vargas dissolve o Congresso, caça os partidos e derruba a Constituição, proclamando o Estado Novo, que duraria até 1945. Uma nova Constituição foi outorgada em novembro de 1937, conferindo todo poder ao Chefe do Poder Executivo, legitimando um governo de exceção e transformando-o numa ditadura pura e simples do chefe do Poder Executivo. (BERCOVICI, 2012, p. 390).

Nessa tentativa de os movimentos do Governo Vargas em uma perspectiva jurídica, a obra de Hans Kelsen, sobretudo por meio de seu parecer, desponta como um documento de grande valor. Recuperar e analisar o documento significa pensar a forma como foi recepcionada e compreendida o pensamento de um dos mais importantes juristas do século XX, em um período de grande importância para a história nacional (SIQUEIRA, 2015, P. 354).

Contudo, a questão que permanece é: como justificar e conciliar a ditadura e um regime constitucional? A resposta viria de Francisco Campos, um dos juristas mais importantes à época e grande admirador de Kelsen, que em sua obra *O Estado nacional* defendia a necessidade de construir um Estado que correspondesse às necessidades e especificidades do Brasil. Campos, que chegou a participar do governo de Vargas, julga encontrar na Constituição de 1937 e no Estado Novo esse

modelo, que, para ele, corresponderia a um Estado democrático mas também autoritário. (CAMPOS, 1941, p. 55). Temos assim um dos muitos exemplos de como a teoria kelseniana foi apropriada e interpretada no Brasil, debate esse que nos abre espaço para compreender o sentido dado ao Estado e seus delineamentos e ambiguidades em torno de questões como democracia, liberdade, cidadania e autoritarismo no nosso país, mas também para compreender a relação entre Estado e legalidade, entre Estado e Direito naquele período marcado por contradições e ambivalências, importantes germens do autoritarismo de nossa cultura política e jurídica.

JOAQUIM NABUCO E A INTERPRETAÇÃO

Guilherme Madeira Martins¹

No âmbito da hermenêutica constitucional, um tema que vêm despertando a atenção da doutrina brasileira na última década é o da interpretação originalista. O movimento originalista de interpretação da Constituição, que surgiu inicialmente entre os juristas norte-americanos, entende que as normas constitucionais devem ser interpretadas tal como eram entendidas por aqueles que as escreveram e ratificaram – o que significa afirmar que a dita vontade do constituinte deve não somente ser levada em consideração, mas, principalmente, ser a última palavra no que diz respeito à interpretação das normas constitucionais. Afinal, dizem os originalistas, o constituinte tem o poder (e a tarefa) de estabelecer as decisões fundamentais que serão a base do ordenamento jurídico; e o propósito de uma Constituição escrita é ser permanente, duradoura. A interpretação originalista, portanto, surge como uma reação ao ativismo judicial a partir do momento que defende que a interpretação, apesar da liberdade que o intérprete sempre possui, não pode modificar o sentido original fixado pelo constituinte. Na história constitucional brasileira, é possível encontrar ecos de uma abordagem originalistas em juristas como Carlos Maximiliano e Rui Barbosa (ambos

¹ Mestre em Direito pela PUC-Rio. Professor de Direito Constitucional e Teoria do Direito na Faculdade Metodista Granbery – Juiz de Fora/MG (Brasil). E-mail: guilherme.madeira@gmail.com

invocaram a vontade do constituinte diante de dúvidas interpretativas de algumas normas da Constituição de 1891). Entretanto, atualmente, são várias as vozes na doutrina constitucional brasileira (Luis Roberto Barroso entre eles) que dirigem críticas a interpretação originalista. Entre as principais críticas estão a dificuldade de se conhecer a vontade do constituinte e o perigo de engessar o texto constitucional frente aos valores da sociedade (que estão sempre em constante evolução). Uma Constituição fixa e uma sociedade em constante evolução – eis o dilema. Porém, tais críticas, ao contrário do que se possa imaginar, não são de exclusividade da doutrina contemporânea, já que é possível visualizar uma voz dissonante no distante ano de 1879. No dia 29 de abril daquele ano, durante os debates na Câmara dos Deputados e no Senado Federal para a reforma eleitoral que visava a introdução do voto direto no Brasil, Joaquim Nabuco proferiu um discurso em que defendeu ideias inovadoras para a época: afirmou que a Constituição não é (e não pode ser) a imagem de uma catedral gótica que representa épocas de passividade e inação; que a Constituição não é uma lei recebida de um legislador divino, cujas normas são intocáveis por estarem protegidas pelos raios e travões; que, ao contrário, a Constituição é (e deve ser) de formação natural, onde a vida a penetra por toda a parte. Tais palavras representam uma oposição ao ponto de vista originalista. A Constituição, diz Nabuco, é um organismo vivo que caminha e que deve ser adaptado aos valores de cada época. Em oposição à interpretação originalista, Joaquim Nabuco propõe uma interpretação dinâmica da Constituição. O dilema da Constituição fixa e uma sociedade em constante evolução deve ser resolvido através de uma Constituição que evolui junto com a sociedade. A Constituição e a sociedade devem caminhar juntas. Essas palavras podem parecer comuns hoje; mas não o eram em 1879. Muito já se escreveu e discutiu sobre a luta de Joaquim Nabuco a favor dos escravos; por outro lado, a sua contribuição para o direito constitucional brasileiro ainda é negligenciada. O objetivo do presente trabalho é reparar tal injustiça. Para tanto, será investigado esse período da história constitucional brasileira para que se possa situar a obra de Joaquim Nabuco nos debates sobre a teoria constitucional e a hermenêutica constitucional.

A PROTEÇÃO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: UM ESTUDO ACERCA DO SURGIMENTO DA QUESTÃO SOCIAL NO BRASIL

Josanne Cristina Ribeiro Ferreira Façanha¹

Inácio Ferreira Façanha Neto²

Esta pesquisa tem como objetivo analisar as profundas alterações sofridas, no decorrer do século XXI, no âmbito das políticas sociais, tanto nos países centrais quanto nos periféricos. As grandes transformações econômicas e sociais, especialmente o rearranjo do mercado capitalista, a regionalização dos mercados e a crescente concentração do capital financeiro, vêm ocasionando o aumento da pobreza e da exclusão de vastos contingentes populacionais. A provisão dos serviços sociais na maioria dos países é uma mistura de provisão social pública e privada. O Estado e o mercado interagem continuamente ao longo da história e definem as formas de provisão social presentes nos países. Assim, tem-se o escopo de estudar o processo em que as necessidades humanas são consideradas enquanto direito social (iniciativa pública) e quais são relegadas ao mercado (iniciativa privada), utilizando-se o método hermenêutico dialético, para realização de pesquisa bibliográfica, documental, qualitativa e exploratória.

O estudo tem como ponto de partida a segunda metade do século XX, momento em que teve início uma nova era mundial, ocasião de finalização de um período de grandes tensões, marcado, principalmente, por duas grandes guerras, que transformaram a dinâmica global, tanto do ponto de vista socioeconômico, quando da ótica política e cultural.

Nesse cenário, crescem as demandas por ações estatais voltadas à proteção social dos que se encontram fora do mercado de trabalho ou

¹ Tabeliã titular da Serventia Extrajudicial de Lago dos Rodrigues/MA. Professora universitária. Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Maranhão (UFMA). Brasil. Email: jocrf_2009@hotmail.com

² Tabelião substituto da Serventia Extrajudicial de Lago dos Rodrigues/MA. Professor universitário. Especialista em Gestão Estratégica de Pessoas (Uniceuma), Gestão Empresarial (Unice) e Segurança Pública, Defesa Civil e Cidadania (UEMA). Brasil. Email: inacio_facanha@hotmail.com

vivendo sua precarização. Portanto, a questão social é produzida e re-produzida na sociedade capitalista de forma ampliada, em decorrência das relações de produção que se constituem com base na estrutura da sociedade e que, em determinadas circunstâncias históricas, com a criação de um excedente possibilitou a apropriação privada dos meios de produção, culminando com o aparecimento de classes sociais desiguais e contraditórias.

Dessa forma, o chamado Estado de Bem-Estar Social foi a saída encontrada pelos países para sustentar as reformas demandadas pela população. Proteção social constitui-se em medidas que atendam aos indivíduos diante dos problemas e riscos sociais, decorrentes das vicissitudes da vida natural ou social, tais como velhice, doença, infortúnio e privações, além da distribuição e redistribuição de bens materiais e culturais.

Para os liberais, o direito à proteção social, garantido por leis, era antinatural e nocivo à liberdade individual, porque induzia os pobres a submeterem-se à tutela estatal e a enredar-se cada vez mais nas malhas da pobreza, ou seja, a pobreza era resultante do mau funcionamento e do paternalismo das instituições de proteção social. Entretanto, somente no século XXI, ocorreu o fortalecimento dos trabalhadores e de sua organização, pacificando-se o entendimento de que a pobreza tinha causas sociais e se dava em meio a uma riqueza sem precedentes.

No Brasil, as políticas sociais tiveram sua trajetória influenciada pelas mudanças econômicas e políticas ocorridas no plano internacional e pelos impostos reorganizadores dessas mudanças na ordem política interna, configurando-se um “sistema de proteção social periférico”.

A proteção social no Brasil não se apoiou no pleno emprego e nos serviços sociais universais, tendo como principais características: seletividade dos gastos sociais e da oferta de benefícios e serviços públicos, heterogeneidade e superposição de ações, desarticulação institucional, intermitência de provisão e restrição e incerteza financeira. Assim, o sistema de proteção social brasileiro consiste em um misto de medidas autoritárias e desmobilizadoras dos conflitos sociais e estabelecimento de esquemas universais e não contributivos de distribuição de benefícios e serviços, características dos regimes social-democráticos.

Todavia, somente na década de 30, período do governo Vargas, o Estado passa a considerar a Questão Social como um problema político (“caso de política”), porém diversos aspectos são reprimidos pela polícia. Nesse momento, foi criado um sistema de proteção social bási-

co, com criação da legislação trabalhista, Institutos de Aposentadorias e Pensões e a Consolidação das Leis Trabalhistas, havendo uma “introdução” do chamado Estado de Bem-Estar Social, com fundamento no modelo da Europa Ocidental, em resposta à Questão Social.

Desse modo, pretende-se investigar o tratamento dado a chamada proteção social nas Constituições brasileiras, em especial a partir da Constituição de 1934 até a Constituição de 1988, uma vez que a Questão Social aparece como caso concreto no Brasil no quadro do processo de industrialização e implantação do modo de produção capitalista e o surgimento da classe operária.

JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO NO BRASIL:

UMA ESCAVAÇÃO DA VERDADE E DA MEMÓRIA A PARTIR DA CRÍTICA E DAS TESES “SOBRE O CONCEITO DE HISTÓRIA” DE WALTER BENJAMIN

Jucemar da Silva Moraes¹

O objetivo deste trabalho é refletir sobre como o processo de busca da verdade, por meio de sua escavação no passado e recuperação da memória coletiva, possibilita a construção de um modelo de Estado que, efetivamente, possa avançar para o futuro (sobre reais bases democráticas e de garantia dos direitos humanos) sem se ressentir do período em que esteve sob controle de governos ditatoriais. Já se passaram algumas décadas desde o período em que vivenciamos os chamados *anos de chumbo*, período sombrio de nossa história recente, marcados pela repressão do governo ditatorial exercido pelos militares no Brasil entre os anos de 1964 a 1985. Apesar de muitos considerarem tais vivências uma página já superada de nossa história (aspecto que motivará parte de nossa investigação, inclusive), especialmente com a retomada democrática a partir de 1988, (con)vivemos, ainda hoje, sob os escombros e sequelas dos conflitos (políticos, sociais, cul-

¹ Doutorando em Acesso à Justiça nas Constituições na Faculdade Autônoma de Direito – Fadis/SP. Mestre em Direito pela Unesp, *campus* de Franca/SP. Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Filosofia Geral e Jurídica na Libertas Faculdades Integradas, de São Sebastião do Paraíso/MG e na Faculdade “Dr. Francisco Maeda” de Ituverava/SP. Advogado (OAB/SP 369.634). E-mail: jucemar.moraes@yahoo.com.

turais, etc.) que se sucederam e que inegavelmente *marcaram* esse período. A esse processo de tentativa de reconciliação histórica e retomada democrática tem-se denominado de *justiça de transição* (*transitional justice*²), sendo que cada Estado, de acordo com o seu contexto político e cultural, cada qual a seu modo, tem estabelecido os parâmetros para a superação desses traumas (decorrentes dos graves crimes e violações aos direitos humanos tais como tortura, desaparecimento forçado, extermínio, etc.), sendo que alguns o fazem de modo mais eficaz e célere, outros, como aparentemente é o caso brasileiro, nem tanto.³ No caso brasileiro, tem-se ainda um certo “obstáculo” de ordem legal: a opção adotada para se lidar com esse processo transicional e retomada democrática, de forma oficial e técnica, foi a de se “apagarem” (*forçarem o esquecimento*) dos crimes cometidos pelos oficiais do governo sob a égide daquele período de exceção. Com isso, houve, então, a aprovação, apesar de aparente incompatibilidade com diversas normas e compromissos internacionais reconhecidos e assinalados pelo Brasil, da chamada *Lei de Anistia* (Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979)⁴. É, evidentemente, doloroso e, sem dúvida, traumático o processo de recuperação da memória. Mas, sem dúvida alguma, tem-se defendido ser essa a única maneira de se construir uma sociedade de fato democrática e que possa assumir e se responsabilizar por essas *marcas* indelévels do seu passado e que, acima de tudo, construa a reconciliação entre memória, história e justiça. Não menos sofrida é a busca pela verdade, especialmente quando a versão contada ou narrada da história é aquela imposta por meio de uma única via: a dos agentes de Estado. Nesse sentido, os escritos de Walter Benjamin,

² Cf. SOUZA, Emerson Maione. Normas Internacionais e Política Doméstica: O Caso da Justiça de Transição no Brasil e na Argentina. Disponível em: <http://www.seminariopos2012.abri.org.br/>. Acesso em: 18/10/2013. Cf., ainda, International Center for Transitional Justice. “What is Transitional Justice?” Disponível em: <http://ictj.org/sites/default/files/ICTJ-Global-Transitional-Justice-2009-English.pdf>. Acesso em: 18/09/2015.

³ Cf., a respeito, PEREIRA, Anthony W.. Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

⁴ A referida legislação estabeleceu, dentre outras normas, a seguinte: **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)* Cf., BRASIL. Lei n.º 6.683 de 28 de agosto de 1979. *Lei da Anistia*. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6683compilada.htm. Acesso em: 28/09/2015.

especialmente suas teses *Sobre o Conceito de História* e seu ensaio *Para uma Crítica da Violência* servirão como fonte adequada para o desenvolvimento do trabalho. A metodologia e a fundamentação teórica, a partir de seus textos, ensaios e obra fragmentária, possibilitarão uma abordagem adequada para a devida compreensão dos embates entre passado e presente, considerando toda complexidade e riqueza deles decorrentes, sem a qual não será possível a efetiva transição e (re)democratização para o futuro.

UMA ANÁLISE DO CONTEXTO HISTÓRICO DE THOMAS HOBBES E DAS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DE LEVIATÃ: UM ESTUDO HISTÓRICO JURÍDICO NA FORMAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO

Luis Alberto Teixeira¹

O objetivo fundamental desse trabalho é analisar o pensamento de Thomas Hobbes como um dos mais importantes na história da formação do Estado Moderno que possui como um de seus principais marcos as Revoluções Inglesas do século XVII.

Várias são as disciplinas que se dedicam ao estudo da vida e obra de Thomas Hobbes, como a História, o Direito e a Filosofia. Isso se deve ao fato deste pensador muito ter contribuído para a compreensão do processo de estruturação do Estado Moderno.

O cenário em que o filósofo estudado elaborou suas obras foi a Inglaterra do século XVII marcada por uma profunda instabilidade política, social. Era o período em que se consolidava as bases do Estado Nação que hoje se encontra em um momento de questionamento quanto sua força diante da globalização política e econômica. Na realidade atual acordos internacionais e blocos econômicos direcionam o mundo para uma realidade política, jurídica e econômica transnacional.

Fala-se comumente em direitos internacionais humanizados e que organismos internacionais, como a Organizações das Nações Unidas cada

¹ Advogado. Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela Universidade de Ribeirão Preto. Bacharel em Direito na Faculdades Integradas Libertas. Bacharel em História pela Universidade Estadual Paulista. Especialista em História, Cultura e Sociedade pelo Centro Universitário Barão de Mauá.

vez mais se fortalecem enquanto o Estado Nação se enfraquece.

Diante desse impasse justifica-se voltar o olhar científico para o passado e buscar em intelectuais como Thomas Hobbes as principais características do início do Estado Moderno que com o tempo passou a ser denominado de Estado Democrático de Direito.

Além disso, Hobbes viveu e escreveu durante a primeira das Revoluções Constitucionalistas da história do ocidente. O que torna viável também, diante da atual realidade, marcada pelo ideário do chamado Neoconstitucionalismo, direciona novamente a atenção para Hobbes.

Antes de abordar o tema central deste artigo que é a análise do pensamento de Thomas Hobbes, especialmente da obra intitulada *Leviatã* e o contexto histórico em que o filósofo viveu e produziu, foi elaborado um pano de fundo histórico preparatório para tal fim.

Primeiramente será apresentada uma breve narrativa sobre a história da Europa ocidental desde o final da Idade Média até o século XVII, época de Hobbes. Nesse sentido será abordado o final do Império Romano e a fragmentação do ocidente europeu com a ocorrência do feudalismo. Seguindo a análise serão enfatizados os aspectos da evolução do conhecimento científico desde o período do Renascimento até o momento em que Hobbes escreveu suas obras.

O tópico sobre a história inglesa visa deixar claro aspectos importantes da formação desse país. Elementos como a situação geográfica e a precoce centralização serão tratados.

Posteriormente, a essa abordagem que pretende montar um quadro da realidade política, econômica e social da Inglaterra até o século XVII, serão abordados os motivos e as consequências das Revoluções Inglesas para a sociedade desse país. Nesse sentido será apresentada a participação de vários grupos sociais nesses episódios revolucionários, inclusive de grupos que apesar da luta nada lograram.

Em seguida será salientado como a teoria de Thomas Hobbes questionou fortemente a visão aristotélica sobre a formação da sociedade civil. Nesse sentido, a ideia de Aristóteles de que os homens caminham naturalmente em direção a vida em sociedade em busca da felicidade será radicalmente contraposta por Hobbes. Será mostrado como esse pensador acredita que o verdadeiro motivo para os homens viverem em sociedade e a fuga do chamado Estado de Natureza, onde o medo e a insegurança são frequentes.

Este trabalho visa mostrar também como os métodos científicos do século XVII, marcado pelo mecanicismo muito influenciou Hobbes em termos metodológicos. Pois tomando por base estas ideias o filósofo inglês estuda a sociedade a partir da decomposição desta e da análise de seu ele-

mento essencial, os seres humanos no estado de natureza.

Na última parte deste trabalho será realizado um estudo sobre como John Rawls entende a teoria de Thomas Hobbes, especialmente presente na obra *Leviatã*, dentro dessa análise serão salientados o conceito hobbesiano de Estado de Natureza, como os indivíduos podem sobrelevar esse estado, as diversas formas de se interpretar o contrato social em Hobbes e a doutrina hobbesiana da razão prática.

A IGREJA DO DIABO:

LEGALIDADE E REPRESSÃO NO BRASIL DE 1964

Rafael Dilly Patrus¹

A legalidade autoritária, intimamente ligada às noções de Constituição semântica² ou constitucionalização instrumental,³ diz respeito à manipulação do sistema jurídico pelo aparato ditatorial, com o intuito de reforçar o poder e revesti-lo de uma roupagem de legitimidade.⁴ Trata-se de dimensão que envolve uma série de aspectos da institucionalidade material de um regime autoritário, tais como a preservação controlada (ainda que parcial) de instituições próprias do Estado de Direito, a judicialização dos processos por crimes políticos e a relação entre a repressão e o sistema de justiça.⁵

No Brasil, dada a heterogeneidade da aliança social que permitiu a vitória do golpe em 1964,⁶ e em vista da tentativa bem-sucedida do amál-

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Consultor Legislativo na Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Brasil. Endereço eletrônico: rdpatrus@gmail.com

² Loewenstein, 1956, pp. 222-225; 1975, pp. 151-157.

³ Neves, 2011, p. 105-110.

⁴ Nas palavras de Cristiano Paixão, "(...) uma das características do regime militar brasileiro foi a preocupação com a elaboração de normas jurídicas que sustentassem as medidas de arbítrio. Muitas dessas normas eram precedidas por sofisticadas exposições de motivos que procuravam legitimar a adoção de medidas de exceção" (2011, p. 158).

⁵ Pereira, 2010, pp. 36-40.

⁶ Reis, 2014, pp. 47-73.

gama burocrático-judicial-militar de impor soluções institucionais aos problemas da organização da repressão,⁷ o manejo do aparato jurídico atingiu um grau relativamente elevado de estabilidade. Tal estabilidade, até certo ponto, teria permitido a desmobilização da contestação político-social, angariado legitimidade ao regime, estabelecido imagens positivas em favor do governo e negativas à oposição, além de contribuído para a consolidação da repressão.⁸

Embora decisiva para a formulação de uma série de importantes narrativas a respeito da ditadura civil-militar brasileira, a análise em questão merece um esmiuçamento quanto à própria gênese da ideia de uma legalidade autoritária (ou de uma Constituição semântica/instrumental). Diferentemente do que parcialmente pressupõe a leitura historiográfica prevalente, é na percepção do paradoxo inesgotável de um direito *não-jurídico* que se pode compreender, ao mesmo tempo com e além de Anthony Pereira, a estrutura altamente seletiva da repressão no Brasil de 1964-9

Com isso mente, defende-se que a *legalidade autoritária* instituída pelo regime civil-militar no Brasil entre 1964 e 1985 consistiu em uma contradição performativa.¹⁰ Tal avaliação decorre da percepção de que, a despeito da roupagem de juridicidade de que se revestiu a ditadura, uma legalidade autoritária não projeta um verdadeiro aparato jurídico-estatal, porquanto não pode existir legalidade fora da dimensão da igualdade. A legalidade só é legalidade se o for para todos. O paradoxo de uma legalidade

⁷ Pereira, 2010, pp. 283-295.

⁸ “Este livro, portanto, sugere uma dupla resposta à pergunta sobre por que os regimes autoritários se dão ao trabalho de judicializar a repressão. Em primeiro lugar, todos os outros fatores permanecendo constantes, é vantajoso para os regimes autoritários legitimar seu poder com algum grau de embasamento legal. (...). A segunda parte da resposta é que os regimes autoritários judicializam a repressão porque têm condições de fazê-lo. Uma vez que a judicialização traz vantagens para os regimes autoritários, os que conseguem judicializar a repressão são aqueles que podem contar com tribunais “dignos de confiança” – tribunais civis ou militares cujos veredictos se harmonizam com a concepção de legalidade adotada pelo regime, e que não irão contestar as bases do poder autoritário” (Pereira, 2010, p. 284).

⁹ A expressão “Brasil de 1964” designa, neste resumo, a integralidade do período de experiência de ditadura civil-militar no Brasil entre 1964 e 1985. A mesma nomenclatura é utilizada por Marcos Napolitano (2014).

¹⁰ Também chamada de paradoxo, palavra que, no Dicionário Houaiss, tem os significados de “pensamento, proposição ou argumento que contraria os argumentos básicos e gerais que costumam orientar o pensamento humano, ou desafia a opinião consabida, a crença ordinária e compartilhada pela maioria; aparente falta de nexo ou de lógica; raciocínio aparentemente bem fundamentado e coerente, embora esconda contradições decorrentes de uma análise insatisfatória de sua estrutura interna” (2009, p. 1430).

autoritária – dita legalidade, mas emanada de um regime não disposto a se incluir entre os destinatários de seu próprio sistema jurídico – se manifesta por sua natureza de ruptura. Como em uma igreja do Diabo,¹¹ a legalidade autoritária alimenta um rompimento inexaurível com a institucionalidade que ela mesma constitui, principalmente pelo escape da via repressiva.

Por isso mesmo, a manipulação de um sistema jurídico pelo governo autoritário de 1964 ao mesmo tempo permitiu e exigiu que a estrutura de repressão se organizasse de maneira altamente seletiva. Isso importa em afirmar que o aparato de repressão brasileiro foi tão violento quanto os outros estabelecidos na América do Sul, embora balizado por sua institucionalidade de aparência democrático-jurídica e, por consequência, forçadamente mais criterioso na adaptação do esquema repressivo às diversas modalidades de resistência.

¹¹ Cf. Machado de Assis, 1884.

COMO O DESENHO INSTITUCIONAL DOS PODERES BRASILEIROS PODE INFLUENCIAR NA TOMADA DE DECISÃO ACERCA DA CONSTITUIÇÃO?

Raphaella Borges David¹

Há um forte debate na teoria constitucional e política acerca da compatibilidade democrática do controle de constitucionalidade. A controvérsia gira em torno, principalmente, em se saber quem deve ter a última palavra sobre direitos constitucionais: cortes ou parlamentos. De um lado, defende-se a superioridade epistêmica das cortes que, livres do compromisso eleitoreiro, podem se aprofundar de forma sincera na interpretação do projeto constitucional de uma comunidade. De outro, a defesa do implemento democrático de valorização de uma cul-

¹ Brasil. Doutoranda e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do prof. Doutor Bernardo Gonçalves Fernandes. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto pelo Desenvolvimento Democrático em parceria com a Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Docente e coordenadora-adjunta do curso de Direito da Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/3437755965976884>

tura democrática e horizontal de direitos, que só os parlamentos eleitos pelo voto popular podem desempenhar.

O presente trabalho pretende fazer um recorte histórico de conformação dos poderes da república brasileira, a fim de se estabelecer uma ponte entre o sistema de governo adotado e as consequentes repercussões da adoção desse modelo para a determinação das capacidades institucionais dos Poderes Legislativo e Judiciário. Para tanto, utilizar-se-á de dois marcos teóricos importantes para o debate, quais sejam, a teoria da integridade e a leitura moral da Constituição de Ronald Dworkin e a virada institucional de Adrian Vermeule, que reestabeleceu os critérios de elaboração de teorias de interpretação constitucional a partir da necessidade de uma análise empírica das capacidades institucionais e dos efeitos sistêmicos entre os atores envolvidos. A partir desses marcos, pretende-se analisar como o chamado **presidencialismo de coalizão** determina um desenho institucional peculiar à realidade brasileira, o que impacta diretamente a forma como a teoria do direito deve analisar os papéis desempenhados pelos Poderes Legislativo e Judiciário.

Sérgio Henrique Hudson de Abranches, antes mesmo do advento da nova Constituição de 1988, já apontava as peculiaridades do sistema político brasileiro. Segundo o autor, nosso Estado possui uma heterogeneidade estrutural que produz reflexos diretos no sistema de governo aqui adotado. Nas palavras do autor:

Em síntese, a situação brasileira contemporânea, à luz de seu desenvolvimento histórico, indica as seguintes tendências: (a) alto grau de heterogeneidade estrutural, quer na economia, quer na sociedade, além de fortes disparidades regionais; (b) alta propensão ao conflito de interesses, cortando a estrutura de classes, horizontal e verticalmente, associada a diferentes manifestações de clivagens inter e intrarregionais; (c) fracionamento partidário- parlamentar, entre médio e mediano, e alta propensão à formação de governos baseados em grandes coalizões, muito provavelmente com índices relativamente elevados de fragmentação governamental; (d) forte tradição presidencialista e proporcional. [...]; (e) insuficiência e inadequação do quadro institucional do Estado para resolução de conflitos e inexistência de mecanismos institucionais para a manutenção do “equilíbrio constitucional”. (ABRANCHES, 1988, p. 31-32).

Abranches, então, definiu o Brasil como um regime singular de presidencialismo, a qual ele denominou *presidencialismo de coalizão*. Tal

modelo implica na adoção do pressuposto funcional indispensável de uma instância com força constitucional, que possa mediar as eventuais tensões entre Executivo e Legislativo, impedindo oposições que levem à ruptura do sistema e trazendo equilíbrio entre os poderes. (ABRANCHES, 1988, p. 31). Logo, o desenho político-institucional proposto historicamente pela Constituição é fortemente marcada pela relação Legislativo-Executivo e pela mediação de tal relação pelo Judiciário, como ponto de equilíbrio entre a ação desses poderes². Conforme BITTENCOURT, há, na realidade, uma subordinação prática do Legislativo à agenda presidencial de políticas públicas. Este poder decorre de duas vias jurídicas: a Constituição, que ao repartir competências delega esse poder ao Executivo, e pelo próprio regimento interno das Casas Legislativas (2012, p.14). A relação entre tais poderes é baseada na transação. De um lado, o Executivo deseja aprovar sua agenda; de outro, os legisladores trocam transferências monetárias (*pork*) para concretização de projetos em sua região eleitora, distribuição de cargos políticos e demais concessões próprias da arena política.

Verifica-se, portanto, que esses pressupostos políticos-institucionais precisam ser trabalhados dentro do debate sobre a legitimidade da jurisdição constitucional, face a uma necessária contextualização histórica da conformação dos poderes brasileiros. Vermeule, nesse sentido, vem incrementar o debate, com a clara colocação acerca da urgente virada institucional, que renova o presente debate a partir da inclusão das variáveis institucionais que devem ser consideradas para interpretação do direito no caso concreto.

² Conforme leciona Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt, apesar de Abranches não apontar diretamente que seria o Poder Judiciário que exerceria tal função, vários outros autores da ciência política e do direito, a partir de suas considerações, trabalharão adotando essa perspectiva (BITTENCOURT, 2012, p. 9, NR. 14).

A REFORMA POLÍTICA E A REGULAMENTAÇÃO DO LOBBYING

Rebeca dos Santos Freitas¹

Nos Estados ocidentais, as instituições democráticas parecem estar fadadas ao vínculo indissolúvel aos grupos de interesse, que ajudam a formar o extenso mosaico do pluralismo político e social típico dos regimes democráticos. O presente artigo parte do pressuposto de que desde que os grupos de pressão, a partir da representação de organizações pertencentes à sociedade civil por meio da atividade de lobby, procurem influenciar e informar o poder público com o intuito de realizar objetivos legítimos, eles operarão em consonância com os valores democráticos e, para além disso, funcionarão como fatores que permitem o alcance da estabilidade por parte das instituições democráticas.

Contudo, indo na contramão dessas premissas, no debate atual acerca da reforma política a regulamentação do lobby é uma questão central que vem sendo deixada de lado. Será defendido no presente artigo que o fenômeno do lobbying deveria merecer espaço nas deliberações hodiernas acerca da reforma política, sobretudo levando-se em consideração que o assunto problematiza, dentro do tema da participação, quais seriam os limites da ingerência de interesses privados na formulação de políticas públicas.

O estudo se propõe a demonstrar que a inexistência de limites para a atividade de lobby constitui um entrave grave à conquista de transparência nos processos decisórios do sistema político brasileiro, bem como um fator de retrocesso na interação entre instituições participativas e representativas. A pesquisa desenvolvida para embasar a discussão concerne à atividade de lobby, desempenhada pelos intitulados grupos de pressão, que são definidos enquanto o subgrupo dentro da categoria de grupos de interesse singularizado por exercer pressão política. Será entendido como lobby o processo por meio do qual os representantes de grupos de interesses, agindo como intermediários, levam ao conhecimento dos legisladores ou dos administradores públi-

¹ Mestranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Graduada em Ciências Sociais pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Brasil. E-mail: rebeca.freitas4@gmail.com.

cos os anseios de seus grupos, buscando influenciar políticas públicas.

Embora para muitos o lobby seja considerado como um elemento essencial para o fortalecimento da democracia, na medida em que possibilita que os grupos de pressão se organizem a fim de levar suas opiniões à esfera pública, assim beneficiando o processo decisório dos formuladores de políticas públicas, a falta de regulamentação ocasiona zonas de penumbra que deslegitimam o movimento perante a sociedade e perpetuam o estigma de marginalidade que envolve a sua prática. Nesse sentido, será também defendido no presente artigo como, no bojo de uma reforma política, a regulamentação se constituiria enquanto uma forma de moldar a atuação dos grupos de interesse, uma vez que, a partir dela, estes teriam que expor o conteúdo de suas ações na esfera pública e se submeter às sanções que serão estabelecidas.

Para alcançar seus objetivos, o artigo será subdividido em duas partes centrais: a primeira, que terá como metodologia principal a análise legislativa, buscará descrever e examinar o conteúdo dos fundamentos constitucionais e dos dispositivos regimentais já existentes no nosso ordenamento jurídico que tratam da questão do lobby, bem como das propostas insucedidas de regulamentação do lobby apresentadas no Congresso Nacional. Após situar de onde a discussão sobre a regulamentação do lobby no Brasil parte, a segunda seção se debruçará sobre os principais argumentos a favor da regulamentação, os quais solidificarão o posicionamento no sentido de incluir a regulamentação da atividade do lobbying no âmbito da reforma política.

Em suma, crê-se que a regulamentação permitiria maior visibilidade na atuação política dos lobistas e, conseqüentemente, mais meios de estabelecer um controle sobre os expedientes empregados pelos grupos de pressão para obter influência na tomada de decisões dos agentes governamentais. Tais mecanismos são de extrema relevância para o desenvolvimento da sociedade civil, que não alcançará a isonomia no acesso aos canais decisórios enquanto não seja possibilitada a transparência da atuação dos lobbies. Esta medida, em conjunto com outras que deverão compor a agenda de uma reforma política que se faz imprescindível no Brasil, serviria para promover o fortalecimento institucional do regime democrático, bem como da representatividade popular, reduzindo de forma significativa o peso das influências ocultas no cenário político.

REVISITANDO A GENÊSIS DO CONSTITUCIONALISMO NO BRASIL: A CONSTITUIÇÃO DE 1824

*Tatiane Alves Macedo*¹

*Hitalo Vieira Borges*²

O presente trabalho tem por objetivo revisar o nascimento do constitucionalismo no Brasil, a partir do estudo das ideias que antecederam e influenciaram a elaboração da Constituição Imperial de 1824, bem como analisar os direitos assegurados na primeira constituição e seus reflexos na história constitucional brasileira.

Concernente ao tipo de pesquisa, quanto aos objetivos, utilizou-se ao longo desse trabalho a pesquisa exploratória. Quanto aos procedimentos técnicos, adotou-se a pesquisa bibliográfica e documental. O método de abordagem utilizado será o dialético.

Paulo e Alexandrino definem constitucionalismo como o movimento “político, jurídico e ideológico que concebeu ou aperfeiçoou a ideia de estruturação racional do Estado e de limitação do exercício de seu poder, concretizada pela elaboração de um documento escrito destinado a representar sua lei fundamental e suprema” (PAULO; ALEXANDRINO, 2012, p.1).

Ao passar os olhos pela História, é possível identificar o surgimento do constitucionalismo na Antiguidade, especialmente entre os povos hebreus, já que o Estado teocrático assegurava aos profetas a legitimidade para a fiscalização dos atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos, limitando o poder político (LOEWENSTEIN, 1970, p. 154). Na Grécia e em Roma tivemos a primeira experiência de liberdade e “democracia constitucional”, que é a participação popular nas decisões políticas (FERREIRA, 2013).

Já durante a Idade Média, a Carta Magna inglesa de 1215 inau-

¹ Tatiane Alves Macedo: Mestranda em Direito, pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO), Professora do Curso de Direito no Centro Universitário de Mineiros (UNIFIMES). Brasil. tatiane@fimes.edu.br.

² Hitalo Vieira Borges: Acadêmico de Direito do Centro Universitário de Mineiros (UNIFIMES). Brasil. hitalovieira@hotmail.com.

gura o constitucionalismo medieval, estabelecendo a proteção a importantes direitos individuais e de propriedade.

Inspiradas nos ideais do Iluminismo, em contraposição com a tirania do Absolutismo reinante, surgem na idade moderna os forais ou cartas de franquias, com conteúdo voltado para a proteção dos direitos individuais. Neste período foram elaboradas a Constituição dos Estados Unidos (1787) e a Constituição Francesa (1791).

Distante do cenário jurídico e social das grandes metrópoles, o Brasil passava por sua fase colonial. Uma imensidão territorial dividida em doze partes irregulares denominadas de Capitanias Hereditárias, verdadeiras organizações independentes entre si, doadas a particulares (donatários).

Os donatários dispunham de poderes quase que absolutos, pois detinham e exerciam o governo com jurisdição civil e penal. Posteriormente, em 1549, o Regimento do Governo-Geral antecipou-se às cartas, atenuando o arbítrio (CALMON, 1959, p.222).

Com a Declaração da Independência do Brasil, o Príncipe Regente D. Pedro I, convocou uma Assembleia Constituinte, instalada em maio de 1823. Contudo, a proposição da Assembleia em reduzir o poder imperial, fez D. Pedro I dissolver a Constituinte por meio de um decreto. O projeto frustrado da Constituinte de 1823 ficou conhecido como a 'Constituição da Mandioca', uma vez que um dos requisitos para participar da vida política do Estado era possuir renda mínima de 150 alqueires de plantação de mandioca.

Em 12 de novembro de 1823, o imperador criou um Conselho de Estado composto por pessoas de sua confiança, com a função de elaborar um projeto de Constituição, outorgada pelo Imperador em 25 de março de 1824.

Sedimentada nos pensamentos liberais da revolução francesa (1789) e americana (1776), a Constituição de 1824 continha importante rol de direitos civis e políticos que acabou por influenciar as Constituições seguintes. Do Constitucionalismo inglês herdou a vedação pelo rei da destituição de magistrados (*Act of Settlement*, 1701), o direito de petição, as imunidades parlamentares, a proibição de penas cruéis (*Bill of Rights*, 1689) e o direito do homem a julgamento legal (Magna Carta, 1215).

Adotou a forma de Estado unitário e a monarquia hereditária constitucional como forma de governo. A religião oficial era a Católica Apostólica Romana, sendo vedado qualquer outro tipo de culto religioso, salvo dentro de seu domicílio (Art.5).

No que se refere à divisão e ao exercício do poder político, a Constituição de 1824 não adotou a separação tripartida de Montesquieu, pois além das funções legislativa, executiva e judiciária, estabeleceu-se o poder moderador, assegurando a centralização de poder nas mãos do Imperador (Art.98).

O Poder Legislativo era exercido pela Assembleia Geral, formada pela Câmara dos Deputados e Câmara dos Senadores; os deputados eram eleitos mediante voto censitário para mandato temporário; os senadores, por sua vez, tinham mandato vitalício e eram nomeados pelo próprio imperador. O Poder Executivo era exercido pelo Imperador, por intermédio de seus Ministros de Estados. Os magistrados togados exerciam o Poder Judiciário, tinham cargo vitalício e seus detentores independentes, somente podiam ser suspensos pelo próprio Imperador ou por sentença.

No que se refere à carta de direitos, muito embora não refletisse a realidade social, nem mencionasse ser o Brasil um país escravocrata, constata-se uma série de conquistas, como a abolição de açoites, torturas, marcas de ferro quente e demais penas cruéis; liberdade de trabalho; acesso de todos os cidadãos a cargo público, instrução primária gratuita; exigência de ordem escrita da autoridade legítima para execução da prisão, exceto flagrante delito; liberdade de expressão do pensamento, inclusive pela imprensa, independente da censura; e centralismo político.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E A RESPONSABILIDADE DOS ENTES DA FEDERAÇÃO NAS DEMANDAS JUDICIAIS DE MEDICAMENTOS

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Jéssica Helena Braga Araújo

Este artigo¹ aborda sobre a judicialização da saúde no que tange a política de medicamentos, pelo qual se busca determinar a relação entre as competências fixadas aos entes da federação na Constituição de 1988, na Lei 8080/90 e nas Portarias do Ministério da Saúde, e a responsabilidade pelo fornecimento de medicamentos determinada nas decisões judiciais do TJMG e TRF- 1ª Região. O objetivo é definir atuação do poder judiciário em Minas Gerais sobre a questão da judicialização de medicamentos e por meio desta demonstrar a aplicabilidade das referidas normas na atribuição dos ônus da sentença para a União, Estados e Municípios, de forma a inserir o seu conteúdo no que determina o paradigma do Estado Democrático de Direito.

O motivo da escolha deste tema é a relevância do fenômeno da judicialização da saúde para o debate jurídico em virtude da controvérsia que remonta a doutrina quanto ao controle judicial de políticas públicas e bem como quanto ao problema do ativismo judicial como um meio de “satisfação em massa” dos direitos sociais.

Com vista a atingir esse objetivo foi feita uma pesquisa bibliográfica na doutrina e empírica de jurisprudência. Assim, se assumiu a linha metodológica jurisprudencial estabelecendo uma relação entre o ordenamento e o problema objeto de estudo, fazendo uma complementação com base no juízo jurídico.²

A pesquisa jurisprudencial foi realizada nos sites dos órgãos ju-

¹ O artigo tem como autores: Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia- Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto na Universidade Federal de Ouro Preto e no IBMEC-BH. País: Brasil. Endereço eletrônico: alexprocesso@gmail.com. Jéssica Helena Braga Araújo- Graduada em Direito pela Faculdade Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC), turma 2014- 2019. País: Brasil. Endereço eletrônico: jessica.helena_a@hotmail.com.

² GUSTIN, Miracy Barbosa; DIAS, Maria Tereza. Repensando a pesquisa jurídica: Teoria e prática. 4ªed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.21.

jurisdicionais supracitados. No site do TJMG³, a busca ocorreu na opção jurisprudência em que foi selecionado o inteiro teor de acórdãos com as palavras-chave: “judicialização da saúde medicamentos”, e foram encontrados 813 (oitocentos e treze) espelhos de acórdãos e destes foram selecionados 20 (vinte), de acordo com o limite temporal de 2013 a 2015, e ações que possuíam, a requisição de medicamentos, ainda que de forma cumulada com outros pedidos. No site do TRF-1ª Região⁴, para obter acesso ao inteiro teor de acórdãos foi necessário entrar em contato com o setor de requisição de jurisprudência através do e-mail: jurisprudencia@trf1.jus.br, este como resposta enviou 14 ementas de processos, conforme a solicitação que lhe fora feita de que se buscava ações que envolvessem a jurisdição de Minas Gerais, sobre a judicialização da saúde quanto aos medicamentos, os números de processos tidos nas ementas foram utilizados para requisitar o inteiro teor no site deste.

Salienta-se que o artigo não versa sobre os únicos casos possíveis de requisição de medicamentos em Minas Gerais, e nem mesmo determina o número de ações nesse espaço de tempo, mas serve de amostra para perceber como tem sido estabelecida a responsabilização no fornecimento de medicamentos.

Da análise crítica dos julgados realizada nesta pesquisa, restou consignado que os órgãos jurisdicionais supracitados admitem a relativização do princípio da reserva do possível a fim de que prevaleça a dimensão individual do direito à saúde e o próprio direito à vida, ou seja, por mais que haja uma realidade administrativa a ser enfrentada, a análise concreta pode levar ao extremo oposto. Ressalta-se que essa situação toma uma dimensão problemática pelas “decisões alocativas” em virtude da finitude dos recursos públicos.

Dessa forma, foi percebida uma relação de disparidade entre o tratamento atribuído ao Estado e o titular do Direito. Esse entendimento ficou sobrestado nas decisões pela forma inflexível do estabelecimento da obrigação daquele (o que poderia ser corrigido, por exemplo, pela admissibilidade de uma ação regressiva do ente federado demandado isoladamente ante os demais, possibilidade ainda não vislumbrada), e o fornecimento quase irrestrito ao cidadão, operando na via judicial ausência de seletividade, em detrimento do que estabelece o artigo 194, parágrafo único inciso III da CF/88, o que remonta a um “acesso à justi-

³ Site do Tribunal de Justiça de Minas Gerais disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br/portal/>>. Acesso em: 26 de jun.15.

⁴ Site do Tribunal Federal-1ª Região disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/pagina-inicial.htm>>. Acesso em: 15 de jul.15.

ça” vinculado ao Estado Social.

Diante disso se propôs como solução a “releitura do acesso à justiça” de forma que o processo seja visto com um procedimento realizado em contraditório que garante às partes igual tratamento e oportunidade de manifestação no provimento jurisdicional, garantindo assim uma “decisão participativa”, em conformidade com o Estado Democrático de Direito⁵.

⁵ Sobre isso, por todos, ver: NUNES, Dierle. Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

“ARGUMENTAÇÃO SIMBÓLICA”: A HIPERTROFIA DO EFEITO SIMBÓLICO NO ÂMBITO DA DECISÃO JUDICIAL

Ana Maria Moreira de Sousa Mendes Bezerra¹

Tendo como ponto de partida a tese de Marcelo Neves a respeito da predominância, em alguns casos, do sentido latente político da legislação, em detrimento da sua função jurídica manifesta, caracterizando o efeito simbólico de determinadas leis e emendas – Legislação e Constitucionalização Simbólicas –, pretende-se, nesta pesquisa, refletir sobre os limites e as possibilidades de uma aplicação desse efeito também no âmbito do judiciário, mais especificamente no que tange às fundamentações de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a tipologia proposta por Neves no contexto do legislativo pode ser adequada para caracterizar algumas posições na esfera da argumentação jurídica, gerando o que se pode denominar de Argumentação Simbólica.

Faz-se necessário, em um primeiro momento, reconstruir, ainda que superficialmente, os principais pensamentos de Neves a respeito desse efeito simbólico. Nesse sentido, é importante ressaltar a atenção que o autor dedica à delimitação semântica do termo “simbólico”, destacando que este se aproxima do que fora proposto por Freud: casos em que há uma hipertrofia do sentido latente de determinada ação, em de-

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade 7 de Setembro (Fa7). Fortaleza – CE / Brasil. Endereço eletrônico: anamaria.mbezerra@gmail.com

trimento do seu sentido aparente. Neves diz que esse efeito simbólico acontece, no âmbito do legislativo, quando a função política que está no pano de fundo da elaboração de leis ou de emendas constitucionais é extremamente mais relevante que a sua função normativo-jurídica manifesta, gerando uma efetividade política às custas de uma ineficácia social generalizada do produto legislativo, o que pode ser um problema.

Nesse contexto, o constitucionalista pernambucano explica, lembrando Kindermann, os três tipos de Legislação/Constitucionalização Simbólica, quais sejam (1) Confirmação de Valores Sociais, (2) Álibi e (3) Fórmula de Compromisso Dilatório. O primeiro tipo ocorre quando a sociedade exige do Estado um posicionamento em relação a um conflito de valores, o que representaria, a nível político, a glorificação do grupo beneficiado e a degradação do(s) outro(s). Desse modo, o Estado, por meio de um ato legislativo que beneficie ou não prejudique determinado grupo social, afirma, indireta e mediatamente, de qual lado se encontra, deixando a função imediata e manifesta desse ato com um caráter secundário, ou seja, não são levadas em consideração as condições estruturais para a concretização de sua finalidade jurídica. A legislação-álibi ou constituição-álibi, por sua vez, acontece quando a função político-simbólica latente e que predomina em relação à finalidade jurídica é a de fortificar a confiança do povo no Estado ou em seu respectivo governo. A produção legislativa aparece, nesse sentido, como reação a uma pressão feita pela sociedade por causa de um problema social ou simplesmente como forma de convencer a sociedade das boas intenções do legislador, tendo um papel ideológico. O terceiro tipo – Fórmula de Compromisso Dilatório – tem como função latente a de adiar a solução de conflitos sociais, abrandando as suas decorrências na sociedade, por meio de compromissos dilatórios, nos quais a impossibilidade estrutural de concretização normativa se mostra previsível e, muitas vezes, evidente.

Após uma breve análise do que foi explicitado por Marcelo Neves no contexto de sua tese sobre a Constitucionalização Simbólica, chega-se ao cerne da pesquisa, qual seja demonstrar que o efeito simbólico, de modo semelhante ao do proposto pelo autor, pode ultrapassar os limites do legislativo, sendo encontrado, também, na esfera do judiciário. Algumas argumentações utilizadas pelos juízes em suas decisões podem ser caracterizadas como simbólicas, ou seja, o seu sentido latente é mais relevante que o seu sentido manifesto. Para fazer essa demonstração de forma eficiente, serão analisados três casos julgados pelo STF – HC 98898/SP, sobre pirataria; ADI 1442/DF, sobre salário-mínimo e

MI 107-QO/DF, sobre a autoaplicabilidade do mandado de injunção –, tendo como foco a argumentação utilizada em cada um deles, na tentativa de enquadrá-los à tipologia da Legislação e da Constitucionalização Simbólicas.

Nessa perspectiva, a argumentação jurídica utilizada no HC 98898/SP aproxima-se de um efeito simbólico do tipo Confirmação de Valores Sociais, porque, ao decidir contra a pirataria, ignorando que, na prática, ela continuará existindo, o STF se posiciona a favor do Fisco, da indústria fonográfica nacional e dos comerciantes regularmente estabelecidos; sua função manifesta, qual seja a de combater a pirataria, não tem condições estruturais de ser concretizada no geral. Já a argumentação utilizada na ADI 1442/DF seria simbólica do tipo *Álibi*, pois, ao declarar a inconstitucionalidade do valor do salário mínimo, por omissão parcial, o STF, ao reconhecer e criticar a inércia do Estado, apenas tem a pretensão de demonstrar as suas preocupação e presença perante à sociedade, com o fito de garantir a sua confiança; porém, o valor do salário-mínimo continuou insuficiente, não cumprindo com o sentido imediato da argumentação, que seria, no fundo, o de ajustá-lo às reais necessidades dos trabalhadores. Por fim, a argumentação simbólica do MI 107-QO/DF aproxima-se do tipo *Fórmula de Compromisso Dilatório*, decidindo o STF que o mandado de injunção é autoexecutável, mas sem reconhecer a competência do judiciário de corrigir omissões legislativas; dessa forma, a comunidade acadêmica obteve uma resposta a respeito desse assunto, mas a definição bem delimitada do instituto do mandado de injunção foi adiada, acontecendo anos depois dessa decisão.

Desse modo, fica claro que a tipologia empregada por Marcelo Neves pode ser aplicada no âmbito das decisões judiciais, dando vazão à chamada Argumentação Simbólica. Nesse sentido, vale a reflexão de que, provavelmente, esse efeito simbólico estará cada vez mais presente nas argumentações jurídicas, principalmente nas decisões proferidas pelos tribunais superiores, já que o Brasil está inserido em um contexto no qual o judiciário tem um papel cada vez mais impactante na sociedade.

DESAFIOS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA ANÁLISE DO PROTAGONISMO JUDICIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Aparecida de Sousa Damasceno¹

A pesquisa pretende investigar a legitimidade e os desafios da jurisdição constitucional no Brasil, à luz do princípio da separação dos Poderes e da soberania popular; bem como compreender o fenômeno do protagonismo judicial no contexto democrático.

A promulgação da Constituição da República de 1988 simbolizou grande marco para a democracia e para a efetivação de direitos e garantias fundamentais. Ao Poder Judiciário foi conferido maior destaque na proteção da ordem constitucional; de maneira que o Supremo Tribunal Federal atua, nos últimos anos, como protagonista no cenário político brasileiro, decidindo sobre temas antes reservados exclusivamente ao legislador.

Em face do princípio da soberania popular, tal fenômeno se mostra problemático, uma vez que os magistrados não são eleitos pela escolha do povo. Ademais, a intervenção judicial na esfera legislativa poderia enfraquecer a estrutura de separação dos Poderes e promover tensões.

Simultaneamente, o Poder Legislativo brasileiro enfrenta uma crise de representatividade e credibilidade, deixando de legislar, em diversas situações, sobre temas significativos, ou adotando posicionamentos que se afastam dos interesses da coletividade. Cruz² salienta que é comum encontrar parlamentares eleitos com o fim exclusivo de atender a interesses específicos de determinados grupos.

Observa-se, assim, que o protagonismo judicial tem se revelado como via importante de correção dos excessos e omissões do legislador

¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista PROBIC/FAPEMIG 2014. E-mail: aparecida22arcos@hotmail.com. Brasil.

² CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição constitucional democrática: atualizada pela Emenda Constitucional n. 45/2004 e pelas Leis n. 11.417/2006 e 12.063/2009 – 2. ed. rev. e ampl. – Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014, p. 05.

que tenham reflexos sobre direitos e garantias fundamentais, ou que violem o devido processo legislativo. Comparato³ alerta que a soberania popular, se não for direcionada à efetivação de direitos fundamentais, conduz ao arbítrio da maioria.

A ampliação dos poderes do juiz no paradigma democrático não o torna necessariamente uma figura arbitrária. Streck⁴ assinala que, quando o Poder Judiciário age, desde que devidamente provocado, no sentido de fazer cumprir a Constituição, não há sequer que se falar em ativismo, uma vez que este surge no momento em que a Corte extrapola os limites impostos pela norma constitucional. Ademais, Sampaio⁵ pondera que, em diversas situações, ficam evidentes os benefícios obtidos pelas minorias políticas através da intervenção judicial, já que no processo os grupos minoritários têm iguais oportunidades de debater e defender suas teses e interesses, com maior probabilidade de êxito.

O acesso à jurisdição é assegurado constitucionalmente e, portanto, não parece viável esperar que o Supremo Tribunal Federal – a quem o constituinte originário conferiu, precipuamente, o dever de guarda da Constituição – se furte à decisão sobre temas de relevância social. Barroso⁶ assevera que o poder dos juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo; exercido em nome do povo e devendo contas à sociedade.

Importante salientar, ainda, que a separação dos Poderes assume novos contornos diante dos desafios da contemporaneidade e, de tal modo, já não deve ser compreendida exatamente como quando de sua idealização. Embora o protagonismo judicial possa promover aparente mal-estar institucional, as novas configurações dos Poderes do Estado na democracia constitucional não devem ser lidas sob as lentes de uma lógica de tensão. Para Mendes⁷ a ideia de disputa deve ser

³ COMPARATO, Fábio Konder. O Poder Judiciário no regime democrático. Estudos Avançados, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 151-159, 2004.

⁴ STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – decido conforme minha consciência? – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 22.

⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional – Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 76.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 384.

⁷ MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese (Doutorado) – Orientador: Álvaro de Vita – Universidade de São Paulo – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – Departamento de Ciência Política, São Paulo, 2008, p. 168.

afastada, já que na separação de Poderes a interação é inevitável, e uma interação puramente adversarial desperdiça o seu potencial epistêmico.

Nesta perspectiva, mostra-se fundamental o perene estímulo ao diálogo, integrado não apenas por juízes e legisladores, mas por toda a sociedade.

