



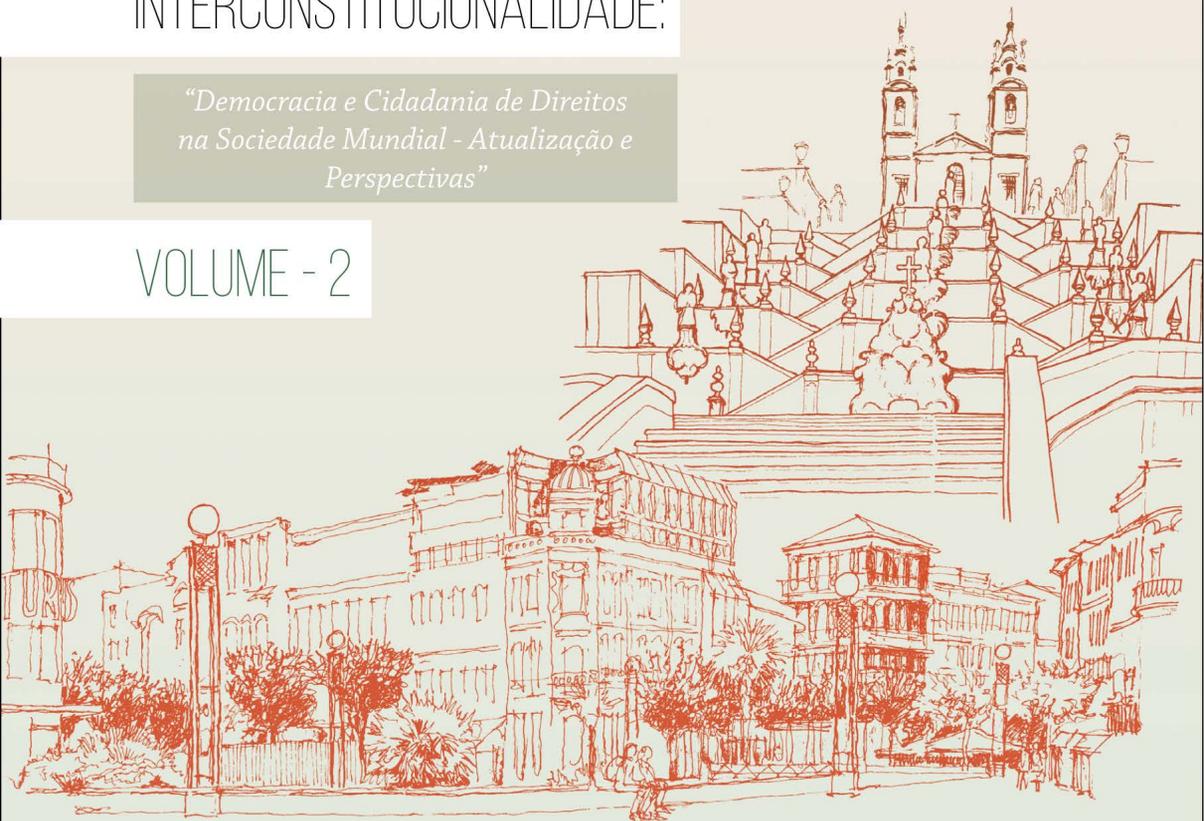
UNIO/CONPEDI

E-BOOK 2017

INTERCONSTITUCIONALIDADE:

*“Democracia e Cidadania de Direitos
na Sociedade Mundial - Atualização e
Perspectivas”*

VOLUME - 2



VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BRAGA/PT

UNIO/CONPEDI E-book 2017
Interconstitucionalidade:
Democracia e Cidadania de
Direitos na Sociedade Mundial –
Atualização e Perspectivas
Vol. II

Coordenação científica de Alessandra Silveira



CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Universidade do Minho

Escola de Direito

Centro de Estudos em Direito da União Europeia

UNIO/CONPEDI E-book 2017
Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na
Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas
Vol. II

Coordenação científica:

Alessandra Silveira

Autores:

Ana Torres Rego | Carla Piffer | Filomeno Moraes | Jardel Anibal Casanova Daneli | João Diogo
Ferreira | José Alcebiades de Oliveira Junior | José Igreja Matos | Jose Luis Bolzan de Moraes | Larissa
A. Coelho | Paola Cantarini | Paulo Marcio Cruz | Pedro Verdelho | Rogério Gesta Leal | Rubens
Beçak | Stefani Bonfiglio | Taíza Maria Alves da Silva | Tiago Sérgio Cabral | Wanda Capeller

Edição:

Centro de Estudos em Direito da União Europeia
Escola de Direito da Universidade do Minho
<http://www.cedu.direito.uminho.pt> | cedu@direito.uminho.pt

Coordenação técnica:

Larissa Araújo Coelho | Tiago Sérgio Cabral

Este trabalho é financiado por Fundos Nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e
Tecnologia no âmbito do projeto UID/DIR/4199/2016.

ISSN: 2184-1403 : **DOI:** 10.21814/1822.54595

Braga, abril de 2018

Índice

Apresentação.....	9
Parte I.....	15
Constitucionalidade e realidade política no Brasil: a propósito da Constituição Federal de 1988	
<i>Filomeno Moraes</i>	17
O direito transnacional como disciplina em cursos jurídicos	
<i>Carla Piffer/Paulo Marcio Cruz</i>	37
A mundialização do poder judicial – contexto e desafios	
<i>José Igreja Matos</i>	59
A história filosófica do político de Pierre Rosanvalon enquanto método de abordagem da democracia brasileira: apontamentos preliminares	
<i>Rogério Gesta Leal</i>	71
Tecnificação do campo penal e “ <i>killer robots</i> ”. Um atentado ao direito internacional humanitário	
<i>Wanda Capeller</i>	91
Democracia e tecnologias da informação	
<i>Pedro Verdelbo</i>	109
Breve agenda sobre o papel do direito e da justiça na gestão da globalização e proteção social	
<i>José Alcebiades de Oliveira Junior</i>	125
Parte II.....	139
Multiculturalidade e cidadania num contexto de jusfundamentalidade múltipla	
<i>Ana Torres Rego</i>	141
Os cenários democráticos como <i>locus</i> para o desenvolvimento do controle de convencionalidade	
<i>Jardel Anibal Casanova Daneli</i>	157

Dos <i>checks and balances</i> à governação das finanças públicas da União <i>João Diogo Ferreira</i>	169
Os precedentes vinculantes e a crise funcional do Estado democrático de direito <i>Jose Luis Bolzan de Moraes/ Stefani Bonfiglio</i>	185
O ideal constitucional: das origens à teoria da interconstitucionalidade <i>Larissa A. Coelho</i>	203
Alternativas ao estado de exceção económico permanente <i>Paola Cantarini</i>	217
Constitucionalismo e cidadania democrática no Brasil: a crise da representação e o papel da participação <i>Rubens Beçak</i>	233
O Tribunal Constitucional e a jurisprudência da crise <i>Taíza Maria Alves da Silva</i>	251
Democracia, legitimidade e competência legislativa na União Europeia <i>Tiago Sérgio Cabral</i>	265

Apresentação

Os textos publicados neste volume II de *UNIO/CONPEDI E-book 2017* foram divididos em duas partes.

A primeira parte corresponde aos contributos de alguns dos convidados externos à Universidade do Minho que integraram os painéis temáticos no VII Encontro Internacional do Conselho Nacional (brasileiro) de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), realizado em Braga/Portugal nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, subordinado ao tema “*Interconstitucionalidade: democracia e cidadania de direitos na sociedade mundial - atualização e perspectivas*”. Tais painéis temáticos foram integrados por investigadores e convidados externos ao Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) e refletiram a investigação desenvolvida pelo referido Centro – que teve o privilégio de sediar, com o Alto Patrocínio da Presidência da República Portuguesa, tão relevante encontro científico.

A segunda parte do *e-book* corresponde aos contributos de alguns dos intervenientes no *workshop* subordinado ao tema “*Jurisdição constitucional e interesses económicos*”, organizado pelo CEDU na sequência do Encontro CONPEDI, em parceria com a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Escola Paulista de Direito (EPD), contando com a honrosa presença do então Presidente do CONPEDI, Professor Raymundo Juliano Feitosa. O referido fórum de reflexão, decorrido nos dias 12 e 13 de setembro de 2017, promoveu o diálogo em torno da regulação jurídica (auto e hetero regulação) das relações económicas e financeiras e sua apreciação jurisdicional. Aqui se integram a reforma e o aperfeiçoamento dos sistemas económicos (do capitalismo), uma nova valoração do trabalho, uma nova redistribuição da riqueza, etc., num contexto de interconstitucionalidade, transnacionalidade e globalização.

Quanto aos painéis temáticos que estão na base da primeira parte deste *e-book*, estes seguiram a proposta da organização local do VII Encontro Internacional do CONPEDI:

Painel 1: Constitucionalidade, identidade e realidade política

Neste painel 1, coordenado por Alessandra Silveira, pretendeu-se enfrentar o desafio da adaptação do constitucionalismo à mudança da natureza da autoridade política e do espaço político – ou o desafio do “divórcio entre o poder e a política” na atual “modernidade líquida” (*Bauman*). O momento de indefinição pós-referendo *Brexit*, pós-eleição *Trump*, pós-*impeachment* de Dilma que a sociedade mundial está a experienciar nos leva a questionar em que medida as relações entre o económico, o político e o jurídico-constitucional são hoje equacionáveis em termos de causas e soluções. No que diz respeito ao contexto europeu, foi debatido o processo de “mutação constitucional” que a União Europeia atravessa – ou a necessidade de articulação entre o constitucionalismo europeu e a construção de uma comunidade política (*EU polity*).

Painel 2: Relações económicas, democracia e regulação

No painel 2, conduzido por Pedro Madeira Froufe, pretendeu-se avaliar o impacto das relações económicas nos processos democráticos – também numa perspetiva supra e/ou transnacional. Os novos reptos que se impõem ao paradigma económico – nomeadamente os desafios da denominada “nova economia” e dos processos de economia comum ou partilhada – estimulam a necessária resposta política e jurídica em construção. Da parte dos investigadores do CEDU foi dado especial ênfase às múltiplas questões relacionadas com cidadania económica, regulação de mercados, economia social de mercado, capitalismo verde, etc.

Painel 3: Direitos fundamentais e tutela jurisdicional

No painel 3, coordenado por Mariana Canotilho, pretendeu-se debater os mecanismos de garantia dos direitos fundamentais, numa época em que o exercício do poder tende a escapar dos instrumentos e do quadro institucional clássico, traçado pelo constitucionalismo do século XX. A crise económica da última década mostrou, com alguma clareza, as possibilidades e os limites da tutela jurisdicional dos direitos, ao mesmo tempo que reavivou discussões sobre soberania, interconstitucionalidade

e normatividade constitucional, conceitos cuja adaptação ao presente contexto jurídico-político e económico-social constitui uma tarefa urgente dos juristas.

Painel 4: Políticas públicas e boa governação

Neste painel 4, conduzido por Sophie Perez Fernandes, pretendeu-se fomentar o debate em torno do paradigma da boa governação e do modo como tem moldado a definição, a implementação e o controlo das distintas políticas públicas nos sistemas federativos – seja numa estrutura multinível como aquela da União Europeia seja num Estado federal como o Brasil –, num exercício de partilha criativa de conhecimentos. Da parte dos investigadores do CEDU foi dado especial ênfase para a condução e/ou coordenação de políticas públicas pela União Europeia em domínios como a concorrência, a contratação pública, as finanças, os transportes, a energia, o ambiente, etc.

Painel 5: Democracia e tecnologias da informação

Neste painel 5, coordenado por Joana Covelo de Abreu, foi discutido o impacto das tecnologias de informação e de comunicação (TIC) no sistema democrático tal como o conhecemos. No contexto europeu, as TIC surgem como o mais recente interesse público primário a ser prosseguido pelo poder político. Nesta medida, importa debater os desígnios da agenda digital, a inovação no domínio das tecnologias estratégicas, os riscos e as potencialidades da interoperabilidade administrativa e jurisdicional, os conflitos de direitos relacionados com a proteção de dados pessoais, as dinâmicas da cibercriminalidade, bem como as formas de evitar disfuncionalidades jurídico-constitucionais associadas aos fenómenos de *e*-Política ou *e*-Democracia.

Painel 6: Gestão da globalização e proteção social

Neste painel 6, coordenado por Pedro Madeira Froufe, foram discutidas soluções jurídicas de gestão da globalização económica, social e cultural em curso – ou seja, medidas tendentes a evitar o agravamento das desigualdades existentes entre as regiões economicamente mais desenvolvidas e as menos desenvolvidas, seja em termos de educação, inovação, competências, regulação inteligente, etc. O incremento

da criação de riqueza gerado pela globalização e pelo imediatismo dos processos económicos (catapultados pela revolução tecnológica) não tem sido acompanhado pela diminuição das desigualdades entre povos e comunidades. Em síntese, impõe-se repensar o valor relativo dos vários fatores de produção e encontrar uma nova lógica mais equitativa e mais consentânea com as exigências de uma cultura transnacional de respeito pelos direitos humanos e de redistribuição da riqueza produzida.

Os contributos publicados na primeira parte do *e-book* são apresentados segundo a ordem dos painéis temáticos em que seus autores estavam inseridos – muito embora alguns dos textos não correspondam exatamente às intervenções orais, tendo alguns painelistas optado por elaborar um texto de raiz adaptado à temática global do VII Encontro Internacional do CONPEDI. Os textos da primeira parte do *e-book* seguem as normas metodológicas da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) adotadas pelo CONPEDI.

Já os textos da segunda parte do *e-book* foram ordenados alfabeticamente por autor e seguem as normas editoriais de UNIO – *EU Law Journal*. Muitos dos intervenientes no *workshop* “*Jurisdição constitucional e interesses económicos*” entenderam publicar um texto que extrapola o âmbito mais estrito daquela temática, por forma a abranger as múltiplas questões associadas ao tema global do VII Encontro Internacional do CONPEDI – o que foi muito bem acolhido pela coordenação de ambas as iniciativas, pois revela a sua intrínseca interação. Cumpre-nos registar um sincero agradecimento aos Colegas Willis Guerra e Elisaide Trevisam, co-organizadores daquele *workshop*, pelo entusiasmo constante e parceria profícua.

Este volume II de *UNIO/CONPEDI E-book 2017* é dedicado à memória do (então) Magnífico Reitor da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor Luiz Carlos Cancellier de Olivo, que interveio no painel temático 2 (Relações económicas, democracia e regulação) no dia 7 de setembro de 2017, porventura a sua última comunicação num colóquio internacional.

Alessandra Silveira
Coordenadora Local do VII Encontro Internacional do CONPEDI

Parte I

**Constitucionalidade e realidade política no Brasil:
a propósito da Constituição Federal de 1988**

**Constitutionality and political reality in Brazil:
for the purpose the Federal Constitution of 1988**

Filomeno Moraes*

*O Tejo é mais belo que o rio que corre pela minha aldeia,
Mas o Tejo não é mais belo que o rio que corre pela
minha aldeia
Porque o Tejo não é o rio que corre pela minha aldeia,
[...]
O rio da minha aldeia não faz pensar em nada
Quem está ao pé dele está só ao pé dele.
Alberto Caeiro*

RESUMO: O artigo observa a Constituição Federal, que já se aproxima do trigésimo ano de promulgação, considerando que é o texto que inaugurou o ciclo mais democraticamente virtuoso da história político-constitucional brasileira. Salienta que a dimensão “estruturante” que o texto constitucional atribui ao princípio democrático-político possibilitou que, no seu marco, se realizasse o processo de mudança política, com a construção de instituições representativas e multipartidárias, a restauração da separação dos poderes e a reconstrução do federalismo. Apresenta o balanço da evolução democrática brasileira, com os seus avanços e com os seus dilemas, sob a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalidade; processo político-constitucional; democracia política; reforma política.

* Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional, Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Livre-docente em Ciência Política pela Universidade Estadual do Ceará. Líder do Grupo de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico (CNPq/UNIFOR) “Estado, Política e Constituição”.

Este texto serviu de base à exposição do autor no painel “Constitucionalidade, identidade e realidade política”, VII Encontro Internacional do CONPEDI.

ABSTRACT: The article examines the Brazilian Federal Constitution, which is already approaching the thirtieth year of enactment, considering that it is the text that inaugurated the most democratically virtuous cycle of the Brazilian political-constitutional history. It emphasizes that the “structuring” dimension that the constitutional text attributes to the democratic-political principle has made it possible the process of political change was carried out, with the construction of representative and multiparty institutions, the restoration of the separation of powers and the reconstruction of federalism. It presents a balance of the evolution of democracy in Brazil, with its advances and its dilemmas.

KEYWORDS: constitutionality; political-constitutional process; political democracy; political reform.

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) já se aproxima do trigésimo ano da sua promulgação. Sem dúvida, é o texto que inaugurou o ciclo mais democraticamente virtuoso de toda a história político-constitucional brasileira, além de caracterizar-se como o mais duradouro.

Geralmente, constituições tendem a não ter vida longa (LANE, 1996), pois, aqui e alhures, estão sujeitas às vicissitudes dos fatos e aos coeficientes de “sentimento constitucional”, isto é, a consciência social que, maior ou menor e transcendendo os antagonismos, integra detentores e destinatário do poder político no marco de uma ordem comunitária obrigatória (LOEWENSTEIN, 1976). No que diz respeito à história política brasileira, nos menos de duzentos anos de existência do Estado nacional, observa-se a fertilidade em matéria de assembleias constituintes, que foram instaladas em 1823, 1890, 1933, 1946 e 1987. Constituições, além das provenientes das assembleias constituintes, as de 1891, 1934, 1946 e 1988, existiram mais ainda as oriundas das sistoles autocráticas de ocasião: a Constituição de 1824, já que Pedro I dissolvera a assembleia constituinte instalada após a Independência, foi a primeira da série de ordenamentos constitucionais autoritários; 1937 assistiu a outra manifestação do autoritarismo no processo constitucional; em 1967 se editou nova carta, a qual, embora passando pelo Congresso Nacional, não se livrou do travo da imposição; finalmente, em 1969 se coroou, com a impropriamente chamada Emenda Constitucional n.º 1, o conjunto de constituições outorgadas no Brasil.

Consagrando desde o seu preâmbulo a ideia-força do Estado democrático e social de direito, a Constituição de 1988 proclama que o poder emana do povo, que

o exercerá por meio de representantes eleitos ou diretamente. Ademais, estabelece no seu art. 1.º, V, o *pluralismo* como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, alevantando novo valor em contraposição àqueles prevalecentes durante o autoritarismo-burocrático, máxime os contidos na doutrina da segurança nacional (MORAES, 1996, p. 471-484). A CF/88 pode ser observada a partir de diversas perspectivas importantes, e uma delas, inevitavelmente, decorre da dimensão inédita que atribui ao princípio democrático-político, em relação ao qual e à sua efetivação, se tecem, neste trabalho, algumas considerações.

2. A manifestação do poder constituinte em 1987/1988

Os frutos advindos das assembleias constituintes representam contrapontos importantes aos surtos de autoritarismo que, periodicamente, marcaram a história político-constitucional brasileira. No seu tempo, tais assembleias estabeleceram arenas privilegiadas da participação política da sociedade, mesmo se se impuser um nível de exigência maior em relação às mesmas. Merece atenção a assertiva de Raymundo Faoro (2007, p. 257-258), trazida a lume antes da Constituinte de 1987/1988, segundo a qual nunca o poder constituinte conseguiu, nas suas quatro tentativas (1823, 1890/91, 1933/34 e 1946), “vencer o aparelhamento de poder, firmemente ancorado ao patrimonialismo de Estado, mas essas investidas foram as únicas que arvoraram a insígnia da luta, liberando energias parcialmente frustradas” e que “todos os passos, insuficientes na verdade, no caminho das liberdades e da democracia, nos quase 160 anos de país independente, foram dados pelas constituintes, que legaram à sociedade civil as bandeiras, frustradas e escamoteadas, de sua emancipação”.

Acompanhando a linha de raciocínio estabelecida por Faoro, pode-se afirmar que o texto constitucional de 1988 pôde vir à luz em virtude da peculiar modalidade que o poder constituinte adquiriu na efervescência da sociedade brasileira nos 80. De fato, na década de 80, sobretudo na esteira da convocação do Congresso Constituinte estabelecida pela Emenda Constitucional n.º 26, de 27 de novembro de 1985 e prosseguindo até a promulgação do texto constitucional de 1988, o Brasil vivenciou

um dos mais importantes momentos de ativação política da sociedade civil organizada, momento este que, dando continuidade ao processo de mudança política iniciado na década de 70, acabou por contribuir para a inflexão do regime militar e a construção de instituições representativas e multipartidárias. Mesmo Fernando Henrique Cardoso (2006, p. 14-15), que na presidência da República e em função da racionalidade econômica, do alinhamento à globalização e da continuidade no poder, desembaraçou-se ou tentou desembaraçar-se de diversos comandos constitucionais originários, haveria de reconhecer a importância do esforço constituinte. A propósito, já afirmou que “a grande causa da minha geração não foi a da estabilização da economia. Tampouco a do desenvolvimento econômico. Foi a da democracia” e que “a História contemporânea da política brasileira começa nos anos 1970, com as lutas pela volta da democracia”. E concluiu que “o resultado desse borbulhar da sociedade acabaria sendo a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, finalmente eleita em 1986”.

Apesar das limitações constantes do ato convocatório do Congresso Constituinte, como diz Dalmo de Abreu Dallari (1999, p. 49-53), “o resultado de seu trabalho ficou mais próximo das aspirações dos progressistas e democratas do que das preferências conservadoras dos oligarcas e autoritários”, porque foi a que recebeu “maior influência do povo em sua elaboração”. Ademais, “consequência da ampla mobilização do povo no momento da Constituinte e de sua influência nas decisões foi a garantia de seu conteúdo democrático, muito evidente pelos princípios expressamente afirmados em normas constitucionais, assim como pelo grande número de artigos relacionados com os direitos humanos e suas garantias”. De fato, pela articulação entre democracia política, Estado do bem-estar e desenvolvimento, levada a termo pelos constituintes de 1987/1988, logrou-se, ao “revés do que dizem os seus inimigos”, a promulgação da “melhor das Constituições brasileiras de todas as nossas épocas constitucionais” (BONAVIDES, 2001, p. 204).

Emendada muitas vezes, a CF/88 conserva em grande medida o *espírito* que lhe foi atribuído pelo constituinte originário. Todavia, ciclicamente, vêm à tona propostas de uma nova assembleia constituinte, quer seja para a realização de uma nova constituição quer seja para mudanças setoriais, como a concernente à reforma política.

3. O princípio democrático-político na CF/88: participação e representação

Por mais que tenham mudado o papel e as funções das constituições, as mesmas são, acima de tudo, instrumentos de governo que limitam, restringem e permitem o controle do exercício do poder político. Uma constituição é fundamentalmente uma moldura de governo, ou, como diz Giovanni Sartori (1996, p. 211), “sem uma carta de direitos, uma constituição ainda é uma constituição; mas se ela não está centralizada numa moldura de governo, não é uma constituição”. Logo, apesar de os textos constitucionais desde o México, em 1917, até o Brasil, em 1988, estarem “carregados de programaticidade” (CANOTILHO, 2005, p. 104), a constituição como “instrumento de governo” tem a sua razão de ser (MORAES, 2017).

Assim é que, a transição brasileira tem na Constituição de 1988 um momento fundamental para a definição da nova institucionalidade, da qual se devem destacar a dimensão propriamente “constitucional”, isto é, os sistemas eleitoral, partidário e de governo, e a dimensão “procedimental”, ou seja, as regras que regulam o processo decisório, fundamentalmente as relativas aos poderes de agenda e à capacidade de formulação das políticas públicas por parte dos poderes executivo e legislativo. Entre os seus propósitos inovadores, ao estabelecer que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, a Lei Fundamental contempla a possibilidade de realização, conjunta, da democracia representativa com a democracia participativa ou direta (MOISÉS, 1990; BENEVIDES, 1991). Ou seja, a produção de decisões políticas advindas da atuação de representantes eleitos (vereadores, prefeitos, deputados estaduais, governadores, deputados federais, senadores e presidente da República) ou diretamente dos eleitores, abre a perspectiva de um modelo misto, de *democracia semidireta* (MORAES, 2010; MORAES, 2011). Neste passo, a Constituição Federal estabelece que “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: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular” (art. 14).

Além dos mecanismos de participação legislativa, a CF introduziu, ampliou ou enfatizou diversos outros mecanismos de participação administrativa¹ ou judicial² bem como está aberta à inclusão, via emendas constitucionais, de novos mecanismos³.

4. O discurso da reforma política como crítica à representação

Um dos temas mais recorrentes no debate político-institucional – praticamente desde a promulgação da CF/88 – é o da reforma política. Quase todo mundo é favorável à reforma política, mas, como pouco se pergunta sobre o que é a reforma política, acaba-se por chegar à falsa conclusão de que, simplesmente por meio da lei, se chegará ao bom governo e aos bons costumes políticos. A rigor, talvez não haja algo que divida tanto, quando se passa do abstrato ao concreto, do discurso à práxis, do que a reforma política brasileira.

Destaque-se, também, a contradição observada por Bolívar Lamounier (LAMOUNIER, 2005, p. 14-15), segundo o qual se desenvolveu no país uma descrença em relação aos mecanismos de representação política, a saber, eleições,

¹ Audiência pública (art. 58, § 2.º, II), colegiado público (art. 89, VI; art. 194, VII; art. 204, II; art. 206, VI; art. 216, § 1.º; art. 227, § 1.º), cogestão paraestatal (art. 206, VI), cooperação das associações representativas no planejamento municipal (art. 29, XII), provocação de inquérito civil (art. 129, § 1.º), controle externo de contas municipais (art. 31, § 3.º), denúncia aos tribunais de contas (art. 74, § 2.º) e reclamação relativa à prestação de serviços públicos (art. 37, § 3.º, I a III).

² Mandado de segurança coletivo (art. 5.º, LXX, a e b), ação popular (art. 5.º, LXXIII), ação civil pública (art. 129, III), ADIn e ADC (art. 103, VII, VIII e IX), ação de impugnação de mandato eletivo (art. 14, § 10), legitimação extraordinária de comunidades e organizações indígenas (art. 232), júri popular (art. 5.º, XXXVIII), escabinato (art. 98, I e II) e acesso da advocacia às magistraturas togadas (arts. 94, 111, I; 115, I; 119, II; 120, III; 123, *caput*, e par. ún., I; art. 123, par. ún., I).

³ Emitido pela presidente Dilma Rousseff, o Decreto n.º 8.243, de 23 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Participação Social (PNPS) e o Sistema Nacional de Participação Social (SNPS). A PNPS teria o “objetivo de fortalecer e articular os mecanismos e as instâncias democráticas de diálogo e a atuação conjunta entre a administração pública federal e a sociedade civil”. Para tanto, invocavam-se categorias como sociedade civil, conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas, conferência nacional, ouvidoria pública federal, mesa de diálogo, fórum interconselhos, audiência pública, consulta pública e ambiente virtual de participação social. Com a aprovação do Projeto de Decreto Legislativo n.º 1.491, de 2014, apresentado pela oposição e anulando o decreto presidencial, a Câmara dos Deputados sustou a medida. No momento, a proposição da Câmara tramita no Senado Federal.

partidos e legislativo. Ocorreu, assim, o desenvolvimento de um “discurso pirrônico”, ubíquo, constante, tanto na linguagem intelectual quanto na popular. Por outro lado, uma série de acontecimentos “levou parte da elite brasileira para o extremo oposto, um otimismo por vezes panglossiano, à luz do qual nossa história política se transfigurou em notável desfile de sabedoria e virtude cívica”, provocando a disjunção, com evidente travo pejorativo, entre um “neopanglossianismo politológico” e um “neoliquarquismo”. A primeira categoria classificaria os que estão satisfeitos com o processo político; a outra, os que querem reformar o sistema político, para deixá-lo à imagem e semelhança de suas parciaisidades.

O voluntarismo das elites políticas em relação à reforma política, não é compartilhado, de modo geral, pela academia. Fabiano Santos (SANTOS, 2007, p. 61), por exemplo, ressalta que “o sistema político brasileiro, apesar das aparências, funciona de maneira satisfatória”, pois se tem “um sistema partidário estabilizado, com taxas de volatilidade cadentes, girando em torno de quatro a cinco partidos em equilíbrio de condições, e que expressa a pluralidade social radicada na sociedade”, além de “uma disputa presidencial mais estabilizada ainda, baseada em torno de dois blocos, um de centro-esquerda e outro de centro-direita, que se revezam e continuarão a se revezar no poder, principalmente e à medida que a radicalização dê espaço ao bom senso e à disputa em torno de uma agenda para o país”. Diagnóstico muito diferente do vocalizado, por exemplo, pelo deputado Alexandre Cardoso (2007, p. 10), que afirma que “o atual e exaurido modelo político-eleitoral é o principal ingrediente do desprestígio e da corrupção do parlamento brasileiro em todas as esferas”, pois é “um modelo em que o voto no candidato ‘A’ elege o candidato ‘B’. Somente seis por cento dos candidatos atingem o quociente eleitoral, enquanto o restante se beneficia de votos alheios”. Destarte, tudo colaboraria para cristalizar um “tipo de política, [que] aliado à manipulação da assistência social, é a responsável pela eleição de ‘simpatizantes’ do narcotráfico, do roubo de cargas e do tráfico de armas”. Por sua vez, Bruno Reis (2007, p. 81) expressa o paradoxo existente entre os humores da opinião pública e os da academia. Há, assim, “um mal-estar difuso, que se revela sobretudo em diagnósticos pessimistas da conjuntura, ceticismo quanto ao

futuro, cinismo generalizado nas ruas quanto aos políticos”, em contradição com “o crescente otimismo que predomina nos diagnósticos acadêmicos do regime”.

Agora, no calor da decisão que afastou a presidente Dilma Rousseff, opiniões vocalizadas por dois cientistas políticos – Barry Ames (2016) e Argelina Cheibub Figueiredo (2016) –, o primeiro, arrolado entre os “pessimistas”, a outra, entre os “otimistas”, no que se refere às instituições políticas, fazem um balanço das suas hipóteses. O argumento básico de Ames, trazido à luz há cerca de uma década e meia, consistia em que a governabilidade do Brasil era prejudicada por suas regras eleitorais, a saber, representação proporcional em lista aberta *cum* grandes distritos e barreiras baixas à entrada de partidos no Congresso (AMES, 2003). Agora, Ames pensa que reformas políticas, no longo prazo, o poderão ajudar o Brasil, mas o problema vai além de regras eleitorais, pois “a crise é maior, menor, mais profunda e mais larga”. *Maior* porque a recessão resulta apenas em parte da política macroeconômica do PT; *menor* porque Dilma é particularmente incompetente na política; *mais profunda* porque o clientelismo e os oligopólios existem há muito tempo; e *mais larga* porque o Congresso não tem credibilidade. A não credibilidade ocorre “não só porque deputados corruptos desempenharam papéis importantes no processo de impeachment; também é óbvio que a qualidade da liderança do Congresso reflete corretamente que sua tarefa descambou de administrar clientelismo a administrar corrupção”. Por fim, salienta que a estrutura política e a economia política do Brasil necessitam seriamente de “uma conversação nacional, uma conversação livre de domínio por políticos que buscam proteger suas carreiras políticas”.

Por sua vez, Argelina Cheibub Figueiredo acentua que sempre argumentou que as instituições representativas e de governo no Brasil – presidencialismo, federalismo, sistema proporcional de lista aberta e multipartidarismo – não constituem obstáculos para o funcionamento e a mudança de políticas públicas em governos de coalizão. Destarte, os vinte anos de estabilidade econômica e política mostram suficientemente a viabilidade de tal combinação institucional. O que deu errado, pois, não está nas instituições, mas no “cabo de guerra entre um governo fragilizado pelo baixo desempenho da economia e pelas denúncias de seu envolvimento em práticas

corruptas e uma oposição desleal, ou seja, aquela que, segundo os manuais de ciência política, não aceita as regras do jogo”. Conclui que há de parar com “a mania de culpar as instituições básicas de República – presidencialismo, multipartidarismo, federalismo – por crises que têm raízes sociais, econômicas e políticas”.

O certo, contudo, é que se promove a reforma política, com a adoção, inclusive, de mecanismos que produzem profundos impactos. Em 1997, introduziu-se, pela via legislativa, a reeleição para a presidência da República, governadores e prefeitos, quebrando uma tradição que, por mais de cem anos, em todas as constituintes e em todas as constituições (mesmo as autoritárias), lhe foi refratária. A partir da primeira década do século em curso, a vez da via jurisdicional provocar mudanças no sistema político. Senão, veja-se. Em 2002, o Tribunal Superior Eleitoral, em resposta a uma consulta, promoveu forte intervenção no processo político, quando verticalizou as alianças eleitorais, a menos de um ano das eleições e contra a tradição que vigorou durante o regime constitucional de 1946 e, proibida pelo Código Eleitoral de 1965, se restabeleceu, em 1985, com os ares democratizantes.

Depois, a verticalização ou não verticalização das alianças eleitorais voltou à tona, promovendo debates apaixonados e tomadas de posição que, às vezes, beiraram a irracionalidade. De fato, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda n.º 548/2002, dando nova redação ao § 1.º do art. 17 da Constituição Federal, disciplinando as coligações eleitorais e garantindo ao partido político autonomia para adotar os critérios de escolha e o regime de suas alianças, sem a obrigatoriedade de vinculação eleitoral entre as candidaturas em nível nacional, estadual, distrital ou municipal. A nova emenda constitucional acabou, enfim, as coligações compulsórias introduzidas pela decisão do Tribunal Superior Eleitoral em 2002. Novamente, a Justiça Eleitoral, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, interveio no processo político, considerando que tal emenda constitucional não se aplicaria às eleições de 2002. Mais tarde, entre outras intervenções, veio a imposição da fidelidade partidária por meio de interpretação judicial.

5. Mais representação ou mais participação?

Segundo Paulo Bonavides (1994/1995, p. 9-16; 2001), a legitimidade precisa ser repolitizada e a soberania popular deve ser efetiva, o que não é possível nos limites do regime representativa brasileiro. Destarte, a devolução da soberania ao seu único e legítimo titular, o povo, significa alterar radicalmente a atual estrutura de poder, fazendo-se imperativa a instauração da democracia direta ou participativa. Pois, “a democracia indireta ou representativa é menos legítima, mais sujeita a vicissitudes distorcidas, menos refratária aos meios e vícios de ludíbrio do que a democracia direta” (BONAVIDES, 1994/1995, p. 9), enquanto “a cidadania se manifesta pela via participativa, pelas exteriorizações de vontade de cada membro da sociedade política, legitimamente habilitado a intervir no processo decisório e governativo, mediante a qual se conduzem os negócios públicos de baixo da coletividade” (BONAVIDES, 1994/1995, p. 11). Logo, “só a democracia direta poderá [...] restaurar a legitimidade do Estado brasileiro, que passa por uma crise de representatividade sem paralelo em toda a história republicana” (BONAVIDES, 1994/1995, p. 14).

A introdução na ordem constitucional dos mecanismos da democracia participativa constitui inegável avanço, pois se espera que a complementaridade entre as formas de representação política e as formas de participação política funcione como corretivo a certas dificuldades do sistema político, diminuindo-se, inclusive, a distância que separa os representantes dos eleitores. Todavia e apesar dos impasses da democracia representativa (BERCOVICI, 2005, p. 281-303), convém prestar bastante atenção ao aspecto da “complementaridade” entre uma e outra forma da democracia, mesmo porque a realização da forma participativa ou direta está em função da ativação política da sociedade, até agora, de modo geral, praticamente inerte ou negligente na pressão por plebiscitos e referendos e na confecção de projetos de lei, complementares e ordinários, de que possui a iniciativa.

A propósito da democracia brasileira e da tensão entre representação e participação, convém recorrer a Wanderley Guilherme dos Santos (2007, p. 7-10), quando considera que a democracia direta é uma ideia sedutora e generosa, porque

“a concessão de um mandato não equivale a alguma lúcida transferência de sabedoria do povo a seus representantes nem há comprovação de intimidades telepáticas entre um e outros”, e que “plebiscitos e referendos proporcionam o indispensável esclarecimento quanto à inclinação majoritária da população vigente”. Mas, convém considerar também que substituir permanentemente as instituições representativas por consultas plebiscitárias à população é uma tese atraente, porém equivocada. De fato, “o parlamento vem a ser precisamente o lugar em que são expostos argumentos contraditórios, em que se processa a persuasão de uns, a reconsideração de outros e a deliberação que, afinal, raramente corresponde imaculadamente a alguma das opiniões originárias”. E quanto às grandes expectativas a propósito dos mecanismos complementares de democracia direta, conclui que “são, essencialmente, omnifuncionais, tantos servem à democracia como podem beneficiar tiranias”.

6. Um balanço do experimento democrático-constitucional

Por oportuno, não devem ser esquecidas as dificuldades – em qualquer lugar – para a construção da democracia política, tanto da democracia representativa quanto da democracia participativa. Já advertiu Norberto Bobbio (1979, p. 36) que, “se a democracia é difícil, a democracia direta é mais difícil ainda”. A realização do ideal democrático pressupõe cidadãos atentos à evolução da coisa pública, informados dos acontecimentos políticos, conhecedores dos principais problemas, capazes de escolher entre as diversas alternativas apresentadas pelas forças políticas e fortemente interessados em formas diretas ou indiretas de participação.

Evidentemente, no Brasil as dificuldades são maiores ainda do que em muitos outros lugares. Sobretudo porque, em primeiro lugar, a sociedade está substancialmente marcada por desequilíbrios socioeconômicos e por um elevado grau de iniquidade social. E, em segundo lugar, porque é uma sociedade que se caracteriza por um evidente componente autoritário, com uma história pontilhada por manifestações de sentimento antirrepresentativo. Depois, algumas decisões afetaram de forma problemática o sistema político. Uma delas é a reeleição de mandatários do poder executivo. Inexistem

estudos abalizados sobre o impacto do mecanismo sobre o experimento democrático-constitucional brasileiro, todavia, um olhar empírico sobre a prática da reeleição talvez não seja, de modo geral, animador. Tendência ao uso da máquina governamental, abuso de poder político, condutas vedadas a agentes públicos, captação ilícita de sufrágio, desequilíbrio da competição política, oligarquizarão e personalização do poder e empreendedorismo político distante dos valores republicanos constituem, entre outros, aspectos negativos vinculados ao mecanismo. Inclusive, no debate sobre a reelegibilidade é visível o consenso sobre os seus aspectos negativos, reunindo inspiradores, e aproveitadores reais ou potenciais, da introdução do mecanismo, em 1987, na Constituição Federal. De fato, na presidência de Fernando Henrique Cardoso apostrofou-se na Constituição Federal, em detrimento de uma tradição republicana centenária de repulsa, o mecanismo da reeleição.