PARA ALÉM DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL: O ATIVISMO JUDICIAL COMO COLABORAÇÃO NA CONSTRUÇÃO DE UM DEMOCRÁTICO PROCESSO CIVIL

Arthur Maia Queiroz¹

Stella Maia Queiroz²

O contexto brasileiro foi relevante para polemizar o termo “ativismo judicial”. Por versar sobre o papel do Poder Judiciário, sobre o comportamento dos juízes e, mais ainda, sobre o modelo de decisão judicial, tendo como cerne a tomada de suas decisões na elaboração de seu julgamento, encontrou-se no Supremo Tribunal Federal – de tamanho relevo jurídico e social – um referencial perfeito para expandir os limites daquela terminologia, demonstrando a fluidez entre política e justiça.³

A exemplo do que ocorre, muitas vezes no STF, a construção da decisão judicial nos tribunais é infiel ao que se chama de “órgão colegiado”, claramente individualizada, monologicamente preparada, despida de um real debate na elaboração dos votos, abrindo espaço para um ativismo judicial negativo. Ainda, sob um olhar hermenêutico, a terminologia também toma um viés negativo, no sentido de que os julgadores – e, nesse caso, não somente nos tribunais, mas também em primeira instância – ultrapassam

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; brasileiro; membro da Associação Brasileira de Direito Tributário Jovem (ABRADT Jovem); endereço eletrônico: arthurmaiamq@gmail.com.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; brasileira; monitora de Teoria Geral do Direito Privado II e de Direito Processual Civil II; ex-membro dos grupos de estudos RECAJ e Justiça de Transição; endereço eletrônico: stella_maia_queiroz@hotmail.com.

³ Barroso, Luis Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.” Anuario iberoamericano de justicia constitucional 13 (2009): 17-32.

os limites, as margens de interpretação da lei, verdadeiramente legislando, ferindo a ordem constitucional e democrática defendida após 1988.

No entanto, é possível adotar uma acepção positiva para um termo que é dotado de tanta ambiguidade. Faz-se, assim, o convite para afastar as apresentadas interpretações negativas do termo – voltadas para uma questão mais hermenêutica, relacionadas aos limites da discricionariedade judicial, da atuação do Judiciário na interpretação da lei; como também para a questão da separação dos Poderes – para se valer de uma perspectiva processual.

O contexto atual, receptivo de um Novo Código de Processo Civil, cujo termo inicial de vigência se aproxima, está apto a suscitar, de forma ainda mais vociferante, inúmeras interpretações do termo “ativismo judicial”. Indaga-se a refletir sobre o contexto processual, umbilicalmente ligado à Constituição da República, que tem sido cada vez mais pensado para estar em consonância com o que se chama de “exercício democrático de direito”, em que é possível, de forma clara e real, visualizar um espaço passível de diálogo, de paridade, de discurso e de atuação de todos – e, nesse sentido, inclui-se o juiz⁴.

É sob tal parâmetro que se visualiza um otimista ativismo judicial – analisado mais sob uma perspectiva processual, em que se percebe uma atuação de fato, por parte do juiz, em cooperação, colaboração para com as partes, a fim de se aproximar cada vez mais do alcance da primazia do mérito, da eficácia da tutela jurisdicional e, portanto, de aproximá-las do real acesso à Justiça e não somente à Jurisdição.

Esse otimista ativismo judicial deve se conciliar com o princípio dispositivo, esposado no art. 2º do atual Código de Processo Civil, de modo que essa atuação deve ocorrer em respeito ao devido processo legal, no sentido de que o juiz inicie o curso processual quando provocado e mantenha-se imparcial, na defesa e garantia dos direitos das partes do processo, juntado ao que dispõe a Constituição. Delineiam-se, assim, os corolários desse processo (constitucional): a garantia do devido processo legal, da imparcialidade do juiz, do princípio dispositivo, do acesso à Justiça, da motivação das decisões, do direito de defesa, da igualdade formal das partes perante o juiz etc.⁵

Destarte, ressalte-se, assim, que esse ativismo somente poderá ser defensável em prol das partes, em prol do processo, por isso, buscando a cooperação, a colaboração processual. Por ser o Novo Código de Processo

⁴ Mitidiero, Daniel. “Processo justo, colaboração e ônus da prova.” Revista do Tribunal Superior do Trabalho (2012): 67-77.

⁵ de Oliveira Baracho, José Alfredo. Processo constitucional. Forense, 1984.

Civil o Diploma que traz explicitamente o termo “colaboração” – visto por já alguns doutrinadores sobre o tema até mesmo como princípio –, não se pode deixar de defendê-lo. O termo, nesse sentido, sugere um juiz ativo, que dá atenção ao apelo das partes, que realiza o saneamento, que extingue “tempos mortos”, respeitando a razoável duração do processo e permitindo a existência de um espaço democrático, de diálogo com as partes.

E, para aqueles que veem na colaboração uma utopia⁶, por julgarem inimaginável uma situação em que as partes – polos extremos de interesses processuais e materiais – cooperam entre si, pontua-se, todavia, que é justamente o bom ativismo judicial que materializa, concretiza a colaboração, pois o compromisso de cooperação das partes é para com o juiz (e desse para com elas, por isso, ativo). É um “compromisso” que não fere a liberdade das partes, do juiz – sem arbitrariedades, ressalte-se –, do transcorrer processual; pelo contrário, garante uma equilibrada liberdade, porque há uma troca de interesses mútuos, recíprocos entre todos, eis que o que se deseja é a solução jurídica do conflito e a prestação efetiva da tutela jurisdicional. Nesse sentido, verifica-se, pela colaboração processual, um limite para o ativismo judicial e um meio para se atingir o precípua escopo do devido processo constitucional (e não somente legal) – a melhor prestação da tutela jurisdicional para todos.

⁶ Dalla, Humberto, and Tatiana Machado Alves. “A COOPERAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: DESAFIOS CONCRETOS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO.” *Revista Eletrônica de Direito Processual* 15.15 (2015).

STF E AS VIRTUDES PASSIVAS: EM BUSCA DE UM CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIALÓGICO

Carolina Alves das Chagas¹

A expansão do Poder Judiciário no Brasil é um fenômeno observado há algum tempo, o qual, somado ao desenho institucional brasileiro, tende a apontar o Supremo Tribunal Federal como mais um ator com poder de veto, detentor de um poder de agenda,² a ser desempenhado através de diversos instrumentos para controlar aquilo que deve ser destacado no cenário político e o que não deve, a depender do momento e das circunstâncias. Tal comportamento, no entanto, pode levar a um desequilíbrio institucional quando exacerbado, criando-se o risco de se ver o tribunal se transformar no xerife de suas próprias decisões.³

Na prática, evidencia-se que o STF tende a influenciar a política nacional não só com suas decisões, mas também com suas não-decisões - conhecidas como virtudes passivas. As práticas de virtudes passivas tendem a possibilitar um diálogo vertical e horizontal, entre tribunais e entre os poderes do Estado, haja vista que não deveriam estar eles obrigados a simplesmente validar ou invalidar um ato normativo, podendo se abster em certos casos, exigindo-se, pois, uma maior consciência do Judiciário de sua atuação, ao se conseguir estabelecer níveis de sua necessidade e intensidade.⁴ Assim, seria possível defender que a função desse poder não seria somente estabelecer decisões definitivas, mas também direcionar a sociedade para chegar a essa solução.⁵

A defesa de um diálogo institucional não se trata de afirmar

¹ Mestranda em Direito do Estado e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná(UFPR)/Brasil. Membro do Núcleo de Investigações Constitucionais vinculado à Pós Graduação em Direito da UFPR. Contato: ca.chagas@hotmail.com.

² TSEBELIS, George. Atores com poder de veto: como funcionam as instituições políticas. Tradução de Micheline Christophe. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009. p. 17.

³ VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: Revista Direito GV, São Paulo, p. 441-463, jul – dez 2008, p. 450.

⁴ MENDES, Conrado Hübner. Not the Last Word, But Dialogue: Deliberative Separation of Powers 2. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911835>. Acesso em: 06 out 2014, p. 6.

⁵ MENDES, Conrado Hübner. Not the Last Word, But Dialogue, p. 8.

que as questões seriam discutidas permanentemente, sem respostas, mas sim reconhecer a necessidade de se investigar além dessa última palavra, casos cuja natureza política e complexidade possibilitam revisão. A verdade é que decisões sobre direitos deveriam ser tomadas em conjunto, de forma que o diálogo entre poderes possa ser favorecido.⁶

A pesquisa pretendeu estudar as formas em que o STF desempenha seu papel como ator com poder de veto através das não-decisões. Decidiu-se por focar no controle de constitucionalidade concentrado, por ser através dele que são decididos os principais casos relativos a direitos e de maior impacto no âmbito nacional. Dessa forma, focou-se mais especificamente na análise do pedido de vistas, das liminares em ações de controle de constitucionalidade e da montagem da pauta das sessões de julgamento (por mais que se reconheça outras possibilidades de não-decisões, como a utilização da Repercussão Geral).

Até a presente fase da pesquisa, foram analisadas, em um primeiro momento, como se dá a presença desses institutos no ordenamento jurídico brasileiro e sua utilização pelo STF,⁷ para depois verificar de que forma essa atuação influencia o relacionamento entre os poderes, notadamente o Judiciário e o Legislativo, tendo-se como premissa a necessidade de estabelecimento de um diálogo institucional.

É possível concluir, até então, que as virtudes passivas, através das não-decisões, podem ser importantes para a realização do chamado controle de constitucionalidade dialógico (baseado em diálogos). Contudo, a prática brasileira mostra um abuso da utilização dos instrumentos de não-decisão pelos ministros do STF, o que tenderia a deslegitimar a utilização de virtudes passivas. Os três instrumentos estudados, dentre outras deficiências, tendem a acentuar o individualismo presente na Corte - a qual deveria atuar como um órgão colegiado; e garantir a seus ministros uma atuação “super-contramajoritária”, ao possibilitar que apenas um deles, sozinho, bloqueie o andamento de uma ação, a qual demanda uma decisão que seja institucional, de todo o tribunal.

Nesse sentido, acredita-se que uma primeira resposta a esse quadro seria a de tentar proporcionar limites aos instrumentos que tem

⁶ MENDES, Conrado Hübner. Is it all about the last word? Deliberative Separation of Powers 1. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1911822> . Acesso em: 06 out 2014, p. 41/42.

⁷ Utilizou-se, sobretudo, os resultados da pesquisa desenvolvida na FGV: FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P.. III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014.

sido utilizados de forma abusiva, com vias de sanar a utilização equivocada das virtudes passivas pelo STF. Dentre as perspectivas de continuidade da pesquisa, pensa-se em estudar como os mecanismos de não-decisões tem sido desenvolvidos em outras Cortes Constitucionais e se eles realmente estão auxiliando o diálogo institucional.

A DECISÃO JUDICIAL DE INTERVENÇÃO NO ENTE FEDERADO E A ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO COMO SUPREGO DE UMA SOCIEDADE

Elisa Helena Lesqueves Galante¹

O artigo analisa a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo no primeiro caso de intervenção no ente político ocorrida após a Constituição de 1988 por ato de corrupção. A intervenção é um instrumento de garantia do Estado Federal. Trata-se de um momento de excepcionalidade vivenciada pelo Ente Federado objetivando, tradicionalmente, preservar a unidade da Federação. Sua origem coincide com a inauguração do Estado Federal em 1787, a partir da Constituição estadunidense. No Brasil, a intervenção é uma medida de exceção de natureza política empreendida pela União ou pelo Estado-federado, através de seus poderes constituídos, que interfere coercitivamente nos assuntos internos de um Estado ou do Município. A Carta de Outubro de 1988 institui um novo Estado Federal brasileiro, fundado no “Princípio da Não Intervenção”, permitindo que a União possa intervir nos Estados e no Distrito Federal (art. 34), bem como nos Municípios localizados em Território Federal (art. 35), enquanto os Estados poderão intervir nos Municípios localizados em seus territórios (art. 35). No caso objeto do estudo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça culminou com a intervenção estadual em um município capixaba, decretada pelo Governador do Estado, tendo sido originada de

¹ Doutoranda em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais (FDV). Mestre em Direito/ Políticas Públicas e Processo (FDC). membro do grupo de pesquisa “Efetivação dos Direitos Fundamentais pelo Estado” (FDV). Professora Titular da Faculdade de Direito de Cachoeiro de Itapemirim (FDCI). Procuradora Municipal e Advogada.

uma representação do Ministério Público após uma Operação policial denominada “Lee Oswald” que acarretou a prisão do Prefeito e o afastamento da função pública dos membros da Mesa Diretora da Câmara Municipal. O episódio foi amplamente divulgado na mídia, inclusive no âmbito nacional, pois trata-se de um dos municípios brasileiros que recebe relevante valor de “royalties de petróleo”. Concomitantemente ao episódio, também se encontrava em debate no Parlamento Nacional a nova lei de petróleo – Lei nº 12.734/2012 – que teve como objetivo promover uma descentralização na distribuição das receitas de royalties e participação especial para os entes federativos, principalmente no caso de a produção ocorrer na plataforma continental. A decisão interventiva foi prolatada após a posse de um agente político que ocupava a ordem sucessória e fundou-se na proteção dos valores morais da sociedade. É da análise dos votos que se extrai o objetivo da decisão. Demonstra que os juízes membros fundaram seus votos na pretensão de preservar os valores éticos e morais da sociedade atingida por atos de corrupção, gerando uma atuação política dos juízes membros do Tribunal. É neste contexto que se pretende analisar a atuação do Poder Judiciário e sua relação com o que Freud denominou de superego. Ao se constituírem como censores morais daquela sociedade os juízes que constituíram a maioria do Colegiado proferiram uma decisão que superou os limites do Direito. Afastaram a utilização de qualquer método para a concretização do intento de definir a política local, além de reavivarem a histórica do uso do instituto da intervenção, como instrumento de submissão dos poderes locais ao governo central. A decisão é analisada a partir da atuação do Poder Judiciário no novo paradigma político e hermenêutico e, em especial, a partir dos fundamentos da decisão que se estruturam na preservação dos valores da sociedade afetada. Para tanto utiliza a compreensão da socióloga alemã Ingeborg Maus que alertou sobre o perigo de o Poder Judiciário, em especial, o Tribunal Federal Constitucional alemão, definir todos os valores de uma sociedade e, como implicação, abarcar o “superego da sociedade”.

A TENDÊNCIA À FUNDAMENTAÇÃO MAXIMALISTA NA JURISPRUDÊNCIA CONTEMPORÂNEA DO STF: PERSPECTIVAS E RISCOS DEMOCRÁTICOS À INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

Emanuel Andrade Linhares¹

Há no Direito Constitucional brasileiro marcada tendência ao que se denomina “maximalismo judicial”, verificada em um ror de decisões hodiernas do STF, nas quais se utilizam não somente argumentos essencialmente jurídicos, mas se fazem alusões a razões sociais, antropológicas e, inclusive, biológicas.

Cass Sunstein (2001, p. 34), prestigiado doutrinador estadunidense, identifica quatro abordagens que, em sua opinião, devem ser prementes ao debate constitucional contemporâneo: “perfeccionismo”, “majoritarianismo”, “fundamentalismo” e “minimalismo”.

Em breve síntese, o “perfeccionismo” se identifica na intenção de juízes em fazer da Constituição “o melhor que ela possa ser”, não raro espelhando posturas ousadas e criativas a partir de princípios, que levam a reconhecer direitos que nem sempre estão muito claros dentro do sistema jurídico. Juízes perfeccionistas tendem a decidir casos complexos com base em questões morais e políticas intensas, pautados por *wide* (amplos) e *deepest* (profundos) argumentos morais, éticos, políticos, filosóficos e jurídicos. O “majoritarianismo” pretende diminuir o papel da Suprema Corte e favorecer o processo político democrático, cujo centro de gravidade está no Legislativo. O “fundamentalismo” procura interpretar a Constituição dando-lhe o sentido que tinha quando foi ratificada. O “minimalismo”, por fim, se traduz no ceticismo acerca das teorias interpretativas abstratas. Representa a produção de decisões judiciais de conteúdo restrito, focadas no caso concreto e restringindo sua aplicação às demandas semelhantes. “Juízes minimalistas”, seriam

¹ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Público pela Universidade Estadual Vale do Acaraú (UVA). Professor convidado do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito e Processo Constitucional e do Curso de Pós-graduação Lato Sensu em Direito Processual Civil do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará (TJCE), onde atualmente exerce o cargo de Secretário da 1ª Câmara Criminal. e-mail: emanuelinhares@hotmail.com

aqueles, na teoria de Sunstein, que buscam delimitar seus argumentos a razões indispensáveis para a fundamentação e justificação da decisão, evitando qualquer tentativa do “esgotamento” de questões controvertidas pela via judicial, mantendo-as abertas ao debate político e aos procedimentos democráticos tradicionais.

Em contraposição à abordagem minimalista, há o “maximalismo judicial, que se traduz justamente na ideia oposta, ou seja, na adoção de decisões judiciais que tenham amplitude considerável e regulem a matéria abstratamente considerada, não apenas no caso concreto, mas também em todas as situações em que aquela argumentação se possa aplicar.

As decisões maximalistas, portanto, distinguem-se pela amplitude e profundidade de sua fundamentação. A amplitude da fundamentação maximalista não se limita às razões necessárias para a resolução do caso estritamente considerado, mas as extrapola, com o intuito de alcançar outros casos similares. Possui caráter prescritivo, pois determina parâmetros concretos para a resolução teórica de problemas futuros; sói ainda extrapolar o limite da mera prescrição jurisdicional, imiscuindo-se na atuação dos demais poderes. Já a profundidade da fundamentação maximalista se traduz na propensão a esgotar o tema tratado mediante considerações abstratas e fortemente teorizadas.

O mais emblemático exemplo da adoção de uma atitude maximalista adotada no âmbito do Supremo Tribunal Federal é, sem dúvida, o julgamento acerca da constitucionalidade da demarcação contínua da reserva indígena Raposa Terra do Sol². Na hipótese, a fundamentação se deu em torno de questões técnicas bastante complexas e quase integralmente alheias à seara jurídica, levando em conta, principalmente, argumentos antropológicos, biológicos e econômicos.

Essa tendência à maximização deve ser vista sob um prisma crítico, com ressalvas, pois representa, efetivamente, a institucionalização de um desequilíbrio anunciado e deliberado entre os poderes Executivo e Legislativo, de um lado, e o Judiciário do outro. Enquanto o “minimalismo judicial” representa o aperfeiçoamento progressivo, contínuo e brando, facultando a evolução constitucional por via dos diálogos posteriores com os demais poderes, a ideia de “maximalismo” implica “aperfeiçoamentos” bruscos e inarredáveis por força judicial.

Em verdade, parece haver “virtudes” e “defeitos” inerentes às duas posturas judiciais – minimalista e maximalista -, com causas e efei-

2 STF – Pleno, Pet 3388/RR, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 19.03.2009, DJe 25.09.2009.

tos nos desenhos institucionais do país. Se, por um lado, o maximalismo possibilita uma sobrevalorização da atividade judicial, no sentido de evitar lesões a direitos fundamentais por inépcia dos Poderes Executivo e Legislativo; por outro, ao agigantar prerrogativas e “imiscuir-se” de maneira minuciosa em matérias constitucionais complexas e difíceis, sobretudo relacionadas aspectos morais e políticos, espelha (e aprofunda) crises de credibilidade das instâncias deliberativas tradicionais.

No atual desenho institucional brasileiro, caracterizado, dentre outras coisas, por um crescente protagonismo judicial, e, ainda, por nítido acirramento de ânimos entre Executivo e Legislativo, seria a postura maximalista uma alternativa político-jurídica adequada/salutar ao fortalecimento da democracia e do constitucionalismo no Brasil? Quais riscos democráticos o maximalismo efetiva ou potencialmente representa à interpretação constitucional no Brasil?

ACESSO À JUSTIÇA E ATIVISMO JUDICIAL:

LIMITES E POSSIBILIDADES

Emetério Silva de Oliveira Neto¹

Na mesma linha dos países não desenvolvidos, o Brasil sofre com ingentes problemas de cunho social, situação essa que demanda a confecção de políticas públicas pelo Governo, fundamentalmente nas áreas da educação, da saúde e da moradia, para garantir à população o acesso direto à justiça, no sentido de acesso aos direitos.

Entretanto, as políticas públicas existentes são insuficientes para atenderem a todas as demandas e necessidades do corpo social. Vê-se, ademais, que a atual Constituição ampliou o processo de constitucionalização dos temas reservados ao campo estritamente político e, ao fortalecer o Judiciário, abriu ensanchas à judicialização na hipótese de o Poder Público claudicar.

Na prática, o cumprimento dos ditames constitucionais, seja sobre direitos individuais seja sobre direitos sociais, custa dinheiro, e

¹ Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC); E-mail: emeteriodireito@yahoo.com.br.

mais ainda quanto aos últimos, que por tal razão possuem efetividade reduzida, pois de quando em vez os meios políticos ordinários se escusam a implementá-los, sob o pálio de que o orçamento é escasso. Quando isso ocorre, se acentua o fenômeno do *ativismo judicial*, o qual deve ser controlado para que não origine problemas mais graves, como o do desequilíbrio entre os poderes.

Luís Roberto Barroso, ao tratar do assunto sublinhou que cada vez mais o Judiciário tem sido chamado a se manifestar sobre assuntos novos, para os quais ainda não há previsão na legislação existente e a resposta para muitos desses casos acaba sendo construída pelos juízes de forma argumentativa, com fulcro nos princípios da Constituição Federal.

O *ativismo judicial*, portanto, pode ser encarado tanto sob o aspecto positivo, quanto sob o negativo, a depender do ângulo através do qual o fenômeno é observado. A propósito dessas diferenciações, observa-se que os Ministros do STF interpretam-no positivamente, pois consideram o ativismo necessário e inescapável, ao passo que os integrantes das categorias profissionais mais ligadas à defesa do Estado, sustentam o lado pernicioso do fenômeno.

Elival da Silva Ramos, por exemplo, visualiza o *ativismo judicial* sob o prisma negativo, não conferindo a esse movimento o sentido de “salutar jurisprudência criativa”. Diz que o direito moderno está baseado em textos escritos, que são pautas sob as quais o julgador deve trabalhar, evitando a discricionariedade, que se aplicada abusivamente extravasará tal pauta. Em sua análise o ativismo é uma disfunção, caracterizada pela ultrapassagem de limites, portanto um fenômeno de ruptura com o Estado de Direito.

Ronald Dworkin, em sua obra *Império do Direito*, a despeito de ser considerado antipositivista, se posiciona contrariamente ao ativismo judicial, afirmando que o ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico.

Noutro giro, há quem defenda que o ativismo judicial é bem-vindo no contexto da proteção dos direitos fundamentais das minorias, funcionando como correção de disfunções do processo político majoritário. Essa corrente exige uma atuação enérgica do Judiciário para a concretização dos valores supremos entabulados na Constituição, sem embargo de aceitar que o *ativismo excessivo* é prejudicial à democracia, na medida em que asfixia as funções dos demais poderes. Nesse contexto, não atingindo o Judiciário o espaço dos outros poderes, diz-se que o *ativismo* serviria à democracia.

Para o Min. Luiz Fux, a seara política não é infensa à incidência das normas constitucionais e a experiência histórica demonstrou que os Poderes Executivo e Legislativo não são capazes de sozinhos, assegurarem o respeito aos direitos que compõem o substrato mínimo da democracia, de modo que a interferência do Judiciário é essencial para o equacionamento entre as demais funções estatais.

Entre os extremos do *ativismo* e da *contenção* judicial, deve-se preferir o *caminho do meio*, que é o que no conjunto se afigura mais propínquo ao atingimento dos valores constitucionais. Virgílio Afonso da Silva entende que é possível defender uma forma de ativismo judicial - ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas - e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais.

As tensões provocadas a partir de atuações excessivas do Judiciário ocorrem, outrossim, nas hipóteses em que quaisquer de seus membros decidem sem observar o inter-relacionamento entre o Direito e o interesse coletivo, como quando profere decisões judiciais que determinam ao Poder Público o custeio integral de caros tratamentos *individuais* de saúde, por vezes contrariando orçamento prévio que já dera as essas especiais verbas destinação *mais geral*, num precário sopesamento entre os princípios do mínimo existencial e da reserva do possível.

A crescente aceitação da ideia de que o Judiciário tem competência para analisar matérias eminentemente políticas, mormente via jurisdição constitucional, cuja expressão máxima é o *ativismo judicial*, exorta a que os poderes Executivo e Legislativo reassumam as suas funções primárias, diminuindo o espectro de interferência judicial sobre as decisões políticas fundamentais, e aliviando as tensões provocadas no sistema.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE E AS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO

*Emmanuelle Konzen Castro*¹

Pretende-se com o presente ensaio fazer uma reflexão acerca da implementação do direito fundamental à saúde, evidenciando os problemas que levam à falta de efetividade do sistema e também demonstrar a competência do Poder Judiciário em intervir a fim de tornar efetivo este direito. É demonstrado que a falta de efetivação do direito à saúde pelo Poder Executivo, tem gerado a hipertrofia da intervenção judicial na busca pela implementação do direito individual. Portanto, pretende-se refletir: até que ponto esta intervenção seria legítima? O Judiciário estaria usurpando de sua função ao criar política pública ou apenas agindo dentro dos contornos constitucionais que asseguram a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou ameaça a direito (Princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art. 5º, XXXV)? Quais seriam as consequências da judicialização da saúde e do ativismo judicial na alocação de recursos públicos e, por conseguinte no macro sistema?

Com o advento da Constituição da República de 1988 e, conseqüentemente, a elevação do direito à saúde à categoria de direito fundamental social, a ampliação do acesso à justiça, haja vista que as Defensorias Públicas e o Ministério Público vêm atuando de maneira relevante na implementação dos direitos sociais para a população que não possui condições de arcar com um advogado particular, e o maior acesso à informação pelos cidadãos, têm gerado uma procura cada vez maior de obtenção de medicamentos ou tratamento médico-hospitalares, por meio do Judiciário, que tem solucionado esses problemas de uma forma mais imediatista. O direito ao mínimo existencial deve ser garantido, no entanto, não deve haver excessos quando de sua concessão. Muitas vezes o magistrado ao julgar a demanda de saúde se de-

¹ Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista CAPES. Pesquisadora do Núcleo de Estudos Paideia Jurídica. Professora do Curso de Aperfeiçoamento do CAED-UAB/SECADI “Paideia Jurídica na Escola” (2014). Advogada. Email: emmanuellekonzen.adv@gmail.com

para com termos técnicos da área da medicina ou farmacologia e não possui conhecimento suficiente para afirmar se aquele medicamento ou procedimento é o mais adequado para o demandante. Como o Judiciário tem lidado com esses problemas?

Entende-se que o Judiciário ao intervir na esfera de outra função no poder, deve ter uma atuação corretiva, de modo a suprir a falha ou omissão existente. Portanto, essa atuação deve ser temporária, existindo até que a outra função restabeleça a sua função típica. Desse modo deve haver uma intercomunicação entre os poderes de forma a se estabelecer uma mútua colaboração das funções no poder e não apenas a sobreposição de uma função sobre outra.

Verifica-se que a interconexão entre Poder Judiciário e Poder Executivo ainda é tênue, o que dificulta a detecção das falhas na execução da política pública e, conseqüentemente, o caminho para a solução dos problemas. Por isso, é necessária a busca por caminhos para a diminuição da judicialização da saúde por meio dos diálogos institucionais. Os Núcleos de Assessoria Técnica e as Câmaras de mediação e conciliação em saúde são importantes órgãos que auxiliam na busca desse fim.

Os núcleos de assessoria técnica – NATs – são órgãos inseridos dentro dos tribunais de justiça com a finalidade de auxiliar os magistrados nas decisões envolvendo pedido de medicamentos. Pretende-se relatar como vem sendo a atuação desses núcleos, sua colaboração para uma decisão mais segura e célere e de sua capacidade de desafogar o Judiciário.

A criação das Câmaras de mediação e conciliação de litígios de saúde já implantadas em alguns Estados tem gerado efeitos positivos na redução dos processos judiciais, efetivando o direito de forma mais célere e consensual.

Por fim, pretende-se, problematizar o fenômeno da judicialização da saúde e estudar formas alternativas de resolução de conflitos baseadas no diálogo institucional. Com isso, propõe-se demonstrar como os NATs e as Câmaras de mediação e conciliação têm atuado positivamente na efetivação do direito à saúde por meio do diálogo entre cidadão, Executivo e Judiciário.

DECIDINDO OS RUMOS DA NAÇÃO:

COMO O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL INTERFERE UTILIZANDO APENAS O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCRETO

Flávia Santiago Danielle Lima¹

Louise Dantas de Andrade²

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem o poder de decidir o que importa para a nação? Em um contexto de intensa judicialização das questões sociais econômicas e políticas, milhares de ações judiciais são distribuídas anualmente naquele tribunal, que tem como uma de suas funções, e provavelmente a mais importante, a revisão judicial da legislação efetivada seja pela via abstrata ou pela via concreta. O controle concreto de constitucionalidade é sem dúvida a principal via de acesso do cidadão ao tribunal, que soma atualmente o acervo incrível de 38.272 recursos extraordinários em tramitação, de acordo com as informações retiradas do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, desde a promulgação da emenda constitucional n. 45/2004, nem todos os processos que chegam ao STF são julgados, isso porque para que seja incluído na pauta de julgamento deverá primeiramente ser reconhecida a existência da repercussão geral, definida legalmente como a identificação de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, através de decisão irrecorrível tomada no plenário virtual. Partindo da premissa que a matéria decidida no processo paradigma é importante e está replicada em milhares de casos, a decisão será aplicada às ações semelhantes (a esse tempo sobrestadas), unificando o entendimento em todos os tribunais do país, e em tese, reduzindo a quantidade de ações em trâmite. Trata-se, portanto, de um instrumento de natureza seletiva, que vincula tanto o juízo positivo de apreciação quanto o negativo, uma vez que não reconhecida a repercussão geral de um caso, aquela matéria não mais será remetida à Corte Suprema. Ultrapassada essa

¹ Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora da Universidade Católica de Pernambuco e Advogada da União (PRU-5ª Região). País: Brasil. Endereço eletrônico: flavia-santiago@uol.com.br

² Doutoranda em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). País: Brasil. Endereço eletrônico: louise.dantas@gmail.com

primeira escolha, uma nova barreira precisa ser suplantada para que o processo tenha seu mérito julgado: o recurso precisa ser incluído em pauta de julgamento. A inclusão em pauta, no entanto, é solicitada ao presidente do tribunal que por meio de ato discricionário e sem ter de atender a qualquer critério objetivo regimental, poderá ou não incluir o processo na agenda. O acesso do cidadão ao Supremo Tribunal Federal depende, portanto, da obtenção de duas decisões favoráveis que não dependem do atendimento de qualquer tipo de critério objetivo, e são irrecorríveis. A delegação de poder pelo poder legislativo ao poder judiciário é evidente e intrigante, uma vez que sendo vinculante a decisão tomada em sede de recurso extraordinário afetado pela repercussão geral, em última análise, torna o Supremo Tribunal Federal um legislador positivo, em detrimento da atuação das próprias casas legislativas representativas. Assim, tendo a prerrogativa constitucional de escolher quais matérias serão eventualmente apreciadas pela Corte, e a prerrogativa regimental de escolher quando os casos serão julgados, evidencia-se a face política do Supremo Tribunal Federal, que atualmente já é estudado como um ator que decide e interfere efetivamente nos rumos tomados pela nação, inclusive no que se refere a atuação do executivo (por exemplo, ao julgar casos relativos à aplicação ou não políticas públicas) e do legislativo (ao retirar do ordenamento jurídico uma lei ou um artigo de lei aprovado pelos representantes do povo), seja em uma atuação ativista ou auto contida.

ATIVISMO JUDICIAL E O CONFLITO ENTRE DEMOCRACIA E CONSTITUCIONALISMO

Flávio Baumgarten Baião¹

A discussão em torno do fenômeno 'Ativismo Judicial' apesar de já existir desde o período quando Earl Warren foi o Chefe da Justiça dos Estados Unidos (1954-1969), cada vez mais se mostra presente nos debates doutrinários sobre a legitimidade e autonomia do Poder Judiciário.

Porém quando se fala de Ativismo faz-se necessário uma ple-

¹ Graduando em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CE-SUSC), brasileiro, e-mail: flaviobaumgarten@outlook.com.

na diferenciação de um fenômeno semelhante, que não decorre de um posicionamento dos Tribunais Superiores, mas sim de uma opção feita pelo constituinte no momento da elaboração da CF/88, fenômeno este conhecido como Judicialização. Significa trazer para a apreciação do Judiciário questões que antes diziam respeito tão somente à vida privada ou à apreciação de outros poderes. No caso brasileiro, a Judicialização teve como causas: 1) Controle de Constitucionalidade, concedido primordialmente ao judiciário, assim como também a guarda da constituição. Ambos previstos no art. 102, *caput*, CF/88; 2) a redemocratização do país após o regime autoritário de 1964-1985, no qual uma das lições foi que sem um judiciário forte e um efetivo acesso à justiça não seria possível o pleno exercício dos Direitos Fundamentais. Lição essa que o mundo também aprendeu com o fim da Segunda Grande Guerra o que se pode ver no art.8º da DUDH (1948); e 3) Constitucionalização, em sendo a nossa Carta atual um documento analítico, ela traz para o seu âmbito apreciativo todas as matérias que entenda importante, no que resulta que muito mais disciplinas podem hoje ser alvo de apreciação do judiciário.

O Ativismo, por sua vez, é uma atividade ideológica por parte dos aplicadores do Direito que busca extrair o máximo possível de eficácia de um princípio ou de uma norma constitucional através de uma leitura mais abrangente de seu texto, tendo como base o Princípio da Maximização ou Efetividade e da Abertura e Inexauribilidade Constitucional.

Contudo, muito se questiona sobre o ativismo com base em três principais críticas, as quais se passam a debater.

Primeiramente, Direito não é Política. Apesar de suas fronteiras serem fluidas, o Direito é o espaço da supremacia da lei e do respeito aos Direitos Fundamentais, enquanto a Política é o espaço da vontade majoritária e da soberania popular. O que se defende é que ao se levar questões do debate público por excelência além de questões que tem grandes interesses populares e ideológicos envolvidos, os juízes podem se deixar levar mais facilmente pelas paixões majoritárias passageiras e pelo clamor popular, fazendo com que deixem de lado a discussão jurídica envolvida, que seria de sua responsabilidade, e passam a fazer juízos políticos, deixando criar dentro do judiciário um espaço de discussões tipicamente parlamentares.

Em outras palavras, ao se aceitar a *judicialização da política*, dá-se margem para a *politização da justiça*. Contudo, em sendo responsabilidade dos Ministros do STF a guarda constitucional, sua tarefa deve ser

protegê-la e promover suas normas dentro das possibilidades fáticas disponíveis, além do mais assim como o sistema de imunidades parlamentares, as garantias constitucionais proporcionadas aos juízes preza pelo pleno exercício da atividade do magistrado, que ele possa exercer sua função sem deixar-se levar por pressões populares.

Em segundo lugar coloca-se a suposta falta de legitimidade democrática dos magistrados em relação aos representantes de outros poderes, os quais são eleitos pelo povo, para anular ou obriga-los a agir. A questão é de que para o pleno funcionamento de um Estado republicano faz-se necessário que pelo menos um dos poderes esteja livre de pressões populares para que possa barrar uma possível atuação populista dos demais poderes, que precisariam se preocupar com reeleições. Os juízes então podem se preocupar exclusivamente com a plena realização dos princípios e Direitos Fundamentais da CF/88.

E a última das principais críticas ao movimento trata sobre o risco de efeito sistêmico e a capacidade institucional do poder judiciário para versar sobre temas os quais outros poderes seriam mais qualificados para entender as possibilidades de agir e dos efeitos a médio/ longo prazo que uma decisão pode trazer. Nesse aspecto, de fato, em certas áreas as quais outros poderes são mais qualificados para agir o judiciário deve ter como regra a discricionariedade. Devendo, portanto, se restringir a fiscalizar o correto procedimento processual necessário e previsto no ordenamento brasileiro e garantir que não haja invasões nos princípios constitucionais e nos Direitos Fundamentais.

Vale dizer: o Ativismo Judicial é um excelente remédio para curar possíveis deficiências que um Estado Democrático é passível de apresentar, principalmente quando se leva a vontade majoritária ao nível de oprimir minorias. O ativismo, então, tem o dever de proteger a Constituição e principalmente os Direitos Fundamentais, previstos em seu texto. Mas como todo bom remédio deve ser usado com cautela para não piorar o problema, Estados hipocondríacos também são doentes.

ESCOLA DO DIREITO LIVRE E ATIVISMO JUDICIAL:

O DOGMA DA ATIVIDADE CRIATIVA DO JULGADOR

Gabriela Oliveira Freitas

Stella Mesquita Londe Oliveira Lima

A literatura jurídica brasileira evidencia uma sequência de elogios ao ativismo judicial, no sentido de que os estudiosos do Direito estão cuidando de tentar legitimar a liberdade, criatividade, discricionariedade e arbitrariedade do julgador, como se fosse o único meio de superar o positivismo jurídico e instaurar a democracia na atividade jurisdicional. Nessa via, pretende-se, pelo presente trabalho, demonstrar que o ativismo judicial nada mais é do que uma revisitação da chamada Escola do Direito Livre, proposta em 1906, por Hermann Kantorowicz, quando publicou “*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*”, obra que objetivava reconstruir o conceito de Direito Natural – chamando o Direito Livre de Direito Natural do século XX – e criticar o positivismo.

Segundo Kantorowicz, o Direito Natural não pode ser compreendido como um direito imutável, sendo um direito que pretende regular a sociedade, independentemente do Poder Estatal, tão condicionado histórica e individualmente como qualquer outro direito. Por tal motivo, torna-se necessária a ampla interpretação e atuação judicial, a fim de transformar esse Direito Natural no direito aplicado. Na tentativa de superação do positivismo estrito, Kantorowicz propôs a Escola de Direito Livre, a fim de proporcionar ao julgador a liberdade de decisão, em detrimento da redução do direito à ingênua aplicação da lei.

Zaneti Junior, ao interpretar o processo pela via constitucional, diz que o sistema jurídico fundado no princípio da reserva legal tem o julgador como um “juiz-burocrata, aplicador lógico do direito, sem a interferência da vontade criativa na jurisprudência”, afirmando, ainda, que, “com a constitucionalização no marco do Estado Democrático de Direito, os princípios e as cláusulas gerais passaram a constituir, por necessidade hermenêutica, a jurisprudência como uma das fontes primárias, ao lado da lei”¹.

No entanto, tal visão está ligada ao positivismo jurídico e não ao sis-

¹ ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional: O Modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 53-56.

tema jurídico, o qual, mesmo sendo romano-germânico, não mais permite a figura do juiz-burocrata no Estado Democrático de Direito, tendo em vista que este não é só aplicador da lei, mas o fomentador do jogo argumentativo. Ele é quem permite que as partes atuem em simétrica paridade, dentro do binômio contraditório-ampla defesa (garantias constitucionais), formando seu convencimento, em procedimento formatado pelo devido processo constitucional, para que elas também construam o provimento jurisdicional, de forma participada. Entende-se, portanto, que o direito deve ser produzido, aplicado e debatido em um espaço jurídico aberto aos interessados, quer dizer, o devido processo legal deve existir no seu âmbito instituinte, constituinte e instituído.

Desse modo, é indubitado que não mais se admite a noção do julgador concebida por Montesquieu, como simples “boca da lei”, além de ser incompreensível que, em um Estado que adota o sistema do *civil law*, prevendo, dentre suas garantias fundamentais, o princípio da legalidade, o direito seja declarado via jurisprudência – cabendo a esta somente a função de interpretação da legislação codificada.

Nesse ponto, merece destaque a crítica apontada por Rosemiro Pereira Leal, no sentido de que a adoção de tal doutrina levou à falta de efetividade do direito, ao se entregar ao Estado Dogmático, “a dogmática analítica, em que a crença na clarividência do decisor prevalece sobre a lei parlamentarizada a pretexto de que a lei é dotada de uma incompletude fatal.”²

No Processo Democrático, todo provimento, jurisdicional, administrativo ou legislativo, somente pode ser construído por meio da estrita observância dos preceitos constitucionais do Estado Democrático de Direito, sobretudo o Devido Processo Legal.

Ensina Brêtas que a função jurisdicional deve ser exercida “*sob rigorosa e moderna disciplina constitucional principiológica*”, fato que afasta o subjetivismo ou o exercício da atividade interpretativa fundada no arbítrio do juiz, que não é compatível com os postulados do Estado Democrático de Direito³, frisa-se.

A interpretação não pode, destarte, reduzir-se à mera “*vontade do intérprete (julgar conforme sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à*

² LEAL, Rosemiro. A Teoria Neoinstitucionalista do Processo: Uma Trajetória Conjectural. Belo Horizonte: Arraes, 2013, p. 3.

³ BRÊTAS, Ronaldo. As Reformas do Código de Processo Civil e o Modelo Constitucional do Processo. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; NEPOMUCENO, Luciana (Org.). Processo civil reformado. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. v. 1., p. 466.

sua representação subjetiva"^[44], à vista que o julgador se limita a ser "o aplicador da lei como intérprete das articulações lógico-jurídicas produzidas pelas partes construtoras da estrutura procedimental"^[55]. Se assim fosse, estar-se-ia nutrindo o Ativismo Judicial, anunciado por Kantorowicz em 1906 como Escola do Direito Livre, e o sistema jurídico brasileiro fadado ao retrocesso da insegurança jurídica.

⁴ STRECK, Lenio. O que é isto – Decido conforme minha consciência?. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 19.

⁵ LEAL, Rosemiro. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 63.

DIREITO À SAÚDE:

O PAPEL PROATIVO DO JUDICIÁRIO DIANTE DA POLÍTICA PÚBLICA DE MEDICAMENTOS.

*Gilsely Barbara Barreto Santana*¹

*Israel Pedro Ribeiro*²

O reconhecimento do direito à saúde pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental, indispensável na satisfação dos interesses individuais e coletivos, ocasionou uma série de implicações na ordem jurídica. A exigência de prestações positivas do Estado, por meio de políticas públicas, para a sua concretização, fez surgir questionamentos quanto à aplicabilidade e eficácia do referido direito e ao papel dos Poderes da República no cumprimento dos preceitos constitucionais. O contexto brasileiro das políticas de saúde, marcado pela má prestação e deficiência dos serviços, tem motivado o crescente número de demandas judiciais envolvendo à matéria. Diante das omissões do Executivo e do Legislativo no tocante a implementação e execução das políticas integrantes do Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário tem

¹ Mestre em Direito, Estado e Constituição (UnB), professora de Direito Constitucional da Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Brasil, e-mail: barretogilsely@gmail.com

² Graduando em Direito na Universidade do Estado da Bahia (UNEB), Campus XV, Brasil, email: israelphn@hotmail.com

sido demandado a concretização do direito à saúde nos casos concretos objeto de judicialização. Assim sendo, reflete-se acerca do papel do Judiciário na efetivação do direito fundamental à saúde diante da possibilidade de intervenção judicial nas políticas públicas. De outro modo, objetivou-se analisar o fenômeno da judicialização da saúde, tendo por objeto a política de medicamentos. Para tanto, foi realizado o levantamento da matéria a partir da revisão bibliográfica e de fontes jurisprudenciais, com o desafio de adequar conceitos e significações, problematizando questões referentes aos direitos sociais, saúde, políticas públicas e controle jurisdicional, tendo como diretriz a seguinte pergunta: quais os limites e desafios do papel do Judiciário na política pública de saúde?

O presente artigo foi dividido em três partes, na primeira parte, tratou-se da construção do direito fundamental à saúde, isto é, a análise da consolidação do Direito Sanitário no Brasil, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que reservou um tratamento especial ao referido direito, em destaque um conceito amplo de saúde e sua conceituação como direito fundamental. Na segunda parte, refletiu-se sobre as políticas públicas de saúde no contexto brasileiro, analisando a estrutura normativa do Sistema Único de Saúde (SUS) e da política de medicamentos, como parte integrante deste sistema, explicitando a construção do Legislativo e Executivo, as responsabilidades de materialização para o Poder Executivo e os termos da fiscalização do Poder Legislativo. Na terceira parte, ocupou-se precipuamente do estudo da judicialização do acesso à medicamentos no Brasil, sendo apresentadas as modificações da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) e as medidas tomadas pelo Poder Judiciário (enunciados, audiências públicas e súmulas) na busca por padrões orientadores no trato das questões envolvendo o direito à saúde. Ressalte-se também que a título de limites e desafios à judicialização fez-se a análise da reserva do possível e da separação dos Poderes. Por fim, atentou-se para a realidade da judicialização da saúde e do ativismo judicial, como resultado do processo de redemocratização do país, sendo apontadas as peculiaridades na nossa ordem constitucional brasileira, afirmando que o Judiciário possui legitimidade para atuar nas políticas de saúde, assumindo um papel proativo em uma ordem constitucional que reforça a autoaplicabilidade e a necessidade de concretização dos direitos fundamentais.

DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL NOS PRIMEIROS PASSOS DO DEBATE HART/DWORKIN

Igor Assagra Rodrigues Barbosa¹

Sergio Nojiri²

O debate Hart/Dworkin ocupou posição de destaque nas discussões acadêmicas das universidades anglo-saxônicas por cerca quarenta anos, resultando numa extensa bibliografia que dialoga direta ou indiretamente, a favor ou contra as posições desses autores.

Com o intuito de contribuir, de forma modesta, para o estudo e compreensão desse debate no Brasil, propõe-se a análise de um dos principais pontos de controvérsia entre esses autores no que se refere ao comportamento judicial: a discricionariedade. Para tanto, toma-se como referência as obras *O conceito de direito* [1961] de Hebert L. A. Hart e *Levando os direitos a sério* [1977] de Ronald Dworkin.

É ousada a tarefa de explorar as ideias desse debate em um espaço limitado. Logo, opta-se por um recorte bibliográfico e temporal que considera apenas o livro *Levando os direitos a sério*, no qual se apresentam algumas das primeiras críticas de Dworkin à discricionariedade judicial de Hart exposta em *O conceito de direito*. É neste período que se assentaram as bases da teoria dworkiana em contraposição ao positivismo hartiano, desenvolvida em obras posteriores. Embora seja possível afirmar que o pensamento de Dworkin tomou configurações diversas ao longo de seus escritos, com o acréscimo de novas críticas, optou-se por delimitar a pesquisa ao período inicial do debate.

A exposição inicia-se com concepção de Hart acerca da discricionariedade judicial dividida em dois momentos.

No primeiro, destaca-se que, frente ao seu objeto de estudo (o direito), Hart adota uma posição analítica influenciada pela filosofia da linguagem comum de Oxford e aborda o direito como uma prática so-

¹ Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – UNESP/Franca. Brasil. igorassagra@usp.br.

² Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto – FDRP/USP. Brasil. nojiri@usp.br.

cial complexa a partir de diferentes pontos de vista (externo e o interno) sobre a obrigação jurídica, chegando a identificar o sistema jurídico como a união de regras primárias e secundárias.

Num segundo momento, Hart descreve a textura aberta da linguagem, também presente em seu conceito de direito. Assim, é possível identificar: 1) “casos fáceis” em que a aplicação de regras é realizada de forma praticamente mecânica e; 2) em face da multiplicidade das circunstâncias fáticas, da indeterminação das palavras, os “casos difíceis” com relação ao sentido e à aplicação da regra. Neste último sentido, cabe ao aplicador do direito a atribuição de significados em casos, por exemplo, em que as palavras são vagas e/ou ambíguas. Nesta hipótese, é possível o exercício de uma espécie de ação discricionária que cria o direito em relação àquele caso concreto.

Feitas essas considerações, o foco se volta à forma como Dworkin entende e, principalmente, critica a discricionariedade judicial descrita na obra de Hart. Esta crítica encontra-se na obra *Levando os direitos a sério*, sobretudo nos capítulos 2 e 4 (*O modelo de regras I e Casos difíceis*).

O presente estudo divide-se em duas partes. Primeiro, aborda-se os sentidos (fraco e forte) com que Dworkin descreve o poder discricionário e a respectiva abordagem positivista. Segundo, examina o argumento de Dworkin de que o sistema jurídico não se compõe apenas por regras, mas também por princípios e políticas.

Para Dworkin, o direito consiste em uma atividade interpretativa, tendo na figura do juiz Hércules seu intérprete de maior potencial, cujo dever não é o de criar o direito discricionariamente, mas o de fornecer a cada caso difícil uma única decisão coerente e correta, com base em uma teia inconsútil de direitos estabelecidos (pré-existentes ao caso).

Cabe, aqui, levantar duas hipóteses críticas aos argumentos dworkianos. 1) O sentido estabelecido por Dworkin ao poder discricionário de Hart é compatível com a própria definição dada por este último? 2) Em *Levando os direitos a sério*, Dworkin argumenta satisfatoriamente sobre a única decisão coerente e correta, consideradas as limitadas possibilidades de se alcançar tal julgamento?

Ao final, serão traçadas conclusões sobre os primeiros elementos do debate Hart/Dworkin no tema da discricionariedade judicial, co-tejando as duas críticas apresentadas.

OS SUBSÍDIOS JURÍDICOS QUE ESTRUTURAM A APLICAÇÃO DA TEORIA CONCRETISTA GERAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO: UM ESTUDO DO MANDADO DE INJUNÇÃO Nº 708 - DF¹

Jordan dos Santos Aguiar²

O remédio constitucional denominado Mandado de Injunção é uma inovação na história constitucional brasileira, criado para suprir a omissão legislativa que torne inviável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e à cidadania. Em que pese a discussão relativa ao princípio da separação de poderes coadunado a esta ação judicial, o objetivo deste trabalho é analisar, mediante a metodologia do estudo de caso, os subsídios jurídicos (seja na esfera constitucional ou infraconstitucional, doutrinária ou jurisprudencial) que estruturam a posição concretista geral adotada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, foi selecionado o julgamento do Mandado de Injunção nº 708 – DF, pelo valor paradigmático que possui perante a matéria sob enfoque. Ademais, este precedente foi julgado em 2007, data próxima tanto da comemoração dos 20 anos de promulgação da Carta Magna, quanto da denominada “reforma do Judiciário”³, marcos cronológicos relevantes para situar determinadas mudanças no entendimento da força da jurisprudência no sistema judicial interno, bem como do Direito como um todo.

A ação questionava a mora do Congresso Nacional quanto à

¹ Trabalho realizado como atividade do Grupo Acadêmico de Estudos Constitucionais – GAEC/ULBRA, coordenado pelo Prof. Msc. Ítalo Melo de Farias.

² Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Santarém (CEULS/ULBRA) e Universidade Federal do Oeste do Pará (UFOPA); membro do Grupo Acadêmico de Estudos Constitucionais – GAEC/ULBRA; Pará; Brasil; Email: aguiar.jordan@gmail.com

³ E.C nº 45 de 2004

edição de lei específica reguladora do direito de greve dos servidores públicos civis, na forma do art. 37, VII, da Constituição Federal. O STF, por unanimidade, declarou a omissão legislativa, e foi além, ao determinar a aplicação da lei de greve vigente para os trabalhadores privados (Lei nº 7.783/89)⁴, com as devidas alterações. Com esta decisão, a Corte Constitucional inaugurou a teoria concretista geral do mandando de injunção na sua trajetória jurisprudencial.

Primeiramente, cabe ressaltar que a ordem jurídica determina que, quando a lei for omissa, decidirá o juiz embasando-se na *analogia*, nos costumes, e nos princípios gerais do direito⁵. Conforme assevera Maximiliano⁶, para a aplicação da analogia são necessários três requisitos: 1º) uma hipótese não prevista em lei; 2º) a relação contemplada no texto, embora diversa da que se examina, deve ser semelhante, ter com ela um elemento de identidade; 3º) este elemento não pode ser qualquer, e, sim, essencial, fundamental, isto é, o fato jurídico que deu origem ao dispositivo.

No caso concreto em questão, o próprio cabimento da ação constitucional, cujo objeto é uma omissão legislativa inconstitucional, por si só justifica o primeiro critério; sobre os demais, a Lei 7.783/89 trata do direito de greve dos trabalhadores privados, guardando similaridade fática com a situação que se pretende regular (“o exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis”) em seu núcleo essencial. Desta forma, não podia a Corte adotar posição diferente, pela própria necessidade de integração da Ordem Jurídica que a lacuna deixada pelo legislador enseja.

Vencida a primeira problemática, passa-se à discussão acerca da eficácia da sentença concretista geral. Pode o Supremo determinar a criação de regra abstrata com efeito *erga omnes*? Para obter a resposta, é necessário entender o conceito do *stare decisis*. A Suprema Corte da Califórnia, delineou que “[u]nder the doctrine of stare decisis, all tribunals exercising inferior jurisdiction are required to follow decisions of courts exercising superior jurisdiction”⁷. Ou seja, todos Tribunais que exerçam jurisdição inferior devem seguir as decisões das Cortes Superiores, de tal forma

⁴ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2011. P. 40636

⁵ Art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657/42)

⁶ MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 173

⁷ Auto Equity Sales, Inc. v. Superior Court, 57 Cal. 2d 450 (1962)

que o STF, como a mais alta Corte do País, exerce alguma hierarquia no que tange às suas decisões, seja no plano persuasivo (como exemplo o art. 557 do Código de Processo Civil), seja no plano vinculativo, a exemplo das súmulas vinculantes e das decisões em controle abstrato de constitucionalidade.

Assim, a tese denominada concretista geral encontra apoio na ordem jurídica pátria, tornando o Judiciário capaz de conferir segurança jurídica e previsibilidade ao jurisdicionado, quando na solução dos conflitos decorrentes da inércia legislativa na edição de normas constitucionais de eficácia contida.

OS CONTORNOS DE APLICAÇÃO DOS PRECEDENTES HORIZONTAIS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Julia Wand-Del-Rey Cani¹

O cenário atual do ordenamento jurídico brasileiro demonstra valorização de decisões que possuem respaldo em decisões anteriores, ou seja, há incentivo à utilização de precedentes no processo decisório. Desde a reforma do judiciário iniciada com a Emenda Constitucional nº 45, em 2004, ocorreram alterações legislativas no sentido de colocar as decisões anteriores dos mesmos tribunais e tribunais superiores como a regra a ser seguida pelos julgadores que, para decidirem de maneira diversa, passarão a ter a obrigação de demonstrar distinção do caso em julgamento ou superação do entendimento anterior. Esses mecanismos buscam uniformizar as decisões do Poder Judiciário, tornando a jurisprudência estável, previsível, bem como visam a dar efetividade aos princípios da segurança jurídica, da duração razoável do processo, da igualdade e da proteção da confiança.

Partindo-se do princípio de que o Supremo Tribunal Federal assume posição extremamente relevante para a jurisdição constitucional, supõe-se a necessidade de haver maior empenho na formulação de sua própria jurisprudência, ou a consequência poderá ser tanto a

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGD/FND/UFRJ). Bolsista CAPES. Brasil. juliacani@yahoo.com.br.

inaplicabilidade do arcabouço legislativo que, cada vez mais, amplia os mecanismos de valorização de precedentes, quanto a perda do poder de influenciar outras decisões, bem como haveria violação ao princípio da igualdade. Ao se voltar a atenção para os precedentes horizontais, contudo, há a impressão de que os ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal nem sempre proferem decisões em estrita conformidade com decisões anteriores do órgão que integram, razão pela qual se faz necessário analisar o que faz uma corte respeitar suas próprias decisões e quais os mecanismos para que isso ocorra.