É oportuno lembrar que, na esteira da transição do autoritarismo para a democracia, ocorrida no Brasil e em outros países latino-americanos, a teoria política encareceu pelo menos mais duas condições necessárias à qualificação de uma democracia política ou poliarquia, a saber, quem ocupa as posições mais altas no governo não deve sofrer o término de seus mandatos antes dos prazos legalmente estabelecidos e as autoridades eleitas não devem estar sujeitas a restrições severas ou vetos (O'DONNELL, 1996, p. 5-27). Antes, Robert Dahl (1971) estabeleceu as condições de existência de um regime democrático, a partir da observação de um conjunto de condições que, senão todas, pelo menos boa parte, deveria estar presente. Ei-las: autoridades públicas eleitas; eleições livres e limpas; sufrágio universal; direito a competir pelos cargos públicos; liberdade de expressão; informação alternativa e liberdade de associação. A partir dos anos 90, assistiu-se na América Latina a progressos muito grandes na busca da institucionalização das democracias políticas ou poliarquias, apesar dos muitos déficits que se fizeram ou se fazem acompanhar. Neste diapasão, com certeza a teoria da democracia necessita estabelecer mais uma condição necessária para que um regime seja considerado democrático, a saber, que os presidencialismos (de coalizão ou de outra natureza) não admitam mandatários vitalícios ou quase vitalícios (MORAES, 2010).

Outra questão relevante é a da relação entre a presidência da República e Congresso Nacional. A crise da República Populista, com o desenlace *manu militari* em 1964, foi, fundamentalmente, uma crise de paralisia decisória, oriunda da incapacidade do executivo – frente a um legislativo hostil – de tomar decisões políticas adequadas em relação à crescente deterioração do Estado. No Brasil pós-88, o processo político nacional tomou caminho diferente, fugindo da paralisiação decisória e da ingovernabilidade, desenvolvendo-se o padrão de governança intitulado “presidencialismo de coalizão”, cuja pedra angular se afirma numa relação cooperativa entre os poderes executivo e legislativo. Todavia, nomeadamente, nos últimos meses do primeiro mandato e prolongando-se pelo primeiro ano do segundo mandato de Dilma Rousseff, a coalizão partidário-governamental passou por séria crise, resultando no afastamento da presidente e na assunção interina do vice-presidente. De repente, os fantasmas da paralisia decisória e da ingovernabilidade apareceram no horizonte. De fato, a história recente do Brasil mostra que presidentes que não logram formar maioria ou a perderam não terminam o mandato, como aconteceram com Getúlio Vargas, Café Filho, Jânio Quadros, João Goulart e Fernando Collor. Por conseguinte, está-se diante de um problema político-institucional real, qual seja, o de que presidente que não logra formar maioria ou a perde não termina o mandato. Como observa Octavio Amorim, “um dos grandes desafios institucionais do Brasil é conseguir ter governos minoritários efetivos”, pois “a fórmula de sobrevivência de uma Presidência minoritária ainda não surgiu no Brasil”. O presidencialismo de coalizão é uma fórmula genérica, que oferece justamente mecanismos pelos quais um presidente cujo partido não tem a maioria possa formá-la, baseada na troca de cargos ministeriais por apoio legislativo (KLEIN, 2014). Assim, merece atenção Aníbal Pérez-Liñán (2016)⁴, quando ao analisar a conjuntura brasileira atual, salienta que “*las condiciones que impulsan los juicios políticos de hoy son en parte las mismas que impulsaban los*

⁴ O mesmo Pérez-Liñán aborda, comparativamente, diversos países sul-americanos frente ao que denomina “crises presidenciais” e a emergência de recorrentes “juicios políticos” (PÉREZ-LIÑÁN, 2007). Talvez não seja temerário esperar que, no *making constitutions* – a expressão é de Gabriel Negretto – ou no *remaking constitutions*, definam com maior precisão o que, no presidencialismo, é o *impeachment* ou *juicio político* (NEGRETTO, 2013).

golpes militares del pasado: recesión económica, movilización social y élites inescrupulosas. Pero el resultado no es igual". No entanto, acrescenta Pérez-Liñan, "llamar golpistas a los amplios sectores que piden – equivocadamente [...] – la salida de Dilma por juicio político significa legitimar con un barniz mayoritario a los verdaderos golpistas brasileños, quienes reivindican todavía el golpe militar de 1964"⁵.

Juan Linz já chamara a atenção para o que considerava ser a origem de todos os problemas do presidencialismo: o confronto de poderes, que se dá quando um presidente sem lastro parlamentar busca o apoio direto na sociedade, ou seja, a reivindicação de uma legitimidade popular superior à do Congresso (LINZ, 1991, p. 61-120). No Brasil, talvez haja dificuldade para tanto em virtude de que tanto o Congresso quanto a presidência vivenciam níveis de popularidade bastante baixos. Na verdade, o fenômeno do presidencialismo de coalizão assoma como modalidade de governança a distinguir os anos que se seguiram à promulgação da Constituição de 1988. Destacando o papel do presidente da República, responsável, em última instância, pela continuidade ou descontinuidade da coalizão e o bom ou mau êxito da governança, tal arranjo institucional e operacional foi, em regra, exitoso no que diz respeito ao quesito governabilidade. Todavia, é cruel tanto pela ação desagregadora que exerce sobre os partidos políticos quanto pela ação deletéria relativa à autonomia do Congresso Nacional.

Sobre os partidos políticos, os quais, na conjuntura, parecem vivenciar séria crise existencial, pode-se dizer que possibilitaram, em grande medida, as coalizações governamentais que se têm verificado desde o governo de Fernando Cardoso até muito recentemente. Como já observou Rômulo Leitão, "em que pese esse descrédito dos partidos, do ponto de vista da representação política, em outra perspectiva, a do funcionamento parlamentar e das relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, os partidos políticos tem se apresentado cada vez mais vigorosos e organizados" (LEITÃO, 2015, p. 190-191). No entanto, mais recentemente, acentuou-

⁵ Pode-se dizer que o fenômeno que levou à derrocada da presidente eleita em 2014 e à consequente sucessão por parte do vice-presidente, eleito na mesma chapa, constituiu-se numa exacerbação do exercício de *realpolitik*, levado a termo pelo que Pérez-Liñan denominou de "élites *inescrupulosas*".

se a erosão do sistema partidário, quer pela diminuição da representatividade no nível da sociedade, quer pelos patamares elevados de fragmentação parlamentar⁶.

Na oportunidade, também chama a atenção o fenômeno da judicialização da política e do ativismo judicial, como um espectro que ronda a política brasileira⁷.

7. Considerações finais

No período de vigência da CF/88, isto é, nos últimos vinte e oito anos, a vida política brasileira passou por muitas vicissitudes, mas – apesar da crise política de largo espectro vivenciada – se constrói um experimento que coloca o país no caminho das democracias. De fato, a dimensão “estruturante” que o texto constitucional atribui ao princípio democrático-político possibilitou que, no seu marco, se realizasse o processo de mudança política, com a construção de instituições representativas e multipartidárias, a restauração da separação dos poderes e a reconstrução do federalismo. Nos anos 90 e prosseguindo pelos dezessete anos deste século XXI, o processo político caminhou no sentido de falsificar as profecias de cenários catastróficos e consolidar o experimento democrático.

Evidentemente, identificam-se distorções no funcionamento das instituições políticas brasileiras, cabendo muitas vezes modificá-las para que se evitem as consequências negativas associadas às mesmas e, sobretudo, para que se estanque a difusão da ideia da “antipolítica”, que semeia o sentimento de que o exercício da política está associado, sempre, à corrupção. Todavia, o ensaio de democracia que

⁶ Ademais, como observa Aníbal Pérez-Liñan (2016), “*la tragedia brasileña derrumbó dos dogmas de la política latinoamericana. El primero es que Brasil opera bajo un ‘presidencialismo de coalición’ capaz de asegurar la gobernabilidad. El segundo es que la ira popular solamente sacude del poder a los gobiernos neoliberales*”.

⁷ Segundo Abranches (2015), “governos de coalizão tem como requisito funcional indispensável uma instância, com força constitucional, que possa intervir nos momentos de tensão entre o Executivo e o Legislativo, definindo parâmetros políticos para resolução dos impasses e impedindo que as contrariedades políticas de conjuntura levem a ruptura do regime”. Porque tal “este instrumento de regulação e equilíbrio do regime constitucional serve, no presidencialismo de coalizão, para reduzir a dependência das instituições ao destino da presidência e evitar que esta se torne o ponto de convergência de todas as tensões, envolvendo diretamente a autoridade presidencial em todos os conflitos e ameaçando desestabilizá-la em caso de insucesso”.

se experimenta desde os meados da década de 1980 apresenta êxito. O processo político brasileiro, embora enfrente problemas e dilemas, tem caminhado no sentido de evitar os conflitos disruptivos que marcaram perversamente a evolução político-constitucional anterior a 1988. Ademais, o cabedal de conhecimentos acumulado mais recentemente no Brasil questiona muito do que se afirmou tradicionalmente sobre o sistema político nacional e, sobretudo, põe por terra juízos que, sem a devida base empírica, orientam a discussão da reforma política.

De fato, o Brasil nunca foi tão democrático como agora, e o espectro que ronda a estabilidade do processo democrático não é o da entropia nem o excesso de exclusão (SANTOS, 2011, p. 81-90). Assim, a fixação na reforma política tem, entre outras consequências, um efeito-distração sobre a pobreza, a desigualdade, a exclusão social e os dramáticos níveis de criminalidade e violência, a par dos baixos níveis do que Timothy Power (2010, p. 18) denomina “apoio atitudinal em relação à democracia”. Por tudo, parece que o aperfeiçoamento – por mudanças incrementais – do presidencialismo, do sistema de representação proporcional, do federalismo e da separação tripartite dos poderes, que são elementos já tradicionais na política brasileira, deve ser o fio condutor da reforma política. E tudo pode ser realizado no marco do texto constitucional de 1988.

Referências bibliográficas

- ABRANCHES, Sérgio. *Crises políticas no presidencialismo de coalizão*. 2015. Disponível em: <<http://www.ecopolitica.com.br/2015/12/21/crises-politicas-no-presidencialismo-de-coalizao/>>. Acesso em: 26 dez. 2015.
- AMES, Barry. *Os entraves à democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.
- _____. Os entraves da democracia no Brasil: uma crise antevista. *Folha de São Paulo* (Caderno “Passado/Adiante”), São Paulo, p.13, 13 maio 2016.
- ARAGÃO, Murillo de. Um novo parlamentarismo. *Estado de São Paulo*, São Paulo, p. A2, 31 mar. 2015.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular*. São Paulo: Ática, 1991.

- BERCOVICI, Gilberto. O impasse da democracia representativa. In: ROCHA, Fernando Luiz Ximenes; MORAES, Filomeno (Org.). *Direito constitucional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Paulo Bonavides*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.281-303.
- BOBBIO, Norberto. Quais as alternativas para a democracia representativa? In: BOBBIO, Norberto et al. *O marxismo e o Estado*. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979. p. 33-54.
- BONAVIDES, Paulo. A democracia do terceiro milênio. *Nomos-Revista do Curso de Mestrado em Direito da UFC*, v.XIII/XIV, n.º 1/2, p.9-16, 1994/1995.
- _____. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Coimbra: Almedina, 2005.
- CARDOSO, Alexandre. Reforma política: prioridade da democracia. *Plenarium*, Brasília, n.º 4, p.10-13, 2007.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *A arte da política: a história que vivi*. 3.^a ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- DAHL, Robert. *Poliarchy: participation and opposition*. New Haven: Yale University Press, 1971.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição resistente. In: MORAES, Alexandre de (Coord.). *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p.45-63.
- FAORO, Raymundo. *A república inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub. O que deu errado? Não culpemos as instituições. *Folha de São Paulo* (Caderno “Passado/Adiante”), São Paulo, p.13, 13 maio 2016.
- KLEIN, Cristian. Presidentes sem maioria não terminam o mandato (conversa com o cientista político Octavio Amorim). *Valor Econômico*, São Paulo, 12 set. 2014. Disponível em: <<http://www.valor.com.br>>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- LAMOUNIER, Bolívar. *Da Independência a Lula: dois séculos de política brasileira*. São Paulo: Augurium, 2005.
- LANE, Jan-Erik. *Constitutions and political theory*. Manchester and New York: Manchester University Press, 1996.
- LEITÃO, Rômulo. *Partidos política e redemocratização brasileira*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2015.
- LINZ, Juan. Presidencialismo ou parlamentarismo: faz alguma diferença? In: LAMOUNIER, Bolívar (Org.). *A opção parlamentarista*. São Paulo: Idesp/Ed. Sumaré, 1991. p.61-120.
- LINZ, Juan; STEPAN, Alfred. *A transição e consolidação da democracia: a experiência do sul da*

- Europa e da América do Sul. Trad. de Patrícia de Queiroz C. Zimbre. São Paulo: Paz e Terra, 2009.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. 2.^a ed. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.
- MOISÉS, José Álvaro. *Cidadania e participação*. São Paulo: Marco Zero, 1990.
- MORAES, Filomeno. Direitos e garantias fundamentais e a realidade brasileira. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José-Costa Rica; Brasília: IIDH; ACNUR; CIVIC; CUE, 1996. p.471-484.
- _____. *Contrapontos: democracia, república e constituição no Brasil*. Fortaleza: Edições UFC, 2010.
- _____. *Constituição econômica brasileira: história e política*. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. Réquiem para Giovanni Sartori, um grande mestre. *Segunda Opinião*, Fortaleza, 19 abr. 2017. Disponível em: <segundaopinio.jor.br>. Acesso em: 2 maio 2017.
- MORAES, Filomeno; VERDE SOBRINHO, Luís Lima. Quedas democráticas de governo: o *impeachment* no presidencialismo brasileiro comparado ao voto de desconfiança nos sistemas parlamentaristas. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 21, n° 21, p. 45-71, 2016. Disponível em: <revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd>. Acesso em: 2 maio 2016.
- NEGRETTO, Gabriel L. *Making constitutions: presidents, parties, and institutional choice in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2013.
- O'DONNELL, Guillermo. Otra institucionalización. *La Política – Revista de Estudios sobre el Estado y la Sociedad*, Buenos Aires, n° 2, p. 5-27, 1996.
- PÉREZ-LIÑAN, Aníbal. *Presidential impeachment and the new political instability in Latin America*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- _____, Aníbal. Brasil: es preciso repensar el juicio político. *Clarín*, Buenos Aires, 25 abr. 2016. Disponível em: <http://www.clarin.com/opinion/Brasil-preciso-repensar-juicio-politico_0_1564643616.html>. Acesso em: 11 maio 2016>.
- POWER, Timothy. Optimism, pessimism, and coalitional presidentialism: debating the institutional design of Brazilian democracy. *Bulletin of Latin America Research*, Oxford, v. 29, n.º 1, p.18-33, 2010.
- REIS, Bruno P. W. O presidencialismo de coalizão sob pressão: da formação de maiorias democráticas à formação democrática de maiorias. *Plenarium*, Brasília, n.º 4, p.80-103, 2007.

- SANTOS, Fabiano. Agenda oculta da reforma política. *Plenarium*, Brasília, n.º 4, p.60-69, 2007.
- _____. Um elogio ao Tiririca: o perigo da oligarquização ronda a nossa democracia. *Insight Inteligência*, Rio de Janeiro, p.81-90, jul./ago./set. 2011.
- SANTOS, Wanderley Guilherme. *O paradoxo de Rousseau: uma interpretação democrática da vontade geral*. Rio de Janeiro: Rocco, 2007.
- SARTORI, Giovanni. *Engenbaria constitucional: como mudam as constituições*. Brasília: Ed. UnB, 1996.

O direito transnacional como disciplina em cursos jurídicos

Transnational law as discipline in legal courses

Carla Piffer*/Paulo Marcio Cruz**

RESUMO: Este texto propõe a inclusão do direito transnacional nas grades curriculares dos cursos jurídicos. Para atingir o objetivo do estudo, discorre-se sobre o surgimento do direito transnacional e sua relação com a transnacionalidade, com o fito de demonstrar a necessidade da sua inclusão nas grades curriculares dos cursos jurídicos de graduação e pós-graduação. Para tanto, são elencadas algumas universidades do mundo que estudam o direito transnacional e o adotam como disciplina, denotando a importância de ser implementado por aqueles que ainda não o fizeram.

PALAVRAS-CHAVE: direito transnacional; transnacionalidade; disciplina; cursos jurídicos.

ABSTRACT: This text proposes the inclusion of transnational law in the curriculum of legal courses. In order to achieve the objective of the study, we discuss the emergence of transnational law and its relation to transnationality, with the purpose of demonstrate the necessity of its inclusion in the curriculum of legal undergraduate and postgraduate courses. To that end, some universities in the world are studying the transnational law and they adopt it as a discipline, denoting the importance of being implemented by those who have not yet done so.

KEYWORDS: transnational law; transnationality; discipline; legal courses.

* Professora do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista do Programa Nacional de Pós-doutorado da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PNPD/CAPES).

** Coordenador do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor Visitante nas universidades de Alicante (Espanha) e Perugia (Itália).

1. Introdução

O objetivo geral do presente texto é o de abordar a possibilidade de inclusão da disciplina de direito transnacional nas grades curriculares dos cursos jurídicos.

Para atingir tal objetivo, inicialmente são tecidas algumas considerações acerca do direito transnacional, seu surgimento e as reflexões atuais sobre o tema. Na sequência, aborda-se a relação entre o direito transnacional e a importância da sua inclusão nas grades curriculares dos cursos jurídicos de graduação e pós-graduação, além da possibilidade da realização de experiências transnacionais de ensino e aprendizagem no sentido da formação de uma consciência jurídica transnacional que propicie aos acadêmicos compreender e transitar pelas mais variadas discussões jurídicas.

No último ponto deste estudo são elencadas universidades de alguns países europeus, dos Estados Unidos, da China e do Brasil que adotam o direito transnacional como disciplina, seja nos seus cursos de graduação ou de pós-graduação, a fim de demonstrar que essa temática já existe como disciplina em alguns cursos jurídicos e a importância de ser implementada por aqueles que ainda não o fizeram.

2. Reflexões preliminares sobre o direito transnacional

Quando se fala em direito transnacional, é clássica a menção à obra de Philip C. Jessup, elaborada no ano de 1956, intitulada *Transnational law*. Naquele momento, na condição de professor de direito internacional e diplomacia na Universidade de Columbia, o autor elaborou o citado texto para as conferências *Storrs* ministradas na *Yale Law School*, explicitando, já no início, sua preocupação quanto ao direito aplicável à complexa comunidade mundial inter-relacionada que se formava.

Pouco mais de uma década após o final da Segunda Grande Guerra, e vivendo um momento histórico ímpar de aprimoramento e intensificação das relações entre os Estados, o autor é enfático ao afirmar que o Estado não é o único grupo que nos interessa e que o termo “internacional” é enganador, já que sugere que nos preocupemos apenas com as relações de uma Nação (ou Estado) com outras Nações (ou Estados) (JESSUP, 1965, p. 11).

Para Jessup, grande parte da dificuldade que envolve a análise dos problemas

da comunidade mundial e do direito que a regula se dá devido ao fato de inexistir uma expressão apropriada para designar as normas em questão, vez que o direito internacional não se mostra apropriado para tal. Por essa razão, o autor passa a usar a expressão direito transnacional para incluir todas as normas que regulam atos ou fatos que transcendem as fronteiras nacionais, vez que, para ele, as situações transnacionais podem envolver indivíduos, empresas, Estados, organizações de Estados ou quaisquer outros grupos (JESSUP, 1965, p. 11-13).

Após Jessup, também Vagts e Steiner se dedicaram, no ano de 1976, a escrever sobre os problemas jurídicos transnacionais, por meio da obra intitulada *Transnational legal problems*, desenvolvendo estudos sobre direito internacional, conflito de leis no tempo e no espaço, direito comparado, jurisprudência e negócios e transações transnacionais, adotando o posicionamento de Jessup para analisar tais situações. Nesta obra os autores identificam as características e o alcance dos problemas jurídicos transnacionais, utilizando exemplos como a manutenção da paz e o controle da violência relacionados ao Vietnã, os conflitos existentes entre o Congresso e o Executivo dos EUA quanto a relações e acordos internacionais, bem como a discussão sobre os direitos humanos e sua abrangência transnacional.

Vagts, no ano de 1986, continuou a abordar a temática em sua obra intitulada *Transnational business problems*, expondo que seriam três os elementos que caracterizam o direito transnacional: os assuntos que transcendem fronteiras nacionais; os assuntos que não comportam uma clara distinção entre direito público e direito privado; e os assuntos mencionados no artigo 38 da Corte Internacional de Justiça¹, além de outros que possuam fontes abertas e flexíveis, como seria o caso do *soft law*².

¹ “Art. 38. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a. as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c. os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas; d. sob ressalva da disposição do Artigo 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito”. ONU BRASIL. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cij/>>. Acesso em: 11 out. 2017.

² Aqui entendido como o conjunto de regras cujo valor normativo é menos constringente que o das normas jurídicas tradicionais, por não possuírem o *status* de norma jurídica, seja porque os seus dispositivos não criam obrigações de direito positivo aos Estados.

Em 1994, Vagts, Steiner e Koh lançam a 4.^a edição da obra *Transnational legal problems*. Utilizam outros exemplos para demonstrar os problemas jurídicos transnacionais – citando o caráter transnacional do Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT) e do Fundo Monetário Internacional (FMI) –, e demonstram que a análise não se restringe somente ao direito, pois, segundo os autores, a abordagem dos problemas jurídicos transnacionais deve levar em conta o comportamento e as relações estabelecidas entre todos os atores envolvidos nas relações transnacionais.

Gustavo Lins Ribeiro, em 1997, na obra intitulada *A condição da transnacionalidade*, defende que discutir a condição da transnacionalidade implica levantar a possibilidade de modificar as concepções sobre cidadania, visando criar uma clara sensibilidade e responsabilidade com relação aos efeitos das ações políticas e econômicas em um mundo globalizado (RIBEIRO, 1997, p. 03-04).

No tocante à relação entre globalização e transnacionalidade, Ribeiro afirma que estas possuem certas similaridades, mas enfatiza que a particularidade reside no fato de a transnacionalidade apontar para uma questão central, qual seja, a relação entre territórios e os diferentes arranjos socioculturais e políticos que orientam o modo como as pessoas representam pertencimento a unidades socioculturais, políticas e econômicas. Ribeiro aborda o transnacionalismo enquanto fenômeno econômico, político e ideológico, e a transnacionalidade como “a consciência de fazer parte de um corpo político global”. Tal consciência, mantém, em muitos sentidos, características potenciais e virtuais, razão pela qual prefere considerar “a condição da transnacionalidade do que a sua existência de fato” (RIBEIRO, 1997, p. 01-04).

O Professor de direito internacional na Universidade da Yale Law School, Harold Hongju Koh (2005-2006) – um dos seguidores de Vagts, contemporaneamente considerado um expoente do estudo do direito transnacional – ensina que o direito transnacional é um híbrido entre o direito doméstico e o internacional, de crucial importância na vida das sociedades contemporâneas.

Segundo Koh, para entender o direito transnacional, é preciso compreender, primeiramente, o processo jurídico transnacional, razão pela qual lançou em 1996 a obra intitulada *Transnational legal process*, descrevendo não apenas a teoria, mas

também a prática envolvendo os diversos atores – públicos e privados, domésticos e internacionais – e sua interação no processo de criação, interpretação, execução e internalização das regras de direito transnacional³.

Para explicar sua teoria, Koh (2005-2006, p. 02) define direito transnacional utilizando-se das figuras “da era do computador”. Assim, o direito transnacional seria: 1) aquele direito “baixado” do direito internacional para o direito doméstico, como algumas normas internacionais de direitos humanos internalizadas por muitos Estados; 2) o direito “carregado e então baixado”, como por exemplo uma regra originária de uma ordem jurídica interna que posteriormente se torna parte do direito internacional; e 3) o direito que é “horizontalmente transplantado” de um sistema doméstico para o outro, citando como exemplo a doutrina do *unclean hands* ou ficha limpa, cuja origem remonta ao direito britânico e que migrou para vários outros sistemas jurídicos.

Diante dessas reflexões acerca do direito transnacional, entende-se que os acontecimentos de hoje são transnacionais, porque ocorrem de forma recorrente para além das fronteiras nacionais e requerem um compromisso regular e significativo de todos os participantes, pois à medida que a globalização desenvolve sua dinâmica, cresce a necessidade dos envolvidos se localizarem em novos cenários e encontrarem modos de contrabalançar as novas tendências e limitar os novos poderes desterritorializados.

Assim, a expressão latina “trans” significa algo que vai além de ou para além de, a fim de evidenciar a superação de um *locus* determinado, que indicaria que são perpassadas diversas categorias unitárias, num constante fenômeno de desconstrução e construção de significados (CRUZ; BODNAR, 2009, p. 58).

³ Para Koh, “os elementos-chave na promoção deste processo de domesticação incluem empreendedores de normas transnacionais, patrocinadores de normas governamentais, redes de questões transnacionais e comunidades interpretativas. Nesta história, um desses agentes provoca uma interação em nível internacional, trabalha em conjunto com outros agentes de internalização para forçar uma interpretação de norma jurídica internacional, e, em seguida continua a trabalhar com esses agentes para convencer um estado-nação resistente, de internalizar essa interpretação para o direito doméstico. Através de ciclos repetidos de ‘interação-intepretação-internalização’, interpretações de normas globais aplicáveis, eventualmente, são internalizadas na ordem jurídica nacional dos demais Estados” (KOH, 1996, p. 183-184).

Abordar a transnacionalidade como fenômeno significa cogitar a possibilidade de modificar as concepções sobre as relações “transpassantes” que afetam direta ou indiretamente a todos, a fim de ordenar um claro senso de responsabilidade com relação aos efeitos das ações políticas e econômicas em um mundo globalizado. Além disso, as alterações propiciadas pela globalização deram origem a novas situações antes não vivenciadas nem pensadas, devido a sua abrangência e característica de fato novo, atualmente circundadas por articulações que diferem do espaço real e não mais atendem a espaços territoriais pré-definidos⁴.

Esta é a característica da “desterritorialização” atribuída à transnacionalidade por Stelzer (2009, p. 25) sob o argumento de que o território transnacional não é nem um nem outro e é um e outro, porquanto se situa na fronteira transpassada, na borda permeável do Estado, fluando sobre os Estados e fronteiras, participando de diferentes níveis de integração.

Desse modo, o fenômeno da transnacionalidade necessita de estudos que consolidem a sua dimensão jurídica, o direito transnacional. Conforme afirma Koh, ele é importante porque cada vez mais influencia as leis e políticas que nos governam, particularmente quando as leis e as políticas internacionais tornam-se internalizadas pelas leis e políticas dos Estados (KOH, 2005-2006, p. 04).

Nesse contexto, estudar direito transnacional implica utilizar pesquisas interdisciplinares que abordem o fenômeno da globalização e sua repercussão no direito, bem como refletir sobre sua influência em vários aspectos do ensino jurídico.

3. Ensino jurídico e direito transnacional

Das contribuições tecidas por Koh a respeito do direito transnacional, destaca-se a divisão entre o direito transnacional privado – verificado em uma variedade de

⁴ “Tradicionalmente o direito internacional fundava-se no princípio da territorialidade – pelo qual cada Estado tem competência exclusiva pelos acontecimentos ocorridos em seu território – e o respeito a esse princípio era em regra suficiente para assegurar um funcionamento satisfatório das relações internacionais. Hoje as atividades transfronteiras exigem grau maior de sofisticação do direito internacional” (MATIAS, 2005, p. 345).

áreas, tais como a nova *lex mercatoria*⁵, as finanças internacionais, o direito bancário internacional e as leis que buscam regular o ciberespaço – e o direito transnacional público – cuja origem remonta aos crimes praticados durante a Segunda Grande Guerra, à criação dos sistemas das Nações Unidas e ao acordo de Bretton Woods⁶.

Tal classificação propicia uma visão mais facilitada sobre a possibilidade/necessidade de estudos consolidados acerca do direito transnacional. Para Koh, da mesma forma como o foco dos cursos de direito do século XX mudou gradualmente a partir do equilíbrio de importância entre o ensino do direito privado e do direito público, a grande mudança no século XXI será semelhante para as categorias emanadas do direito transnacional público, sobre a transformação da democracia em paradigma cada vez mais global, dos regulamentos sobre governança global em temas específicos, normas que tratem de crimes transnacionais, a tutela do meio ambiente sustentável, a regulamentação dos mercados transnacionais, entre outras (KOH, 2005-2006, p. 06).

Assim, diante da verificação de que o direito transnacional avultará tamanha importância em nosso futuro, Koh (2005-2006, p. 06) sugere mudanças nos currículos dos cursos de direito americanos, tanto de graduação como de pós-graduação. É recomendável, portanto, que os cursos jurídicos acompanhem tal tendência, considerando que os acontecimentos transnacionais afetam um território determinado, mas sim todo o globo, exigindo atitudes conjuntas da comunidade acadêmica mundial.

Ademais, segundo Koh, para abordar essas tendências globais, os cursos de direito terão que modificar seus currículos, seus corpos docentes e suas iniciativas

⁵ Teubner, ao discorrer sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, expõe que a *Lex mercatória* é o ordenamento jurídico transnacional dos mercados mundiais (TEUBNER, 2003, p. 10).

⁶ O autor faz menção ao direito transnacional público como aquele que teve origem ante os litígios modernos de direito público transnacional, a partir dos crimes de guerra de 1946 envolvendo Nuremberg e Tóquio, redefinindo as estruturas de partido permitidas, reivindicações e fóruns de litígios internacionais. Para Koh, a vitória aliada na Segunda Guerra Mundial provocou uma mudança notável na ordem jurídica global. Também os sistemas das Nações Unidas e o acordo de Bretton Woods foram anunciados no pós-guerra, momento em que instituições e organismos internacionais regidos por tratados multilaterais se organizaram para enfrentar os problemas globais da época (KOH, 1991).

para fomento ao ensino e pesquisa através de bolsas de estudo. Segundo ele, podemos imaginar, por exemplo, uma disciplina sobre contratos que incluía, ao lado da doutrina interna tradicional, uma discussão sobre contratos transnacionais por exemplo (KOH, 2005-2006, p. 07). Dentre as disciplinas tradicionais de direito penal, uma delas, no mínimo, poderia abordar a discussão sobre crimes e organizações criminosas transnacionais, com foco nos desastres em massa, crimes de violação de direitos humanos, terrorismo, tráfico de drogas e de pessoas⁷. Às recomendações de Koh pode-se agregar a necessidade de se estudar a temática ambiental sob o contexto transnacional, assim como as questões envolvendo migrações transnacionais e refugiados, as discussões sobre sustentabilidade e governança, dentre tantas outras áreas não menos importantes.

Nessa ordem de ideias, Koh (2005-2006, p. 08) destaca a necessidade de globalizar outros aspectos dos programas dos cursos de direito, tanto em nível de graduação quanto de pós-graduação. Para atender às necessidades do estudo do direito transnacional, os cursos podem se diversificar por meio do aumento do número de professores estrangeiros visitantes, programas de intercâmbio de alunos e professores, programas ampliados sobre direito regional (na América Latina, Oriente Médio, China e Ásia, por exemplo), além de outras oportunidades para preparar professores e alunos para práticas globais. O objetivo maior seria o de promover o desenvolvimento de uma “rede mundial de graduados” – bacharéis, mestres e também doutores em direito – que retornam aos seus países de origem com condições de ensinar e praticar o direito transnacional. Koh enfatiza a necessidade de que os estudantes de graduação cursem a disciplina de direito transnacional ainda no primeiro ano do curso, visando propiciar uma mudança gradativa nas mentes

⁷ Koh exemplifica escrevendo que, em sua própria disciplina, em Yale, no primeiro semestre, quando são ensinados os fundamentos do direito processual, ele trabalha *Processos transnacionais* – incluindo litígios de direito transnacional público, princípios ALI/UNIDROIT do processo civil transnacional, regras do processo civil transnacional em matéria de jurisdição, obtenção de provas e reconhecimentos das decisões. Da mesma forma, as disciplinas sobre propriedade poderiam incluir módulos sobre *Propriedades transnacionais* – por exemplo, a Organização Mundial do Comércio (OMC) regula a proteção da propriedade intelectual. Ademais, já existe um rico conteúdo de materiais didáticos sobre direito constitucional comparado. Sobre o tema, ver KOH, Harold H., *Transnational public law litigation*.

dos alunos desde o início dos seus estudos, passando-se de um currículo inicial com características “amplamente domésticas” para uma “mentalidade transnacional” (KOH, 2005-2006, p. 07).

Num estágio mais avançado, uma matriz curricular que abarcasse o direito transnacional incluiria conteúdos e seminários sobre casos de estudo tendentes a preparar os alunos para a prática jurídica global, cujo objetivo mais abrangente seria o de aumentar a consciência e as experiências globais destes com viagens e estágios realizados no exterior – seja em instituições públicas ou privadas, acadêmicas ou estritamente profissionais – exigindo a fluência em, no mínimo, uma língua estrangeira, o que propiciaria ao estudante compreender e transitar pelas mais variadas discussões jurídicas transnacionais.

Sobre este assunto, convém destacar o estudo publicado recentemente na Revista *Transnational legal theory*, intitulado *What law for transnational legal education?*, escrito pelo Professor César Arjona (2014) em coautoria com três estudantes do Centro de Estudos Jurídicos Transnacionais (CTLTS)⁸ de Londres. A pesquisa publicada possui como um dos seus objetivos apresentar a experiência educacional havida pelos três estudantes – provenientes de sistemas jurídicos diversos – durante o Curso de Introdução ao Direito Transnacional e Governança⁹, no outono de 2013.

No referido estudo, os autores fazem uma análise descritiva desta “experiência única”, incluindo o conteúdo e a estrutura do curso, a composição da classe, o ambiente institucional e os resultados alcançados, além de conter informação descritiva sobre as principais questões envolvendo a teoria do direito transnacional (ARJONA; ANDERSON; MEIER; ROBERT, 2014, p. 254-255). A importância do relato é potenciada diante da utilidade de estudos desse tipo – tanto no aspecto metodológico quanto educacional – para os alunos de cursos de direito.

⁸ Em inglês, *Center for Transnational Legal Studies (CTLTS)*. GEORGE TOWN LAW. Disponível em: <<http://ctlts.georgetown.edu/faculty-spring-2015.cfm>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

⁹ O curso envolveu professores e estudantes provenientes de 17 jurisdições, representando distintas famílias jurídicas. Embora tenha sido realizado em Londres, apenas três dos 88 alunos inscritos haviam recebido sua educação jurídica primária no Reino Unido. Os dois professores que organizaram o curso também eram provenientes de diferentes escolas de direito que representam jurisdições e famílias jurídicas diversas.

Os autores retratam a experiência transnacional de ensino e aprendizagem havida, afirmando que o direito reside também na singularidade dessa experiência educacional, capaz de esclarecer os benefícios e os desafios do ensino do direito transnacional para estudantes de diferentes ordenamentos jurídicos que tiveram contato com um ensino de alcance e características transnacionais (ARJONA; ANDERSON; MEIER; ROBART, 2014, p. 255). A experiência relatada pelos autores demonstra, na prática, a possibilidade de transformar – além do aspecto material relativo à assimilação de conteúdo e aprendizagem – o ambiente e os componentes físicos do ensino jurídico, criando verdadeiros espaços transnacionais do estudo do direito.

4. O ensino do direito transnacional na atualidade

Feitas essas considerações acerca do direito transnacional e da necessidade de estudá-lo tanto na graduação quanto nos cursos de pós-graduação *lato e stricto sensu*, de modo a formar uma rede consolidada de estudo jurídico transnacional global, o que se pretende de agora em diante é apresentar alguns dos principais cursos jurídicos que possuem o direito transnacional e a transnacionalidade tanto como objeto de estudo quanto como proposta metodológica.

4.1. Europa

Na Europa, vários são os cursos jurídicos de graduação e pós-graduação que possuem disciplinas com ênfase no estudo do direito transnacional e da transnacionalidade.

Na Itália, destaca-se o Curso de Especialização em Direito oferecido por meio de convênio estabelecido entre as Universidades de Trento e Verona. Dentre as disciplinas ofertadas, cita-se uma que aborda o conteúdo de direito internacional do 2.º ano intitulada *contencioso transnacional em matéria de contratos*¹⁰.

¹⁰ Informações obtidas na página oficial da UNIVERSITÀ DI VERONA. Scuola

No extremo Norte da Itália, a Faculdade de Direito da Universidade de Trento¹¹ possui seu curso de graduação com duração de cinco anos, projetado para formar bacharéis em direito que, além do estudo dos assuntos jurídicos clássicos (lei italiana em seus vários ramos: privado, público, criminal, etc.), tem como elemento qualificador a proeminente projeção transnacional, internacional e comparativa. A referida Faculdade oferece vários cursos de pós-graduação *lato e stricto sensu* que abordam, direta ou indiretamente, o estudo do direito transnacional¹².

Na matriz curricular do curso de graduação em direito dessa universidade, existe a disciplina intitulada “Direito comparado europeu e transnacional”, que permite ao aluno adquirir as ferramentas necessárias para integrar o estudo da lei italiana com o do direito europeu, internacional e transnacional, com vistas a compreender a dinâmica de integração e colaboração entre os vários sistemas.

A Universidade de Perugia¹³, localizada na região da Úmbria, também na Itália, na sua Faculdade de Direito, também oferece o curso de graduação em direito com duração de cinco anos, cujo objetivo é fornecer aos estudantes elementos para o conhecimento dos ordenamentos jurídicos nas suas múltiplas articulações – direito interno, internacional e direito da União Europeia, oferecendo, no terceiro ano do curso uma disciplina específica denominada “Direito público comparado e transnacional”¹⁴.

Em Portugal, a Faculdade de Direito da Universidade Católica de Lisboa¹⁵ apresenta um ambicioso e inovador programa de disciplinas lecionadas em inglês

di Specializzazione per le Professioni Legali. Disponível em: <<http://www.univr.it/main?ent=offerta&aa=2017%2F2018&cs=47&lang=it>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

¹¹ Em italiano, Facoltà di Giurisprudenza della Università di Trento.

¹² Como exemplo cita-se o Mestrado Acadêmico em estudos avançados de Direito Europeu e Transnacional oferecido pela Universidade de Trento. Disponível em: <http://www.jus.unitn.it/faculty/guida/attivita_did.html>. Acesso em: 02 nov. 2017.

¹³ Em italiano, Università degli Studi di Perugia.