Os contornos de aplicação dos precedentes horizontais no Supremo Tribunal Federal não são claros. Não há previsão constitucional, legal ou regimental que estabeleça de forma clara a necessidade de vinculação de suas decisões futuras àquelas anteriormente proferidas. Contudo, assumir, com base negativa anterior, que seria meramente persuasiva a força que faz o Supremo levar em consideração suas decisões anteriores, parece precipitado.

No Brasil, não vigora o sistema do *stare decisis*, bem como a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem negado tanto a existência da objetivação do controle difuso de constitucionalidade, quanto a teoria da transcendência dos motivos determinantes da decisão, fatores que tornam complexa a identificação da força que move o tribunal ao respeito de suas próprias decisões. Por tais motivos, não se observa na jurisdição constitucional brasileira o constrangimento de identificação de erro manifesto em decisão anterior, a fim de se alterar o resultado de decisão futura, isto é, a decisão futura pode ser diferente, sem que se tenha necessidade de explicar o motivo. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, além de ser o órgão de cúpula do Poder Judiciário, é a Corte Constitucional do país, razão pela qual há necessidade imperiosa de previsibilidade em suas decisões.

Importa mencionar que proferir decisões em conformidade com decisões anteriores do mesmo órgão não significa engessamento da atuação jurisdicional, tendo em vista haver sempre a possibilidade de superação do precedente. A questão que surge consiste justamente no fato de a decisão assumir, ou não, que segue um determinado precedente, apresentando expressamente a mesma razão de decidir e, se for o caso, superar posicionamento anterior, ou mesmo se constituir como um precedente apto a vincular outras decisões.

Talvez, a imprecisão dos contornos de aplicação dos precedentes horizontais no Supremo Tribunal Federal, na contramão da vinculação cada vez maior lançada sobre os precedentes verticais no ordena-

mento jurídico brasileiro, demonstre que há um movimento no sentido de valorizar seus próprios precedentes, mas esse é paulatino e tenderá a ser delineado de forma mais cuidadosa com o tempo. Nesse sentido, para o desenvolvimento da pesquisa, é preciso analisar determinados casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal com o objetivo de identificar se eles representam precedentes, bem como quais elementos neles inseridos são capazes de influenciar o comportamento dos ministros em decisões futuras. Identificando que certos elementos de decisões passadas são, de fato, seguidos como base para decisões futuras, o passo seguinte é compreender a razão pela qual isso ocorre.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA, ATIVISMO JUDICIAL E A OPINIÃO PÚBLICA:

OS LIMITES DA INTERFERÊNCIA DAS “PAIXÕES DA OPINIÃO PÚBLICA” NAS DECISÕES JUDICIAIS

Estefânia Maria de Queiroz Barboza¹

Juliana Portes David²

Com a transição paradigmática do Estado Legislativo de Direito para o Estado Constitucional de Direito, observou-se uma crescente tendência do Poder Judiciário de intervir nas decisões tomadas, de forma legítima, na esfera política, resultando em tensão entre a democracia e o constitucionalismo. Esta tensão apresenta-se ainda mais evidente quando a interferência do Poder Judiciário abrange assuntos com grande repercussão política.

Para a elucidação do debate acerca dos limites da interferência das “paixões da opinião pública” nas decisões judiciais, aborda-se pri-

¹ Estefânia Maria de Queiroz Barboza: Doutora e Mestre em Direito pela PUCPR, com estágio doutoral (doutorado sanduíche) e bolsa CAPES na Osgoode Hall Law School (York University). Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná e do Centro Universitário Internacional, Brasil. Parecerista da Revista DireitoGV. Professora convidada da Università degli Studi di Palermo nos anos de 2012, 2013 e 2014. Endereço eletrônico: estefaniaqueiroz@uol.com.br

² Juliana Portes David: Aluna de graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Brasil. Endereço eletrônico: julianaportesdavid@gmail.com

meiramente a transição paradigmática do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, buscando a compreensão das principais características de cada Estado, assim como o período histórico e o cenário político em que se deu a referida transição. Em seguida, é feita uma análise do protagonismo do Poder Judiciário em detrimento de outros poderes estatais, abordando principalmente o deslocamento do centro de poderes e de como temas da política passam a ser submetidos à apreciação do judiciário, visto que, conforme afirma CLEVÊ³, à Justiça Brasileira é talvez assegurado um grau de independência superior a qualquer Judiciário no mundo, quando analisado na dimensão unicamente normativa.

Para a análise desta interferência do Poder Judiciário em outras esferas políticas, mostra-se necessária a diferenciação da atuação judicial, posto que os fenômenos de judicialização e ativismo judicial são distintos, sendo o ativismo uma atitude, uma escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição, e a judicialização um resultado do controle de constitucionalidade difuso por vontade do legislador⁴. Deste modo, tem-se uma expressa importância da jurisdição constitucional na democracia brasileira, desde que estudados e respeitados seus limites.

Após a análise da questão conceitual da pesquisa, privilegia-se a relação entre direito e política, abordando os elementos e circunstâncias que influenciam as decisões de um juiz, identificando diversos fatores extrajudiciais capazes de repercutir sobre um julgamento, como valores pessoais do juiz e a opinião pública, porquanto a cultura jurídica tradicional, ao defender a “racionalidade” judicial frente às paixões públicas, sempre se utilizou da independência do Judiciário em relação aos órgãos propriamente políticos de governo e a vinculação ao direito, pela qual os juízes e tribunais têm a atuação determinada pela Constituição e leis⁵.

Para a análise, volta-se a pesquisa ao problema prático, com a análise de casos concretos de grande repercussão decididos pelo Poder Judiciário Brasileiro e suas implicações no arranjo político institucio-

³ CLEVÊ, Clèmerson Merlin. *Temas do direito constitucional*. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 38.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Revista Jurídica da Presidência, Vol. 12, nº96, Fevereiro e maio 2010. Sobre o tema, ver também BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. *Jurisdição Constitucional brasileira: entre Constitucionalismo e democracia*. Revista Sequência, nº 56, p.151-175, junho 2009.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, n. 13, p. 71-91, jan/mar 2009.

nal, como a Resolução nº 175/2013 do Conselho Nacional de Justiça, que obriga cartórios de todo o País a habilitar, celebrar casamento civil ou converter união estável de pessoas do mesmo sexo em casamento. Frente ao caso concreto, realiza-se a ponderação sobre o limite entre o ceticismo do realismo jurídico e da teoria crítica e o idealismo do formalismo jurídico no que tange à atuação do juiz frente às paixões da opinião pública.

Dessa forma, com uma análise voltada à concretude do cenário brasileiro atual, depreende-se que não pode o intérprete basear-se em pura razão, apresentando uma postura completamente autônoma à opinião pública, visto que legitimidade democrática do poder Judiciário está condicionada ao grau de importância que a população deposita na instituição democrática, sendo que um judiciário totalmente imune às paixões da opinião pública deixaria de corresponder ao sentimento social, perdendo, deste modo, a sua legitimidade⁶. Todavia, não deve fundar-se na subjetividade, como ocorre nas decisões políticas, pois deve-se valer desta independência do Judiciário para a defesa de direitos fundamentais, a fim de conceder máxima eficácia aos direitos consagrados no ordenamento jurídico; deve este, portanto, valer-se da razoabilidade e legitimidade ao emanar decisões, principalmente quando tratarem de questões de grande repercussão pública.

⁶ CARVALHO, Ernani Rodrigues de Carvalho. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia e Política, nº 23, p. 115-126, novembro 2004.

UMA ERA DE *COMMON LAW* PARA O BRASIL?

Katya Kozicki¹

William Soares Pugliese²

O título deste artigo encontra inspiração na obra clássica de Guido Calabresi, “*A Common Law for the Age of Statutes*” (Uma *Common Law* para a Era das Leis). Porém, enquanto a preocupação de Calabresi era o comportamento da *Common Law* diante de uma investida legislativa na década de 80, a pretensão deste trabalho inverte o raciocínio do autor: procura-se investigar como o ordenamento jurídico brasileiro poderá se comportar diante das recentes mudanças nos sistemas de interpretação e de aplicação do Direito, que se aproximam da lógica precedentalista. É certo que o Brasil segue a tradição civilista (*Civil Law*), na qual o Poder Judiciário tem ampla autonomia na interpretação das normas e que, historicamente, despreza a importância dos precedentes. No entanto, o novo Código de Processo Civil brasileiro altera substancialmente as vias de interpretação e impõe a análise dos precedentes como parte integrante das decisões judiciais. Diversos são os dispositivos do novo Código que apontam para uma era de *Common Law* no Brasil. O art. 927, com seu *caput* impositivo de que “os juízes e os tribunais observarão” uma série de decisões proferidas pelas cortes superiores é um dos mais for-

¹ Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1986) e graduação em Ciências Econômicas pela Faculdade Católica de Administração e Economia (1988). Mestrado em Filosofia e Teoria do Direito (1993) e doutorado em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (2000). Visiting researcher associate no Centre for the Study of Democracy, University of Westminster, Londres, 1998-1999. Visiting research scholar, Benjamin N. Cardozo School of Law, Nova York, 2012-2013. Atualmente é professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e professora associada da Universidade Federal do Paraná, programas de graduação e pós-graduação em Direito. Pesquisadora (bolsista de produtividade em pesquisa) do CNPq. kkozicki@uol.com.br

² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2008). Mestre em Direito das Relações Sociais pelo PPGD/UFPR (2011). Doutorando em Direitos Humanos e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Substituto de Direito Constitucional e Teoria do Estado da UFPR. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Coordenador da Pós-graduação em Direito Processual Civil da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Advogado. william@lpx.adv.br

tes fundamentos desta mudança. Neste mesmo sentido, o silêncio com relação aos precedentes implica a nulidade das decisões, por força do §1º do art. 489. Também chama a atenção a determinação do art. 926, de que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Diversas são as questões levantadas a partir dessas inovações legislativas. A primeira delas diz respeito à própria constitucionalidade desses dispositivos: parte da doutrina afirma que as inovações propostas pela legislação violam a Constituição, na medida em que vão além das permissões hierarquicamente superiores dos arts. 102, §2º, e 103-A, as quais determinam o caráter vinculante exclusivo das decisões de controle de constitucionalidade concentrado e das súmulas vinculantes, respectivamente. O outro lado desta questão, porém, sustenta que o respeito às decisões decorre do direito fundamental à igualdade, pelo que o tratamento dos casos idênticos da mesma forma fortalece e consolida o ordenamento jurídico. Esta questão não se limita ao âmbito do processo, pois o seu tratamento depende da postura de interpretação constitucional adotada e só pode ser bem conduzida à luz da Teoria do Direito e do Direito Constitucional. A segunda questão tem grande complexidade e diz respeito à legitimidade do Judiciário em estabelecer, pela via dos precedentes, novas normas no ordenamento jurídico. Esta pergunta implica breve exposição da tensão entre constitucionalismo e democracia e também do próprio conceito de direito, a fim de se compreender a possibilidade ou não dos magistrados criarem normas jurídicas. A terceira questão implica distinguir precedente de decisão e de jurisprudência. Em síntese, decisão é a solução do caso individual; precedente pressupõe uma decisão com caráter universal e com a potencialidade de se tornar um paradigma para outros julgamentos; enquanto isso, jurisprudência significa o conjunto de precedentes que, no Brasil, deve ser estável, íntegro e coerente. Em outras palavras, este conjunto de precedentes precisa ser compreendido da mesma forma que as normas: como parte de um ordenamento jurídico, sujeito a conflitos de decisões, lacunas e a possíveis interpretações, situações que exigem efetiva reflexão pela comunidade jurídica. Somente assim será possível compreender a proposta de funcionamento do ordenamento jurídico implantada pelo novo Código de Processo Civil. É necessário observar, por fim, que as alterações legislativas não se restringem a um processo de âmbito privatista, *inter partes*, mas têm o condão de afetar toda a jurisdição e o próprio sistema jurídico. Neste sentido, é preciso compreender o novo Código de Processo Civil à luz das teorias da interpretação constitucional e da Teoria do Direito.

ESTADO DE EXCEÇÃO VS ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NA COLÔMBIA:

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELA CORTE E SUA JURISPRUDÊNCIA FRENTE A DECRETAÇÃO DO ESTADO DE EMERGÊNCIA E DO ESTADO DE COMOÇÃO INTERNA PELO EXECUTIVO

Kelby Cavalheiro de Mendonça¹

Diante de tempos em que muitos pedem a intervenção constitucional militar, tendo em vista a agitação político-econômica no Brasil, é de se esperar que postulem logo também a aplicação do Estado de Exceção através dos institutos do(s) Estado de Defesa e/ou Estado de Sítio previstos em nossa constituição.

A Democracia Constitucional tem com umas das suas principais características o equilíbrio, no qual existe uma distribuição de poder, evitando a dominação por um grupo sobre demais, quando há o desequilíbrio, é acionado o Sistema Constitucional de Crises, um conjunto de regras constitucionais ordenadas, informadas pelos princípios da necessidade e temporariedade, com vista a manutenção ou restabelecimento da normalidade constitucional, este conjunto de regras é conhecido como Estado de Exceção.

Entretanto, deve-se atentar para as palavras de Giorgio Agamben, de que o Estado de Exceção, tido como de caráter transitório, em situações específicas, passa a ser encarado como forma prevalecente e contínua de manutenção do poder soberano no regime democrático, onde “as medidas excepcionais encontram-se na situação paradoxal de medidas jurídicas que não podem ser compreendidas no plano do direito, e estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”², em uma terra de ninguém, entre o direito público e o fato público.

Para isso, trazemos o exemplo da Colômbia, um país latino-americano que após um regime militar, promulga uma Nova Constituição, faz uso desta modalidade de intervenção no Estado e em que a

¹Graduando em Direito pelo Instituto Federal do Paraná (Campus Palmas). Brasil.
Email: tenkelby@hotmail.com

² AGAMBEN, Giorgio. Estado de Exceção. Boitempo: São Paulo, 2004. p.13.

Corte Constitucional realiza um controle de constitucionalidade sobre tais Declarações de Exceção.

A Colômbia passou a maior parte de sua história sob os rigores da violência, afetando de sobremaneira a sua estrutura institucional e sua cultura jurídica. O envolvimento das forças de segurança nas dinâmicas institucionais do Estado estremeceu o equilíbrio constitucional entre os três poderes. Tal envolvimento das forças de segurança foi consolidada através da utilização frequente que os governos fizeram da aplicação dos estados de exceção.

O estado de exceção, pelo menos até 1991, era um instrumento comum da política do governo. Confirmam esta anomalia quatro sinais: a) A exceção foi quase permanente, por exemplo, nos 21 anos entre 1970 e 1991, a Colômbia viveu 206 meses sob um estado de emergência, ou seja, 17 anos, o que representa 82% do tempo decorrido. Entre 1949 e 1991 viveu na Colômbia mais de 30 anos sob exceção; b) Grande parte das exceções foi legalizada pelo Congresso, que tornou o Executivo um legislador de fato; c) Houve períodos em que foram impostas restrições profundas às liberdades públicas, por exemplo, através dos tribunais militares para julgar civis. No final de 1970, 30% das infrações do Código Penal eram de competência das cortes marcial; e 4) A declaração e a execução da Exceção desvirtuaram o sentido e o alcance das normas constitucionais devido a uma ausência de controle judicial e político.

Em uma rápida cronologia, citamos que podem ser distinguidos três momentos da utilização do Estado de Exceção na Colômbia: 1) No início de 1957, com a fundação da Frente Nacional, até 1978 o Estado de Sítio foi utilizado para reprimir as manifestações de descontentamento por causa da crise econômica e da violência da guerrilha no campo; 2) Com início no governo de Turbay Ayala (1978) e fim em 1990 sob o governo de Virgílio Barco, importante instrumento no combate ao narcotráfico e a subversão, quando as Forças Armadas e os organismos de segurança do Estado obtiveram prerrogativas próprias de um regime militar, passando de uma cultura de exceção para a cultura da Guerra Suja; e 3) Com a promulgação da Constituição de 1991 no governo do presidente Gaviria, onde o Tribunal Constitucional Colombiano passa a exercer um controle sobre as Declarações do Estado de Exceção no país.

Como efeitos perniciosos do mal uso do Estado de Exceção, citamos o aumento da justiça penal de exceção, como também o Estado passa a ser incapaz de controlar a luta entre poderes armados em que seus próprios agentes estão envolvidos, pois a prática da Exceção Cons-

titucional na fronteira pseudo-constitucional se converteu em uma prática bélica no território da guerra.

O objetivo deste ensaio será apresentar alguns antecedentes do Estado de Exceção e seus fundamentos, analisar os Estados de “Comoción Interior” e “Emergência”, o Controle da Constitucionalidade exercida pela Corte Constitucional em alguns decretos expedidos pelo Executivo entre 1991 e 2009, o Bloco de Constitucionalidade na Colômbia e a Teoria dos Atos Políticos no Estado de Exceção.

ATIVISMO JUDICIAL E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO VALOR DE DESESTÍMULO: PROPOSIÇÃO PARA UMA MAIS EFETIVA PROTEÇÃO CIVIL DO MEIO AMBIENTE BRASILEIRO

Maraluce Maria Custódio¹

Fernando Barotti dos Santos²

A responsabilização civil no ordenamento jurídico tem se mostrado ineficaz na diminuição dos danos ao meio ambiente no Brasil, exigindo assim a busca por novas ferramentas de punição. A partir deste pressuposto, deve-se compreender que cabe ao judiciário, quando provocado, dar efetiva resposta para o caso concreto, mesmo quando não há uma definição legislativa clara. Neste sentido, a atuação do magistrado deva ser proativa, na busca da ação protetiva, buscando e aplicando institutos diversos aos já estabelecidos. O trabalho busca demonstrar que o ativismo judicial através da aplicação do instituto americano do

¹ Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Mestre em Direito Ambiental pela Universidad Internacional de Andalucía (Espanha). Doutora em Geografia pela UFMG em cotutela com a Université D'Avignon (França). Professora da Graduação e Professora Permanente Do Programa De Pós-Graduação Em Direito Da Escola Superior Dom Helder Câmara - Mestrado Em Direito Ambiental E Desenvolvimento Sustentável, Brasil. Email: maralucem@hotmail.com

² Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Brasil. Email: fernando_barotti@hotmail.com

Punitive Damages pode se mostrar como instrumento eficaz para punir civilmente aquele que causa dano ambiental.

O interesse pelo tema surge da observação da inaptidão da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente, ao aplicar apenas a reparação, de garantir a proteção ambiental, sendo por consequência ineficaz na responsabilização dos agentes que geram o dano. Sendo o Meio Ambiente um direito difuso e de proteção para a coletividade tanto presente quanto futura, buscando garantir o direito intergeracional, garantido pelo artigo 225, caput da Constituição brasileira de 1988, este necessita de instrumentos eficazes para sua proteção. Percebe-se facilmente que o modelo de compensação, somente com reparação do dano ao Meio Ambiente, não está sendo eficiente. Nesse contexto, entendemos cabível a utilização da *Punitive Damages*, aplicado pelo magistrado, à luz do Ativismo Judicial. Isto porque, a conduta proativa do judiciário brasileiro nos casos a que são chamados a solucionar, pode ser de importante proveito para a efetividade da tutela ambiental.

A pesquisa para o trabalho será explicativa e descritiva, tendo como objetivo entender as bases do ativismo judicial e a ocorrência no âmbito jurídico, colocando em debate a questão da aplicação do modelo proativo do magistrado. Ao mesmo tempo analisar a questão do emprego da *Punitive Damages*, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo julgador através do ativismo judicial.

O *Punitive Damages* se caracteriza como uma quantia pecuniária imposta como forma de sanção por um ato ilícito notadamente reprovável, de forma a prevenir ilícitos futuros e punir o agente responsável pelos danos causados. Enquanto o ativismo judicial, de forma sucinta, é ato proativo de interpretação da Constituição, realizada pelo poder judiciário, expandindo o sentido daquela de forma a atender uma demanda social não atendida, ainda, de forma efetiva, pelo Poder Legislativo.

A proposta do Ativismo Judicial é de estender a participação do Judiciário, a fim de se concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição. Por meio da interpretação constitucional cabe ao magistrado promover as garantias estabelecidas, não podendo este eximir-se da responsabilidade de apreciação do caso a que for levado.

Nesse sentido, para Ronald Dworkin, marco teórico do trabalho - em seu livro "Império do Direito" - o posicionamento ativo do juiz consiste em um dever, uma responsabilidade, do qual esse não pode eximir-se, pois deve promover a boa justiça.

Para realizar a pesquisa utilizaremos de documentações indi-

retas, para análise da pesquisa, através de pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, em vista da necessidade de conceituação, descrição e explicação desses instrumentos, visto encontrarem-se no campo jurídico e não no campo fático do Direito.

A abordagem do problema será qualitativa, visto a necessidade de explicação dos efeitos do ativismo judicial no ordenamento jurídico e as possíveis implicações de utilizá-lo junto a Teoria do Valor de Desestímulo. O método dedutivo foi escolhido, visto a ampla aplicação do ativismo judicial nos ordenamentos jurídicos, mostrando-se adequado o estudo da indenização punitiva nos casos concretos, analisados neste trabalho.

Analizando as decisões proferidas pelos tribunais a respeito do tema, busca-se concluir pela possibilidade de utilização dos institutos do desestímulo e do ativismo judicial para coibir o dano ao meio ambiente no Brasil hoje.

O ATIVISMO JUDICIAL NA TEORIA DE RONALD DWORKIN

Marcos Porto Barbosa¹

Este trabalho busca identificar na teoria de Ronald Dworkin pontos de aproximação com tema do ativismo judicial, reconstruindo as principais ideias do autor sobre o papel dos magistrados no processo interpretativo de jurisdição constitucional. A fim de se compreender como o conceito de ativismo judicial pode ser incorporado e compreendido à luz da teoria de Ronald Dworkin, é preciso fazer considerações sobre as ideias de argumentos de política e argumentos de princípio, bem como sobre o método interpretativo utilizado pelos magistrados para julgar casos difíceis. Essas reflexões sobre o assunto constam da obra “Levando os Direitos a Sério”², em que Dworkin discorre sobre

¹ Pós-graduando em Direito Constitucional no Instituto para o Desenvolvimento Democrático (IDDE). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro (FJP). Brasil. Contato: marcosportob@gmail.com.

² DWORKIN, Ronald. Casos Difíceis. In: DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos

a atuação dos juízes em casos difíceis, quando eles devem se servir de argumentos de princípio para fundamentarem as suas decisões. Ademais, na obra *"Justice for Hedgehogs"*, Dworkin analisa o tema da responsabilidade moral, que serve de substrato para a compreensão que os magistrados possuem uma obrigação de buscarem, da melhor forma possível, encontrar o direito das partes. Dessa forma, iremos listar elementos da teoria de Dworkin que buscam compreender o papel do Poder Judiciário. Em um primeiro momento, é resgatada a crítica de Dworkin ao modelo positivista de interpretação e à possibilidade de aplicação da discricionariedade judicial. Em seguida, são diferenciados argumentos de política a argumentos de princípio. Após isso, são exploradas as suas principais objeções ao ativismo judicial, bem como a refutação dessas críticas por Dworkin. Depois, é problematizada a aplicação da moralidade pessoal frente a teoria dos direitos, enumerando-se cada uma das três principais críticas a essa teoria. Por derradeiro, é abordado o conceito e as implicações da responsabilidade moral. Conclui-se que a teoria de Dworkin possibilita a justificação da limitação da atuação dos magistrados na jurisdição constitucional, por meio da utilização de argumentos de princípio e da responsabilidade moral para decidir as questões controversas. Observa-se que a construção teórica de Dworkin traz implicações para a reflexão sobre o papel do Poder Judiciário no processo interpretativo de jurisdição constitucional, em especial quando se trata de casos difíceis. A partir desse entendimento, verifica-se que o autor restringe o ativismo judicial à argumentação fundada na afirmação dos direitos das partes envolvidas no litígio submetido à apreciação do Poder Judiciário. Finalmente, a responsabilidade moral é outro ponto de convergência com o tema do ativismo judicial, na medida em que exige que as pessoas submetam as suas convicções pessoais a um filtro, formado pela história pessoal de cada um. A atuação de acordo com a responsabilidade moral exige que os indivíduos busquem a coerência de valores das convicções pessoais, desafiando-as cada vez mais, até se ter um conjunto robusto e firme como base. Aplicando-se essa compreensão à interpretação jurídica, exige-se dos magistrados que não decidam de acordo com as suas preferências pessoais, mas com base na responsabilidade moral densificada ao longo do processo constante de busca de coerência.

O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL E A (IN) CONSTITUCIONALIDADE(?) DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Melina Girardi Fachin¹

A premissa da qual se parte é a imperatividade do papel do Poder Judiciário que toca à realização dos direitos humanos, sobretudo aqueles sociais mais básicos. É da primazia dos direitos humanos e do compromisso com a dignidade da pessoa humana que decorre o mandato das instâncias judiciárias, nos planos internacional e constitucional, para atuar em relação aos direitos humanos.

Ao invés de aviltar, a participação da jurisdição na realização dos direitos é um importante mecanismo de democratização e fruição da verdadeira cidadania. Compreendendo-se aqui a importância estratégica dos direitos sociais como mecanismos de empoderamento material que dão as bases mínimas para o exercício político.

As garantias judiciais são um importante mecanismo para romper com a dicotomia e ambivalência instauradas de que a categoria dos direitos civis e políticos merece acatamento e plena realização enquanto os direitos sociais ficam à mercê da boa-vontade estatal. Refutar a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais pela via judicial atende, assim, em nosso contexto, a padrões ideológicos e não técnicos.

É verdade que uma atitude mais ativa judicial pode não conduzir à consecução dos objetivos democráticos, mas sim enfraquecê-los. Por causa disso, uma série de questões têm, com razão, sido levantadas sobre o papel hipertrofiado de ação judicial.

Nesse sentido é que se alça a necessidade de reconhecer os horizontes e limites das possibilidades que se abrem à realização dos direitos sociais e econômicos pelo Poder Judiciário. Nota-se que, em especial o STF, levando em consideração a dimensão política da jurisdição e atua para “tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e

¹ Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela PUC-SP e mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Visiting Researcher da Harvard Law School. Advogada Sócia da banca Fachin Advogados Associados.

culturais, que se identificam – enquanto direitos de segunda geração (como o direito à educação, p. ex.) – com as liberdades positivas, reais ou concretas”².

A jurisprudência nacional, sob as balizas do Pretório Excelso, conforma três ondas evolutivas na proteção judicial desses direitos: num primeiro momento com a afirmação de sua justiciabilidade; em segundo período, com a contraposição dos princípios do mínimo existencial e da reserva do possível, sobressaindo-se o primeiro princípio neste embate; e, em estação mais recente, a afirmação do postulado da vedação do retrocesso social e da inação estatal como balizas protetoras dos direitos econômicos, sociais e culturais também no âmbito interno.

Agregou-se a este plano tripartite um quarto e último passo com o reconhecimento, em agosto de 2015, do chamado *estado de coisas inconstitucional*. A tese foi difundida, sobretudo, pelo julgamento da ADPF 347 na qual o Partido Político legitimado requereu que seja o sistema penitenciário brasileiro declarado um Estado de Coisas Inconstitucional, pugnando ao STF, neste cenário, a implementação de políticas públicas e readequação de alocações orçamentárias na tentativa de mitigar a superlotação dos presídios e das condições degradantes do encarceramento.

O julgamento é positivo, pois, de um lado, demonstra os diálogos construtivos do novo constitucionalismo latino-americano ao se valer de categoria explorada pela Corte Constitucional colombiana e, por outro, abre um importante caminho dialógico na construção colaborada de uma saída para a crise do sistema penitenciário brasileiro. Temos, assim, a chance de aprender com o fracasso e avanço da experiência colombiana nesse sentido.

A linha é certamente tênue e há de se ter cuidado para que o estado de coisas inconstitucional não desborde na inconstitucionalidade da hipertrofia do Judiciário sobre os demais Poderes. A liminar conferida parece-nos andou neste sentido, inclusive reconhecendo a própria coparticipação do Poder Judiciário a este estado de coisas inconstitucional ao determinar que “os juízes e tribunais que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas alternativas à privação de liberdade” e a necessidade da realização das audiências de custódia no prazo de 24 horas. A interferência em políticas públicas e orçamentárias

² Trecho da decisão monocrática: RE 482611, Relator(a): Min. Celso de Mello, julgado em: 23/03/2010, DJE: 06/04/2010.

circunscreveu-se a determinação de cumprimento legal de não se contingenciar o fundo penitenciário.

Prudência neste terreno é fundamental. Temos que achar uma solução que conforte aos direitos independente das circunstâncias conjunturais nas quais está o Tribunal inserido. Ativismo judicial não deve e não pode ser confundido com o protagonismo do Judiciário, mas é importante reconhecer o desempenho excepcional quando se trata da efetividade de direitos que guardam estreita relação de condição e consequência de validade democráticas.

DE ALEXY A WALDRON:

PERSPECTIVAS SOBRE O ATIVISMO JUDICIAL E OS LIMITES DA ATUAÇÃO DOS PODERES

Rafael Carrano Lelis¹

Paola Angelucci²

O presente trabalho procura confrontar marcos teóricos diametralmente opostos no que diz respeito à análise do ativismo judicial e da possível interferência entre dois poderes, a saber, Judiciário e Legislativo. Para além disso, intenta-se criar uma ponte de diálogo entre dois autores que não se encontram em discussão e nem mesmo são usualmente abordados em conjunto. Para tanto, parte-se das ideias construídas por Robert Alexy, em oposição à visão de Jeremy Waldron, destacando a linha de pensamento dos dois autores com relação à atuação (e os limite de tal atuação) de cada um dos poderes anteriormente mencionados. Pretende-se esclarecer, primeiramente, a diferença entre os termos *judicialização* e *ativismo judicial*, comumente empregados como sinônimos; ainda mais: demonstrar a dificuldade de se definir

¹ Graduando em Direito na Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), Brasil, e-mail: rafael.carrano.lelis@gmail.com

² Mestre em Direito e Inovação pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), professora da Universidade Federal Fluminense (UFF/Macaé) e pesquisadora associada do Centro de Direitos Humanos e Empresas (HOMA), da Universidade Federal de Juiz de Fora, Brasil. E-mail: paolangelucci@yahoo.com.br

o termo *ativismo judicial*, devido à grande variedade de contextos nos quais a expressão é empregada e delimitar um conceito a ser abordado no trabalho. Em seguida, a partir de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), realizando um estudo de caso, busca-se verificar se há, de fato, no momento do julgamento dos casos, ilegítima interferência do poder Judiciário no âmbito do poder Legislativo. Finalmente, procura-se explicitar se e quando tal interferência seria justificada.

A hipótese inicialmente levantada aponta para a existência de interferência do Judiciário no Legislativo, considerando que os marcos teóricos escolhidos e os casos concretos afirmam nesse sentido. Todavia, o ponto divergente diz respeito à *legitimidade* de tal interferência, de modo que o trabalho procura explorar esse ponto para, então, tentar alcançar um consenso acerca do tema ou indicar a prevalência de um dos posicionamentos teóricos.

Partindo dos estudos de Alexy, destaca-se a importância da atuação do poder Judiciário como instrumento de efetividade, como ponte entre a abstração da norma e a concretude do direito, especialmente nos casos em que o Legislativo não demonstra eficiência e chega, até mesmo, a não agir por descaso. Embora os questionamentos levantados acerca dos limites desse poder (Judiciário) sejam pertinentes, o que mais importa destacar, neste ponto, são as noções de *ponderação* e *prioridade*: é a dignidade humana que deve ser o centro de resistência nos casos concretos.

Dessa forma, existe a titularidade universal dos direitos fundamentais sociais, sendo possível a todos o seu exercício e exigibilidade judicial. Todavia, deve-se atentar para o fato de que, a não ser que se trate de *mínimo existencial*, haverá a ponderação do pedido diante do caso concreto.

Em oposição à visão do alemão, ressalta-se a forte crítica construída por Waldron com relação à interferência do Judiciário em decisões tomadas por instituições legislativas democráticas. Focando seus argumentos, principalmente, contra o controle judicial de constitucionalidade (*judicial review*), aponta a falta de legitimidade do Judiciário para intervir em questões definidas pelos *representantes do povo*, alertando para os possíveis danos causados à democracia. Além disso, destaca, ainda, que não há evidências que indiquem o Judiciário como melhor protetor dos direitos do que as assembleias legislativas. Ademais, Waldron procura construir um conceito de dignidade da legislação, enfatizando e desconstruindo os motivos pelos quais o ambiente legislativo costuma ser visto como indigno.

Sendo assim, fica clara a posição do professor neozelandês no debate, posicionando-se fortemente contrário ao ativismo judicial, ainda que não trabalhe o conceito de forma direta.

Em suma, o artigo pretende travar o importante e recorrente debate sobre os limites da atuação dos poderes, que se encontra especialmente em voga devido à recente composição do Congresso Nacional e decisões tomadas pelos parlamentares, que vêm gerando situações nas quais parte da população tende a pedir interferência do Judiciário, notadamente do STF. Além disso, ressalta-se que a abordagem da discussão se dará sob o prisma do que se destaca como ativismo judicial, comumente apontado como uma forma de transposição dos limites da atuação do Judiciário.

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: SEMELHANÇA OU CONSEQUÊNCIA

Samuel Carlos Oliveira Furtado¹

O presente trabalho tem por objetivo uma diferenciação entre Judicialização da Política e Ativismo Judicial, conceitos que, muitas vezes, são considerados sinônimos. A partir de meados da década de 1940, com o final da Segunda Grande Guerra, um novo ciclo de tratamento dos Direitos Fundamentais se inicia oriundo, sobretudo, dos horrores e atentados acontecidos dentro e fora dos campos de batalha. Assim, a Constituição deixa de ser vista apenas como uma Carta Política, passando a ser o topo do Ordenamento Jurídico, na qual os Direitos Individuais e Coletivos também passam a ser consagrados. Todavia, o Brasil e o restante da América Latina não fizeram esta transição para o “Novo Constitucionalismo” de modo tão imediato. Entre as décadas de 1960 e 1980, os regimes autoritários militares restringiram os direitos fundamentais, de modo que o novo paradigma de proteção constitucional só passa a ser sentido com a promulgação da Constituição de

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Lavras (UFLA), Brasil. Ex-bolsista de Iniciação científica da FAPEMIG. Contato: samuelcofurtado@gmail.com

1988. Com o novo contexto – o Estado Democrático de Direito – a Jurisdição ganha uma nova configuração, não mais se pautando unicamente na resolução de conflitos, mas também na implementação dos Direitos Fundamentais, que antes eram preocupação unicamente dos Poderes Executivo e Legislativo. Assim, tem-se uma “Judicialização da Política”, de modo que a proteção e implementação de Direitos Fundamentais passa a ser também uma atribuição do Poder Judiciário, por meio das decisões judiciais. Entretanto, isso não pode significar uma assunção deste Poder em detrimento dos demais. A Constituição consagra, em seu art. 2º, a Harmonia e Independência entre os Poderes, sendo os dois primeiros compostos por representantes eleitos diretamente pelos cidadãos para elaborarem as leis e gerenciarem as políticas públicas, e o terceiro formado por profissionais com conhecimento técnico, na direção de uma Capacidade Institucional que manuseie o Ordenamento Jurídico. A proteção e implementação dos Direitos Fundamentais é uma tarefa que deve ser assumida e efetivada por todos os Poderes, de modo a garantir que todos os cidadãos sejam abarcados pelas decisões políticas, visto que a real Democracia só existe quando todos têm seus direitos e opiniões garantidos, não se norteando apenas pela vontade de uma maioria. Nestes termos, tem-se um Judiciário cuja missão primordial é a proteção dos Direitos Fundamentais quando estes forem violados ou então quando não forem devidamente aplicados, buscando a devida justificação nos princípios mais elementares daquela comunidade, o chamado “Direito da Integridade”, de Ronald Dworkin. Para este jurista, as políticas públicas devem ser fundamentadas e aplicadas a partir de noções políticas dos administradores e legisladores, visando à implementação para toda a coletividade que os elegeram. Já o Judiciário, seria o responsável por garantir a devida aplicação dos Direitos aos cidadãos, protegendo, sobretudo as classes contramajoritárias com base nos princípios, que vão muito além das regras positivadas e que expressam os verdadeiros valores que norteiam aquela comunidade, visto que a consagração dos Direitos na Constituição consiste em um dos princípios da integridade. Assim, o Poder Judiciário deverá se pautar por análises mais casuísticas de implementação e guarda dos Direitos Fundamentais – já que eles estão consagrados no mais alto degrau da pirâmide das normas jurídicas – enquanto que as decisões que criam e aplicam políticas públicas devem ser tomadas pelos poderes políticos, que possuem a Capacidade Institucional ao serem eleitos. Quando há a quebra desta divisão de tarefas, possivelmente, haverá uma postura ativista por parte do Judiciário, se este começar, por si só, a criar e deter-

minar a implementação de políticas públicas utilizando o argumento de que há consagração normativa e que, por isso, ele é o responsável por garantir tal efetividade. O ativismo acontece muitas vezes através de interferências no orçamento através de decisões judiciais ou então com a decisão de assuntos que deveriam ser alvo de discussões nas Casas Legislativas. Contudo, é mais do que necessária a ressalva que não é sempre que há configuração de ativismo e que nem sempre este será um fenômeno negativo para o sistema, visto que, por diversas vezes, os Poderes Políticos acabam se guiando mais pela conquista de votos do que pelo bem coletivo, e não cumprem com o seu papel, restando ao Judiciário realizar a devida efetivação. A fundamentação para essa efetivação não pode ser política, pois senão haveria o verdadeiro ativismo. Por conseguinte, Judicialização e Ativismo não são sinônimos e nem obrigatoriamente possuem efeito de causa e consequência: o Ativismo é uma postura que, por vezes, pode ser tomada para que os direitos sejam resguardados, mas deve ser sempre analisada no caso concreto e exige cautela, para que não haja uma quebra na harmonia do Sistema da Tripartição dos Poderes, que também é um Direito Fundamental que carece de proteção.

A CONSTITUIÇÃO CONTRA A TROIKA: **ENTRE O ATIVISMO E A AUTOCONTENÇÃO EM MATÉRIA MACROECONÔMICA**

Vinicius Domingues Maciel¹

O presente artigo científico tem por objeto examinar de que forma se dá a interação entre a jurisdição constitucional contemporânea e um economia em crise. Diante de um cenário macroeconômica complexo, onde sacrifícios orçamentários são requeridos tanto pelo mercado quanto por organismos de governança global, faleceria à Constituição, ou aos juízes que a interpretam, o poder de salvaguardar os direitos garantidos no texto? Pretende-se examinar o exemplo da crise na Zona

¹ Mestrando na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Programa de Pós-Graduação em Direito, na linha de pesquisa Direito da Cidade. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: dm_vinicius@yahoo.com.br

do Euro, onde pacotes econômicos impostos por instituições internacionais foram em alguns casos encarados com resistência pelas Cortes Constitucionais dos países membros.

Esse diálogo tem especial relevância para o Brasil, que em face da mais grave crise econômica após a novel Constituição de 1988, marcada por um quadro de piora das finanças do Estado, tem o seu Supremo Tribunal Federal proferido decisões ativistas obrigando o Poder Público a realizar dotações para promoção de bens constitucionalmente fundamentais.

Dito isso, no primeiro capítulo do artigo será realizado um resgate do histórico da crise europeia, explicando em que medida a crise na Zona Euro é o resultado de uma complexa combinação de fatores que tornou difícil o refinanciamento da dívida pública de diversos países, tornando necessário o recurso à entidades como a *Troika*, comitê formado pela Comissão Europeia, pelo Banco Central Europeu e pelo Fundo Monetário Internacional.

Ocorreu que para receberem o resgate do fundo, os governos foram obrigados a realizar reformas estruturais, com o fim de se evitar o retorno do desequilíbrio fiscal anterior. Teve início então uma política continental de austeridade que mirou no aumento de impostos e na redução do gasto público com servidores, pensões e políticas públicas. Tais medidas foram respondidas pela população através de protestos políticos e judicialização.

Partindo dessa judicialização, no segundo capítulo será examinado o comportamento das Cortes Constitucionais diante desse estado de coisas, especialmente as decisões do Tribunal Constitucional Português que julgaram inconstitucionais diversos artigos da Lei do Orçamento do Estado para 2012 e 2013 (LOE 2012 e 2013), considerando as previsões de corte dos subsídios de férias de funcionários públicos e criação de contribuições para os pensionistas como medidas em desconformidade com os princípios da igualdade e da proporcionalidade. Todavia, enquanto que no julgamento de 2012 a corte decidiu pela modulação prospectiva dos efeitos da decisão, eis que os juízes receavam que o cumprimento das metas do déficit pudesse ficar em risco; na decisão de 2013 a corte tomou uma postura mais ativista, entendendo pela nulidade dos dispositivos desde a entrada em vigor da Lei Orçamentária (1/1/2013), significando milhões de euros de passivo para o Estado.

Essas duas decisões demonstram a virada na avaliação da corte portuguesa quanto ao seu papel numa democracia constitucional em crise econômica, passando de deferente às escolhas da Administração

à ativista na defesa das garantias constitucionais. Em situações parecidas, as Cortes Constitucionais da Romênia e da Grécia produziram igualmente precedentes de que as reduções das pensões e a supressão de certos direitos dos trabalhadores violavam a Lei Fundamental. Nos três casos – Portugal, Romênia e Grécia – os governos foram obrigados a renegociar planos com a *Troika*, sob o risco de não receberem novas injeções financeiras, desvelando em um debate público sobre consequencialismo das decisões, de justiça geracional e de legitimidade institucional.

Nessa toada, o terceiro capítulo se dará no sentido de questionar qual deve ser a postura a ser adotada pela corte constitucional quando confrontada com políticas regressivas impostas em desconformidade com a Constituição, contudo, sem as quais a política macroeconômica periga falir e produzir efeito cascata. Devem os juízes agir com deferência e autocontenção às escolhas políticas dos agentes eleitos pelo sufrágio popular, bem como em humildade quanto às suas próprias limitações técnicas, ou devem adotar uma postura de elevado resguardo da força normativa da Constituição, protegendo o povo, e suas minorias, das consequências maléficas do medo e das paixões momentâneas?

No capítulo quarto se sustentará que nesse dilema deve a Corte Constitucional ponderar com cautela a sua atuação, não podendo pecar nem pelo excesso nem pela omissão. Como horizonte de saída se sugerirá que as Cortes devem se valerem de: (a) diálogos institucionais com as instâncias majoritárias, onde a última palavra deve decorrer sempre que possível de uma reciprocidade de legitimidades; e (b) de uma interpretação aberta e pluralista da Constituição, que se legitima ao expandir e atomizar o universo de intérpretes.

Na derradeira conclusão se fará um apanhado dos temas trabalhados, traçando-se um paralelo com a situação da presente crise fiscal brasileira, estabelecendo uma ponte para troca de experiências constitucionais.

A FALÁCIA DO “PÓS-POSITIVISMO” JURÍDICO

Adriano Souto Borges¹

De acordo com Luís Roberto Barroso (2007, p. 5-6), após a Segunda Guerra Mundial, a Teoria do Direito passou por uma mudança significativa, de modo que o Positivismo teria sido “superado” ou “sublimado” pelo mais novo paradigma, chamado pelo teórico brasileiro (dentre outros) de “Pós-Positivismo”.

Barroso (2007, p. 5) relaciona o que, segundo ele, seria a decadência do Positivismo à queda dos regimes totalitários do Nazismo na Alemanha e do Fascismo na Itália, já que eram regimes ditos de legalidade, porém, sem qualquer traço de legitimidade, de moralidade e de respeito aos direitos humanos.

Assim, Barroso (2007, p. 5) afirma que os valores e a ética retornaram ao Direito com o “Pós-Positivismo”. Para ele, nesse modelo (que não se encaixa nas classificações do Jusnaturalismo nem do Positivismo) poder-se-ia perceber uma reaproximação do Direito com a moralidade e com a Filosofia, podendo-se notar também a atribuição de normatividade aos princípios, a ascensão da argumentação jurídica e da nova hermenêutica constitucional, tudo sob o manto da dignidade da pessoa humana (BARROSO, 2007, p. 6).

Porém, o termo “Pós-Positivismo” traz, imanente a si, a aceção de que o Positivismo Jurídico tenha sido ultrapassado, ou, nas palavras de Barroso, “superado” ou “sublimado”, depois da Segunda Guerra Mundial, como se o Positivismo tivesse uma só forma.

Aquela concepção schmittiana de Positivismo na Alemanha nazista está, mesmo, superada. Isso não se discute. Porém, ela nunca foi e ainda hoje não é a única forma de manifestação do Positivismo. Novas teorias contemporâneas sobre o Positivismo, com argumentos mais sofisticados, estão sendo formuladas a cada dia, como se vê em Schauer, Waldron, Shapiro e Raz, apenas para citar alguns exemplos.

Frederick Schauer se destaca como um dos positivistas contemporâneos. Para o teórico, a força do Direito (expressa através das san-

¹Mestrando em Direito pela UFMG. Especialista em Direito Processual e Bacharel em Direito pela Unimontes. Brasil. Endereço Eletrônico: <adrianoborges2014@ufmg.br>.

ções) é o que o distingue da moral (SCHAUER, 2015, p. 7). Ele lembra que para autores não positivistas como Dworkin, tal separação entre o Direito e outras considerações normativas não faz sentido, já que o Direito seria a melhor interpretação de uma ampla série de componentes legais, morais e políticos (SCHAUER, 2015, p. 69-70).

De acordo com Jeremy Waldron (1999, p. 167), o Positivismo Normativo – que seria uma pretensão moral – considera a contaminação da decisão jurídica pelo julgamento moral como uma perda de algo valioso. Então, levando em conta a necessidade de certeza e de segurança jurídica, o sistema jurídico deve ser reparado para que as decisões morais pelos juízes e oficiais sejam suprimidas, o máximo possível, para se evitar, dessa forma, arbitrariedades (WALDRON, 1999, p. 167).

Para Thomas Bustamante (2012, p. 219-220), outro positivista normativo atual seria Scott Shapiro, apesar de este se considerar um positivista analítico. Bustamante (2012, p. 222) nota que a *Planning Theory of Law* de Shapiro defende a existência de planos que predeterminam juízos de valor por parte dos aplicadores do Direito. Assim, evitar-se-ia a deliberação moral por parte dos juristas.

Enríquez e Bustamante (2015, p. 98) explicam que, para Joseph Raz, fontes sociais – separadas da moral – (lei ou decisão judicial, por exemplo) criariam o Direito, num esquema chamado de positivista exclusivo. Nesse esquema, a moral influencia externamente, legitimando o Direito produzido.

De acordo com Waldron (1999, p. 95), para Raz, o reconhecimento de que alguém ou uma instituição tem autoridade sobre determinado assunto passa pelo argumento de que é melhor seguir as diretivas por ela identificadas do que tentar descobrir por si mesmo o que deve ser feito. Ou seja, de maneira simplificada, a autoridade seria proveniente da razão.

Nota-se, então, que o Positivismo se reestruturou após a Segunda Guerra Mundial, com a apresentação de concepções mais sofisticadas por parte de vários autores contemporâneos como Schauer, Waldron, Shapiro e Raz, por exemplo.

É evidente que há autores que não são positivistas nem jusnaturalistas, como Dworkin. Porém, o termo “Pós-Positivismo”, para designar o que Barroso chama de nova fase da Teoria do Direito, é completamente inadequado por não considerar a continuação histórica do Positivismo. Nesse sentido, o termo “Pós-Positivismo” mostra-se como uma falácia.

DEMOCRACIA, CONSTITUIÇÃO E AUTOLEGISLAÇÃO

Ana Lucia Pretto Pereira ¹

O presente ensaio apresenta, por metodologia teórico-argumentativa, propostas conceituais em relação, capazes de refletir sobre a legitimidade de fontes jurídicas não legislativas, desde que atendido o princípio político (e jurídico) da autolegislação, adjetivado de universalidade, a exemplo de decisões administrativas, judiciais e decisões jurídicas não estatais. Trata-se de *repensar* a legitimidade do direito enquanto sustentada, fundamentalmente, sobre o critério majoritário, tendo em consideração que direito legítimo é direito produzido por *todos* os concernidos em processos públicos de construção de restrições à liberdade política de cidadãos, independente da adjetivação de coercitividade. Afinal, direito adjetivado com coercitividade pressupõe potencial descumprimento de acordos; porém, dada a multitudine da natureza humana, é possível também cogitar de seu potencial *cumprimento*. Desde outra perspectiva, a proposta, acredita-se, alinha-se a discursos acadêmicos de inclusão, ocupados em aperfeiçoar as instâncias político-institucionais de tomada de decisão, tendo como eixo de sustentação fundamental o princípio político, e jurídico, da autolegislação. A Constituição republicana de 1988 é a norma fundacional de toda a ordem jurídica brasileira. Sob o constitucionalismo contemporâneo, e muito por força de movimento teórico conhecido como *dogmática constitucional da efetividade*, têm-se verificado mudanças substanciais no que diz respeito à *interpretação e à aplicação* do direito, particularmente, do direito da Constituição. Inicialmente focado na *efetividade* da normativa constitucional, dando *vivacidade* a enunciados normativos antes dormentes à espera do agente político infraconstitucional (juízes, administradores e legisladores), o discurso acadêmico-constitucional contemporâneo ocupa-se de *embeber* a prática constitucional (*constituente*) de elementos democráticos, capazes não só de robustecer a legitimidade de decisões públicas, como, também, de efetivamente aproximar o cidadão das fontes de produção de direito as quais, hoje, não se limitam mais

¹ Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná. Professora na Graduação e no Mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UniBrasil. E-mail: anapereira@unibrasil.com.br.

ao campo normativo estritamente de ordem legislativa (vale dizer, é possível reconhecer a produção legítima de direito também em outras instâncias, como a judicial). O discurso acadêmico normativo pode se mostrar socialmente útil na medida em que constrói doutrinas e dirige ações dos poderes constituídos (e dos operadores do direito em geral). A esse discurso se pode chamar de *dogmática*. Todavia, de uma dogmática não cuida este pequeno texto. Cuida, por outro lado, de apresentar um conjunto de conceitos, os quais, compreendidos em rede, espera-se sejam capazes de conduzir o leitor a *desdobrar* seu pensamento no que diz respeito à legitimidade de decisões públicas, tendo em vista que uma pluralidade destas decisões impõem condutas adjetivadas de coercitividade estatal, para além das instâncias legislativas de representação, e devem, em um Estado Democrático de Direito, ser sustentadas pelo princípio fundamental da autolegislação.

A CIDADANIA ATIVA NO BRASIL PÓS-1988: ENTRE DEMOCRACIA E NEOLIBERALISMO

Ana Beatriz Oliveira Reis¹

Juliana Pessoa Mulatinho²

O presente trabalho acadêmico pretende investigar a trajetória da cidadania ativa no Brasil a partir da constituição de 1988. Essa análise se constrói a partir da consideração de que se por um lado a nova Constituição Federal estabelece as bases normativas para o exercício mais direto do poder democrático (art. 1º, § único), no mesmo período o país passa a adotar políticas neoliberais que comprometem o exercício mais participativo da democracia.

¹ Mestranda Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Integrante do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Constitucionalismo Latino-Americano (LEICLA). Brasil. E-mail: reis.aboliveira@hotmail.com

² Mestranda Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Integrante do Laboratório de Estudos Interdisciplinares em Constitucionalismo Latino-Americano (LEICLA). Brasil. E-mail: julianamulatinho@yahoo.com.br

O exame aqui pretendido será realizado percorrendo-se dois eixos analíticos. Primeiramente, será realizado um desenho legislativo a fim de se conhecer qual o estado da arte a respeito do exercício ativo da cidadania no nosso ordenamento jurídico, tendo em vista que a promulgação do texto constitucional de 1998 foi precedida de intensa participação popular, marcando um novo começo para a democracia nacional. Da promulgação da constituição de 1988 a assinatura do decreto 8.234/2014 que regulamentava a participação social via conselhos e conferências, por ora vetado pela Câmara dos Deputados, existe uma interessante produção normativa a respeito do tema, incluindo a experiência das audiências públicas, dos orçamentos participativos, dos conselhos e das conferências.

Em um segundo momento, será feita a contextualização política, social e econômica do Brasil buscando-se compreender quais os efeitos da adoção das políticas neoliberais para a cidadania. Na década de 90 as políticas governamentais foram marcadas pela adesão ao ideário neoliberal, o que se refletiu em diversas emendas constitucionais que procuraram adequar a máquina estatal ao novo paradigma econômico que então já havia alcançado consenso em diversos países do mundo. Assim, o discurso do Estado mínimo volta a pautar as políticas dos governos e muitos direitos sociais, dentre esses os direitos trabalhistas, são “flexibilizados”.

Essa análise é fundamental para compreender quais são os limites materiais que impedem o exercício mais participativo da democracia no Brasil. Esse resgate é essencial para compreender a dinâmica da cidadania ativa no Brasil contemporâneo, levando em conta ainda a adesão do país ao programa neodesenvolvimentista, a partir do governo Lula, que parece provocar mais uma ressignificação da própria ideia de cidadania, que busca construir a ideia de efetivação de direitos através do mercado acarretando uma espécie de inclusão via consumo, que não se confunde com a emancipação em termos marxistas.

Dessa forma, será analisada a categoria teórica Cidadania Ativa (Walzer, ANO, Balibar, 2013) e também a categoria teórica Neoliberalismo a partir da análise de um de seus maiores críticos na atualidade, o britânico David Harvey (2014). Será utilizado o método dialético para colocar em xeque o evidente lançando olhar atento sobre a realidade concreta para, a partir das suas contradições, alcançamos a essência do fenômeno estudado ainda que de forma modesta. O evidente aqui é que o ordenamento jurídico brasileiro aponta para a ampliação das formas de participação nos espaços institucionais em um contexto em que,

dado o acirramento da disputa entre capital e trabalho, as condições para o exercício ativo da cidadania são comprometidas. Por fim, destaca-se que as técnicas de pesquisa utilizadas são a análise legislativa e a revisão bibliográfica.

A AUTORIDADE DA LEI FORMAL EM “LAW AND DISAGREEMENT”: DIFICULDADES NO PARA ALÉM DO POSITIVISMO

André Freire Azevedo¹

O objetivo do presente trabalho é discutir algumas das ideias propostas por Jeremy Waldron em “Law and Disagreement” (1999), especialmente em seus capítulos IV e V, sobre a autoridade da lei em sentido formal. O propósito de Waldron aqui é desenvolver uma teoria da autoridade da lei em que o fato do desentendimento ocupe uma posição central, não uma posição periférica: na noção de que, na prática, mesmo após a deliberação as pessoas continuarão a discordar de boa-fé sobre o bem comum e sobre questões sobre as quais uma legislatura deve deliberar.