¹⁴ Informações obtidas na página oficial da UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA. Facoltà di giurisprudenza. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁵ Informações obtidas na página oficial da ESCOLA DE LISBOA. Católica Faculdade de Direito. Disponível em: <<http://www.fd.lisboa.ucp.pt/site/custom/template/ucptplfac.asp?sspageID=3237&lang=1>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

chamado *Transnational Law Curriculum by Católica Global School of Law* (TLC). Este programa obedece a uma lógica ordenada e consistente, visando não só preparar os alunos para a prática transnacional, mas também permitir a exposição à internacionalização como forma de facilitar a sua inserção no mercado de trabalho ou em programas internacionais avançados. O programa foi desenhado a partir de uma escolha criteriosa das disciplinas, docentes, e articulação das diversas matérias de modo que constituam um programa de grande prestígio em direito transnacional. Todas as disciplinas abordam o direito a partir da perspectiva global ou transnacional, através de exemplos práticos da transnacionalização do direito mais paradigmáticos, como é o caso da disciplina de “Introdução ao direito transnacional”.

Na Suíça, a Faculdade de Direito da Universidade de Genebra¹⁶, em colaboração com o Instituto de Pós-Graduação em Estudos Internacionais e de Desenvolvimento (IHEID)¹⁷, oferece aos alunos que completaram com sucesso dois anos de estudos jurídicos a possibilidade de obter um Certificado em direito transnacional (CTL)¹⁸. O CTL é um programa de um ou dois semestres que oferece aos alunos a possibilidade de se especializar, no início da carreira, em assuntos jurídicos internacionais, podendo ser também cursados pelos estudantes regulares da Faculdade de Direito. Os estudantes de CTL devem fazer um curso de metodologia comparativa e escolher quatro cursos opcionais entre uma longa lista de cursos ministrados em inglês ou francês.

Na Inglaterra, uma das suas instituições universitárias mais antigas e prestigiadas, o King’s College London¹⁹, oferece uma ampla gama de cursos que abordam uma variedade de assuntos tradicionais e estudos inovadores, como é o caso do direito transnacional. Dentre os cursos oferecidos, merece atenção o Programa de Mestrado em Direito, cujo traço distintivo é sua perspectiva claramente transnacional, com

¹⁶ Informações obtidas na página oficial da UNIVERSITÉ DE GENÈVE. Transnational Law. Disponível em: <<http://www.unige.ch/droit/transnational/certificat.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

¹⁷ Em inglês, Graduate Institute of International and Development Studies (IHEID).

¹⁸ Em inglês, Certificate in Transnational Law (CTL).

¹⁹ Informações obtidas na página oficial do KING’S COLLEGE LONDON. Disponível em: <<https://www.kcl.ac.uk/index.aspx>>. Acesso em: 12 nov. 2017.

vistas a preparar os graduados para uma carreira inserida em um contexto global²⁰.

A estrutura curricular do curso é composta por várias disciplinas que abordam a temática transnacional, dentre as quais destaca-se: Direito transnacional e governança global; Direito transnacional: atores, normas, processos - fundações e perspectivas; Direito comercial e financeiro transnacionais; Reestruturação societária transnacional; Sociologia do direito, Cultura jurídica e desafios transnacionais; Regulamento transnacional das redes globais; Desigualdade, desenvolvimento humano e Estado de direito em perspectiva transnacional; Direito penal transnacional e internacional; Moral e direito: perspectivas transnacionais; Introdução aos litígios transnacionais; Direito transnacional e governança de risco tecnológico: Experiência, padrões, legitimação; Atores corporativos na governança de sustentabilidade transnacional e Litígio transnacional em direitos humanos.

Também na Inglaterra, a Universidade de Manchester possui um projeto integrado dirigido por Chris Thornhill e composto por pesquisadores especialistas em direito, história e sociologia, a *Sociology of Transnational Constitutional Law* e conta com estudos de caso de 17 países: Brasil, África do Sul, Argentina, Bolívia, Canadá, Casaquistão, Chile, China, Colômbia, Egito, Estados Unidos, Gana, Índia, Irã, Inglaterra, Quênia e Rússia. Por intermédio de financiamento do programa Professor Visitante do Exterior (PVE) da CAPES, cursos envolvendo a temática da transnacionalidade e do processo de criação de normas transnacionais com efeito constitucional foram oferecidos na Universidade de Brasília (UnB) em 2016, e na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS) nos anos de 2016 e 2017.

Em Londres também está localizado o Centro de Estudos Jurídicos Transnacionais (CTLS)²¹, considerado pioneiro no estudo do direito transnacional, liderado pela Universidade de Georgetown²² e parceiro de 23 universidades provenientes de

²⁰ Informações obtidas na página oficial do KING'S COLLEGE LONDON. LL.M. Disponível em: <<https://www.kcl.ac.uk/study/postgraduate/taught-courses/transnational-law-llm.aspx>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²¹ Em inglês, Center for Transnational Legal Studies (CTLS).

²² O CTLS foi fundado pelas Univesidades de Georgetown (EUA); The Dickson Poon School of Law e King's College London (Inglaterra); ESADE Law School (Espanha); Hebrew University of Jerusalem (Israel); National University of Singapore (Singapura); University of Fribourg (Suíça); University of

inúmeros países. Com cursos variados relacionados à transnacionalidade, o CTLS possui como meta fornecer aos alunos da ciência jurídica ferramentas necessárias para desenvolver seus conhecimentos sob perspectivas transnacionais, por meio de programas intensivos de duração semestral em direito internacional, comparativo e transnacional, além da realização de intercâmbios em vários países.

4.2. Estados Unidos

Várias são as universidades norte-americanas que trabalham com direito transnacional e a transnacionalidade.

Na Texas Law²³, Universidade do Texas, em Austin, foi instalado o Instituto de Direito Transnacional²⁴, a fim de aprimorar o ensino do direito transnacional, internacional e comparado, construir contatos internacionais e aumentar o intercâmbio de estudantes. O Instituto concentra-se em cinco áreas principais: 1) formação de alunos para se tornarem professores, juízes e advogados com proficiência e experiência em direito transnacional, internacional e comparado, facilitando a busca de mestrado em direito internacional pelos estudantes estrangeiros²⁵; 2) facilitação de intercâmbios estudantis, acadêmicos e profissionais²⁶; 3) preparação e apoio a estudantes de direito

Melbourne (Austrália); Univerità di Torino (Itália) e University of Toronto (Canadá). Informações obtidas na página oficial do CENTER FOR TRANSNATIONAL LEGAL STUDIES. Disponível em: <<http://ctls.georgetown.edu/about.cfm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²³ Informações obtidas na página oficial do TEXAS LAW. Institute for Transnational Law. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

²⁴ Em inglês, Institute for Transnational Law.

²⁵ Ante o apoio da Fundação MD Anderson, o Instituto possui um registro de longa data de apoio aos juízes estrangeiros na busca de um mestrado em direito da Universidade do Texas. O programa continua a financiar uma bolsa de estudos completa e despesas de vida de um juiz alemão para o *Texas Law LL.M.* todos os anos. O Instituto espera continuar este programa no futuro para apoiar juízes e juristas da América Latina, em conjunto com a Iniciativa Latino-Americana da Universidade do Texas, além de excelentes juízes de todo o mundo.

²⁶ O Instituto trabalha em conjunto com o Departamento de Pós-Graduação e Programas Internacionais do *Texas Law* para criar parcerias de intercâmbio robustas com as principais universidades de todo o mundo. Essas parcerias abrem o caminho para o intercâmbio de estudantes e professores, bem como promovem programas conjuntos de pesquisa. Além disso, o Instituto possui um programa de intercâmbio

do Texas com bolsas de estudo no exterior com foco transnacional²⁷; 4) melhoria da educação jurídica transnacional para estudantes da graduação²⁸; 5) pleno acesso ao site *Foreign Law Translations*, um recurso para tradução em inglês de assuntos jurídicos e decisões das cortes superiores da Alemanha, Áustria e Israel nas áreas do direito constitucional, administrativo, contratual e de responsabilidade civil.

Na Filadélfia, a *Temple University* oferece o Mestrado Acadêmico em Direito Transnacional (LL.M). Estruturado para fornecer uma educação jurídica verdadeiramente internacional, os alunos devem completar um período de estudo no exterior, podendo escolher dentre os vários convênios que a Temple possui com outras universidades americanas, bem como com universidades no Japão ou em Roma. Com uma grade curricular flexível, o programa abrange uma ampla gama de áreas ligadas a transações comerciais internacionais e direitos humanos, mantendo disciplinas ligadas ao direito internacional como obrigatórias e outras eletivas, sendo obrigatória a frequência a, pelo menos, um dos programas internacionais²⁹.

de professores de longa data que permite que os professores de direito do Texas sejam colocados em curto prazo em escolas de direito estrangeiras, além de permitir que professores renomados de todo o mundo visitem e ensinem no *Texas Law*.

²⁷ O Instituto está lançando um novo programa para expandir seu trabalho vital de educação jurídica transnacional, criando um programa de bolsas de estudo para os reconhecidos licenciados do *Texas Law*. Este programa, com financiamento da Fundação MD Anderson, permitirá que dois graduados recentes por ano ganhem valiosa experiência de trabalho no exterior nas áreas internacionais de serviços jurídicos, comerciais e públicos. Esses alunos são nomeados *MD Anderson Fellows* e integram um grupo de profissionais de direito da elite.

²⁸ Os vários projetos do Instituto contribuem para a criação de um campus global na *Texas Law* que melhora a educação jurídica transnacional de todos os alunos, ampliando o valioso conhecimento de direito internacional e comparado para estudantes que não têm a oportunidade de estudar ou trabalhar no exterior

²⁹ Informações obtidas na página oficial do TEMPLE UNIVERSITY. Beasley School of Law. Disponível em: <<https://www.law.temple.edu/academics/degrees/llm-transnational-law/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

4.3. China

A Universidade de Pequim (PKU)³⁰ é considerada pelo *Times of Higher Education* a universidade número 1 na China e número 4 na Ásia, e a 46.^a universidade mais reconhecida no mundo³¹. Dentre os vários cursos de Mestrado oferecidos na área jurídica, um deles é especificamente voltado ao estudo do direito transnacional, a cargo da Escola de Direito Transnacional da Universidade de Pequim (STL)³². O programa, todo em língua inglesa, possui foco no estudo do direito transnacional, com estudos voltados ao direito chinês e a outros ordenamentos jurídicos ocidentais.

O programa é rico em cursos que enfatizam a lei e a prática transnacionais, destinados a alunos de qualquer nacionalidade que queiram obter profundos conhecimentos sobre a lei chinesa, ordenamentos jurídicos ocidentais e tradições legais, com as habilidades práticas necessárias para atuação na área do direito transnacional³³.

4.4. Brasil

A Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI), por meio do seu Programa de Pós-graduação *stricto sensu*, oferece os cursos de Mestrado e Doutorado em Ciência Jurídica. O curso de Mestrado, na sua estrutura curricular, possui dentre as suas disciplinas obrigatórias duas que possuem relação direta com o estudo do direito transnacional: Governança transnacional e sustentabilidade e Teoria jurídica transnacional. Além disso, uma das suas linhas de pesquisa, qual seja, Direito

³⁰ Em inglês, Peking University (PKU).

³¹ Informações obtidas na página oficial do LLM GUIDE. Master of Laws Programs Worldwide. Disponível em: <<https://llm-guide.com/schools/asia/china/peking-university-school-of-transnational-law-stl>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

³² Em inglês, School of Transnational Law (STL).

³³ Informações obtidas na página oficial do LLM GUIDE. Master of Laws Programs Worldwide. Disponível em: <<https://llm-guide.com/schools/asia/china/peking-university-school-of-transnational-law-stl>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

ambiental, transnacionalidade e sustentabilidade, oferece aos pós-graduandos várias disciplinas específicas relacionadas à transnacionalidade e ao direito transnacional.

No seu curso de Doutorado, a UNIVALI possui uma Área de concentração denominada Constitucionalismo, transnacionalidade e produção do direito que está sustentada por duas linhas de pesquisa, sendo uma delas intitulada Estado, transnacionalidade e sustentabilidade. Os doutorandos do programa cursam, independentemente da linha de pesquisa adotada, a disciplina denominada Direito e transnacionalidade. Aqueles inseridos na linha de pesquisa Estado, transnacionalidade e sustentabilidade cursarão disciplinas específicas, dentre as quais cita-se o estudo das Prospectivas da transnacionalidade, Engenharia social transnacional e sustentabilidade, e Dimensões jurídicas transnacionais ambientais. Tanto no curso de Mestrado quanto no Curso de Doutorado são realizados vários seminários e congressos que abordam a temática da transnacionalidade e o direito transnacional.

Além disso, a UNIVALI aprovou recentemente a implantação do Mestrado Profissional Internacional em Direito das migrações transnacionais. O curso será o primeiro do Brasil nesse gênero e o único em todo o sistema de pós-graduação da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), na modalidade Internacional, em parceria com a Faculdade de Jurisprudência da Universidade de Perúgia (UNIPG), Itália.

Além da UNIVALI, outros programas de pós-graduação começaram a abordar a temática da transnacionalidade no ensino jurídico. A Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) incluiu como disciplina do seu Programa de pós-graduação em direito no ano de 2015³⁴ o estudo do Constitucionalismo e direito transnacional, cuja ementa aborda temáticas relacionadas ao Constitucionalismo e direito internacional, Modelos do constitucionalismo, Constitucionalismo global, Constitucionalismo e direito internacional dos direitos humanos, Direito humanitário, Transconstitucionalismo e direitos fundamentais transnacionais.

³⁴ Informações obtidas na página da UFMG. Faculdade de Direito. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2015/02/dir821a20152.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

Em 2016 o Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) ofereceu a disciplina de Direito ambiental transnacional, cujo objetivo central era o aprofundamento de estudos acerca das variadas vertentes do Direito transnacional em matéria ambiental. Para contextualizar o estudo do Direito transnacional, a disciplina se dispunha a abordar os principais elementos e discussões acerca do mesmo, além do estudo da teoria jurídica transnacional e das novas dimensões do direito³⁵.

5. Considerações finais

A iniciativa de escrever este ensaio decorreu do avanço significativo das pesquisas em direito transnacional, tendo em conta a dimensão jurídica dos efeitos da globalização, a crescente desterritorialização que a mesma acarreta, bem como o considerável aumento das relações que transcendem o Estado e demandam respostas não mais fornecidas pelo direito interno e, muito menos, pelo direito internacional.

Desse modo, espera-se ter demonstrado a importância do aprofundamento de estudos que consolidem a dimensão jurídica da transnacionalidade, a fim de que o direito transnacional venha a ser inserido gradualmente nas grades curriculares de todos cursos jurídicos.

Os exemplos mencionados neste artigo – oriundos de universidades localizadas na Europa, Estados Unidos, China e Brasil – formam um bom conjunto de argumentos destinados a sustentar que a dimensão jurídica da transnacionalidade integra a realidade curricular de muitos cursos sobretudo de pós-graduação. No entanto, tal abordagem não pode estar direcionada somente aos já graduados, pois a formação de uma cultura jurídica transnacional depende do acesso ao estudo do direito transnacional desde os primeiros anos do ensino jurídico.

Nessa ordem de ideias, ante as consideráveis mudanças que afetam gradualmente

³⁵ Informações obtidas na página da UniCEUB. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/871546/direitotransnacionalambiental.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.

a todos – Estados, pessoas, organizações, comunidade internacional etc. –, torna-se inegável que a maioria dos nossos cursos jurídicos carece de adequação às novas realidades globais.

A tendência que se observa é a de que os cursos jurídicos de todo o mundo deverão adaptar-se às mudanças, vez que os acontecimentos transnacionais não afetam um território determinado. Isto exige atitudes conjuntas da comunidade acadêmica mundial com vistas à formação de profissionais da área jurídica que estejam amplamente capacitados para lidar com as intercorrências transnacionais.

Referências bibliográficas

- ARJONA, César; ANDERSON, Joshua; MEIER, Anderson; ROBERT, Sierra. What law for transnational legal education? A cooperative view of an introductory course to transnational law and governance, *Transnational legal theory*, 6:2, 2014 253-286. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/20414005.2015.1083222>>. Acesso em: 13 out. 2017.
- CENTER FOR TRANSNATIONAL LEGAL STUDIES. Disponível em: <<http://cls.georgetown.edu/about.cfm>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. A transnacionalidade e a emergência do Estado e do direito transnacionais. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.
- ESCOLA DE LISBOA. Católica Faculdade de Direito. Disponível em: <<http://www.fd.lisboa.ucp.pt/site/custom/template/ucptplfac.asp?sspageID=3237&lang=1>>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- GEORGE TOWN LAW. Disponível em: <<http://cls.georgetown.edu/faculty-spring-2015.cfm>>. Acesso em: 20 nov. 2017.
- JESSUP, Philip C. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. São Paulo: Fundo de Cultura, 1965.
- KING'S COLLEGE LONDON. Disponível em: <<https://www.kcl.ac.uk/index.aspx>>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- KOH, Harold H. *Why transnational law matters*. Faculty Scholarship Series. Paper 1793. Yale

- Law School Legal Scholarship Repository. HeinOnline – 24 Penn St. Int'l L. Rev. 752 2005-2006. Disponível em:
<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1793>. Acesso em: 18 set. 2017.
- _____. *Transnational legal process*. Faculty Scholarship Series. Paper 2096. New Haven: Yale Law School, 1996. Disponível em:
<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2096>. Acesso em: 13 out. 2017.
- _____. *Transnational public law litigation* (1991). Faculty Scholarship Series. Paper 2076. Disponível em:
<http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2076>. Acesso em: 13 out. 2017.
- LLM GUIDE. Master of Laws Programs Worldwide. Disponível em: <<https://llm-guide.com/schools/asia/china/peking-university-school-of-transnational-law-stl>>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. *A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global*. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- ONU BRASIL. *Estatuto da Corte Internacional de Justiça*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cij/>>. Acesso em: 11 out. 2017.
- RIBEIRO, Gustavo Lins. *A condição da transnacionalidade*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F. *Transnational legal problems: Materials and text*. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1976.
- STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold H. *Transnational legal problems: Materials and text*. 4. ed. New York: The Foundation Press, 1994.
- STELZER, Joana. O fenômeno da transnacionalização da dimensão jurídica. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana (Orgs.). *Direito e transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.
- TEMPLE UNIVERSITY. Beasley School of Law. Disponível em: <<https://www.law.temple.edu/academics/degrees/llm-transnational-law/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.
- TEUBNER, Gunther. A bukowina global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional. *Revista Impulso*, Piracicaba, 14 (33): 9-31, 2003.
- TEXAS LAW. Institute for Transnational Law. Disponível em: <<https://law.utexas.edu/transnational/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.
- UFMG. Faculdade de Direito. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/wp-content/uploads/2015/02/dir821a20152.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

- UniCEUB. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito. Disponível em: <<https://www.uniceub.br/media/871546/direitotransnacionalambiental.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2017.
- UNISINOS INTERNATIONAL LAW RESEARCH 2016. Disponível em: <<http://www.unisinobrasil.org/faq-sabendo/escola-de-direito/wp-content/uploads/2016/10/Semin%C3%A1rio-Chris-Thornhill.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2017.
- UNISINOS INTERNATIONAL LAW RESEARCH 2017. Disponível em: <<http://www.unisinobrasil.org/faq-sabendo/escola-de-direito/da-escola/internacional-law-research/>>. Acesso em: 27 nov. 2017.
- UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA. Chris Thornhill ministra curso de direito constitucional transnacional. Disponível em: <<https://noticias.unb.br/publicacoes/74-internacional/985-chris-thornhill-ministra-curso-de-direito-constitucional-transnacional>>. Acesso em: 26 nov. 2017.
- UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA. Facoltà di giurisprudenza. Disponível em: <<http://www.giurisprudenza.unipg.it/>>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- UNIVERSITÀ DI VERONA. Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali. Disponível em: <<http://www.univr.it/main?ent=offerta&aa=2017%2F2018&cs=47&lang=it>>. Acesso em: 18 nov. 2017.
- UNIVERSITÉ DE GENÈVE. Transnational law. Disponível em: <<http://www.unige.ch/droit/transnational/certificat.html>>. Acesso em: 12 nov. 2017.
- VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

A mundialização do poder judicial – contexto e desafios

The globalisation of the judicial power – context and challenges

José Igreja Matos^{*/**}

RESUMO: A independência do poder judicial enfrenta hoje, particularmente na Europa, novas ameaças emergentes de políticas de raiz populista. Após uma análise estrutural dos principais condicionamentos à afirmação do judiciário, elencam-se, em brevíssimo apontamento, algumas pistas que possam, ao nível do judiciário, afirmar os valores da democracia e do Estado de direito, assumindo uma “ética de responsabilidade prática”.

PALAVRAS-CHAVE: juízes; independência do poder judicial; Estado de direito; “ética de responsabilidade prática”.

ABSTRACT: Judicial independence faces today, particularly in Europe, new threats emerging from populist regimes. After a structural analysis of the main constraints to the upholding of the judiciary, some indications are listed, in a very brief note, to affirm, at the level of judicial power, the values of democracy and rule of law, assuming an “ethics of practical responsibility”.

KEYWORDS: judges; judicial independence; rule of law; “ethics of practical responsibility”.

* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto. Presidente da Associação Europeia de Juizes e Vice Presidente da União Internacional de Magistrados.

** A versão inglesa deste texto foi publicada em UNIO – *EU Law Journal*, Vol. 4, No. 1, January 2018. Disponível em: <<https://www.unio.cedu.direito.uminho.pt>>. Acesso em: 12 abril 2018.

Um velho provérbio chinês, atualmente muito em voga, alerta para os perigos dissimulados dos tempos ditos interessantes que, a mais das vezes, nada auguram de favorável.

É dessa inquietude que cuidam estes considerandos que se pretendem simples e breves¹.

Assente o axioma primacial que, num Estado de direito, sempre cumpre aos Tribunais garantir a efetividade dos direitos humanos, naturalmente que existirá uma estreita conexão operativa entre o exercício dos direitos fundamentais – ou a imposição, seja antagónica ou complementar, de concretos deveres – e a atividade prosseguida pelo poder judicial.

Esta proximidade explica que a atual perda de independência judicial em diferentes regiões constituía um sintoma claro de degradação dos respetivos sistemas estatais no que respeita à sua vinculação aos valores democráticos; aliás, é curioso constatar como, na realidade europeia recente, o eclodir de novos totalitarismos tem conhecido, bem cedo, logo nas suas etapas iniciais, um imediato e veemente ataque à independência do judiciário, auxiliado por cirúrgicas reformas legislativas na área da justiça.

Por esta mesma razão, a difícil conjuntura que atravessa o poder judicial, particularmente no quadro de sistemas políticos que optaram por uma deriva populista – com os conhecidos exemplos recentes da Turquia, da Polónia, da Bulgária ou da Roménia – arrasta consigo uma palpável e evidente crise dos direitos² e da cidadania em geral. O alerta para recuos civilizacionais e para a recidiva em políticas desastrosas que conduziram o Velho Continente para lutas fratricidas num passado não muito remoto adquire pleno sentido nesta encruzilhada histórica.

Talvez valha a pena insistir na proclamação segundo a qual o judiciário constitui um fator decisivo na operatividade dos direitos humanos; ou melhor, na explicitação

¹ O presente texto agrupa algumas notas soltas redigidas aquando de uma intervenção num dos painéis do VII Encontro Internacional do CONPEDI - Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, que teve lugar na Universidade do Minho, em Braga. Não se trata, longe disso, de um artigo académico mas, tão-somente, de uma reflexão eminentemente pessoal sobre os desafios do judiciário europeu no tempo em que vivemos.

² É tempo de proclamar que esta crise dos direitos tem uma leitura idêntica no singular; porque a crise é também do direito enquanto instrumento de afirmação dos direitos fundamentais.

concreta das regras que possam tornar esses direitos algo mais que um grandiloquente e inócuo processo de intenções.

A propósito, Wittgenstein costumava contar um episódio ocorrido com um antropólogo seu amigo que estudara os hábitos e costumes de uma tribo em África. Nessa tribo jogava-se assiduamente um determinado jogo; porém quando perguntado aos membros dessa tribo quais as regras aplicáveis, nenhum deles foi capaz de as explicar. Depois de uma observação prolongada e atenta, o próprio antropólogo logrou ser o primeiro a definir, por escrito, as regras desse jogo, explicitando-as. E então, a partir desse momento, apareceram naquela sociedade dois tipos de pessoas: os que sabiam jogar e os que, além disso, conheciam as suas regras.

Pois bem. Nesta comparação, o judiciário será justamente aquele que, além de saber como jogar – todos temos uma noção, ainda que intuitiva, do que significam os direitos humanos – também dispõe do poder, a partir de regras que assimilou e explicita, de sancionar aqueles que as ignoram ou incumprem.

Todos pressentimos de que jogo se trata, mas só o judiciário lhe confere executoriedade, aplicando as regras que o definem, enquanto imposição normativa.

Essa noção da importância do sistema judicial entronca, desde logo, como se foi explicando, no dito “*enforcement*”, consubstanciado no poder da sanção pública, mas radica também, endogenamente, na relevância que se atribui à dimensão procedimental dos tribunais, palco, desejavelmente privilegiado, de um debate democrático, contraditório, racional e argumentativo, construído numa lógica plural e aberta que acolhe a complexidade, sem a demonizar³. Este “diálogo da razão”, num espaço simbolicamente assumido e num tempo que é só seu, legítima, em muito, a própria essência do judiciário e personifica um dos seus mais valiosos ativos.

A centralidade dos tribunais, nestas matérias fundantes, resultará, pois, inequívoca aos olhos de todos.

³ Esta valorização da dimensão processual do judiciário entronca no pensamento de Jürgen Habermas (1996, p. 152) a propósito do “consenso procedimental” naquilo a que, num contexto mais alargado, se designa como ética discursiva.

Mas, neste quadro de mundialização do direito, multiplicam-se as ameaças ao judiciário. Como as elencar num esforço de racionalização?

Sem preocupações de detalhe e num esforço de síntese, descortinamos como constituindo os perigos estruturais que afetam o poder judicial, desde logo – numa dimensão de absoluta rutura – aqueles que implicam a sua intrínseca descaracterização e que correspondem, por exemplo, à “captura” dos sistemas judiciais, em algumas regiões da América Latina, pelo crime organizado, em particular o relacionado com os diversos tráficos seja de droga, armas ou de pessoas. Igualmente se poderá listar as situações de submissão dos juízes, pela pena e pela espada, a ditames de cariz ditatorial como, de forma claramente agravada, ocorre em Estados como a Venezuela ou a Turquia.

Num registo bem diverso, também devem ser elencadas as situações de “divórcio” entre os tribunais e os cidadãos. Fenómeno transversal a muitos judiciários, muitos deles dotados de garantias formais de independência, o mesmo apresenta-se fortemente destrutivo ao permitir a acumulação, insidiosa e tóxica, de um desgaste no relacionamento com a comunidade envolvente que aliena definitivamente o crédito de confiança, essencial ao próprio funcionamento do sistema judicial. Nestes casos, digamos que o cidadão não procura o tribunal porque nele não encontra resposta ou porque desconhece a resposta que nele existe; esta apatia particular, disseminada individualmente, induz uma ineficácia coletiva geral, numa tensão malsã.

Neste contexto particular, perfilam-se, incontornáveis, as questões recorrentes da morosidade processual e da violação do direito à decisão em tempo razoável.

Finalmente o terceiro fator de degradação do judiciário, neste plano estrutural, radica na problemática da sustentação financeira dos sistemas judiciais, *conditio sine qua non* para a sua atividade. Neste patamar, surge-nos, por exemplo, o condicionamento no acesso ao direito com a reforma do sistema judiciário no Reino Unido impondo uma redução drástica de £220 milhões no *budget* para o apoio judiciário o que colocou, concretamente, em causa um real aconselhamento e assistência prévios aos cidadãos economicamente mais desprotegidos ou uma recente proposta do Governo belga para um corte no orçamento da justiça de uns homéricos 10% num prazo de 4

anos. A erosão continuada do estatuto remuneratório dos juízes, particularmente em países como Portugal e a Grécia, constitui outro entrave a um judiciário prestigiado e atuante.

Este último cenário não se confunde, porém, com o anteriormente descrito na estrita medida em que, no geral, o sistema judicial, no seu todo, emerge como independente, eventualmente com empatia social e uma relação de confiança com os cidadãos, mas descobre-se gradualmente ineficaz e ineficiente.

Podemos afirmar-se que estes condicionamentos estruturais apresentam, na sua semiologia tripartida, uma analogia próxima com alguns fenómenos radicais de erosão que convocam a metáfora geológica, emulando, neste sentido, a temática da evolução do constitucionalismo e da emergência do conceito de interconstitucionalidade. Assim, segundo o Professor J. J. Gomes Canotilho, a partir da sugestão de J.L. Weiler no livro “A geologia do direito internacional”, a ciência constitucional desenvolve-se muito em função do denominado fenómeno da acreção que supõe um processo pelo qual é gradualmente acumulado, em extensão ou volume, material sedimentar. Ou seja, é pela acumulação de sedimentos que se desenvolvem novas estratificações que fazem evoluir o direito constitucional (CANOTILHO, 2017, p. 325-326). Como explica o Autor, tal como ocorre na geologia, a ciência do direito constitucional aumenta a sua massa rochosa como resultado de um conjunto de elementos – teoria da constituição, metódica das normas, etc. – que representam estratos sedimentados e sedimentadores da mudança e da continuidade de temas da ciência do direito constitucional.

Com o risco evidente do excesso da metáfora, ela própria sempre atreita a uma simplificação empobrecedora, permitimo-nos, ainda assim, acrescentar a este conceito de acreção o de diagénese enquanto alteração do sedimento, após a sua deposição inicial, e que vai muito além do mero desgaste; de tal modo que uns dados minerais, existentes nos sedimentos, rochas e fósseis, são mesmo substituídos por outros minerais, precisamente durante a diagénese.

Neste conspecto, sobretudo no palco internacional, fenómenos como o da globalização, das migrações com o fluxo maciço de pessoas ou dos novos populismos

de índole totalitária, vai sendo comum identificar-se a rutura de paradigmas, ou seja, a emergência de um fenómeno maior – o de diagénesis – que se adiciona ao da mera acreção.

Com a marca deste novo tempo – pós-estadual e pós-nacional em sociedades ditas de risco – impõe-se, portanto, que o poder judicial saiba ajustar-se, enunciando novos caminhos como fatores sinalizadores de uma necessária mudança.

Justamente como índices sinalizadores dessa nova abordagem, deixam-se expressas quatro nótulas breves para reflexão e debate.

A primeira caracteriza-se pelo denominado “diálogo dos juizes na mundialização”. Na verdade, a intensificação das interdependências à escala mundial desterritorializa as relações sociais, bem como os ditames normativos de cada Estado, e provoca uma multiplicação – no essencial, positiva – de reivindicações por direitos de natureza supranacional. Precisamente acompanhando esta evolução surge o que Julie Allard e Antoine Garapon (2006) chamam de mundialização dos juizes.

Este diálogo mundial dos juizes pode tomar as formas mais diversas que vão da relação vertical – no caso da criação e empoderamento de tribunais supranacionais – à relação horizontal pensada a partir de uma coordenação operacional, aberta e transdisciplinar, talvez esta a que mais diretamente nos interessa.

Neste contexto, deve estimular-se a participação, ativa e empenhada, da academia, como um todo, numa tarefa partilhada enquanto “artífices” da afirmação consolidada dos direitos humanos.

Um segundo percurso a trilhar remete-nos, na esteira do pensamento expresso por José Joaquim Gomes Canotilho, para a substituição de uma ética da convicção por uma ética de responsabilidade prática que definitivamente se afaste da “grandiloquência nas palavras” sempre acompanhada da “fraqueza dos atos”, como é próprio da primeira⁴. É hoje inequívoco, num movimento que se iniciou a partir nas últimas décadas do século passado, a presença na sociedade civil de uma

⁴ Estes dois conceitos de ética surgem no contexto do que J.J. Gomes Canotilho (2017, p. 119-129) designa como os problemas levantados pela hipertrofia de imposições constitucionais. Porém, todos entendemos que o alcance da distinção ultrapasse esse contexto específico.

demanda de ética, em particular ao nível das profissões, na política, na empresa, mas, reforçadamente, também nos tribunais (PORTOCARRERO, 2016, p. 212). Constata-se, assim, que hoje as éticas aplicadas constituem uma realidade fortemente presente no espaço público numa lógica que se saúda e que cumpriria aprofundar.

Depois, como “pano de fundo” de qualquer projeto de futuro, ainda e sempre, teremos a necessidade de uma real independência judicial assumida como um compromisso de todos os poderes do Estado, público e inequívoco, arrimado, não em contraponto, mas em complemento, no aprofundamento permanente dos mecanismos de integridade e de *accountability*.

O Estado de direito exige, em tempos conturbados, uma opção serena, mas inequívoca das instituições políticas internacionais. No caso da União Europeia, o acionamento do artigo 7.º do Tratado da União Europeia (versão Lisboa) perante as recentes reformas legais na Polónia que, na prática, ameaçam de morte a independência do poder judicial no país contrasta, ainda que timoratamente, com a apatia cúmplice que permitiu, anos atrás, a situação que se observa na Hungria com um judiciário dócil e domesticado aos interesses do poder dominante.

Recentemente, no contexto da atividade reivindicativa desenvolvida pela Associação Europeia de Juízes, saúda-se a resposta pública do Presidente da Comissão Europeia, Jean-Claude Juncker, na qual afirma estar a Comissão Europeia determinada a defender o Estado de direito em todos os Estados-Membros como um princípio fundamental, esclarecendo que um judiciário independente é um requisito essencial para ser membro da União Europeia – e que esta não aceitará nunca um sistema que permita a demissão de juízes *at will*. Deste modo, o responsável em causa explica que se o Governo Polaco prosseguir com esta reforma legislativa com que mina a independência dos juízes e do Estado de direito na Polónia, em particular, caso sejam tomadas medidas para demitir ou forçar a aposentação de juízes do Supremo Tribunal, a Comissão ativarà imediatamente o artigo 7.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia por considerar verificada a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no artigo 2.º do Tratado por parte de um Estado-Membro. Por sua vez, esse artigo 2.º proclama que a União se funda nos valores da democracia,

do Estado de direito e do respeito pelos direitos humanos. Nos dias mais recentes a Comissão Europeia vem concretizando tais intenções com o apoio inequívoco da Associação Europeia de Juízes e de muitas outras instituições da sociedade civil.

A sanção prevista por aquele artigo 7.º diz respeito à possibilidade de suspender alguns dos direitos decorrentes da aplicação dos Tratados ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho. Contudo, encontra-se por verificar, seguramente, a condição de uma unanimidade de votos pelos demais Estados-Membros no sentido de aplicação deste tipo de sanções embora a única oposição conhecida – a húngara – mais confirmaria a oportunidade da reação comunitária.

Na verdade, assiste-se hoje à inquietante circunstância de existirem Estados-Membros que após se vincularem às regras impostas pela União para nela serem admitidos – designadamente no que concerne à edificação de um edifício institucional e normativo que possa assegurar as condições para a separação dos poderes do Estado e para a independência do poder judicial – se foram das mesmas despojando de tal modo que, perante o quadro legal que agora delimitam, não poderiam, seguramente, ter sido aceites nesta mesma União. Ainda que a opção de retirada do direito de voto à Polónia não venha a ser determinada – embora nos pareça profundamente inadequado que continuemos a relegar para secundaríssimo plano o núcleo essencial dos valores europeus que edificam o Estado de direito – sempre se perfilariam alternativas a implementar. Assim, neste cenário, teríamos, pela negativa, a imposição de uma diminuição nos apoios financeiros aos Estados recalcitrantes ou, pela positiva, um investimento claramente reforçado no orçamento europeu para a promoção, proteção e salvaguarda dos direitos humanos e da *rule of law*.

Na América Latina – onde os problemas de intromissão no poder judicial em muito mesmerizam os que, recentemente, ocorrem na Europa – deve igualmente saudar-se a decisão de iniciar no Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) o processo de aplicação da Cláusula Democrática relativamente à Venezuela.

Finalmente, num quarto registo, comungamos do entendimento segundo o qual se exige, cada dia mais, uma nova cidadania que transcenda a clássica cidadania

estatal mas que se assuma cosmopolita, face a uma realidade política, ela própria, pós-nacional; neste sentido, a cidadania deve assumir-se igualmente como grupal devendo as ONG's, as associações cívicas ou as associações profissionais – como é o caso da Associação Europeia de Juízes com o seu compromisso inquebrantável para com os valores do Estado de direito – complementar, ativamente, uma dimensão individual e necessariamente isolada, da cidadania (CANOTILHO, 2017, p. 334).

Não nos iludamos, porém. Os tempos modernos exigem resiliência; apresentam-se consistentemente difíceis e perigosos para os direitos humanos, para um poder judicial independente e, no limite, para a defesa de estruturantes valores civilizacionais. Num inquérito recente junto das 43 associações nacionais que compõem a Associação Europeia de Juízes, perante a questão: “A situação no sistema judicial do seu país melhorou, piorou ou manteve-se estável nos últimos cinco anos?”, constata-se que apenas cinco responderam que a situação melhorou ao passo que vinte entendem ter-se negativamente agravado.

Esta perceção corresponde a um sentimento profundo e inultrapassável de desencanto dos juízes perante o contínuo agravamento das condições de exercício das suas funções, característico de uma mesma sensibilidade que se deteta em Portugal.

Mas a resposta existe; tem necessariamente de existir.

Zygmunt Bauman (2017, p. 48) alertava que as soluções não podem surgir nunca do manejar de varinhas mágicas; exigem “cabeça fria, nervos de aço e muita coragem: acima de tudo, precisaremos de uma visão verdadeiramente de longo prazo – e de muita paciência”.

Numa reflexão que parte do pensamento de Bauman, recentemente desaparecido, e que igualmente sublinha a relevância de uma postura de diálogo defendida pelo Papa Francisco (“se há uma palavra que nunca deveríamos cansar de repetir é esta: diálogo”) é tempo, uma outra vez, de nos concentrarmos no que realmente importa: as pessoas, destinatários primaciais de quem trabalha no quotidiano dos tribunais. Porque os problemas que enfrentamos e que estão para ficar exigem que se esteja com os problemas concretos e reais sobretudo daqueles que vivem na orfandade do “*mainstream*” político e que surpreendem na hora de escolherem os governantes;

como enfatiza Bauman é tempo de aliar o conceito de eficácia à definição de políticas que sejam verdadeiramente “humanas”⁵.

Neste combate de longo prazo, paciente e difícil, as profissões judiciais, em particular os juízes, associados numa escala transnacional e unidos por uma reflexão conjunta, devem saber assumir um quase inevitável protagonismo⁶.

Com resiliência na afirmação, anónima e concreta, dos valores que permitam aspirar a uma sociedade melhor.

Termino com a luminosa palavra que só a Poesia nos traz pela pena melancólica de Pablo Neruda (1997).

*Se cada dia cai, dentro de cada noite
Há um poço onde a claridade está presa,
Há que sentar-se na beira do poço, da sombra
E pescar a luz caída, com paciência.*

No limite, acreditando com todos os juristas e citando Saint-Exupéry que “a maior grandeza de uma profissão está talvez, acima de tudo o mais, na capacidade de unir a Humanidade.”

Referências bibliográficas

- ALLARD, Julie; GARAPON, Antoine. *Os juízes na mundialização* - A nova revolução do direito. Lisboa: Ed. Instituto Piaget, 2006.
- BAUMAN, Zygmunt. Sintomas em busca de um objecto e de um nome. In: A. A. V. V. *O grande retrocesso* – Um debate internacional sobre as grandes questões do nosso tempo. Carnaxide: Editora Objectiva, 2017.

⁵ Citamos Z. Bauman (2017, p. 48) quando alude a soluções mais humanas e, concomitantemente, mais eficazes.

⁶ Há muito que o esforço concertado de várias instituições nos permite ter um conjunto de instrumentos para que se possam densificar os parâmetros fundamentais em que se deve mover a intervenção do poder judicial incluindo a sua relação com os demais poderes. Neste sentido, indique-se, como exemplo pujante, o conjunto de Pareceres do Conselho Consultivo de Juízes Europeus (CCJE) muito recentemente disponibilizados, nos seus traços essenciais, em língua portuguesa e assertivamente comentados na obra *Os tempos e os modos da Justiça (uma visão europeia)*, Orlando Afonso, Editora Gradiva, setembro 2017.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade – Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017.
- HABERMAS, Jurgen. *La inclusión del otro*: Estudios de teoría política. Barcelona: Ed. Paidós, 1996.
- NERUDA, Pablo. *Se cada dia cai*. In: NERUDA, Pablo. *Últimos poemas*. Trad. por Luiz de Miranda, Porto Alegre/São Paulo: L & PM Pocket, 1997.
- PORTOCARRERO, Maria Luísa. Racionalidade hermenêutica e éticas aplicadas no mundo contemporâneo. In: NEVES, do Céu Patrão Neves (coord.). *Ética – dos fundamentos às práticas*. Lisboa: Editora 70, 2016.

A história filosófica do político de Pierre Rosanvalon enquanto método de abordagem da democracia brasileira: apontamentos preliminares

The philosophical history of the political in Pierre Rosanvalon as a method of approaching Brazilian democracy: preliminary notes

Rogério Gesta Leal^{*/**}

RESUMO: Muitas críticas que se tem feito à democracia brasileira partem de análises fragmentadas e deficitárias do fenômeno político e de suas expressões institucionais e sociais. A chamada metodologia histórico-filosófica da política e do político de Pierre Rosanvalon pode em muito contribuir para a qualificação deste debate no Brasil, notadamente em face do universo de variáveis que leva em conta para a compreensão destas questões.

PALAVRAS-CHAVES: democracia; metodologia; filosofia política.

ABSTRACT: Many criticisms have been made of Brazilian democracy based on fragmented and deficient analyzes of the political phenomenon and its institutional and social expressions. Pierre Rosanvalon's so-called historical-philosophical methodology of politics can contribute to the qualification of this debate in Brazil, especially in the face of the universe of variables that it takes into account to understand these issues.

KEY-WORDS: democracy; methodology; political philosophy.

* Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Professor da Faculdade de Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

** Este artigo é o resultando de pesquisas feitas junto do Centro de Direitos Sociais e Políticas Públicas do Programa de Doutorado e Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), vinculado ao Diretório de Grupo do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico (CNPq) intitulado *Estado, Administração Pública e Sociedade*, coordenado pelo Autor.

1. Notas introdutórias

As relações políticas, econômicas e sociais no Brasil, tanto de natureza pessoal como institucional, têm sido marcadas por altos índices de patologias corruptivas no campo da representação política, do sistema eleitoral, do sufrágio, do processo legislativo, da administração pública em geral, das associações ilícitas entre mercado e governos, etc.

Tais cenários, por vezes, são altamente sofisticados e complexos em termos de estruturação, funcionamento e hierarquização, com regras próprias, engrenagens sistêmicas, difusas redes de apoio e suporte pessoais e institucionais, dificultando o controle, a evitação e a responsabilização.

A democracia, de um modo geral – não só como regime de governo, mas como valor universal da política e do político – tem sofrido revezes imensos em todo o Ocidente, pois violada recorrentemente por pragmáticas e ordenadas formas de comportamento pessoais e institucionais dos protagonistas das áreas públicas e privadas, implicando progressivos déficits generalizados de confiança e respeito aos seus princípios fundantes, o que causa múltiplos prejuízos a direitos e garantias individuais e sociais.

Compreender adequadamente esses fenômenos, notadamente no Brasil, é curial para que possamos elaborar aprofundados e corretos diagnósticos dos problemas que afligem a gestão pública contemporânea, condição essencial para constituirmos ajustados prognósticos de soluções e alternativas para suas fragilidades.

Por tais razões, pretendemos neste ensaio propor (i) a utilização do método denominado *História Filosófica do Político*, proposto por Pierre Rosanvalon em vários de seus trabalhos, para (ii) nos aproximarmos epistemologicamente daquelas relações e problemas que afligem a democracia brasileira contemporânea, ao menos exemplificativamente, numa perspectiva de cognição e compreensão que leve em conta o universo de elementos que, a partir da proposta de Rosanvalon, devem ser sopesados na análise de qualquer fenômeno político.

2. Por uma compreensão histórica-filosófica da Política e do Político: a contribuição de Pierre Rosanvallon

Como já anunciamos, a base epistemológica e metodológica que pretendemos explorar neste trabalho é a desenvolvida por Pierre Rosanvallon nos seus estudos, em especial no texto *Por uma história do político*, mas não só neste (ROSANVALLON, 2010)¹.

Marcelo Jasmin lembra que foi na segunda metade do século XX que o debate da história política ganhou um fôlego mais oxigenado em termos de abordagem investigativa, a partir do que chama de recomposição de suas bases científicas, e isto em diversos países da Europa Central, como Alemanha (com Otto Brunner e Reinhart Koselleck), e na Inglaterra (com Peter Laslett, John Dunn, Quentin Skinner e J. A. Pocock) (JASMIN, 2005)².

No final da década de 1980, René Rémond publica importante texto reivindicando a renovação dos estudos e pesquisas em história política na França, a partir de perspectivas mais multidisciplinares, mas ao mesmo tempo dando relevo à autonomia do político em face de outros campos do conhecimento. Esta história do político deveria levar em conta várias fontes de produção de informação, tais como eleições, partidos políticos, associações políticas, biografias, opinião pública, mídia, intelectuais, dentre outros³.

No início da década de 1990 Claude Lefort cerra fileiras com este grupo de pensadores da Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais (EHESS), postulando

¹ Também outros textos de ROSANVALLON, Pierre, são importantes neste debate, em especial: (i) *Le contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Le Seuil, 2006; (ii) *La crise de l'état-providence*. Paris: Le Seuil, 1981; (iii) *Le nouvelle question sociale: repenser l'état-providence*. Paris: Le Seuil, 1995; e (iv) *Le capitalisme utopique: histoire de l'idée de marché*. Paris: Le Seuil, 1979.

² Ver também o texto de LYNCH, Christian. *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Alameda, 2014.

³ Conforme nos alerta LYNCH, 2010, p.13. Refere o autor a obra de RÉMOND, René. *Pour une histoire politique*. Paris: Le Seuil, 1988. Lynch lembra que foi o Centro de Pesquisas Políticas Raymond Aron, sediado na Escola de Altos Estudos em Ciências Sociais (EHESS), de Paris, que continuou desenvolvendo estas perspectivas de uma história do político, com autores como Claude Lefort, François Furet, Pierre Manent, e outros, tendo como referência igualmente as obras já clássicas de Alexis de Tocqueville e Raymond Aron.

ao estudo do político e da política abordagens que levassem em conta a totalidade do social, valendo-se, simultaneamente, de todos os instrumentos disponíveis para tanto oriundos dos mais diversos campos do conhecimento social (LYNCH, 2010, p. 20)⁴.

Para Lefort, como lembra Lynch, a sociedade é produto de trabalho prévio de sua conformação a partir de um lugar de poder, o qual, por sua vez, constitui o epicentro daquilo que Lefort denomina o político. O político é, deste modo, anterior ao social; é a sua arquitetura que torna este último possível. Além disso, permeia sua obra a crença na irredutibilidade da divisão social, ou seja, da oposição entre os fortes e os mais fracos (LYNCH, 2010, p. 24)⁵.

Por tais razões, impõe-se o reconhecimento, nesta linha de pensamento, da permanente instabilidade das condições de possibilidades da democracia e do exercício do poder, o que não se apresenta como vício congênito do fenômeno político, tampouco passageiro ou próprio de determinadas sociedades mais ou menos desenvolvidas – ao contrário, diz respeito às suas feições contextuais e conjunturais, decorrentes da *sociedade de riscos* em que vivemos. Daí porque Rosanvallon insiste na tese de que a reflexão democrática é inseparável da discussão sobre as condições práticas do contrato social instituinte das relações intersubjetivas e interinstitucionais (ROSANVALLON, 1976).

Ainda mais, sustenta o autor que não estaríamos vivendo nenhuma crise da democracia em si, mas é a teoria política tradicional que não tem dado conta, com seus métodos de abordagem, dos complexos cenários constitutivos dos fenômenos da política e do político (e, por consequência, da democracia), deixando de perceber que estes já não mais se constituem em espaços puros de formatação e sentido, mas multidisciplinares e plurívocos, reclamando arejadas posturas de compreensão, avaliação e investigação. Em face disto é que Rosanvallon propõe, junto com Lefort,

⁴ Ver os textos de LEFORT, Claude. (i) *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. São Paulo: Paz e Terra; (ii) *Le temps presente: écrits 1945-2005*. Paris: Belin, 2007; (iii) *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

⁵ Lembra ainda o autor que o político remete, assim, a um domínio anterior e superior de todos os outros modos de vinculação social, que acaba por permitir conformá-la e, como tal, gerir as suas divisões; em outras palavras, ele é um modo de instituição do social (LYNCH, 2010, p. 24).

a revisão da teoria política, agregando a ela fatores e variáveis do mundo da vida⁶. Lynch esclarece:

Ainda em matéria teórico-metodológica, em Por uma história filosófica do político, Rosanvallon deixa entrever as diferenças de sua abordagem tanto em relação ao contextualismo linguístico de Quentin Skinner quanto do normativismo de Rawls e Habermas: “Não é possível se contentar com uma abordagem normativa que nos forneça uma visão puramente ideal da política e da democracia”, ele reitera noutro lugar. “É preciso redefinir o enfoque normativo para suprimir o hiato existente entre a história e a teoria”. Rosanvallon esclarece assim a sua posição intermédia entre aqueles autores, na medida em que, enxergando na história uma ferramenta indispensável para uma reflexão realística do político, se vê compelido a se afastar tanto dos excessos do historicismo, que dispensam a reflexão realística do presente, quanto do normativismo teórico, que, ao rechaçar a história, rechaçaria a realidade (LYNCH, 2010, p. 34)⁷.

Vejam agora os argumentos de Rosanvallon no texto *Por uma história do político* e em que medida eles nos podem servir para o desiderato perseguido neste texto.

O autor inicia sua reflexão concordando com Claude Lefort, que sua *História Filosófica do Político* implica por outro lado a noção de um princípio ou um conjunto de princípios engendrando as relações que as pessoas mantêm entre elas e com o mundo (ROSANVALLON, 2010, p. 41). Rosanvallon parte destas premissas de Lefort e as aprofunda no sentido de reconhecer que é preciso compreender o político como conjunto de procedimentos a partir dos quais desabrocha a ordem social. Interpretado neste sentido, o político e o social são indissolúveis, este derivando daquele seu significado, sua forma e sua realidade (ROSANVALLON, 2010, p. 41)⁸.

⁶ Em especial ver ROSANVALLON, 2006, p. 31 e seguintes. Lynch lembra que Rosanvallon parte da premissa de que o político é um fenômeno que só pode ser compreendido adequadamente a partir do reconhecimento das dificuldades e dos problemas substantivos da vida democráticas.

⁷ Esta afirmação é de Rosanvallon citando LEFORT, 1986, p. 08.

⁸ É importante aqui aclarar a diferenciação que o autor faz da política e do político. A história do político distingue-se então, pelo próprio objeto, da história da política propriamente dita. Além da reconstrução da sucessão cronológica e dos acontecimentos, esta última analisa o funcionamento das instituições, dissecar os mecanismos de tomada de decisões públicas, interpreta os resultados das eleições, lança luz sobre a razão dos atores e o sistema de suas interações, descreve os ritos e símbolos que organizam a vida. A história do político incorpora evidentemente essas diferentes contribuições. Com tudo que ela acarreta de batalhas subalternas, de rivalidades de pessoas, de confusões intelectuais, de cálculos de curto prazo, a atividade política *stricto sensu* é, de fato, o que ao mesmo tempo limita e permite, na

E pelo fato do político e do social terem esta relação de interdependência necessária, resta inafastável também o reconhecimento de que ambos estão marcados por níveis de tensionalidade e complexidade muito intensos, que geram conflitos irreduzíveis, demandando do analista e interprete aprofundadas investigações multidisciplinares e plurais, sob pena de restringir os significados e sentidos de tais fenômenos por decorrência de suas deficitárias abordagens. Todavia, mesmo nestes ambientes difíceis, a função do político será a de constituir uma ordem a que todos se associam, mediante deliberação das normas de participação e distribuição (ROSANVALLON, 2010, p. 42).

Esta ordem, por sua vez, na democracia moderna e no Estado de direito, deverá levar em conta a seguinte premissa: a vida social é caracterizada por dois processos, baseados em novas reivindicações por igualdade econômica e pela redução das diferenças antropológicas. Esses dois aspectos da modernidade levam assim a uma ampliação considerável do domínio prático do político, quando comparado à perspectiva aristotélica (ROSANVALLON, 2010, p. 43).

Postos estes termos, Rosanvallon aclara que o objetivo da história filosófica do político é promover um entendimento acerca do modo por que são projetados e se desenvolvem os sistemas representativos, que permitem aos indivíduos ou grupos sociais conceber a vida comunitária (ROSANVALLON, 2010, p. 44). Ou seja, a história filosófica do político objetiva, primeiramente, entender como uma época, um país ou um grupo social tenta construir respostas para aquilo que, com maior ou menor precisão, elas percebem como um problema (ROSANVALLON, 2010, p. 44)⁹.

prática, a realização do político. Ela é ao mesmo tempo uma tela e um meio. As deliberações racionais e as reflexões filosóficas não podem ser dissociadas das paixões e dos interesses (ROSANVALLON, 2010, p. 78).

⁹ Assenta o autor que a história filosófica do político é filosófica porque lida com conceitos incorporados à auto-representação da sociedade, tais como igualdade, soberania, democracia, etc., que permitem organizar e verificar a inteligibilidade dos eventos e seus princípios subjacentes. Ao mesmo tempo, ela está permanentemente interagindo com a história cultural, com a história social, com a história das instituições políticas e mesmo com a história das ideias (ROSANVALLON, 2010, p. 47). E ainda, a filosofia política é central da apreensão e crítica de Rosanvallon porque ela pode ser caracterizada primariamente por sua relação necessária, intransponível e sempre problemática com as

A questão é que aquelas percepções sociais contam com muitos veículos e instrumentos de publicização, os quais, no seu conjunto, formam o que Rosanvallon chama de *cultura política*, daí porque todos devem ser levados em consideração, com cautela e adequação científica. Dentre eles o autor destaca: as obras literárias, a imprensa, os movimentos de opinião, panfletos e discursos parlamentares, emblemas, signos. Aliás,

a história dos eventos e instituições deve ser apreendida como algo em permanente construção, de tal modo que, assim considerada, não há objeto que possa ser considerado alheio para esse tipo de história do político. Ela consiste em reunir todos aqueles materiais empregados, cada um de modo separado, por historiadores das ideias, das mentalidades, das instituições e dos eventos (ROSANVALLON, 2010, p. 45)¹⁰.

E o argumento de Rosanvallon para justificar sua proposta é absolutamente lógico, isto é, se os grandes textos gozam de status particular nesta história, é porque eles estabelecem conexão (direta ou indireta) com os problemas da política e da democracia, e isto é fundamental para termos não só compreensões mais aprofundadas destes fenômenos, mas para extrairmos de nossas análises e reflexões perspectivas de enfrentamento e prevenção mais qualificadas daqueles problemas. E por que isto? Simples, porque, se por um lado, a democracia será sempre a única solução aparente para o problema moderno da constituição da ordem social, por outro, ela permanecerá sempre uma questão por responder, na medida em que jamais se esgotará numa resposta perfeitamente adequada (ROSANVALLON, 2010, p. 52)¹¹.

experiências e opiniões presentes em um dado momento na política real de uma comunidade em geral (ROSANVALLON, 2010, p. 51).

¹⁰ Diz o autor ainda que: imergir no mundo dos panfletos, inclusive satíricos; reler debates parlamentares, familiarizar-se com as práticas dos clubes e comitês. Também é necessário estudar a história das palavras e o desenvolvimento da linguagem (democracia não significa a mesma coisa em 1789 e 1793, por exemplo). Essa história é naturalmente multifacetada (ROSANVALLON, 2010, p. 46). Faz parte também deste material de pesquisa os movimentos e manifestações de arte musical, iconográfica, abordagens biográficas, etc. Mais adiante reforça esta ideia da cultura política, enquanto modo de leitura dos grandes textos teóricos, a recepção de obras literárias, a análise da imprensa e dos movimentos de opinião, o destino dos panfletos, a construção de discursos de circunstâncias, a presença de imagens, a pregnância dos ritos e mesmo o efêmero rastro das canções (ROSANVALLON, 2010, p. 87).

¹¹ Assim, o objetivo da história filosófica do político é alcançar o ponto em que a distinção entre conhecimento e ação desaparece. Isso quer dizer participar do processo pelo qual a sociedade venha

Certo que estas conclusões do autor francês decorrem também de conceito arejado de sociedade que possui a história filosófica do político, não se limitando a vê-la como síntese de diversos subsistemas que a constituem (econômico, social, cultural), mas como sinergia retroalimentadora de fatores que vão se transformando quando interagem entre si. Daí a complexidade e sofisticação da democracia e da sociedade democrática em todas as suas manifestações; e daí também a diferenciação que Rosanvallon faz entre a política e o político:

Ao falar substantivamente do político, qualifico deste modo, tanto uma modalidade de existência da vida comum, quanto uma forma de ação coletiva que se distingue implicitamente do exercício da política. Referir-se ao político e não à política, é falar do poder da lei, do Estado e da nação, da igualdade e da justiça, da identidade e da diferença, da cidadania e da civilidade; em suma, de tudo aquilo que constitui a polis para além do campo imediato da competição partidária pelo exercício do poder, da ação governamental cotidiana e da vida ordinária das instituições (ROSANVALLON, 2010, p. 73)¹².

Ocorre que esta postura de problematização da democracia por parte de Rosanvallon não implica relativismo absoluto sobre suas condições e possibilidades contemporâneas. Ao contrário, as conquistas civilizatórias desde a era moderna, envolvendo os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, o dever de prestação de contas, a transparência e a responsabilidade por ação e omissão dos poderes públicos, somado à participação social, não são flexibilizadas pelo autor, mas radicalizadas enquanto premissas constitutivas do conceito e da operacionalização da democracia e do exercício do poder político; todavia, as formas de efetivar tudo isto é que se afiguram igualmente importantes enquanto processos democráticos, e é neste sentido que estão sempre sendo aperfeiçoadas, problematizadas. Nas palavras do autor:

O campo político não é somente organizado por forças claramente determinadas

a não mais separar o conhecimento da ação em si do conhecimento das causas que contribuíram para ela. Não se trata, portanto, de fazer uma simples história das ideias, mas de entender o pano de fundo contra o qual as categorias que refletem a ação são tanto construídas quanto transformadas; de analisar como surgem as questões e elas se refletem na ordem social, traçando uma estrutura de possibilidades, delineando sistemas de oposição e tipos de desafios (ROSANVALLON, 2010, p. 60).

¹² E a partir destes conceitos é que os relatos e as representações têm, com efeito, uma clara função possível de abrir um teatro de legitimidade às ações efetivas (ROSANVALLON, 2010, p. 86). Ver a obra de CERTEAU, Michel de. *L'Invention du quotidien*. Tomo I/ Arts de Faire. Paris: Gallimard, 1990.

(paixões, interesses); ele é também o território de experimentos e exploração. Em suma, pode-se argumentar que a democracia não é somente uma solução, cuja história pode ser reduzida a uma confrontação entre progresso e reação, que é às vezes brutal e às vezes sutil (Foucault deu uma grande contribuição ao lançar luz sobre esses aspectos sutis). A democracia é também um problema, sentido como tal pelos atores sociais (ROSANVALLON, 2010, p. 61)¹³. Longe de corresponder a uma simples incerteza prática sobre os meios de seu estabelecimento, o caráter vacilante da democracia participa mais profundamente de sua própria essência. Ela sugere um tipo de regime que jamais deixa de resistir a uma categorização livre de discussões. O cortejo de decepções e a sensação de traição que desde sempre a acompanham têm sido tão intensos justamente pelo fato de que sua definição permanece incompleta. É necessário partir daí para compreender a democracia: nela se entrelaçam a história de um desencantamento e a história de uma indeterminação (ROSANVALLON, 2010, p. 74)¹⁴.

Com estes elementos mais aclarados podemos entender que o trabalho de Rosanvallon se dá a partir do reconhecimento da importância e indispensabilidade da *ideia do inacabado*, dando relevo às fraturas, tensões e negações – aparentes e reais – que constituem as experiências democráticas cotidianas. Como diz o autor, este seu olhar passa, em primeiro lugar, pela atenção ao mecanismo de suas antinomias (da democracia), pela análise de seus limites e de seus pontos de equilíbrio, e exame das decepções e desordens que ele suscita (ROSANVALLON, 2010, p. 87)¹⁵.

Outra questão que Rosanvallon chama a atenção é para a relação necessária entre democracia e tempo, principalmente se tomamos como premissa constitutiva da democracia a auto-instituição do social a partir de fundamentos racionais que demarcam a possibilidade de sua gestão pela via da formatação e exercício do poder

¹³ Por isto o autor refere que os conceitos políticos (que tratam da democracia, da liberdade, da igualdade, etc.) só podem ser compreendidos nesse trabalho histórico de se colocar à prova e na sua tentativa de elucidação. Nessa medida, sinto-me próximo do projeto de “fenomenologia empírica” lembrado ultimamente por Anne Fagor-Largeault (ROSANVALLON, 2010, p. 85).

¹⁴ O autor postula uma história que poderia ser qualificada como compreensiva, em cujo quadro a inteligência do passado e a interrogação sobre o presente partilham de uma mesma abordagem. É uma história que atualiza as ressonâncias entre nossa experiência do político e a dos homens e mulheres que nos precederam. Trata-se de uma história que, mais do que descrever modelos, tem por função restituir problemas. Seu trabalho termina por mesclar-se de certa maneira com o da filosofia política (ROSANVALLON, 2010, pp.77-78).

¹⁵ Rosanvallon vai ainda dizer que o objetivo de sua pesquisa é pensar a democracia partindo de uma análise da sensação de sua ausência (ROSANVALLON, 2010, p. 98).

político. Esta relação, por sua vez, tendo em conta os elementos até aqui configurados no pensamento do autor francês, é sempre tensa e marcada por desafios de adequação das mutações sociais (axiológicas, deontológicas, comportamentais, institucionais, etc.) por vezes incontroláveis em face das conquistas em termos de garantias e direitos fundamentais individuais e sociais.

Ou seja, a despeito de que equilíbrios entre interesses privados e públicos sejam desejáveis e mesmo indispensáveis à sociedade como um todo, razão pela qual a política sempre está se ocupando deles, nunca são perenes e garantidores de total pacificação das relações sociais, não tanto por conta exclusiva dos eventuais déficits normativos que os tentam regulamentar, mas também em decorrência da natureza performativa e complexa das relações humanas contemporâneas que colocam em risco, de tempos em tempos não lineares, suas sustentabilidades¹⁶.

Daí porque Rosanvallon lembrar do debate de Edmund Burke e Thomas Paine quando este afirmava, ainda no final do século XVIII, que é impossível que exista em algum tempo ou em algum país um Parlamento que tenha o direito de atar a posteridade até o fim dos séculos. Cada século, cada geração deve ter tanta liberdade de agir, em quaisquer casos, quanto nos séculos e nas gerações que a precederam (PAINE, 2005, p. 74).

Eis a problemática inafastável da política moderna: a afirmação da vontade geral pressupõe para os revolucionários americanos ou franceses uma capacidade permanente – pelo menos geracional – de invenção do futuro, de tal maneira que aquilo que uma geração tiver escolhido livremente não se converta em um destino inexorável para as seguintes (ROSANVALLON, 2010, p. 89).

Ocorre que algumas escolhas decorrentes de pactos sociais instituintes das condições e possibilidades do convívio em comunidade (direitos humanos e fundamentais, individuais e sociais, por exemplo), dadas as suas importâncias transcendentais à natureza humana em termos de conquistas civilizatórias, tornaram-se irremovíveis dos plexos normativos que informam a vida cotidiana dos cidadãos

¹⁶ Ver LEAL, Rogério Gesta. *A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>.

entre si, não admitindo extração ou comprometimento, sob pena de retrocesso humanitário.

É óbvio que Paine estava fazendo referência, em seu texto de 1791, à intenção do político, através da política, de querer abarcar todo o movimento social enquanto fenômeno multicultural, mesmo que através de processos legislativos operados sob a lógica da representação política legítima, que criam instrumentos de regulação social com pretensão de temporalidade longa – o que se afigura impossível até hoje, como bem demonstra Rosanvallon, quando afirma que o tempo da democracia aparece assim suscetível de uma dupla defasagem: excessivamente imediato para problemas de longo prazo, excessivamente lento para a gestão da urgência (ROSANVALLON, 2010, p. 90)¹⁷.

Com esta compreensão da democracia como espaços de incongruências que podem e precisam ser racionalizadas politicamente, temos melhores condições de identificar as razões de justificação e mesmo fundamentação de fenômenos como o totalitarismo enquanto sua negação máxima, como explica Rosanvallon:

A partir da consideração do fato totalitário, todo um processo de renovação do pensamento político se operou entre as décadas de 1950 à de 1970, de Hannah Arendt a Claude Lefort. Distante das abordagens puramente descritivas, que nele somente enxergavam o ressurgimento agravado das figuras conhecidas da tirania ou da ditadura, a originalidade destes autores esteve em mostrar que os regimes totalitários deviam ser compreendidos como formas desviadas da modernidade democrática, como uma espécie de sua realização negativa. Pode-se efetivamente analisar o fantasma ativo de um poder que absorve totalmente a sociedade – característica maior do totalitarismo – como uma exacerbação utópica do princípio representativo; exacerbação esta que, de um só golpe, pretende construir de modo artificial uma sociedade perfeitamente legível na sua unidade e um poder de todo identificado a ela, de molde a extinguir na origem a separação entre o social e o político. O motor do empreendimento totalitário deriva dessa pretensão, que se prolonga na utopia, de dar vida a um poder que

¹⁷ Alerta o autor ainda que essa tensão de temporalidades não deixa de se aprofundar e alimentar todo um conjunto de perplexidades e conflitos. As posições podem oscilar entre uma visão radicalmente instantaneísta da democracia, suscetível, em consequência, de se abismar num poder executivo que se tornaria autônomo baseado no argumento da excepcionalidade, e uma justificação contrária do poder dos especialistas, tidos como os únicos capazes de “representar” os interesses sociais de longo prazo, em nome do conhecimento por eles detido (ROSANVALLON, 2010, p. 90).

se confunde com a sociedade, sem qualquer forma de dissociação em face dela.
(ROSANVALLON, 2010, p. 94).

Estes aprendizados conceituais e pragmáticos foram definitivos para que construíssemos formas mais eficientes de evitação de fenômenos totalitários – e mesmo autoritários, paternalistas, assistencialistas, etc. –, fortalecendo os núcleos substanciais e procedimentais da democracia contemporânea inclusiva e social, porém, outras modalidades declinatórias das experiências totalitárias foram se desenvolvendo ao longo do tempo (abuso de poder, desvio de finalidade, corrupção, dentre outros, envolvendo ações e omissões dos poderes legislativo, executivo e mesmo judiciário), impingindo golpes duros ao político e à política, pois alcançando o plano da fúria e credibilidade comunitárias nas instituições democráticas e representativas, e no Estado de modo geral¹⁸.

3. Alguns déficits da democracia brasileira a partir da metodologia de abordagem do fenômeno político de Rosanvallon

Historicamente sabemos que a democracia brasileira tem enfrentado, dentre tantos, dois grandes desafios que sempre são destacados por cientistas políticos e sociólogos: a consolidação das suas instituições democráticas e a ampliação da cidadania consubstanciada pela dignidade humana¹⁹. Das muitas causas destas

¹⁸ Isto tem gerado o que Rosanvallon chama de *decepção democrática*, pois como explica o autor, grande parte das interrogações contemporâneas é alimentada pelo diagnóstico de um desaparecimento perigoso: declínio da vontade, decomposição da soberania, desagregação das figuras do coletivo, etc. Antes de mais nada, certa decepção diante do regime moderno encontra sua fonte na impossibilidade de dissociar o político e a política. Rosanvallon reconhece não ser simples separar o nobre do vulgar, os pequenos cálculos egoístas e as grandes ambições, a linguagem afirmativa da verdade e as astúcias da sedução e da manipulação, a atenção conferida ao longo prazo e a submissão às urgências. Ainda que seja necessário refletir e traçar uma fronteira entre elas, a verdade é que tal divisão permanecerá sempre móvel e flutuante, determinada que é pelo prisma dos interesses e condenada, como tal, às divergências de opinião (ROSANVALLON, 2010, p. 97). Por isso o autor afirma que é necessário mostrar que a decepção nasce da dificuldade de vivificar na realidade cotidiana o ideal democrático. Este ideal nunca deixou de oscilar entre o medo do conflito e a angústia de sua ausência entre a aspiração à autonomia individual e a busca de uma participação na vida coletiva. Idem, p.97.

¹⁹ Ver os textos de AGUIAR, Neuma. *Hierarquia em classes*. Rio de Janeiro: Zahar, 1974, e AGUIAR,

dificuldades, seguramente estão entre elas os valores conservadores (elitistas e de exclusão social) e as práticas da política tradicional profundamente arraigados em verdadeiros feudos gentílicos, oligárquicos e econômicos que tem comandado os destinos do país²⁰.

Tais situações perduraram no tempo, na forma de governos populistas, assistencialistas, clientelistas e até autoritários, por conta também de certa aceitação cultural, ou naturalização de tais fenômenos, por parte dos sujeitos que atuam no sistema político.²¹ Na dicção de Florestan Fernandes (1968), atravessou-se a história nacional sem rupturas radicais com o passado, o que se evidencia com muita clareza, até hoje, nos descompassos entre a economia, a política e a cultura, que não se modernizaram conjuntamente²².

Se podemos afirmar que a partir da segunda metade do século XX o Brasil contou com mais políticas de progresso e desenvolvimento econômico e social – mesmo que vinculados em grande parte à ideologia das forças armadas, que promoveu certo tipo de crescimento econômico, industrial e tecnológico –, estas não foram seguidas de medidas de equilíbrio entre crescimento econômico sustentável e desenvolvimento social inclusivo, o que gerou novas tipologias de *donos do poder*²³.

É preciso lembrar, como adverte Robert Gay (1998), que as relações clientelísticas em geral, e especialmente no Brasil, sempre foram marcadas pela (in)capacidade dos gestores, maior ou menor, de resolver os conflitos dentro da sociedade onde os recursos são escassos, alocando os benefícios de forma a gerar um mínimo de aceitação entre os participantes. Isto tem amortecido determinadas

Neuma (org.). *The structure of Brazilian development*, New Brunswick: Transaction Books, 1979.

²⁰ Ver o já clássico texto de ROMERO, Sílvio. *Realidades e ilusões no Brasil. Parlamentarismo e presidencialismo e outros ensaios*. Petrópolis: Editora Vozes Ltda. e Governo do Estado de Sergipe, 1979.

²¹ Ver as abordagens históricas interessantes de ARAUJO, Rosa Maria Barboza. *Cartórios na cena política do Brasil*. In Revista Dados, 25, 1, 1982. ARINOS, Afonso. *Historia e teoria dos partidos políticos no Brasil*. São Paulo: Alfa-Omega, 1974.

²² Ver também os textos de DINIZ, Eli. *Empresariado, Estado e Capitalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978; e DINIZ, Eli. *Voto e máquina política: patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982.

²³ Sobre estas questões ver DREIFUSS, Rene Armand. *A conquista do Estado: ação, política, poder e golpe de classe*. Petrópolis: Vozes, 1981.

reações de indignação e resistência social a tais tipologias governamentais, mantendo a sociedade civil em letargia política, agudizando sua ausência nos processos de tomada de decisão, formatação, execução e avaliação de políticas públicas.

Este tipo de relação da política só pode ser afastada, então, na medida em que a mobilização da sociedade, conjuntamente com o alargamento dos direitos civis e políticos a um maior número de pessoas, ganha fôlego e escala significativos.

Claro que ao lado destes problemas da política, temos tido em recente período histórico, notadamente na saída do regime militar das décadas de 1960 a 1980, problemas de crescimento econômico divorciados do desenvolvimento social, a começar pela crise do chamado Estado desenvolvimentista ao longo da década de 1980, oportunidade em que houve abrupta interrupção dos fluxos de capitais externos, gerando a incapacidade de o Estado fazer frente aos gastos públicos ordinários (em especial para com os direitos fundamentais sociais)²⁴. Já no começo dos anos 1990, durante o governo Collor de Mello, ocorre ruptura significativa com o ciclo desenvolvimentista, gestando-se o embrião de nova estratégia de desenvolvimento de caráter nitidamente liberalizante. É daí em frente as políticas de Estado e de governo, ao menos até os mandatos do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva (2003 a 2010), seguiram esta lógica de privatização das estruturas do Estado, sem produzir, todavia, políticas públicas de inclusão social num mercado excludente²⁵.

Não há dúvidas de que nos dois mandatos do Presidente Lula houve mudanças significativas da postura do governo federal em relação a alguns déficits sociais existentes à população brasileira de baixa renda ou sem renda. Programas como o Fome Zero, e um dos seus braços mais fortes, o Bolsa-Família (programa que unificou os quatro programas de transferência de renda existentes: cartão-alimentação, bolsa-alimentação, bolsa-escola e vale-gás), contribuíram em muito para retirar da zona de pobreza extrema várias famílias brasileiras. Da mesma forma isto ocorreu com o

²⁴ Ver o excelente texto de FIORI, José L. *O vôo da coruja: uma leitura não liberal da crise do estado brasileiro*. Rio de Janeiro: EDURJ, 1995. Ver também o texto de AVRITZER, Leonardo. *Impasses da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016.

²⁵ Ver o artigo de ALMEIDA, Maria Hermínia Tavares de. *A política social no governo Lula*. In Revista Novos Estudos, nr.70, novembro de 2004.

programa Minha Casa Minha Vida, que oportunizou a milhões de pessoas adquirirem sua casa própria.

Para além do fato de que tais programas apresentaram e apresentam muitos reveses de gestão, contaram com outro problema que foi não estarem associados a políticas necessárias como a reforma agrária e a geração de empregos, o que, novamente, caracterizou ações do Estado como neo-clientelistas, tratando a população como consumidora de produtos criados pelo governo, sem prévia discussão com a sociedade²⁶.

Agrega-se a isto o fato de que o Estado e a sociedade brasileira se encontram em situação de ter que decidirem cotidianamente questões objetivamente complexas sob o plano ético, técnico, institucional e político, inclusive envolvendo temas até há pouco tempo não abordados, como os relacionados à biotecnologia, manipulação genética, nanotecnologias, os casos de degradação ambiental, produção e consumo de transgênicos, etc. O próprio sistema político, em face destes elementos, passa por crises de identidade e eficácia significativos, pois tem de gestar níveis de conflituosidades muito diversos (econômicos, morais, religiosos, dentre outros), para os quais não possui respostas imediatas ou prontas, ou que sequer possam ser gestadas a partir da lógica de posições bipolar esquerda e direita.

Temos que a melhor forma de tratar de desafios como estes, modo geral, é o de radicalizar a democracia enquanto interlocução com a sociedade, criando mecanismos de diálogo permanentes, capazes de participarem das decisões políticas fundamentais a todos. É fundamental envolver o povo (*demos*) restaurando-lhe espaços de poder (*kratos*). E isto porque o sistema político nacional encontra-se excessivamente desequilibrado diante da representação que deveria mediar, haja vista que grupos de interesse do setor público e privado não comprometidos com as demandas verdadeiramente coletivas da comunidade exercem graus de influência que são incompatíveis com os pressupostos democráticos do modelo atual de Estado democrático de direito.

²⁶ Ver o interessante texto de MARQUES, Rosa Revista *Katálysis*. Florianópolis Maria e MENDES, Áquilas. *Servindo a dois senhores: as políticas sociais no governo Lula*. In, v. 10, n.1, p.15-23, jan./jun. 2007.

Em relações de poder e de governos marcados por estas divergências, “*il popolo è visto dai Governi spesso come un problema piuttosto che come una risorsa*”²⁷. E assim o é no Brasil, já que a maior parte da cidadania brasileira participa da vida política nos estritos espaços de sufrágio em períodos eleitorais, como que transferindo sua soberania de forma absoluta, até a próxima eleição, para os órgãos governamentais.

Pela via metodológica de investigação destes fenômenos sugeridas por Rosanvalon – documentos oficiais de políticas públicas do poder executivo, do poder legislativo, decisões judiciais, operações das polícias contra a corrupção, periódicos, etc. –, temos cenários muito bem descritos e fundamentados sobre o que vivemos, o que é inafastável para pensarmos alternativas às crises instaladas. Daí a importância inclusive de utilizarmos destes elementos para o exercício cívico do controle preventivo de comportamentos e condutas que violam a democracia e suas instituições republicanas, e também os procedimentos democráticos de tomadas de decisões públicas²⁸.

4. Considerações finais

A complexidade das relações sociais e políticas contemporâneas hoje nos desafiam constantemente a buscar instrumentos de compreensão e avaliação

²⁷ Como quer GINSBORG, 2006, p.16. Lembra o autor que o sufrágio é uma conquista importante da democracia representativa, mas não suficiente, porque se funda na ideia de delegação de poderes, enquanto que “*una visione repubblicana (nell’accezione originaria di res publica) della democrazia si fonda invece sul presupposto del diritto dei cittadini all’autogoverno*”.