Waldron propõe que a análise se baseie na ideia de “circunstâncias da política”, que seriam a necessidade *de uma estrutura, decisão ou curso comum de ação sobre determinado assunto, mesmo em face do desentendimento* sobre quais eles devem ser. O desentendimento persistente impõe à aspiração de autoridade do direito que o reconhecer e seguir algo como direito legítimo seja visto, pelo agente, como uma alternativa a tentar descobrir por si próprio o que é melhor fazer em relação à matéria endereçada pela lei: o critério pelo qual algo é reconhecido

¹ Mestrando em Direito Constitucional e Teoria da Constituição na UFMG (Brasil) com período sanduíche na Universidad de la República – Uruguay (UdelaR), com bolsa da Asociación de Universidades Grupo Montevideo e da Pró-Reitoria de Pós-Graduação da UFMG. Bolsista CAPES. Estagiário-docente nos cursos de Direito e Ciências do Estado da UFMG. Representante discente no Colegiado do Programa de Pós-Graduação e na Congregação da Faculdade de Direito da UFMG. Bacharel em Direito pela UFMG (2014). Advogado. E-mail: freire.andre@gmail.com.

como direito não pode estar relacionado com o mérito da questão que a lei busca endereçar (ele deve parecer arbitrário em relação à questão substancial, que é objeto de controvérsia em primeiro lugar).

Nesse quadro, partindo de um modelo ideal de democracia direta, Waldron afirma que o voto majoritário satisfaria esse requerimento, porque permite que qualquer membro seja capaz de identificar a política vitoriosa como a “política favorecida pela maioria”, quer ele pense ou não que ela é de fato o melhor a se fazer em relação à matéria controversa objeto de regulação. O princípio majoritário, para ele, não seria meramente impessoal ou utilitário, mas respeitaria os indivíduos cujos votos são agregados: respeitando as diferentes opiniões sobre justiça e bem comum (pois ninguém tem que mudar de opinião por causa de um almejado consenso); e incorporando um princípio de respeito por cada pessoa que participa do processo pelo qual se escolhe um curso de ação como “nosso”, mesmo em face do desentendimento. É porque discordamos sobre o que conta como resultado substantivamente respeitável que precisamos de um procedimento decisório que assegure respeito recíproco; encaixar a substância no cerne da determinação do procedimento necessariamente privilegiaria uma visão controversa sobre o que esse mesmo respeito exige.

À luz das considerações de Habermas (2003) sobre a obra de Waldron, buscaremos enfrentar algumas perguntas: mesmo partindo do pressuposto de que, numa democracia, ninguém pode reivindicar acesso privilegiado à “verdade” sobre assuntos legislativos ou constitucionais (o que impõe uma concepção procedimentalista de legitimação), é possível, como pretende Waldron, encontrar uma fonte de autoridade para a lei que não se limite à contingência da força, como no positivismo de Kelsen, ou se oculte no costume, no positivismo de Hart, sem recorrer aos méritos cognitivos de um processo legislativo que se pretende racional? Para Habermas, a “formalidade deliberativa” só pode funcionar como uma fonte de legitimidade se os arranjos comunicativos forem suficientemente inclusivos e ilimitados, a ponto de encontrarem certas condições epistêmicas (algumas das quais aparecem sub-repticiamente no próprio texto de Waldron): todas as questões relevantes devem encontrar o caminho para a agenda e ser consideradas com justiça e competência, sobre as bases das melhores informações disponíveis e à luz de contribuições pró e contra. Só assim um voto majoritário falível e reversível é percebido como a interrupção de um discurso permanente, em função de exigências práticas; o voto goza da presunção de aceitabilidade racional sem impor à minoria qualquer

mudança de consciência.

Além disso, seria possível afirmar, com Waldron, a partir de um modelo puramente ideal de democracia direta, que o procedimento majoritário se legitima a partir da institucionalização do respeito aos indivíduos e às suas diferentes visões sobre direitos e justiça, desconSIDERANDO as relações desiguais de poder que operam na sociedade? Por mais que Waldron esteja correto em quanto na sociedade moderna não seja mais possível que o direito goze de autoridade senão a partir de um procedimento de autolegislação democrática, no qual os cidadãos podem decidir por si próprios sobre as regras que regularão sua convivência recíproca, não é suficiente pressupor que esse imenso desafio possa ser resolvido com recurso a um modelo ideal concebido em circunstâncias completamente abstratas – como se o procedimento majoritário, apenas por dar um peso supostamente igual a cada visão individual no processo em que a opinião do grupo será definida, fosse capaz de institucionalizar um processo político respeitoso com todos os envolvidos. A solução de Habermas também é procedimental: o exercício da autonomia pública, em um processo de autolegislação democrática em que uma comunidade regula sua convivência por meio do direito, depende de um sistema de direitos fundamentais que garanta a autonomia privada dos sujeitos juridicamente associados – embora a teoria não possa antecipar o conteúdo desse sistema de direitos, cuja configuração deve ser deixada a cargo dos próprios sujeitos associados. A inclusão e respeito dependem de alguma garantia mínima de institucionalização epistêmica no próprio procedimento – o que pode começar pela referência comum a um mesmo sistema de direitos fundamentais, ainda que pensados, a nível teórico, de modo também puramente procedimental.

“DOES TRUTH HAVE A GENDER?” (DES) IGUALDADE POLÍTICA DE GÊNERO NO BRASIL NA CONTEMPORANEIDADE:

APONTAMENTOS DERRIDIANOS SOBRE O DÉFICIT
REPRESENTATIVO NO LEGISLATIVO

Bárbara Natália Lages Lobo¹

Natália Torquete Moura²

A desigualdade de gênero é tema frutífero para debates constitucionais, contudo, dada a sua amplitude, necessários são os recortes que se fazem no presente estudo quanto: ao período histórico, ao espaço geográfico e às análises teóricas. Sendo assim, o presente trabalho tem como objetivo a análise da escassez da representação da mulher nos espaços políticos brasileiros, notadamente no Legislativo, e de que forma os direitos das mulheres são prejudicados, a partir do parâmetro masculino da “verdade” (permeado pelo simbolismo da laicidade estatal, mas, que não se concretiza quando se discutem direitos sexuais). Apresentar-se-ão os dados estatísticos que permitem verificar, desde a redemocratização brasileira, em 1988, até a contemporaneidade a sub-representação feminina na Política (nas eleições de 2014, por exemplo,

¹ Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Autora do livro: *O Direito à Igualdade na Constituição Brasileira: comentários ao Estatuto da Igualdade Racial e a constitucionalidade das ações afirmativas na Educação*. Professora assistente da PUC-Minas graduação e pós-graduação em Direito (Instituto de Educação Continuada – IEC). Professora visitante das Pós-Graduações no Centro Universitário UNA. Professora tutora do Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Servidores do Poder Judiciário – CEAJUD do Conselho Nacional de Justiça. Pesquisadora dos Projetos de Pesquisa “Efetividade e crise dos direitos fundamentais”, coordenado pelo Professor José Adércio Leite Sampaio e “Investigação Científica Constituição e Processo”, coordenado pelo Professor Fernando Horta Tavares. E-mail: barbaralobo3@gmail.com.

² Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010), com reconhecimento do título pela Universidade Federal de Minas Gerais (2013). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (2005). Advogada. Consultora Técnico-legislativa na Secretaria de Estado de Casa Civil e de Relações Institucionais de Minas Gerais (SECCRI). Professora Universitária com experiência na área do Direito e da Gestão Pública, com ênfase em Direito Público, Processo Administrativo e Teoria Geral do Direito. E-mail: nataliatmoura@gmail.com

segundo os dados do Tribunal Superior Eleitoral o número de Deputadas Federais eleitas não ultrapassa 10% do número total de cadeiras) e a desvantagem, enquanto grupo social, na conquista e debate acerca de ações políticas que considerem as peculiaridades do universo psicológico, social, biológico, antropológico e jurídico feminino. Para além dos números, analisar-se-ão os projetos normativos que envolvam direitos femininos (especialmente a PEC nº98/2015, recém aprovada no Senado Federal e encaminhada à Câmara dos Deputados, que visa a acrescentar ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias o artigo 101, assegurando a cada gênero, masculino e feminino, percentual mínimo de representação nas cadeiras da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais, nas 3 (três) legislaturas subsequentes à promulgação desta Emenda Constitucional, nos termos da lei; bem como a novel Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015, que visa a, dentre outros objetivos, incentivar a participação feminina nos processos eleitorais, mediante a introdução na Lei nº 9.504/1997. Utilizar-se-ão como fundamentos as obras de Jacques Derrida, especialmente, *O Perdão, A Verdade, A Reconciliação: Qual Gênero*, apresentada pelo referido autor no “Colóquio Internacional Jacques Derrida 2004: Pensar a Desconstrução – questões de política, ética e estética”, organizado pela Universidade Federal de Juiz de Fora, em parceria com o Consulado Geral da França, entre os dias 16 e 18 de agosto de 2004. Na referida obra, o autor indaga: “Onde está a verdade? De que gênero de verdade se fala? O que é a verdade? Qual a sua essência?”. A partir dessas indagações, verificar-se-á o déficit representativo na política brasileira, utilizando-se também a análise da Teoria Democrática de Roberto Gargarella, e a quem compete perdoar a sociedade brasileira pelo tratamento das mulheres (injustiças, privações e abusos diários) sob a restrição de dois olhares: ora como mãe, ora como prostituta, o que anula a complexidade de papéis sociais por nós/elas desempenhados. Finalmente, verificar-se-ão as propostas de reforma política brasileira que considerem a ausência de representação feminina e os projetos de ações afirmativas com o objetivo de sanar tal déficit, bem como a nova onda feminina brasileira, a partir da criação, no ano de 2015, do primeiro partido feminista brasileiro “PartidA”, quais as possíveis repercussões dessa segmentação: a amplitude representativa ou a segmentação, a partir da reiteração da negação da desigualdade.

PARTICIPAÇÃO E REPRESENTATIVIDADE: A DESVINCULAÇÃO ENTRE O DISCURSO DE CRISE E A AMPLIAÇÃO DOS INSTRUMENTOS DE DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Desirée Cavalcante Ferreira¹

Crise de representatividade tem sido uma expressão largamente utilizada para descrever o quadro de contestações por que tem passado as instituições políticas ocidentais. De fato, visualizam-se manifestações e protestos em várias partes do mundo, bem como modificações constitucionais que buscam reestruturar as instituições políticas.

Em meio à aparente apatia de grande parte dos eleitores e à desconfiança acerca da moralidade das instituições e da capacidade de elas atenderem às demandas de uma sociedade cada vez mais complexa, passou-se a clamar pela falência do sistema representativo e pela ascensão de um modelo de democracia que prestigie a participação direta dos cidadãos.

Ao mesmo tempo, são rememoradas as dificuldades práticas de um modelo de democracia direta e visualizadas reações negativas à implantação de medidas que buscam ampliar os espaços de participação da sociedade na política estatal, chegando-se, muitas vezes, a tratar a democracia representativa e a democracia participativa como realidades incompatíveis ou opostas.

Ademais, mesmo entre os defensores do modelo participativo de democracia, muitas vezes os discursos são trabalhados no sentido de apresentá-lo como uma superação da representatividade, o que norteia o sob o discurso de crise.

Ocorre que os instrumentos de democracia participativa não são servíveis apenas a realidades políticas em corrosão; ao contrário, experiências de países com acentuado nível de desenvolvimento humano e institucional apontam a ampliação da participação popular como estágio renovado da representatividade, no qual os cidadãos buscam maior identificação com as práticas da vida comum, indicando

¹ Mestranda em Direito (Ordem Jurídica Constitucional) pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Graduada em Direito pela Faculdade 7 de Setembro (FA7) - Brasil. desireecavalcantef@gmail.com.

não uma superação de modelo, mas uma renovação que é inerente à própria democracia representativa e que ocorre independentemente de crise.

Prova disso, no Brasil, a Constituição de 1988 previu que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, dispondo, ainda, dos meios de participação popular, no contexto de redemocratização do Estado em que se enfatizava a importância de assegurar o caráter político representativo das instituições e, em especial, o sufrágio universal.

Defende-se que a existência de uma crise sinalizaria a busca pela superação de um modelo, não pelo seu fortalecimento. A democracia representativa, na realidade, passou por importantes modificações ao longo do tempo, como a expansão do direito ao sufrágio, que se desenvolveu em paralelo à emergência dos partidos de massa. Entretanto, os seus pilares não foram afetados pelas mudanças identificadas nas formas de representação.

Na realidade, tais princípios são reconhecidos como constantes na história do governo representativo, ainda que tenham tido variação de interpretação e implicação de acordo com o local e momento histórico. De tal modo, são carentes de suportes legal e teórico as alegações de que as práticas de participação visam à instauração de uma democracia direta, com a derrocada das instâncias de representação. Os discursos que apontam crises – da democracia, da política, da representatividade ou dos partidos – na verdade se referem a manifestações de um processo natural de mudança no sistema representativo, que é contínuo e não ameaça a sua permanência.

Na verdade, a democracia representativa pressupõe a capacidade de assimilação de novas formas de canalização das demandas sociais, permitindo-se uma constante modificação e evolução.

A ampliação da participação popular, portanto, precisa ser trabalhada como uma forma de aprimoramento da democracia representativa, e não como o seu contraponto, mesmo porque sofre de limitações, muitas delas semelhantes às do modelo representativo, como a capacidade de conciliar interesses heterogêneos e de manipulação da expressão da vontade.

Diante disso, dividido em duas partes, o trabalho visa demonstrar a desvinculação do discurso de crise de representatividade da defesa da ampliação dos espaços de democracia participativa. Para tanto, num primeiro momento, serão analisados os princípios da democracia representativa, analisando as transformações desse modelo político e a

permanência dos seus pressupostos diante dos discursos que alegam a existência de uma crise; na segunda parte, será analisada a compatibilidade do modelo participativo com o modelo representativo brasileiro, em que se pretende demonstrar que não há indícios de sobreposição de um pelo outro.

COMPROMISSOS POLÍTICOS E A REGRA DA MAIORIA: UM DIÁLOGO DE COMPLEMENTARIEDADE NA DELIBERAÇÃO PARLAMENTAR

Franklin Vinícius Marques Dutra¹

O trabalho pretende, em linhas gerais, analisar um ponto em que parece ser pertinente o contato entre Richard Bellamy e Jeremy Waldron², na tentativa de apresentar mais uma visão que possa, de alguma maneira, contribuir para o debate democrático contemporâneo. Pois bem, para Waldron, a autoridade da legislação repousa no tipo de conquista que ela representa. Essa cooperação, esse trabalho coletivo, ou, ao menos, em nome da coletividade, da política, no qual as pessoas se juntam com um fim maior em mente é o que possibilitou uma série de conquistas durante a história da humanidade (tutela dos direitos difusos e coletivos, por exemplo). É difícil fazer com que as pessoas trabalhem em conjunto, mas a política tem essa capacidade. E ela tem essa capacidade, ou melhor, emerge a política diante de certas circunstâncias: as circunstâncias da política.

Neste ponto, Waldron toma as circunstâncias de justiça do

¹ Aluno de graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Recebeu bolsa de iniciação científica do CNPq. Orientando do prof. Thomas da Rosa de Bustamante em sede de trabalho de conclusão de curso. franklinmarques-dutra@gmail.com

² Dos dois autores citados, obviamente que levando em conta a visão de cada um, o presente artigo procurar convergir os seguintes textos, tomados como base de análise: BELLAMY, Richard. *Liberalism and Pluralism*. Routhledge. London. 1999. Caps. 4 e 5. WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press. Oxford. 1999. Cap. 5.

Rawls³ como inspiração, ou seja, os aspectos da vida humana, especificamente, a escassez moderada e altruísmo limitado, que fazem com que seja necessária e mesmo possível a justiça enquanto virtude e prática. Com isso, Rawls quer dizer que reflexões acerca da justiça somente são necessárias e possíveis diante de tais circunstâncias. Por sua vez, as circunstâncias da política de Waldron são as mesmas de Rawls, mas o resultado delas é a necessidade/possibilidade que os membros de certa comunidade têm de que se chegue a um quadro comum de ação, ou seja, a ação coletiva organizada (política). Em outras palavras, há um profundo desacordo em relação a qual decisão se tomar, mas um profundo acordo que a coletividade deve tomar alguma decisão.

Reforça-se a pluralidade da sociedade contemporânea inicialmente. Contudo, a grosso modo, a tradição liberal tende a não encarar muito bem o desacordo nos pontos em que acreditam ter que haver uma visão comum, restando a convicção de que o consenso é possível. Nesse sentido, argumenta-se que nas questões de justiça deve haver essa visão comum, o que, na visão de Waldron não pode ser o fundamento para que o desacordo desapareça. A proposta deste é que a base de ação comum seja forjada no calor do desacordo. O nível de complexidade dos problemas e as diferentes visões de mundo (a pluralidade da sociedade) não apenas tornam o desacordo previsível, mas também justificado nas deliberações políticas, espaço reservado para que a sociedade possa, democrática e conjuntamente, decidir as suas mais profundas questões, os seus “hard cases”.

O critério majoritário, ou seja, que a deliberação, em última instância se dá por meio de uma contagem de votos sobre qual o melhor curso de ação coletiva faz com que todos sejam levados em consideração, além de receberem tratamento igualitário, pois trazer valor para determinados votos necessariamente carece de resposta à questão seguinte: qual valor? A valoração necessariamente favorece a visão de um grupo em detrimento da de outro.

Finalmente, parte-se da deliberação parlamentar como formada por duas etapas: o debate e a tomada de decisão. Parece interessante um compromisso político dos agentes parlamentares, em que eles se respeitam e chegam a compreender os motivos e os argumentos uns dos outros no debate. É bem verdade que, para Waldron, o debate será marcado pelo calor de seus argumentos. Embora isso seja incompatível

³ RAWLS, John. A theory of justice. Harvard University Press. Cambridge, MA. 1999. Pgs. 109-122.

com o compromisso, não é inconciliável. Apresenta-se aqui, portanto, uma justaposição complementar de argumentos. O debate se pautaria por argumentos (ou formas de apresentação de argumentos) resultantes do compromisso político, enquanto a votação e, principalmente, a legitimação do parlamento e da legislação beberiam da fonte de Jeremy Waldron, notadamente da regra da maioria. Com isso, se defende que, ainda que em linhas muito genéricas e definidas por meio de um compromisso político entre parlamentares (representantes do povo), a deliberação se pautaria por meio de um debate com mais qualificados argumentos, de modo que o consenso que se tem é unicamente de que há que se tomar uma decisão, sendo esta encontrada através da regra da maioria.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA VERDADE E DO POLÍTICO NA TEORIA DA AÇÃO DE HANNAH ARENDT

Geraldo Adriano Emery Pereira¹

Há na obra de Hannah Arendt um clássico debate sobre filosofia e política. Nele, a autora se posiciona numa postura de crítica à tradição da filosofia política ocidental. Para ela, há limites e até mesmo um rebaixamento da dignidade e autonomia do domínio da política no percurso intelectual de vai de Platão a Marx. O texto em questão propõe indicar a verdade como uma categoria que não pode ser negligenciada no debate arendtiano, justamente por sinalizar uma relação que, nos seus textos, parece ser “contraditória”, mas fundamental na política, qual seja, o binômio instabilidade/estabilidade no âmbito da ação. O tema da verdade traz para a reflexão o matiz da tensão entre essas categorias, bem como os riscos envolvidos. A verdade nesse tipo de tensionamento, figura como uma estratégia da filosofia política clássica.

¹Doutorando em Filosofia Política - UFMG. Professor Efetivo do Colégio de Aplicação da Universidade Federal de Viçosa - MG. Brasil. E-mail: geralfilemery@gmail.com

sica de impor um aparato normativo de origem externa à política, e que tenha por tarefa estabilizar o rol de instabilidade que se faz presente na ação. A noção de política nesse contexto, parece, aos olhos da autora, ter sido compreendida como uma atividade de dominação, de modo que política e governo, parecem se identificar. O tema da verdade, na reflexão arendtiana, coloca essa concepção em xeque, justamente por buscar uma compreensão de política que não seja submissa a critérios metafísicos que desnaturam a tipicidade da ação com suas características de imprevisibilidade, espontaneidade e irreversibilidade. A título de uma teoria da democracia contemporânea, a provocação lança para o debate o problema do limite no processo de formação da vontade nos complexos arranjos das democracias contemporâneas. Nos ensaios “Verdade e Política”, “Sócrates”, “O que é autoridade” e “A mentira na política”, a autora delimita uma gama de dificuldades na relação da política com a verdade. Debate também sobre a presença da mentira no contexto da atividade dos homens de ação. Por outro lado, aponta para um tipo de fronteira acerca da mentira, que, quando ultrapassada, marca a situação de “desconstrução” das condições da política. Para mobilizar a perplexidade ela afirma que quem diz a mentira é um homem de ação, e aquele que diz a verdade, seja ela racional ou fatural não é; palavras da autora. Duas situações aparecem como vetores de sua crítica e provocação, a propaganda e a *mentira organizada*, ambas tocam profundamente nos dilemas contemporâneos das democracias de massa. O problema está justamente na pretensão de manejar o estatuto da realidade, e na ambição moderna de afirmar o “tudo é possível”. O flerte com a onipotência está numa manipulação que transita entre a destruição e a substituição dos fatos. Duas situações fáticas parecem guiar a autora no contexto de busca por um tratamento da tensão instabilidade/estabilidade desnudados pelo problema da verdade. Essas ocorrências são o Totalitarismo e as Revoluções modernas (americana e francesa). Respectivamente, de um lado está a máquina da propaganda que torna real uma mentira, que testa o *everything is possible*, e de outro o início de algo novo, seguido da necessidade de estabilização do complexo de mudanças que caracteriza a ação no processo de fundação do corpo político. Margeando a reflexão de Aristóteles, as indicações da autora parecem sinalizar na direção de uma medida humana para a “estabilidade” da ação. Algo ligado ao humanamente possível e “realizável” no âmbito dos negócios humanos. Uma “medida” que evite o excesso do absoluto da verdade, mas que leve em conta a ambiguidade que marca o espaço da política. Enfim, o tema da verdade,

no texto da autora, sugere a “necessidade” de uma medida. Contudo, pondera sobre o excesso acerca de algumas formas de verdade no trato com os negócios humanos. Por fim, aponta para a possibilidade de uma medida política para tratar as instabilidades da política. Medida política, no conjunto da obra arendtiana, implica considerar o viver junto e consequentemente correr os riscos da pluralidade como condição existencial do humano e da política. Assim, qualquer aparato institucional, pensado no âmbito da teoria da ação arendtiana, tem por horizonte a salvaguarda da dignidade da política. Que em outras palavras implica garantir a sua condição de possibilidade, que em Arendt refere-se ao fato de que os homens, e não o Homem, habitam a terra. Por isso, qualquer estabilidade do corpo político, para ser política, tem por horizonte os riscos e possibilidades da pluralidade, precisa garantir a irrupção do novo e da diferença.

A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E A OPINIÃO PÚBLICA NA OBRA DE MICHAEL HARDT E ANTONIO NEGRI

Jailane Pereira da Silva¹

Lorena Martoni de Freitas²

Ao refletir sobre os moldes que a democracia assumiu na contemporaneidade, Hardt e Negri realçam que os atuais governos ditos “democráticos”, a despeito de seu sentido originário ligado a uma política da imanência na qual os sujeitos participam ativamente dos processos deliberativos, estruturam-se em um sistema normativo que se impõe vertical e hierarquicamente, legitimado pelo instituto da representação³. Assente na ideia de que o múltiplo não pode governar, sendo

¹Bacharel em Direito pela FEAD. Mestranda em Direito e Justiça pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Email: jailanesilva@yahoo.com.br.

²Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG. Mestranda em “Direito e Justiça” vinculada ao programa de Pós-Graduação da UFMG, sob a orientação do professor Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos. Belo Horizonte/Brasil. Email: lorenamartonifreitas@gmail.com

³Idem. Multitude: War and democracy in the age of empire. New York: Penguin, 2004, p. 237.

apenas fonte de toda sorte de caos e anarquia, a representação política surge como baluarte da soberania estatal de incorporação do Uno, supostamente, o único garantidor de ordem e desenvolvimento coeso⁴.

Nesses termos, o presente trabalho aposta que a marca maior dessa corrupção é o legado da modernidade chamado representação, compreendendo que representação e democracia são termos incompatíveis. Tal hipótese, analisada em conjunto à crítica da noção de “opinião pública” que questiona sua materialidade e desvela seu caráter abstrato, simbolicamente construído na dinâmica das agendas políticas, sustenta-se fundamentalmente na obra político-filosófica de Michael Hardt e Antonio Negri.

Justificada como uma necessidade intrínseca às sociedades marcadas por grandes escalas populacionais, a lógica da democracia representativa, apresentada como esquema de legitimidade do poder constituído, é amplamente sustentada nas teorias contratualistas características das correntes iluministas, com destaque para os escritos de Jean-Jacques Rousseau, nos quais a representação apareceria como esse lugar resultado de uma “vontade geral”⁵, referente a ninguém especificamente, mas a serviço de todos os indivíduos substancialmente racionais.

Essa “vontade geral”, supostamente produzida pela participação direta dos sujeitos políticos na produção de decisões, hoje encontra uma identidade corrompida na noção de “opinião pública”, elemento responsável por ordenar as pautas da agenda política e sustentar a decisão tomada pelos representantes do povo. Nas palavras dos autores, configura-se hoje como um superpoder invocado a partir de um sujeito político abstrato, que unifica, ou ao menos equilibra, sistematicamente a multiplicidade ontológica do real e a pluralidade própria dos indivíduos, perfazendo-se como a “voz” ou “expressão” racional do povo⁶.

A crítica traçada por Hardt e Negri a esse ideal sintético da “opinião pública” nos mostra que no pensamento político moderno a opinião pública foi compreendida a partir de dois pontos de vista opostos: “uma visão utópica da representação perfeita da vontade do povo no governo e uma visão apocalíptica do domínio manipulado

⁴Idem. Multidão: guerra e democracia na era do Império. Trad. Cloves Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005, pp. 412-413.

⁵ Ibid.

⁶HARDT, Michael; NEGRI, Antonio. Multitude: War and democracy in the age of empire. New York: Penguin, 2004, pp. 258-260.

da turba”⁷. No entanto, é extremamente necessário pensar para além dessa dicotomia. Assim, os autores reconhecem e denunciam o poder da mídia de massa e dos instrumentos espetaculares do capital em sua conformação, mas isso não significa dizer que para eles esses elementos possuem um efeito psicológico determinante e necessário, de forma a fazer os indivíduos pensarem todos de uma mesma maneira, como se fossem apenas receptores passivos nas relações comunicativas. Apesar de assumirem que os sujeitos se configuram enquanto consumidores de mensagens, Hardt e Negri os concebem capazes de subvertê-las, dando-lhes novos sentidos e formas⁸, elemento esse absolutamente irrepresentável. Ao compreenderem a produtividade da comunicação enquanto fator fundamental na formação biopolítica, os autores percebem a potência que reside na capacidade dos sujeitos de extraírem novos sentidos do mundo cultural, resistindo às mensagens dominantes, e gerando uma nova expressão social em redes coletivas⁹.

Portanto, compreender a opinião pública como uma “voz do povo”, ouvida e instigada para legitimar o necessário e supostamente possível cerne deliberativo nas democracias representativas, é assentá-la em um sujeito abstrato universal, ficção que busca colocar-se no lugar duvidoso da representação, minando o sentido radical que a noção de democracia carrega consigo. Nesses termos, seguindo a proposta dos autores, conclui-se que ao invés de conformar-se como um sujeito abstrato passível de representação em uma fase procedimental da democracia, a opinião pública só pode se dar em um campo de conflito produtivo de e constituído por relações de poder¹⁰, na qual a democracia se localiza e efetiva.

⁷ Idem. *Multidão: guerra e democracia na era do Império*. Trad. Cloves Marques. Rio de Janeiro: Record, 2005, pp 327.

⁸ Ibid, p. 263.

⁹ Ibid, p. 332.

¹⁰ Ibid p.332.

CIBERDEMOCRACIA:**A IMPORTÂNCIA DA DEMOCRACIA DIGITAL PARA A
AMPLIAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR***Jéssica Ramos Saboia¹*

O Estado Democrático brasileiro, nos termos em que foi instituído pela Constituição de 1988, adota a representatividade como modelo de democracia. Todavia, diante da atual conjuntura política, este sistema parece estar em crise. Pode-se dizer que dentre as possíveis causas dessa crise estariam a absoluta delegabilidade de poderes por todo o mandato eletivo com pouca ou nenhuma possibilidade de intervenção direta do eleitor; a alienação política de parcela considerável da sociedade; a corrupção e a inércia do Executivo e do Legislativo quanto às políticas públicas e questões de grande relevância social.

No entendimento de Bonavides (2012, p. 524), o sistema representativo não só não atende às demandas sociais de forma satisfatória, como as prejudica, sustentando que, “ao longo de quatro repúblicas, por mais de um século, não eliminou as oligarquias, não transferiu ao povo o comando e a direção dos negócios públicos, não fortaleceu nem legitimou nem tampouco fez genuína a presença dos partidos no exercício do poder.”. Acrescentando, ainda, que esse sistema proporcionou a essência de uma política guiada no interesse próprio de minorias refratárias à prevalência da vontade social.

Diante da pluralidade de vozes dissonantes na sociedade no sistema participativo, o que dificulta a responsabilização e a apuração de decisões em prol do bem comum, o sistema representativo ainda se mostra como um necessário canalizador das forças políticas, possibilitando a plenitude dos direitos e garantias fundamentais.

Até mesmo quem defende o exercício da democracia na forma mais direta possível, não propõe a abolição das formas representativas. (BONAVIDES, 2012, p. 529). Com efeito, tem-se buscado a ampliação dessa participação democrática como forma de suprir as lacunas e falhas do sis-

¹ Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões pela Damásio Educacional. Advogada. Brasil. E-mail: jessicarsaboia@gmail.com.

tema posto, principalmente com a democracia virtual, que proporciona a transparência e a publicidade do Estado.

Com a evolução cultural e o surgimento das novas Tecnologias da Informação e Comunicação, mais destacadamente a *internet*, muitas são as discussões acerca da revitalização da democracia, com criações de condições de participação direta dos cidadãos na coisa pública por meio de ambientes virtuais.

A *internet* proporciona a transmissão de informações e prestação de serviços *online* em uma escala global, criando um vasto espaço de interação social e contribuindo para o fortalecimento da democracia e das liberdades de expressão e política. Dessa forma, as novas tecnologias revolucionaram os meios para integração dos cidadãos com poder público e com as diversas comunidades globais, tornando possível falar em uma evolução da democracia para uma ciberdemocracia, uma democracia planetária e mais profunda, conforme entende Pierre Levy (2002, p. 30):

Graças à nova rede de comunicação global, a própria natureza da cidadania democrática passa por uma profunda evolução que, uma vez mais, a encaminha no sentido de um aprofundamento da liberdade: desenvolvimento do ciberativismo à escala mundial (notavelmente ilustrado pelo movimento de antimundialização), organização das cidades e regiões digitais em comunidades inteligentes, em âgoras virtuais, governos electrónicos cada vez mais transparentes ao serviço dos cidadãos e voto eletrônico.

A ciberdemocracia consiste na criação de processos e mecanismos de discussão, a partir de um diálogo entre o cidadão e o Estado, para se criar uma atmosfera política, onde a participação popular torne-se mais real em termos práticos. Frisa-se que a ampliação da participação direta do cidadão por meio das vias digitais não significa um abandono das formas tradicionais de democracia representativa, antes aproxima o cidadão do poder público, tornando as atividades mais transparentes.

Dito isto, mostra-se absolutamente necessário, que o Estado proporcione acesso rápido e fácil as informações e prestações de serviços via *internet*. Atualmente é possível, no Brasil, por exemplo, acompanhar as mais variadas atividades parlamentares do Congresso Nacional como a elaboração de projetos de leis, assistir aos pronunciamentos dos parlamentares em sessão do Plenário ou das Comissões e inclusive fazer *download* dos arquivos, e ainda ter acesso aos mais diferentes portais da transparência onde aparecem os gastos do Governo (federal, estadual, municipal) e do Poder

Legislativo (Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, Câmaras Municipais).

Percebe-se que a democracia virtual pode melhorar os processos de deliberação em uma sociedade pois, “[...] a *internet* estimula todas as experiências que ultrapassam o limiar entre representantes e representados: deliberação ampliada, auto-organização, implementação de coletivos transnacionais, socialização do saber, desenvolvimento de competências críticas etc.” (CARDON, 2012, p. 01).

Nesse diapasão, é imperioso que o Poder Público adeque-se à nova realidade, modernizando tanto a sua estrutura interna, mediante a utilização de sistemas eletrônicos, bem como atendendo aos anseios da população, através da disponibilização de serviços *online* e a divulgação de dados públicos, conferindo maior transparência e publicidade aos atos realizados, em conformidade com a Constituição Federal. Além da criação de medidas com a finalidade de levar à população amplo acesso à informação e às novas tecnologias, sem exclusão social, de modo que seja possível falar no avanço na participação direta do cidadão na vida política como forma de aperfeiçoamento do um Estado Democrático de Direito.

DEMOCRACIA COMO COMUNIDADE DIVIDIDA:

POR UMA FILOSOFIA POLÍTICA DO DISSENSO COMO PRINCÍPIO E FIM

João André Alves Lança¹

O ser político do homem se liga, segundo Rancière (1996, p. 17), à posse do logos, isto é, da palavra, e não somente da voz (*phoné*). Essa conclusão se extrai da “Política” de Aristóteles (1985, p. 1253), em que o filósofo afirma ser o homem o único animal que tem o dom da palavra, a qual tem a finalidade de manifestar o útil e o nocivo e, assim, o justo e o injusto, enquanto a voz simplesmente indica dor e prazer, como ocorre com os outros animais.

¹ Graduado pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG. País: Brasil. Endereço eletrônico: joaoalanca@gmail.com.

Nesse sentido, Rancière (1996, p. 21), olhando para Platão e Aristóteles, enxerga que o fazer político nasce no momento em que a passagem do útil para o justo faz com que não mais se organize a vida em sociedade pela lógica de lucros e de perdas, passando-se para um senso de justiça voltado a harmonizar o lugar de cada um na pólis.

Esse deslocamento ocorre devido a um segundo efeito do *logos*: a contagem. O *logos* nunca é apenas palavra que manifesta o justo e o injusto. O *logos* é também contagem que é feita da palavra: sempre faz uma contagem de qual voz é também palavra compatível com o justo, e quais emissões indicam apenas prazer ou dor, consentimento ou revolta (RANCIÈRE, 1996, p. 36).

Essa contagem, no entanto, é sempre uma falsa contagem. Se os “clássicos” ensinaram que “[...] a política não se ocupa dos vínculos entre os indivíduos, nem das relações entre os indivíduos e a comunidade, [mas] ela é da alçada de uma contagem das ‘partes’ da comunidade [...]”, essa “[...] contagem é sempre uma falsa contagem, uma dupla contagem ou um erro na contagem.” (RANCIÈRE, 1996, p. 21-22).

É uma falsa contagem porque o *logos* sempre “deixa escapar” parcelas, isto é, sempre sobram não-parcelas, que são aqueles considerados não participantes da palavra (vide os escravos na democracia grega).

A contagem da palavra é, assim, possibilidade e limite da política, considerada esta o movimento que rompe com a configuração do sensível na qual se definem as parcelas e os “sem parcela” (RANCIÈRE, 1996, p. 42).

Em razão disso, segundo Rancière (1996, p. 47), a política remete sempre a um dano produzido na distribuição dos modos de ser que segrega participantes e não participantes. Esse dano não é uma troca ou um acerto entre parceiros constituídos. Não há política porque os homens põem seus interesses em comum. “Existe política porque aqueles que não têm direito de ser contados como seres falantes conseguem ser contados, e instituem uma comunidade pelo fato de colocarem em comum o dano que nada mais é que o próprio enfretamento, a contradição de dois mundos alojados num só [...]” (RANCIÈRE, 1996, p. 40).

Apenas quando se deu lugar ao “dano” de um novo modo de participação das mulheres, negros, relações homoafetivas, etc., por exemplo, foi que se deu um novo tratamento para a contagem dessas partes como falantes.

Essa comunidade se torna, então, uma comunidade dividida, ao assumir o referido dano. Esse deve ser o regime próprio da demo-

cracia, na qual se rejeita fórmulas fixas de identidades, de posições de palavra e de regulação de partilhas do espaço e do tempo (RANCIÈRE, 2005, p. 18). A democracia é o regime político do adeus à verdade (VATTIMO, 2010, p. 18); e, para Rancière, o dissenso é o seu próprio princípio (MENDONÇA, JUNIOR, 2014, p. 107).

Tal comunidade, desse modo, forma-se porque admite a convivência de diferentes formas de participação do justo e do injusto. O dano que lhe peculiar conduz, nesse sentido, à aceitação de que a possibilidade de entendimento consensual está no reconhecimento de que comum é o dissenso. O consenso significa que, independentemente das divergências, apreende-se as mesmas coisas e se lhes dá o mesmo significado (RANCIÈRE, 2012, p. 67).

Quem quiser defender uma linguagem comum, ou seja, a possibilidade de entendimento consensual e, ao mesmo tempo, quiser ser contra os processos de desigualdade e exclusão, deve fazê-lo admitindo que o que há de comum é a diferença de modos de ser, logo, o que há de comum é o desentendimento (RANCIÈRE, 1996, p. 60).

A busca do consenso, ao se fazer no privilégio da palavra, estará sempre sujeito à contagem que lhe é inerente, contagem que é sempre uma falsa contagem, dado à limitação de nossas representações frente à intranquilizante clareira do ser (HEIDEGGER, 1999, p. 43).

A comunidade dividida, aquela que divide o comum, é feita, assim, da assunção do desentendimento como princípio e fim. Parte-se do dissenso e chega-se no dissenso como caminho (forma de ver). Admite-se que ele existe e busca-se decisões que o aceite por meios dos vários modos de ser e fazer dos homens, sem a pretensão de apliná-los com o fetiche do consenso.

POR UMA CRÍTICA À RESISTÊNCIA CONSTITUCIONAL NO ESTADO DE EXCEÇÃO PERMANENTE

Joyce Karine de Sá Souza¹

Este trabalho tem por objetivo analisar a resistência constitucional enquanto forma de resistência daqueles que buscam a conservação das instituições da ordem democrática em um estado de exceção permanente. Na concepção de Ermanno Vitale desenvolvida em seu livro *Difendersi dal potere: per una resistenza costituzionale* (Laterza, 2010), a resistência possui um sentido estrito de conservação de direitos considerados enquanto fundamentais pela Constituição de determinado Estado. O direito de resistência reside no fato de que os Estados democráticos de direito são suscetíveis à corrupção generalizadas dos seus fundamentos. Mesmo que haja posituação da proteção destes fundamentos, Vitale compreende que o Estado democrático constitucional não exorcizou a possibilidade de uma tirania.

A resistência constitucional é uma forma de oposição em face dos que detêm o poder político, diferenciando-se da desobediência civil que, para Vitale, resume-se na oposição frente à injustiça de uma específica decisão ou norma, ainda que não viole ou anule os fundamentos do ordenamento vigente sendo, portanto, pontual. Também não se confunde com revolução, uma vez que tem como objetivo reestabelecer a ordem legítima constituída afastada de seus princípios, enquanto a revolução pretende estabelecer uma nova ordem fundamentada em uma nova legitimidade, objetivando derrubar o poder constituído ao atuar como poder constituinte.²

A resistência constitucional busca a conservação das instituições políticas e do ordenamento jurídico existente em um Estado democrático de direito, ou seja, é possível somente em sociedade abertas e não ditatoriais.³ Quando os que exercem o poder político desrespeitam o ordenamento constitucional para fins privados, debilitando as ga-

¹ Mestra e doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil). E-mail: joykssouza@gmail.com.

² VITALE, Ermanno. *Defenderse del poder*. Trad. Pedro Salazar Ugarte e Paula Sofía Vásquez Sánchez. Madrid: Trotta, pp. 28-30.

³ VITALE, Ermanno. *Defenderse del poder...* pp. 43-44.

rantias e as instituições democráticas, surge uma flagrante contradição entre normas e princípios constitucionais de uma lado, e a produção normativa do legislador ordinário que tutela o poder econômico e ideológico de outro. Desse modo, para Vitale, convertem-se normas que deveriam proteger a democracia em mecanismos que criam uma aparência de democracia. Estabelece-se um paradoxo normativo, uma vez que surge uma “nova legalidade” efetivamente vigente em contraposição a uma Constituição vigente, todavia, somente em uma dimensão superficial e aparente.

Portanto, a resistência constitucional é um tipo específico de resistência que se materializou a partir do momento em que os Estados de direito passaram a se fundamentar em uma Constituição, somente tendo lugar quando busca reestabelecer normas constitucionais desatendidas por quem tem a prerrogativa e competência de exercer a soberania. Vitale entende que resistir constitucionalmente significa exercer os direitos constitucionais legítimos em prol da preservação da democracia. Para tanto, os métodos de resistência constitucional se concretizam (a) coletivamente e de forma organizada, mediante ações promovidas pelos representantes do povo (Parlamento) e quando os remédios institucionais forem esgotados, (b) preferencialmente de forma pacífica, mas orientadas por critérios de proporcionalidade caso a ação do tirano provoque uma reação e, (c) quando a resistência violenta e armada for necessária, somente pode ser realizada a juízo dos representantes do povo quando entenderem que não há outro remédio contra a violência do tirano.⁴

O que se deve criticar na teoria da resistência constitucional desenvolvida por Vitale é sua circunscrição às garantias previstas pelo ordenamento jurídico e a limitação de legitimidade quando o representante do povo é peça central para se resistir. Segundo Agamben, as atuais democracias e garantias constitucionais são constantemente suspensas em um estado de exceção permanente,⁵ portanto, como resistir constitucionalmente quando a própria Constituição se encontra suspensa? A transmutação da resistência em luta jurídica na lógica de um ordenamento normativo se torna inócua quando o que se combate é a exceção. Diante do caso excepcional não é possível reclamar a proteção jurídica, uma vez que os mecanismos jurídicos de tutela restam desativados pela suspensão do ordenamento.

⁴ VITALE, Ermanno. *Defenderse del poder...* pp. 115-116.

⁵ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

A ideia de democracia hoje se encerra em um discurso universalista, mas carente de efetivação prática justamente porque sua vivência real seria óbice aos objetivos do capital. Situada no nível meramente retórico, segundo o qual a positivação constitucional de direitos garante mais direitos, a democracia das sociedades ocidentais contemporâneas se amalgamaram em procedimentos estabelecidos pelo poder constituído que permitem planificar as ações de resistência de forma homogênea, somente sendo possível resistir dentro da lógica do que se combate mediante representação. Por fim, observa-se que a ideia de resistência constitucional é cabível dentro de uma normalidade jurídica com fundamento institucional e constitucional correspondente e não é um método efetivo na desativação do poder alienado pela exceção. A resistência constitucional é uma forma de resistência incapaz de causar ruptura com a lógica exceptiva dominante.

IMPEACHMENT OU GOLPE?

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA E O ENCERRAMENTO DO MANDATO ELETIVO

Lara Marina Ferreira¹

Saulo Antunes Carvalho²

Nosso momento atual convida a refletir sobre importantes questões da teoria democrática contemporânea. As manifestações de julho de 2013, passando pelas disputadas eleições de 2014, pela reconfiguração das relações entre o Executivo e o Legislativo em 2015, pelos recentes escândalos de corrupção e pelo agravamento da situação econômica, todos esses episódios têm desafiado análises teóricas que

¹Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Especialista em Temas Filosóficos pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Constitucional e de Filosofia do Direito na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora de Pós graduação na PUC Minas Virtual e na Faculdade Milton Campos. laramarinaf@gmail.com

²Graduando em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara. Discente integrante do grupo de Iniciação Científica “A efetividade dos Direitos Humanos enquanto projeto de sociedade”.

buscam compreender o sistema democrático brasileiro.

A teoria democrática contemporânea, em suas várias vertentes, busca equacionar a necessária formação de maiorias e a inclusão de minorias, de tal sorte que agrega, inevitavelmente questões numéricas em seus procedimentos. Assim, eleições, via de regra, são vencidas pela maioria dos votos, e a alteração do texto constitucional exige aprovação da maioria qualificada dos membros das casas legislativas. Por outro lado, as comissões parlamentares de inquérito podem ser iniciadas com apenas um terço de apoio dos membros das casas legislativas e o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional cláusula de desempenho que limita a atuação de partidos políticos. Os arranjos constitucionalmente adequados entre maiorias e minorias parecem gravitar em torno da seguinte questão apresentada por Allen Buchanan: se devemos todos ser igualmente considerados, por que nos sistemas democráticos alguns devem obediência aos outros?

A partir do desenvolvimento dos conceitos de autoridade política e de legitimidade política desenvolvidos pelo autor, esta investigação pretende transpor a questão anunciada para a análise da atual crise política brasileira.

Se o Estado aponta para o reconhecimento de uma instituição de caráter perene capaz de delimitar espacialmente o exercício do poder político, o governo é formado ocasionalmente pelo conjunto de pessoas que, exercendo o poder político, poderão determinar as condutas dos demais. Obviamente, o desenho do processo eleitoral será fundamental para agregar legitimidade ao exercício do poder político.

O governo atual sagrou-se vencedor nas urnas com 51,64% dos votos válidos, contra 48,36% de votos do candidato adversário. A disputa acirrada, embora tenha levantado algumas vozes desconfiadas e até mesmo um pedido de recontagem, atendeu às exigências formais de nosso processo político.

Entretanto, o primeiro ano do mandato da Presidenta Dilma Rousseff está marcado por uma grave crise política que tem desafiado o governo. Cresceram movimentos pró – impeachment, fortalecidos pelo recente parecer do Tribunal de Contas da União que sugere a rejeição das contas. Além disso, tramita no Tribunal Superior Eleitoral investigação sobre as contas de campanha da presidenta, análise que pode levar à cassação de seu diploma.

Os debates sobre qual seria o melhor caminho para a superação da crise política instaurada transitam por todo o espectro teórico no qual estão contrapostos, nos extremos, a democracia e o autoritarismo

político. Nesse contexto, o encerramento do mandato eletivo tem sido apresentado como solução. Seus defensores consideram ser essa uma saída democrática, visto que necessária para restabelecer o vínculo de representatividade legítima. Por outro lado, os críticos dessa solução argumentam que essa seria uma manobra política ilegítima que desrespeita a soberania popular expressa nas urnas.

Elegendo a via democrática como alternativa mais adequada para atender a critérios de justiça do sistema político, o objetivo deste estudo é analisar, a partir do conceito de legitimidade democrática, as possibilidades de encerramento e interrupção do mandato eletivo político. Assim, serão analisados o processo de impeachment no sistema brasileiro e, no direito comparado, o voto de desconfiança dos sistemas parlamentaristas europeus e o recall do direito anglo-saxão.

No Brasil, o processo de impeachment caracteriza-se pela participação dialética das casas legislativas pátrias, visando à responsabilização do Presidente da República por infrações de natureza político-administrativas, denominados “crimes de reponsabilidade” pela Constituição Republicana de 1988. Assim, caracterizam-se por infrações que atentem contra os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, bem como, contra as garantias e direitos fundamentais estabelecidos pela Carta Magna, e contra os princípios inerente à Administração Pública. É cediço que o impeachmet goza de natureza política, limitando-se as sanções aplicáveis a perda do cargo e a inabilitação para o exercício de qualquer função pública por até oito anos, se julgada procedente a acusação por 2/3 dos senadores.

Já o voto de desconfiança é mecanismo típico do sistema parlamentarista, caracterizado por formações de gabinetes que não têm prazo definido de atuação. Assim, diante de contexto específico, poderá um parlamentar submete a moção de desconfiança ao plenário, cuja votação poderá culminar com a queda do Primeiro Ministro e a convocação de novas eleições.

Por sua vez, o recall, originário da Inglaterra, é o direito que o corpo eleitoral detém de destituir de seus cargos os representantes eleitos que tenham desvirtuado a confiança depositada nas urnas.

Pretende-se, a partir da análise comparadas desses institutos que será orientada pelo conceito de legitimidade democrática na filosofia política contemporânea fornecer chaves teóricas interpretativas capazes de contribuir para refletir sobre o momento atual da democracia brasileira.

O ESTADO DE DIREITO PELO PRISMA DO AGONISMOREPENSANDO A RELAÇÃO ENTRE CONFLITO E INSTITUIÇÕES JURÍDICAS
NAS TEORIAS POLÍTICAS DE ALETTA J. NORVAL E CHANTAL MOUFFE*Leonardo Monteiro Crespo de Almeida¹*

Dentre as várias reflexões contemporâneas em torno da democracia, a proposta de democracia deliberativa, especialmente a de Jürgen Habermas, mostrou um vigor significativo em termos de contínua relevância, mas também das críticas a que fora submetida. Certos autores, como Nancy Fraser e Iris Marion Young, questionam o papel do universal neste aporte teórico: não só condições econômicas desiguais interferem na deliberação (conforme sustenta Fraser), como também perspectivas particulares, que podem servir como fonte significativa de recursos críticos, sejam excluídas em prol do foco no universal (como sustenta Young). Acrescentamos também uma observação bem desenvolvida, por autores pós-estruturalistas, como Jacques Derrida e Michel Foucault, que é a de que os arranjos institucionais em que a deliberação se encontra fundada reproduzem as desigualdades estruturais que ali já se fazem presentes. A preocupação política desses autores, de um modo bem geral, passa a estar centrada na desestabilização das relações sociais e com a exposição das relações de dominação reproduzidas nos vários saberes tomados como naturais, logo aceitos rotineiramente. Teóricos que desenvolvem as orientações desses dois autores, no contexto da democracia, tendem a enfatizar o particular, a resistência, o conflito e a dimensão irracional que circunda o ser humano, como o desejo e o inconsciente. Acabam, no entanto, deixando de lado uma reflexão explícita sobre o papel das instituições e as formações políticas nas sociedades modernas, como o elo entre democracia e constitucionalismo, tão presente nas reflexões de autores como Jürgen Habermas e John Rawls. Na história recente brasileira, essa preocupação teórica é ainda mais pertinente quando lembramos que muitas demandas políticas de grupos minoritários foram atendidas pelo STF em sede de controle de

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE. Mestre em Direito e Bacharel em Filosofia pela mesma instituição. Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Barros Melo/FIBAM. Professor da Faculdade Boa Viagem/Devry.

constitucionalidade, tendo aí mais um espaço em que a luta política, agora convertida dentro da linguagem e dos conceitos jurídicos, pode vir a se desdobrar. A Constituição Brasileira de 1988, por exemplo, tem fornecido toda uma linguagem desdobrada em princípios, com a qual várias demandas sociais podem ser discutidas e acolhidas frente ao poder judiciário, como no julgamento do STF da ADI 4277/ADPF 132 ou o julgamento da ação penal 470. Nesse contexto, interpretamos as discussões brasileiras em torno da judicialização da política como refletindo o deslocamento da atuação tradicional do judiciário para decisões que explicitamente mostram a presença de forças políticas em um espaço tradicionalmente compreendido como técnico e, portanto, despolitizado. Em termos metodológicos, a nossa pesquisa estabelece como ponto de partida para a nossa pesquisa as críticas da teórica política Aletta J. Norval e Chantal Mouffe, fortemente influenciadas pelo pós-estruturalismo, às teorias da democracia deliberativa com o intuito de mapear os principais problemas desse posicionamento e as suas implicações para as teorias contemporâneas da democracia. Primeiro, tomando o conflito como categoria analítica fundamental para a compreensão do funcionamento das democracias contemporâneas. O conflito, aqui entendido como agonismo, não implica a aniquilação do outro, antes na sua consideração como um interlocutor com que podemos refinar as nossas próprias posições dentro de uma situação de embate em que as diferenças não são conciliáveis. Em seguida, passamos a alinhar a reflexão crítica das autoras, especialmente no tocante ao papel do conflito na vivência democrática, ao mesmo tempo em que também consideramos o modo como as instituições jurídicas liberais podem viabilizar a concretização das demandas sociais oriundas de movimentos sociais e dos segmentos politicamente enfraquecidos. A hipótese teórica - e que não é explicitamente contemplada por Norval e Mouffe - é a de que as constituições positivas e o poder judiciário são espaços políticos que podem viabilizar a assimilação das demandas frente ao aparato administrativo do Estado, ao que pese a especificidade do funcionamento de cada poder e do próprio Direito. Como os pós-estruturalistas, sustentamos que esses espaços já se encontram entrelaçados por relações de poder, especialmente quando concebem a si mesmos como instâncias técnicas e apolíticas. Por fim, sob o ângulo normativo, buscamos repensar a vivência democrática para além da participação eleitoral, compreendendo também a atuação do judiciário, especialmente das cortes superiores, como expressando tensões claramente políticas, mas não negociáveis. Para este ponto, escolhemos como amparo a obra do

teórico político Pierre Rosanvallon, *Democratic Legitimacy: Impartiality, Reflexivity, Proximity*. Embora os resultados ainda estejam incompletos, o principal objetivo teórico, sob o ponto de vista da teoria da democracia, consiste em desenvolver, a partir das teorias de Norval e Mouffe, uma preocupação com o funcionamento das instituições que nelas ainda permanece pouco claro.

AS TEORIAS DE JOHN RAWLS E DE JURGEN HABERMAS E AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS

Maíra Almeida¹

Guilherme Vasconcelos²

De todos os modelos da teoria democrática, dois destacam-se no que tange ao esforço de construção de uma relação entre o sujeito de direitos e a democracia deliberativa, no final do século XX. John Rawls baseia-se na concepção do Liberalismo Político como concepção política de justiça que é aplicada primariamente à estrutura básica da sociedade. Esse modelo concebe a sociedade política como um sistema equitativo de cooperação social e considera os cidadãos razoáveis e racionais, bem como livres e iguais dentro de uma perspectiva política e geracional, de modo que são livres para argumentarem e deliberarem sobre questões de justiça e elementos constitucionais essenciais, no limite de uma razão pública.

Jurgen Habermas, em contraponto a essa concepção política de justiça, desenvolve uma teoria crítica que, em sentido *lato*, persegue

¹ Mestra e doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pesquisadora do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/PPGD/FND/UFRJ, com o apoio do CNPq e da FAPERJ. Advogada. Brasil. E-mail: almeida.maira.1@gmail.com

² Mestrando em Direito em Teorias Jurídicas Contemporâneas do Programa de Pós-Graduação em Direito - Faculdade Nacional de Direito - UFRJ. Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições - LETACI/PPGD/FND/UFRJ, com o apoio do CNPq e da FAPERJ. Brasil. E-mail: guilhermegvasconcelos2@gmail.com

um potencial de emancipação do ser humano, ao mesmo tempo em que afirma que nenhuma emancipação pode se justificar normativamente em detrimento da democracia. Dessa forma, a verdade deve ser fruto de uma longa argumentação racional e de uma atividade reflexiva levada de modo democrático que é evidenciada pela deliberação dentro das condições ideais de fala. Assim sendo, esse modelo teórico da “teoria da ação comunicativa” levava em consideração uma razão procedimental que enfatizava o discurso deliberativo e argumentativo como forma de afirmar o sujeito de direitos.

A teoria do discurso Habermasiana propõe uma teoria procedimental de legitimação da sociedade democrática constitucional e por isso necessariamente possui um escopo de concepção política de justiça maior. Logo, para além das instituições básicas, deve-se considerar a opinião pública, a sociedade civil organizada e todos os fóruns possíveis de deliberação e argumentação, sejam eles fóruns institucionais ou informais.

O presente trabalho analisa a teoria democrática desenvolvida por John Rawls, considerando a contextualização da pertinente crítica à concepção de política produzida por Habermas, e busca apresentar um novo paradigma teórico que pode contribuir para uma melhor compreensão da atuação e formação do sujeito deliberativo democrático. Esse novo paradigma teórico leva em consideração a atividade e a dinâmica institucional que pode de forma mais eficiente caracterizar as relações entre os sujeitos de direito e a estrutura básica da sociedade democrática.

O objeto do trabalho é o novo paradigma teórico que complementa o sujeito deliberativo democrático, ou seja, a atividade e a dinâmica institucional que caracteriza justamente as relações entre os sujeitos de direito e a estrutura básica da sociedade democrática. Nesse sentido, adota-se a hipótese de que toda deliberação tem conteúdo institucional e, portanto, o sujeito de direitos encontra a eficácia desses direitos no plano institucional. Com isso, todo o processo de normatização e o processo de institucionalização são as bases do desenho constitucional do Estado. Sem uma verdadeira análise da capacidade das instituições em efetivarem os valores democráticos e a real possibilidade de deliberação, não é possível esgotar o tema da democracia deliberativa.

Em relação ao objeto, defende-se, como argumento, que as instituições democráticas que compõem a estrutura básica são o meio pelo qual se efetivam os direitos normatizados, e, portanto, representam o instrumento pelo qual o sujeito deliberativo de direitos se desenvolve.

O marco teórico do trabalho é a teoria institucional que complementa a teoria democrática do final do século XX, especialmente os modelos propostos por Rawls e Habermas. O Liberalismo Político e a teoria da ação comunicativa que embasa a teoria de democracia deliberativa enfocam o desenvolvimento de um marco epistemológico sobre o sujeito de direitos, porém negligenciam a análise acerca da atuação das instituições básicas da estrutura democrática. A literatura que apresenta a Teoria Institucional chama essa desconsideração de “cegueira institucional” e revela que a maior parte das teorias jurídicas e políticas contemporâneas desenvolvem suas análises sem apreciar aspectos institucionais decisivos para a coerência e eficácia das teses que defendem.

A pesquisa adota como referencial a teoria dos professores Cass Sunstein e Adrian Vermeule, que evidencia como a dimensão do juízo deliberativo interpretativo não é suficiente para contemplar a complexidade do fenômeno deliberativo, caso não se considere uma adequada análise da capacidade e potencial das instituições. Tal análise parte de uma demarcação teórica institucionalista, em especial, a abordagem a respeito das chamadas questões institucionais esclarecidas por meio dos conceitos de (i) capacidades institucionais e de (ii) efeitos sistêmicos. Esse novo paradigma atribui à atuação das instituições uma maior capacidade de análise das matérias que lhes são inerentes, em virtude de serem compostas por membros com expertise. Dessa forma, as mesmas seriam mais qualificadas – a partir de sua capacidade institucional – para decidirem sobre determinadas questões, bem como estarem aptas a verificar os efeitos desencadeados, de forma sistêmica, a partir de determinadas decisões. Esse novo plano de imediato torna-se mais eficiente para a manutenção da eficácia dos direitos que o sujeito deliberativo de direito idealizado pelos projetos de teoria democrática de Rawls e Habermas persegue.

O CONTRATO E O BANDO: **A RELAÇÃO DE EXCEÇÃO NAS DEMOCRACIAS MODERNAS.**

Paula Braccini Gonçalves Pereira¹

Samuel Rodrigues Batista Ferreira²

O presente trabalho pretende contribuir para uma reflexão crítica acerca da teoria contratualista de democracia, que teve entre seus primeiros impulsionadores, o inglês Thomas Hobbes, cujos desdobramentos fundamentaram a formação do chamado Estado Moderno. Busca-se problematizar através do conceito biopolítico do poder soberano, elaborado por Michel Foucault e aprofundado pelo filósofo italiano Giorgio Agamben, os preceitos teóricos que possibilitaram a construção de uma Teoria da Democracia, que tem como pressuposto fundamental a vontade livre dos sujeitos.

Segundo a Teoria Contratualista, a soberania se legitima através de um pacto entre todos os homens, onde parte da liberdade natural destes é cedida-restringida, visando à efetivação de um estado de conformação social, tendo em vista o bem estar dos contratantes. Como se pode observar, tal teoria expõe como elemento central a livre disposição por parte dos súditos, de ceder sua parcela de liberdade natural, que seria entregue ao soberano para que este pudesse zelar pelo bem comum, ou seja, a noção de um contrato social. Isto significa que o ordenamento jurídico surge através da supressão do estado de natureza, por meio da delegação por parte dos súditos, de sua liberdade natural ao soberano, legitimando-se então, a violência soberana com vistas à segurança da sociedade.

Por outro lado, Foucault revela, no processo histórico que perpassa a transição entre o antigo regime e a modernidade, o investimento político sobre a sexualidade, fenômeno que ramifica a irradiação de controle do soberano sobre os seus súditos, chegando ao ponto de dissolvê-lo em uma rede complexa de relações de poder. Neste processo, a sexualidade se revela objetificada em um constructo político, que assujeita os indivíduos através da elaboração da “ideia do sexo”. O que está por trás dessa forma moder-

¹ Graduanda no curso de Direito – Pontifícia Universidade Católica / MG – Brasil – paulinhabraccinip@hotmail.com.

² Graduando no curso de Direito – Escola Superior Dom Helder Câmara – Brasil – srbferreira90@gmail.com.

na de poder, que se intensifica na contemporaneidade, é a tomada da vida enquanto objeto da política, quer dizer, no limite, a destituição de toda a possibilidade de construção reflexiva autônoma do sujeito que não esteja incluída em um cálculo político tendente ao desenvolvimento do eixo de disciplinamento dos corpos/regulação das populações.

É no terreno aberto por Foucault, que Giorgio Agamben realiza sua crítica corrosiva à concepção contratualista da democracia, revelando a estrutura da exceção (*ex-capere*), enquanto mecanismo originário das relações jurídico-políticas. Para Agamben interessa investigar o ponto de interseção entre a estrutura jurídico institucional e o modelo biopolítico de poder, na medida que a implicação da vida nua na esfera do político é o núcleo originário do poder soberano.

Ao invés de contrato, tem-se então uma complexa relação de inclusão exclusiva, no centro das relações entre súditos e soberanos, que traria como resultado do assujeitamento biopolítico a emergência da “vida nua” (nem vida natural, nem vida social). Neste sentido, afirma o autor que: “A violência soberana não é, na verdade, fundada sobre um pacto, mas sobre a inclusão exclusiva da vida nua no Estado” (AGAMBEN, 2010). Agamben faz menção ao antigo termo germânico “bando”, que significa tanto o poder soberano quanto aquele que foi excluído da comunidade, identificando a exceção dentro da relação de bando. Portanto, observa o autor que aquele que foi banido da comunidade não está simplesmente fora da lei, mas foi abandonado “nela”.

Destarte, o poder soberano, e consequentemente o Estado, ao contrário do que propõe a teoria contratualista, não se constitui como um momento posterior ao estado de natureza - enquanto superação deste através do contrato social-, mas revela-se como uma situação limítrofe entre fato e direito, entre *physis* e *nómos*. Desta forma, é necessário afastar as teorias que pretendam explicar a relação entre direito e vida através da noção de um contrato ou de um pacto, cuja realização significaria a fundação do Estado de Direito. Ao contrário, tem-se o bando, e não o contrato, enquanto estrutura originária das relações jurídico-políticas.

Procura-se, portanto, com base no pensamento agambeniano, e sobre o pano de fundo da biopolítica, realizar uma reflexão crítica acerca da experiência democrática moderna, revelando suas implicações e mutações na contemporaneidade. Portanto, caberia perguntarmo-nos: Será então a democracia, tal como ela se revela, uma forma de governo capaz de lidar com as contradições inerentes ao espaço social? Ou será a democracia apenas uma variante dissimulada dos regimes totalitários, da qual as ditaduras novecentistas se revelariam como modelos paradigmáticos?

Daí a importância da investigação acerca dos dispositivos políticos normalizadores existentes nos Estados Democráticos contemporâneos, que possibilite a construção de instrumentos teóricos de resistência ao biopoder, com vistas à construção de uma práxis social fundamentalmente democrática.

POLÍTICA NACIONAL DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL: UMA BUSCA PELA EFETIVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO?

Pedro Federici Araújo¹

Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellos²

Este artigo parte de uma análise crítica do Decreto n.º 8.243 de 2014, que institui a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS); e de sua atual situação/vigência no sistema normativo brasileiro. O tema é desenvolvido em torno da noção de democracia, mais especificamente na crise do sistema de democracia representativa que vem ganhando destaque no cenário político brasileiro. Percebe-se claramente que os eleitores não mais se sentem representados pelos candidatos que elegeram, assim como estes assumem uma postura de representantes que, muitas vezes, não correspondem às posturas e decisões que adotariam seus eleitores. É importante mencionar que o artigo não pretende realizar qualquer tipo de análise motivacional em relação à promulgação do Decreto, como, por exemplo, se foi estratégia eleitoral ou não. Também não será discutida a eficiência ou a efetividade prática dos mecanismos de participação popular no cenário brasileiro, sendo estes analisados apenas de acordo com suas pretensões e possibilidades formais de

^{1*} Mestrando em Teoria do Direito e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: pedrofedericiaraujo@gmail.com.

^{2**} Mestranda em Teoria do Direito e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). E-mail: ursula.vasconcellos@gmail.com.

execução. Tampouco serão abordados os aspectos de constitucionalidade ou não do Decreto, não sendo realizada qualquer tipo de discussão acerca de uma possível violação do Princípio da Separação de Poderes por parte do Poder Executivo, o que foi objeto de crítica após sua promulgação. O artigo tem como objeto o Decreto n.º 8.243/2014 e a construção do interesse público através da participação social, levando em consideração apenas o texto normativo do ato regulamentar e as discussões legislativas a respeito do assunto. Discute-se também, de forma breve, a noção de democracia deliberativa, com o objetivo de esclarecer o papel do Decreto em discussão no fortalecimento de uma modelo democrático que prioriza o diálogo e a participação da sociedade em debates políticos. Isto é, observa-se a possibilidade de se incutir mecanismos de participação popular direta, típicos de uma democracia deliberativa (direta), em sistemas representativos que carecem de responsividade ao verdadeiro poder constituinte. Para tanto utilizam-se as informações do *site* do Congresso sobre a tramitação do procedimento que suspendeu a vigência do Decreto; a obra do professor Celso Antônio Bandeira de Mello para trabalhar o conceito de interesse público; a obra de Amy Gutman e Dennis Thompson para introduzir a noção de democracia deliberativa; e o diálogo entre as obras de Peter Häberle e Jüger Habermas no que tange aos atores constitucionais e o modelo democrático. Trabalha-se com a hipótese de que o Decreto n.º 8.243/2014 representa, em tese, um avanço e uma melhora na construção do interesse público como a finalidade da atuação da Administração Pública, principalmente no que se refere à implementação de políticas públicas. Com a maior possibilidade de participação da população na construção do debate público, há uma evidente aproximação entre os representados e seus representantes, com o consequente fortalecimento da democracia deliberativa. Através do estabelecimento de uma relação entre (i) a teoria da sociedade aberta e plural de intérpretes da constituição, de Häberle; (ii) a ideia de democracia deliberativa procedimental, de Habermas; e (iii) os mecanismos institucionalizados pelo Decreto n.º 8.243/2014, poderá ser verificada a confirmação da hipótese, uma vez que é possível verificar que a finalidade primordial da Administração Pública, que é perseguir o interesse público, tornar-se-á mais fácil de ser atingida com a participação da sociedade no processo decisório do governo.

UMA NOVA ORDEM MUNDIAL PARA O SÉCULO XXI

Rafael Pimenta¹

O humano pensante pode ter surgido na terra há cerca de 5 milhões de anos. Quando aprendeu a utilizar a linguagem destacou-se dos demais animais e conquistou o planeta. Inicialmente em pequenos grupos de humanos que surgiram na África e dali partiram para todos os continentes. Os costumes e a lei do mais forte marcaram a dominação da natureza e dos humanos pelos humanos. Milhares de anos após, em algum momento, surgiu a noção de vida após a morte e a religião misturou-se ao costume e, juntos, dominaram as consciências de todos os povos por milhares de anos.

O surgimento da ordem jurídica no século XVIII pretendia superar a ordem costumeira e religiosa em seus modernos aspectos de transparência e igualdade para todos. Passados três séculos o mundo e seus habitantes vivem profunda crise política e econômica, com implicações culturais e humanitárias, tais como as migrações árabes para a Europa nos últimos anos, que nos coloca a pensar se este modelo capitalista de livre mercado pode ainda oferecer paz e conforto a todos ou se uma nova ordem normativa internacional deve ser buscada.

Outro aspecto a considerar é o olhar colonizador que os povos do hemisfério norte tem para com os demais povos do Sul, tal como se fossem superiores e sua identidade cultural a única que deve importar para o futuro da humanidade.

O século XXI tem início com estas duas premissas postas em cheque. O Ocidente inaugurou a ordem jurídica a partir da cultura individualista greco-romana e com ela veio a revolução industrial, a criação do Estado burguês, o positivismo jurídico, duas guerras mundiais, sempre colocando como ponto primordial a ordem econômica e o livre mercado de capitais e lucros máximos. Hoje a acumulação de capitais nas mãos de tão poucos e distribuindo a pobreza na vida de muitos milhares em diversas regiões da terra, fomentando a guerra pelas riquezas naturais, como na Ásia, obriga a que hordas de famintos deixem suas

¹ O autor é doutorando em direito na PUC BH, professor na graduação da Faculdade de Direito Dom Helder Câmara, BH, e na Faculdade de Direito Doctum, JF, Brasil, email: rsalespimenta@gmail.com.

origens, familiares e posses, para fugir da miséria e da guerra indo em direção à Europa.

Hoje a Europa recebe os miseráveis de todas as regiões que para lá se dirigem em busca de melhores condições de vida, aquelas condições de vida deles retiradas pelos europeus por meio de suas inversões econômicas, instabilizando todo o equilíbrio da geopolítica capitalista até aqui posto, da máxima de que lá os pobres, aqui os ricos.

A América do Sul vive processo distinto, onde a exploração ocidental é bem vista e bem recebida pelas classes abastadas desde a colonização regional e a distribuição de sesmarias. Com as sesmarias e os títulos de nobreza compravam-se consciências e acomodavam-se interesses e favoritismos.

A profunda crise econômica nos países periféricos, África, Ásia e América do Sul, só demonstra a estagnação das economias, o colapso dos Estados em todo o mundo. Pois, apoiados no sistema de livre mercado em que os bancos internacionais ficam com toda a riqueza produzida nos Estados, as tensões tendem a se aprofundar ainda mais. Isto porque não se tem visto qualquer esforço dos países ricos na mudança dessa política.

Por outro lado e em vista deste cenário, existem países que tem tentado uma alternativa viável à sua própria cultura para contrapor esta pressão capitalista pelo consumo. A Bolívia tem experimentado um retorno à sua cultura plurinacional, devido a muitas nacionalidades indígenas existentes no país, como um retorno a seu estado de governança existente antes da colonização europeia. Também o Equador vem tentando um modelo semelhante.

O que temos visto na Europa em relação a africanos e asiáticos, que em vista da profunda miséria a que foram submetidos para lá se dirigem, mesmo com sacrifícios extremos, e a ausência de soluções concretas de retomada do crescimento de seus próprios países, transparece um aumento dos conflitos na região.

Enquanto isso bolivianos e equatorianos vêm experimentando um novo olhar e novo caminhar em direção à sua autodeterminação, segundo seus próprios planos e metas e a partir de seus interesses genuínos, desvestidos do consumismo capitalista e de sua irracionalidade do lucro, conforme José Luiz Quadros de Magalhães e outros autores.

A partir desses exemplos será possível pensar um mundo em que cada povo decida conforme seus próprios interesses, sem a interferência do capitalismo e da mídia propagandista massificadora. Uma nova ordem mundial está surgindo apoiada nos interesses genuínos

de cada nacionalidade cujo modelo democrático é exercido na base, dentro de cada região, segundo necessidades e compreensões coletivas daquilo que deva ser priorizado, a destinação de verbas públicas, quais as metas estruturais e de desenvolvimento para todos. Está aberto um novo caminho.

A DEMOCRACIA MILITANTE DE LOEWENSTEIN:

UM CONCEITO A SER RESGATADO PELA E PARA A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Raoni Macedo Bielschowsky¹

Ao Estado Constitucional, não raro, identifica-se certa tensão entre Constitucionalismo e Democracia. Entretanto, essas duas dimensões, ao invés de opostas e contraditórias, são melhor compreendidas como complementares, de modo que a implicarem-se entre si. Estabilidade e a dinamicidade, permanência e continuidade, firmeza e transformação, juridicidade e politicidade, são dimensões intrínsecas e necessárias à própria experiência jurídico-política.

A democracia constitucional, como o regime possível e comprometido com o Constitucionalismo e os Direitos Fundamentais, não se colocará em termos numéricos ou estatísticos, mas sim, como prefere DWORKIN, como uma democracia comunitária². Ela é o regime típico do Estado Democrático de Direito e, por isso, necessariamente fundamentado e comprometido com a *premissa cultural antropológica*³.

Essa concepção é bem acompanhada por uma perspectiva de democracia afeita a cidadãos participantes do ambiente democrático em oposição a meros indivíduos passivos, tão somente, numericamente computados. Portanto, de uma democracia que se coloque em oposição

¹ Doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (FDFMG); mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal (FDUL); Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN); rmabel@hotmail.com.

² Ronald Dworkin, "Constitutionalism and Democracy," *European Journal of Philosophy*, v. 3, n. 1 (1995): 2.

³ Raoni Bielschowsky, *Democracia Constitucional* (São Paulo: Saraiva, 2013), 92-128.

a um modelo meramente procedimental, nos termos de LOEWENSTEIN, de uma *democracia militante*.

O conceito de *democracia militante* é formulado em meio ao auge das experiências autoritárias que assolaram o mundo na primeira metade do século XX⁴. Atentando ao contexto da época, LOEWENSTEIN inicia seu primeiro artigo sobre o tema afirmando que o Fascismo não se tratava mais de um incidente isolado na histórica particular de alguns países, mas que se desenvolvera em um movimento universal que se apresentava em um impulso aparentemente irresistível, comparável à própria insurreição do liberalismo europeu contra o absolutismo depois da Revolução Francesa⁵. Em resposta a essa ascensão, LOEWENSTEIN afirmava que uma *democracia* não poderia se limitar a responder ao desafio de enfrentar e resistir ao Fascismo através de uma postura passiva, num “legalismo cego” ou a um “formalismo exagerado do Estado de Direito” (liberal), que em um discurso de “fundamentalismo democrático”, poderiam servir como um cavalo de Tróia ao próprio regime democrático⁶. Assim, identificava como necessária uma *democracia militante* que se colocasse ativamente pelo regime democrático. Esse argumento enfatizava, sobretudo, a incapacidade da República de Weimar e outras democracias de encararem os problemas que lhe eram postos e confrontados⁷.

Os desafios à Democracia e ao Estado Constitucional do tempo presente são diferentes. Mesmo as formas, mais autoritárias ou menos autoritárias, geralmente, colocam-se de maneira mais sutil (ainda que não necessariamente menos violenta) que naqueles anos de progressiva ascensão do Fascismo. Hoje o discurso tecnicista e tecnicizante, bem como, todas as formas e tentativas de afastar-se o centro da tomada de decisão do âmbito político, colocam-se de maneira a minar o próprio Estado Democrático de Direito e seus fundamentos. Nesses termos, a Democracia Constitucional pode ser conduzida a amarras burocratizantes e tecnicizantes que lhe desfigurem enquanto projeto político. Em resposta a isso, é necessário que a postura democrática não se perca na

⁴ Karl Loewenstein, “Militant Democracy and Fundamental Rights, I,” *The American Political Science Review*, v. 31, n. 3 (1937): 417; Karl Loewenstein. “Militant Democracy and Fundamental Rights, II,” *The American Political Science Review*, v. 31, n. 4 (1937): 638.

⁵ Loewenstein. “Militant Democracy and Fundamental Rights, I”, p. 417.

⁶ Loewenstein. “Militant Democracy and Fundamental Rights, I” p. 424.

⁷ José Antonio Santos, “Constitutionalism, Resistance and Militant Democracy”, *Ratio Juris*. v. 28, n. 3 (2015): 392.

passividade, sendo, indispensável, a ideia de movimento, de orientação e, inclusive, participação ativa, para a própria realização da ordem democrática e do projeto constitucional, especialmente, tendo-se em conta o sentido que NOBRE e RODRIGUES dão ao processo de juridificação⁸.

Assim, esta comunicação tem por objetivo traçar o conceito base de *democracia militante* de KARL LOEWENSTEIN e relacioná-lo ao tempo presente, com o contexto e o sentido da Democracia Constitucional.

⁸ Marcos Nobre e José Rodrigo Rodrigues. “‘Judicialização da política’: déficits explicativos e bloqueios normativistas,” *Novos estudos*, n. 91, (2011): 05.

A TEORIA DA JUSTIÇA NAS TEORIAS DEMOCRÁTICAS

Thiago Aguiar Simim¹

Uma concepção de que a democracia é legatária da ideia de justiça permeia tanto aqueles que tentam descrever a democracia historicamente, explicando o fracasso ou sucesso de um modelo, fazendo um diagnóstico de tempo (Jürgen Habermas: 1992), ou entre aqueles que prezam por conformações específicas e conceitos democráticos, como da deliberação (Thomas Christiano: 2007), opinião pública (Giovanni Sartori: 1994) e proteção das minorias, entre outros.

O fundo moral da teoria política pode ser esclarecido naquilo que Rainer Forst (2007) chama de *direito à justificação*, ou da justificação do exercício do poder político como primeiro direito político que surge com a modernidade: se todos são livres e iguais, o exercício do poder de uns sobre os outros não pode mais se fundar na hierarquia social, mas deve se legitimar racionalmente e justificadamente. Quando falamos, por exemplo, de democracia direta, com exercício direto do poder pelo povo, há a concepção de liberdade e igualdade na formação da vontade democrática. Se tratarmos da democracia indireta, representativa, tem-se como pressuposto um procedimento *justo*, e justificado, de escolha

¹ Doutorando, Mestre e graduado em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. Professor Substituto no DIP na UFMG, na área de Teoria do Estado e Direito Constitucional. Brasil. E-mail: thiagosimim@gmail.com

daqueles que exercerão o poder sobre os outros.

A justiça na decisão política implica não somente igualdade ou liberdade formais – ou imparcialidade (Isaiah Berlin: 1999) –, mas principalmente a racionalização de uma medida política, sua universalização. A tensão entre democracia e direito, faticidade e validade, poder e autoridade, ocorre nesta tentativa de mediar dois âmbitos como forma de encontrar uma saída justa, racional e legítima numa comunidade política democrática. Este movimento histórico analisado pelas teorias da democracia e do direito, como a teoria da geração – ou dimensões – de direitos (Thomas Marshall: 1950) ou os paradigmas do direito (Jürgen Habermas: 1992), nada mais é que perceber, a partir da tentativa de resolver um problema, a quais transformações os conceitos de direito e democracia devem se submeter para reestabelecer uma relação de poder *justificada*. O debate entre liberalismo e republicanismo gira em torno não só de uma concepção de sociedade pela tese antro-po-ontológica, mas também sobre qual é o sentido de liberdade (Philip Pettit: 1997), além da relação entre o bom e o justo, mais fortes no debate paralelo entre liberais e comunitaristas.

A justificação democrática do controle de constitucionalidade, como contramajoritário, ou seja, como proteção das minorias pressupõe a manutenção da tensão entre direito e democracia em prol de uma relação não totalizante, que tem em vista a autonomia individual e de grupos. A entonação na deliberação pelos críticos da revisão judicial (Jeremy Waldron: 1999) também tem em mente a justificação e legitimidade do poder político frente à sociedade.

No fim das contas, a teoria democrática é uma espécie de teoria política da justiça, na medida em que se coloca entre moral e política: é seu fundo moral que ancora a crítica e a possibilidade de transformação. Na depuração do conceito de democracia nessas teorias encontramos, para além dos procedimentos, que ela é uma forma de justificação racional do exercício do poder: é nisso que reside a chave para pensá-la como uma teoria da justiça.

Muito antes de exaltar estas teorias, uma associação serve também como forma de compreensão crítica da teoria democrática, já que ela tem alguns limites comuns à teoria da justiça. Este horizonte que esbarra na tensão entre democracia e direito (ou a forma jurídica moderna) é o mesmo que pressiona todas as demandas a serem traduzidas como demandas por direitos nos últimos tempos. Longe de propor algo diferente, a fixação no direito tem algumas consequências para a persecução de justiça por esses movimentos sociais: seja pela fixação

no Estado, na ideia de luta por direitos ou na visão redistributivista na justiça social (Honneth: 2009). Por outro lado, as bandeiras e pretensões sociais levadas na esfera pública não têm outra escolha, já que a centralidade e força do direito é o que proporcionou o atual estado de coisas.

Por isso, a intenção aqui é menos de esboçar uma teoria contemporânea da democracia, mas inquirir em que medida essas teorias deveriam se debruçar sobre problemas contemporâneos enfrentados e gerados inclusive pelo procedimentalismo da democracia em um contexto prático específico. Aquilo que pode ser chamado de uma “demanda complexa”, “novos movimentos sociais” ou “demandas identitárias” podem nem sempre encontrar reconciliação numa regra moral (e jurídica) mais geral. A tentativa de abstração das teorias da justiça pode ser vista como consequência da totalização provocada pelo mercado capitalista, que também instaura a ideia de justiça – das trocas (Karl Marx: 1962) – pela equivalência. Assim, uma crítica à teoria democrática pela via da crítica à teoria da justiça é capaz de discutir alguns dos pressupostos materiais por trás dessas teorias.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL REPRESENTATIVO?

O IMPACTO DAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NA REPRESENTAÇÃO E NA DELIBERAÇÃO

Thiago Luis Santos Sombra

O trabalho terá como temática a análise do papel contramajoritário exercido pelo Supremo Tribunal Federal em contraste com a ampliação da participação da sociedade civil mediante instrumentos como as audiências públicas.

O problema de pesquisa consubstancia-se na indagação acerca da ampliação da representação e da deliberação, mediante a convocação de audiências públicas, como forma de ampliar a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal.

A forma de instrumentalização da participação e da representação no âmbito de órgãos do Poder Judiciário sempre representou um desafio de difícil superação, em grande medida por força da segmentação entre a Política e o Direito, bem como da pouca identificação de que

outras formas de representação também seriam possíveis.

A rigor, a pretensão de legitimidade alvitrada pela Corte Suprema do país para as suas decisões ultrapassaria o próprio modelo formal de representação, no sentido dar e receber autoridade ou ser identificado pelos representados, segundo autores contemporâneos da teoria democrática da representação como Pierre Rosanvallon, Nadia Urbinati e Leonardo Avritzer. A ideia, neste artigo, é identificar se as audiências públicas são utilizadas como mecanismos capazes de atribuir responsividade (*accountability*) aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que, na condição de agentes públicos, deveriam ser capazes de compreender os conflitos sociais de interesse com maior profundidade após ouvir os especialistas convocados para se manifestar sobre temas específicos.

Uma das constatações empíricas da pesquisa realizada demonstrou que, ao contrário do que se supõe ordinariamente, as audiências públicas convocadas pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal não são voltadas a ampliar o processo de deliberação da Corte ou ampliar a legitimidade da representação exercida. Em grande parte dos casos, o material obtido nas audiências (i) não é utilizado pelos demais Ministros, (ii) os julgamentos ocorrem com a pronúncia de inconstitucionalidades formais, o que significa que dispensariam as audiências, (iii) os critérios de escolha dos especialistas que irão se manifestar não é claro e (iv) vários Ministros julgam os casos com convicções já formadas anteriormente a oitiva dos especialistas.

A pesquisa permitiu, ainda, desmistificar a premissa de que as audiências são convocadas para estabelecer um maior diálogo com a sociedade civil e demais agentes estatais, na medida em que apenas determinados segmentos efetivamente possui voz naquele locus de deliberação.

Além da perspectiva de suposta atribuição de maior interação entre a sociedade, os demais agentes estatais e os Ministros da Corte que, até então, ocupavam uma posição de certo isolamento na formatação de suas decisões, a pesquisa revelou que se tem utilizado das audiências públicas apenas para atrair a atenção da imprensa e da opinião pública.

Apesar das mudanças introduzidas pela Lei 9.868/99, alguns fatores ainda merecem ser analisados segundo o marco teórico da teoria da participação democrática, pois o Supremo Tribunal Federal e seus integrantes são infensos a sanções políticas semelhantes às aquelas dos titulares de mandato eletivo por eventuais transgressões oriundas

da pouca legitimidade e representatividade de suas decisões, ainda que precedidas de audiências públicas.

As hipóteses de investigação utilizadas evidenciaram que o Tribunal atua no sentido de atribuir aos seus membros maior responsividade na elaboração das decisões, bem como se propõe a ampliar a sua *accountability*.

No decorrer da pesquisa, além do recurso à literatura existente, realizou-se um estudo empírico qualitativo e quantitativo dos casos mediante o emprego de ferramentas variadas (*softwares*, análises comparativas etc.) em que se buscou identificar se as audiências públicas têm efetivamente ampliado a representação democrática da Corte, melhorado a qualidade do processo de e promovido uma aproximação de variados setores da sociedade civil. Para uma melhor compreensão, um corte metodológico foi realizado, de modo que, após a eleição de critérios que foram devidamente apresentados e justificados, duas audiências públicas foram objeto de estudo específico: proibição do amianto no Brasil e proibição das queimadas em plantações.

A ICONOCLASTIA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS FEMINISTAS COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRÁTICA

Vinícius Silva Bonfim¹

Vithória Oliveira²

A opressão reiterada às mulheres pela cultura machista ocidental é percebida na história brasileira desde o início do processo colonizador pau-

¹ Doutor e Mestre em Teoria do Direito pela PUC/Minas. Professor de Direito Constitucional e Teoria do Estado na Faculdade Arquidiocesana de Curvelo, e professor da Pós-graduação em Direito ambiental e Minerário da PUC/Minas. Membro do grupo de pesquisas IPOD – Interculturalidades, Poder e Direitos. E-mail: bonfim@hotmail.com.br.

² Graduando Direito pela Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Bolsista pelo Projeto de Iniciação Científica da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo. Membro do grupo de pesquisas IPOD – Interculturalidades, Poder e Direitos. E-mail: vithoria.correa@hotmail.com.

tado no discurso civilizatório e etnocêntrico europeu. Neste contexto o “outro” é sempre um desconhecido, tido como inferior, selvagem, que precisa fortalecer e evoluir. Para tanto, o evolucionismo, como teoria clássica predominantemente aplicada às teorias sociais, tratou de estabelecer um marco, uma eleição paradigmática para que os problemas e soluções pudessem ser diagnosticados na sociedade, o que se transformou na contemporaneidade, de maneira banalizada e também institucionalizada, no Estado democrático de direito. A desconstrução deste paradigma passa pela percepção crítica dos processos sociais de burocratização dos direitos da mulher que, sobretudo, acabam por demonstrar a relação instrumental da Razão de Estado (FOUCAULT). Afastar qualquer possibilidade de coisificação do outro que é merecedor de igual respeito e consideração somente pode ser possível a partir das lentes do olhar crítico. Nesse sentido, o objetivo deste resumo é encarar a biopolítica colonizadora e alienadora dos saberes que são sujeitos por técnicas de formação da identidade muito bem sofisticadas (FOUCAULT) e apresentar uma alternativa para o movimento feminista, que seja a partir da participação política e de um constitucionalismo democrático (RAWLS, DWORKIN). Então, a partir dessa perspectiva atuante, crítica e, sobretudo, desconstrutivista e de resistência (DERRIDA, BUTHER), considera-se o movimento feminista como um movimento de participação popular que visa desconstruir o discurso alienador da biopolítica e atribuir às próprias mulheres, o papel de autodeterminação (DWORKIN). A desconstrução é um caminho comum para a formação do direito, da realização da justiça. O feminismo está neste lugar, da diferença que necessita desconstruir como um movimento de reconstrução e reposicionamento do direito, mas sempre na perspectiva das denúncias de injustiça. A resistência é a permanência e o reconhecimento deste lugar, do incomum, do que institucionalmente é indecível (DERRIDA). A desconstrução do processo de colonização faz parte das contingências explícitas que advém da sociedade, portanto, nada mais interessante que seguir na contramão dos processos burocráticos, institucionais, estabelecendo as diretrizes de uma redemocratização. O feminismo deve ser o lugar do não direito, já que o direito não dá conta dos direitos, a desconstrução desse saber sujeito, deste sujeito de direito, não só torna importante movimento da sociedade, mas uma necessidade para a concretização da justiça, para mostrar o indecível, o não caminho, para ressaltar o pluralismo jurídico e a interculturalidade que aflora nas veias dos movimentos sociais de rua que reivindicam o reconhecimento de direitos, por isso, torna-se necessário a inserção dos movimentos minoritários no projeto democrático e constitucional de um Estado de Direitos.

ENTRE MULTITUDO E IMPERIUM:**REFLEXÕES SOBRE DEMOCRACIA EM ANTONIO NEGRI E BARUCH DE ESPINOSA**Vitor Sousa Bizerri¹

A partir da leitura de Deleuze acerca da *potentia* espinosana, Negri considera que, necessariamente, a potência – da *multitudo*, no caso – há sempre de se colocar contra o poder, haja vista o poder ser “um projeto de submissão do múltiplo, da inteligência, da liberdade e da potência”.² A potência da multidão se revela como um processo contínuo, uma expressão do trabalho vivo produto de um processo histórico, sendo esta a força criadora do projeto denominado democracia.³

Negri então apresenta inovadora e revolucionária definição de democracia, reputando-a como um procedimento absoluto de liberdade, um governo absoluto, o qual não se deixa encerrar pelo pensamento jurídico. A ausência, o vazio e o desejo, portanto, passam a ser considerados, segundo Negri, como “o motor da dinâmica político-democrática”, sendo, deste modo, uma *desutopia*, no sentido de ser um ato constitutivo “intenso como a utopia, mas sem ilusões, plena de materialidade”.⁴

Há na teoria de Negri, conforme destacado por Quintar, uma contraposição histórica entre a expansão do poder constituinte (expressão da potência) e a limitação dessa expansão por meio de diversos mecanismos (constitucionalismo, sistema político representativo) do poder constituído.⁵

Todavia, Aurélio não compartilha do pensamento de Negri, pois considera que este deprecia, quiçá aniquila o direito em seu cons-

¹ Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Brasil. E-mail: vitorbizerril@hotmail.com.

² NEGRI apud AURÉLIO, Diogo Pires. Introdução. In: SPINOZA, Benedictus de. **Tratado político**. Tradução, introdução e notas Diogo Pires Aurélio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. LX.

³ NEGRI, Antonio. **O poder constituinte**: ensaio sobre as alternativas da modernidade. Rio de Janeiro: DP&A, 2002, p.425.

⁴ Id., 2002, p.26.

⁵ QUINTAR, Aída. A potência democrática do poder constituinte em Negri. **Lua Nova – Revista de Cultura e Política**, n.43, São Paulo: CEDEC, 1998, p.132..

trato teórico, razão porque Aurélio se posiciona de forma contrária, embora também se utilize da filosofia política de Espinosa tal qual Negri:

A potentia, sive jus, da multidão, longe de significar o desaparecimento da normatividade, de tal maneira que a potência se entendesse unicamente como liberdade, e a *potestas* como pura negação e ausência de ser, à maneira de Negri, significa pelo contrário a impossibilidade de a potência da multidão existir sem o direito. Politicamente, o ser ou potência da multidão é o direito.

Espinosa, como sabem todos os seus leitores, repete insistentemente que o sentido da política reside no fato de os homens se conduzirem menos pela razão que pelos afetos. **Se a multidão é de fato um conceito de maior importância na sua filosofia, é porque ela permite pensar o direito como expressão e ordenação da coexistência de multiplicidade de indivíduos, cada um deles com seu direito natural.** [...] ⁶ (grifo nosso)

Eis, então, que se apresenta a conturbada relação entre *multitudo* e *imperium*. De acordo com Chauí, Espinosa passa a considerar, a partir da obra *Tratado Político*, que a segurança é uma virtude do *imperium*, pois, segundo Espinosa, o objetivo da política é refrear tanto quanto possível o receio individual e coletivo, superando, assim, a condição natural em que os homens estão submetidos à fortuna e à potência de um outro.⁷

Outrossim, Aurélio assevera que a razão de ser do político consiste na “criação de condições para que cada um preserve o mais possível a sua natureza”, a qual é definida como “energia em que em cada momento se esforça por se libertar de tudo quanto se lhe opõe e limita o poder de agir”, ou seja, sob este aspecto o político se identifica com a liberdade. Aurélio expõe, ademais, que a liberdade apenas se concretiza em comunidade, sendo a liberdade individual afirmada em face da liberdade alheia, razão porque o “império ou estado é o meio para que a república realize o seu fim natural, isto é, a liberdade de cada um”.⁸

Por este motivo, Aurélio, a partir da leitura da obra de Espinosa, destaca que “o fato de a potência da multidão se afirmar através de ‘direito público’, exatamente porque a liberdade só pode existir, coletiva-

⁶ Op. cit, 2009, p. LXII e LXIII.

⁷ CHAUÍ, Marilena. **Política em Espinosa**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 182.

⁸ Op.cit., 2009, p. LVIII.

mente, sob o rosto de uma *potestas*".⁹ Logo, cogitar um regime em que a potência da multidão não tenha como referência uma ordem jurídica que indica sobre todos e cada um dos indivíduos, seria cogitar uma potência constituinte, mas sem nenhum poder constituído, ou seja, uma potência impotente.¹⁰

⁹ Op.cit, 2009, p. LXII.

¹⁰ Op. cit., 2009, p. LXIII.

A ORDEM CONSTITUCIONAL COMO ÁPICE *MAXIMUM* ÉTICO NA VIVÊNCIA JURÍDICA OCIDENTAL

Adriana L. S. Lamounier Rodrigues¹

Diego Manenti Bueno de Araújo²

A filosofia do Direito Ocidental caminhou, desde a Grécia, na direção da busca por um conceito de justo, para que a aplicação do direito fosse sempre persecutória de seu valor máximo de inspiração. O percurso desembocou no que hoje se conhece por Estado Democrático de Direito, com papel de centralidade política e jurídica do que é consagrado nas Constituições. Além disso, há um patamar mínimo de garantias que uma Carta política deve conter para se materializar como Constituição.

Tomado este pressuposto, a proposta de trabalho terá como marco teórico a obra de Joaquim Carlos Salgado intitulada *A ideia de justiça no mundo contemporâneo*. Nela, o filósofo mineiro desenvolve seu conceito de máximo ético do direito como: “um elenco de valores máximos reconhecidos universal e igualmente a todos os seres humanos” (SALGADO, 2006, p. 8). Estes valores máximos seriam, na visão do autor, os chamados “direitos fundamentais”.

Esclareça-se, desde já, que o autor escolhido como marco teórico produz uma filosofia de inspiração hegeliana, dentro de todos os princípios erigidos na Ciência da Lógica e, consequentemente na metafísica especulativa. Sendo assim, todo esse processo é dialético. A construção da ideia de justiça se faz por meio de um movimento histórico. Todos os elementos dos direitos fundamentais e de sua efetivação oscilam em momentos de positividade e negatividade de si mesmos, para que então possam se reconciliar num aperfeiçoamento desta ideia de justiça. Há, por óbvio, momentos de retração e de completa negação tanto da existência como da possibilidade de efetivação dos direitos fundamentais, normalmente no que se conhece como crise. Ocorre que no caminho para o alcance do Absoluto o negativo é parte essencial, sem ele o conceito se desnatura em apenas parte da realidade.

O constitucionalismo deve cumprir, então, papel dianteiro na construção de um direito que persiga, sempre, seu valor máximo inspirador.

¹ Doutoranda em Direito na UFMG em cotutela com a Universidade de Roma Tor Vergata. Brasil. Endereço eletrônico: adrianalslr@yahoo.com.br

² Mestrando em Direito na UFMG, Brasil. Endereço eletrônico: diego.manenti@yahoo.com.br

Para ser *máximo ético*, então, devem as Constituições: a) manter um patamar mínimo de direitos fundamentais em seu rol de garantias; b) dar efetividade às suas normas e princípios. A Europa viu, após a Segunda Guerra Mundial, as Constituições tomarem papel central no sistema jurídico. O Brasil passa ainda por esse processo, com o marco da Constituição de 1988.

Se, como queriam os romanos, o “direito é a ciência do justo e do não justo”, fica claro que todo momento de não justo é manifestação do justo em si. Se na reconciliação a Constituição deve ocupar este papel de primazia da realização da justiça por meio da vivência ética plena dos direitos fundamentais, existe ainda um caminho a se percorrer. A dialética fundamental na ideia de justiça contemporânea prevê três momentos distintos: poder político, sujeito e ordem constitucional. O filósofo mineiro ainda não desenvolveu em sua obra as características desta dialética, mas fato é que ela compreende a realidade toda do direito, o justo e sua negação.

Embora não tenha ainda explicitado seus termos, Salgado tem uma resposta clara para a reconciliação: o direito constitui o lugar de máxima eticidade da vivência humana. Mas para tal, deve, por meio da ordem constitucional, realizar os direitos fundamentais, inspirados em valores universais.

SOBRE A RELAÇÃO ENTRE SOBERANIA POPULAR E DIREITOS FUNDAMENTAIS:

PEQUENO CONTRIBUTO AO DEBATE PÚBLICO BRASILEIRO CONTEMPORÂNEO

David Gomes¹

Alexander Beltrão²

Nos últimos anos, o Brasil tem sido palco de uma série de ocasiões em que ganha centralidade o argumento da «vontade do povo», seja esta traduzida como uma religião ou uma tradição arraigadas ou como simplesmente o desejo da maioria nacional. Tais ocasiões têm

¹ Mestre e doutorando em Direito pela UFMG. Professor assistente do Departamento de Direito da UFLA (Lavras-MG, Brasil). Endereço eletrônico: <david.gomes@dir.ufla.br>.

² Discente de graduação do Departamento de Direito da UFLA (Lavras-MG, Brasil). Endereço eletrônico: <alexbeltrao5@direito.ufla.br>.

sido também, ao mesmo tempo, momentos em que o Estado é chamado a se pronunciar, por meio do poder executivo, do poder legislativo ou do poder judiciário. Da posição do CNJ em face dos símbolos sacros em repartições do poder judiciário aos debates contemporâneos sobre o chamado “estatuto da família”, o argumento do espírito nacional, da religiosidade predominante, da tradição cultural brasileira, da soberania popular, enfim, aparecem como ponto de apoio na busca de uma determinada resposta estatal para os problemas postos em discussão. Em geral, porém, a resposta buscada com base nesses argumentos viola expectativas normativas de grupos sociais minoritários, expectativas legitimamente fundadas na Constituição de 1988 e no conjunto de direitos fundamentais por ela assegurados. Frente a esse quadro, emerge de modo inevitável a seguinte questão: afinal, em que consiste o cerne da democracia? Não seria esta exatamente a expressão da vontade nacional, da nação soberana no exercício da autodeterminação? Ou esse cerne estaria consubstanciado, na verdade, em um rol de direitos e garantias fundamentais que asseguram aos indivíduos proteção inclusive contra eventuais pretensões da maioria social e política? Essas distintas compreensões foram e ainda são propagadas por duas das principais tradições teóricas do pensamento político moderno: enquanto os liberais sustentaram o primado dos direitos fundamentais, ou dos direitos humanos, e a ênfase na proteção da autonomia privada dos indivíduos, os republicanos enveredaram-se na defesa da vontade autorrealizável da coletividade e na ênfase dada à autonomia público-política. Dessa maneira, o pensamento político moderno foi, em boa parte, dominado por uma contraposição acirrada entre direitos fundamentais e soberania popular, o que acabou resultando em consequências práticas para a vivência da democracia na modernidade. Entretanto, diferentemente do exposto por tais correntes de pensamento político, o que se evidencia a partir de uma leitura habermasiana sobre o tema é que existe uma relação imbricada entre o sistema de direitos e a autodeterminação popular, entre direitos fundamentais ou humanos e soberania popular, não sendo possível que se dissociem no processo de realização democrática. O motivo é simples: para que haja uma expressão livre e racional da autonomia dos indivíduos no plano público, requisito fundamental para o exercício da soberania popular na democracia, é necessário que esses indivíduos se encontrem resguardados de ameaças no âmbito privado de suas vidas. Ao mesmo tempo, esse indivíduos somente estarão de fato protegidos na esfera privada se puderem ir a público defender a qualquer tempo prerrogativas e expectativas próprias dessa esfera pri-

vada. Ou seja, autonomia pública e autonomia privada pressupõem-se mutuamente, são co-originárias e equi-primordiais. Além disso, por conseguinte, é exatamente por meio de um conjunto de direitos fundamentais assegurados aos indivíduos que se torna possível a estes exercer a soberania popular. Logo, pretensões majoritárias não se podem sobrepor a expectativas normativas de minorias fundamentadas em direitos fundamentais, sob pena de se colocar em xeque a própria noção de soberania popular e, com ela, a democracia como um todo. Não há, pois, contraposição entre direitos fundamentais e soberania popular, mas tensão e complementaridade. Este trabalho tem como propósito precisamente avaliar a relação de complementaridade entre autonomia privada e autonomia pública, entre direitos fundamentais e soberania popular, à luz de alguns dos dilemas recentes que a democracia brasileira tem enfrentado, procurando oferecer algum contributo, ainda que pequeno, ao debate público contemporâneo no país.

DO CONSTITUCIONALISMO MODERNO AO CONTEMPORÂNEO:

A ATUAL ENCRUZILHADA ENTRE O CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO

Amélia Sampaio Rossi¹

Claudia Maria Barbosa²

Apresentar a trajetória do constitucionalismo liberal moderno até o chamado constitucionalismo contemporâneo, delinear e distinguir algumas de suas novas vertentes, latino-americano, popular e democrático, a partir dos seguintes critérios: modelo de concepção estatal; desenho institucional da relação entre os poderes; efetividade dos direitos fundamentais,

¹ Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná nos cursos de graduação em direito e no Programa de pós-graduação em direitos humanos e políticas públicas – PPGDH da PUCPR. Brasil. e-mail: amiwww.com.bruol.com.br

² Pós-doutorado na York University, Toronto, Canada. Mestre e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora Titular de Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, lecionando nos cursos de graduação em direito e no programa de pós-graduação em direito – PPGD - da PUCPR. Brasil. E-mail: claudia.mr.barbosa@gmail.com

por meio de uma perspectiva analítica-descritiva e pesquisa bibliográfica, constitui-se no objetivo deste artigo.

O constitucionalismo moderno, de cunho liberal, é um modelo identificado com a proteção não apenas às liberdades civis e políticas, por meio de mecanismos de contenção do poder e técnicas do governo limitado mas, principalmente, com a necessidade de proteção à propriedade privada individual. Ele é tido como um instrumento do e para o governo limitado, no qual a separação de poderes como mecanismo de contenção ganhou espaço privilegiado, mesmo que por meio de um protagonismo forte do Poder Legislativo.

Sua evolução marca o constitucionalismo social, que fortalece a concepção do indivíduo como sujeito de direitos prestacionais. A ideia da separação de poderes, neste caso, começa a ganhar contornos diferenciados com uma prevalência maior da atuação do Poder Executivo.

As consequências da Segunda Grande Guerra impulsionaram transformações que desaguaram no que se reconhece hoje como constitucionalismo contemporâneo, que tem como seus pontos cardinais: a centralidade das Constituições; a normatividade dos princípios constitucionais; a robustez da dignidade humana e os direitos humanos fundamentais; o protagonismo político do Poder Judiciário, já fortalecido como guardião da Constituição. Tais elementos constituem o paradigma do Estado Constitucional e Democrático de Direito³.

As limitações da matriz constitucional contemporânea faz surgir duas novas tendências em destaque: o novo constitucionalismo latino-americano (PASTOR e DALMAU, 2010)⁴ ou descolonial (MÉDICI, 2012)⁵, centrado nas recentes experiências de países andinos como Equador, Bolívia e Venezuela; o constitucionalismo popular, sucedido pelo constitucionalismo democrático (POST E SIEGEL, 2013)⁶, como uma vertente crítica do constitucionalismo liberal clássico norte-americano.

³ ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico? Curitiba: Juruá, 2011.

⁴ PASTOR, Roberto Viciano e DALMAU, Rubén Martínez. Los procesos constituyentes latino-americanos y el Nuevo paradigma constitucional. In: IUS - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas del Puebla. Instituto de Ciencias Jurídicas del Puebla. v. 25, 2010, p. 7-29. PROCESOS CONSTITUYENTONSTITUCIONAL

⁵ MÉDICI, Alejandro. La constitución horizontal: teorías constitucional y giro decolonial. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát, A.C.; Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí; Educación par alas Ciencias en Chiapas, A.C. 2012.

⁶ POST, Robert e SIEGEL, Reva. Constitucionalismo democrático: por una reconciliación entre constitución y pueblo. Buenos Aires, Siglo Veintiuni Editores, 2013.

A vertente latino-americana considera o constitucionalismo como um processo político de transformação social que propugna uma concepção multicultural, pluriétnica e plurinacional do Estado, contrariamente à concepção monista do constitucionalismo tradicional. Ante o esgotamento e/ou as limitações do modelo tripartite de organização estatal, estabelece (ou restaura) o protagonismo dos povos (no plural) nos processos deliberativos, seja através do ativação do poder constituinte, seja por meio de mecanismos de participação e decisão populares, alternativos ao processo majoritariamente representativo da democracia moderna. Além disso, sustenta uma concepção plural dos direitos humanos, o afirmação de direitos coletivos próprios de povos, pressupondo assim a demodiversidade no seio do Estado, bem como o reconhecimento de direitos da natureza e novos direitos, como o *buen vivir*, que redesenha o princípio da dignidade humana.

O constitucionalismo democrático é também uma proposta crítica do constitucionalismo liberal, mas não nos mesmos moldes da proposta latino-americana. O foco central de sua crítica são os procedimentos deliberativos próprios da democracia representativa, que acabam por ser limitadores do poder do cidadão, defendido por seus teóricos (KRAMER, 2004)⁷; a preocupação em assegurar-se, se necessário pela via judicial, as liberdades individuais e os direitos sociais, tidos então como direitos fundamentais; a proteção de direitos de grupos vulneráveis (idosos, negros, homossexuais), mesmo contra a vontade majoritária. Defensores do constitucionalismo democrático tomam a Constituição como um texto aberto aos intérpretes e discutem, nesse sentido, a quem (se existe) compete a última palavra na interpretação da Constituição. De forma geral defendem a necessidade de partilhar essa responsabilidade entre os poderes instituídos, mas mantêm o Judiciário com um papel de intérprete privilegiado da Constituição e defendem o diálogo como a melhor forma de assegurar uma deliberação pública legítima porque decorrente de mecanismos apropriados que favoreçam o diálogo entre os poderes, e destes com o cidadão, construindo uma interpretação da Constituição que será tão mais legítima quanto maior for o diálogo e a cooperação entre os poderes estatais. O viés crítico ao constitucionalismo tradicional é comum ao constitucionalismo latino-americano e democrático, mas seus traços característicos não recomenda que se trate a ambos de forma indistinta, porque eles indicam caminhos diferentes de superação dos limites do constitucionalismo liberal.

⁷ KRAMER, LARRY. The people themselves: popular constitutionalism and judicial review. Oxford: Osfor University Press, 2004.

PRESSUPOSTOS DA FILOSOFIA POLÍTICA E CONSTRUÇÃO DE CONSENSOS

DEFESA DE UMA INCURSÃO PELAS CIÊNCIAS DA NATUREZA HUMANA

André Matos de Almeida Oliveira

É possível que se estabeleça um consenso para a criação de sistemas políticos contemporâneos? Vários autores que se ocupam com filosofia política tentam responder essa questão. Neste trabalho, apresentaremos a posição de John Rawls. No entanto, em filosofia política e ética em geral, temos teorias sobre o “indivíduo” ainda não satisfatoriamente desenvolvidas. É possível que as pessoas ajam de modos incompatíveis com o que teorizamos sobre sua ação. Para contornar esse problema, propomos que seja feita uma incursão em campos da ciência, como a psicologia comportamental, psicologia evolucionista, neurociência, etc. Avanços explicativos significativos foram feitos nesses campos e estamos realmente começando a nos entender um pouco melhor enquanto seres humanos. O diálogo interdisciplinar, portanto, pode se tornar especialmente proveitoso nessa situação.

Em seus livros, John Rawls dedica algumas momentos para a exposição de sua concepção sobre os indivíduos e sobre como seu comportamento é compatível com uma ordem política que adota os princípios da justiça. É interessante analisar a teoria de Rawls, e nos deteremos nela nesse trabalho.

Em Uma Teoria da Justiça, os cidadãos, para Rawls, são racionais e razoáveis. Utilizarão essas características para buscar e satisfazer o que integra suas concepções sobre o bem. Além disso, eles têm a capacidade de revisar, sempre quando puderem, suas concepções sobre as coisas que são valiosas para a vida humana¹.

Em Liberalismo Político, Rawls muda alguns posicionamentos anteriores e também o escopo de análise, mas continua a basear-se na concepção de indivíduo como racional e razoável construída em Uma Teoria da Justiça como premissa teórica. Ele se ancora largamente nessa premissa para apresentar a ideia de consenso sobreposto, uma das

¹ Segunda parte. Instituições. In: RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ideias centrais de Liberalismo Político². Em um consenso sobreposto, os cidadãos apoiam as mesmas instituições e leis básicas, ainda que partindo de princípios diferentes. Cada cidadão tem sua própria visão de mundo, mas estão politicamente enquadrados em uma quadratura de razoabilidade, da qual não passarão³.