²⁸ Talvez as experiências de democracia deliberativa na América do Norte a partir dos anos de 1970 possam exprimir alternativas à gestão pública centrada tão somente no Estado de direito tradicional do liberalismo, eis que aprofundaram processos de inclusão social na tomada de decisões políticas importantes à comunidade, com processos de interlocução mais efetivos e vinculantes às metas e ações de governo. Ver os textos de: LEIGHNINGER, Matt. *The next form of democracy*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2006; LEAL, Rogério Gesta. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011. Lembrando sempre, com BOBBIO Luigi. *Le arene deliberative*. In *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, 3, 2006, p.12, que: “*Quello della democrazia deliberativa è in realtà un campo ancora tutto in divenire, contraddistinto anche da ambiguità e incertezze; non è agevole dunque definirne con esattezza contenuti e caratteri; chi vi cercasse «ricette» univoche resterebbe deluso. D’altra parte questa situazione fluida offre un terreno fertile all’plorazione e alla creatività sociale; è una ricerca in cui si intersecano attori diversi: studiosi, cittadini, amministratori «illuminati». Qualcuno l’ha definito un nuovo movimento sociale. Per cercare di fare chiarezza conviene tenere ben distinti tre aspetti: la partecipazione, il dialogo, la deliberazione*”.

adequados das condições e possibilidades cambiantes da democracia. Em face disto, quanto mais arejadas forem nossas abordagens sobre os problemas decorrentes destes cenários, melhores serão nossas capacidades de interagir com eles de forma crítica e responsável, principalmente se pensarmos esta democracia a partir da perspectiva de República (importante para o Brasil), aqui entendida como forma de governo instituída pela vontade da comunidade política e forma de vida fundada na primazia do interesse comum – que requer o engajamento da comunidade na condução da coisa pública e se faz expressar de maneira especial nos princípios, nas práticas e nos procedimentos que conformam as instituições²⁹.

As propostas epistemológica e metodológica de Rosanvallon, no particular e em nosso juízo, servem muito bem para tal fim, porque criam espaços de acolhimento científico de múltiplas manifestações da política e do político que não foram muito exploradas ao longo do tempo (estamos falando das ações informais de registros e documentação do cotidiano das relações de poder, como imprensa, arte, música, cinema, literatura, panfletos, eventos, movimentos de massa, etc.).

Ou seja, termos noções mais aprofundadas de campos de comportamento que constituem os espaços públicos e privados das pessoas e instituições – através de multifacetados meios, tão amplos quanto possível –, em especial no Brasil com as configurações de relações de poder que possui, pode de igual sorte esgarçar quantitativa e qualitativamente nossa capacidade de contribuir (tanto científica como pragmaticamente) para o aprimoramento das instituições e da sociedade.

Tais noções, todavia, nunca se dão a partir de posturas neutras ideologicamente, mas a partir de pré-juízos/pré-conceitos que as tradições constituem enquanto pré-compreensões do mundo da vida em que estamos inseridos. Por isto com acerto Heller e Fehér sugerem algumas premissas que podem nos auxiliar como vetores

²⁹ Veja-se que o tema da República tem aflorado com significativa força nos últimos tempos, tanto no âmbito doutrinário, como político-institucional, o que se tem expressado no debate sobre virtude cívica, espaço público, bem comum, bom governo, visando justamente problematizar, em sentido crítico, a sociabilidade corriqueira nos diferentes contextos de interação política, alcançando o desempenho e aprimoramento do Estado e das instituições democráticas. Neste sentido, ver os textos de BIGNOTTO, Newton. (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000; PÉTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.

axiológicos às escolhas de mundo, sociedade e relações democráticas que temos de adotar, perseguir e lutar, a saber:

(1) *Aja como se a liberdade pessoal de cada um dos cidadãos e todos os cidadãos, e a independência de cada um e todos os países, dependessem de sua ação. É a máxima moral e o princípio da liberdade;*

(2) *Aja de acordo com todas as regras políticas, leis nacionais e internacionais, cuja infração você desaprovava mesmo no caso de apenas um cidadão (ou um país). É a máxima e o princípio moral da justiça (política);*

(3) *Em todos os seus assuntos políticos, presume que todos os homens e mulheres são capazes de tomar decisões políticas. Portanto, submeta suas propostas e planos a discussão pública e aja segundo o resultado da discussão. É a máxima e o princípio político da igualdade (racional);*

(4) *Reconheça todas as necessidades humanas, desde que a satisfação delas seja concebível sem choques com as máximas de liberdade, justiça e igualdade (racional). É a máxima moral e o princípio político da justiça;*

(5) *Em todas as suas negociações, apoie aquelas classes, grupos e países que suportam os mais brutais sofrimentos, a não ser que esse postulado se choque com as outras máximas de conduta política. É o princípio político e a máxima moral da equidade;*

(6) *Com base nessas máximas, podemos também formular a lei básica da política democrática: Aja de maneira que permita a todos os seres humanos racionais concordar com os princípios políticos de sua ação (HELLER; FEHÉR, 1998, pp. 104-105).*

Estes vetores seguramente nos fornecem elementos coerentes para com o ideal de democracia e sociedade democrática de que estamos falando até aqui, proporcionando-nos igualmente amplitude de perspectiva para o enfrentamento dos problemas que temos cotidianamente para implementar tanto aquelas premissas como as políticas decorrentes delas.

Referências bibliográficas

- BIGNOTTO, Newton. (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000.
- CERTEAU, Michel de. *L'invention du quotidien*. Tomo I/Arts de Faire. Paris: Gallimard, 1990.
- FERNANDES, Florestan. *Sociedade de classes e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Zahar, 1968.
- GAY, Robert. *Rethinking clientelism: demands, discourses and practices in contemporary Brazil*. In

- Revista Europea de Estudios Latinoamericanos Y del Caribe/European Review of Latin American and Caribbean Studies, (65), 7-24, 1998. DOI:10.2307/25675795.
- GINSBORG, Paul. *La democrazia che non c'è*. Torino: Einaudi, 2006.
- HELLER, Agnes e FEHÉR, Ferenc. *A condição política pós-moderna*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.
- JASMIN, Marcelo. História dos conceitos e teorias política e social: referências preliminares. In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol.20, n.º57. São Paulo: ANPOCS, 2005.
- LEAL, Rogério Gesta. *A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>.
- _____. *A democracia deliberativa como nova matriz de gestão pública: estudos de casos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.
- LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites da dominação totalitária*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- _____. *Essai sur la politique*. Paris: Seuil, 1986.
- _____. *Le temps presente: écrits 1945-2005*. Paris: Belin, 2007.
- _____. *Pensando o Político: ensaios sobre democracia, revolução e liberdade*. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- LEIGHNINGER, Matt. *The next form of democracy*. Nashville: Vanderbilt University Press, 2006.
- LYNCH, Christian. *A democracia como problema. Pierre Rosanvallon e a Escola francesa do político*. In ROSANVALLON, Pierre. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.
- _____. *Da monarquia à oligarquia: história institucional e pensamento político brasileiro (1822-1930)*. São Paulo: Alameda, 2014.
- PAINE, Thomas. *Os direitos do homem (1791)*. São Paulo: Edipro, 2005.
- PETIT, Philip. *Republicanism: A theory of freedom and government*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- RÉMOND, Réne. *Pour une histoire politique*. Paris: Le Seuil, 1988.
- ROSANVALLON, Pierre. *L'âge de l'autogestion*. Paris: Le Seuil, 1976.
- _____. *La crise de l'état-providence*. Paris: Le Seuil, 1981.
- _____. *Le capitalismo utopique: histoire de l'idée de marché*. Paris: Le Seuil, 1979.
- _____. *Le contre-démocratie: la politique à l'âge de la défiance*. Paris: Le Seuil, 2006.
- _____. *Le nouvelle question sociale: repenser l'état-providence*. Paris: Le Seuil, 1995.
- _____. *Por uma história do político*. São Paulo: Alameda, 2010.

Tecnificação do campo penal e “killer robots”. Um atentado ao direito internacional humanitário

Technification of penal field and “killerrobots”. An attempt to the international humanitarian law

Wanda Capeller*

RESUMO: Este artigo tem como horizonte observar a construção de um campo penal global que desenvolve tecnopolíticas de dominação – nomeadamente o surgimento dos drones. As práticas do campo penal global não obedecem inteiramente às regras do direito internacional humanitário. Quatro premissas embasam a sociologia política penal, a saber: o campo penal lato sensu é eminentemente político; o direito penal stricto sensu não está ao abrigo das contaminações ideológicas das doutrinas políticas; a nova ideologia penal permite a adoção de medidas repressivas que levam à desconstrução dos princípios basilares do direito penal moderno; as configurações penais glocais tardo-modernas exigem uma revisão epistemológica do saber penal, tarefa à qual devem consagrar-se os sociólogos penais críticos. Assim, todas aquelas transformações exigem uma revisão paradigmática do saber penal.

PALAVRAS-CHAVE: globalização; campo penal; drones; tecnopolítica penal; epistemologia.

ABSTRACT: In this paper the construction of a penal field based on domination technopolitics is acknowledged, the focus being on the rising importance of the drones. In fact, the current operations do not follow or enforce strictly the humanitarian international law. This research is based on the following premises: the penal field lato sensu is mainly a political affair; the penal law can be contaminated by political doctrines and ideologies; the new penal ideology leads to the deconstruction of the penal modern principles; the post-modern penal glocalism requires a paradigmatic transformation of the penal knowledge.

KEYWORDS: globalization; penal field; drones; technopolitic; epistemology.

* Professora Catedrática Emérita, SciencesPo-Toulouse. Pesquisadora no Centre de Théorie et Analyse du Droit, Universidade de Paris X – Nanterre.

Esta reflexão se insere no programa de pesquisa que desenvolvo no âmbito da *Sociologia Política do Campo Penal*, uma sociologia transdisciplinar e transfronteiriça que permite observar o penal para além da Sociologia Criminal. O advento de um espaço penal global exige a apreensão da globalidade do poder punitivo e do uso que faz dos novos dispositivos tecnopolíticos de dominação. Quatro premissas embasam a sociologia política penal, a saber: o campo penal *lato sensu* é eminentemente político; o direito penal *stricto sensu* não está ao abrigo das contaminações ideológicas das doutrinas políticas; a nova ideologia penal permite a adoção de medidas repressivas que levam à desconstrução dos princípios basilares do direito penal moderno; as configurações penais glocais tarso-modernas exigem uma revisão epistemológica do saber penal, tarefa à qual devem consagrar-se os sociólogos penais críticos.

Esta sociologia penal crítica que lança as bases de uma teoria penal para o século XXI observou que as novas modalidades globais do crime não são simples efeitos perversos da globalização neoliberal, mas constituem fenômenos inerentes a ela, utilizando ademais dispositivos de alta tecnologia. Neste contexto afirmaram-se os SCT - Sistemas Criminais Transnacionais (CAPELLER, 1997) que transitam pelos espaços lícitos e ilícitos, onde também se inserem os sistemas terroristas contemporâneos. A emergência de diversos sistemas terroristas de caráter islâmico radical tem originado o desmantelamento dos princípios jurídicos mais elementares e tem reforçado ideologias de segurança que dão lugar à contaminação de normatividades antagônicas, tal como tem ocorrido nas esferas do direito penal e do direito internacional humanitário. Assim, submetidas às lógicas globais, as novas racionalidades normativas penais não mais respondem às exigências democráticas de soberania estatal e de garantias individuais.

Quatro hipóteses explicativas centrais sustentam o estudo dessas questões: 1) o terrorismo contemporâneo é um fenômeno político inerente à modernidade radical; 2) o terrorismo é uma arma que mina o político e o jurídico; 3) a entrada da tecnopolítica no campo penal provoca um aumento dos processos de penalização; 4) o saber penal conhece atualmente uma transformação paradigmática.

1. O terrorismo, fenômeno político da modernidade radical

Há muito existe uma teoria política do terrorismo mas atualmente os elementos explicativos deste fenômeno não são mais os mesmos. Se a ação terrorista não é algo particular à época em que vivemos, suas formas contemporâneas, das quais o terrorismo islâmico radical é emblemático, podem ser examinadas a partir das relações de poder assimétricas que perduram nas democracias pós-coloniais. Considera-se, hoje, que nas sociedades de modernidade avançada (GIDDENS, 1994) o terrorismo cria “ambientes de risco” (BECK, 2010), pois suas formas complexas de organização, em redes horizontais, sistêmicas, conexas e virtuais, imaginativas e móveis, destabiliza as sociedades e causa danos consideráveis ao capital social e humano partilhado.

Fenômeno político por excelência, o terrorismo surge como resultante da extrema radicalização da modernidade, radicalização inquietante que se manifesta em sociedades líquidas (BAUMAN, 2001). Atravessando fronteiras, essas ações são permanentemente desterritorializadas, deslocalizadas e realocizadas, elas acompanham o desaparecimento do que os economistas chamam “as externalidades” (BECK, 2010). Com efeito, o terrorismo não se apresenta como um acontecimento exterior ao mundo social, ele manifesta-se como um “acontecimento absoluto” (BAUDRILLARD, 2002), um evento brusco que atinge os indivíduos em seu espaço social coletivo.

Além disso, a justaposição de temporalidades culturais apresenta-se como potencial destrutivo, pois o terrorismo islâmico, ao utilizar os dispositivos técnicos mais avançados da modernidade extrema, cria uma imbricação complexa de temporalidades sociais, onde o tempo lento ligado ao sagrado – que se refere em permanência a um passado fundador que resiste aos assaltos da história – associa-se ao tempo real das interações virtuais, permitindo não somente a organização das ações mas também a difusão ideológico-religiosa e o recrutamento de jovens vivendo o “sentimento intuitivo de injustiça” (HONNETH, 2006) nas sociedades ocidentais com perda de valores políticos e sociais.

As novas racionalidades do terrorismo e suas inovantes formas de organização, de estratégias e de uso da tecnologia já haviam sido observadas nas últimas décadas

do século passado. Balandier mostrou como as novas lógicas terroristas recuperam temas do pensamento revolucionário como, por exemplo, a destruição do sistema como fator de liberação, a oposição da violência total à violência do Estado instituída e legitimada, a afirmação da solidariedade com os movimentos anti-imperialistas, a adoção de uma atitude nihilista diante do vazio da sociedade moderna. No plano político, as novas lógicas terroristas exercem uma espécie de mimetismo: imitação das estruturas de poder (governo constituídos ou clandestino, tribunais populares, organização militar, proclamação de uma legitimidade política), imitação das resistências e imitação da guerra. No plano religioso, ao recriar permanentemente uma simbolização trágica, o terrorismo dá evidência a cenas sacrificiais, e mobiliza uma intensa capacidade mistificadora (BALANDIER, 1988). É sobre esses elementos simbólicos que se baseiam os aspectos psicológicos da guerra terrorista.

Antoine Garapon (2002) salientou os aspectos de desformalização dos conflitos próprios ao terrorismo, pois não há mais campos de batalha, não há mais inimigos visíveis, não há mais limite interno/externo. Organizando-se em redes, o terrorismo é uma forma de criminalidade momentânea de impacto intenso, um fenômeno de manipulação e de comunicação, mas ao mesmo tempo cria um efeito de comunicação de massa. Se os atos terroristas são extremamente excessivos, sua manifestação violenta não é desprovida de sentido dado que não buscam impactar apenas pelo número de vítimas, mas também pela dramatização espetacular com que são praticados. Assim, os atos terroristas são o instrumento de uma realização trágica da política. Desta forma a ação terrorista, ao pressionar a ação política aos seus extremos, busca a esperança no caos (BALANDIER, 1988).

Esta visão nihilista foi retomada por Jean Baudrillard em sua análise sobre o *espírito do terrorismo*. Para este autor, o terrorismo contemporâneo não é um efeito perverso da globalização, mas uma consequência do aumento do poder global, que exacerba a vontade de destruí-lo (BAUDRILLARD, 2002). Ou seja, as potências ocidentais criaram com a acumulação do poder e do monopólio tecnocrático, um sistema que gerou seus próprios anticorpos. Não se trata de um «choque de civilizações» ou religiões, (HUNTINGTON, 1993, 1996), mas dos anti-dispositivos

gerados por uma globalização triunfante, que se encontra doravante face a si própria. E, neste confronto, se as novas regras do jogo são ferozes, é porque o jogo é feroz (BAUDRILLARD, 2002, p. 15-18).

O pensamento de Baudrillard se apresenta como uma denúncia e uma condenação sem apelo do sistema-mundo global submetido ao poder econômico e político do Norte, nomeadamente o dos EUA. Resposta ao terror *top-down* do sistema, o terrorismo *down-top* das massas miseráveis exerce um terror assimétrico. De fato, se o poder é assimétrico, as ações terroristas não estabelecem relações de força com o sistema e se situam no terreno do simbólico, terreno no qual o desafio e a reversão dos símbolos é a regra imposta (Idem, p. 23-25). Em suma, a globalização dominante provoca ela mesma uma “transferência terrorista da situação” (Idem, p. 15). No entanto, a reversão terrorista da situação não almeja uma qualquer transformação emancipatória do mundo; seu objetivo é o de atingir o sistema através de estratégias simbólicas: se o ideal do sistema é o da “morte zero”, o espetáculo da morte em direto, em tempo real e em imagem (Idem, p. 25), mina os fundamentos ideológicos do sistema. Assim, a ação terrorista se situa para além da ideologia do mundo político (Idem, p. 16).

O contrapoder terrorista pode ser vinculado a novas formas de “dialética do controle”, noção proposta por Anthony Giddens para entender, a nível individual, as relações sociais de poder enquanto controle. Tomo a liberdade de alargar esta noção para aplicá-la ao nível político, onde a questão levantada por Giddens pode ser revisitada: “como, nas relações de poder, os menos poderosos organizam e utilizam seus recursos de maneira a exercer o controle sobre os mais poderosos?” (GIDDENS, 1987, p. 441). Esta reviravolta conceitual só adquire sentido se considerarmos que a dialética do controle terrorista nasce em resposta à existência de três culturas discriminantes, que dominam nas sociedades contemporâneas: a cultura do medo, a cultura da humilhação e a cultura da esperança negativa (MOÏSE, 2008), culturas que estão vinculadas à formas de globalização negativa, promotoras de uma visão apocalíptica do mundo.

2. O terrorismo, arma que mina o político e o jurídico

Observamos em primeiro lugar que a natureza singular do terrorismo contemporâneo atinge fundamentalmente o conceito do “político”. A noção do “político” foi forjada na Grécia Antiga e era vinculada à *polis*, quer dizer, o espaço político delimitado pelas fronteiras de um Estado, situado nos limites de um território. A noção de “político” se constrói também a partir da ideia de “inimigo”, como mostrou Carl Schmitt (SCHMITT, 1992). Ora, o terrorismo contemporâneo deslocou o “inimigo”, que é geralmente exterior ao Estado para dentro de suas fronteiras, criando situações em que o “inimigo” pode ser invisibilizado. Ao retrazar a história do terrorismo, Jacques Derrida mostrou que o conceito tradicional de terrorismo é essencialmente vinculado ao conceito de Estado. Este autor lembra-nos que a palavra “terror” já se encontrava na obra de Hobbes quando este quis definir o principal instrumento de todo o tipo de governo, o terrorismo de Estado. O termo “terrorista” também está intimamente ligado à Revolução Francesa, que, da luta pelas liberdades produziu paradoxalmente a época “de la Terreur” (DERRIDA, 2004).

Segundo Derrida o conceito de “terrorismo” deslocou-se ao longo da Modernidade, tendo designado situações em que grupos organizados não militares nem civis, pretendiam liberar um Estado ou reconstituir um Estado-nação. É o exemplo da França de Vichy, da Argélia, da Palestina e de tantos outros países. Este tipo de terrorismo político corresponde ao que Carl Schmitt chamou de “guerra partidária” (SCHMITT, 1992), ou seja, uma guerra que não é civil nem internacional que se forma a partir de objetivos políticos e de uma ação organizada por grupo de resistentes que atuam em um sistema político preciso, com território delimitado por um Estado-nação. Hoje, no entanto, as ações terroristas como por exemplo do Al-Qaeda, se caracterizam por uma violência destituída de objetivos políticos claros, que não objetiva a constituição ou reconstituição de um Estado. É neste sentido que Derrida afirma que não há nenhum futuro político nas ações do terrorismo contemporâneo, suas “guerras” não sendo convencionais, interestatais, também não são partisanas.

Tratando-se do exame das relações entre o terrorismo contemporâneo e o Estado, observamos que, pelos seus efeitos destrutivos, o terrorismo tenta desvalorizar a ação política (BADIE, 2001, p. 49). Neste sentido o terrorismo atual pode ser visto como a busca da política por meios não políticos, notadamente quando desloca a visão dicotômica *amigo/inimigo*, para resituá-la no interior da unidade política e do corpo social donde está excluída. Assim, o terrorismo muda as regras que definem o jogo político estabelecendo uma relação de hostilidade onde reinava uma relação de adversidade. O conceito mesmo de “político” é frontalmente atingido, o que dá lugar a uma visão apocalíptica do mundo.

Podemos identificar quatro “modelos de ruptura” que decorrem desta nova forma de violência política do caos que atingem as esferas política, histórica e psicosociológica das sociedades do pós 11 de setembro: no sistema político mundial, a ruptura com a situação política do pós-guerra fria; nos EUA, a ruptura com a sua própria história; nas sociedades em geral, a ruptura com as formas tradicionais de violência; na esfera psicosociológica, a ruptura com a ideia de uma possível paz social. De fato, o retorno à noção de inimigo interno (SCHMITT, 1992; JAKOBS, 2008) provocou uma mudança nas formas de sociabilidade existentes nas democracias ocidentais. Nessas sociedades domina atualmente um sentimento de insegurança ontológica devido às subjetivações perversas da imagem social do Outro. Se “qualquer um” pode ser inimigo, teme-se que a tecnologia, as armas bacteriológicas e os sistemas informáticos caíam nas mãos de “qualquer um”, o que aumenta a sensação de risco. Neste contexto, o uso político do medo (BOUCHERON; ROBIN, 2015) justifica e legitima a existência de um Meta Estado de prevenção global que nasce em conformidade com a doutrina de segurança global.

Na base da constituição deste Meta Estado penal encontram-se duas fontes ideológicas antagônicas: a ideologia da segurança global e a ideologia da globalização dos direitos humanos. O paradoxo aqui observado é o seguinte: os direitos humanos somente são concedidos aos cidadãos e não aos não cidadãos, que são os inimigos internos (JAKOBS, 2008). Desta forma, o tratamento inumano infligido aos suspeitos de terrorismo, considerados não cidadãos e não combatentes, não macula a retórica

universalista dos direitos humanos, cuja funcionalidade é a de manter simbolicamente definida a linha abissal, da qual nos fala Boaventura de Sousa Santos (2014). Ou seja, a “super-ideologização da segurança” corresponde a uma “super-ideologização dos direitos humanos” (SOULIER, 1993). Georges Balandier mostrou, com efeito, que nos períodos de grandes transições sociais a função política das ideologias é altamente reforçada. As ideologias são determinadas pela necessidade de fazer valer a unidade sobre os particularismos através da imposição de temas unificadores, tais como o da “segurança” ou dos “direitos humanos”. Na realidade, as ideologias contribuem à conversão psicológica do que podemos qualificar de “*new deal* das emoções” (BALANDIER, 1969, p. 215).

Ao situar a guerra contra o terrorismo no plano da “guerra justa” entre o Bem e o Mal, as ideologias da segurança e dos direitos humanos determinam as geopolíticas globais em “zonas potencialmente democráticas” e “zonas bárbaras”, mas separam igualmente as geografias sociais locais. Ora, essa fragmentação geográfica imaginária do mundo e das sociedades é contrária ao igualitarismo, que fundamenta as democracias fragilizadas diante do problema terrorista. O conjunto dessas complexidades político-sociológicas cria as condições para a afirmação de uma visão apocalíptica do mundo reforçadora das ideologias repressivas, às quais aderem as populações que não somente não questionam a militarização do campo penal, mas mais das vezes apoiam políticas de saneamento repressivo.

A emergência de um Meta Estado Penal, onde se combinam medidas e dispositivos tecnopolíticos globais e locais, determina importantes transformações nas lógicas penais, traduzidas em escala regional europeia, no Código Penal Europeu e em escalas locais, nos Códigos penais nacionais. A título ilustrativo podemos observar que a lei penal francesa adota medidas cada vez mais repressivas: punir mais e punir mais cedo; antecipar a repressão e alargar o círculo das pessoas penalmente responsáveis (MALABAT, 2015, p. 30-35); responder à emergência das “soberanias individuais” (LAPAGE, 2015, p. 36-25); desacreditar as ideias de despenalização consideradas de antemão como fracassadas (MALABAT, 2015, p. 31); reforçar o direito penal através de um “frenesim processual”; acelerar a emergência de um

direito da pena mais técnico e menos lisível; criar regularmente novas infrações para completar infrações já existentes, nelas acrescentando circunstâncias agravantes; lançar as bases de uma justiça penal preditiva. Na realidade, desde a Lei Penal de 2008 que podemos observar, na França, uma viragem do direito penal em direção de uma segurança ideologizada, sem complexos. Segundo Delmas-Marty, esta Lei não hesitou em copiar o modelo da lei alemã do período nazista (entrevista M Blog, 2015).

3. A entrada da tecnopolítica no campo penal

A tecnicidade do controle vai adquirindo na modernidade recente formas extremas, sofisticadas e sutis de um tipo neo-panóptico de controle difuso que invade todos os espaços sociais com seus dispositivos *hi-tech*: controle eletrônico, controle numérico, controle informático, sistemas de detecção infravermelhos (no canal da Mancha, por ex.), os “*softwares* espíões”, os drones, etc. Neste contexto, transformador da percepção que as pessoas têm do mundo social, o controle sócio-penal adquire um significado compartilhado no interior dos processos de comunicação plural e de interação social que obedece às lógicas de uniformização, standardização e centralização numa sociedade de “democracias de massa” (MELOSSI, 1990).

Como o controle automático se manifesta no direito penal? O direito penal *stricto sensu*, ao correr atrás dos fatos sociais, cria novas infrações que correspondem à capacidade de detecção dos dispositivos técnicos. Ele passa a penalizar os comportamentos que são desviantes em relação aos padrões dominantes. Um exemplo é o da detecção das pessoas que praticam o *tag* e o *grafite*, o que levou, na França, centenas de pessoas à detenção no início dos anos 2000. O *grafite* é considerado como um meio de expressão ilegal, e não como uma forma de expressão que possa favorecer a participação cívica como experiência dinâmica e significativa ou ainda como um desvio emancipatório. As minorias elitistas procuram colonizá-lo, retirando-o das ruas para autorizar seu reconhecimento social, como exemplifica a Exposição T.A.G. - *Tag and Graffiti*, que teve lugar no Museu Grand Palais de Paris em 2010.

Percebe-se nessas categorias penalizantes do desvio um sutil deslize do campo penal em direção a um modelo penal totalitário. De fato, segundo Mireille Delmas-Marty, no modelo penal “Estado-Totalitário” há “contração”, em um único conceito, das noções de “desvio” e de “infração” penal (DELMAS-MARTY, 1983). No âmago desta problemática encontra-se, portanto, a questão do exercício do poder nas sociedades democráticas. Foucault ao defender-se das acusações de uso seletivo e parcial dos arquivos históricos, afirmou não ter querido dizer que em *Surveiller et punir*, que o “poder é uma máquina” mas, apenas, mostrar as racionalidades subjacentes aos dispositivos penais modernos. Esses dispositivos têm a ver com o tema da máquina, do olhar, da vigilância (FERRET, 2014).

Se na modernidade os dispositivos de controle sócio-penal transformaram-se da “sociedade disciplinar” foucaultiana à “sociedade de controle generalizado” de Deleuze, na modernidade recente os novos dispositivos do controle intensificam os mecanismos de automaticidade e de tecnicidade do poder, (re)afirmando uma “cultura monolítica da segurança”. Esta extrema cultura da segurança se expressa no “pessimismo de Estado” que pensa os fenômenos sociais como riscos potenciais. Em nome da ameaça terrorista, o poder infiltra-se e espalha-se no tecido social (Idem, 2014). A segurança, tal como a justiça, tornou-se preditiva e as democracias resvalam para os ilegalismos ao adotar medidas excepcionais de controle *hi-tech*.

Em escala local a legislação francesa de informação é emblemática na Lei nº 2015-912, de 24 julho 2015. Nesta lei, os poderes excepcionais das agências especiais de controle e de informação de massa foram legalizados, permitindo que dispositivos de alta tecnologia sirvam a detectar comportamentos suspeitos a partir de dados interconectados. Esta lei prevê a instalação das “caixas negras” nas redes dos operadores de telefonia e de fornecedores de acesso à Internet, através das quais os serviços de informação recolhem e classificam, em tempo real, dados relativos às pessoas preliminarmente identificadas como uma ameaça social (artigo L. 851-3). Outros dispositivos anteriormente existentes foram também legalizados, notadamente os das escutas ilegais, dos “*softwares* espíões” ou, mais recentemente, os *IMSI-catchers* – *International Mobile Subscriber Identity*, sofisticado sistema de espionagem telefônica

constituído de antenas falsas, dotadas de um número de identificação único contido na carta SIM, sistema que permite interceptar conversas telefônicas.

Todos esses dispositivos *hi-tech* de detecção de pessoas suspeitas de atividades antisociais e/ou ilegais podem facilmente ultrapassar os limites das garantias individuais e cidadãs quando as informações por eles obtidas são transmitidas aos governos e aos serviços de controle sócio-penal que amalgamam condutas ilícitas e condutas anticonformistas. Deste ponto de vista, foi muito significativo o fato de que a lei francesa de 2015 substituir a Comissão Nacional de Controle das Intercepções de Segurança (CNCIS) pela Comissão Nacional de Controle de Técnicas de Informação (CNCTR), o que afirma a importância do controle *hi-tech* sobre outras formas de controle.

Vários setores da sociedade civil denunciaram esta legislação que colocou todos os dispositivos de controle nas mãos do poder executivo, impedindo o poder judiciário, que é garante constitucional, de controlar medidas que possam atentar contra as liberdades individuais. Entidades como a *Ligue des droits de l'homme*, a Anistia Internacional, os *Reporters sans frontières*, a *Quadrature du Net* (Associação de defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos), entre outras, criticaram vigorosamente esta lei considerada liberticida por implementar um controle generalizado e legalizar práticas dos setores especiais de informação que atentam às liberdades fundamentais.

Em escala global a punição por drones determina o advento de uma justiça expeditiva. Na realidade, os drones militares foram concebidos antes mesmo da Segunda Guerra Mundial, época em que surgiu a ideia de construção de um engenho de observação militar autônomo, sem pilotagem, para a observação das áreas onde ocorriam perdas militares. Durante o século XX, foram as seguintes as funcionalidades dos drones: a vigilância e o controle; o exame dos teatros operacionais de guerra; a obtenção de informações; a identificação dos objetivos a tratar a curto prazo; a análise da situação balística do inimigo em melhores condições do que as obtidas com os satélites geo-estacionários; a previsão do ponto de impacto dos alvos; a avaliação dos danos ocasionados após um ataque aéreo de longo porte, etc.

Os drones Firebee foram lançados pelos americanos para localizar as rampas de lançamento dos mísseis soviéticos na guerra do Vietnam, e na guerra do Yom

Kippur, em 1973 os israelenses colocaram drones ao longo do canal de Suez. Em 1991, durante na guerra do Golfo, os americanos, os ingleses e os franceses usaram drones Pioneer para vigiar as tropas inimigas; eles também foram acionados nas guerras da ex-Iugoslávia e Iraque.

A “Revolução dos drones”, ou seja, a linha de descontinuidade entre drones de vigilância e drones letais ocorre com base na doutrina da legítima defesa preventiva, sem nenhuma validade legal, por ocasião do advento dos conflitos armados de caráter transnacional, mas não internacional. Esta doutrina norte-americana permitiu a emergência dos SRM - Sistema Militar Robotizado que engloba duas dimensões: a da eliminação da distância espaçotemporal no ataque a alvos inatingíveis e a dos sistemas autônomos da força armada que, graças à evolução da inteligência artificial, inicia um processo de exclusão do humano das decisões de empregar a força armada (POMES, 2015).

A guerra por drones eliminou, sem julgamento, milhares de pessoas. Nos EUA, esta situação suscitou polêmica, como mostrou a revista *Time*, cujo título de março de 2013 interrogava: *So, who can we kill?* (*Time*, março 2013). Nesta época em que essas questões começam à vir à tona, o Senado americano levantou igualmente a questão quando o Senador Lindsey Graham, defensor da guerra secreta do governo Obama, reconheceu que cerca de 4 700 pessoas foram assassinados por drones letais, inclusive civis inocentes. A este propósito afirmou: “Às vezes você atinge gente inocente, e eu odeio isso!” (<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/02/senado>). Em 2013, igualmente, o Relator da ONU, Ben Emmerson abriu uma investigação sobre execuções extrajudiciais resultantes de 25 ataques contra o Paquistão, o Iêmen, a Somália, o Afeganistão e os territórios palestinos. Neste Relatório ele sublinhou que esses ataques representam um verdadeiro desafio para o direito (<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/01>).

Estamos diante de um “*land without law*” ? Alguns autores afirmam que os SRMs - Sistemas Robotizados Militares, ao atingir espaços de terra, mar e ar são regulamentados juridicamente, estão submetidos aos regimes jurídicos existentes nesses espaços (POMES, 2015, p. 215), e também às normas do direito internacional

humanitário. No entanto, quando se trata da guerra global contra o terrorismo, a aplicação desses direitos torna-se problemática. Por outro lado, a doutrina da legítima defesa estatal suscita problemas jurídicos. No caso do ataque a países amigos com drones letais, esta doutrina não pode ser validada, por não haver um conflito armado interestatal. Para isso, seria preciso que este direito fosse outorgado pelas Nações Unidas, em conformidade com o Artigo 51 da Carta da ONU.

Ademais, os Estados Unidos e as demais potências ocidentais alegam o absurdo direito de “legítima defesa preventiva”, que permite o não respeito à soberania nacional dos países alvo. Na realidade, esta doutrina justifica o direito de violar a soberania de países amigos como o Paquistão, o Iêmen, o Afeganistão e a Somália, sem considerar que, segundo o direito internacional, o consentimento para esses ataques por drones sejam realizados deve ser dado pelos próprios países-alvos. Caso contrário, somente um mandato específico do Conselho de Segurança da ONU (Capítulo VII da Carta das Nações Unidas), pode permitir essas operações.

No que se refere à eliminação dos suspeitos de atos terroristas que mais das vezes não são membros do Estado atingido, o direito da guerra dispõe que eles não podem ser considerados como alvos legítimos. Para o direito internacional humanitário a força letal só pode ser empregada nos conflitos armados contra combatentes e civis implicados diretamente nas hostilidades, o que exclui o seu uso contra indivíduos tidos como não combatentes, dado que não participam de conflitos interestatais declarados.

Relativamente à morte de supostos inimigos por drones levanta a questão da categorização legal dos indivíduos envolvidos nos conflitos não-estatais. O programa *Signature Strikes* determinou que os drones podem visar toda pessoa que demonstre uma conduta considerada extremista, sem que seja necessário verificar anteriormente sua identidade. Os comportamentos sociais e individuais, os modos de vida, os lugares de trânsito e de encontros, os contatos, a indumentária, a mobilidade, o porte de arma no ombro, todos esses sinais vagos e confusos constituem critérios de base para o uso letal dos drones.

A título de exemplo, transcrevo a conversa que teve lugar entre um grupo de operadores de drones no momento de atirar um drone sobre um alvo constituído por pessoas suspeitas:

*o “screener”: detectou-se ao menos uma criança no alvo
o operador diz: manda esta p... de clichê, não creio que eles levem crianças a esta hora, eu sei que eles são tarados, mas não precisam provocar...
o operador: bom, pode ser um adolescente, mas nunca vi nada tão pequeno, eles estão todos reagrupados...
o coordenador: estão verificando...
o piloto: He! Estão verificando esta m... Por que não ele (o “screener”) não disse uma “criança eventual”, então? Por que eles se apressam em falar em m .. de crianças, mas não de m... de armas?
(... mais tarde)
o piloto: todos os indivíduos estão terminado de rezar e se reúnem agora perto de três veículos!
o operador: Oh, que belo alvo! Vou tentar passar por trás para colocar bem no meio!
o coordenador: Oh, isso seria perfeito! (CHAMAYOU, 2013).*

Na realidade o direito internacional humanitário estabelece regras de precaução para evitar que populações e infraestruturas civis sejam atingidas em caso de alvos mortais, mas essas regras não têm sido respeitadas, o que tem causado inúmeros danos colaterais por ocasião de ataques por drones. Relativamente à responsabilidade penal dos operadores de drones que, vale observar, não se encontram presencialmente nos campos de batalha, o direito internacional humanitário determina que esses operadores e seus comandos estão submetidos ao mesmo estatuto que os pilotos de aviões de combate. Por isso são considerados penalmente responsáveis quando não respeitam o princípio de proporcionalidade e causam danos colaterais. Mas, em geral, a regra jurídica não é aplicada, pois fica encoberta no terreno poroso das interlegalidades, o que permite a ineficácia do direito. Uma questão tem surgido: será a responsabilidade penal diluída quando a inteligência artificial permitir que os drones letais semi-autônomos evoluam no sentido de uma completa autonomia, excluindo o humano das decisões do emprego da força armada? (POMES, 2015).

O desenvolvimento da inteligência artificial tem alimentado a indústria de drones que tem florescido muito rapidamente: em 2002 os Estados Unidos tinham

um arsenal de 167 drones letais, hoje composto de 7 000 aparelhos. Segundo o Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI), o mercado de drones armados de mísseis e de bombas está em plena expansão, liderado por Israel, à frente dos USA, e pela China, que no período 2011-2015 aumentou 88% sua exportação, orientada para os países asiáticos, tendo como destinatário principal o Paquistão (PFLIMLIN, 2017).

4. O saber penal conhece uma transformação paradigmática

A sociologia da ciência tem apontado para a importância do trabalho de inventário e de reflexividade que deve ser levado a cabo no interior de cada esfera de conhecimento. A sociologia política do penal tem procurado responder à essa exigência de cientificidade incitando os investigadores desta área a revisitar os fundamentos epistemológicos do saber criminológico e penal. As dificuldades encontradas neste campo referem-se à persistência de modelos paradigmáticos ultrapassados, de cunho estruturalista ou culturalista, que encerram visões locais do crime e do controle.

De fato, as criminologias nacionais entendem o crime como consequência das estruturais sociais, ou ainda como manifestação de “subcultura” das minorias sociais e/ou raciais. Por isso, os estudos das formas de criminalidade, dos modelos e movimentos do controle, centram-se na análise das condições sociais, políticas e econômicas de cada país. Esta atitude insular dos estudiosos do crime e do controle prejudica todo o esforço em redimensionar a questão criminal à escala global.

É preciso abandonar esta epistemologia penal estreita para poder apreender o campo emergente das relações transnacionais penais. Como mostramos acima, essas abordagens são indiferentes ao exame de três elementos essenciais para a compreensão das novas formas de criminalidade e seu controle e repressão: a globalização, o exercício do poder em escala global, e o advento da tecnopolítica penal.

Estamos, de fato, diante de uma transformação paradigmática. As mutações advindas no campo penal com a globalização mostram que uma análise pertinente desses fenômenos deve levar em conta os aspectos de glocalismos interconectados.