Fizemos apenas uma apresentação geral dos pontos de vista de Rawls quanto aos indivíduos que compõem sua sociedade bem ordenada. Por agora, basta salientar os contornos do modelo que Rawls cria de seus cidadãos: eles são racionais, razoáveis, cooperativos politicamente e dispostos a criar consensos.

A concepção de indivíduo que Rawls nos apresenta é problemática. Basicamente, todos os pressupostos principais de sua concepção estão sendo desafiados por campos da ciência que estudam a natureza humana, como a psicologia comportamental e a evolucionista. Precisamos aprofundar nossa discussão sobre o ser humano para chegarmos a conclusões mais condizentes com a realidade. A seguir, listaremos alguns dos conceitos problematizados por cientistas.

Racionalidade. O livro *Rápido e Devagar*, de Daniel Kahneman, é um compilado de pesquisas que mapeiam nossas limitações cognitivas, entre outras coisas. Nele, somos apresentados aos sistemas 1 e 2, que são os sistemas cognitivos que utilizamos para julgar e tomar decisões. O sistema 1 é rápido, automático. O sistema 2 é lento, deliberativo e ativado quando passamos a decisões mais difíceis, mais exigentes cognitivamente. Ambos os sistemas estão recheados de vieses e heurísticas de julgamento: decidimos por critérios que conscientemente achamos que nunca iríamos decidir, somos influenciados por coisas que não percebemos e somos inconsistentes⁴. Kahneman também diferencia concepções de seres humanos como econs (racionais, auto interessados e coerentes) da concepção atual, do ser humano como sapiens, repleto de limitações⁵.

Razão x Intuição. Jonathan Haidt, outro psicólogo, vem construindo o denominado Modelo Social Intuicionista de Julgamento

² Conferência IV. In: RAWLS, John. O liberalismo político. Ed. ampl. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

³ Wenar, Leif, "John Rawls", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2013 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <<http://plato.stanford.edu/archives/win2013/entries/rawls/>>.

⁴ Parte um. In: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

⁵ Parte quatro. In: KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012

Moral. Para Haidt, os julgamentos morais humanos são basicamente resultados de processos automáticos (intuições morais), ao invés de algum processo de raciocínio consciente⁶. Em termos morais, o raciocínio humano serve apenas para explicar a posteriori os motivos pelos quais adotamos a posição moral indicada pela nossa intuição. A concepção de Haidt evidentemente tem grande relevância nos debates sobre consenso político, uma vez que, se o modelo intuicionista realmente estiver certo, teremos que abandonar algumas pretensões argumentativas de construção de consenso. Algumas das investidas argumentativas de Rawls, por exemplo, deveriam ser completamente abandonadas. Por sorte, vários teóricos discordam de Haidt e ainda acham que existe espaço considerável para a construção de juízos morais, como Paul Bloom⁷, Joshua Greene⁸, entre outros. Isso só mostra, no entanto, a necessidade de imersão de teóricos de filosofia política em debates científicos sobre a natureza humana.

Os exemplos apontados acima também foram desenvolvidos apenas em linhas gerais. O argumento é de que os teóricos de filosofia política devem ter maior contato com debates científicos sobre a natureza humana. Apresentamos a concepção de indivíduo em Rawls, que serve como premissa para a sua de consenso sobreposto, e depois indicamos suas falhas e necessidade de atualização. Por sorte, acreditamos que o diálogo é possível, e que o contato entre os dois campos do conhecimento – o da filosofia política e o das ciências da natureza humana – será mutuamente benéfico.

⁶ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological review*, v. 108, n. 4, p. 814, 2001.

⁷ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological review*, v. 108, n. 4, p. 814, 2001.

⁸ GREENE, Joshua. *Moral tribes: emotion, reason and the gap between us and them*. Atlantic Books Ltd, 2014.

O USO DA SOBERANIA POPULAR COMO ARGUMENTO DE MUDANÇA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

UMA ANÁLISE DE QUATRO PROJETOS DE EMENDAS
CONSTITUCIONAIS DE REVISÃO CONSTITUCIONAL

Caroline Ferri¹

Daniel Lena Marchiori Neto²

Uma das grandes inconsistências dos regimes democráticos contemporâneos diz respeito ao papel que a soberania popular exerce no contexto das teorias da democracia. Isso se deve ao fato de que esta soberania possui, enquanto conceito pertencente a esferas tanto jurídicas quanto políticas, indubitáveis aporias e problemas que remontam à sua própria constituição conceitual.

Dessa forma, o *povo*, como portador da soberania, é o senhor que define quem irá ocupar temporariamente (via representação) o “lugar do poder” nos Estados. O poder não mais pode ser caracterizado a partir de uma estrutura estatal ou da personificação em um governante, mas se caracteriza justamente pelo fato de ser ele “diluído” em um grupo de indivíduos denominado povo. O lugar do poder permanece vazio, sendo ocupado, temporariamente, pelos representantes populares.

Ocorre que esta definição de soberania como característica própria do povo possui em si mesma, quando da associação entre a soberania popular e o Estado democrático de direito fundado em um preceito de representação política, uma espécie de aporia fundamental. O povo é, como portador do poder soberano, aquele que menos detém o poder de decisão nos Estados. A questão que se coloca, então, é como conciliar esta aporia com a própria ideia de democracia, onde o povo é o senhor do poder.

No Brasil, desde a promulgação da constituição de 1988, foram apresentadas diversas propostas de emendas à constituição (PEC) no Con-

¹ Professora Adjunta da Universidade de Caxias do Sul (UCS), atuando nos cursos de Graduação e Mestrado em Direito. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: carolineferri@gmail.com.

² Professor Adjunto da Universidade Federal do Rio Grande (FURG), atuando nos cursos de Graduação em Relações Internacionais e de Mestrado em Direito e Justiça Social. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), tendo realizado estágio de doutoramento no Colorado College, EUA. E-mail: danielmarchiorineto@gmail.com.

gresso Nacional cujo objetivo era esta promoção de uma ampla revisão do atual texto constitucional. Como forma de contornar os obstáculos dos limites formais ao poder constituinte revisor, é apresentado o recurso ao plebiscito ou referendo como uma forma capaz de obter a opinião do povo, o “soberano” titular do poder constituinte, o único que seria capaz de autorizar uma reforma constitucional de modo tão amplo.

Estas propostas em geral propõem que seja permitida a formação de uma Assembleia Constituinte Revisora distinta daquela realizada em 1993 por força do dispositivo do art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Em grande parte os argumentos acerca de uma nova constituinte revisora se fundamentam nas mudanças sociais, políticas e econômicas que a constituição do Estado brasileiro não consegue dar conta, bem como do fato de que a Assembleia prevista inicialmente foi bastante “tímida”, não vindo a realizar as alterações devidas e necessárias para o bom andamento do Estado.

Dentre as propostas de emendas à constituição que envolvem a questão do poder constituinte revisor, há que se destacar quatro delas em função de seus argumentos. As PEC’s 50/1996, 554-B/1997, 157/2003 e 193/2007 trazem como elemento central a discussão apresentada na constituição jacobina de 1793 acerca da possibilidade de vir o povo a alterar, a qualquer tempo, a sua constituição.

O objetivo deste trabalho é justamente analisar a natureza dos argumentos justificadores destas PEC’s, em especial, a forma como lidam com a relação entre “povo” e “exercício de poder”. A questão do paradoxo da soberania popular se torna fundamental para tratar de questões constitucionais como essa.

O recurso a manifestações populares em casos de revisão constitucional intentam solucionar esta contradição intrínseca entre o povo e o exercício do poder. Entretanto, ainda que justificadas pelo poder popular e, essencialmente, pelas disposições jacobinas sobre as possibilidades constantes de alterações constitucionais por meio do seu titular, ou seja, o povo, não dão conta de solucionar o fato real de que o povo não decide.

O se pretende neste trabalho é demonstrar, a partir dos argumentos justificadores destas PEC’s fato de que há uma incompreensão do sentido de democracia contemporânea, soberania popular e representação política. Muitas das críticas que são feitas a estes sistemas estão fundadas nos seus elementos ideais. A democracia ideal é aquela em que o povo decide, efetivamente, onde ele é o real soberano e onde os representantes tomem medidas que vão ao encontro dos anseios populares. Entretanto, a contemporaneidade não mais comporta tais análises idealizadas. Os povos não se

constituem em entidades unitárias. Assim, a própria noção de povo na democracia perde a sua essência.

A compreensão da democracia aos moldes da teoria das elites (Schumpeter) e da poliarquia (Dahl) faria luz a esta instabilidade. Sabe-se que o povo é um universo extremamente plural e que, além disso, os seus membros podem escolher participar ou não da vida política. Ademais, seu poder é limitado por duas ordens. Uma, pela necessidade de representação, o que faz com que, inevitavelmente, aqueles que desejam participar da política por via de partidos políticos detenham um poder decisório maior do que o popular e, outra, pelo fato de que existem questões na ordem constitucional onde nem a maioria, quer do povo, quer de seus representantes, pode modificar.

A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE A PARTIR DA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

*Almir Megali Neto³
Emilio Peluso Neder Meyer⁴*

Este trabalho tem como objeto de estudo a teoria do poder constituinte a partir da transição democrática ocorrida no Brasil após o golpe civil-militar de 1964. Aqui, o esforço recairá na tarefa de desconstruir a própria reconstrução contida no voto do Ministro do STF Gilmar Mendes no julgamento da ADPF nº 153, repetido no parecer do Senador Antônio Anastasia, no âmbito da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 237, de 2013, que visava alterar a Lei nº 6.683/1979. Ambos os juristas condicionaram o poder constituinte de 1987-1988 à EC nº 26 de 1985 e, conseqüentemente, entenderam não só como constitucional a auto-anistia estabelecida no art. 1º, § 1º, da Lei 6.683/1979, como seria ela uma condicionante do exercício do poder constituinte originário que possibilitou a Constituição de 1988.

Todavia, uma reinterpretação da noção tradicional de poder consti-

³ Graduando do 6º período de Direito da Faculdade de Direito da UFMG (Brasil). Email: almir_megali@hotmail.com.

⁴ Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG (Brasil). Email: emiliopeluso@gmail.com.

tuínte deve, neste artigo, partir da concepção habermasiana de patriotismo constitucional. Assim, a nova ordem constituinte limitar-se-ia apenas por um sistema de direitos fundamentais, bem como a um sistema de participação democrática dos cidadãos por meio de uma racionalidade comunicativa. Logo, seria implementada uma efetiva justiça de transição a partir de uma noção que não rompa definitivamente com passado, mas que pelo contrário, se constitua a partir dele em um sentido emancipatório.

Desse modo, portanto, a transição democrática não se daria por meio de um simples ato antidemocrático como uma suposta auto-anistia. Não é a simples reprodução de uma proposição legal em nível de emenda à ordem anterior e em um contexto de um Legislativo operando em condições precárias que poderia pautar a atuação de um constituinte democrático. Fatores como o “Pacote de Abril” de 1978, subordinação de representantes legislativos à vontade do Executivo ditatorial, cerceamento da representação dos variados setores da comunidade e redução do debate à visão oficial engajada com o esquecimento forçado não podem servir de molde para reinterpretar a teoria do poder constituinte. Pelo contrário, em tal ambiente, não há a menor possibilidade de construção de uma identidade constitucional preocupada com a construção da democracia e dos direitos humanos.

O que se propõe, portanto, é uma nova forma de integração dos cidadãos partindo de uma perspectiva preocupada com a consolidação de um projeto democrático a partir do qual seria possível o exercício de uma memória coletiva por meio de um constante diálogo público com o passado. Metodologicamente, o trabalho resgatará os estudos sobre patriotismo constitucional a partir de autores como Habermas, Kumm e Michelman; procurará dialogar com estudiosos brasileiros que já se debruçaram sobre o tema, como Cittadino, Cattoni de Oliveira e Meyer; e, ainda, tentará refutar o uso indevido da expressão no contexto da transição espanhola.

Atualmente, justiça de transição vem sendo entendida como o procedimento jurídico-político adotado por sociedades que atravessaram regimes de exceção, utilizado com o viés de esclarecer, bem como lidar com os abusos perpetrados tanto pelo Estado quanto pelos seus agentes contra os direitos humanos, assegurando a responsabilização individual, a reparação às vítimas e às suas famílias e, por fim, o impedimento que novas práticas de tal natureza voltem a ocorrer. Aqui, fica patente a incongruência de uma concepção de poder constituinte que ignore tais exigências do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

No Brasil, busca-se fazer vigorar a interpretação do § 1º do art. 1º da Lei de Anistia que impossibilita a investigação dos fatos relacionados a crimes contra a humanidade cometidos por agentes estatais contra opositores

do regime ditatorial. Mas o que se deve reivindicar é que não há a possibilidade de se conceber a existência e manutenção de um Estado Democrático de Direito que tolere graves violações de direitos Humanos, ainda mais elevando-as à categoria de condicionantes do processo constituinte.

É preciso, portanto, assumir uma postura constitucionalmente engajada que se coloque contra a assunção institucional (no Legislativo e no Judiciário) de uma concepção autoritária de poder constituinte. É preciso superar a noção de submissão do projeto constituinte de 1987 e 1988 a supostos ditames da ordem autocrática anterior. Caso esteja o poder constituinte submisso às ambições de auto-anistia do regime anterior admitiríamos, de antemão, que nossa ordem fundar-se-ia em uma lógica violadora dos direitos humanos tendo como cláusula pétrea a anistia em branco. Propõe-se que o conceito de patriotismo constitucional pode reinterpretar a teoria do poder constituinte sem recair na falácia de uma condição autoritária para o exercício do mesmo.

O ATIVISMO JUDICIAL BRASILEIRO SOB A ÓTICA BIOPOLÍTICA DE MICHEL FOUCAULT

Eugênio Saulo de Lima ¹

O filósofo francês Michel Foucault (1926-1984) trata do Direito e das práticas judiciárias em diversas de suas obras sob variadas perspectivas (Fonseca, 2005), mas sempre tomando métodos de análise não-dogmáticos. O presente artigo visa a demonstrar que novas perspectivas sobre o ativismo judicial podem surgir com a aplicação da noção de biopolítica desenvolvida por Foucault na matéria. Trata-se, portanto, de um estudo filosófico sobre o tema com forte viés prático por conta dos métodos tomados da filosofia do autor estudado. Seguindo o método cunhado de arqueológico pelo próprio autor, fez-se, além de revisão bibliográfica, um estudo de caso a partir dos fundamentos dos votos até agora proferidos pelos Ministros da Suprema Corte brasileira no Recurso Extraordinário 535.659, em que se discute a constitucionalidade

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Mestrando em Ordem Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (PPGD/UFC). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CAPES). Brasil. E-mail: saulocarvalhojus@yahoo.com.br

de do art. 28 da lei 11.343/2006.

O caso tem enorme relevância política, social e jurídica e toca em temas centrais ao conceito de biopolítica – a questão em discussão é a constitucionalidade da incriminação do usuário de maconha. No debate em torno do tema, vários argumentos debatidos pelos diversos atores do processo revelam que os fundamentos apresentados pelos julgadores são compatíveis com aqueles a que Foucault chama de uma Arte de Governar da atualidade; a biopolítica liberal. Nessa nova forma de normativizar as condutas, Foucault identifica certos traços que serão fundamentais para a legitimação dos discursos no âmbito do direito público. E são exatamente esses traços que serão analisados a partir dos votos já proferidos no julgamento estudado.

O artigo, portanto, divide-se em duas partes. Na primeira, se apresenta a noção de biopolítica e suas consequências para a análise das decisões judiciais; na segunda, a aplicação dessas noções na análise dos votos dos Ministros do STF no RE 635.659.

Foucault se desvia do caminho de pensar o direito a partir das teorias, como a da soberania. Ao se desviar da análise do poder a partir do modelo da soberania, o modelo da *gouvernementalité* pensa a política como um campo estratégico de relações de força; como um campo em que os elementos são dinâmicos, reversíveis, mutáveis. Essa noção, desenvolvida principalmente nos cursos apresentados no Collège de France, estabelece uma junção entre as técnicas de poder e as técnicas de si.

A Microfísica do Poder, que afasta a imagem do Poder como algo que é exercido por uma pessoa ou um grupo que o detém e insere a noção de saber-poder como um novo enfoque, não só aproxima a epistemologia da política [entendida em sentido lato] como requer uma nova perspectiva de onde se possa pensá-la. *Gouvernementalité* é o conceito que Foucault vai cunhar para significar essa perspectiva política, significando o conjunto de técnicas e procedimentos destinados a dirigir as condutas dos homens. Os estudos desenvolvidos sobre o poder pastoral, a dominação racional de Estado ou mesmo as formas de poder produzidas pelas ciências, como o conhecimento jurídico ou psiquiátrico, são uma forma de análise que pensam a política e o governo dos corpos como técnicas e estratégias articuladas nos discursos com status funcional de verdade e práticas efetivas de assujeitamento; em outras palavras, a política é pensada na sua articulação com os discursos verdadeiros e na instituição de formas de criar subjetividades.

A biopolítica liberal, que seria a *gouvernementalité* própria da

nossa atualidade, caracteriza-se por sua relação com a noção de Política Econômica forjada no pensamento ocidental nos séculos XVIII e XIX: o surgimento da estatística, do mercado como lugar de veridicção e de técnicas de autolimitação do estado e seus poderes. O artigo demonstra como os fundamentos alegados revelam uma prática biopolítica liberal nos fundamentos da decisão que justificam a atuação do judiciário em matérias eminentemente políticas.

Após o estudo feito, percebeu-se que a filosofia de Michel Foucault pode contribuir para a teoria do Direito também no tema do ativismo judicial, esclarecendo situações e estabelecendo novos pontos de vista para a resolução dos problemas que se apresentam sobre os limites da atuação do poder judiciário em matérias políticas e sobre a o paradigma de abstenção do estado na esfera privada.

CONCEITO DE EXPERTISE NAS AUDIÊNCIAS PÚBLICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Fabiana de Almeida Maia Santos¹

As leis n. 9868/99 e n. 9.882/99 instituíram as Audiências Públicas (AP) no Supremo Tribunal Federal (STF) e o regimento interno deste as regulamentou. As AP devem ser convocadas quando houver necessidade de o Ministro Relator esclarecer sobre matéria ou circunstância de fato ou quando as informações presentes nos autos não forem consideradas suficientes. A mesma lei citada acima, em seu art. 7º, § 2º, trouxe o *amicus curiae* (ou amigo da corte) quando houver grande interesse em uma questão jurídica por parte de terceiros e não litigantes. A doutrina, por sua vez, aponta os *experts* como os especialistas na matéria em discussão.

No âmbito das AP um dos problemas enfrentados é se quem colabora na decisão – como *expert* ou *amicus curiae* – caso não possua um significativo conhecimento na matéria poderia ter legitimidade para avaliar um conflito científico e determinar sua relativa confiabilidade. Scotte Brewer defende que *non-expert*² não conseguiria nunca

¹ Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Brasil. Email: fabianamaiaadv@yahoo.com.br.

² Non-expert seria aquele sem expertise.

alcançar conclusões epistemicamente justificadas levando em consideração o mérito do que está sendo argumentado por um *expert* justamente pela ausência da capacidade epistêmica essencial para fazer esse julgamento. Todavia, existe uma polêmica em torno da pergunta: como avaliar se uma pessoa é ou não um *expert*?

É possível identificar defensores para a avaliação acima ser feita com a observância em títulos acadêmicos. Dessa maneira, um pós-doutor teria uma maior *expertise* do que um mestre na matéria X. Existe também uma outra corrente a qual adota a posição de que o que deveria ser levado em consideração como *expertise* seria muito mais amplo do que meramente títulos acadêmicos uma vez que habilidades e conhecimento não podem ser mensurados por certificados e titulações. No entanto, percebe-se que ainda que se fosse levar em conta tal raciocínio, poderiam esmiuçar esse procedimento e questionar, por exemplo, se seria feita distinção entre um *expert* que estudou na Universidade A e entre um que estudou na B. Um *expert* não pode ser avaliado apenas por títulos ou certificados tendo em vista que um profissional com 20 anos de experiência em determinada função, por exemplo, possui mais conhecimento e vivência do que quem fez uma especialização de 18 meses. Sendo assim, esse segundo grupo entende que julgar as credenciais de um *expert* não é um critério objetivo.

Esta pesquisa tem como tema o significado de *expertise* no STF e como escopo verificar qual o conceito de *expertise* adotado pelo STF nas AP. A hipótese levantada é que o STF possui um entendimento mais amplo sobre *expertise*, ou seja, não admite que a escolha de um *expert* seja feito por um critério meramente objetivo. O problema identificado é que a ausência de uma clareza a respeito do que o Supremo entende por *expertise* nas AP causa uma expectativa por parte daqueles que pensam que podem solicitar participação nessas audiências, como também uma frustração daqueles que têm o seu pedido indeferido pelo Relator sem qualquer justificativa.

Para atender ao propósito desse trabalho, utilizou-se como opção metodológica a revisão bibliográfica de doutrinas e artigos dos principais autores brasileiros e estrangeiros, envolvendo ainda um estudo empírico da jurisprudência do STF, tendo como base os despachos convocatórios, vídeos e notas taquigráficas das AP convocadas e/ou realizadas, além de uma análise dos votos já disponíveis dos ministros do STF.

A INTEGRIDADE POLÍTICA E O ARGUMENTO DA COERÊNCIA

Francisco Tarcísio Rocha Gomes Júnior¹

Na obra *O império do direito*, Dworkin (2007, p. 199) surge com a proposta da integridade a partir de provocações pragmatistas. Como a busca pela a eficiência pragmática pode ser injusta? De que maneira a coerência de princípio pode auxiliar uma comunidade já que o próprio resultado da sua coerência é fruto de grande controvérsia? Para responder a essas perguntas, Dworkin considera necessário ir além do debate conceitual e alcançar a filosofia política.

Neste caminho, situada entre a legitimidade pelo simples procedimento e pela simples distribuição de recursos de uma comunidade, surge a ideia de integridade política. Ela surge quando é exigido do Estado e da comunidade atitudes que estejam de acordo com um conjunto único de princípios morais compartilhados mesmo quando seus cidadãos discordam sobre a natureza e as consequências desses princípios. Mais especificamente, ela surge quando a comunidade fala com uma só voz.

A integridade política se opõe ao sistema de debate conciliatório de questões públicas, em que diferentes posições de justiça contraditórias são prestigiadas dentro de uma mesma solução. Essa ideia trataria a ordem pública como um bolo, que seria distribuído igualmente a diferentes grupos. Devido à sua natureza fragmentada e insatisfatória, Dworkin nomeia esse tipo de proposta de salomônica.

Dentro dessa breve explanação sobre a integridade política, é comum o surgimento de críticas a respeito da possibilidade de uma comunidade contemporânea comportar-se coerentemente perante todos os seus membros. Considerando, de maneira geral, este argumento como argumento da coerência, este trabalho almeja objetivamente, através de pesquisa bibliográfica qualificada, dialogar, ou responder a este argumento. No âmbito geral, almeja-se contribuir nos debates sobre integridade no âmbito filosófico.

O argumento da coerência surge naturalmente de interpre-

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), com período de mobilidade acadêmica na Universidade de Coimbra (UC). Mestrando em Ordem Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC (PPGD/UFC). Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Brasil. E-mail: tarcisiorg@gmail.com.

tações superficiais do termo “integridade”. Isso acontece porque ele transmitiria a ideia de unidade de pensamento entre todos os integrantes de uma mesma comunidade política. Assim, dada a pluralidade de culturas em uma sociedade atual, tal unidade seria impossível.

Há dois caminhos que podem ser seguidos por este argumento, um metodológico e outro normativo. O primeiro é seguido por aqueles que argumentam que a integridade apenas integra uma decisão concreta em um todo mais amplo de ordem e de prática jurídicas, enquanto a verdadeira questão seria dar uma solução justa a um caso concreto através de um juízo que utilize a normatividade jurídica como um critério específico. Dessa forma, ela não respeitaria as características do caso concreto em troca de uma coerência teórica incapaz de transmitir a justeza necessária.

Já o caminho chamado aqui de normativo, é seguido por que consideram que a moralidade em Dworkin é extremamente idealista, já que compatível apenas com sociedades pré-modernas, e que afirmam que tal proposta de moralidade é incompatível com a forma de reprodução de uma sociedade supercomplexa e com uma esfera pública pluralista marcada pelo dissenso. Assim, a própria noção de comunidade ou moralidade comunitária seria problemática.

A primeira forma de argumento é respondida pelo próprio Dworkin (Idem, p. 300) que afirma que todas as opiniões sobre adequação surgirão a partir da prioridade local do caso. Então, as opiniões surgiriam em círculos concêntricos do mais específico até o mais geral. Não haveria, em tese, desprestígio da localidade.

A segunda forma de argumento é respondida pela análise realizada por Joseph Raz (1996, p. 321 e 322), seguida por Perry (2006, p. 199), sobre a integridade e a coerência. Basicamente, o autor explica que a correta descrição da integridade defende que o direito consiste naqueles princípios que provém o moralmente melhor sistema capaz de explicar as decisões jurídicas da história política em questão. Daí, a coerência poderia surgir dessa melhor leitura, mas não como uma condição desta.

LEGITIMIDADE NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS E UMA POSSÍVEL “VANGUARDA ILUMINISTA” DO STF

Igor Suzano Machado¹

O presente artigo tem como objetivo discutir as fontes de legitimidade do poder político, refletindo acerca das fontes de legitimidade, especificamente, do poder político das cortes constitucionais. Isto é, porque as cortes constitucionais teriam autoridade para produzir decisões políticas vinculantes, que assim, deveriam ser obedecidas pelos governados? Já que o tema da legitimidade do poder político é um tema clássico da teoria política, sua discussão no presente trabalho vai ter como ponto de partida justamente um clássico do pensamento social e político, a saber: Max Weber. Contudo, a longevidade da discussão não lhe confere caráter obsoleto. A legitimidade política continua sendo discutida e rediscutida contemporaneamente, e o artigo também irá dialogar diretamente com autores contemporâneos, especificamente Jürgen Habermas e Ronald Dworkin. Tais autores são trazidos à tona por se tratarem de pensadores políticos com contribuições importantes a respeito não só da legitimidade política em geral, mas também especificamente sobre a legitimidade de ação dos tribunais e cortes constitucionais, tema principal deste estudo. Suas contribuições serão contrapostas à ideia de que as cortes constitucionais poderiam funcionar como uma “vanguarda iluminista”, capaz de “empurrar a história”, quando outros poderes políticos a paralisarem.

Tal ideia fora aventada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro Luís Roberto Barroso, em conferência proferida no *I Seminário Internacional de Direito Constitucional e Filosofia Política*, na Universidade Federal de Minas Gerais, em novembro de 2014, cujo texto escrito foi posteriormente publicado pela *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, de onde faço sua citação direta ao longo deste estudo. Entendo que a ideia de vanguarda iluminista das cortes constitucionais, defendida por Barroso, poderia encontrar respaldo nas obras de Haber-

¹ Bacharel em Direito (FDV) e em Ciências Sociais (UFES). Mestre (IUPERJ-UCAM) e Doutor (IESP-UERJ) em Sociologia. Professor Adjunto do departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Viçosa, Brasil. E-mail: igorsuzano@gmail.com

mas e Dworkin. Contudo, o ministro se afasta de tais autores ao sustentar que a resposta correta aos casos jurídicos difíceis deveria ser buscada em sede subjetiva, sendo que, no caso de Habermas e Dworkin, tal resposta seria melhor classificada como intersubjetiva, ou mesmo, objetiva. Como opinião de um dos ministros da suprema corte brasileira, tal tese ganha envergadura, exigindo uma resposta crítica, à qual o presente trabalho irá se dedicar, ainda que, em linhas gerais, como será visto no decorrer do texto, haja concordância entre os argumentos levantados neste artigo e a maior parte dos argumentos levantados na conferência do ministro. Ainda assim, dada a importância do tema da legitimidade do poder político numa democracia, um refinamento na argumentação do ministro se faz necessário, sob o risco de, em caso contrário, recairmos numa supremacia judicial irrestrita, que em muito se afasta do ideal de governo democrático.

Afinal, uma resposta correta inscrita na tradição de uma comunidade política fraterna, como quer Dworkin, ou uma resposta correta decorrente de deliberações intersubjetivas, como quer Habermas, são respostas corretas a serem encontradas no seio do “povo”, valorizando o regime democrático, cuja defesa aparece em destaque dentre as atribuições das cortes constitucionais. Contudo, se esta resposta é encontrada em uma subjetividade, ou mesmo em um conjunto de subjetividades sem diálogo – valendo lembrar que os ministros do STF, ao menos oficialmente, não deliberam entre si a respeito de suas decisões – temos que ela será encontrada em um, ou em alguns poucos. E, como se sabe, o governo de um, ou de poucos, não faz jus ao nome de democracia, sendo chamado por termos que o ministro Barroso mesmo, não enxergaria no horizonte iluminista, do qual ele quer se fazer arauto.

Não à toa, Dworkin, de quem Barroso visa se aproximar em vários momentos, mas acaba se afastando em pontos cruciais, irá delegar importância maior à filosofia do que à prática jurídica na tarefa de “empurrar a história”, quando esta precisar de novos profetas. Pois, de acordo com Dworkin, “os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas”. Segundo ele, compete aos filósofos, caso estejam dispostos, a tarefa de colocar em prática as ambições do direito quanto a si mesmo e sua forma mais pura, dentro e além do que já se possui.

CÍCERO E A CONVIVÊNCIA HARMÔNICA DOS PODERES: UM LEGADO PARA A MODERNIDADE

Ana Guerra Ribeiro de Oliveira¹

Igor Moraes Santos²

Os pilares clássicos da Filosofia Política representam ainda hoje contributos relevantes para a compreensão do presente, seja a partir da perspectiva histórica, seja a partir da perenidade de certos temas, sobre os quais a humanidade tem refletido ao longo de milhares de anos. Entre os nomes relevantes da Antiguidade que merecem destaque, Marco Túlio Cícero irrompe como exemplo notável do espírito romano. Pai da advocacia, grande orador, magistrado e filósofo, foi capaz de conectar intimamente justiça e poder, deixando claro o papel central do direito na organização política e, assim, na garantia da igualdade e da liberdade.

Com efeito, para Cícero, o governo, para ser perfeito, impende estar estruturado equilibradamente. Prerrogativas, deveres e atribuições têm de ser repartidos eficazmente entre os componentes sociais, segundo a natureza específica do poder que possuem. Ao povo (*populus*), Senado (*senatus*) e magistrados (*magistratus*) cabem funções específicas, ao que correspondem os poderes na forma de potestas, auctoritas e *imperium*.

Cícero vem na esteira de Platão, Aristóteles e Políbio, que perceberam, nas formas originais de governo, a saber, monarquia, aristocracia e democracia, a possibilidade acentuada de vícios que impedem a estabilidade, não obstante suas qualidades, ensejando degenerações para outras formas indesejáveis, quais sejam, tirania, oligarquia e demagogia. Assim, o melhor governo seria aquele que, afastados os defeitos, reunisse as características positivas, permitindo a estabilidade política, o que somente ocorreria em uma constituição mista. Se Políbio identifica a república romana como arquitetada com esta disposição, Cícero, por sua vez, imerso na cultura político-jurídica romana e intro-

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. E-mail: anaguerra.ribeiro@gmail.com.

² Graduando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. E-mail: moraesigors@yahoo.com.br.

duzido no pensamento helênico, avança em relação ao antecessor.

O Arpinata constata que o governo republicano de seu tempo era já degenerado e, então, debruça-se sobre um projeto de salvação da república, alicerçado nas teorias gregas acerca da constituição mista, atestadas pela história, ainda que esta história seja por vezes idealizada. Para ele, a república é a única forma a garantir plenamente a liberdade, pois é o governo do povo (*res publica res populi*), uma vez que, lastreado em uma composição harmoniosa de poderes, emanados das distintas parcelas sociais, permite a participação ativa delas na elaboração da lei e na condução dos rumos da comunidade. Enfim, é o modelo político máximo.

Dessa maneira, nota-se que Cícero, no jogo entre teoria e história, por meio de sua república, delineia um quadro de separação de poderes, no seio de um regime misto, o que, em certo sentido, antecipa algumas das discussões da Modernidade sobre este tema. De fato, os escritos tulianos, a despeito da redescoberta de partes significativas apenas nos últimos séculos, influenciou numerosos pensadores, de Santo Agostinho a Maquiavel e Kant. Mais especificamente, o Barão de Montesquieu foi ávido apreciador da cultura romana, em meio a qual Cícero era um nome recorrente. Na juventude escreveu o breve ensaio *Discours on Cicerón*, em que exalta os feitos e as obras do Arpinata, e, posteriormente, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, ocasião em que Cícero é novamente lembrado, ainda que um tom mais maduro. Ademais, em sua principal obra, *L'esprit des lois* (O Espírito da Lei), Montesquieu menciona Cícero justamente no Livro XI, no qual discute de forma explícita acerca da necessidade de separação dos poderes. A experiência romana é objeto de interesse constante e fonte de inspiração.

Dessa forma, considerando o papel primordial das obras ciceronianas para a formação cultural ao longo do Medievo e de grande parte da Modernidade, servindo de verdadeiro referencial para o conhecimento do mundo antigo, cogita-se que a herança da constituição mista e da separação de poderes foi, em larga medida, proporcionada pela recuperação de Cícero. Apesar das discussões a respeito dos limites do clássico como referencial em face das novas criações, notadamente nos séculos XVIII e XIX, as contribuições da Antiguidade deixaram ampla marca na formação do Estado e do constitucionalismo modernos. Um dessas grandes mentes antigas foi Cícero e um dos principais pontos retomados nesse novo momento foi o regime misto e a disposição dos poderes em seu âmago.

Portanto, o presente trabalho pretende analisar a concepção ciceroniana de constituição mista, em especial as relações de equilíbrio entre os poderes. Ao final, tentando identificar o seu legado para a Modernidade, particularmente para a Filosofia Política e como fundamento político-filosófico para as teorias sobre a separação dos poderes, buscar-se-á fazer uma conexão com o primeiro grande expoente moderno desta matéria, Montesquieu, por meio da identificação de possíveis influências recebidas por este da cultura romana e do pensamento tuliano.

A RECONSTRUÇÃO HABERMASIANA DO CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO

DIGNIDADE, AQUISIÇÃO CIVILIZADORA, PROJETO EMANCIPATÓRIO

José Ivan Rodrigues de Sousa Filho³

O objetivo deste artigo é empreender uma interpretação do conceito de constituição incorporado no pensamento político habermasiano recente: uma interpretação segundo a qual Habermas opera uma reconstrução crítica do conceito de constituição destinada a clarificar os potenciais emancipatórios ínsitos aos processos de aprendizagem política constitucionalmente orientados. Tal reconstrução crítica é realizada em três plataformas distintas, mas interligadas, o que implica que o conceito habermasiano de constituição não é simples, mas complexo, isto é, triádico: Habermas concebe a constituição como (i) juridificação dignificante, (ii) aquisição civilizadora e (iii) projeto coletivo de autonomização permanente.

Em primeiro lugar, Habermas concebe a constituição não como uma juridificação reificadora, não como um tentáculo estrangulador do avanço colonizador dos sistemas sobre o mundo vivido, mas como

³Brasil. Docente para Teoria Geral do Direito e Direitos Humanos e Fundamentais (Centro Universitário Christus). Mestre em Direito Constitucional (Universidade Federal do Ceará), bacharel em Ciência Jurídica (Universidade Federal do Ceará), licenciado em Letras Vernáculas (Universidade Estadual do Ceará). E-mail: ivansfilho@hotmail.com.

uma *juridificação dignificante*. Trata-se de uma juridificação em sentido reverso, isto é, uma juridificação que não emana dos sistemas e incide sobre o mundo vivido, mas de uma juridificação que brota do mundo vivido e penetra nas comportas e nos circuitos internos dos sistemas. O objeto de tal juridificação não é mais a alienação dos cidadãos em relação à determinação de suas condições reais de vida, mas a asseguuração da autonomia dos cidadãos (tanto nas ágoras públicas como nos domínios privados) através de direitos subjetivos. A juridificação dignificante traduz, portanto, uma reativação concreta (efetivada na operação da sociedade) da capacidade de autodeterminação dos cidadãos. Ela é “dignificante” porque os direitos subjetivos que ela engendra correspondem a significados específicos da dignidade e que se revelam como socialmente imprescindíveis – e, portanto, como imperativos categóricos que devem ser introjetados transformadoramente no funcionamento da sociedade – a partir de memoráveis experiências atrozmente relacionadas à subjugação da dignidade e ao exaspero da coisificação.

Em segundo lugar, Habermas conceitua a constituição como uma *aquisição civilizadora*, em oposição a uma aquisição evolutiva que concorresse aleatoriamente para o funcionamento exitoso de uma sociedade totalmente administrada por sistemas, fora do controle dos cidadãos. Trata-se de um mecanismo civilizador porque a constituição introduz uma domesticação jurídica dos interesses autocentrados, dos objetivos unilaterais, das visões sagazes, dos imperativos espertos, das pressões elitistas e das “razões técnicas” que impregnam a dominação política e tendem a manobrá-la estrategicamente, ou seja, colocá-la a serviço de reivindicações não generalizáveis, não reconciliáveis com o uso público da razão, do qual depende a possibilidade da autolegislação coletiva. Com isso, Habermas recupera o sentido modernizador que os revolucionários franceses atribuíam à constituição.

Em terceiro lugar, Habermas concebe a constituição como um projeto coletivo de efetivação inteligente e reflexiva, contínua e ininterrupta, mas não linear e plácida, da autonomia dos cidadãos. A constituição comporta o duplo aspecto de uma partida que é tão vinculante quanto constantemente carente de atualização e densificação; a constituição veicula intrinsecamente um imperativo – que os cidadãos concordantemente baixam e destinam uns aos outros – de reinterpretar e levar a cabo as promessas de iguais liberdades que os cidadãos atribuíram uns aos outros à luz de cada constelação histórico-social que venha a compor-se em seus horizontes compartilhados. Em última análise, Habermas passa a observar na constituição um projeto jurídico de

efetivação autoconsciente, incessante e conflituosa do *Reich der Zwecke*, daquele reino dos fins que Kant representou como um estado idealizado no qual a liberdade de cada um é concretamente reconciliada com a liberdade de todos os outros. Assim, Habermas posiciona-se ao lado da corrente revolucionária francesa que defendia a revisabilidade perene da constituição; ele, entretanto, reformula a direção dessa defesa, apontando para um processo incessante de ressignificação e sedimentação do sistema de direitos constitucionalmente garantido através da atividade legisladora infraconstitucional.

A título de conclusão, este artigo sublinha que os três sentidos da constituição reconstruídos por Habermas – juridificação dignificante, aquisição civilizadora e projeto coletivo de autonomização permanente – conduzem a diversas rupturas tanto com o liberalismo quanto com o republicanismo e, além disso, apontam para a possibilidade e a necessidade práticas de uma constituição global.

NA ESTEIRA DO PARADIGMA SOLIPSISTA

João Vitor de Freitas Moreira⁴

No crepúsculo do século XVIII muito se viu e foi feito na história da humanidade. Corpos, terra, poder e estado entraram em um “moinho” quase “satânico” de onde surgiu como *práxis* o maior fenômeno que se pode ter vivenciado: o paradigma da modernidade solipsista. Como fundamento primeiro do social, político, normativo, moral e legal; a ideia de pessoa como um fim em si mesmo não mede esforços nas influências da construção da identidade do *self* na modernidade. Desta maneira, o trabalho em questão pretende discutir essas influências no âmbito do Direito, especialmente relacionando a categoria de Direito Subjetivo que encontra grande enfoque nos esforços cognitivos do Direito Constitucional.

Assim sendo, considerar-se-á o método de análise da “normative reconstruction” de Axel Honneth (2014), apontando para o marco da revolução copernicana como ruptura no modo de pensar filosófico, donde se encontram as primeiras raízes do pensamento que considera

⁴ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora, bolsista de Iniciação Científica pelo CNPq. Brasil, email: joaovitorfmoreira@gmail.com.

o sujeito em si mesmo como unidade racional desconectado do outro. Daí se extrairá uma das primeiras fontes para a fundamentação do legal na modernidade. Acrescenta-se a essa estrutura complexa que dará bases ao positivismo legal, a ideia de Direito em Kant e as consequências para o “Eu” da modernidade. Nesse viés, é devido o esclarecimento que não se intenta aqui propor uma “revisão bibliográfica”, mas uma reconstrução normativa. Por esse motivo, parte-se para a segunda parte do trabalho que considera as implicações dessa relação solipsista impregnado no Direito Constitucional moderno com a possibilidade de liberdade.

Certo de que a complexidade do assunto exige mais que um ensaio, intenta-se na segunda parte mover-se no sentido de ampliar a ideia de Isaiah Berlin sobre os dois conceitos de liberdade, a positiva e a negativa, alcançando a proposta da “liberdade social” que se funda na estrutura honnethiana de reconhecimento. Nesse ponto, considera-se aquele “Eu” foco do Direito Constitucional positivo inserido no “Nós” metodologicamente considerado na manifestação do reconhecimento intersubjetivo. É perceptível, então, que não se assume a negação total, mas sim uma nova interpretação sobre o norte do esquema moderno-individualista de direitos subjetivos, que será identificado como um “social misdevelopment” (HONNETH, 2014). Assim, não se conduz a uma total negação dos avanços que as democracias liberais modernas já objetivaram, tais como em muitos países o reconhecimento da união homoafetiva, o reconhecimento da mulher como pessoas em “paridade participativa” (FRASER, 2007) etc. Entretanto, a persistência de tal modelo acarreta em um gigantesco abismo social, ou na instauração de Linhas Abissais (SOUZA SANTOS, 2007) que dizem sujeitos possíveis de alcançarem a liberdade social, e sujeitos que são simplesmente apagados do tecido social.

Ao fim e ao cabo, tentar-se-á demonstrar como o paradigma constitucional fundado no modelo solipsista implica em “social misdevelopment”. Em outras palavras, como as democracias modernas persistem na construção de desigualdade social, que leva ao esquecimento de um contingente populacional. Nesse contexto, possibilidades de que o discurso do senso comum se transforme em ciência conservadora (SOUZA, 2009) avança e se institucionaliza. Tal fato evidentemente é uma constatação teórica que coloca em contradição os propósitos de tal paradigma, na medida em que demonstra que uma das principais consequências para sua manutenção é a elaboração discursiva do Direito sobre o pretexto de que os direitos subjetivos constitucionalizados são

um fenômeno histórico; e de fato o são, mas não se pode esquecer que do outro lado da moeda existe uma linha de “corpos nus” prontos para serem mortos no intuito da manutenção da individualidade de alguns.

DIMENSÕES DA IGUALDADE A PARTIR DO PENSAMENTO LIBERAL IGUALITÁRIO: A RACIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

João Daniel Daibes Resque⁵

A virtude igualitária encontra-se no centro do debate filosófico político e moral dos nossos tempos. Diversas são as concepções de justiça que buscam transcrever e prescrever qual é e qual *deve* ser o real sentido da igualdade nas sociedades contemporâneas. Tais concepções divergentes, de alguma ou outra forma, elegem, cada qual à sua maneira, uma métrica própria da igualdade, propondo-se a responder questões referentes a como a sociedade e o Estado devem garantir aos indivíduos o igual respeito e preocupação dos quais são merecedores. Basicamente, as diversas concepções de justiça, respondem a essas indagações por meio de sugestões de como os frutos e encargos sociais devem ser distribuídos de maneira justa entre os indivíduos de uma determinada sociedade. Nessa análise, a igualdade trata-se, portando, de uma questão de justiça distributiva. Dentre as diversas concepções de justiça distributiva, o liberalismo igualitário vem sendo considerado como uma concepção de centro, uma espécie de divisor de águas, da qual as demais concepções devem partir, seja para aprimorar ou para negar a sua suas ideias. É dessa forma, inclusive, que a grande obra do principal filósofo do liberalismo igualitário, John Rawls, intitulada de Uma Teoria da Justiça, vem sendo considerada por seus seguidores ou opositores, como um marco da filosofia política. Deve-se salientar,

⁵ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Advogado (OAB/PA 16.474). Professor universitário da Universidade Federal do Pará e da Faculdade Metropolitana da Amazônia, Brasil. joaioresque@ufpa.br

sobre essa diversidade de concepções de justiça, que a própria corrente identificada como liberalismo igualitário possui divergências internas no tocante a racionalidade da igualdade liberal, especialmente entre seus três principais pensadores: Amartya Sen, Ronald Dworkin e, o já citado, John Rawls. Nessa esteira, considerando o liberalismo igualitário de John Rawls como um ponto de partida para a análise das possíveis interpretações sobre a igualdade, pretendo, em um primeiro momento, identificar de forma concisa o espectro político dessas diversas concepções de justiça de acordo com suas leituras particulares a respeito do princípio igualitário, ocasião na qual serão abordadas as teorias: utilitarista, libertaria e comunitarista. Em um segundo momento, explorarei a divergência interna entre os três principais filósofos do liberalismo igualitário, apontando como cada um deles responde às indagações sobre qual “variável focal” deve ser utilizada na definição da métrica da igualdade. Para fins de investigação prática sobre as diversas matizes da igualdade, elegi as políticas denominadas de ações afirmativas, ou discriminações positivas. Veremos como essas políticas públicas se justificam, ou não, de acordo com cada uma das correntes de pensamento aqui apresentadas. Penso que as ações afirmativas são o exemplo concreto mais palpável para análise da aplicabilidade prática das teorias igualitárias, não somente porque podemos encontrar as justificativas dessas medidas em uma determinada concepção de justiça distributiva, as quais aqui apresentaremos, mas também porque, uma vez declaradas constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal (ADPF n. 186), com base no exame da racionalidade dessas medidas afirmativas, poderemos encontrar a interpretação mais adequada e justa do princípio da igualdade insculpido em nossa Constituição e de como o fenômeno do constitucionalismo brasileiro recepcionou o modelo liberal igualitário. Dessa forma, pretendo demonstrar que a igualdade liberal, quando vista pelo prisma das ações afirmativas, possui uma tripla dimensão, substanciada no direito à igualdade, no direito à diferença, e no direito à diversidade.

UM ESTUDO SOBRE AS ORIGENS CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DO INTERESSE PÚBLICO NA ANTIGUIDADE CLÁSSICA GRECO-ROMANA

Juliana Guedes Martins¹

Robson Vitor Freitas Reis²

O presente trabalho constitui uma investigação sobre as *Archaea* de construção do substrato conceitual que informa o Princípio Republicano do Interesse Público, a busca por tais pegadas parte da Antiguidade Clássica Greco Romana. A ideia de Interesse Público possui raízes íntimas com a questão dos interesses do Estado, mas trata-se de uma dimensão de público que ultrapassa o conceito de estatal. Constitui natureza diversa de esfera pública e de espaço público (ARENDT). Pode-se afirmar que possui sua existência garantida, pelo fluxo comunicativo presente no Mundo da Vida (HABERMAS). Mais do que legitimidade, confere verdadeiro leito para o substrato de _sustentabilidade_ tanto à aquisição quanto ao exercício do Poder Político. O Interesse Público pode ser identificado como a própria antítese da corrupção. As origens de tal Princípio remontam à ideia de Unidade e Coesão da qual a Polis depende para a sua existência. A Filosofia Socrática floresce como uma filosofia reativa ao momento de domínio intelectual Sofista, uma cultura, que relativiza a verdade e a justiça e valoriza o sucesso individual, e portanto constitui ameaça à Polis, cuja existência, tanto para o pensador quanto para seus sucessores Aristóteles e Platão, passa pela supremacia coletiva. Identifica-se que as necessidades, essenciais ao bem da Polis estão condicionadas à supremacia do interesse coletivo sobre o individual. A *Paideia* constitui para Sócrates condição indispensável para a formação do cidadão consciente deste “algo maior”, em nome do pertencer a um verdadeiro Projeto de Civilização Culta e Livre (JAEGER). O primado da Liberdade no sentido de não dominação por outros povos, constitui um importante fator na identificação deste ethos, do germen discursivo que dá início à construção conceitual, do que mais tarde surge como a expressão _“interesse público”_ e que na atualidade ocupa o status de Princípio, com

¹ Professora da UNIFAL-MG, Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela UFSC.

² Servidor Público Federal, Advogado, Graduado e Especialista em Direito Constitucional pela UFJF

função de cláusula geral, no Constitucionalismo Republicano do Estado Democrático de Direito. A Ética e a Dialética constituem legados, que surgem quando Sócrates percebe o domínio cultural da retórica sofista como corrupção do ideário civilizatório atheniense. No pensamento de Platão, sob a égide de uma *bios theorétikos*, a *Paidéia* situa-se no eixo central condutor, do que na teoria, seria a República Ideal. Na República de Platão o Estado é pensado como um organismo, no qual a função dos setores da sociedade é manter este organismo vivo, em condições de saúde, segurança e sob a condução racional e sábia de um Governo de Filósofos. Na República Ideal de Platão, não há propriedade privada e o Estado assume para si a responsabilidade de educar o cidadão, identificar suas aptidões e conduzi-lo aos deveres de fazer a sua parte. Podemos afirmar que a noção de Interesse Público em Platão passa pelas condições que a República deve criar, para que cada um saiba o que e como “fazer o que é seu”, para a existência e boa saúde deste organismo de natureza coletiva denominado *Politéia*. De forma objetiva e lógica o contraponto ao pensamento Ideal de Platão, descrito magistralmente por Rafael na obra de Arte Renascentista: “*Scuola di Atene*”, emerge de seu discípulo mais notável, Aristóteles. A noção de razoabilidade e proporcionalidade compõe o pensamento dialético entre a realidade objetiva e inteligível, na busca do concretizável e necessário à realização da felicidade humana. É justamente nesta essência de realização da felicidade humana (*eudaimonía*) que podemos identificar a pedra de toque dos primórdios conceituais Aristotélicos do conceito de “interesse público”. Considerando a natureza humana de *Zoon Politikon*, Aristóteles, a partir da noção de “Bem de Todos”, desenvolve a construção de conceitos e classificações num quadro de Governos Virtuosos e Governos Corruptos. Observa-se as diversas conceituações de justiça, a partir da noção de *Mediun Rei*, um ponto de Equilíbrio entre dois extremos, numa lógica de proporcionalidade. Para o tema “interesse público” destacam-se os conceitos de Justo Distributivo que constitui a distribuição meritocrática de bens honrarias e cargos e a de Justo Político como meio de realizar a auto suficiência da Polis, a *autárkeian* e a felicidade dos indivíduos. Em Cícero o conceito de interesse Público vincula-se à ideia de *res publica* e de *res populus* presentes as noções de “utilidade comum” e “apoio comum” em uma reflexão que, por influência estoica busca a inspiração e a harmonia na ordem do Cosmos, na busca realizar o desafio antigo _mais atual do que nunca_ de um governo democrático estável. Desde o surgimento, na antiguidade, das práticas e teorias Democráticas e Republicanas é possível identificar o substrato das origens conceituais, do que pode ser definido e conceituado como de “Interesse Público”.

ESTADO DE DIREITO *VERSUS* RULE OF LAW:

ENCONTROS E CONFRONTOS

Leonardo Antonacci Barone Santos

O intuito do presente resumo é analisar sinteticamente os resultados de pesquisa comparativa entre as experiências constitucionais da Inglaterra, Estados Unidos, Alemanha e França. Tenta-se demonstrar comparativamente, a partir de quatro análises, quais as principais características do Estado de Direito e do *Rule of Law*, finalizando pela impossibilidade da criação de uma Teoria Geral diante da diversidade encontrada nessas experiências. Ao final, arremata as conclusões com uma teoria tridimensional do Estado, apoiada em Reale, e reflete sobre o encontro entre Estado de Direito e *Rule of Law*, de acordo com a Filosofia do Estado Ético, de Joaquim Carlos Salgado.

O que se entende por Estado de Direito é o gênero, ao qual pertencem as experiências constitucionais alemã (*Rechtsstaat*) e francesa (*Etat de Droit*). Para *Rule of Law*, compreendem-se as matrizes constitucionais da Inglaterra e dos Estados Unidos. Notadamente, a avaliação tem em conta a virada do século XIX para o XX quando os modelos constitucionais estavam, em boa medida, caracterizados.

O primeiro momento de análise já categoriza – e confronta – essas duas experiências. O Estado de Direito, de um lado, é uma concepção estritamente formal, que se apoia nos engenhos jurídicos para se firmar, subestimando a capacidade da cultura política de garanti-lo. Portanto, o foco constitucional é nas fórmulas de expressão do Estado, sempre através do Direito e em seus limites. O *Rule of Law*, ao seu turno, não se apoia nas estruturas jurídicas, mas, antes, faz as estruturas mexerem para que se adequem aos direitos. É uma concepção substancial: o que importa não é o “como”, mas “o que”. Essa categorização se observa nos itens adiante.

O segundo critério de análise é sobre teorizações sobre a limitação do Estado. O Estado de Direito (especialmente alemão), dentro de sua razão formal, explica que o Estado só pode ser limitado em função da sua própria vontade. A tese da autolimitação repete o gênio positivista para quem não pode haver ordem superior ao Estado, logo, não existem restrições externas a ele impostas. O Estado cria o direito para si e age através dele, e em seus limites. O *Rule of Law* em solução diversa, se apoia em Dicey para dizer que é dever das cortes inglesas garantir que as leis emanadas pelo parlamen-

to estejam em consonância com os direitos fundamentais e, se não estiverem, tem a prerrogativa de afastar ou mitigar sua aplicação em favor de sua inserção na *common law*. Assim, vemos no continente, uma concepção de direitos fundamentais como meros reflexos da ordem jurídica e, na Ilha, como a reiteração da tradição de origens imemoráveis, óbices substanciais à atuação estatal (inclusive, Pablo Lucas Verdú os associa ao jusnaturalismo).

A comparação da posição do Judiciário nas experiências históricas nos mostra que ele tornou-se mais forte no *Rule of Law* do que no Estado de Direito. Na França, a magistratura era composta pela nobreza próxima a monarquia que caiu em 1789 de forma que os desenvolvimentos constitucionais exigiram, politicamente, o enfraquecimento do Judiciário, restando a ele a posição monteusquiana de *bouche de la loi*. Na Inglaterra, todavia, as cortes foram aliadas do Parlamento na tomada do poder e, assim, mantiveram sua fortíssima posição historicamente sedimentada de defensoras dos direitos dos ingleses. Na América, a judicatura se fez forte o suficiente para instituir o *judicial review* sem qualquer previsão constitucional.

Do outro lado da separação dos poderes vemos o Legislativo. Os parlamentos eram entendidos como órgãos supremos contra quem não caberiam limitações, e observamos isso nas duas acepções constitucionais, todavia cada qual elabora sua justificação. No continente, o mito rousseauiano acreditava na lei como a maior expressão da *volonté general*. Restringir a lei importaria em restringir a soberania popular. Na Inglaterra, porém, cremos que a razão da soberania do parlamento é muito mais política e histórica do que propriamente teórica muito em função do contexto político da revolução gloriosa que demandou o fortalecimento do Legislativo contra o Rei.

O cotejo desses resultados comparativos, ainda que sumariamente, leva a percepção de que cada experiência constitucional tem origem em sua própria história e cultura. Significa dizer que os modelos não resultam de uma previsão racional e teórica levada a cabo, mas de uma intrincada construção conduzida na realidade. Nesse sentido, vê-se que o Estado é composto da dialética de fatos, valores e normas, cujo resultado é único em cada país. Isso fica ainda mais evidente no constitucionalismo inglês. Uma teoria totalizante desse cenário só seria possível pela Filosofia do Estado. Assim, o Estado de Direito é a forma política que atribui primazia aos direitos fundamentais. Ele é o Estado Ético Mediato legitimado, na origem, pela democracia, na técnica, pela legalidade e, na finalidade, pelos direitos fundamentais. Essa missão ética toma forma quando sai da idealidade e aparece na história, ao gosto das experiências culturais de cada Estado.

SUPERANDO O TRIBALISMO: O PRAGMATISMO PROFUNDO DE JOSHUA GREENE

Renato César Cardoso¹
Pâmela de Rezende Côrtes²

Desde a descoberta da evolução, a ciência está tentando entender o comportamento humano considerando-o parte da natureza, e tem feito vários avanços (BUSS, 2005, p. XXIII). Um dos tópicos mais relevantes é do comportamento moral. Joshua Greene, filósofo de formação e professor de psicologia, apresenta algumas bases razoavelmente estabelecidas no estudo científico da moralidade: a moralidade é um conjunto de capacidades psicológicas desenhadas pela evolução biológica e cultural para promover a cooperação, implementada primariamente através de emoções morais intuitivas que diferem de grupo para grupo (GREENE, 2013, p. 334-335). Ele também apresenta uma possível solução: seu pragmatismo profundo (*deep pragmatism*).

Temos uma tendência ao tribalismo, também chamado de altruísmo paroquial, que é a ideia de que cooperamos mais com as pessoas que estão próximas a nós do que com aquelas que são diferentes ou distantes (GARCÍA et al, 2011, p. 277) e que favorecemos membros do nosso grupo em detrimento de pessoas de fora. Os grupos, uma vez formados, compartilham valores e objetivos que podem conflitar com os de outros grupos (KAMEDA, VUGT, TINDALE, 2015, p. 250). Essa tendência tribalista traz consigo um problema para o estabelecimento de sistemas de cooperação de larga escala, e pode ser considerada um dos empecilhos para o desenvolvimento da democracia (GREENE, 2013, p. 175).

Nesse sentido, é preciso tentar controlar ou superar nossa tendência tribalista. Greene propõe uma metamoralidade que ajudaria a fazer as escolhas e trocas entre os valores conflitantes dos grupos. Embora tenhamos intuições divergentes e valores grupais conflitantes (HAIDT, 2013, p. 221), Greene defende que temos também a capacidade de utilizar o nosso “cérebro moral” de duas formas: o “modo automático”, no qual os juízos morais são feitos de forma automática, utilizando nossas intuições e emoções; e o

¹ Professor da Faculdade de Direito e Ciências do Estado da UFMG.

² Mestranda em Direito pela UFMG, Bolsista CAPES/REUNI. Bacharel em Ciências do Estado pela UFMG. Brasil. Contato: pamela.recortes@gmail.com.

“controle manual”, onde relativizamos o automatismo dos juízos morais em nome de uma capacidade de raciocinar (GREENE, 2013, p. 133-135).

Sua metamoralidade defende escolhas racionais e refletidas no desenho das normas e instituições políticas. Para tanto, é preciso considerar: uma moeda comum, encontrada na experiência e no desejo da felicidade; um valor moral, que para ele é a imparcialidade ou a regra de ouro; e um sistema moral, baseado no “modo manual” do cérebro. Ele chama sua proposta metamoral de pragmatismo profundo, defendendo que devemos procurar o terreno comum entre os grupos ao perceber aquilo que já compartilhamos, ao invés de discutir sobre como deveriam ser. No fim das contas, seu pragmatismo profundo é utilitarista (GREENE, 2013, p. 290-293).

Para saber quando devemos mudar o cérebro do “modo automático” para o “controle manual”, ele acredita no poder da controvérsia. Em geral, quando alguém comete uma transgressão moral, o problema acontece dentro do grupo (“eu” versus “nós”). Reconhecemos que há um problema, mas não uma controvérsia, ainda que a justificação varie. Nesses casos, fazemos bem em seguir nossos instintos morais. A questão fundamental de choque entre os grupos acontece quando não é possível determinar com razoável consenso qual a atitude inadequada. Nesses casos, onde provavelmente está acontecendo um conflito valorativo, é que é preciso apelar para o seu pragmatismo profundo e para o “modo manual” do cérebro (GREENE, 2013, p. 293-295).

A grande dificuldade dentro do seu sistema é diferenciar quando acontece racionalização, que é o mecanismo de apenas defender o nosso lado sob o verniz do argumento universalizável, e quando estamos de fato usando o nosso “controle manual” do cérebro. Sua resposta é a utilização de dados e pesquisas empíricas na hora de tomar uma decisão. Para ele, os argumentos em termos de direitos e deveres servem para racionalizar nossas intuições (*gut feelings*) (GREENE, 2013, p. 300-305).

Como um pragmatista profundo, é possível continuar a falar na linguagem dos direitos, tendo a consciência de que eles são uma estratégia, não argumentos (GREENE, 2013, p. 306). Mas para resolver os problemas entre tribos, é preciso pensar em termos consequencialistas, utilitaristas e pragmatistas. Ele sintetiza suas sugestões de metamoralidade em seis regras: quando houver uma controvérsia moral, consultar mas não confiar nos instintos; não usar direitos como argumentos; focar nos fatos e fazer com que os demais também foquem; tomar cuidado com a justiça tendenciosa ou enviesada; usar a moeda comum (da felicidade e da imparcialidade); e doar (GREENE, p. 350-353).

OS PROBLEMAS DO PODER CONSTITUINTE E DO PODER DISCRICIONÁRIO EM Kelsen e Hart

Rafael Faria Basile³

Lucas Silva Andrade⁴

Hans Kelsen e H. L. Hart foram os grandes expoentes do positivismo jurídico no século XX. Este movimento teve como objetivo a sistematização de um estatuto científico para o fenômeno jurídico. Segundo o texto *En Defensa Del Positivismo Jurídico* de Norbert Hoester, são características essenciais ao positivismo jurídico: a tese da neutralidade, que defende que o Direito é definido por sua forma, ou seja, a partir da vontade institucionalizada do Estado; e a tese do subjetivismo que defende que o conteúdo do *derecho recto* tem um caráter subjetivo e não faz parte do estatuto teórico da Ciência do Direito.

Kelsen defendia que o fundamento da “Ciência Pura do Direito” deveria ser diferente das demais concepções teóricas sobre o fenômeno jurídico, como a Sociologia Jurídica e a Filosofia do Direito, as quais não conseguiram resguardar a neutralidade científica necessária para o seu tratamento. A ciência jurídica teria como objeto central a norma jurídica, que decorre da validação de uma norma fundamental situada no topo da cadeia hierárquica do ordenamento jurídico. Além disso, tratou o fenômeno jurídico em correspondência com uma realidade deontológica, diferente da ontologia das ciências naturais. Ou seja, o Direito é regido pelo princípio da imputação, e não pelo princípio da causalidade, próprio das ciências naturais. As maiores controvérsias acerca de sua obra se encontram: a) na origem da norma fundamental, que Kelsen reconheceu se tratar de uma ficção, uma convenção metafísica que serve de orientação para a estruturação de todo ordenamento jurídico; b) na delimitação do poder discricionário, o qual teria resguardado um limite de atuação do juiz (regra da moldura), mas dentro desse limite a motivação das decisões judiciais não seriam objeto da Ciência do Direito, mas da política jurídica.

Hart foi muito importante para trazer a filosofia da linguagem ao

³ Doutorando e Mestre em Teoria do Direito pela PucMinas. Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação lato sensu da PucMinas. Brasil. basile@pucminas.br

⁴ Estudante do 2º Período do curso de Graduação em Direito da PucMinas. Brasil. lucas.s.andrade28@gmail.com

Direito, com grande influência de Ludwig Wittgenstein. Através da análise linguística, Hart conseguiu elaborar critérios que diferenciaram as regras jurídicas das demais regras sociais. Reconhecendo a complexidade do fenômeno jurídico, ele desenvolveu o conceito de regras secundárias, que seriam aquelas suficientes para resolver os problemas existentes nas demais regras sociais e diferenciar o Direito de meras obrigações. As regras secundárias compreendem: as regras de reconhecimento, que dirimem o problema da incerteza e a segurança jurídica das regras primárias (obrigações); as regras de alteração, que dão dinamicidade às regras primárias, possibilitando as alterações de conduta dos indivíduos e também por possibilitar a revogação de regras antigas; as regras de julgamento, que são destinadas a remediar a ineficácia social das regras primárias.

Apesar das diferenças entre a teoria kelseniana e a teoria hartiana, elas conseguiram resguardar um núcleo comum no que diz respeito às teses da neutralidade e do subjetivismo, por serem características indissociáveis ao positivismo jurídico. Como ambas as teorias resguardam esse núcleo comum, os problemas decorrentes das duas teses existem em ambos os autores. O primeiro, como já citado, é a dificuldade de determinar a origem do poder constituinte. Em Kelsen essa dificuldade decorre da origem fictícia da norma fundamental, e em Hart, mesmo que as regras de reconhecimento sejam consideradas como uma certa “evolução” do conceito de norma fundamental, elas ainda encontram dificuldades e acabam encontrando a mesma insuficiência da norma fundamental: designar a origem do poder que as atribuiu de autoridade. O segundo problema é a delimitação do poder discricionário. Tanto em Kelsen, quando ele definiu a teoria da moldura, quanto em Hart, com as regras de textura aberta, que decorrem da indeterminação linguística dos textos jurídicos, o poder discricionário sofre com a inserção de critérios subjetivos que ultrapassam o positivismo jurídico, diminuindo a segurança jurídica na esfera das decisões judiciais.

A partir das críticas de Joseph Raz aos equívocos cometidos por Kelsen ao promover a tentativa de unificação dos critérios de validade de todas as normas dentro dos limites da norma fundamental, e das críticas de Ronald Dworkin às regras de textura aberta, que impossibilitam a delimitação do poder discricionário, e conseqüentemente diminuem a segurança e a objetividade das decisões judiciais; percebe-se que esses ainda são problemas recorrentes, que carecem de maior aprofundamento. E continuam despertando críticas e reformulações de diversos juristas renomados e engajados com a resolução dos conflitos decorrentes dessas limitações teóricas.

PRECONCEITOS A SUSPENDER OU HERANÇA SEM TESTAMENTO?

CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CRÍTICA HERMENÊUTICA DO DIREITO DE LENIO STRECK

Ricardo Martins Spindola Diniz⁵

Julia Tavares Borges⁶

Lenio Streck é enfático ao dizer – em parcela considerável de sua obra – que a Constituição é o alfa e o ômega da ordem jurídica. Curiosa e dificilmente, no entanto, um questionamento se faz necessário: poderíamos entender esse dito como uma *explicitação* do sentido do Direito, ou como um *pré-conceito* sem a devida avaliação a partir “das coisas elas mesmas” – isto é, o próprio Direito? Utilizarmo-nos de tais termos como “explicitação”, ou “pré-conceito” encontra justificativa no fato de tal constatação em particular quanto à importância da Constituição para o Direito buscar fundamento no pensamento de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer.

A supremacia da Constituição teria então caráter existencial? Para que o círculo hermenêutico – suspensas temporariamente as diferenças conceituais que assume tanto em Heidegger quanto em Gadamer –, no que diz respeito ao Direito, assumam uma estrutura para além da “lei e do caso particular”, tendo *sempre* em vista a “ordem constitucional concreta” – inclusive quando o caso concreto versar especialmente sobre a dita “ordem constitucional concreta” –, a resposta deve ser positiva. Senão, por que motivo teria o jurista de preferir a decisão justa em favor da decisão constitucionalmente adequada? A não ser que tal pergunta seja sem sentido. E só pode sê-la se encontrarmos na Constituição algo que fundamental, justamente “constitutivo” da nossa existência (em que aquilo que se interpõe positivamente entre o jurista e a lei e o caso, o mundo, seja formado pela Constituição) – em que perguntar pela justiça de uma decisão jurídica (ou de qualquer acontecimento que seja) se entenderia por perguntar pela sua constitucionalidade.

⁵ Graduando em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Brasil. E-mail: ricardo.ms.diniz@gmail.com

⁶ Graduando em Direito. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Brasil. E-mail: julia.tborges@hotmail.com

Ainda que necessária ao projeto da “Crítica Hermenêutica do Direito (Nova Crítica do Direito)”, não se tem notícia de nenhuma obra que busque diretamente explicitar essa fundamentação. Ela vai, logo, sempre pressuposta. E, como tal, se quisermos nos manter “fiéis” à Heidegger e Gadamer, faz-se de todo oportuno a sua devida *suspensão* para averiguação frente “as coisas elas mesmas” – em suma, entrar plena e adequadamente no círculo hermenêutico. É o que se pretende, em parte, o presente trabalho.

Por que em parte? Porque, dada a densidade e complexidade do tema, sua adequada investigação exige pelo menos uma dupla abordagem, duas da qual aqui dar-se-á conta apenas de uma – ainda que uma e outra sejam, por evidente, intrinsecamente relacionadas. A primeira, a qual não será desenvolvida, consistiria em analisar a formação e o particular desenvolvimento científicos deste verdadeiro postulado que é a “supremacia da Constituição”. Independentemente do que se tenha por ciência, são raros os casos aqueles de pensadores que, propondo uma base epistemológica para a ciência do Direito, não tenham como postulado a “supremacia da Constituição”. De Kelsen a Larenz, sê-lo incontestes: de um jeito ou de outro, por estes ou aqueles motivos, com uma maior ou menor restrição conceitual, a Constituição “é o alfa e o ômega da ordem jurídica”.

Já a segunda, da qual nos ocupamos, consiste em *uma tentativa* de nos aprofundarmos neste pressuposto, desenvolvendo-o a partir das considerações de Heidegger e Gadamer acerca do papel da obra de arte na constituição da existência humana – afinal, por serem os dois arrolados como principal influência da Crítica Hermenêutica do Direito. O questionamento perseguido é, portanto: pode a Constituição ser entendida como obra de arte – no sentido específico de Heidegger e Gadamer? E de que modo vai aqui entendida Constituição? Ela se identificaria com – estaria restrita a – alguma qualquer manifestação escrita (no nosso caso, com a Constituição Federal de 1988)? Ou, em outros termos: abre a Constituição um mundo tal qual, por exemplo – para aludirmos justamente ao exemplo mais famoso da conhecida preleção heideggeriana -, o templo grego. E se sim, com que sentido vai então entendida “Constituição”.

Ainda que fortuita nossa tentativa, resta um problema – de todo, explicitamente contornada por Lenio Streck, em Verdade e Consenso: se seria tal entendimento compatível com o Estado Democrático de Direito que o próprio movimento defende. Ao seguirmos a linha de pensamento da Constituição como obra de arte – pressuposto para

uma tal compreensão da realização do Direito –, ela se torna criticável à luz da inadequação do modelo da arte à política, implicando uma redução da práxis à *poiesis* – da ação à produção –, redução à qual que acompanha o Ocidente tanto quanto e talvez com implicações ainda mais sérias que o esquecimento da diferença ontológica. Terminamos, assim, nos remetendo para Hannah Arendt e se não seria o conquistado por ela mais proveitoso para pensarmos o Direito para além – ou melhor seria aquém? – da metafísica.

A INVERSÃO DO REAL: O ESPETÁCULO COMO DESVIO DA POTÊNCIA REVOLUCIONÁRIA DO PODER CONSTITUINTE

Rodrigo Wagner Santos Ribeiro Filho¹

O poder constituinte, na definição de Norberto Bobbio, é uma vontade absoluta primária, pois tira apenas de si mesma, e não de outra fonte, o seu limite e a norma da sua ação. É, ainda, absolutamente livre no fim e nas formas através das quais ele se explica. Essa vontade é considerada como sendo capaz de dar origem aos ordenamentos jurídicos, que respaldam os Estados e os modelos de organização social na atualidade. Em última instância, é no poder constituinte originário que as democracias modernas vão buscar sua legitimação, sendo o “povo” seu titular, e baseando nele o sistema de legalidade-legitimidade, como exposto por Carl Schmitt, que serve de sustentáculo para o Estado Democrático de Direito.

Nessa perspectiva, alguns autores, como Antonio Negri, acreditam na potência revolucionária do poder constituinte, que carrega a força de destituir as estruturas e instituições vigentes, e erigir novos modelos de governo e organização social, ou até mesmo negar em absoluto tais conceitos. Inserir a produção política na realidade social, para concretizar a democracia real como governo absoluto, é o objetivo do poder constituinte da multidão enquanto força criadora. Multidão

¹ Graduando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do Grupo de Pesquisa “O estado de exceção no Brasil contemporâneo” coordenado pelo Professor Doutor Andityas Soares de Moura Costa Matos. País: Brasil. E-mail: rodrigo.wsrf@hotmail.com

esta que, de forma diversa da concepção “povo”, trata-se de uma alternativa viva e não unitária, que não é separada do exercício do poder constituinte. A partir do momento em que o exercício do poder é alienado da multidão, a perpetuação das explorações e desigualdades consolida a separação entre representantes e representados, ou seja, os representantes se apropriam de todos os poderes decisórios.

Elementos como o constitucionalismo, a legitimidade do direito e do Estado, e a democracia representativa, são formas de subsunções do poder constituinte, esvaziando-o de suas características definidoras e revolucionárias, como a onipotência e seu caráter expansivo temporal e espacialmente. São, por tanto, impeditivos institucionais da concretização de toda capacidade transformadora. Desnaturar a essência do poder constituinte é premissa básica em quase todas as teorias que a ele se referem, mas talvez esse não seja o único problema envolvendo o tema.

O presente trabalho pretende abordar outro fator determinante para a impotência do poder constituinte. Este elemento é o espetáculo, que transcende os próprios mecanismos de controle formais e sociais, e que permeia a formação do pensamento e do agir do indivíduo, sendo indissociável da atual percepção de realidade pela multidão. O espetáculo é a produção de representações e mediações que distorcem a realidade, transformando a negação do real no próprio real. Está presente *a priori* na potência latente constitutiva, e impõe o peso da falsa consciência em cada ato ou pensamento que poderiam gerar o desencadeamento das forças constitutivas dinâmicas e criadoras. O espetáculo tem por objetivo anular a potência revolucionária antes mesmo que esta seja gestada.

“No mundo realmente invertido, a verdade é um momento do que é falso”. Esta impactante frase de Guy Debord, na Tese 9 do livro *A Sociedade do Espetáculo*, permite-nos um vislumbre da magnitude da ação espetacular sobre a produção de subjetividades. Encontrando distorcido o próprio horizonte de sentido da multidão, uma sociedade espetacularizada perde a capacidade de utilizar a potência do poder constituinte como uma força revolucionária, por estar dominada pela negação de si mesma, pela abstração universal e pela ditadura efetiva da ilusão do consumo. Não mais terão centralidade os valores de construção do novo através da união de subjetividades livres, uma vez que só há valor no que é *não-vida*: o dinheiro, a mercadoria, a produção de desejos.

Não obstante, pretende-se analisar o complexo e inconcebível

devir inerente à potência do movimento inesgotável do poder constituinte, que talvez seja a única forma possível de escapar da espetacularização do mundo. Pensar a multidão como o sujeito político segundo o qual só o múltiplo pode realizar a democracia e afastar o poder político unitário que se harmoniza com as teorias e práticas capitalistas da gestão econômica dos seres humanos é imprescindível. Por fim, trazer à tona o debate sobre a potência revolucionária do poder constituinte se faz necessário nas atuais democracias para que se observe que poder constituinte não se confunde com poder soberano, ou seja, não se confunde com uma estrutura representativa e alienante própria do espetáculo na qual a relação entre governantes e governados se resume em cumprimento de direitos e obrigações.

NOTAS SOBRE O LIBERALISMO IGUALITÁRIO DE RONALD DWORKIN:

O SISTEMA HIPOTÉTICO DOS LEILÕES

Victor Cristiano da Silva Maia²

O presente trabalho tem como objetivo explicitar alguns elementos da teoria da justiça de Dworkin, no intuito de demonstrar que sua teoria política encontra-se fundamentada moralmente. No cenário da filosofia política contemporânea, o autor faz parte de uma corrente do liberalismo denominada liberalismo igualitário, que, como a própria definição indica, são pensadores que buscam discutir teses liberais clássicas reconduzindo-as aos valores de liberdade e igualdade. Para Dworkin, existe uma distinção entre o âmbito moral e o da ética, o primeiro referindo-se às nossas obrigações para com os outros, ou seja, ao convívio social; enquanto o segundo, por sua vez interessa a felicidade individual, conforme a noção aristotélica de *eudaimonia*. Assim, a excelência da vida não consiste apenas em uma existência repleta de prazer, mas também em uma vida dotada de dignidade. Segundo Dworkin,

² Aluno do 5º período de graduação do Curso de Direito e bolsista do Programa Institucional de Iniciação Científica da Universidade Federal de Lavras (UFLA) – MG – Brasil. Endereço eletrônico: victor_c_s_maia@hotmail.com

“temos de encontrar o valor da vida – o sentido da vida – em “viver bem” e “na dignidade e no auto respeito”. A dignidade, então, para ele é definida através da junção de dois princípios fundamentais, quais sejam, o princípio da autenticidade, que exige que as pessoas identifiquem os valores que elas consideram essenciais, e o princípio do auto respeito, através do qual se exige que as pessoas busquem a realização de tais valores elencados. Juntos, tais conceitos resultam na virtude moral da responsabilidade, ou seja, o comprometimento na realização daqueles valores em que se crê, no intuito de alcançar a felicidade. A passagem do campo da ética ao campo da moralidade é feita através do que se pode chamar de “argumento kantiano”, no sentido de que o respeito a nós mesmo gera igual respeito aos outros seres humanos. Ao realizar esse passo, adentra-se, portanto, ao campo das relações intersubjetivas, próprio da política. Na visão de Dworkin, toda teoria política plausível tem o mesmo valor fundamental, a igualdade. Sua teoria igualitária se articula em dois princípios fundamentais: o da distribuição de renda e, sobretudo o da dignidade e importância de cada membro da sociedade. Para concretizar tal ideal logo se faz necessário uma forma de distribuição pautada em um conceito de justiça distributiva, para fundamentar tal conceito Dworkin propõe o sistema hipotético de leilões. A situação hipotética prevê que: diversos moradores de uma ilha deserta recebem uma determinada quantidade de conchas, as quais servem como “moedas” utilizadas para que cada um possa adquirir o seu pacote de recursos. Todos os recursos da sociedade estão à venda nesse leilão, todos os membros da sociedade participam com um igual poder de compra. Para que tal leilão seja “sensível à ambição” Dworkin cria o “teste da inveja”: se o teste funcionar cada um preferirá o pacote de bens que teve oportunidade escolher conforme seu próprio interesse e conveniência. Um leilão bem-sucedido faz com que o teste da inveja funcione e que cada pessoa pague pelo custo de suas próprias escolhas. O leilão hipotético e o “teste da inveja” para obterem êxito dependem de uma premissa fundamental: que ninguém tenha qualquer desvantagem de tipo natural. Eis porque, o leilão falha no mundo real, tendo em vista que algumas pessoas possuem diferenças prejudiciais que elas mesma não escolheram, como por exemplo deficiências de saúde. Neste caso, alguém, dadas suas necessidades especiais, mesmo com a mesma quantidade de conchas dos outros, ainda encontrar-se-ia desvantagem em relação aos outros que possuem suas capacidades em pleno funcionamento. A ideia de Dworkin é que, antes de se realizar o leilão, haja uma compensação dessas desigualdades, assegurando, na

maior medida do possível, uma divisão de recursos equitativa que leve em conta as desigualdades naturais. Assim, havendo a compensação antes do leilão, ficaria assegurado a cada pessoa que uma redução das desigualdades a fim de permitir que cada um fosse capaz de desenvolver o seu próprio projeto de vida, levando em consideração aquilo que para si considera valioso. Porém, trata-se sempre de uma aproximação, tendo em vista que a igualdade plena se torna inalcançável. Contudo, o objetivo principal dessa estratégia não é a realização de uma igualdade absoluta, e sim permitir – conforme o liberalismo clássico – que cada pessoa seja capaz de desenvolver o seu projeto de vida, alcançando assim a tão buscada “vida boa”.

O FINANCIAMENTO DE PESSOAS JURÍDICAS EM CAMPANHAS ELEITORAIS E O JULGAMENTO DA ADI N. 4650 SEGUNDO UMA VISÃO ARISTOTÉLICA

Alexandre Ribeiro da Silva¹

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira²

O presente trabalho analisa a proibição do financiamento por pessoas jurídicas no processo eleitoral brasileiro a partir do julgamento pelo STF da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 4650, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB, contra disposições da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) e da Lei nº 9.096/95 (Lei Orgânica dos Partidos Políticos) que permitiam doações financeiras por pessoas naturais e jurídicas a campanhas eleitorais e a partidos políticos, contrariando os princípios da isonomia (CRFB/88, artigo 5º, *caput*, e artigo 14) e da proporcionalidade.

Para tanto, escolhemos as obras *Política* e *Ética a Nicômaco* de Aristóteles, já que nelas o filósofo grego estabelece as características do cidadão e os predicados que possibilitam o exercício da cidadania, suas constituições políticas e as virtudes, apresentando a viabilidade necessária para que as compreensões do que são política, cidadania e democracia sejam alcançadas.

Ao fim do julgamento da ADI, a partir dos apontamentos trazidos pelo ministro relator Luiz Fux, decidiu-se pela inconstitucionali-

¹ É advogado e professor de Direito, Literatura e Português. Possui graduação em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior (2009), graduação em Letras pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2010) e pós-graduação em Direito Processual pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2011). Atualmente é mestrando no programa no programa Direito e Inovação, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Inovação, na Universidade Federal de Juiz de Fora e cursa pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Aplicado no Complexo Educacional Damásio de Jesus. Brasil. E-mail: alexadribeiroadv@gmail.com

² Jornalista e advogada. Possui graduação em Comunicação Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2010) e graduação em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior (2013). É mestre (2015) em Direito (Hermenêutica e Direitos Fundamentais) pela Universidade Presidente Antônio Carlos. Atualmente é mestranda no programa Direito e Inovação, na linha de pesquisa Direitos Humanos e Inovação, na Universidade Federal de Juiz de Fora e cursa pós-graduação *lato sensu* em Direito Constitucional Aplicado no Complexo Educacional Damásio de Jesus. Brasil. E-mail: marianacolucciadv@gmail.com

dade das contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais. O Plenário, por maioria, acolheu parcialmente ao pedido formulado na ADI, declarando a inconstitucionalidade dos artigos 23, §1º, I e II; 24; e 81, *caput* e § 1º, da Lei das Eleições, e dos artigos 31; 38, III; 39, *caput*; e § 5º, da Lei Orgânica dos Partidos Políticos.

Em relação ao financiamento por pessoas jurídicas, conforme o voto do relator, o mesmo não é inerente ao regime democrático, formado essencialmente por cidadãos. O exercício da cidadania em termos eleitorais, em seu sentido mais estrito, pressupõe três modalidades de atuação cívica: direito de votar, direito de ser votado e direito de influir na formação da vontade política através de instrumentos de democracia direta, como o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular de leis.

Conforme o pensamento aristotélico, para a íntegra prática da política é necessário que os homens sejam dotados de liberdade e igualdade e, conseqüentemente, aptos à participação na tomada de decisões dentro da sociedade. Tal participação condiciona-se ao total domínio do *logos* e ao pleno exercício deste, que pode ser entendido como raciocínio, debate, deliberação, reflexão, dentre outros significados.

A cidadania na política, e nos processos eleitorais, apenas pode ser exercida por pessoas livres para formar suas opiniões e iguais para compartilhá-las por meio das capacidades discursiva e argumentativa em uma atividade social na qual ocorre um diálogo que almeja modos e significados para encontrar soluções sobre temas motivadores de discordância na sociedade.

Como é nula a possibilidade do exercício da atividade cívica plena por uma empresa, evidentemente, permitir sua interferência no sistema eleitoral a partir da sua expressão pelo capital contraria aos ensinamentos de Aristóteles, pois o exercício do *logos* dependente do poder econômico não é salutar à democracia e à cidadania e gera uma contaminação perniciosa da máquina pública com ausência da busca pelo bem comum em detrimento dos interesses privados e empresariais dos detentores do capital.

FIDELIDADE PARTIDÁRIA E O DISCURSO INSTITUCIONAL ENTRE LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO

UMA QUESTÃO DE AUTORIDADE?

Ana Luisa de Navarro Moreira¹
Tarcísio Augusto Sousa de Barros²

No sistema democrático brasileiro, a importância dos partidos políticos vai muito além das disputas eleitorais, posto que são instituições nas quais o debate deve ser contínuo e permanente³ como um canal para as reivindicações da sociedade⁴, ou seja, são reconhecidos como um dos meios institucionais de formação da opinião e da vontade pública⁵.

Nesse sentido, apesar de suas deficiências, são considerados indispensáveis⁶ para a construção e legitimidade democrática das instituições políticas. Assim, diante da posição doutrinária quanto a sua essencialidade, bem como o fato de a Constituição exigir a filiação como condição de elegibilidade (art. 14, § 3º, inciso V, CR/88), discute-se muito a hipótese de perda de mandato eletivo por infidelidade partidária.

A fidelidade partidária⁷ além de disciplinada, por determina-

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. Email: analuisa.denavarro@gmail.com.

² Mestrando em Direito Político pela Universidade Federal de Minas Gerais. Brasil. Email: tarcisiobarrosadv@gmail.com.

³ E não de maneira meramente esporádica (de 2 em 2 anos ou de 4 em 4 anos). MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional. 9ª. Ed. São Paulo: Saraiva: 2014. p. 742.

⁴ É por meio deste que ocorrem os debates entre concidadãos que estão ligados por um ou mais ideais comuns, cujos objetivos são, dentre outros, estruturar esses ideais, organizá-los politicamente e buscar sua concretização.

⁵ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Crise da democracia representativa – Infidelidade partidária e seu reconhecimento judicial. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 100, p. 57-84, jan./jun. 2010, p. 78.

⁶ BAQUERO, Marcello. Op. cit. p. 21. Em igual sentido: ALCÁNTARA, Manuel; FREIDENBERG, Flávia. Organización y funcionamiento interno de los partidos políticos. In: ALCÁNTARA, Manuel; FREIDENBERG, Flávia. Partidos Políticos de América Latina. Salamanca: Ediciones Universidad, 2001. p. 03.

⁷ A fidelidade partidária era, inicialmente, prevista na Constituição de 1967, com redação da EC n. 01/69, sendo revogada pela EC n. 25/85. A Constituição de 1988 não adotou esse princípio, concedendo aos partidos a autonomia para “estabelecer

do período, pela Resolução 22.610/2007 do Tribunal Superior Eleitoral⁸, foi reconhecida recentemente pela Minirreforma Eleitoral (Lei nº 13.165/2015)⁹.

Acontece que, embora a Lei se refira a “detentor de cargo eletivo”, o Supremo Tribunal Federal possui recente entendimento¹⁰, de maio de 2015, no sentido de que a perda do mandato eletivo não se aplica às eleições majoritárias. Assim, apesar de toda a discussão desenvolvida doutrinária e jurisprudencialmente sobre os parâmetros em que poderia ser exigida, sua aplicabilidade continua sendo um tema de grande discussão, uma vez que dúvidas ainda pairam sobre a sua legitimidade e constitucionalidade¹¹.

Dessa forma, propõe-se tanto uma análise dos argumentos levantados quanto uma reflexão sobre a legitimidade e constitucionalidade da fidelidade partidária a luz do diálogo institucional que se consolidou de forma tão intensa e direta entre Legislativo e Judiciário. Como há claramente um desacordo institucional, um procedimento decisório se impõe¹², a fim de que se decida qual entendimento será dotado de autoridade¹³.

normas de disciplina e fidelidade partidária” (Art. 17, §1, CR/88). Além disso, o rol do art. 55 da CR/88, que prevê as hipóteses da perda do mandato, era entendido como rol taxativo, no qual não há a previsão de infidelidade partidária.

⁸ A referida Resolução foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.999/DF (de autoria do Partido Social Cristão) e 4.086/DF (de autoria do Procurador-Geral da República), sendo que ambas foram julgadas improcedentes pelo Supremo Tribunal Federal, reconhecendo-se a constitucionalidade da Resolução. **Disponível em:** <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em: 14 out. 2015.

⁹ Minirreforma eleitoral de 29/09/2015, que regulamentou o art. 22-A da Lei 9.096/95: “Art. 22-A - Perderá o mandato o detentor de cargo eletivo que se desfilial, sem justa causa, do partido pelo qual foi eleito” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

¹⁰ Proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.081/DF. Aplicabilidade distinta quando se tratar de mandato representativo decorrente de eleição pelo sistema proporcional ou pelo sistema majoritário explicitada no voto do Min. Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292424>>. Acesso em: 14 out. 2015.

¹¹ Ressalta-se, inclusive, que uma Ação Direta de Inconstitucionalidade foi proposta logo após a publicação da Minirreforma com a finalidade de que seja declarada a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do art. 22-A, da Lei 9.096/95, introduzido pela Lei 13.165 de 2015. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.398/DF, proposta em 15 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4867933>.

¹² MENDES, Conrado Hübner. Direito Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 207.

¹³ DWORKIN, Ronald. Freedom’s Law: The Moral Reading of the American Cons-

Apesar de se reconhecer a grande importância dessa dimensão deliberativa proveniente do discurso institucional, que é consideravelmente amplo e que contribui para a legitimidade democrática argumentativa, a presente proposta é demonstrar a necessidade da construção de uma teoria da autoridade para a resolução de impasses como esse, tão intenso e direto entre as instituições, ainda dentro da mesma rodada procedimental de reflexão sobre a aplicabilidade de determinação do princípio.

titution. N.y. Oxford University Press, 1996, p.2.

AFINAL, POR QUE *JUDICIAL REVIEW*?

Bonifácio José Suppes de Andrada¹⁴

É bastante razoável afirmar que nenhum outro assunto despertou tanta discussão – paixão – na literatura constitucionalista como o *judicial review*¹⁵. Desde 1803, data do célebre caso *Marbury vs. Madison*, uma densa e matizada doutrina foi construída paulatinamente em torno da legitimidade daquele instituto. A partir daquela data, igualmente, os países foram sucessivamente adotando algum modelo de controle judicial de constitucionalidade. Em sua essência, a tese da supremacia judicial, que dá vida ao próprio instituto, está firmada sob três relevantes premissas: (i) os países devem adotar uma carta de direitos fundamentais e atribuí-la um *status* jurídico superior ao da legislação ordinária; (ii) deve-se dotar o texto constitucional de certo grau de rigidez, de tal modo que a sua reforma exija um procedimento de reforma mais árduo do que aquele ordinário; (iii) deve-se conceder ao Poder Judiciário a competência de controlar a constitucionalidade das leis aprovadas e, se preciso, de anulá-las, sem a possibilidade de que a decisão judicial seja revista.

Em uma perspectiva histórica, podemos assinalar três ondas que recontam a trajetória do constitucionalismo nos últimos dois séculos: (a) de 1803 até 1945, a tese da supremacia judicial era minoritária,

¹⁴ Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos/MG, Especialista em Direito Público pelo Instituto de Educação Continuada (IEC) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG), Mestrando em Direito Público pela PUCMG.

¹⁵ Utilizaremos indistintamente as expressões “controle de constitucionalidade”, “revisão judicial das leis”, “*judicial review*”, “jurisdição constitucional” e “supremacia judicial”.

prevalecendo nesse período, sob inspiração franco-inglesa, o modelo da supremacia legislativa. Com exceção do caso norte-americano, as experiências do *judicial review* foram episódicas e rudimentares; (b) a partir de 1945 até o presente, nota-se uma escalada progressiva daquele instituto - esse fenômeno coincide com a significativa expansão dos regimes democráticos nos quatros cantos do globo; (c) entre as décadas de 1980 e 1990, percebeu-se a aparição de um novo modelo de controle, que viria a ser nomeado, posteriormente, como “o novo modelo de constitucionalismo da comunidade britânica” (GARDBAUM, 2013). O nome indica a origem dessa recente experiência: Canadá, Nova Zelândia e Reino Unido, antigos bastiões da supremacia legislativa, desenvolveram um novo arranjo institucional que se pretende uma terceira via.

Se o *judicial review* é um tema corriqueiro nos debates acadêmicos, não é menos famoso entre os políticos. Ginsburg e Versteeg (2013) contabilizam que 83% dos regimes constitucionais utilizam-se de algum padrão de controle judicial de constitucionalidade. Essa constatação faz-nos questionar a principal objeção direcionada a esse instituto: permitir que cortes constitucionais desautorizem os parlamentos implica, inexoravelmente, em um déficit democrático. A pergunta, então, a que nos propomos investigar soa como um paradoxo: por que, então, a larga maioria das democracias constitucionais contemporâneas adotam conscienciosamente o controle judicial de constitucionalidade das leis?

Um caminho a se seguir, mas que nos parece insatisfatório, é o argumento das capacidades institucionais. Sustenta-se que as cortes constitucionais produzem – quase infalivelmente- resultados justos em razão do alheamento político e da expertise técnica dos seus membros. Os parlamentares, alegam, são demasiadamente reféns da “política miúda” cuja preocupação imediata não é a efetivação dos direitos fundamentais, mas sim arregimentar o maior número possível de eleitores de modo a garantir suas respectivas reeleições. Esse argumento da superioridade *ex ante* das cortes ante os parlamentos é mais retórico que convincente. E nem sequer foi empiricamente testado.

Por essa razão, pretendemos seguir um caminho alternativo, enveredado por Ginsburg (2003) e Hirschl (2007). A hipótese de trabalho desses autores é tentar compreender a razão pela qual uma elite política dispõe de seu próprio poder em prol de uma outra instituição, que em alguns casos inexistia ou era bastante incipiente até ser trazida para o centro de um sistema político-constitucional. O exemplo brasileiro é bastante elucidativo. Até a aprovação da Constituição de 1988, o

Supremo Tribunal Federal ocupava uma posição institucional secundária no sistema político. A atual Constituição brasileira, no entanto, promoveu uma mudança drástica no seu papel político, optando claramente por uma tendência *juriscêntrica* (HIRSCHL, 2007). Para um analista, criou-se, entre nós, uma “*supremocracia*” (VIEIRA, 2008).

É oportuno, portanto, retomarmos a discussão travada à época da Assembleia Constituinte para compreender os motivos que fizeram os constituintes optar por colocar o STF no centro da política brasileira e os objetivos perseguidos com esse realinhamento de forças institucionais.

DEMOCRACIA DELIBERATIVA, DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO E QUESTÃO *INTERNA CORPORIS*

ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A JURISPRUDÊNCIA
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

José Arthur Castillo de Macedo

O presente trabalho propõe a releitura à luz da democracia deliberativa da interpretação dada pelo Supremo Tribunal Federal a chamada questão *interna corporis* e o seu controle de constitucionalidade especialmente no âmbito do devido processo legislativo. Para isso, o trabalho foi dividido em três partes. Na primeira parte é apresentada a discussão sobre as chamadas questões políticas nos Estados Unidos, na França e no Brasil. O estudo dos dois primeiros países se justifica pois foram os construtores da noção de “questão política” como ela veio a ser pensada e discutida na prática brasileira. Em seguida, parte-se das decisões mais importantes do Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos sobre o tema para se estabelecer quais foram as mudanças de sentido sobre o que se entendeu outrora e o que se compreende contemporaneamente como uma questão política. Destaca-se mudanças importantes advindas a partir da Constituição de 1988, a qual, graças à sua extensão e devido ao ambiente institucional que promove, demandou uma reconfiguração da questão política. Apresenta-se que a chamada “doutrina” das questões políticas foram concebidas como matérias sobre as quais não se poderia pronunciar o Poder Judiciário, por serem

típicos atos de governo ou “atos políticos”, sobre os quais recairia somente a responsabilização política, não a jurídica. Segundo esta concepção, são atos de políticos, sobretudo ações de Estado referentes à relação entre o Executivo e o Legislativo e questões de política externa. A partir da questão política foi desenvolvida a noção de que não se pode exercer controle jurisdicional de constitucionalidade das questões internas às casas legislativas, as quais ficaram conhecidas como questão “*interna corporis*”. Na segunda parte do trabalho, a noção de democracia deliberativa desenvolvida pelos constitucionalistas Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella é usada como marco teórico para refletir sobre o tema. Essa concepção serve, em primeiro lugar, para problematizar a relação sempre tensa e complexa entre constitucionalismo e democracia. A partir da problematização desta relação tensa, são estabelecidos os pressupostos básicos da democracia deliberativa para os autores: a igualdade de todas as pessoas, a possibilidade de que todos os possíveis afetados possam participar do debate livre e robusto de ideais que deve preceder a implementação de uma decisão política e o caráter epistêmico das decisões provenientes deste debate. Expostos os pressupostos, ficam mais evidentes algumas críticas feitas ao arranjo institucional dominante em muitas democracias e, especialmente, a democracia brasileira. São apresentadas também as hipóteses excepcionais nas quais o controle de constitucionalidade pode contribuir para o fortalecimento do caráter epistêmico das decisões públicas e com isso fortalecer a própria democracia. O respeito às condições necessárias para a tomada de uma decisão com valor epistêmico é uma das hipóteses nas quais, segundo Nino, é legítimo o exercício do controle de constitucionalidade. Esta hipótese serve como primeiro ponto de partida para refletir sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito das questões *interna corporis*. Na terceira parte do trabalho, é apresentada uma reflexão a partir das considerações feitas na primeira parte, e, sobretudo, dos pressupostos expostos na segunda parte do trabalho. Para que a reflexão seja mais aprofundada, foi estabelecido um recorte. Assim, estuda-se o caso do Mandado de Segurança nº 22503-3, no qual o Supremo Tribunal Federal teve que enfrentar a discussão sobre a possível violação do §5º, do art. 60 da Constituição por disposições do regimento interno da Câmara dos Deputados. Após a análise dos principais posicionamentos dos ministros, é feita uma reflexão tomando como referencia as contribuições de Nino e de Gargarella a respeito da necessidade do controle de constitucionalidade em hipótese de desrespeito ao devido processo legislativo. Com o objetivo de

repensar o status exclusivamente político de tais questões, é retomada a tensão entre constitucionalismo e democracia, a partir da metáfora de Benhabib, de um jogo cujos jogadores são também árbitros e criadores das regras. Com isso, pode-se demonstrar que há hipóteses nas quais a questão *interna corporis* deixa de ser questão política e deve ser fiscalizada pelo STF. Por fim, é discutida a possibilidade de impetração do mandado de segurança por cidadão, não só por parlamentar como é o entendimento dominante da Corte hoje, para que seja impedida a violação do devido processo legislativo.

JUSTIÇA ELEITORAL: UM DESAFIO À SEPARAÇÃO DE PODERES

*João Andrade Neto*¹⁶

*Roberta Maia Gresta*¹⁷

A presente pesquisa busca redefinir a separação de Poderes e propor um modelo adequado ao sistema jurídico brasileiro a partir do estudo das funções estatais desempenhadas pela Justiça Eleitoral. O tema da separação de Poderes vem sendo estudado, no Brasil, de forma acrítica e artificialmente abstrata, a partir de um modelo europeu inspirado em Kelsen e Montesquieu, mas em crise na própria Europa (SWEET). Partindo desse modelo, há quem chegue a afirmar que não é difícil distinguir as funções estatais judicial, legislativa e administrativa (SILVA). Entretanto, por ser incapaz de explicar como as instituições brasileiras realmente funcionam, tal modelo não resiste a um teste de adequação. Uma concepção de separação de Poderes adequada ao sistema jurídico brasileiro tem que levar em conta as particularidades desse sistema e responder ao desafio representado pela Justiça Eleitoral.

¹⁶ Doutorando em Direito pela Universität Hamburg (UHH), Alemanha; mestre em Direito pela UFMG; analista judiciário lotado na Assessoria Jurídica do Juiz Membro V e instrutor interno do TRE-MG. E-mail: andradeneto.joao@gmail.com.

¹⁷ Doutoranda em Direito (UFMG). Mestre em Direito Processual (PUC Minas). Especialista em Direito Processual (IEC- PUC Minas). Professora Universitária (Faculdade Arnaldo Jansen) e de Pós-Graduação Lato Sensu (PUC Minas). Assessora Jurídica no Gabinete de Juiz Membro e instrutora interna (TRE/MG). Membro-fundadora da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP). Brasil. E-mail: robertamg@ufmg.br.

A Justiça Eleitoral desafia concepções tradicionais de separação de Poderes, primeiro, porque concentra funções tanto judiciais típicas quanto administrativas, normativas e consultivas. Em segundo lugar, a natureza das questões colocadas sob a jurisdição eleitoral torna ingênua a concepção amplamente difundida e, em geral, não-problematizada de que juízes não devem decidir questões políticas. Não bastasse isso, as cortes eleitorais não ficaram imunes à nova disposição judicial de ampliar o escopo das questões que lhes compete decidir, o que torna ainda mais difícil avaliar casos de *abuso de poder jurisdicional* ou *judicialização da política*.

Tomando a Justiça Eleitoral como caso de estudo, pretende-se propor um modelo de *separação de poderes*, ou, mais precisamente, de funções estatais, que seja adequado tanto empírica quanto normativamente à realidade brasileira. Considera-se que o modelo é adequado: (1) empiricamente, se for capaz de descrever em larga medida o funcionamento real das instituições jurídicas brasileiras; (2) normativamente, se for capaz de justificar o funcionamento correto e oferecer parâmetros de crítica e correção da atuação estatal não justificável (incorreta). Além disso, indaga-se quais os limites de atuação legítima da Justiça Eleitoral em cada caso, o que implica propor contornos para cada uma das funções estatais por ela exercidas. E na medida em que se apresentam critérios para separar atuações judiciais legítimas e ilegítimas, lançam-se premissas para avaliar a legitimidade da interferência da jurisdição constitucional sobre o processo eleitoral. Sendo assim, esta pesquisa não aproveita somente ao Direito Eleitoral.

A inadequação de outras propostas que procuraram resolver o problema da separação das funções estatais desempenhadas pela Justiça Eleitoral já fora abordada em trabalhos anteriores, em que se sustentou: (1) que as teses tradicionais acerca da separação de poderes, como a organicista, a empírica, a pragmática e a personificadora, não fornecem critérios consistentes para distinguir as funções exercidas pela Justiça Eleitoral; (2) que as funções estatais só podem ser compreendidas a partir do *regime jurídico* que conforma cada uma delas e não pode ser recusado pelo agente estatal que as desempenha (ANDRADE NETO; GRESTA).

Segundo Andrade Neto, cada regime jurídico se define de acordo com os princípios constitucionais que a função estatal visa a concretizar e, particularmente, conforme se trate de princípios em sentido estrito (função jurisdicional) ou políticas públicas (função administrativa) (DWORKIN). Já Gresta contrapõe as demais funções estatais à jurisdição: há atividade propriamente jurisdicional quando a atuação se submete a um *regime de passividade*, que repele a iniciativa e a parcialidade do órgão judiciário

(COSTA; MACIEL JÚNIOR; LEAL). Essas propostas não se excluem, mas se complementam; os critérios apresentados, construídos respectivamente a partir da teoria constitucional e da teoria geral do processo, podem ser associados com ganho de densidade.

No presente estudo, ambas as linhas de investigação convergem para uma concepção própria de *tipicidade da jurisdição constitucional brasileira*. Outros autores já afirmaram que, em razão da previsão de controle difuso e concentrado de constitucionalidade, no Brasil, toda jurisdição é constitucional (DIAS). Contudo, este trabalho inova ao propor que *essa cumulação de sistemas de controle de constitucionalidade deve produzir impacto na classificação das funções estatais brasileiras*, o que tanto a teoria constitucional quanto a teoria geral do processo parecem ignorar. Pretende-se demonstrar, ao final, que, *a característica distintiva do regime jurídico da função jurisdicional é a competência para pronunciar a inconstitucionalidade da lei cuja aplicação, a priori, lhe incumbia, e deixar, sob tal fundamento, de aplicá-la*. Por ser distintiva do regime jurídico jurisdicional, essa competência não pode ser exercida pelos juízes eleitorais no exercício das funções administrativa e normativa. Tal é a contribuição autêntica que a presente pesquisa pretende oferecer para a construção de um modelo de separação de funções empírica e normativamente adequado ao caso brasileiro.

O FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS POR PESSOAS JURÍDICAS: UMA ANÁLISE PELAS LENTES DA LEGITIMIDADE DAS ELEIÇÕES E DA IGUALDADE POLÍTICA

*João Henrique Alves Meira¹
Deivide Júlio Ribeiro²*

O financiamento de campanhas tem sido tema recorrente na recente democracia brasileira. Tendo transitado pelo financiamento ex-

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Endereço eletrônico: <jhalvesmeira@gmail.com>

² Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Endereço eletrônico: <deividej@gmail.com>

clusivamente público e pelo financiamento público-privado, também chamado de “misto”, a forma como se permite arrecadar fundos para realização das campanhas eleitorais é periodicamente ressuscitada no debate político nacional, sendo alvo de diversas regulamentações legislativas e de inúmeros embates judiciais. Contudo, este tema ganhou importância fundamental na atualidade devido, principalmente, a dois acontecimentos: (1) a iniciativa da Reforma Política que se tornou foco dos holofotes midiáticos durante o primeiro semestre de 2015 – e que desaguou no que foi denominado por alguns de “mini-reforma política”; (2) o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4650.

Contudo, os dois fatos supramencionados só nos servem para demonstrar a importância que este tema tem no presente contexto nacional. Este estudo, apesar de lidar com o financiamento de campanha por pessoas jurídicas, pretende se ocupar de uma tarefa específica: analisar o financiamento empresarial de campanhas eleitorais a partir do artigo 14, § 9º, da Constituição Federal de 1988. Mais precisamente, a discussão que se pretende traçar se divide em dois momentos: o primeiro é de cunho político-filosófico, no qual travar-se-á uma discussão com base na tensão entre a legitimidade das eleições e a influência do poder econômico; o segundo momento analisará a igualdade no exercício do direito político perante uma perspectiva normativa, valendo-se da Teoria da Constituição e da Teoria do Direito; para então tentar traçar considerações finais sobre a constitucionalidade do financiamento empresarial de campanhas eleitorais nestas bases.

No que se refere à legitimidade das eleições e o poder econômico, o ponto inicial será averiguar o que pode ser entendido pela frase “legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico”. Seria a intenção do dispositivo impedir que haja qualquer interferência do poder econômico nas eleições, em um sistema no qual “o dinheiro é inocente até que se prove sua culpa”⁴? Seria possível falar de uma eleição democrática em um Estado Democrático de Direito sem influência

³ Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.)

⁴ WALZER, Michael. *Spheres of Justice*. Washington: Library of Congress, 1983.

do poder econômico, quando este Estado é moldado para se enquadrar no sistema econômico capitalista? Será que a “diminuição da importância do dinheiro na política coincide com o ideal de uma relação mais orgânica e consciente entre os partidos políticos e seu eleitorado”⁵? Até onde seria possível falar em legitimidade da influência do poder econômico nas eleições? A argumentação perante tais indagações será construída por meio do diálogo da Teoria da Democracia e de outras temáticas da filosofia política, como a Teoria da Distribuição. Pretende-se, com ajuda da filosofia política traçar parâmetros que permitam definir o que seria o poder econômico e qual seria o limite de atuação dele na esfera política, estabelecendo a linha que separa uma influência do poder econômico legítima de uma ilegítima.

Depois de estabelecidos estes parâmetros para interpretação do § 9º do artigo 14 da CF/88, será discutida a questão do exercício de direitos políticos por pessoas jurídicas perante a Teoria da Constituição e da Teoria do Direito; pois, afinal, é possível falar em exercício de soberania por meio de pessoas jurídicas? Se sim, isso não pressupõe que nem todo exercício de direitos políticos está intimamente relacionados à soberania popular? E quanto à igualdade de direitos entre os cidadãos? Não há ofensa à igualdade quando se possibilita o exercício de direitos políticos por pessoas jurídicas?

Imagina-se que as dúvidas trazidas por esta abordagem oferecerão uma perspectiva construtiva ao debate do financiamento eleitoral, que só tende a evoluir na constante discussão pública que nosso sistema democrático nos garante. Consequentemente, ansiamos por auxiliar no aperfeiçoamento de nosso Estado de Direito, mesmo que de maneira ínfima, no exercício da reflexão aqui proposta.

⁵ SPECK, Bruno Wilhelm. O financiamento de campanhas eleitorais. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima (Org.). Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007.

FINANCIAMENTO POLÍTICO E ELEITORAL:**UMA ANÁLISE DO MODELO ALEMÃO**

Lucas Ribeiro Garro Lourenço⁶

A forma como as campanhas políticas obterão recursos financeiros é uma das principais questões que os Estados democráticos enfrentam, já que as eleições são os meios mais comuns de se exercer a democracia nos Estados modernos. Sendo assim é de uma relevância extrema que este tema seja exaustivamente discutido, uma vez que a forma como os partidos arrecadam recursos para as campanhas interfere diretamente nos rumos políticos do Estado.

Diversos são os estudiosos que se debruçam sobre este assunto buscando evidenciar as qualidades e os defeitos de cada uma destas três formas de subsídios eleitorais, que são elas o financiamento exclusivamente público, o exclusivamente privado e o misto. Esses estudos mostram a escolha por um sistema de financiamento de campanha unicamente privado pode dar às forças econômicas um grande poder de interferência na política, assim como pode contribuir e até mesmo facilitar a corrupção, uma vez que fiscalizar a origem e a movimentação do dinheiro privado pode ser bastante difícil. Ao se optar por um financiamento exclusivamente público o Estado poderá gerar, para si, um alto gasto, ao mesmo tempo em que este tipo de custeio, conforme seu modo de divisão pode concorrer para manutenção do “*Status Quo*” partidário, ou seja, diminuir a rotatividade parlamentar, contribuindo assim para que os grandes partidos obtenham cadeiras e cargos mais facilmente, enquanto os partidos menores se veem cada vez mais distantes dos cargos executivos e legislativos.

O sistema misto pode servir como um meio termo entre o financiamento exclusivamente público e o exclusivamente privado e assim evitar que os problemas que elas apresentam. Para que isto ocorra o sistema misto deve atuar de forma que as contribuições públicas complementem as privadas e vice-versa, ou seja, as públicas diminuiriam o poder de influência dos agentes econômicos, uma vez que os partidos não seriam totalmente dependentes da contribuição privada, enquanto as contribuições privadas poderiam suprir os partidos que fossem prejudicados pela forma de divisão da verba pública, contribuindo assim para a rotatividade. Entretanto na

⁶ Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas) e graduando em História pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), Brasil, lucasrgarro@gmail.com

maioria dos países que possuem um sistema misto as contribuições privadas são muito maiores que as públicas, ou o contrário, o que faz com que os problemas típicos do financiamento exclusivamente privado ou exclusivamente público ocorram.