Trata-se, portanto, de uma verdadeira revolução paradigmática na medida em que os sistemas criminais contemporâneos não correspondem mais às noções tradicionais do pensamento criminológico, que individualizam o fenômeno criminal. Nas formas sistêmicas de criminalidade, o indivíduo ocupa um lugar efêmero, ele é facilmente descartável, e pode ser substituído a cada momento por outros agentes que fazem funcionar a engrenagem do sistema. Este se auto-reproduz permanentemente de maneira autopoietica.

Como pudemos constatar, a entrada da tecnopolítica no campo penal instala uma série de tensões no campo jurídico penal: tensões causadas pela policentricidade legal; tensões doutrinárias relativas à noção de legítima defesa do Estado; tensões ligadas à soberania estatal; notadamente em relação ao consentimento dos países-alvo; tensões que se encontram no âmago das relações do bio-poder da guerra; tensões referentes à questão da tipificação legal dos combatentes; tensões criadas pelo desrespeito aos princípios jurídicos fundamentais; tensões subjacentes à responsabilidade penal dos operadores de drones que não estão submetidos ao face a face da guerra tradicional.

O problema da Ordem, postulado por Hobbes, ainda não foi resolvido. A Ordem hobbesiana se refere às possibilidades de uma estabilidade social consensual que, baseada no pacto social, integra, ao mesmo tempo, a legitimidade weberiana e a consciência coletiva durkheimiana. Ora, nas sociedades contemporâneas, a Ordem internacional e interna não se está construindo com base no consenso entre nações, populações e indivíduos, e tem demonstrado nem sempre ser legítima. A ausência de equidade nos conflitos militar-penais orquestrados com drones armados impede ações defensivas por parte dos combatentes, e mostra a necessidade de uma regulação jurídica específica neste campo.

No que diz respeito particularmente à guerra por drones, o *jus ad bellum* – direito de fazer a guerra – não deve ultrapassar o *jus in bello* – direito em situação de guerra que procura limitar os sofrimentos causados pela guerra e os danos colaterais. A

massificação das punições em escala global, realizada com os sistemas robotizados militares (SRMs) deve considerar antes de mais nada, como ocorreu depois da arma nuclear, o *jus contra bellum* – o direito de prevenção da guerra que, depois de Hiroshima, procura limitar os recursos de utilização da força entre os Estados.

Referências bibliográficas

- BADIE, Bertrand. “Le terrorisme contre l’État”. In: CRETTIEZ; XAVIER (et all). *Le terrorisme. Violence et politique*. Paris: La Documentation française, n° 859, juin, 2001.
- BALANDIER, Georges. *Le désordre. Eloge du mouvement*. Paris: Ed. Fayard, 1988.
- _____. *Anthropologie politique*. Paris: PUF, 1969.
- BAUDRILLARD, Jean. *L’esprit du terrorisme*. Paris: Ed. Galilée, 2002.
- BAUMAN, Zigmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Ed. Zahar, 2001.
- BECK, Ulrich. *A sociedade do risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BOUCHET-SAULNIER, Françoise; GARAPON, Antoine. *Les défis lancés au droit par le terrorisme*. Paris: Le Monde/Editions de l’aube, 2002.
- BOUCHERON, Patrick; ROBIN, Corey. *L’exercice de la peur. Usages politiques d’une émotion*. Lyon: Presses Univ Lyon, 2015.
- CAPELLER, Wanda. La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle. *Droit et Société*, Paris, n° 35, 1997.
- _____. Un Net pas très net: Réflexions sur la criminalité virtuelle. *Archives de philosophie du droit*, Paris, 43, 1999.
- CHAMAYOU, Grégoire. *Théorie du drone*, Paris: La fabrique, 2013.
- DELEUZE, Gilles. Post-scriptum sobre as sociedades de controle. In: DELEUZE, Gilles. *Conversations: 1972-1990*. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Modèles et mouvements en politiques criminelles*. Paris: Economica, 1983.
- _____. Entrevista, “Mireille Delmas-Marty: la démocratie dans les bras de Big Brother?”. In: Johannes, Frak. *Le Monde. M Blog*. 10 de Junho de 2015. Disponível em <http://liberte.blog.lemonde.fr/2015/06/10> . Acesso em: 21 jun 2017.
- DERRIDA, Jacques; HABERMAS, Jürgen. *Les “concepts” du 11 septembre*. Paris: Galilée, 2004.

- FERRET, Jérôme. *Crise sociale, question nationale et violence dans les sociétés contemporaines occidentales*. 2014, 347 fl. Habilitation à Diriger des Recherches en Sociologie. Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales, Paris, MSH, 2014.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. Rio de Janeiro/S. Paulo: Ed. Record, 2002.
- _____. *Les conséquences de la modernité*, Paris: L'Harmattan, 1994.
- _____. *La constitution de la société*. Paris: PUF, 1987.
- HONNETH, Axel. *La société du mépris*. Paris: La Découverte, 2006.
- HUNTINGTON, Samuel. The Clash of Civilizations? *Foreign Affairs*, 72, 1993.
- _____. *The clash of civilizations and the remaking of the world order*, New York: Simon and Schuster, 1996.
- JAKOBS, Günther; MELIA, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo - noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3^a ed., 2008.
- LEPAGE, Agathe. Le droit pénal à l'ère de la souveraineté individuelle – De la contribution de l'individualisme à certaines évolutions contemporaines du droit pénal spécial, *Revue de Droit d'Assas*, Paris, n° 10, février, 2015.
- MALABAT, Valérie. Le changement en droit pénal. *Revue de Droit d'Assas*, Paris, n° 10, février, 2015.
- MELOSSI, Dario. *The state of social control*. Londres: Polity Press, 1990.
- MONGIN, Olivier. “Un après. Une entrée brutale et tardive dans l'après-guerre froide et la mondialisation”. *Esprit*, Paris, n° 287 (8/9), Août-septembre. 2002.
- MOÏSI, Dominique. *La géopolitique de l'émotion*. Paris: Champs actuel, 2008.
- POMES, Eric. Les problèmes de droit international posés par la robotisation et les systèmes autonomes. In: DOARE, R.; DANET, D. ; BOISBOISSEL, G. (org.). *Drones et killer robots. Faut-il les interdire?* Rennes: Presses universitaires de Rennes, 2015.
- PFLIMLIN, Edouard. *Drones et robots. La guerre des futurs*. Levallois-Perret: Groupe Studyrama, 2017.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *The epistemologies of the South, justice against epistemicide*. London: Boulder, Paradigma Publ., 2014.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Petrópolis: Vozes, 1992.
- SOULIER, Gérard. Ingérence ou assistance humanitaire. *Évolution des principes humanitaires. Psychanalyses*, 45, 1993.

Democracia e tecnologias da informação

Democracy and information technologies

Pedro Verdelho*

RESUMO: Neste texto sustenta-se que a Internet introduziu ferramentas poderosas de comunicação e partilha de informação que podem ser mecanismos inestimáveis ao serviço dos ideais e dos valores da democracia. Mas por outro lado, reconhece-se que, nunca como antes, a democracia corre riscos e pode ser posta em perigo, por via do uso de ferramentas que a Internet disponibiliza ou de outras já anteriormente existentes, que a Internet potencia.

PALAVRA-CHAVE: Internet; democracia; vantagens; riscos.

ABSTRACT: In these lines, it is supported that the Internet brought powerful communication tools, in view of sharing information, which may be an invaluable mechanism serving the ideals and values of democracy. But on the other hand, it is recognised that, as never before, democracy risks and can be endangered, through the use of tools made available by the Internet, or previously existing but empowered by the Internet.

KEYWORDS: Internet; democracy; advantages; risks.

* Magistrado do Ministério Público, coordenador do Gabinete Cibercrime da Procuradoria-Geral da República de Portugal.

Este texto corresponde à mera redução a escrito da comunicação proferida no VII Encontro Internacional do CONPEDI, razão pela qual não vai acompanhado de citações nem de referências bibliográficas.

1. Democracia e tecnologias da comunicação

1. O mote da sessão em que se inseriu esta participação, escolhido pelos organizadores, foi *democracia e tecnologias da informação*. Esta expressão inspirou um alargadíssimo espetro de ideias desafiantes. Porém, sendo muito curto o lapso de tempo disponível para o abordar, para procurar evitar dispersão, procurou-se identificar um ou outro foco, um pouco mais direcionado. Optou-se assim por orientar a discussão do tema para tópicos relacionados com a *democracia, na era da Internet*.

2. Democracia na era da Internet

2. Chegando a este campo, da *democracia na era da Internet*, suscitou-se desde logo um comentário liminar, para sublinhar as duas grandes linhas de força da temática em causa: por um lado, a Internet é uma poderosa arma de comunicação e partilha de informação e, por isso, uma inestimável ferramenta ao serviço dos ideais e dos valores da democracia. Por outro, a afirmação de que, nunca como antes, a democracia corre riscos e pode ser posta em perigo, por via do uso de ferramentas que a Internet disponibiliza ou de outras já anteriormente existentes, que a Internet potencia.

3. A Internet ao serviço da democracia

3. Parece pacífica e clara a afirmação de que a Internet é uma poderosa ferramenta ao serviço da democracia. Desde logo, assim é, porque a Internet democratizou o acesso à informação. A Internet veio permitir, a todos, o acesso à informação. Ainda não se chegou ao ponto de poder afirmar-se que, ao contrário do que acontecia no passado, “ter informação” deixou de ser “ter poder”. Mas parece claro que, pelo menos, “ter informação” deixou de ser “ter *tanto* poder”.

Por exemplo, no mundo académico, o conhecimento passou a estar acessível a todos, em universidades maiores ou mais pequenas, em países desenvolvidos ou

menos favorecidos. Na era da Internet, qualquer professor ou estudante de qualquer universidade do mundo pode, nos dias de hoje, conhecer o resultado da investigação de outros professores ou estudantes, em qualquer outra parte do globo. Ao contrário do que sucedia no passado, em que o conhecimento e a ciência se registavam em livros de papel, guardados em bibliotecas, nem sempre de fácil acesso, na era internética o conhecimento transmite-se a velocidades instantâneas. Uma descoberta científica, relatada num artigo ou num relatório, chega a toda a comunidade científica, de todo o mundo, momentos depois de ser publicada na Internet, podendo beneficiar, de imediato, todos os que se interessarem pelo tema em causa.

No meio académico, passou a ser mais fácil a todos ter toda a informação. Portanto, a Internet democratizou o conhecimento, ao permitir que todos, em todo o mundo, possam ter acesso a todo o conhecimento.

4. Da mesma forma, a informação da vida real corre através das redes: os eventos meteorológicos e os infortúnios, os sucessos desportivos e as manifestações culturais, mas também os eventos políticos e de vida em comunidade.

Já é do passado a vulgar afirmação da comunidade bolsista, segundo a qual *um espirro em Nova Iorque faz constipar as bolsas asiáticas*. Nos dias de hoje, na era da comunicação, o *contágio* é imediato e global: um qualquer evento em Londres, Frankfurt, Hong Kong ou Tóquio tem consequências no segundo seguinte, em todo o globo.

Em consequência da permanente comunicação facilitada pela Internet, vivemos em permanente contacto com o resto do mundo, atentos a jorrantes e incessantes fluxos de informação. Este manancial inclui informação de todas as naturezas, mais ou menos relevante, oscilando entre o verdadeiro *lixo informativo* e a mais significativa relevância – incluindo referências à vida pública e política.

5. A Internet também veio fomentar a criação de cultura de transparência na vida pública. Eleições ou debates políticos, ou parlamentares, podem atualmente ser seguidos, e os respetivos resultados conhecidos, quase no imediato – este resultado ultrapassou o da televisão, mais circunscrita a contextos nacionais. As redes sociais multiplicaram as perspetivas e os ângulos de visão em relação a tais eventos, que

passaram a poder ser relatados pelos próprios protagonistas dos mesmos, na primeira pessoa e no imediato.

Porém, além desta importante vertente, de dispor rapidamente de informação, a qual pode potencialmente chegar também à generalidade das populações, as redes de comunicação permitem ainda que se gere e difunda informação que, noutro tempo, a comunicação social convencional não difundia. Fenómenos como os blogs ou as redes sociais vieram permitir aos cidadãos comuns estar na origem da informação e exercer o direito a informar – ao mesmo tempo que multiplicam a capacidade de outros de exercerem o direito a serem informados.

A fragmentação das formas de difundir informação *online*, trazida pela chamada Web 2.0, a segunda geração de plataformas e serviços na Internet, popularizada a partir de meados da primeira década do século, desconcentrou e diluiu as fontes da informação, outrora convergentes nos *media* clássicos. A informação passou a ter condições para ser mais extensa, livre e aberta. E disso não pode deixar de ser beneficiária a democracia.

6. Esta possibilidade de gerar e difundir informação, em termos políticos, favorece o debate de ideias – permite que todos possam expressar os seus pontos de vista e, por outro lado, tenham acesso aos de todos os outros. O debate político e ideológico beneficiou deste ambiente de liberdade de expressão. O mesmo sucede com outros debates. Por exemplo, as informações, as tendências e as modas passaram a difundir-se a velocidades estonteantes, próximas do imediato, à escala global.

4. Limitações das potencialidades da Internet

7. Porém, infelizmente, este cenário não é tão idílico e positivo como parece resultar do que ficou dito. Antes de mais e desde logo, porque aquilo que se afirmou não tem validade universal. Há ainda muitas áreas geográficas em que o acesso à Internet é mais difícil, seja por motivos desenvolvimentistas, seja por motivos económicos. Nos países mais pobres do globo há largas faixas de populações desfavorecidas. Embora mesmo entre estas o acesso à Internet se venha a popularizar, muitas destas

populações continuam a não ter possibilidade de comprar equipamentos (quando não carecem mesmo de eletricidade e outros confortos básicos essenciais). Para estas populações, mesmo que vivam em regimes democráticos, os ganhos da Internet ainda estão para chegar.

8. Não obstante, não se vê com pessimismo a perspetiva futura a este propósito. No hemisfério sul, o acesso à Internet tem vindo a crescer, sobretudo no acesso móvel, por via de *smartphones*. Em África, por exemplo, há já mais telefones móveis que na Europa. Por isso, cada vez mais as populações podem aceder à Internet e podem explorar as respetivas potencialidades.

Aliás, ainda em África, têm sido feitos grandes progressos nos últimos anos, designadamente, por via do desenvolvimento de soluções tecnológicas especificamente desenhadas para o contexto socioeconómico daquele continente. Por exemplo, havendo dificuldade no acesso das populações ao sistema bancário, têm sido desenvolvidas soluções associadas aos cartões de telemóvel, fazendo convergir no mesmo serviços normalmente típicos dos bancos.

Por outro lado, mesmo em meios mais desfavorecidos, a Internet tem sido um catalisador de conhecimento e de atividade económica: por todo o mundo há casos, por exemplo, de artesãos de países pobres que vendem os seus produtos na Internet, ou de bairros desfavorecidos ou problemáticos que chamam a atenção para os seus problemas em blogs ou redes sociais.

9. Há, todavia, outras razões que contribuem para ofuscar as potencialidades da Internet na construção da democracia. É bem-sabido e do domínio comum (também fruto da informação que circula pela Internet), que subsistem, pelos quatro cantos do mundo, alguns regimes políticos menos abertos, quando não mesmo opressivos de pontos de vista que os contrariam, que naturalmente por isso tendem a limitar, cercear ou mesmo censurar de todo o acesso à Internet. Para tais regimes, a liberdade de informação e de opinião, bem como todos os conteúdos livremente disponibilizados na Internet, são vistos como um perigo, suscetível de ter efeitos nefastos na população. Por isso, preferem limitar ou impedir mesmo o acesso à Internet. Nesses países, a Internet está impossibilitada de contribuir para o enriquecimento da democracia.

10. Contudo, são vários já os casos em que os meios propiciados pelas redes de comunicações contribuíram para combater e derrubar regimes opressores e lutar pela democracia. A história recente da Humanidade conta já com vários registos de regimes opressivos – ou pelo menos não democráticos –, que foram derrubados, e de revoluções que se organizaram, com sustentação nas tecnologias da informação. É frequentemente referenciada a este propósito a chamada “Primavera Árabe”, um conjunto de revoltas populares, em vários Estados do Médio Oriente e do Mediterrâneo. Foi noticiado que a organização destas sublevações, em geral lideradas por populares pouco organizados, foi sobretudo efetuada por via de redes sociais – designadamente por via do Facebook e do Windows Messenger (à época, MSN, mais tarde descontinuado por incorporação no Skype).

No Egito, estes canais assumiram tal relevância na organização das manifestações, atingindo um número tão significativo de destinatários e logrando assim mobilizar tantos manifestantes, que o governo egípcio da época impôs mesmo aos fornecedores de serviço Internet, por via administrativa, que bloqueassem todos os acessos a páginas *web* ou a serviços da Internet baseados em servidores estrangeiros.

5. Riscos e perigos para a democracia

11. Referiu-se acima, como uma das grandes linhas de força da temática que agora se aborda, a identificação de riscos trazidos pela Internet, na perspetiva da sobrevivência da democracia, tal como a conhecemos.

Na verdade, é consensual reconhecer-se que, como nunca antes aconteceu, a democracia corre riscos e pode ser posta em perigo, por via do uso de ferramentas que a Internet disponibiliza ou de outras já anteriormente existentes, que a Internet potencia.

5.1. *Fake news*

12. Um dos fenómenos internéticos mais ameaçador para as democracias é o da deliberada colocação em circulação de falsas notícias, ou *fake news*.

Na Internet, as notícias propagam-se instantaneamente, sejam elas falsas ou verdadeiras. Do mesmo modo se difundem notícias verdadeiras, surgidas espontaneamente do labor informativo, e notícias falsas, inventadas ou enganadoras, deliberada e desonestamente postas a circular.

Divulgar factos falsos ou distorcidos sobre uma pessoa pública, da política, das artes ou do desporto, por exemplo, pode pôr irreversivelmente em causa o seu bom nome e, com muita facilidade, destruir a sua reputação ou carreira, de um momento para o outro. As consequências da difusão maliciosa de falsas notícias, mesmo que estas sejam ulteriormente identificadas e desmentidas, não logram nunca, ou muito dificilmente, reverter-se.

13. Foi noticiado que no decurso de recentes atos eleitorais foram difundidas notícias falsas, com o intuito de interferir nos respetivos resultados. Os *media* referiram a este propósito as eleições presidenciais nos Estados Unidos da América, em 2016, o referendo no Reino Unido, no mesmo ano, a propósito da permanência ou não na União Europeia, as eleições legislativas francesas de 2017 e ainda atos eleitorais na Catalunha, igualmente em 2017.

Denunciam os *media* que, a propósito de todos estes atos eleitorais, foram difundidas falsas notícias, com o intuito de influenciar os eleitores, assim condicionando ou alterando os resultados dos escrutínios.

14. Não se tratou de mera revelação de informação eventualmente relevante e não conhecida do público, como ocorre por vezes durante campanhas eleitorais. Pelo contrário, terá havido, com o auxílio de poderosos recursos tecnológicos, difusão de notícias falsas que, deliberadamente, foram inventadas e postas em circulação.

O método escolhido terá passado pela criação de notícias não verdadeiras, inventadas ou distorcidas, para depois as replicar de forma automatizada e sem necessidade de intervenção humana, por via das redes sociais, de forma a parecer que tal informação colhia o acordo e era partilhada por milhares de internautas.

O resultado final pretendido foi o da generalizada assunção, como verdadeira, daquela informação falsa, sem que o comum dos internautas, sequer, se questionasse sobre a veracidade da mesma.

Este procedimento traduz um sério propósito de condicionamento, em grande escala, da opinião pública, por vezes mesmo à escala global. No momento em que se escreve – tal como acontecia na altura da sessão que subjazeu – embora tivesse já sido manifestada preocupação das autoridades públicas europeias a este propósito, não foi ainda identificado um caminho que permita debelar esta realidade nociva. Não obstante, foi já assumida a necessidade de encarar de forma ativa este tipo de iniciativas, por se saber que traduzem práticas deliberadas de distorcer as regras democráticas.

Na verdade, esta preocupação reconhece que, tal como acima se enunciou, a Internet potencia estratégias que são muito perigosas para a democracia, porque manipulam a opinião pública, podendo desta forma condicionar, inclusivamente, entre outros, resultados eleitorais.

5.2. Ataques informáticos em grande escala

15. Infelizmente, não é este o único motivo de preocupação, na identificação dos fenómenos internéticos que potencialmente fazem perigar a democracia. Talvez ainda mais perigosos que as *fake news*, vitimizando potencialmente a generalidade dos cidadãos, das empresas e das instituições públicas, os ciberataques, sobretudo aqueles de grande escala, são muito nocivos para a democracia.

No nosso tempo, a função vital da Internet na vida dos cidadãos e dos Estados é uma constatação óbvia. A Internet é omnipresente, na organização da vida de cada um, nos seus negócios e ocupações e no lazer. Da mesma forma, a Internet dá corpo a muitas das funções do Estado, permitindo que as mesmas sejam asseguradas de forma mais fácil e eficaz. As instituições desenvolvem e divulgam as suas atividades, interagem com os cidadãos e asseguram a satisfação dos respetivos interesses e direitos por via dos sistemas de informação. Todos – cidadãos, empresas e Estado – dependem da Internet e das ferramentas comunicacionais por ela suportadas para assegurar as respetivas necessidades e cumprir as correspondentes obrigações.

16. Por isso, na vida moderna é essencial que os sistemas de informação se

mantenham disponíveis, de forma íntegra, assegurando as suas funcionalidades com segurança e confidencialidade. Ataques contra sistemas informáticos, sobretudo aqueles que são vitais ao funcionamento das instituições em democracia – as páginas *web* dos governos, dos parlamentos, dos tribunais, dos municípios, entre muitas outras –, perturbando ou interrompendo o seu funcionamento, traduzem verdadeiros atentados contra as instituições em causa.

Pôr em causa a disponibilidade dos chamados sistemas informáticos críticos, públicos ou privados, que assegurem funções vitais, sabotando-os, ou tornando-os não acessíveis ou utilizáveis pelos cidadãos é antes de mais um atropelo aos direitos e expectativas dos utilizadores dos mesmos. Quem o faça, por sua unilateral iniciativa, despreza a vontade da maioria e dos processos de decisão democráticos, impondo a toda a comunidade as consequências da sua vontade e ação. Nessa medida, este tipo de ataques, em regra da iniciativa de pequeníssimos grupos de criminosos, que agem de forma anónima, atenta contra o próprio Estado de direito e abala a democracia.

17. Mais ainda assim acontecerá nos casos em que tais ataques informáticos em grande escala são levados a cabo por inimigos declarados da democracia, nem sempre concretamente identificados ou identificáveis – por exemplo, por grupúsculos criminais ou terroristas, ou por agentes de Estados estrangeiros, ou por entidades por aqueles apoiados. A história recente de vários países conta já com um registo muito considerável de incidentes informáticos – sobretudo sabotagem de sistemas, tornando-se inoperacionais, mas também acessos ilegítimos com revelação de informação confidencial – em que fundadas suspeitas apontam para Estados estrangeiros.

Em geral, a indiciação da autoria de tais factos é muito difusa e camuflada, filtrada por deliberadas e poderosas ferramentas de anonimização. Também por esta razão, este tipo de atuação anónima (dir-se-ia quase, clandestina), constitui um desafio à democracia e aos poderes democraticamente eleitos. As instituições do Estado não raramente se sentem incapazes para identificar os responsáveis por tais atos criminosos. E, conseqüentemente, impotentes para os punir.

18. Esta incapacidade recorrente de descobrir e punir os autores de ataques

informáticos tem construído fragilidades, que se afiguram difíceis de superar. Quer se tratem de declarados inimigos da democracia, quer sejam vulgares criminosos, estas fragilidades traduzem um sério desafio à democracia: é que a descoberta dos autores destes atos, muitas vezes fisicamente localizados noutra país ou mesmo noutra continente, num ponto distante do globo, protegidos por técnicas de anonimização, constitui um sério desafio ao poder democrático e às legítimas instituições constitucionais, designadamente às polícias, ao Ministério Público e aos tribunais.

Neste aspeto, os Estados totalitários sentem as mesmas dificuldades que as democracias: também os sistemas de Estados não democráticos têm sido alvo de ataques informáticos anónimos. Porém, com frequência se tem observado que, em reação, tais Estados optam por reagir a estas ameaças de forma mais musculada, bloqueando o acesso à Internet e adotando outras medidas que, para afastar aquelas ameaças, generalizadamente cerceiam a liberdade de expressão e de informação. No fundo, reagem de forma intolerável em democracia.

19. Embora tal tipo de reação não acolha o acordo dos Estados democráticos, que por isso não reagem desse modo, este tipo de estratégia faz ganhar alguma eficácia. De forma simplista, é fácil perceber que limitando o acesso à Internet, ou impedindo-o mesmo, também se limitam ou impedem os ilícitos em causa. Não podem realizar-se ataques informáticos sem acesso à Internet...

Este ganho, que traduz, no fundo, um sério retrocesso civilizacional, por supor cercear direitos fundamentais, acaba por colocar os regimes não democráticos em vantagem, na luta contra os cibercrimes, ao mesmo tempo que deixa ficar para trás as democracias.

5.3. Os grandes prestadores de serviços

20. É do conhecimento de todos a importância e dimensão das grandes companhias prestadoras de serviços na Internet. A Google é a dona de um motor de busca usado por todos. Muitos, com certeza, a acharão uma ferramenta fundamental

no dia a dia. Mas são igualmente muitos os que reconhecem a importância crucial e universal de entidades como o Facebook, a Amazon, a Microsoft ou a Apple, entre muitas outras. Estas empresas, como muitas outras, de idêntica dimensão, prestam serviços à escala global, dos quais beneficiam quotidianamente cidadãos de todo o planeta. Estão presentes na generalidade dos países do mundo, nos quais têm negócios.

Na prática, este tipo de entidades, que são privadas e procuram o lucro, têm um volume de negócios superior ao do produto interno bruto de muitos países. Isto é, a sua dimensão económica e a sua capacidade de influência é maior que a de muitos países. Além disso, desenvolveram uma nunca antes experimentada capacidade de interação, transversal, dia após dia, com cidadãos da generalidade dos países do mundo.

21. Porém, ao contrário do que sucede com os Estados, que defendem o bem comum e almejam o bem-estar de todos e cada um dos cidadãos, estas entidades procuram o lucro. É natural que assim seja, atenta a sua natureza. É essa a sua natural vocação. Desta vocação decorre, também naturalmente, que as suas decisões e opções sejam orientadas para o lucro. Portanto, não o serão para o interesse dos seus múltiplos clientes nem para o bem comum.

Porém, paradoxalmente, a prestação destas grandes entidades internacionais tem enormes consequências na vida dos cidadãos. Aquilo que decidam fazer ou não fazer tem, de uma forma ou outra, impacto na vida dos cidadãos. Na verdade, estas entidades assumem funções de tal magnitude perante os cidadãos que chegam a ser, nesta perspetiva, concorrentes com os Estados.

Todavia, estatutariamente, os respetivos propósitos e interesses não são os do bem comum, antes se orientando para os interesses privados dos detentores do respetivo capital social. É por estas razões que, em democracia, importa ponderar o relacionamento dos Estados, enquanto interlocutores e legítimos representantes dos cidadãos, com estas grandes entidades prestadoras de serviços.

22. Noutra vertente – a da efetiva aplicação da lei – é igualmente relevante ponderar a forma de relacionamento de cada Estado com os grandes prestadores

de serviço globais. Está agora a pensar-se na vertente da investigação criminal com contornos transnacionais. Neste contexto, no quadro de direito internacional, quando um Estado pretende realizar atos de investigação ou obter informação que se encontre noutra Estado, o primeiro deles tem que recorrer aos demorados e burocratizados canais oficiais da cooperação judiciária internacional.

Porém, a realidade hodierna não é facilmente enquadrável neste modelo. Desde logo, porque há prestadores de serviço com múltiplas ligações internacionais, prestando serviços em diferentes jurisdições. Por vezes, o prestador de serviços de quem se precisa que forneça informação, mesmo tendo sede no estrangeiro, tem instalações ou armazena dados em território nacional, não sendo claro a quem deve pedir-se cooperação (se à sede, no estrangeiro, se à representação local).

Por outro lado, a moderna realidade dos serviços na *cloud* pulverizou os conceitos de nacionalidade e territorialidade. Em qualquer parte do mundo, um cidadão pode guardar dados num serviço da *cloud*, prestado por uma entidade estabelecida noutra qualquer país do mundo, sendo o acesso a tais dados efetuado, a partir da sua casa, como se ali ao lado estivessem guardados.

23. A tecnologia impôs às autoridades de investigação criminal uma clara mudança de paradigma. As investigações assumem, hoje em dia, na sua generalidade, contornos internacionais, exigindo assim que se reequacione o modelo de relacionamento interestadual e, também, a forma como cada um dos Estados se relaciona com os grandes operadores globais.

Esta perspetiva é ainda mais marcada se se tiver em conta que, com muita frequência, alguns destes operadores (designadamente os donos de fornecedores de *webmail* e as redes sociais), detêm informação crucial sobre a generalidade dos cidadãos. Tal informação tende a ser, cada vez mais, crucial em investigações criminais. Não obstante, em regra, tal informação não é fácil ou livremente acessível aos Estados onde os eventuais crimes possam ter sido cometidos, sem o auxílio e a colaboração dos prestadores de serviço.

Também nesta vertente, estabelecer com estas entidades um relacionamento construtivo que, respeitando a atividade e intuito das mesmas, permita atingir com

eficácia objetivos conducentes à prossecução dos fins essenciais do Estado, constitui um desafio à democracia.

5.4. Big Data e encriptação

24. Alinham-se, para terminar, de forma breve, dois temas adicionais, os quais se escolheram por serem emblemáticos – como outros os serão no futuro – de desafios colocados à democracia pelas novas tecnologias. Por um lado, vai referir-se a temática dos chamados *big data*; por outro, a da encriptação.

25. É sabido que os diversos operadores na Internet recolhem dados sobre os respetivos utilizadores. Muitas das vezes, tal recolha é feita no interesse dos próprios utilizadores, que beneficiam se um determinado *website* os “ajudar” quando navegam no mesmo, por exemplo, dando-lhes indicação sobre os locais que já visitaram antes. Porém, em geral, a recolha destes dados é feita no interesse de quem os recolhe – ou de terceiros, que possam beneficiar com essa informação.

Quando se navega na Internet, é perturbadora, embora recorrente, a experiência de ver anúncios alusivos a temas que antes se pesquisaram em motores de busca. Ou a destinos que se pesquisaram em companhias de aviação. Ou a hotéis que se pesquisaram em centrais de reservas.

26. Em geral, os internautas aceitam com normalidade esta decorrência da presença *online*. Tanto, que até esquecem que, de acordo com estritas normas europeias e nacionais, os dados pessoais são objeto de proteção rigorosa. Na verdade, em Portugal e na Europa, a recolha de dados pessoais e o respetivo tratamento supõe a observação de estritas normas legais.

Porém, noutras latitudes, tais normas não existem. E este vazio legal abre o caminho à recolha massiva de dados respeitantes a cada um dos cidadãos e ao respetivo tratamento estatístico. Com este tratamento estatístico, os possuidores dos dados logram conhecer muito bem os internautas, os seus hábitos e as suas rotinas, os seus gostos e as suas opções ou preferências. Este conhecimento, que

permite fornecer a cada internauta a informação que se supõe que lhe interessa, também permite aos operadores difundir a informação que lhes interessa oferecer. Esta nova forma de estudar e tratar a informação comercial (por via dos *big data*) tem uma enorme relevância em gestão empresarial. Conhecer as preferências e as opções de uma determinada população pode ser importante, para dirigir ações comerciais. Quem disponha de dados desta natureza pode melhor direcionar ações de publicidade ou de *marketing*. E o mesmo acontece com outro tipo de ações, por exemplo, políticas.

Porém, noutra vertente, o tratamento deste tipo de informação pode supor conhecer, ou revelar desproporcionadamente, dados pessoais confidenciais.

27. Esta recolha massiva de dados dos cidadãos e o respetivo tratamento, são suscetíveis de ferir direitos pessoais reconhecidos pela Constituição da República. Podem, portanto, colidir com os interesses, princípios e valores defendidos pela democracia e, em particular, aqueles que respeitam à privacidade dos cidadãos e à proteção dos cidadãos perante o Estado.

Na *era pós-Snowden* é um desafio à democracia estabelecer o equilíbrio entre a recolha daqueles dados que, com adequação e proporcionalidade possam vir a ser úteis à prossecução de fins públicos (por exemplo, à investigação criminal) e a recolha massiva e indiscriminada de dados pessoais, que cria condições para a violação de direitos fundamentais da democracia.

28. Em paralelo, é desafiante para a democracia o desenvolvimento das técnicas de encriptação. A encriptação é um processo que garante a confidencialidade, por exemplo, das comunicações. Permite, pois, que o acesso ao conteúdo de comunicações estabelecidas entre cidadãos, bem como a outro tipo de informação, fique vedado, seja a outros cidadãos, seja ao próprio Estado.

Numa perspetiva de salvaguarda dos direitos constitucionalmente garantidos, a encriptação é muito bem-vinda, uma vez que contribui para assegurar muitos dos direitos democraticamente consagrados, como por exemplo a privacidade ou o sigilo das telecomunicações. Noutras vertentes, porém, a encriptação é encarada como mais problemática.

Será o caso das vertentes da segurança pública ou da investigação criminal. Nestas áreas, a encriptação pode tornar-se numa ameaça, porque permite, por exemplo, o estabelecimento de comunicações entre criminosos, cujo conteúdo pode ficar inacessível às autoridades. De acordo com o *estado da arte* atual, é possível usar técnica, ou recursos técnicos modernos, para estabelecer comunicações encriptadas que não são suscetíveis de serem interceptadas ou decodificadas. Ou seja, é tecnicamente possível que criminosos estabeleçam comunicações entre eles, as quais estão a salvo da intervenção legítima das autoridades competentes – mesmo que esteja em causa a investigação do mais grave ou do mais hediondo dos crimes. Portanto, há áreas, potencialmente providenciadoras de prova de crimes, que estão fora do alcance das autoridades com competência para investigarem tais crimes.

29. Esta temática não é estritamente portuguesa. Pelo contrário, tem-se suscitado a nível global, o que tem espoletado a discussão quanto a eventuais soluções.

O tema está completamente em aberto, estando em discussão duas possibilidades antagónicas de soluções, segundo a perspetiva enquadradora que se adote: por um lado, pode entender-se que a encriptação é uma ferramenta ao serviço da democracia, garantindo que os cidadãos podem comunicar entre eles de forma livre e confidencial; por outro, pode, em alternativa, entender-se que, respeitando-se os interesses fundamentais, a encriptação deve ceder, podendo ser quebrada caso interesses públicos essenciais sejam postos em causa. Neste último caso, a solução poderia passar pela limitação da encriptação ou, pelo contrário, pela sua permissão, com a condição de fornecimento às autoridades públicas de chave de quebra dessa desencriptação.

Porém, qualquer das soluções pode constituir uma ameaça à democracia. Com efeito, por um lado, a exacerbação da encriptação, com a sua instituição em absoluto, limita de sobremaneira a capacidade de exercício da autoridade estadual. Por exemplo, limita muito a capacidade de investigação criminal. Porém, por outro, a limitação da encriptação pode, em regimes políticos mais impositivos ou autoritários, cercar ou limitar muito seriamente os direitos à liberdade de expressão ou opinião, bem como a privacidade dos cidadãos.

Breve agenda sobre o papel do direito e da justiça na gestão da globalização e proteção social

Brief agenda on the role of law and justice in the management of globalization and social protection

José Alcebiades de Oliveira Junior*

RESUMO: O presente texto, versando sobre gestão da globalização e proteção social, visa discutir de modo breve o papel institucional do direito e da justiça na administração de temas importantes como a globalização, o multiculturalismo e a luta de classes.

PALAVRAS-CHAVE: gestão da globalização; proteção social; multiculturalismo; lutas de classes.

ABSTRACT: The present text, on the management of globalization and social protection, aims to briefly discuss the institutional role of law and justice in the administration of important issues such as globalization, multiculturalism and class struggle.

KEYWORDS: globalization management; social protection; multiculturalism; class struggles.

* Professor titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Pesquisador 1D do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Coordenador do Grupo de Pesquisa “Direitos fundamentais e novos direitos” - CNPq.

1. Introdução

O tema em questão – e que tem por escopo principal colocar em pauta algumas das responsabilidades das instituições jurídico-políticas na era da globalização –, já foi tratado em boa parte no nosso livro de Sociologia do direito (2016), escrito conjuntamente com Leonardo da Rocha de Souza, em texto no qual procuramos desfilar alguns dos vários desafios enfrentados pela justiça na atual conjuntura, e dentre os quais enfatizamos reflexões sobre a globalização e o multiculturalismo. Não obstante, nesta breve agenda, gostaríamos de acrescentar outro desafio ligado a um tema clássico, porém ainda atual, que é o das “lutas de classes”, que parece não ter cedido o seu espaço intrincado de desejos e interesses, diante das novas instituições. Para realizar essa abordagem, reproduziremos inicialmente algumas considerações sobre as relações entre direito e democracia, para logo a seguir reprisar considerações sobre a globalização e o multiculturalismo, acrescentando como novidade àquele texto referido, o tema das lutas de classes, que aparece hoje claramente no enfrentamento entre os Estados-nação e as corporações multinacionais.

2. O pressuposto da democracia

Tal como escrevemos em nosso livro de Sociologia do direito (2016, p. 119-130), falar da importância do poder judiciário para a democracia, implica hoje na necessidade de uma superação do direito no paradigma positivista clássico, sendo preciso tratá-lo não apenas como um conjunto formal de normas, mas como um espectro que envolve fatos e valores de múltiplas facetas. Isto é, uma democracia formal não apenas de base meramente legal, mas de uma democracia substantiva, de resultados concretos em relação à realização da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de direito, o que coloca em questão o que Luis Esteban Delgado Del Rincón (2002) tratou em sua obra *Constitución, Poder judicial y responsabilidad*, mesmo que indiretamente, como *ativismo judicial*.

Assim, para se compreender o que estamos entendendo por “Estado democrático de direito” é preciso considerar a presença de “enunciados normativos

postos formalmente através de decisões políticas, formando um sistema que possui, em sua base ou em seu ápice, dependendo do ângulo, regras e princípios de caráter constitucional” (SOCIOLOGIA DO DIREITO, 2016, p. 120). E também como salientamos no livro referido, isso é complexo “porque as normas jurídicas são formadas não só por regras, mas também por princípios, normas abertas e amplas que, para serem plenamente aplicadas, requerem uma hermenêutica finalística, de otimização”. Com efeito, são normas que possibilitam reger não apenas o presente e a estrutura jurídico-política dos Estados, mas as metas futuras relativas aos direitos em geral e aos direitos fundamentais em particular, assumindo um caráter compromissório e programático. Por isso, emerge a importante questão da eficácia das constituições e de como obtê-la de modo legítimo e não apenas discricionário, na medida em que elas tratam de interesses os mais diversos.

Também como dito em nosso livro (SOCIOLOGIA DO DIREITO, 2016, p. 120), se temos duas normas constitucionais diferentes aplicáveis a um mesmo caso concreto, a pergunta que surge é qual delas deveria ter preferência? O que fazer, por exemplo, quando temos o direito constitucional à saúde de um lado (previsto no art. 196 da Constituição Federal) e, de outro, as regras relacionadas às limitações orçamentárias (previstas no art. 167 da Constituição Federal)? Quando percebemos que, em casos como esses, é a decisão do Poder Judiciário que tem maior peso na determinação final, percebemos sua importância e seu protagonismo para a manutenção da democracia de forma substancial, tal como também salienta o Professor Danilo Zolo (2010, p. 75).

Essa importância está relacionada com a legitimidade democrática (de origem, funcional e constitucional) do poder judiciário, como diria o professor Rincón (2002, p. 79 e ss.). O modelo de justiça burocrática que temos hoje tem influência francesa e remonta ao início do constitucionalismo. Esse modelo implantou um sistema em que os juízes, ao invés de serem eleitos, passam a formar um corpo de funcionários, profissionais do direito, como diria Max Weber, a quem se encomenda a função de aplicação da lei. A legitimidade democrática dos juízes, portanto, não está na sua forma de ingresso, pois estamos acostumados a relacionar a democracia com a

escolha de nossos representantes por meio do voto. Mas os juízes contam com outra legitimidade democrática, que está ancorada na função de aplicação da lei, chamada de legitimidade de exercício ou legitimidade funcional (RINCÓN, 2002, p. 80 e segs.), o que poderia nos conduzir a uma enorme discussão teórica, tal como aquela havida entre autores clássicos como Hans Kelsen, Herbert Hart, Ronald Dworkin e Robert Alexy, mas que transcendem nossos objetivos momentâneos.

Não obstante, caberia afirmar, como fizemos em nossa obra de 2016, que “há um interesse cada vez maior de elaboração de uma teoria do Direito desde o paradigma constitucional de Estado na modernidade, como, aliás, fazem Luigi Ferrajoli, Ronald Dworkin, Robert Alexy e Jürgen Habermas.” Enfim, a legitimidade de origem ou funcional também pode ser classificada como legitimidade constitucional, no sentido de que é a própria Constituição que em última instância legitima a origem dos juízes e o exercício de suas funções.

3. O desafio da globalização

Dando prosseguimento a esta breve agenda, trazemos para associar ao que escrevemos mais especificamente em nosso livro de Sociologia do direito (2016), o Professor Danilo Zolo, autor da obra “Globalização – um mapa dos problemas” (2005, 2006, 2010), por existir uma interessante proximidade com o que escrevemos com base em Ferrajoli (1997).

Assim, tomando-se inicialmente Ferrajoli (1997, p. 89-109), indiscutivelmente para que “os Poderes Judiciários desempenhem suas funções de garantidores da democracia e da dignidade humana, a globalização precisa ser vencida ou ultrapassada”. E como prossegue, se precisaria enfrentar algumas circunstâncias problemáticas: 1) uma crise da legalidade; 2) uma inadequação estrutural das formas do Estado de direito; 3) uma crise do Estado de direito ligada à crise do Estado de bem-estar social; 4) uma luta contra o cosmopolitismo subordinado.

Esses itens, em muitos dos seus aspectos, são também tratados por Danilo Zolo (2010, p. 70-86). Quando Ferrajoli (1997, p. 89-109) fala da crise da legalidade, sustenta

a presença de máfias que controlam os Estados-nação e colocam em crise seu aparato político-jurídico. Ora, Danilo Zolo (2010, p. 70-86) fala claramente que as “*laws firms*” (na maior parte sediadas no Ocidente, mas profundamente radicadas nos países em desenvolvimento) plasmam as novas formas de “*lex mercatoria*”, empenhando-se em uma permanente reelaboração do direito dos contratos e na introdução de modelos contratuais atípicos: “o franchising é um exemplo característico – com fins de favorecer a circulação e as trocas dos produtos e das suas marcas” (ZOLO, 2010, p. 70).

Por outro lado, segundo Ferrajoli (1997), a crise do Estado social em face das integrações regionais e a globalização – que colocam bem claramente a crise do direito e do Estado-nação em face da nova ordem –, estão trazendo perceptivelmente algumas alterações: a) um deslocamento dos lugares da soberania; b) uma alteração dos sistemas das fontes do direito; c) um enfraquecimento do constitucionalismo; d) enfim, avança, além de um direito comunitário, um direito do mercado, da produção, de ordem infra e supraconstitucional (direitos das favelas, arbitragem e mediação, por exemplo). Assim, como diz Danilo Zolo (2010, p. 70),

aos processos de globalização se acompanha uma gradual transformação não apenas das estruturas da política, mas também dos aparatos normativos, antes de tudo, do direito internacional. Afirma-se aquilo que foi chamado de ‘espaço jurídico global’”. Ao lado dos Estados e das tradicionais instituições internacionais, como as Nações Unidas, o FMI, o Banco Mundial, OMC, perfilam-se novos sujeitos do ordenamento jurídico internacional: as uniões regionais, in primis a Europa – as alianças político-militares como a OTAN, as cortes penais internacionais, as corporações multinacionais as organizações para a regulação financeira internacional, as ONGS, [etc].

Como se vê, muito do que diz Ferrajoli (1997) coincide com as pesquisas de Danilo Zolo e vice-versa. Os problemas, de fato, no âmbito da globalização, são comuns.

4. O desafio do multiculturalismo

O multiculturalismo na era da globalização é por excelência um desafio que se tem colocado na ponta das iniciativas de gestão do poder judiciário, que deve desempenhar seu papel de garantidor da democracia substancial ou dos direitos fundamentais. De outra parte, o multiculturalismo exige a quebra de paradigmas, visando o atendimento de pessoas excluídas e que integram grupos que se encontram fora do campo social hegemônico.

O tema do multiculturalismo está relacionado com a evolução histórica dos direitos e dos direitos humanos, evolução essa conectada com as transformações políticas, científicas (inovações tecnológicas), econômicas, morais e culturais. Seguindo Bobbio (1992), classicamente reconhecido como um precursor dessas progressões dos direitos – pois assinalou que das preocupações com os direitos civis e políticos passamos para as de cunho econômico e social –, estando presentes, hoje, interesses para com as dimensões culturais e identitárias das pessoas, cada vez mais se coloca em questão o que as aproxima e o que as diferencia, isto é o pertencimento a distintos grupos.

Como dissemos em nosso livro *Sociologia do direito* (2016, p. 126; SEMPRINI, 1999, p. 81-90; BAUMAN, 2010, p. 33-50) essa realidade influencia de duas formas o papel do juiz: (1) todas as questões multiculturais não podem ser compreendidas e analisadas fora das denominadas “redes de interdependência”, que emprestam sentido histórico à sua ação e que estão além das pessoas. Como dissemos na obra em referência, as ações das pessoas não podem ser compreendidas fora dos contextos e processos sócio-históricos (feudalismo, escravismo, capitalismo, positivismo, etc.), e, portanto, não se pode falar do papel do juiz fora de uma determinada cultura; (2) nesse âmbito, há que se enfrentar sérias opacidades e obscuridades sobre esse assunto. As dominações não aparecem de forma explícita.

Na verdade, como também dissemos no texto de *Sociologia do direito* (2016, p. 126-127), “o jogo das identidades e das identificações, por ser bastante fluído, dificulta em muito as tomadas de decisão”. Há que se superar o predomínio da cultura jurídica

“normativista e tecno-burocrática”, com pilares formalistas bem assentados dentre os quais os seguintes: apesar do avanço do constitucionalismo, o sistema jurídico atual aponta para prioridades do direito civil e penal, se apresenta como uma cultura generalista da lei e de quem tem competência para a solução de conflitos. Isso gera uma desresponsabilização sistêmica, isto é, como se o direito fosse autônomo em face aos demais poderes, não se envolvendo com os privilégios do poder e com as forças do mercado. A reflexão dos juristas caminha em direção a um alargamento paradigmático (de horizontes) e a um respeito ao pluralismo cultural. Para isso, é necessário um aumento de compreensão de que o fenômeno constitucional pós-segunda guerra expressa essa pluralidade.

Enfim, para superarem-se as visões isolacionistas, necessário se faz passar de uma epistemologia monocultural para uma multicultural, isto é, de uma visão de que a realidade é apenas uma questão de precisão de representação, para uma visão de que o conhecimento depende das funções intelectuais e cognitivas – os fatores culturais e simbólicos da vida coletiva devem ser valorizados. Só assim, a atuação do juiz poderá se adequar a uma epistemologia multicultural (SOCIOLOGIA DO DIREITO, 2016, p. 128; SEMPRINI, 1999, p. 81-90).

5. Lutas de classes hoje

Neste momento, gostaríamos de manifestarmo-nos especialmente sobre um assunto que transpassa o direito e a democracia na era da globalização e que diz com a permanência do que Marx e Engels denominaram como “luta de classes”, conceito estudado de modo muito cuidadoso e profundo em suas diversas configurações, pelo professor italiano Domenico Losurdo (2015).

Inspirados por esse autor e considerando algumas de suas muitas reflexões, entendemos de levantar alguns desafios para futuros estudos e que são os seguintes: segundo o Professor Losurdo (2015, p. 11-17), duas linhas de investigação a partir de dois grandes autores do Século XX, Ralf Dahrendorf e Jürgen Habermas, são interessantes de serem estudadas, pela sua riqueza interpretativa e que agora trazemos

ao leitor. Quanto a Dahrendorf (LOSURDO, 2015, p. 11-13) pode-se dizer que o mesmo defendeu que “o mais importante para o combate da desigualdade no capitalismo não seria combater a propriedade, mas sim o investimento no ensino”. A propriedade havia perdido, segundo esse autor, “sua real importância, para ser substituída pelo mérito do ensino. A posição social de um indivíduo dependeria agora das metas escolares que ele consegue alcançar”. Pois bem, muito embora se trate de uma tese interessante, é profundamente polêmica. Em termos de Brasil, então, não restaria nenhuma dúvida, dada as dificuldades de se desenvolver em nosso país um sistema geral aberto a todos e com suficiente eficiência, o que pelo menos nos coloca diante da necessidade de se realizar sérios estudos.

Por outro lado, Habermas, na esteira de Dahrendorf, muito embora tenha sua origem na esquerda radical e na crítica ao capitalismo advindo da Escola de Frankfurt, com o passar do tempo, segundo nossa leitura, cada vez mais se especializou acerca das condições e possibilidades de existência e permanência do capitalismo, na direção do combate de suas desigualdades, e sobretudo na maneira de como pensar as instituições diante dessas forças econômicas que mesmo que nascidas no seio de uma ideologia puramente liberal, poderiam se instrumentos sociais competentes, tanto é assim, que esse autor se transformou num dos ‘pais’ da denominada democracia participativo-deliberativa (...)

Mas o fundamental trazido por Losurdo (2015, p. 13-14) sobre Habermas diz com a crença do Professor da Escola de Frankfurt que “para confutar Marx e sua teoria do conflito e da luta de classes, havia uma realidade sob os olhos de todos: *a pacificação do conflito de classes por parte do Estado social, que nos países ocidentais havia se desenvolvido desde 1945, por meio do reformismo fundado sobre as ferramentas da política econômica keynesiana*”. Mas a grande pergunta de Losurdo (2015, p. 13-15) diante da afirmação de Habermas foi, segundo nosso ponto vista, se esse discurso possuiria uma validade universal? Como afirmou Losurdo (2015), “Talvez pudesse valer para a Europa Ocidental, mas já teria problemas nos Estados Unidos, onde o Estado social nunca teve grande fortuna” (e diríamos que está piorando com o atual governo). E acrescentaríamos ao raciocínio do Professor Losurdo, se ele valeria também de modo

irrestrito a outros continentes, considerados menos desenvolvidos ou periféricos, ou mesmo com outras ideologias diferenciadas do liberalismo, a exemplo da Bolívia, da Venezuela, do Brasil?

Diante desse quadro, a grande pergunta que o autor se faz e nós gostaríamos de fazer em relação ao Brasil é a de se “o advento do ‘Welfare State’ teria sido uma consequência inevitável de uma tendência intrínseca ao capitalismo ou teria sido o resultado de uma mobilização política e social das classes subalternas, de uma luta de classes, enfim”? (LOSURDO, 2015, p. 13). De toda a sorte, o Estado social no Brasil, muito embora a Constituição Federal social de 1988, é ainda uma incógnita.

6. Considerações finais

Enfim, levantamos muitas questões e apresentamos tão somente alguns comentários que entendemos significativos sobre os problemas da globalização, do multiculturalismo e das lutas de classes, com base em bibliografia pertinente. Certamente deixamos mais situações em aberto do que definitivamente explicadas e compreendidas. Por isso que desde o título assinalamos que nos preocuparíamos fundamentalmente em escrever sobre uma possível agenda para a gestão da globalização social e proteção social, o que acreditamos que neste breve texto tenhamos conseguido realizar, enquanto síntese de nossa intervenção no painel sobre gestão da globalização e proteção social. Era o que tínhamos a dizer nesse instante. Contudo, não gostaríamos de encerrar sem antes agradecer a Universidade do Minho, na pessoa da Professora Alessandra Silveira, e ao CONPEDI, por mais esta oportunidade acadêmica.

Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. Problemas da teoria do discurso. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (org). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Editora Livraria Advogado, 1997, p. 13-29.

- ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más outra forma de pensar el derecho*. Madri: Editorial Pasos Perdidos, 2013.
- BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Renovar, 2006.
- BASTOS, Aurélio Wander. *Teoria e sociologia do direito*. 5.^a ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2012.
- BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a Sociologia*. Trad. Alexandre Werneck. Rio de Janeiro:Zahar Ed. 2010, p. 33-50
- BELLOSO MARTÍN, Nuria; SANTAMARÍA IBEAS, J. Javier. *Materiales para prácticas de teoría del derecho*. Madrid: Dickinson, 1997.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CALSAMIGLIA, Albert. Ensayo sobre Dworkin (Prólogo a la edición en español). In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Trad. Candice Premaor Gullo; revisão da trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- FARIAS, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. (Trad. Eduardo Maia Costa). In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (org). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997, p. 89-109.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volumes I e II, 2.ed.; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5.ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne. In: *Recuel des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, tomo 251: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1976.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- LEAL, Rogério Gesta. “Habermas, Jürgen” (verbete). In: BARRETTO, Vicente de Paulo

- (coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo/Rio de Janeiro: Editora Unisinos/Renovar, 2006, p. 403-408.
- LOSURDO, Domenico. *A luta de classes, uma história política e filosófica*. Trad. Silvia Bernardinis. SP: Boitempo, 2015.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direito na pós-modernidade e a teoria de Eric Jayme. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. (Org.). *Faces do multiculturalismo: teoria – política - direito*. Santo Ângelo: EDIURI, 2007, v. 1, p. 21-36.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades; SOUZA, Leonardo da Rocha. *Sociologia do direito*. Desafios contemporâneos. POA: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Boaventura de Souza Santos e o papel do direito na globalização. *Direitos Culturais*, v. 2, p. 73-80, 2007.
- _____. Multiculturalismo (verbetes). In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULETTON, Alfredo (Org.). *Dicionário de filosofia política*. São Leopoldo, RS: Ed. UNISINOS, 2010, p. 362-366.
- _____. O juiz e o multiculturalismo: alguns pressupostos para pensar e agir. *Multijuris*, v. 5, p. 29-35, 2010.
- _____. Reflexões sobre responsabilidade política e sociocultural dos magistrados. *Revista do Direito* (Santa Cruz do Sul. Online), v. 33, p. 68-82, 2010.
- _____. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. *Costituzionalismo.it* (Roma), v. 2, 2009, disponível em <http://www.costituzionalismo.it/pdf/?pdfId=323>, acesso em 24/01/2016.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; LEAL JUNIOR, Cândido A. O Direito na guerra entre culturas - tratamento judicial de conflitos entre grupos indígenas e agentes públicos. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *Direitos fundamentais e contemporâneos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 03-32.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; MOREIRA, Pedro S. Multiculturalismo, desacordo e interpretação constitucional. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTIN, Nuria Belloso. (Org.). *Hermenêutica, justiça constitucional e direitos fundamentais - Homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Curitiba e Lisboa: Editora Juruá, 2016, p. 193-212.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Multiculturalismo e meio ambiente: uma proposta de inclusão do Outro a partir da teoria do discurso de Habermas. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CERVI, Jacson Roberto (Org.).

- Multiculturalismo, tecnología y medio ambiente*. Sevilla, Espanha: Punto Rojo, 2015, p. 47-73.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; WIENKE, Felipe Franz. A emergência do paradigma multicultural sob a ótica do Supremo Tribunal Federal. *Direitos culturais* (Online), v. 10, p. 79-97, 2015.
- OLIVEIRA, Pêrsio Santos de. *Introdução à sociologia*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Ática, 2004.
- OREA, Domingo Gómez. *Evaluación ambiental estratégica*. Un instrumento para integrar el medio ambiente en la elaboración de planes y programas. Madrid: Edición Mundi-Prensa, 2007.
- RINCÓN, Luis Esteban Delgado Del. *Constitución, poder judicial y responsabilidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: UNISINOS, 1998.
- SAN MARTÍN SEGURA, David; SUSÍN BETRÁN, Raúl (coords.). *Derecho y política em la sociedade del riesgo*: 8 propostas de cine. Logroño, Espanha: Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. El uso contra-hegemônico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo. In: *Anales de la Catedra Francisco Suárez*, n. 39, Granada, p. 347-400, 2005.
- _____. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.
- _____. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 7, n.º 13, jan/jun 2005, p. 82-109.
- SEMPRINI, Andrea. *Multiculturalismo*. Trad. Laureano Pelegrin. Bauru, SP: EDUSC, 1999.
- WARAT, Luis Alberto. *Em nome do acordo*. Buenos Aires: ALMED, 1998.
- ZOLO, Danilo. *Globalización - Un mapa de los problemas*. Trad. Miguel Montes. Bilbao: Ediciones Mensajero, 2005, 2006.
- _____. *Globalização - Um mapa dos problemas*. Trad. Anderson Vichinskeski Teixeira. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

Parte II

Multiculturalidade e cidadania num contexto de jusfundamentalidade múltipla

Ana Torres Rego*

RESUMO: Num plano de governação supranacional no âmbito do qual confluem diversas matrizes constitucionais de distintos Estados-Membros, a presente exposição visa sistematizar a relação existente entre o estatuto jurídico de cidadão europeu, o princípio da autonomia institucional dos Estados-Membros e o bloco de jusfundamentalidade operante neste espaço de multiculturalidade. Nestes termos, na esteira do paradigma da interconstitucionalidade, o texto trará à colação o papel da principiologia modelar da União Europeia no aprofundamento da efetividade da tutela dos direitos do cidadão europeu. Corolário da cooperação leal que se impõe à União e Estados-Membros, pretende-se enaltecer a essencialidade do diálogo entre diversas fontes normativas e órgãos jurisdicionais sitos em diferentes níveis na construção de uma cidadania de direitos, bem como, na garantia de aplicação do modelo europeu de proteção de direitos fundamentais, assegurado pelo caráter vinculativo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

PLAVRAS-CHAVE: multiculturalidade; cidadania europeia; direitos fundamentais; prestações sociais.

ABSTRACT: In a supranational governance plan, in the scope of which the various constitutional bases of the different Member States meet each other, this work aims to systematize the relationship between the legal status of European citizen, the Member States' autonomy and the standard of protection of fundamental rights functioning on these setting of multiculturalism. In these terms, in the wake of the interconstitutional paradigm, the text developed will raise the role of the shaping principles of the European Union, in the deepening of effectiveness protection of the European citizen. Due to loyal cooperation that is required, we aim to praise the essentiality of the dialogue between several normative sources located in different levels, on the construction of a citizenship of rights, as well as, in the assurance of application of the European model of protection of fundamental rights, while guarantee for the binding nature of the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

KEYWORDS: multiculturalism; European citizenship; fundamental rights; social benefits.

* Advogada e Mestranda em Direito da União Europeia na Universidade do Minho.

1. Considerações introdutórias

O diálogo entre diferentes culturas, tradições filosóficas, jurídicas e políticas, *máxime* entre diferentes constituições, enquanto espelho e alma de cada Estado, consubstancia-se no substrato sedimentar da União Europeia. Conceptualizado e alicerçado nos valores da liberdade, democracia e Estado de direito, comuns a todos os Estados-Membros, o espaço geopolítico europeu encerra no seu núcleo referencial as singularidades e peculiaridades inerentes a cada um dos seus 28 Estados.

Reflexamente, o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), bastião da justiça europeia na prossecução da tutela jurisdicional efetiva pelos Estados-Membros nos domínios abrangidos pelo direito da União, apresenta um regime linguístico composto pelas 28 línguas oficiais¹. Neste cenário, comete-lhe, perentoriamente, a obrigatoriedade de comunicação com as partes processuais e reprodução jurisprudencial no idioma do Estado-Membro que suscite a sua intervenção². Espelho de uma União de diversidade, tais características conferem-lhe uma posição ímpar e fascinante no cenário comparado.

Este novo paradigma de governação caracterizado pela inclusão, pluralidade e superação das assimetrias inerentes a cada membro, conflui numa complexa e desafiante realidade, a qual obriga a cedências em prol do conjunto e à aceitação e tolerância a favor da diferença.

Respetivamente, o funcionamento deste *sui generis* arquétipo governamental encontra sua *ratio* na articulação dos diversos textos constitucionais, tal como doutrinamente percecionado à luz da teoria da interconstitucionalidade³ operante

¹ Cfr. K. P. E. Lasok, *Lasok's European Court Practice and Procedure* (United Kingdom: Bloomsbury Publishing Plc, 2017), 145: “In *references for a preliminary ruling*, the language of the case is always ‘the language of the referring court or tribunal’. Nonetheless, that does no more than provide a rule for selecting which of the languages used in proceedings before the court is the language of the case”.

² Cfr. Lasok, *Lasok's European*, 147: “In all proceedings, all written and oral submissions, including the documents annexed thereto, must be expressed in the language of the case, which is also used when drawing up the minutes and decisions of the Court. In particular, the authentic version of the judgment in a case or an order made in a case is the version expressed in the language of the case, other language versions being translations”.

³ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional* (Coimbra: Almedina, 2012).

no panorama supranacional, assente nos princípios de solidariedade e cooperação com vista à prossecução de objetivos comuns.

Nestes moldes, priorizando-se a unificação da diversidade ao invés de uma uniformização forçada – tal como decorre dos tratados constitutivos⁴–, ao serviço do sucesso do projeto europeu impõe-se o respeito pela identidade⁵ constitucional dos Estados-Membros, em estrita interdependência com a efetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Face ao exposto, num primeiro momento trataremos da indissociável conexão entre o modelo de proteção dos direitos fundamentais na União Europeia e a génese do instituto da cidadania europeia, enquanto o mais íntimo reflexo dos ensejos de aprofundamento do projeto integrador. Sequencialmente, traremos à colação a tríade princípio da autonomia dos Estados-Membros, princípio do primado do direito da União e princípio da atribuição de competências da União, enaltecendo a relevância da interação do TJUE com os tribunais nacionais na densificação de uma “cidadania de direitos”, bem como, na respetiva convergência daquela num modelo de jusfundamentalidade europeia.

2. Cidadania europeia: o expoente máximo da identidade da integração

De regresso aos primórdios, não é contudo fácil ou óbvio a identificação do elemento aglutinador dos diferentes povos europeus convergentes no projeto de integração tal como hodiernamente conhecido. A multiculturalidade, enquanto elemento integrante da União dos dias de hoje, concretiza e reflete aquilo que esteve no cerne da sua origem, a ideia de uma civilização capaz de encetar em si mesma uma multiplicidade de tradições culturais⁶.

⁴ Cfr. art. 3.º n.º 3 e art. 4.º n.º 2 do Tratado da União Europeia (TUE).

⁵ Neste sentido, para mais desenvolvimentos sobre a evolução da garantia de respeito da identidade constitucional dos Estados-Membros, cfr. Sophie Perez Fernandez, “O Tribunal de Justiça e o respeito pela identidade (constitucional) nacional dos Estados-Membros”, in *Anuário Publicista da EDUM – Tomo II* (Braga: Departamento de Ciências Jurídico-Públicas, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2013) <https://www.direito.uminho.pt/pt/Publicacoes/Paginas/Ebooks.aspx>.

⁶ Neste sentido, para mais desenvolvimentos sobre a contextualização histórica da União Europeia,

A ideia matriz deste projeto excêntrico e visionário resultou da afirmação da necessidade da convergência de esforços comuns na criação de um espaço de união, solidariedade e cooperação face ao flagelo do lastro de destruição provocado pelas duas grandes guerras.

Nestes termos, urgindo como prioridade a reconstrução de um continente devastado, em consonância com a necessidade de um plano apto à manutenção da paz a longo prazo, o Tratado de Roma, fundador da Comunidade Económica Europeia, comportava, a título principal e exclusivo, os desígnios de uma integração fundamentada na expansão e crescimento económico. Refletindo a historicamente imutável relação de interdependência entre a prosperidade económica, a cooperação efetiva entre os Estados e a manutenção da paz, a unificação política plasmada no Tratado de Roma assentava na criação de um mercado comum fundado nas quatro liberdades fundamentais: livre circulação de pessoas, de mercadorias, de serviços e de capitais.

No entanto, nesta perspetiva de livre circulação baseada na retórica economicista, apenas era tido em linha de consideração o ser humano enquanto motor geracional de riqueza. Deste modo, a mobilidade adstrita ao mercado era exclusivamente relegada ao homem enquanto agente economicamente rentável, consubstanciando-se num direito unicamente reservado àqueles que pretendessem trabalhar noutro Estado-Membro.

Apesar dos avanços jurisprudenciais e normativos trilhados no decurso do lapso temporal até então, foi apenas em 1992, com o surgimento da União Europeia via Tratado de Maastricht, que se reverteu o paradigma económico fundador das Comunidades com a respetiva criação do instituto da cidadania europeia. O cidadão do Estado-Membro aderente ao projeto passou, ele próprio, a estar na mira de preocupações políticas e sociais das instituições supranacionais, adquirindo um novo estatuto que lhe atribui direitos e liberdades.

cfr. João Mota de Campos, João Luiz Mota de Campos, *Manual de direito europeu. O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia* (Coimbra: Coimbra Editora 2010), 29-59; Miguel Gorjão Henriques, *Direito da União – história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência* (Coimbra: Almedina, 2014), 15-135. Vasco Graça Moura, *A identidade cultural europeia* (Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2013).

A transposição do conceito de cidadania para um arquétipo supranacional consubstanciou-se na extrapolação da respetiva associação conceptual apenas e só à tradicional visão do Estado soberano, tal como percecionado pela leitura do acórdão *Rottmann*⁷. Extravasa-se a relação de efetividade vertical por exclusiva com o Estado soberano, em ordem à individualização de uma tutela que passa a girar em torno do próprio ser humano enquanto ser social e civilizacional, sujeito à atribuição de direitos e imposição de deveres.

Com efeito, a cidadania europeia, enquanto “direito a ter direitos” no contexto da União, não esgota ou substitui a cidadania nacional. Pelo contrário, acresce-lhe, pois, o nacional de um Estado-Membro integrado no projeto europeu é, a partir dessa mesma integração, também cidadão de uma espécie de aliança de Estados.

Neste sentido, intrínseco ao instituto da cidadania – apreendida à luz de uma multiplicidade de nacionalidades e não apenas de uma, o que obriga a uma abstração do respetivo significado a nível interno –, encontra-se o princípio da igualdade e da não discriminação em razão da nacionalidade⁸.

Nestes termos, no caráter envolvente da cidadania está latente a pacífica aceitação das singularidades que compõe a multiplicidade de nacionalidades abarcadas pela União, consubstanciando-se o seu núcleo na proteção eficaz e equitativa de direitos fundamentais⁹. Este estatuto, ao permitir de *per si* a invocação dos direitos fundamentais, é dotado de um caráter inclusivo, que o torna apto a proliferar um

⁷ Acórdão de 2 de março de 2010, *Rottmann*, processo n.º C-135/08, EU:C:2010:104, considerando 56: “Por conseguinte, dada a importância que o direito primário atribui ao estatuto de cidadão da União, há que ter em conta, no exame duma decisão de revogação da naturalização, as eventuais consequências que essa decisão implica para o interessado e, eventualmente, para os membros da sua família, no que respeita à perda dos direitos de que goza qualquer cidadão da União”. Para mais desenvolvimentos, cfr. comentário de Alessandra Silveira, segundo a qual a decisão constante deste acórdão “reequaciona a extensão do poder discricionário de que os Estados-Membros dispõem para determinar quem são os seus nacionais”, “Cidadania europeia e direitos fundamentais”, in *Direito da União Europeia - Elementos de direito e políticas da União*, coords. Alessandra Silveira, Mariana Canotilho, Pedro Madeira Froufe, (Coimbra: Almedina 2016), 17.

⁸ Cfr. art. 9.º do TUE e art. 20.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

⁹ Alessandra Silveira, “Cidadania europeia e direitos fundamentais”, in Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe (coords.), *Direito da União Europeia – Elementos de direito e políticas da União* (Coimbra: Almedina, 2016), 18-72.

sentimento de pertença a uma determinada comunidade – aquela da União Europeia.

Nesta matéria releva o carácter vinculativo atribuído à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE). Desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa se salvaguarda, no âmbito deste dinâmico processo integrador, a efetividade de um quadro de direitos-base caracterizado pelo respeito obrigatório que lhe é devido por parte de todos os atuais e futuros Estados-Membros. Com tais garantias, ressalva-se a montante a democraticidade deste espaço que é de todos, bem como o controlo efetivo de uma situação de igualdade jurídica dos nacionais dos distintos Estados-Membros.

A CDFUE, enquanto expressão dos princípios democráticos e de Estado de direito, alicerces da construção europeia, reafirma “os direitos que decorrem, nomeadamente, das tradições constitucionais e das obrigações internacionais comuns aos Estados-Membros, do Tratado da União Europeia e dos Tratados comunitários, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, das Cartas Sociais aprovadas pela Comunidade e pelo Conselho da Europa, bem como da jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”¹⁰.

A efetividade e universalidade de aplicação deste catálogo de direitos em todo o espaço por ele abarcado decorre do entrecruzamento da riqueza de fontes que lhe serviu de suporte de criação.

No entanto, não tendo sido atribuída qualquer competência exclusiva à União neste domínio, importa perceber que, em sede de salvaguarda e garantia de direitos fundamentais, convivem as diversas tutelas derivadas de fontes internacionais, da *jusfundamentalidade* europeia e dos múltiplos padrões internos consagrados pelos diferentes Estados-Membros, todas com âmbito de aplicação válido neste contexto. Distanciando-se também nesta vertente de qualquer outro modelo federativo – e sem prejuízo de que a Carta contemple a expressão de um conjunto nuclear abrangente, derivado da reunião de fontes que lhe subjazem – não vigora na União Europeia, em termos gerais e abstratos, um único modelo de proteção de direitos fundamentais.

¹⁰ Tal como expresso no 5.º parágrafo do preâmbulo da CDFUE.

Alicerçada na dignidade da pessoa humana, a CDFUE assegura a sua tutela jusfundamental vinculada à exigência de respeito pela identidade constitucional dos Estados-Membros – a qual, em articulação com a garantia conferida pela consagração da aplicação do “nível de proteção mais elevado”¹¹, pode conduzir à preterição da sua aplicação, caso os Estados-Membros disponham de normas internas consideradas mais protetoras do titular do direito fundamental em causa.

Quanto à aquisição deste estatuto, recorrendo à jurisprudência vinculativa do TJUE, designadamente ao acórdão proferido no caso *Zambrano*¹², é defensável a aceção da cidadania europeia enquanto elo de ligação bastante e suficiente para que um nacional de um Estado-Membro, independentemente do efetivo exercício das liberdades de circulação de que dispõe, beneficie da tutela garantida pelo “bloco de jusfundamentalidade” instituído pela CDFUE, ultrapassando-se definitivamente as conceções economicistas passadas.

Em termos pragmáticos e não taxativos, ser cidadão europeu traduz-se nas prerrogativas de livre circulação, de livre residência e de livre prestação de trabalho em todo o espaço geográfico da União, bem como na confiança do gozo de idêntico tratamento de que seria alvo caso continuasse no seu Estado-Membro originário, a par das faculdades conferidas no seio da intervenção na vida política da União.

Neste quadro, pelo seu incomensurável relevo na formação de uma verdadeira identidade europeia, paralelamente à respetiva inscrição no direito originário da União, a cidadania encontra menção expressa no Título V da mencionada CDFUE.

3. O TJUE e a efetividade da tutela dos direitos dos cidadãos europeus

Nesta nova e ampla conjectura criada pela supressão das fronteiras existentes entre Estados soberanos, evidencia-se a beleza existente na originalidade e cosmopolitismo resilientes a uma total uniformização, enquanto peculiaridades características da identidade constitucional de cada Estado-Membro.

¹¹ Cfr. art. 53.º da CDFUE.

¹² Acórdão do TJUE de 8 de março de 2011, *Zambrano*, Processo C-34/09, EU:C:2011:124.

Em conformidade, neste novo modelo político são estabelecidos mínimos denominadores comuns para todos os países, encontrando-se subjacente ao seu funcionamento a imperativa articulação das diferentes constituições nacionais vigentes nos distintos Estados-Membros. O funcionamento deste *sui generis* sistema composto é doutrinalmente conceptualizado sob a forma de “constituições em rede”, na expressão de Gomes Canotilho.

Neste sentido, estatui o artigo 22.º da CDFUE a garantia de respeito assegurada pela União em sede de “diversidade cultural, religiosa e linguística” no seio do conjunto, enquanto direito fundamental expresso e consolidado¹³.

Composta por uma miscelânea cultural, a qual se traduz numa Europa a várias velocidades, com distintos perfis de contextualização e variadíssimos desafios internos, a excentricidade da multiplicidade consubstancia-se num princípio bussolar norteador deste não estanque e dinâmico-progressivo processo construtivo. Tal conceção, ainda que não formalmente expressa, é corolário da inscrição trazida com Maastricht, nos termos da qual a União “respeitará as identidades nacionais dos Estados-Membros”¹⁴.

Desta forma, pressupõe-se uma articulação entre a autonomia processual e substantiva a favor dos respetivos Estados, por um lado, com as obrigações decorrentes da cooperação e cumulativa primazia de aplicabilidade das disposições europeias, por outro¹⁵.

Paralelamente, o alcance dos atuais artigos 2.º e 3.º do TUE é ainda mais audaz e ambicioso. Naqueles, a União compromete-se a assegurar “os direitos das pessoas pertencentes a minorias”, o combate à “exclusão social e às discriminações”, a par da afirmação da manutenção da “riqueza da diversidade cultural” e da incrementação da “solidariedade e do respeito mútuo entre os povos”.

¹³ Neste sentido, cfr. Patrícia Jerónimo, “[Comentário ao] Artigo 22.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: diversidade cultural, religiosa e linguística”, in Alessandra Silveira e Mariana Canotilho (coords.), *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada* (Coimbra: Almedina, 2013).

¹⁴ Expressão constante do teor do art. 4.º n.º 2 do TUE.

¹⁵ Cfr. art. 4.º n.º 3 do TUE.

No entanto, num sentido diametralmente oposto ao que seria expectável com uma norma deste calibre, no que concerne à estrita tutela da diversidade, resvalamos no carácter redutor deste preceito. Se, por um lado, é demasiado aberto e inconclusivo, carecendo de uma concretização que auxilie a sua efetiva aplicação, em matéria de respeito e salvaguarda das minorias, tal cláusula de pouco ou nada surte efeito prático. A omissão de atribuição expressa pelos tratados de competências à União neste domínio aponta exatamente no sentido da inocuidade prática do estatuído. Pelo que se antevê a sujeição das minorias à livre e total discricionariedade do ordenamento em que se encontrem.

Resvalamos na conflitualidade operante entre distintos padrões de proteção de direitos fundamentais, designadamente na esfera nacional, europeia e internacional. Significa que na tutela de um mesmo direito podem concorrer distintos níveis de proteção, importando contextualizar a sua defesa no cenário em que é suscitado.

No campo de defesa destes direitos, em concordância com o estatuído pelo princípio da atribuição plasmado no artigo 7.º do TFUE, impõe-se deslindar se uma concreta situação se integra no âmbito de aplicação do direito da União Europeia – que é aferido a partir das suas competências, tal como definidas nos tratados. Em consonância, se uma situação concreta recai no âmbito de aplicação do direito da União, o padrão de jusfundamentalidade aplicável será o da União Europeia – que secundariza qualquer instrumento de natureza constitucional interna, sendo dotado de plena aplicabilidade prática neste contexto.

Impõe-se a verificação de um verdadeiro nexo entre a situação convocada e a competência da União Europeia no respetivo domínio, por forma a dar efetividade prática ao direito da União no seio das jurisdições nacionais. Ora, neste domínio, mostra-se relevantíssimo o papel vinculativo e propulsor do TJUE na construção da cidadania europeia e na respetiva tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos da União.

Assim, nas vestes de intérprete máximo dos tratados – e fazendo jus ao espírito de “diálogo juiz a juiz” que é próprio ao processo de reenvio prejudicial¹⁶ –, o Tribunal

¹⁶ Cfr. art. 267.º do TFUE.

de Justiça esclarece o conteúdo e alcance das disposições europeias a pedido dos tribunais nacionais, à medida que, casuisticamente, dúvidas sejam suscitadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais no decurso das suas respetivas tomadas de decisão. Ao abrigo deste mecanismo contencioso, os direitos dos particulares são acautelados pela respetiva dimensão subjetiva do instituto de reenvio prejudicial.

É este entrecruzamento e diálogo que diligencia no sentido da absorção da essência das disposições europeias pelos ordenamentos internos, obrigando à conformidade valorativa das normas constitucionais internas com as disposições europeias. O resultado jurisprudencial emanado tem vindo a consolidar o poder construtivo da cidadania europeia, ao longo da evolução do projeto político europeu.

No entanto, se o trilho discursivo-vinculativo do Tribunal de Justiça tinha vindo a aumentar a elasticidade do conceito de cidadania, em 2014, em pleno contexto de crise, o acórdão *Dano*¹⁷ levantou fortes indícios da ingerência de considerações económicas em matéria de direitos associados ao estatuto conferido pela cidadania europeia, dando início a uma forte mudança paradigmática no que concerne à solidariedade social.

Num plano de crises económicas e sociais, o conteúdo das decisões proferidas pelo TJUE tem vindo a revelar a sua especial permeabilidade às específicas variantes económico-financeiras que se fazem sentir no ordenamento interno dos Estados-Membros, designadamente pela reflexão dos constrangimentos daí resultantes em matéria de defesa dos direitos dos particulares¹⁸.