Tendo em vista a relevância e as repercussões que a forma de contribuição eleitoral possui dentro de um sistema democrático, as Supremas Cortes se encontram envolvidas nesta discussão e nela interferem diretamente. Em muitos dos casos as Supremas Cortes contribuem para a consolidação e criação do sistema de financiamento de campanha adotado, como no caso dos Estados Unidos da América e da Espanha.

Debates e pesquisas sobre este assunto devem ocorrer sempre, uma vez que nos sistemas democráticos representativos a soberania pertence ao povo, sendo delegada aos representantes, logo o Estado deve sempre pensar formas que permitam que o povo se sinta devidamente representado. O subsídio eleitoral interfere nisso, já que ele pode fazer com que se diminua a rotatividade, além de poder aumentar a influência de forças internacionais, ou seja, pode contribuir para que um governo se torne menos democrático e representativo. Entretanto ele pode contribuir para o contrário, a forma de financiamento de campanha pode servir como um impulsionador da democracia e da representatividade.

O assunto aqui tratado é uma questão que se apresenta a todas as democracias e cada uma delas desenvolveu formas de lidar com ela, dentre estas formas podemos destacar a utilizada pela Alemanha. O sistema alemão de contribuição eleitoral é bastante peculiar e graças a isso ele é um dos que mais evidencia as contribuições que um bom sistema de financiamento pode gerar.

A partir do exposto acima, este estudo se dedicará ao sistema eleitoral alemão, tendo sempre como foco o seu modo de subsídio eleitoral, sendo que em um primeiro momento será observada mais especificamente sua criação, consolidação, fundamentos jurídicos, assim como suas contribuições para o sucesso da democracia alemã. O segundo momento será dedicado à análise das contribuições e interferências da Suprema Corte no sistema de financiamento de campanha, buscando entender como este tema se posiciona frente à jurisdição constitucional segundo a interpretação deste órgão do judiciário alemão.

A carta Constitucional Alemã, e de legislações ordinárias sobre seu sistema eleitoral como a lei eleitoral de 1956 e a de 1987, bem como as decisões da Suprema Corte Alemã e a bibliografia existente sobre o assunto serão as fontes principais deste estudo. Desta forma a análise qualitativa destas fontes será sua base, tendo em vista sempre os objetivos acima expostos.

O CONTROLE JUDICIAL DOS REGIMENTOS INTERNOS LEGISLATIVOS COMO INTEGRANTES DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

Lucas Tavares Mourão⁷

Há muito já se discute acerca da possibilidade de controle dos atos legislativos por parte do Judiciário. Teses mais vanguardistas vão defender que a previsão constitucional dos instrumentos regimentais e o alcance de suas medidas na esfera dos direitos fundamentais são pressupostos para o controle judicial. Por outro lado, doutrina mais resistente encontra proteção no entendimento tradicional e ainda majoritário do Supremo Tribunal Federal de que somente os atos constitucionalmente discriminados é que seriam passíveis de controle, ficando os demais – neles se incluindo os chamados *interna corporis* – restritos à análise exclusiva do órgão que os exarou.

O que se propõe com o presente trabalho é arejar a discussão sob o olhar da doutrina do bloco de constitucionalidade. De origem francesa, esta ideia passou por significativas transmutações desde a década de 70 do século passado até os dias atuais sem, contudo, encerrar-se em um conceito próprio. Enquanto na França o *bloc de constitutionnalité* sofre as amarras de uma interpretação restritiva, países como Espanha e Itália desdobram seu alcance nas normas tidas como materialmente constitucionais. Quer dizer, o país gaulês limita a força constitucional a poucos instrumentos dotados de hierarquia equivalente à Constituição, seguindo um padrão de constitucionalidade formal, enquanto que os demais se atrelam à noção de “parametricidade” das normas, conferindo *status* constitucional mesmo àquelas infraconstitucionais, mas que portam substâncias que envolvem direitos fundamentais e, portanto, podem ser usadas como parâmetro de controle das demais.

No cenário brasileiro entende-se que o parágrafo segundo do artigo 5º da Constituição abre as portas a um bloco próprio do país, o qual teria passado por um movimento evolutivo de quatro fases: a promulgação da própria Constituição, a possibilidade de se aprovarem emendas constitucionais, o reconhecimento jurisprudencial de princípios implícitos de direito fundamentais, e o entendimento do Supremo de recepção de trata-

⁷ Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto pelo Desenvolvimento Democrático. Brasil. Endereço eletrônico: lucastmourao@gmail.com.

dos internacionais de direitos humanos com força de emenda. Apesar da expansão interpretativa do conceito, em especial na doutrina, o que se vê é um posicionamento ainda tímido do STF quanto ao assunto. A Corte Maior está presa à ideia de supremacia formal, aceitação reducionista do legalismo constitucional.

O problema que aí se encontra é o arriscado engessamento interpretativo do ordenamento. Assim como é fluida a sociedade em suas inter-relações, também deve ser a sua interpretação, com espeque na hermenêutica moderna. Do contrário, a proteção dos princípios fundamentais se encontraria ancorada em fundamentos obsoletos mais rapidamente do que o Direito poderia acompanhar. Destarte, a aceitação de um bloco de constitucionalidade material que permita a análise de instrumentos outros, que não os constitucionalmente formais, é pressuposto basilar para o crescimento da sociedade brasileira como protetora das garantias fundamentais, visto que o Judiciário encontraria maior respaldo para exercer o controle de constitucionalidade das leis e atos diversos atentatórios à Constituição.

Com base na defesa de um bloco de constitucionalidade material brasileiro, o artigo proposto adota a tese de que os regimentos internos legislativos configuram normas materialmente constitucionais. Afinal, a partir do momento em que regulam as disposições gerais do processo legislativo, têm efeito direto sobre os direitos que dele serão decorrentes e sobre os princípios constitucionais que serão atingidos. Tamanho poder não passa despercebido. Norma que prevê atos capazes de interferir nos direitos constitucionais dos brasileiros só pode ser tida, conforme melhor doutrina, como dotada de conteúdo constitucional, portanto, sujeita a controle judicial.

Até mesmo os atos *interna corporis* constantes nos regimentos devem ser passíveis de controle, pois, se revelarem violação mesmo à norma regimental podem ter efeitos futuros na garantia básica de manifestação das minorias, por exemplo. Qualquer defasagem a algum setor do Legislativo é uma afronta também à parcela da população por ele representada, evidenciando que a maculação dos atos internos tem efeitos – mesmo que indiretos – nos pressupostos constitucionais, merecendo o devido controle contra as arbitrariedades.

Doutro giro, importa frisar que o controle que se defende não diz respeito à matéria dos atos regimentais, ou restaria configurada a violação do princípio da tripartição dos poderes. O controle deve se restringir ao procedimento dos atos e das decisões, se feito em respeito aos direitos de todos os participantes. Em havendo violação da formalidade de modo a atingir a pluralidade representativa ou outros direitos essenciais à democracia é que o Judiciário deve se manifestar.

Portanto, com base em vasta bibliografia nacional e estrangeira sobre a conceituação e o alcance do bloco de constitucionalidade, além da análise crítica de relevantes constitucionalistas pátrios que se posicionam de forma plural quanto ao enquadramento das normas regimentais, o que se defende é que estas últimas, nelas contemplados seus atos internos, são instrumentos materialmente constitucionais, haja vista o alcance de seus resultados sobre os direitos fundamentais, em especial. Razão pela qual se defende o controle judicial de constitucionalidade dos regimentos internos e de seus atos.

DEMOCRACIA, IGUALDADE POLÍTICA E LIBERDADE DE EXPRESSÃO:

AS POSSIBILIDADES E LIMITES DE REGULAMENTAÇÃO DO FINANCIAMENTO DE CAMPANHAS ELEITORAIS COM BASE NA OBRA DE RONALD DWORKIN.

Lucas Azevedo Paulino⁸

A preocupação com as regras que regulam o financiamento de campanhas eleitorais e de partidos e, conseqüentemente, a limitação e o controle da influência do dinheiro sobre a política, consiste em um dos principais desafios para ampliação da legitimidade e da qualidade das democracias contemporâneas. A intromissão desmedida do dinheiro nas campanhas implica a reprodução da desigualdade econômica presente na sociedade na arena política. Em função disso, grandes corporações – como bancos e empreiteiras – bem como as classes mais ricas acabam tendo um maior peso na definição dos resultados eleitorais, o que acarreta na sobre-representação dos interesses delas no Poder Legislativo e no Poder Executivo, em prejuízo dos demais cidadãos.

Não só no Brasil, como também em outras democracias do mundo, a necessidade de aperfeiçoar o marco regulatório do financiamento políti-

⁸ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais na Área de Estudo *Teoria Constitucional, Direitos Humanos e Instituições Democráticas*, pertencente à Linha de Pesquisa *Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito*. Brasil. Endereço eletrônico: <http://www.pos.direito.ufmg.br/>

co é debatida com frequência por parlamentares, por filósofos e cientistas políticos, por juristas, pela opinião pública e pela sociedade civil organizada. No Brasil, por exemplo, neste ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a Ação Direita de Inconstitucionalidade – a ADIn 4.650 –, declarando a inconstitucionalidade dos dispositivos da legislação eleitoral que: (a) instituem um limite às doações de pessoas naturais com base em percentual de seus rendimentos, (b) não definem tetos para o uso de recursos próprios por candidatos e (c) permitem doações de pessoas jurídica.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte também já teve a oportunidade de julgar alguns casos que envolviam a constitucionalidade de regras de financiamento eleitoral, como *Buckley v. Valeo* em 1976 e, recentemente, mais uma vez em *Citizen United v. Federal Election Commission* em 2010. Essas duas decisões foram analisadas e criticadas pelo filósofo Ronald Dworkin em seus escritos. A primeira, no ensaio '*Liberdade de expressão, política e as dimensões da democracia*' do livro do pensador '*A Virtude Soberana – teoria e prática da igualdade*'⁹. A segunda, no ensaio '*The decision that threatens democracy*'¹⁰ publicada no portal da The New York Review of Books.

Nos dois casos, a Suprema Corte americana decidiu que algumas regras que limitavam gastos às campanhas são inconstitucionais porque violavam a Primeira Emenda da Constituição dos Estados Unidos, que determina que o Congresso não pode legislar de modo que reduza a liberdade de expressão ou associação. Proibir um político, ou qualquer outra pessoa, de gastar o tanto que quiser para expressar suas convicções políticas, de acordo com a Corte, é restringir sua liberdade de expressão. No primeiro caso, Suprema Corte derrubou, principalmente, limites para gastos de candidatos e limites para gastos independentes (ou seja, os gastos por outros grupos ou indivíduos que não sejam candidatos e partidos políticos). No segundo, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou que corporações e sindicatos teriam o direito constitucional de gastar o quanto quiserem em propagandas para apoiar seus candidatos, de forma independente (embora a doação direta ainda permaneça proibida).

Segundo Dworkin, a interpretação de liberdade de expressão em uma democracia consorciativa da Primeira Emenda permite leis que limitem e regulamentem o discurso político quando tais leis não impedirem que o povo tome conhecimento de informações ou discussões que, do contrário,

⁹ DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 493-543

¹⁰ DWORKIN, Ronald. The Decision That Threatens Democracy. The New York Review of Books, 2010. Disponível em: <http://www.nybooks.com/articles/archives/2010/may/13/decision-threatens-democracy/>. Acesso em 15/10/2015.

estariam a seu alcance; quando não forem criadas para favorecer o governo, ou qualquer partido, ideologia ou política em detrimento de qualquer outra; quando não expressar qualquer pressuposto acerca da verdade, falsidade, perigo ou agravo de qualquer mensagem ou exposição, e quando tiver probabilidade de aprimorar o caráter democrático do discurso político público, tornando viável a participação de mais cidadãos em pé de igualdade, ou aprimorando a qualidade do discurso público, ou ambos. Para Dworkin, a igualdade dos cidadãos é destruída quando somente os ricos participam da contenda política, e ninguém confundiria esse modelo de política publicitária com a deliberação democrática¹¹.

Diante da relevância do tema financiamento eleitoral para as democracias contemporâneas, o presente trabalho tem por objetivo analisar os argumentos e as contribuições de Ronald Dworkin sobre o assunto de modo a oferecer subsídios teóricos e práticos para o debate brasileiro. Na primeira parte, serão abordadas as concepções teóricas de democracia, liberdade e igualdade política na obra do pensador. Na segunda, os dois escritos mais específicos do autor, acima citados, sobre democracia, liberdade de expressão e financiamento eleitoral.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *A Virtude Soberana*, op. cit, p. 537

A ATUAÇÃO DA JUSTIÇA ELEITORAL NO PROCESSO POLÍTICO E ELEITORAL E AS REFORMAS POLÍTICAS

Marcia Rabelo¹²

No cenário político brasileiro está, cada vez mais, presente como tema de discussão matérias ligadas à política, dentre elas as reformas políticas e o grande número de candidaturas impugnadas pela Justiça Eleitoral na última eleição (2014).

Esta análise pode nos proporcionar boas reflexões sobre o sistema eleitoral brasileiro, e porque hoje a política está desacreditada pela maioria da população. Pior do que tornar as pessoas desinteressadas pela política é serem governados pelos que se interessam pelo poder, ganância e interesses pessoais. Quando o grande filósofo Aristóteles (384-322 A.C) em sua conhecida frase de que *“o homem é por natureza uma animal político”*, não sabia ele, que literalmente sua frase deu outro sentido nos dias de hoje, bem menos nobre do que no contexto de sua época.

Esse estudo, que não possui a finalidade de exaurir a matéria, mas trazê-la para o nosso campo de discussão, procura-se destacar a recorrência de fenômenos específicos, que nos chegam à análise por meio das informações disponibilizadas pelos tribunais eleitorais e procuradorias.

No ano 2014, presenciamos mais uma corrida eleitoral, onde se destacava no pleito a escolha dos membros dos parlamentos estaduais e federais e dos chefes dos poderes executivos estaduais e federal. Contabilizaram-se ao todo 26.160 candidaturas apresentadas por meio de 32 partidos políticos distintos, nos 26 Estados e Distrito Federal.

Destas candidaturas, 4.115 foram questionadas pelo Ministério Público Federal através de suas Procuradorias Regionais Eleitorais nos Estados. As impugnações traz um número bem expressivo, o que nos faz questionar o que estaria errado com a nossa política.

Na maioria das impugnações, os candidatos não apresentaram prestação de contas à Justiça Eleitoral e/ou que tiveram contas reprovadas

¹² Graduada em Direito (2010) e Especialista em Negociação Mediação, Conciliação e Arbitragem (2011) ambos pelo Centro Universitário de Goiás (uni-Anhanguera). Curso de Mestrado em Segurança Pública no Instituto Universitário de Polícia Federal Argentina - IUPFA (2013). Aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito Constitucional na Universidade de Buenos Aires (UBA). É Policial Rodoviário Federal (PRF) e Instrutora de Direitos Humanos e Cidadania da Academia da PRF. E-mail: rabelo.m@hotmail.com

pelos Tribunais de Contas. No caso das prestações de contas eleitorais, se considera ausência de condição de elegibilidade, conforme prevista na Lei Complementar nº 64/1990.

Outros casos de impugnação foram alterados ou mesmo passaram a ser previstos apenas depois da Lei Complementar nº 135/2010, a chamada Lei da Ficha Limpa, que adicionou novas causas de inelegibilidade e passou a vigorar em 2012, e que no ano de 2014 vários candidatos foram atingidos por ela, tendo em vista as condenações por: improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito; abuso de poder econômico e político; doações para campanhas eleitorais acima do limite legal; condenações criminais e por órgão de classe, etc.

Tivemos até mesmo instauração de procedimentos pela Procuradoria Regional Eleitoral em Minas Gerais (PRE/MG)¹³ para apurar possível prática do crime de falsidade ideológica por dirigentes ou representantes de partidos políticos que apresentaram pedido de registro de candidatura para mulheres que não pretendiam se candidatar nas eleições de 2014. A cota de gênero decorre de aplicação do artigo 10, § 3º, da Lei 9.504/97, que estabelece que todo partido político ou coligação deve preencher, nas eleições proporcionais, o mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo. Na prática, diante da maioria absoluta de homens na disputa, significa dizer que os partidos devem garantir que ao menos 30% de seus candidatos sejam mulheres.

Atualmente se trava um debate sobre as condições necessárias para uma reforma política para melhor organizar e regulamentar o processo eleitoral, algumas propostas como: mudança do sistema eleitoral; financiamento das campanhas; coligações partidárias, a divisão equitativa do tempo de propaganda; revogação de mandatos pelos eleitores (recall); reeleição; periodicidade das eleições; alterações na duração dos mandatos; cláusula de barreira, suplência, idade mínima para cargos, voto obrigatório, etc.

Se nossos parlamentares não contribuírem para a melhoria da política, e se possuímos uma parte relevante da população que não se importa com a política, seremos incapazes de cobrar de nossos representantes uma conduta honesta e proativa para a sociedade, a tendência é termos cada vez mais escândalos no campo político, e como a política é interligada, sua crise afeta também o contexto social e econômico

¹³ http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_eleitoral/dirigentes-de-partidos-politicos-serao-investigados-por-falsidade-ideologica.

do país.

Por isso a importância de se debater essas questões e estudar os fenômenos políticos que faz parte de nossas vidas, e que *o analfabeto político* seja apenas um poema do Poeta e dramaturgo alemão, Bertold Brecht¹⁴, e não a realidade de nosso País.

¹⁴ Em seu poema “O Analfabeto político”, Bertold Brecht sustenta a tese de que o cidadão que se aliena das discussões políticas é o maior responsável pela vitória dos corruptos e dos maus políticos.

VOTAÇÃO DA PEC DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL: ARTIFÍCIO OU FORMALIDADE REGIMENTAL?

Maria Clara Barros Mota¹

Matheus Cazeca Oliveira Ferreira²

O processo legislativo é, em linhas gerais, o processo de elaboração das leis (FERREIRA FILHO, 2012) e se forma por diversas fases e instrumentos, que não se esgotam na regulamentação constitucional. É composto do conjunto de atos preordenados realizados pelos órgãos legislativos, visando à formação dos instrumentos normativos, tais como a iniciativa, emenda, votação, sanção e veto (SILVA, 2014). O detalha-

¹ Brasil. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Assessora no Núcleo de Suporte ao Gabinete, da Secretaria de Casa Civil e Relações Institucionais do Governador de Minas Gerais (SECCRI-MG) e no Conselho de Ética Pública (CONSET). Pesquisadora voluntária da Comissão da Verdade em Minas Gerais (COVEMG). Membro efetivo do Grupo de Constituição e Política (GCP) da Faculdade de Direito da UFMG. Foi estagiária-visitante na Câmara dos Deputados. claramota@ufmg.br

² Brasil. Graduando em Direito Pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Estagiário da Assessoria Técnico-Legislativa da Secretaria de Casa Civil e Relações Institucionais do Governador de Minas Gerais. É monitor da disciplina Teoria da Constituição, do Departamento de Direito Público da Universidade Federal de Minas Gerais. Pesquisador voluntário da Comissão da Verdade em Minas Gerais (COVEMG). Pesquisador do Centro de Estudos sobre Justiça de Transição (CJT). Monitor do Grupo de Estudos sobre Constituição e Política (GCP) da Faculdade de Direito da UFMG. Foi estagiário-visitante na Câmara dos Deputados. cazeca@ufmg.br

mento do processo legislativo está disposto pelos regimentos internos das casas legislativas, além do Regimento Comum do Congresso Nacional. Considerando tais regimentos como importantes instrumentos de regulação do processo legislativo, o presente trabalho se propõe a analisar os aspectos formais, tanto constitucionais quanto regimentais, da votação da Proposta de Emenda à Constituição 171/93, que altera a redação do art. 288 da Constituição Federal (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos), não se fazendo qualquer análise quanto ao mérito da questão.

Por tratar de tema de grande relevância social, tal PEC recebeu especial atenção da população, tendo a votação grande repercussão, já que, após a rejeição do substitutivo em 30/07/2015, muitos entenderam que a redução da maioria penal havia sido rejeitada. No dia seguinte, para a surpresa destes, uma medida parecida foi aprovada. É possível evidenciar, nesse quadro, problemas conceituais provenientes, sobretudo, do desconhecimento regimental. Nesse sentido, o objetivo do presente trabalho é tentar esclarecer o procedimento ocorrido.

Para o caso em tela, é importante compreender um instrumento do processo legislativo previsto no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD): a emenda a proposições, que é, segundo a definição regimental, uma proposição apresentada como acessória de outra. E, como *accessorium sequitur principale*, a emenda segue o projeto ao qual é vinculada. Os tipos de emenda existentes, de acordo com o RICD, são: supressiva, aglutinativa, substitutiva, modificativa e aditiva.

Em relação ao processo de votação da PEC 171/93, houve a apresentação de diversas emendas. Em 30/07/2015, foi rejeitada uma emenda substitutiva. Esse tipo de emenda é também conhecida por “substitutivo”; ela altera substancialmente ou formalmente a proposição inicial. É usada para englobar várias sugestões de alteração da proposição principal (CARNEIRO; SANTOS; NETTO, 2014). De acordo com o art. 191, II, RICD, quando é apresentado por uma comissão, o substitutivo é votado antes do projeto original. No caso em estudo, o substitutivo foi apresentado pela Comissão Especial de Proposta de Emenda à Constituição nº 171. Se fosse aprovado, prejudicaria a proposição inicial, substituindo-a. Como foi rejeitado, a proposição inicial (a PEC), deverá ser votada por último, após as demais emendas. O prejuízo do substitutivo não prejudica a PEC, uma vez que esse é acessório a ela. Dada a rejeição do Substitutivo adotado pela Comissão³, prosse-

³ Votos: Sim - 303; Não - 184.

guiu-se com o processo de votação.

Na sessão seguinte, foi apresentada e aprovada a Emenda Aglutinativa nº 16. As aglutinativas resultam da fusão de outras emendas, ou destas com o texto, por transação tendente à aproximação dos respectivos objetos. Esse tipo de emenda possui um regime especialíssimo, por ser a única espécie de emenda que pode ser apresentada durante a votação e implicar o adiamento da votação da matéria por uma sessão (CARNEIRO; SANTOS; NETTO; 2014). Interessante salientar que, mesmo em caso de PECs, que são votadas em dois turnos, a votação da aglutinativa ocorre em um turno. A emenda aglutinativa nº 16 foi aprovada⁴ e, por conseguinte, as demais emendas ficam prejudicadas.

Em 19/08/2015, houve, em segundo turno, a aprovação da PEC 171/93 na Câmara dos Deputados. A matéria, em seguida, foi encaminhada ao Senado.

Cabe destacar que a rejeição de qualquer um dos tipos de emendas previstas no art. 118 do RICD não prejudica o projeto inicial, visto que emendas são acessórias a ele. Neste sentido, diferente do que muitos invocaram no debate sobre a legitimidade da votação, a rejeição do substitutivo não implica em prejuízo à PEC. E, assim, não houve violação ao art. 60, §5º da CR/88, já que o Processo Legislativo ainda se encontrava em curso.

A não violação à Constituição fica ainda mais clara a partir da análise do art. 191, V, do RICD, segundo o qual, uma vez rejeitado o substitutivo, segue-se a votação das demais emendas e, por último, caso as emendas também sejam rejeitadas, vota-se o projeto inicial, no caso, a PEC. O substitutivo é uma parte da votação do projeto e, como tal, não prejudica sua totalidade ao ser rejeitado.

Em relação à Emenda Aglutinativa, *mister* destacar que o procedimento estabelecido para apresentação e para votação foram respeitados, já que esta é a única espécie de emenda que pode ser apresentada durante a Plenária. O prazo também foi respeitado, haja vista que o adiamento da sessão é facultativo.

Em resumo, destaca-se que votação da PEC 171/93 ocorreu conforme a previsão regimental e, mais que isso, em conformidade com a Constituição. Não houve golpe, não houve artifício; houve a aplicação do devido processo legislativo.

⁴ Votos: Sim - 323; Não - 155; Abstenção - 2

OS ENTULHOS NO CAMINHO DA TRANSIÇÃO DEMOCRÁTICA BRASILEIRA

Melina Girardi Fachin¹

Lídia Suellen Noronha Lima²

Falar sobre a necessidade de consolidação democrática não é negar o avanço conquistado nas últimas décadas em razão das constantes lutas e resistência política encampadas por diversos setores sociais, mas sim atentar para resquícios do legado autoritário presente na cultura estatal e jurídica. É nesse influxo, constituído a partir da ruptura dos regimes autoritários e do esforço de(re)construção e estabilização democrática, que se iniciamos debates acerca da Justiça de Transição, tema bastante próprio do contexto sulamericano. Ainda que não haja um consenso sobre o conteúdo dessa transição, dentre seus pilares constitutivos figura a reforma das instituições. Essa perspectiva, ao lado da responsabilização dos perpetradores de violações aos direitos humanos, é incipiente na realidade brasileira que mais avançou nos aspectos voltados à reparação e as medidas de memória e verdade. Sabidamente, a promulgação de uma Constituição calcada em ideais democráticos não é suficiente para consolidar a transição de regimes. O novo poder constituinte confere legitimidade e reveste as instituições de caráter democrático. No entanto, somente a ação política é capaz de conferir concretude à democracia que está em constante movimento e construção. Exsurge, pois, a importância dessa diretriz transicional que vai além da dissolução das instituições responsáveis pelas violações dos direitos humanos e da retirada dos agentes responsáveis por tais atos da máquina estatal. É preciso densificar o ideal democrático e a consolidação do Estado Democrático de Direito, o que pressupõe nova mirada sobre o agir estatal, a ressignificação do espaço público e a remoção dos entulhos autoritários legados. As marcas herdadas da

¹ Professora de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em Direitos Humanos, pela PUC-SP e mestre em Filosofia do Direito pela PUC-SP. Visiting Researcher da Harvard Law School. Advogada Sócia da banca Fachin Advogados Associados.

² Acadêmica do quarto ano de Direito da Universidade Federal do Paraná. Membro do núcleo de Pesquisa Constitucionalismo e Democracia. Bolsista de Iniciação Científica/Tesouro Nacional. Monitora de Teoria do Estado e Ciência Política/2013 e Criminologia/2015. Estagiária da banca Fachin Advogados Associados.

ditadura civil-militar não somente assombra a vivência democrática hodierna, como ainda transparecem, seja na atuação dos Tribunais, das Polícias, nos regimentos internos e no processo de aplicação de criação e aplicação de leis, algumas notadamente inconstitucionais, como a Lei de Segurança Nacional, que resiste no ordenamento pátrio sob o sangue do passado e o silêncio do presente. Não se pode deixar de mencionar a implementação “*a contas gotas*” da justiça de transição no Brasil, entretanto, reivindicar seu potencial transformador é deveras necessário em tempos conturbados de invocação, aplicação, e até mesmo, defesa da Lei de Segurança Nacional na repressão da população, que outrora foi utilizada no combate do inimigo interno. É nesse influxo que reside a Justiça de Transição, como importante instrumento de aprofundamento e consolidação da democracia e do constitucionalismo. Destarte, o presente ensaio visa confrontar as reminiscências autoritárias nitidamente herdadas do período ditatorial, sob o exemplo da Lei de Segurança Nacional, e a justiça de transição perante o enfoque da reforma das instituições.

O PROTAGONISMO POLÍTICO DO PODER JUDICIÁRIO: A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL FRENTE À LEGISLAÇÃO ELEITORAL BRASILEIRA

Paulo Vinicius Liebl Fernandes³

Com a irradiação do constitucionalismo, os órgãos judiciais assumiram um importante papel no desenho institucional das democracias ocidentais. A incorporação ao texto constitucional de conceitos jurídicos indeterminados, aliado à adoção de modelos de constitucionalização abrangente e de sistemas de controle de constitucionalidade, aproximaram os Tribunais de questões morais, econômicas, políticas e ambientais profundamente controversas. Esse contexto propiciou o surgimento do fenômeno global da judicialização da política. Tal fenô-

³ Acadêmico do 4º ano do Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná - Curitiba, Paraná, Brasil. paulo.liebl@hotmail.com.

meno é inerente às ordens constitucionais contemporâneas, mas a sua potencialização pode gerar um desequilíbrio desproporcional entre os poderes na direção de um protagonismo judicial. A doutrina estadunidense foi uma das primeiras a enfrentar a problemática sobre qual deveria ser o papel e a forma de atuação do judiciário nos arranjos institucionais modernos. No Brasil, a nova ordem constitucional criou um ambiente propício para surgimento do fenômeno da judicialização da política uma vez que elevou a importância do judiciário no arranjo institucional dos poderes e ampliou os instrumentos de acesso à jurisdição constitucional. O Supremo Tribunal Federal demorou a compreender a nova realidade trazida pela Constituição de 1988. Contudo, com as mudanças na sua composição, iniciadas no Governo FHC, e a influência exercida pelo Ministro Gilmar Mendes, a Corte passou a ter uma participação mais ampla na concretização de valores e fins constitucionais, interferindo, com maior frequência, nos campos de atuação dos demais poderes. Essa mudança no modo de atuar levou o Supremo Tribunal Federal a exercer um protagonismo no cenário político nacional, especialmente no que toca à implementação de políticas públicas, à ampliação do âmbito de proteção dos direitos fundamentais e à modificação das regras do jogo democrático. Como consequência, os poderes representativos tiveram os seus campos de atuação esvaziados ou limitados. Diante disso, o presente trabalho debruçou-se sobre a problemática do desequilíbrio institucional dos poderes promovido pelo protagonismo judicial verificado nos julgamentos sobre questões político-eleitorais. Inicialmente, procurou-se apresentar as principais teorias doutrinárias que se ocuparam em determinar o papel e o modo de atuação do judiciário nos sistemas políticos contemporâneos. Em virtude da limitação do trabalho, optou-se por apresentar exclusivamente as teorias que permearam o debate sobre o papel do judiciário nos Estados Unidos. Em seguida, abordou-se o fenômeno da judicialização da política tendo como foco, primeiramente, o fenômeno mundial e, posteriormente, a judicialização no Brasil. Em seguida, analisou-se o minimalismo de Cass Sunstein e as possíveis contribuições que a sua teoria pode trazer para promoção de um maior equilíbrio institucional no Brasil. Por fim, o estudo tratou de analisar, à luz dos conceitos de perfeccionismo e minimalismo definidos por Sunstein, a atuação do TSE e do STF em três casos recentes de redefinição das regras do jogo democrático, os julgamentos sobre: a verticalização das coligações; a definição do número de vereadores; e, a fidelidade partidária. Com a análise, verificou-se a predominância de argumentos morais e políticos nos votos prolata-

dos e a criatividade, por parte de alguns Ministros, na interpretação de princípios constitucionais. A partir disso, concluiu-se que apesar da pequena resistência minimalista nas Cortes, tanto a maioria dos membros do TSE quanto a maioria dos membros do STF alinharam-se à corrente perfeccionista. Isso demonstra que, em matéria político-eleitoral, há um incentivo por parte dos magistrados em promover o protagonismo judicial, pois buscam solucionar todas as mazelas do sistema político-eleitoral judicialmente, sem permitir que os poderes representativos também apresentem as suas soluções. Tal realidade afasta o sistema político brasileiro do modelo de democracia deliberativa e o coloca na direção de uma juristocracia.

A ALTERAÇÃO NA FORMA DE ESCOLHA DE MEMBROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS POR MEIO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL ORIUNDA DE INICIATIVA POPULAR:

UMA INTERPRETAÇÃO CRIATIVA E DEMOCRÁTICA DO
ARTIGO 75, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Rodrigo Monteiro da Silva⁴

Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição. Esta é a dicção do artigo 1º, parágrafo único, da Constituição da República Federativa do Brasil. Esse mesmo artigo demonstra que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a soberania, restando claro que o real detentor do poder soberano é o povo. O poder estatal, assim, somente poderá ser concebido como de propriedade insofismável do povo. Não pode existir poder que não seja exercido em nome e em favor da sociedade, sendo inviável conceber a mera menção a qualquer poder superior à coletividade. O princípio da soberania popular é, pois, de observância obrigatória, sob pena de se desmascarar a fachada dos

⁴ Mestrando em Direitos e Garantias Fundamentais, pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV; Membro do Grupo de Pesquisa Estado, Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais (FDV); Especialista em Direito Público pela Universidade Gama Filho (RJ); Promotor de Justiça. rodrigomonteiro.es@gmail.com.

Estados que se dizem erigir sobre regimes democráticos e bases institucionais sólidas. O princípio democrático exige a participação livre e igual daqueles sobre cujas vidas as decisões podem repercutir. Uma das formas de utilização do poder diretamente pelo povo é a iniciativa popular, prevista nos artigos 14, III e 61, § 2º, da Constituição Federal. A leitura do artigo 60, do texto constitucional, nos revela que não existe previsão expressa de alteração da Constituição por meio de iniciativa popular, fato que não se repete em diversas constituições estaduais. As constituições de 17 (dezessete) estados, bem como a Lei Orgânica do Distrito Federal, estabelecem a possibilidade de alteração dos respectivos textos por meio de emenda oriunda da vontade direta do povo. Existiria, então, nos estados (e no Distrito Federal) que permitem a alteração da Constituição por meio de iniciativa popular, vedação à alteração da forma de escolha dos Conselheiros de Tribunais de Contas? O artigo 75, da Constituição Federal, impede, então, que nos Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Ceará, Espírito Santo, Goiás, Pará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande Norte, Rio Grande do Sul, Roraima, Santa Catarina, Sergipe, São Paulo e no Distrito Federal haja a alteração da forma de escolha dos Conselheiros dos respectivos Tribunais de Contas, a partir da provocação do povo? A resposta, obtida a partir de uma interpretação tradicional e restritiva seria “sim”, contudo, ao se buscar uma interpretação sintonizada com os fundamentos da República Federativa do Brasil e com os princípios constitucionais será possível constatar a real possibilidade de exercício direto de poder pelo povo, de modo que a forma de escolha dos membros das Cortes de Contas possa ser alterada por meio de proposta oriunda da direta vontade popular. Exige-se, assim, uma interpretação que surja para atender às demandas de uma sociedade que se tornou muito complexa, imune à interpretação tradicional do texto constitucional. O artigo 71, da Constituição Federal, nos revela que os Tribunais de Contas são órgãos técnicos que exercem auxílio ao Poder Legislativo. Infelizmente pode ser observado, principalmente, em nível estadual, que os Tribunais de Contas, ao longo da história recente, foram ocupados por políticos de carreira, com inobservância aos critérios objetivos fixados no artigo 73, da Constituição. Nesse contexto, cria-se um claro problema: deixa-se de lado o critério técnico para o exercício das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas, prevalecendo sempre a influência política, fato que leva à fragilização e estigmatização das Cortes de Contas. A solução para a situação apontada não pode e até hoje não foi alcançada por meio de uma interpretação tradicional do texto constitucional. Torna-se

urgente superar o modelo meramente formalista, de modo a conferir aos Tribunais de Contas representatividade e, sobretudo, legitimidade democrática, para que exerça com ampla autonomia e imparcialidade seu relevante papel trazido pela Constituição Federal. Uma abordagem mais dinâmica do princípio da simetria revela que as regras gerais trazidas no texto constitucional devem servir de norte aos legisladores estaduais, de modo que não haja, jamais, qualquer restrição ao real sentido atribuído pelo constituinte. No problema teórico em apreço, há o escopo de se recuperar a legitimidade democrática dos Tribunais de Contas, com o fortalecimento de suas respectivas decisões. Nesse particular, entende-se perfeitamente possível que por meio de proposta de emenda constitucional oriunda de iniciativa popular ocorra a alteração do modo de escolha dos Conselheiros dos Tribunais de Contas junto aos 17 (dezessete) estados anteriormente citados, bem como do Distrito Federal, para que haja, por exemplo, concurso público como requisito de ingresso, desde que observados os demais requisitos previstos no artigo 73, § 1º, da Constituição Federal.

DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO E BLINDAGEM DA DÍVIDA PÚBLICA

Claudia Beeck Moreira de Souza¹

Visando obter o encurtamento da distância entre a proposta constitucional e o cotidiano a doutrina se ocupou da construção de uma teoria sólida da jurisdição constitucional. Ao se verificar a incompatibilidade entre a previsão constitucional da realização de um direito e a realidade da sua inobservância, o Judiciário está autorizado a motivadamente condenar os poderes políticos. Todavia, a mencionada produção acadêmica faz ressaltar outra constatação: a vivência da Constituição depende de instrumentos de concretização que estão a cargo dos poderes políticos, do organizador e do fiscalizador do orçamento.

O orçamento público deve ser considerado o programa em que se firma a ideia de Constituição dirigente², visando determinar os rumos econômicos, definir prioridades e realizar o plano de governo dos eleitos³. A Constituição determina, inclusive, que o orçamento público seja construído em forma de legislação, de iniciativa do Executivo, discutida, emendada e aprovada no Legislativo⁴. Portanto, destaca-se, no plano constitucional, a existência teórica de um procedimento que intenta permitir a participação e o controle do orçamento⁵.

Acontece que existem objeções a transparência da ordem orçamentária. Isso porque importante parcela do orçamento é destinada as

¹Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Professora de Direito Constitucional do Centro Universitário UniBrasil, Brasil, contato: claudia_beeck@yahoo.com.br

²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

³O orçamento público em sua definição clássica era considerado como mero inventário de recursos, com relação das receitas e despesas. Na atualidade o orçamento se converteu em ferramenta para o desenvolvimento. Nesse sentido: BERCOVICI, Gilberto e MASSONETTO, Luis Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Econômica. In: Boletim de ciências econômicas, Coimbra, V. LXIX, p. 57-77, 2006.

⁴Título VI, Capítulo II, Finanças Públicas, art. 163 a 169.

⁵MENDONÇA, Eduardo Bastos Furtado de. A Constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil – Devido Processo Orçamentário e Democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

denominadas despesas obrigatórias⁶, além de que o orçamento é considerado autorizativo, o que permite que recursos discricionários possam ser contingenciados, especialmente para a manutenção da meta do superávit primário. Ou seja, existe uma parcela dos gastos que não está à disposição do Executivo e nem pode ser modificada pelo Legislativo.

Especialmente, veja-se o caso das despesas obrigatórias destinadas ao pagamento da dívida pública, bem como dos juros sobre o endividamento. Essa verba está blindada pelo sistema financeiro constitucional e a reiterada contratação de novas dívidas impõe limites para a realização de políticas de direitos fundamentais⁷. Segundo a legislação orçamentária anual de 2015, por exemplo, da receita total estimada de orçamento fiscal, no valor de R\$ 1.278.744.997.530,00, serão destinados ao refinanciamento da dívida pública R\$ 904.541.594.997,00⁸. Isto significa que o montante mencionado está blindado do manejo do Executivo e do controle do Legislativo.

É preciso conciliar o dever de cumprir a Constituição, adimplindo com as despesas obrigatórias, com o dever de cumprir a Constituição, possibilitando que o orçamento seja debatido nas instituições e revelado com transparência⁹.

⁶ Sobre o tema, ver: ROCHA, Francisco Sérgio Silva. Controle do orçamento público e o juízo de constitucionalidade: problemas na execução e na inexecução orçamentária. 341 f. Tese de Doutorado em Direito. Instituto de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Pará, Belém, 2010.

⁷ Nessa linha: “um orçamento que preveja uma dotação referente à compra de automóveis importados para servirem de carros oficiais, é qualitativamente desproporcional, pois a sua própria existência contrasta com a necessidade da medida. Enquanto milhões estão abaixo da linha da pobreza, os políticos eleitos escolhem os carros mais caros para trabalharem”. ANJOS, Pedro Germano. Limitações processuais e critérios jurídicos ao controle jurisdicional do orçamento público. Revista de direito público, Londrina, volume 4, n. 2, p. 99-116, mai/ago. 2009. p. 113.

⁸ Os dados apresentados foram extraídos da Lei Orçamentária Anual, Lei nº. 13115/2015, que instrumentaliza o orçamento público anual, tomando por conta as propostas do Plano Plurianual e das Leis de Diretrizes Orçamentárias.

⁹ Nesse sentido: WILDAVSKY, Aaron e CAIDEN, Naomi. The new politics of the budgetary process. Pearson Longman, 1997 e RUBIN, Irene S. The politics of public budgeting. 6 ed. Washington: CQ Press, 2006, além de BARROSO, Luís Roberto. MENDONÇA, Eduardo. O sistema constitucional orçamentário. In MARTINS, Ives Gandra; MENDES, Gilmar Ferreira e NASCIMENTO, Carlos Valder (Coords). Tratado de Direito Financeiro. Saraiva: São Paulo, 2013.

ORÇAMENTO PÚBLICO, LIBERDADES INDIVIDUAIS E PRESTAÇÕES SOCIAIS

A FALÊNCIA DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Daniela Olímpio de Oliveira¹⁰

É fato que o caráter *normativo* das leis orçamentárias vem sendo reconhecido paulatinamente, na contemporaneidade, pelas instituições jurisdicionais, haja vista uma estrutura jurídica manifesta em configurações de controle *institucional das instituições*. Refiro-me, por exemplo, à Lei Complementar n.º 101/2000 (a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal) que impõe parâmetros orçamentários e estatui sistemas de controle e propulsão orçamentários-financeiros aos entes estatais. Ainda, a própria estrutura constitucional vigente que prevê as formalidades de construção do projeto orçamentário legislativo, as vedações ao ente político, as competências políticas e a responsabilidade republicana. Diante desses fatores esquemáticos normativos, as disfuncionalidades do projeto legislativo orçamentário têm sido reconhecidas e corrigidas a partir de instituições externas àquela estrutura política, seja por meio das cortes de contas seja via órgãos jurisdicionais. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, neste contexto, passou a admitir o uso do controle de constitucionalidade para leis orçamentárias que fugissem ao padrão estrutural desenhado pela juridicidade estabelecida.

Outrossim, há uma interface social que o orçamento pugna em suas bases de normatividade técnica e formalista. A discricionariedade política confere ao orçamento a materialidade da execução administrativa das ações públicas, ressignificando a figura de *ato-condição* – se, por um lado, sem a devida consignação orçamentária não há a viabilidade de realização de despesas, por outro lado, a lei orçamentária exclui a realização de outros projetos político-constitucionais. O controle finalístico do orçamento público tornou-se também atuante em tema de efetividade de direitos sociais. A discricionariedade administrativa, em termos de controle jurisdicional de políticas públicas, está cada vez

¹⁰ Professora Assistente da Universidade Federal de Lavras (UFLA), Departamento de Direito. Doutoranda Direito e Sociologia pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Brasil. danielaolimpio@gmail.com.

mais reduzida pela agenda de direitos fundamentais propostos constitucionalmente. E esse dado respinga na escolha orçamentária. A atuação jurisdicional neste espaço tem crescido agora também em termos de *mérito administrativo*, haja vista a socialização do direito e a judicialização da política.

Observamos que o contexto que está a indicar a normatividade da lei orçamentária foi tomando forma também pelas questões inerentes à efetividade dos direitos sociais, estatuídos como programas constitucionais a serem obedecidos. Acompanhamos o aumento incessante e desmesurado da demanda social pela prestação jurisdicional. Não há como enfrentar um caso sobre direitos sociais e efetividade sem passar pelo exame substantivo (de *mérito*) do orçamento público.

Destacamos o recém julgado RE 592.581, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, em que se analisou a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas, no sentido de determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais. Sobreleva-se a questão do *estado de coisas inconstitucionais*, onde se estabelece o controle de constitucionalidade não sobre a norma abstrata ou sobre a omissão *stricto sensu*, mas sobre um *estado de coisas inconstitucionais*. O teor do julgamento considerou ser “lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana, não sendo oponível o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. O entendimento pela legitimidade de intervenção jurisdicional foi considerado a partir da perspectiva de direito individual emanada das ações do Estado, contrapondo-se ao argumento de se tratar de uma questão social e, portanto, discricionária. Observou-se, por exemplo, que o reconhecimento da responsabilidade civil imputada ao Estado em casos que chegam ao STF parece pressupor o direito subjetivo incontestável de integridade física e moral, portanto numa primeira dimensão individualizada dos direitos fundamentais.

Entendemos restar esvaziada a famigerada cláusula da reserva do possível, justificadora de políticas públicas sociais admissíveis ao que é financeiramente estabelecido. Da mesma forma, a discricionariedade política – legislativa e administrativa – também passam a sujeitar-se ao crivo jurisdicional da normatividade consentânea com a Constituição da República, reduzindo-se a escolhas burocráticas tão-somente. Os direitos sociais são mensurados individualmente, a partir da dignidade humana dimensionada casualmente. E em termos de lacunas orçamentárias, entendeu-se tratar de questão burocrática procedimental,

que merece ser de pronto atendido pela Administração e Legislativo.

O projeto orçamentário público ganha destaque, alcançado um status de melhor densidade normativa, reconfigurando jurisdicionalmente uma perspectiva de controle público. Não obstante, ainda resta ser fixado melhor parâmetro para a concretização social das normas constitucionais gerais e abstratamente consideradas.

O DIREITO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A RESERVA DO POSSÍVEL

UMA ANÁLISE DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E SEU IMPACTO NO ORÇAMENTO

Guilherme Lima e Silva¹

Natascha Alexandrino de Souza Gomes²

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais ganha assaz notoriedade em virtude das inúmeras ações judiciais que tramitam em todo o país e cujos objetos tratam, em sua maioria, da concessão de medicamentos pelos entes federados (direito à saúde) e matrícula de crianças em creches e pré-escolas (direito à educação). Contudo, dessas decisões depreende-se que tanto o direito ao mínimo existencial, quanto o argumento da reserva do possível, são frequentemente invocados pelos Tribunais como meros recursos retóricos, não sendo aplicados da maneira devida.

Entende-se que essa imprecisão, somada à falta de critérios racionais na fundamentação das decisões, causam impactos reais no orçamento público, sobretudo porque tais despesas não foram anteriormente previstas e, portanto, não observam os comandos constitucionais e legais sobre o tema.

Destarte, o presente trabalho busca propor parâmetros racionais para o enfrentamento dessas lides, especialmente no que se refere ao direito à saúde e à educação, mediante a análise do conceito, conteúdo e abrangência do direito ao mínimo existencial e do argumento

¹Graduando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Brasil. Email: limaesilva95@gmail.com.

²Mestranda em Direito e Inovação junto a Universidade Federal de Juiz de Fora. Bolsista CAPES. Brasil. E-mail: natascha.direito@gmail.com.

da reserva do possível, a fim de se evitar uma ilegítima atuação judicial causadora de um desequilíbrio financeiro-orçamentário.

Cumpra ressaltar que o suposto caráter meramente programático dos direitos fundamentais sociais é bastante invocado pela jurisprudência pátria; todavia, este não é o entendimento aqui adotado. Assim, considera-se que os direitos fundamentais sociais garantem verdadeiros direitos subjetivos; porém, aplicá-los ainda se mostra uma difícil tarefa, mormente em razão das limitações financeiras do Estado.

A metodologia utilizada fora revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, salientando, nesse sentido, que tanto os tribunais locais (TJMG), quanto nossa Corte Constitucional (STF), demonstram forte tendência a deferir prestações materiais, a serem garantidas pelo Poder Público, sem, contudo, sequer examinar as consequências da decisão sobre as contas estatais.

Outrossim, o marco teórico adotado tem como ponto de partida a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, esclarecendo, entretanto, que o faz de maneira crítica, uma vez que reconhece as dificuldades de se aplicar, na realidade brasileira, uma teoria de origem germânica.

Destarte, a conhecida solução proposta pelo jusfilósofo alemão para os casos de colisão de direitos fundamentais implica a aplicação da máxima da proporcionalidade. Assim, consoante a lei da ponderação, quanto maior o grau de não cumprimento ou de restrição de um princípio, maior deve ser também a importância da satisfação do outro.

Nos casos examinados, investiga-se a colisão entre o princípio democrático (princípio formal) e os princípios que abrigam direitos à saúde e à educação (princípios materiais) - salientando ser esse tipo de colisão perfeitamente possível, como ocorre, por exemplo, na fórmula de Radbruch, em que se verifica a colisão do princípio formal da segurança jurídica e o princípio material da justiça.

Em uma análise orçamentária do problema, o argumento comumente invocado pelo poder público é o da reserva do possível, cuja origem se remonta à decisão BVerfGE 33,303, *numerus clausus*, proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em 1972, no sentido de que os recursos financeiros do Estado não são ilimitados e, desta feita, há de se respeitar o binômio da razoabilidade da pretensão individual/social deduzida e existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas. Portanto, considera-se que o argumento da reserva do possível deve ser um recurso de prudência e responsabilidade no campo judicial. Assim,

a dialeticidade entre políticas públicas e o orçamento impõe limites, oriundos não apenas da escassez, mas também da má-alocação de recursos para a concretização dos direitos fundamentais sociais.

De outro norte, o direito ao mínimo existencial, de acordo com Alexy, é composto pelo núcleo essencial de determinados direitos fundamentais sociais, ou seja, pelas prestações estatais indispensáveis à garantia de uma mínima eficácia. Como seu conteúdo é variável no tempo e no espaço, no Brasil, o presente trabalho se propõe a investigar preceitos para a definição do núcleo essencial do direito à saúde e à educação, delimitando, pois, as prestações estatais definitivas que compõem o direito ao mínimo existencial.

Desta maneira, quando se trata da exigibilidade do mínimo existencial, nem mesmo o argumento da reserva do possível pode ser invocado, haja vista ser aquele direito subjetivo a priori definitivo; enquanto as demais prestações materiais, decorrentes dos direitos fundamentais sociais, dependerão de políticas públicas e ponderação.

ENTRE O DEVER DE PLANEJAR E O DEVER DE OBEDECER

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA ATUAÇÃO ESTATAL CONCRETIZADORA DO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL DE PROTEÇÃO À SAÚDE.

Lizziane Souza Queiroz Franco de Oliveira³

Mariana Vannucci Vasconcellos⁴

A saúde é direito de todos e dever do Estado, tutelada por diversos documentos tanto no âmbito internacional - Declaração Universal das Organizações das Nações Unidas, art. 25 – quanto no âmbito nacional, por meio da Carta Magna, em seu art. 60, regulamentado pela

³ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará – UFC. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professora Assistente da Universidade Federal Rural do Semiárido – UFERSA. Brasil. lizzianequeiroz@gmail.com

⁴ Doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professora da Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN. Brasil. mvv1710@gmail.com

Lei 8.080 de 19 de setembro de 1990. A proteção deste direito é ampla e abrange desde a vigilância epidemiológica até a assistência farmacêutica, fiscalização e inspeção de alimentos, por exemplo. É fato que o direito à saúde é um direito social fundamental de prestação, que impõe um dever ao Estado de prestação material aos indivíduos. A prestação a cargo do Estado deve ser em prol de um mínimo existencial que se reflete, exatamente, no mínimo que se considera necessário para preservar a dignidade do ser humano.

Ao se falar em dever prestacional a cargo do Estado, tem-se o custo que esse direito possui. Conciliar o alto custo que demanda a proteção à saúde com a limitação orçamentária de um Estado é uma tarefa difícil.

Para efetivar as políticas públicas formuladas em seu programa de governo, o Estado deve se valer do planejamento, pautando-se pelos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil. Como alcançá-los é uma decisão discricionária, mas não arbitrária. A discricionariedade residirá no modo escolhido para tutelar os direitos constitucionalmente consagrados, não cabendo ao Estado escolher quais direitos serão resguardados.

No cenário brasileiro o planejamento é o orçamento estatal, constituído por meio do PPA, LDO e LOA, e possui natureza jurídica de lei formal. O planejamento, qualquer que seja ele, controla a Administração quanto ao limite máximo de gastos, mas não obriga a realizar a despesa autorizada, em virtude de sua natureza simplesmente formal. O planejamento é um dever do Estado, mas gastar é apenas uma faculdade.

Entretanto, mesmo com planejamento, o Estado vê-se diariamente acometido de inúmeras decisões judiciais que o acusam de descumprir a proteção do direito à saúde. Se há um dever a cargo do Estado e ele não cumpre, a omissão apresentada se revela inconstitucional, o que tem viabilizado o fenômeno da judicialização da saúde e a mitigação da discricionariedade atribuída ao Poder Executivo na execução de suas políticas públicas. Assim, o Poder Executivo tem se deparado com uma situação bastante peculiar: dever de planejar o orçamento estabelecendo previsões que retratem as reais necessidades da sociedade, e o dever de obedecer às inúmeras decisões do Poder Judiciário que interferem diretamente no orçamento público ante a concretização dos direitos sociais que envolvem a proteção à saúde. Como conciliar tais deveres?

Algumas hipóteses podem ser suscitadas. Uma que se apresen-

ta razoável e que é objeto deste estudo se divide em dois aspectos: o primeiro envolve o Poder Executivo e a possibilidade de estabelecer parâmetros que vinculem o gestor público ao orçamento planejado; o segundo aspecto envolve o Poder Judiciário e o necessário conhecimento que o mesmo deve ter – ou subsidiar-se a partir de estudos – das circunstâncias que acometem o Poder Executivo quando da implementação de suas políticas públicas, tanto nos aspectos orçamentários quanto nos aspectos técnicos.

Neste estudo, entende-se que há uma negligência do Estado com o seu papel de bem planejar a execução de suas políticas públicas, refletida diretamente na execução orçamentária. O não planejamento enseja a atuação judicial, que por sua vez, gera deveres ao gestor, que o obriga descumprir seu planejamento inicial. É um ciclo vicioso que inicia-se na desconsideração do seu papel de bem planejar o orçamento público.

Entretanto, tal circunstância não deve ser entendida como um “passe livre” para atuação do Poder Judiciário. A este cabe alguns parâmetros à sua atuação, como por exemplo, o controle estrito de legalidade do orçamento. Quanto ao Poder Judiciário, estabelecida a obrigação de executar o orçamento, aí sim ele estaria legitimado a atuar no orçamento público caso o controle se restringisse ao de legalidade. Nos casos de omissão do Executivo, o controle se debruçaria sobre as motivações conferidas pelo Executivo e os parâmetros previamente estabelecidos. A atuação do Judiciário no que tange à contínua omissão do Poder Público, ainda que se detectasse o cumprimento fiel à lei orçamentária, devem ser enfrentadas com soluções que o ordenamento jurídico já oferece, tais como o enquadramento dos atos do mau gestor em atos de improbidade administrativa.

Deste modo, uma possível solução ao dever de planejar e o dever de obedecer atribuído ao Poder Executivo é a observância fiel e sincera de seus deveres de planejar e executar o orçamento público, o qual também deve ser considerado pelo Poder Judiciário em suas decisões relativas à efetivação do direito de proteção à saúde.