Ora, na transição de uma cidadania de mercado para uma cidadania social, as acentuadas diferenças entre os sistemas de segurança social dos diferentes Estados trouxeram à colação a problemática da concessão de prestações sociais a cidadãos da União dinâmicos (porque circulam pelos Estados-Membros da União) mas economicamente inativos.

¹⁷ Acórdão do TJUE, de 11 de novembro de 2014, *Dano*, Processo C-333/13, EU:C:2014:2358.

¹⁸ Neste sentido, cfr. Alessandra Silveira e Sophie Perez Fernandez, “Justiça em tempos de crise – o papel dos tribunais europeus enquanto garante da democracia”, UNIO - *EU Law Journal*, n.º 0 (July, 2014), http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Alessandra%20Silveira_Sophie%20Fernandes_pt.pdf

Neste sentido, movendo-se a questão prejudicial do processo *Dano* no quadro de uma (suposta) incompatibilidade entre as disposições de uma diretiva sobre livre circulação dos cidadãos da União e membros de sua família (por um lado), e de um regulamento relativo à coordenação dos sistemas de segurança social (por outro), um tribunal alemão reenvia para o Tribunal de Justiça, zelando pelo cumprimento e boa aplicação de princípios de interpretação conforme e primado da aplicabilidade do direito da União. Tendo o Estado-Membro deixado de ser quadrante referencial exclusivo de preceitos constitucionais, as decisões nacionais devem estar conformes aos valores supra estatuídos¹⁹.

Do espectro de proteção alcançado com a jurisprudência *Rottman e Zambrano*, é com alguma inquietação que analisamos a decisão do TJUE no processo *Dano* – relativa à obrigatoriedade (ou não) de prestações sociais a cidadãos da União economicamente inativos que se deslocam para outro Estado-Membro com o intuito de nele residir –, enquanto um retrocesso na densificação da conceptualização da cidadania. A partir da interpretação feita em *Dano*, os Estados-Membros podem, lícita e fundamentadamente, diligenciar pela recusa da concessão de prestações sociais a cidadãos da União economicamente inativos, cujo exercício de liberdade de circulação tem como único intuito a obtenção de apoio social do Estado-Membro de acolhimento, apesar da falta de disposição de recursos suficientes para invocação do direito de residência.

4. A jurisprudência *Dano* sobre “turismo social” e suas implicações na cidadania europeia

Numa breve contextualização da questão prejudicial, foi submetido ao Tribunal Social de Leipzig (Alemanha) um litígio que opõe dois cidadãos romenos, E. Dano e o seu filho Florin, ao Jobcenter Leipzig – entidade que recusou a concessão de prestações do seguro de base, designadamente, a concessão de uma prestação

¹⁹ Neste sentido, cfr. Alessandra Silveira, *Princípios de direito da União Europeia – doutrina e jurisprudência* (Lisboa: Quid Iuris, 2011).

de subsistência, do subsídio social e a participação de despesas de alojamento e aquecimento. No entanto, apesar de a candidatura às prestações do seguro de base serem unicamente reservadas aos candidatos a emprego, resulta expressamente dos autos que E. Dano não entrou em território alemão com o intuito de procurar emprego, não sendo sequer portadora de quaisquer qualificações profissionais e não tendo exercido, até à data, nenhuma profissão na Alemanha nem na Roménia. E. Dano e o filho residiam, desde novembro de 2010, na Alemanha, em casa de uma irmã da primeira, a qual providenciava pela sua alimentação. Acresce ainda que E. Dano beneficiava de apoios, nomeadamente, de prestações por filho a cargo no valor de 184 euros, a par de um adiantamento a título de pensão de alimentos, no valor de 133 euros por mês, prestações que não estavam em causa no processo.

Em conformidade, o Tribunal de Justiça declara que os nacionais de outros Estados-Membros passíveis de beneficiar de determinadas prestações sociais (como as prestações alemãs do seguro de base) só podem reclamar um estatuto igualitário de tratamento em comparação ao concedido aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento quando a sua residência respeite as condições da diretiva sobre livre circulação²⁰.

De acordo com o texto da diretiva, o Estado-Membro de acolhimento não fica obrigatoriamente adstrito à concessão de uma prestação de assistência social no decurso dos primeiros três meses de residência. Caso a duração da residência seja superior a três meses mas inferior a cinco anos (período que está em causa neste processo), a diretiva condiciona o direito de residência à disposição de recursos económicos suficientes e a um seguro de doença. A diretiva visa impedir a prática de uma espécie de “turismo social”, no âmbito do qual os cidadãos da União economicamente inativos utilizem o sistema de proteção social do Estado-Membro de acolhimento para financiar a sua própria subsistência.

²⁰ Cfr. Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO L 158, p. 77).

Face à matéria de facto assente e provada, o Tribunal de Justiça declara que da leitura conjunta da diretiva sobre livre circulação com o regulamento relativo à coordenação dos sistemas de segurança social²¹, resulta nada ser oponível à vigência de uma regulamentação nacional que exclui os cidadãos de outros Estados-Membros do benefício de determinadas “prestações pecuniárias especiais de caráter não contributivo”, por sua vez garantidas aos cidadãos nacionais que se encontrem na mesma situação, dado que os cidadãos de outros Estados-Membros não beneficiam ainda de um direito de residência no Estado-Membro de acolhimento, tal como concedido nos termos da lei.

O Tribunal de Justiça afirma que o regulamento relativo à coordenação dos sistemas de segurança social não rege nem as condições de admissibilidade, nem o alcance da concessão das prestações pecuniárias especiais de caráter não contributivo, relegando esta competência para a esfera do legislador nacional. Consequentemente, na exortação das condições e alcance da concessão das prestações pecuniárias especiais de caráter não contributivo, os Estados-Membros não aplicam o direito da União, pelo que a CDFUE não é passível de efetividade prática.

No caso em apreço o Tribunal de Justiça conclui que E. Dano e o seu filho não dispõem de recursos suficientes e, por conseguinte, não podem reclamar um direito de residência no Estado-Membro de acolhimento ao abrigo da diretiva sobre livre circulação. Nestes termos, não podem invocar o princípio da não discriminação consagrado na diretiva e no regulamento relativo à coordenação dos sistemas de segurança social.

De acordo com as conclusões do advogado geral N. Wahl²², “[e]nquanto o objetivo geral da [Diretiva 2004/38] é simplificar e reforçar o direito de livre circulação e residência de todos os cidadãos da União, o objetivo específico do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), [daquela diretiva] é garantir que as pessoas que exercem o seu direito de residência não se tornam uma sobrecarga não razoável para o regime de segurança

²¹ Regulamento (CE) n.º 883/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativo à coordenação dos sistemas de segurança social.

²² Cfr. Conclusões do Advogado Geral Nils Wahl, de 29 de maio de 2013, considerando 38, apresentadas no âmbito do Processo C-140/12, *Brey*, EU:C:2013:337.

social do Estado-Membro de acolhimento durante o período inicial de residência. Isto indica que esta disposição pretende evitar que cidadãos da União economicamente não ativos utilizem o sistema de previdência do Estado-Membro de acolhimento para financiar a sua subsistência”.

A exigência de rendimentos suficientes como condição de residência, em consonância com a preocupação de não criar uma sobrecarga para o regime de segurança social dos Estados-Membros, conflui na amenização de uma potencial desigualdade de tratamento na concessão das prestações de assistência social entre os cidadãos oriundos do Estado-Membro de acolhimento e os outros cidadãos da União. Ora, se estes últimos não reúnem ainda as condições inerentes ao estatuto de residentes no Estado-Membro de acolhimento, não vislumbra o TJUE fundamento de razão para que esses cidadãos obtenham um tratamento que viabilize esse estabelecimento, à custa de um sistema social para o qual nunca contribuíram e no âmbito do qual constituem um encargo não justificado.

A estrita observância das condições impostas pela diretiva para o exercício de um direito de residência superior a três meses tem subjacente as repercussões que adviriam da cumulação de diversos pedidos de assistência social e do respetivo impacto no sistema social do Estado-Membro de acolhimento destes requerentes.

Nesta perspetiva, o direito fundamental e individual de circulação e livre residência no território dos Estados-Membros atribuído a todos os cidadãos da União, enquanto expressão máxima do estatuto de cidadão europeu, não reveste carácter absoluto, ficando sujeito às limitações e condições estabelecidas no Tratado e às medidas adotadas na sua execução.

No entanto, ainda que as referidas imposições restrinjam o direito à atribuição de prestações sociais aos cidadãos economicamente inativos, consta da letra da diretiva, como cláusula de salvaguarda jusfundamental, a impossibilidade de afastamento automático dos potenciais titulares do direito de residência com fundamento no seu recurso ao regime de segurança social, enquanto não se tornarem um encargo excessivo no balanço orçamental do Estado-Membro de acolhimento.

Admite-se assim que um risco grave para o equilíbrio financeiro do regime

de segurança social de um Estado-Membro possa constituir motivo imperioso de interesse geral suscetível de justificar determinados entraves às liberdades fundamentais, potenciando, designadamente, a supressão de direitos derivados do pleno exercício da liberdade de circulação de pessoas, como a liberdade de residência em qualquer Estado-Membro da União.

Destaca-se uma espécie de paradoxo semântico na essência desta diretiva. Consequentemente, esta decisão vem reverter a linha jurisprudencial construída em torno deste instrumento de direito derivado da União – um evidente “recoo jurisprudencial”, como considerou Alessandra Silveira.²³

Atentando nas decisões constantes do acórdão *Brey*, do acórdão *Grzelczyk*²⁴, do acórdão *Trojan*²⁵ ou do acórdão *Rottman*²⁶, escrutina-se que a qualidade de cidadão da União do respetivo requerente era a justificação subjacente ao reconhecimento e atribuição do direito. Os largos passos dados pelo Tribunal de Justiça refletiam e aprofundavam uma União política, ultrapassando-se o paradigma económico fundador das Comunidades. A visão utilitarista do homem enquanto motriz de riqueza tinha sido finalmente ultrapassada, ficando inerente à atribuição de prestações a perspetiva humanitária e social.

Ora, confrontando tal construção jurisprudencial com o acórdão supra analisado, é visível o recoo em termos de solidariedade e coesão social que o mesmo acarretou.

5. Conclusão

Na nova arquitetura institucional delineada pelo Tratado de Lisboa, as competências da União Europeia encontram-se expressamente definidas em prol do reforço da proteção do homem enquanto cidadão da União.

²³ Cfr. Alessandra Silveira, “Cidadania social na União Europeia – quo vadis? Avanços e recuos entre forças de coesão e fragmentação”, in Eduardo Paz Ferreira (coord.), *União Europeia - reforma ou declínio* (Lisboa: Nova Vega, 2016).

²⁴ Acórdão do TJUE de 20 de setembro de 2001, *Grzelczyk*, Processo C-184/99, EU:C:2001:458.

²⁵ Acórdão do TJUE de 7 de setembro de 2004, *Trojani*, Processo C-456/02, EU:C:2004:488.

²⁶ Acórdão do TJUE de 2 de março de 2010, *Rottmann*, Processo C-135/08, EU:C:2010:104.

Numa espécie de referente constitucional do plano supranacional, enquanto conjunto de preceitos e valores do qual a CDFUE faz parte integrante, os tratados constitutivos conjecturam a cidadania enquanto estatuto suficiente *per se* para a proteção de um vasto leque de direitos fundamentais em domínios tão dispares quanto a circulação, residência, atribuição de prestações sociais ou a proteção da vida familiar, contribuindo para a afirmação e aprofundamento de uma verdadeira comunidade política europeia.

A União enquanto força política e projeto em constante evolução é dotada de uma capacidade extrema de adaptação às adversidades que os planos internos e internacional lhe vão suscitando. É neste sentido que as dissonâncias interpretativas em sede jurisprudencial não de ser compreendidas, devendo ser tendencialmente contextualizadas no cenário global em que a União se move.

Por outro lado, sempre se deve mencionar as sérias dificuldades subjacentes à falta de harmonização numa série de matérias, no seio de um arranjo entre 28 ordenamentos distintos. No específico plano da cidadania e da proteção social as assimetrias continuarão insupríveis enquanto cada Estado-Membro legislar de forma isolada e independente sobre as bases e o funcionamento do seu próprio sistema de segurança social, urgindo uma verdadeira reforma nesta matéria.

Conclui-se que a força e intensificação do projeto de integração passam pelo aprofundamento das mais variadas dimensões dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus. Neste quadro, o papel interventivo do Tribunal de Justiça é de extrema relevância, quer na análise da conformidade da legislação europeia com o “bloco de jusfundamentalidade” decorrente dos tratados, quer na aferição da compatibilidade das decisões nacionais aquando da aplicação do direito da União. Ainda que o percurso se faça de sucessivos avanços e recuos, a dissociação entre o exercício de liberdades económicas e a efetividade da tutela de um conjunto de direitos de cidadania reveste-se de um carácter fulcral no caminho construtivo de um verdadeiro “bloco de jusfundamentalidade” europeia.

Os cenários democráticos como *locus* para o desenvolvimento do controle de convencionalidade

Jardel Anibal Casanova Daneli*

RESUMO: O direito internacional contemporâneo tem evidenciado uma mudança de paradigmas, através da qual não busca mais atender tão somente aos interesses estatais, mas também individuais. Nesse sentido, o ser humano deixou de ser exclusivamente sujeito de direito interno e passou a ser considerado um sujeito de direito regional e global, adquirindo assim significativa capacidade jurídica-processual no plano internacional. Nesse sentido, busca-se refletir sobre a emergência dessas novas relações entre os indivíduos, os Estados e os tribunais internacionais, percebendo os cenários democráticos como o locus para a primazia da dignidade humana através do desenvolvimento de um fluxo de coordenação entre os instrumentos protetivos.

PALAVRAS-CHAVE: democracia; direitos humanos; controle de convencionalidade.

ABSTRACT: The contemporary international law has evidenced a paradigm shift, through which it no longer seeks only to meet state interests, but also individual ones. In this sense, the human being ceased to be exclusively subject to domestic law and became a subject of regional and global law, thus acquiring significant legal and procedural capacity at the international level. In this sense, we seek to reflect on the emergence of these new relations between individuals, States and international courts, perceiving democratic scenarios as the locus for the primacy of human dignity through the development of a flow of coordination between the instruments protective.

KEYWORDS: democracy; human rights; conventional control.

* Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho.

1. Considerações iniciais

A busca pelo convívio internacional amistoso ganhou novas perspectivas à medida em que foi estabelecida uma cultura centrada no convívio plural e na promoção da dignidade humana, compreendidos como pressupostos indispensáveis para a consolidação e progresso da justiça social.

Ao ratificarem tratados internacionais, especialmente em matéria de direitos humanos, os Estados, assim como o seu aparato jurisdicional, assumem o dever de zelar pela supremacia e aplicabilidade de tais normas sobre as leis internas que forem contrárias ao objeto e finalidade dos documentos ratificados. Entretanto, tais normativas são frequentemente confrontadas pelo ordenamento jurídico interno dos países, se fazendo necessária a aplicação de instrumentos capazes de restabelecer o fluxo hierárquico normativo, aplicando como parâmetro referencial o princípio *pro homine*.

Nesse sentido, o controle de convencionalidade surge como um mecanismo para equacionar as normativas internas e internacionais em matéria de direitos humanos. Tal controle fundamenta-se no respeito aos direitos humanos e na soberania do Estado de direito, evitando assim o retrocesso dos países ao admitirem leis ou práticas internas que violem esses direitos.

O presente artigo busca demonstrar o desenvolvimento do direito internacional contemporâneo e a estruturação dos ambientes democráticos, os quais são percebidos como o *locus* para o desenvolvimento do controle de convencionalidade.

2. O direito internacional contemporâneo e a emergente proteção aos direitos humanos

O conceito de direito internacional contemporâneo é marcado pela mudança de paradigmas, dentre os quais se destaca a superação do mosaico de soberanias

estatais¹ e o desenvolvimento do conceito de globalização². Na medida em que as fronteiras territoriais foram rompidas viabilizou-se a emergência de um processo migratório jurisdicional, através do qual a velha objeção nacional exclusiva passou a ser percebida como uma característica do passado³. Nesse cenário a relação entre o direito interno e o direito internacional tornou-se cada vez mais frequente, razão pela qual as políticas públicas, bem como as decisões de tribunais constitucionais, passaram a ser construídas sob influência de parâmetros internacionais.

Em outras palavras, o ser humano deixou de ser exclusivamente sujeito de direito interno e passou a ser considerado um sujeito de direito regional e global, através de um processo de humanização do direito internacional, conferindo-lhe significativa capacidade jurídico-processual no plano internacional⁴.

Essa mudança de paradigmas não buscou eliminar a ideia de soberania dos Estados, mas permitir a sua condescendência quando estivesse diante da aplicabilidade de medidas para a salvaguarda dos direitos humanos. Nesse cenário, a soberania dos Estados flexibilizou-se e deu lugar a emergência de uma dimensão de soberania universal que “reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo”⁵.

¹ Cf. José Manuel Pureza, “Globalização e direito internacional: da boa vizinhança ao patrimônio comum da humanidade”, *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n.º 36 (fevereiro de 1993): 10.

² Utiliza-se o conceito de globalização proposto por Boaventura de Sousa Santos, o qual expressa que “aquilo que habitualmente chamamos de globalização são, de fato, conjuntos diferenciados de relações sociais; diferentes conjuntos de relações sociais dão origem a diferentes fenômenos de globalização. Nestes termos, não existe estritamente uma entidade única chamada globalização; existem, em vez disso, globalizações. A rigor, este termo só deveria ser usado no plural. [...] Proponho, pois, a seguinte definição: a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de considerar como sendo local outra condição social ou rival”. Cf. Boaventura de Sousa Santos (org.), *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural* (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003), 433.

³ Cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, v. I. 2. ed. (Porto Alegre: SAFE, 2003), 73.

⁴ Cf. Antônio Augusto Cançado Trindade, *A humanização do direito internacional* (Belo Horizonte: Del Rey, 2006), 142.

⁵ Cf. Broutros-Ghali *apud* Flávia Piovesan, *Temas de direitos humanos*, 2. ed. (São Paulo: Max Limonad, 2003), 32.

A expansão do direito internacional⁶, juntamente com a flexibilização das barreiras absolutistas, possibilitou o surgimento de novas estruturas normativas, tais como o direito internacional dos direitos humanos. Este, por sua vez, buscou a afirmação dos direitos inalienáveis e inseparáveis do ser humano⁷, entendidos como direitos fundamentais⁸, e a sua previsão nos textos constitucionais, o que pressupôs a estruturação de mecanismos normativos capazes de possibilitar a sua aplicação e vinculação ao ordenamento jurídico dos Estados. A criação dessa sistemática protetiva serviu como precedente para a consolidação da atual estrutura internacional para a proteção dos direitos humanos.

A tônica dos direitos humanos, como uma das temáticas com maior destaque no contexto das discussões internacionais, se justifica pela sua inegável relevância para a ordem jurídica internacional, amparada no direcionamento do paradigma da coexistência para um cenário de cooperação. Os postulados e as dogmáticas de um direito internacional clássico, em especial os da soberania absoluta dos Estados, foram colocados em dúvida⁹, possibilitando assim a positivação internacionalista dos direitos humanos¹⁰, os quais “nascem como direitos naturais universais,

⁶ Nesse sentido, afirma-se que “O direito contemporâneo passa por um processo de transição, que acompanha o processo de globalização (ou mundialização, como preferem os autores franceses). Esse processo é influenciado pela ampliação da complexidade dos direitos nacionais dos Estados e do direito internacional, e tem como resultado a alteração da lógica normativa do direito internacional clássico. Neste sentido, parece-nos claro que vivemos em um período de transição. Já é possível dizer que a lógica tradicional do direito internacional não é mais aplicável nos dias de hoje. No entanto, também é possível verificar que ainda não há uma nova lógica consolidada”. Cf. Marcelo Dias Varella, *Direito internacional público*, 2.^a ed. (São Paulo: Saraiva, 2010), 7.

⁷ Cf. Waldir Alves, “Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais”, in *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, coord. Luiz Guilherme Marinoni, Valerio de Oliveira Mazzuoli (Brasília: Gazeta Jurídica, 2013), 312.

⁸ Como definição, pode-se aduzir que: “[...] Direitos fundamentais - é [entendido como] expressão mais afeta à proteção constitucional dos direitos dos cidadãos. Ligam-se, assim, aos aspectos ou matizes constitucionais (internos) de proteção, no sentido de já se encontrarem positivados nas Constituições contemporâneas”. Cf. Valerio de Oliveira Mazzuoli, *Curso de direito internacional público*, 6.^a ed. (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012), 822.

⁹ Cf. Emerson Garcia, *Proteção internacional dos direitos humanos - breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*, 2.^a ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009), 48.

¹⁰ Os direitos humanos, nesse prisma, são compreendidos como o “conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas,

desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direitos) para finalmente encontrar a plena realização como direitos positivos universais”¹¹.

É possível afirmar que a ideia de superficialidade¹² dos direitos humanos foi desconstruída na medida em que as sociedades perceberam a necessidade de instauração de mecanismos internacionais mais eficazes para a afirmação e consequente proteção aos direitos humanos, possibilitando assim a responsabilização dos Estados que se demonstrassem incapazes ou omissos na proteção desses direitos¹³.

3. O controle de convencionalidade como instrumento para o estabelecimento de diálogos normativos entre as jurisdições

A contemporaneidade tem sido pautada pelo surgimento de novas estruturas judiciais, as quais se fazem necessárias para o enfrentamento dos preceitos relacionados às conjunturas histórico-sociais do presente tempo, ou seja, a afirmação e o reconhecimento das estruturas normativas internacionais voltadas ao ser humano se constituem como elementos indispensáveis para a construção do ideal de justiça internacional, bem como para orientarem a construção normativa dos Estados¹⁴.

Diante desses aspectos, é indispensável a criação de mecanismos capazes de estabelecer diálogos entre as diferentes instâncias jurídicas, as quais estão estruturadas em um contexto em que as fronteiras territoriais, culturais, linguísticas e sociais recuam progressivamente.

as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional”. Cf. Antônio Peres Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 5.ª ed. (Madrid: Tecnos, 1995), 48.

¹¹ Cf. Norberto Bobbio, *A era dos direitos* (Rio de Janeiro: Campus, 2004), 30.

¹² Cf. Pés Luño, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, (Madrid: Tecnos, 2017), 22.

¹³ Cf. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 16.ª ed. (São Paulo: Saraiva, 2016), 203.

¹⁴ Pode-se afirmar que “[u]ma sociedade socializada com essas preocupações cultiva o espírito necessário para o exercício de um pluralismo democrático, superador do homogeneísmo moderno, ordenador e totalitário, para o qual vale a equação mortífera de Auschwitz como lugar de conversão do inconversível – do judeu a não judeu, ou seja, do judeu a cinzas e pó”. Cf. Eduardo C. Bittar, *Democracia, justiça e direitos humanos: estudos de teoria crítica e filosofia do direito* (São Paulo: Saraiva, 2011), 48.

Nesse sentido, o diálogo jurisdicional pode ser estruturado sobre três dimensões¹⁵: a primeira refere-se ao diálogo entre os sistemas jurídicos regionais, conhecido como *cross-cultural dialogue*, o qual ocorre através do diálogo entre as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos¹⁶; a segunda dimensão diz respeito ao diálogo estabelecido entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais; e a terceira dimensão refere-se aos diálogos entre as jurisdições constitucionais.

Para o presente estudo, será abordada apenas a segunda dimensão dialogal – diálogo estabelecido entre as jurisdições regionais e as jurisdições constitucionais –, pois é nesse cenário em que se aplica a sistemática de compatibilização das normas internacionais com as normas internas, denominado controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade fundamenta-se no respeito aos direitos humanos e na soberania do Estado de direito, o qual, tendo assumido compromissos internacionais em matéria de direitos humanos, não pode retroceder ao admitir leis ou práticas internas que violem as garantias expressas em tais acordos.

O controle de convencionalidade surgiu na França em 1975, através da decisão 74-54 DC do Conselho Constitucional francês, o qual declarou-se incompetente para analisar a convencionalidade das leis, ou seja, a compatibilidade entre as leis internas com os tratados internacionais ratificados pelo país, mais precisamente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos¹⁷.

Muito embora o processo de compatibilização do direito interno com o direito internacional em âmbito europeu tenha inspirado a criação do controle de convencionalidade desenvolvido no contexto do sistema interamericano, não se pode comparar, estrutural e operativamente, esses sistemas. Enquanto a sistemática

¹⁵ Cf. Flávia Piovesan, “Controle de convencionalidade direitos humanos e diálogo entre jurisdições”, in *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai*, coord. Luiz Guilherme Marinoni e Valerio de Oliveira Mazzuoli (Brasília: Gazeta Jurídica, 2013), 122.

¹⁶ Cf. Thaís Bordin Anelli, “Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade: desafios à harmonização do diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e as jurisdições nacionais latino-americanas em tempos de neoconstitucionalismo?”, *Revista Constituição e Garantia de Direitos*, v. 9, n.º 2, (2016): 233.

¹⁷ Cf. Valério de Oliveira Mazzuoli, *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*, (2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011), 81.

de compatibilização europeia é desenvolvida em um ambiente de integração entre os países sob a jurisdição do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no âmbito da Corte Interamericana ainda há significativa resistência de alguns Estados em aplicar diretamente os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Reporta-se também o fato de a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, assim como as disposições normativas expressas na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ser considerada “documento de ordem pública”¹⁸ em âmbito europeu¹⁹, ao passo que compete aos Estados a adoção das medidas que se façam necessárias para adaptar a legislação interna com a Convenção²⁰.

No âmbito do Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos, a realização do controle de convencionalidade foi anunciada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 26 de setembro de 2006, através do julgamento do caso *Almonacid Arellano e Outros vs. Chile*, quando a Corte referiu ser dever do poder judiciário o exercício do controle entre as normas jurídicas internas e a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.

A evolução estrutural do controle de convencionalidade resultou em um dispositivo para a compatibilização normativa interna dos Estados em relação às normas internacionais de direitos humanos – sendo aplicado atualmente no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos. Essa adequação do ordenamento jurídico dos Estados refere-se às suas políticas públicas, legislação e jurisprudência dos juízes e tribunais.

¹⁸ Cf. Andrew Moravcsik, “The origins of human rights regimes: democratic delegatin in postwar Europe”, *International organization*, v. 54, n. 2, (Spring 2000), 218.

¹⁹ Muito embora os Estados europeus sejam um exemplo a ser seguido em relação ao acolhimento das normativas internacionais, existem falhas que precisam ser superadas. Nesse sentido observa-se que “[i]n general, European States may formally endorse the elements of international human rights law that relate to social rights, but for the most part this theoretical commitment is not translated into genuine practical engagement. Once again, a gap exists between image and reality: European States endorse the idea of a ‘social Europe’ where international human rights standards are respected, but are very slow to translate this commitment into a serious engagement at the level of substantive law and policy with the standards laid down by binding treaty instruments such as ICESCR and ESC”. Cf. Colm O’Cinneide, “Austerity and the faded dream of a social Europe”, in *Economic and social rights after the global financial crisis*, Edited by Aoife Nolan (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 200.

²⁰ Cf. Flávia Piovesan, *Direitos humanos e justiça internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano* (São Paulo: Saraiva, 2006), 66.

A operacionalização do controle de convencionalidade ocorre por intermédio de uma espécie de escalonamento de várias camadas de normas jurídicas, o qual parte de uma norma mais genérica até chegar à norma mais específica em cada caso concreto, evidenciando como vetor referencial o princípio *pro homine*, através do qual “a primazia é da norma mais favorável às vítimas, que melhor as proteja, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno”²¹.

Nesse prisma, o controle de convencionalidade atua conjuntamente com o sistema constitucional dos Estados e assume um caráter material, quando está diante dos limites relativos ao conteúdo das normas infraconstitucionais ou formal, no âmbito da limitação dos procedimentos e competências²².

O controle de convencionalidade pode ser exercido por qualquer juiz estadual ou federal, ou por qualquer tribunal, seja ele regional, estadual ou superior. Diante disso, pode-se perceber que todos os agentes jurisdicionais possuem a função de declarar a inconveniência de uma lei, considerando-a ineficaz diante de um determinado caso concreto, o que pode resultar na eficácia paralisante das normas internas.

Nesse sentido, os agentes jurisdicionais assumem o compromisso de, além de verificar a compatibilidade entre a norma ordinária aplicada e a Constituição do Estado, conhecido como controle de constitucionalidade, analisar se esta mesma norma é compatível com os compromissos internacionais em matéria de direitos humanos ratificados pelo país.

Cabe pontuar que, embora existam semelhanças, não se pode confundir o controle de convencionalidade com o controle de constitucionalidade. Enquanto o primeiro tem como princípio fundamental a proteção aos direitos humanos, o segundo tem por objetivo a supremacia da Constituição. Diante disso, o controle de convencionalidade é compreendido como coadjuvante ao controle de constitucionalidade, mas não pode ser considerado subsidiário deste²³.

²¹ Cf. Trindade, *Tratado de direito internacional*, 542.

²² Cf. Mazzuoli, *O controle jurisdicional*, 167.

²³ Cf. Mazzuoli, *O controle jurisdicional*, 136.

Em suma, o controle de convencionalidade é entendido como uma ferramenta para o desenvolvimento de diálogos jurisdicionais verticais²⁴, por meio da incorporação das normas internacionais no ordenamento jurídico interno dos países e da identificação das melhores soluções a serem adotadas para minimizar os conflitos entre os tratados internacionais e o direito interno²⁵.

Além desses pressupostos, o controle de convencionalidade também é utilizado como um mecanismo de orientação em relação à interpretação e aplicação dos preceitos estabelecidos nas convenções e tratados internacionais ratificados pelo Estado, seguindo, nesse caso, o entendimento que as cortes internacionais de direitos humanos conferem a esses documentos. Essas premissas resultam na consolidação de um *ius commune* regional em matéria de direitos humanos²⁶.

4. A democracia como pressuposto fundamental para o desenvolvimento do controle de convencionalidade

A democracia é compreendida como um “conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos”²⁷. Nesse cenário são estabelecidas convivências pluralistas como resultado do funcionamento de instituições livres e da participação daqueles que não integram a maioria que está no poder.

O *theatrum mundi*²⁸ encenado no cotidiano e a partir das vivências dos indivíduos, ganha novas perspectivas à medida em que é estabelecida uma cultura centrada no

²⁴ Cf. Anelli, “Diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade”, 238.

²⁵ Cf. Celso Albuquerque de Mello, *Direito internacional público* (Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. I), 65.

²⁶ Cf. Néstor Pedro Sagüés, *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo*, p. 36. <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/N%C3%A9stor-Pedro-Sagu%C3%A9s-El-Control-de-Convenionalidad.pdf>. [28/07/2017].

²⁷ Cf. Norberto Bobbio, *O futuro da democracia* (Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2009), 30.

²⁸ A expressão *theatrum mundi* é uma analogia à vida cotidiana e às adversidades vivenciadas por todos, as quais se repetem em diferentes contextos culturais e evidenciam os preceitos de um vínculo antropológico comum, como vetor responsável pela ampliação e consolidação do convívio amistoso internacional.

convívio plural e na aceitação da diversidade, no respeito e promoção da dignidade humana²⁹, a qual é percebida como a base para o constitucionalismo global³⁰ e vetor referencial dos mecanismos necessários para o progresso da justiça social.

Não se trata tão somente de vivificar, de rememorar o que é o ser humano e suas responsabilidades diante do outro, mas de se iniciar o estímulo para uma maturidade social capaz de impedir que os indivíduos se tornem silentes diante das atrocidades e desigualdades que são concebidas como critérios normais de socialidade, tendo em vista que o maior problema dos direitos humanos na atualidade “não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”³¹.

Acredita-se, nesse sentido, que os direitos humanos se constituem como ponto de partida para a consolidação de sociedades democráticas, pois esses direitos possibilitam a descoberta acerca do *outro* como resultado do reconhecimento do nosso vínculo antropológico comum, bem como constituem-se como expressão de transformação utópica em um processo de densificação do conceito de alteridade – como pressuposto para o fomento de uma sensibilidade jurídica.

Nessa linha de pensamento, pode-se afirmar que “[...] sem alteridade toda fala

²⁹ Na visão de Sarlet, a dignidade humana refere-se à “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”. Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001), 60.

³⁰ Conforme observa Canotilho, “[o]s direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (...) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (...) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cujas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do jus cogens internacional”. Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*, (6.^a ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993), 1217.

³¹ Cf. Bobbio, *A era dos direitos*, 25.

dos Direitos humanos termina em piada ou drama³², ou seja, a alteridade se constitui como matiz indispensável para o desenvolvimento de sociedades emancipadas, capazes de transformar o momento presente, insuportável, ao desejável, àquilo que poderia vir a ser. Por esse motivo, acredita-se que “as utopias, unindo inteligência e emoção, razão e sentimento, funcionam como projetos sociais de transformação e mudança, melhor dizendo, como projeção da Sociedade que deve ser”³³, a qual é formulada através de uma indignação³⁴ não-violenta.

É nesse cenário que se desenvolve o controle de convencionalidade, o qual é compreendido como um importante instrumento para a afirmação dos direitos humanos no ordenamento interno dos Estados, através do fomento de um diálogo entre os diferentes ordenamentos jurídicos, na medida em que a sua consolidação só é possível em Estados pautados por preceitos democráticos.

5. Considerações finais

A contemporaneidade evidenciou o rompimento com os paradigmas de uma possível e suficiente proteção nacional aos direitos humanos. Nesse cenário os direitos humanos deixaram de ser percebidos como questão doméstica dos Estados e assumiram um caráter internacionalista, através do qual os indivíduos foram projetados como sujeitos de direito internacional.

Os países latino-americanos, a exemplo dos movimentos de integração realizados entre os países europeus e diante da temática dos direitos humanos, ainda precisam aderir ao diálogo horizontal com outras nações, além de permitir o desenvolvimento de um diálogo vertical com as jurisdições supranacionais.

Nesse sentido, a afirmação de um *cross-cultural dialogue* entre as jurisdições, assim

³² Cf. Luis Alberto Warat, *A rua grita Dionísio!: direitos humanos da alteridade, surrealismo e cartografia*, tradução de Vivian Alves de Assis, Júlio César Marcellino Júnior e Alexandre Morais da Rosa (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010), 118.

³³ Cf. Osvaldo Ferreira de Melo, *Fundamentos da política jurídica* (Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994), 55.

³⁴ Cf. Stéphane Hessel, *Indignai-vos!*, tradução de Marli Peres (São Paulo: Leya, 2011), 16.

como da evolução dos ordenamentos jurídicos na *positivação internacionalista* dos direitos humanos, demonstra a necessidade de desenvolvimento de mecanismos transnacionais capazes de superar o autoritarismo dos Estados, buscando a afirmação de um *ius commune* centrado no “Ser” humano.

Entretanto, a expansão do direito internacional, assim como a estruturação de normativas internacionais para a salvaguarda dos direitos humanos, resulta, muitas vezes, em um choque entre as matrizes normativas. Diante desse atrito normativo, deve ser aplicado o controle de convencionalidade, o qual constitui-se como um importante instrumento para a garantia dos direitos humanos.

Através do controle de convencionalidade é desenvolvido um diálogo entre os diferentes ordenamentos jurídicos, sendo capaz de superar a tese da hierarquia normativa e fomentando a prevalência da norma que confere as garantias mais significativas ao Ser humano, ou seja, o vetor deverá ser sempre o princípio *pro homine*.

Os sistemas democráticos precisam superar, necessariamente, a definição de forma de governo ou de governação, passando a serem compreendidos, acima de tudo, como uma experiência humana construída em conjunto, possibilitando assim que o ideal democrático transcenda o seu aspecto procedimental e adquira um caráter substancial, compadecendo-se com os direitos e garantias inerentes ao ser humano, na medida em que ganha espaço a internacionalização dos direitos humanos e a constitucionalização do direito internacional.

Dos *checks and balances* à governação das finanças públicas da União

João Diogo Ferreira*

RESUMO: *O futuro da União Europeia (UE) está em discussão desde a sua criação. Descartando algumas fases e líderes, o caminho da UE sempre foi um tanto ou quanto difícil de imaginar ou até de apontar. A dificuldade de convergir nas opiniões, as cedências e a coragem em afirmar um trilho a médio-longo prazo sempre fizeram deste projeto político único e inovador – não só na forma como foi criado como na forma como se foi realizando. Neste texto, pretendemos trazer a realidade das finanças públicas da UE conjugando-a com a teoria dos pesos e contrapesos – com uma nova roupagem – que acreditamos ser um dos meios para enfrentar vários desafios. O Livro Branco sobre o Futuro da Europa e seus documentos de reflexão são um bom caminho para perspetivar o que poderá ser este futuro, todavia caberá aos líderes políticos – porque são mandatados pelos povos da Europa – colocar os pés no chão e, sem receios, percorrer o percurso.*

PALAVRAS-CHAVE: *Livro Branco sobre o Futuro da Europa; pesos e contrapesos; finanças públicas.*

ABSTRACT: *The European Union's future has been in discussion since its creation. Despite some times in history or some leaders, European Union's path always was more or less difficult to imagine or to appoint. The difficult to converge opinions, the concessions and the courage to assert a medium-long track, have always made this political project unique and innovative – not only in the way it was created but also in the way it has been developing. In this text, we intend to bring the reality of the public finance of the European Union, combining it with the checks and balances' theory which we believe is one of the means to face several challenges – with a new outfit – that we believe to be one of the means to face several challenges. The White Paper on the future of Europe and its discussion papers are a good way to look into what this future might be, although it will be up to the political leaders – because they have the peoples of Europe's mandates – to put their feet on the ground and, without fear, walk the route.*

KEYWORDS: *White Paper on the future of Europe; checks and balances; public finances.*

* Advogado-Estagiário, Mestrando em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho e Investigador do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho.

1. Introdução

A integração europeia perspectivada como fenómeno integrado de decisões políticas – e, por vezes, tecnocráticas – é interessantíssima para o tema que trazemos a este *workshop* sobre Jurisdição Constitucional e Interesses Económicos, realizado no rescaldo do VII Encontro Internacional do CONPEDI, em Braga, Portugal, pelo que muito brotou do nosso trabalho naquele fórum em que se discutiu a teoria da interconstitucionalidade. Na verdade, a nossa aproximação entre as finanças públicas da União e a teoria dos *checks and balances* parece retirada de um vazio que nada as liga, todavia queremos provar que para a governação económico-financeira da UE esta teoria tem um papel fundamental. Não reproduziremos aqui o que foi a nossa intervenção naquele fórum – para isso haverá a devida publicação –, antes traremos uma preocupação centrada numa temática em particular.

Podemos, desde logo, ilustrar o fenómeno que nos ocupa através dos equilíbrios de poder que são necessários – e a que os tratados obrigam – para que se chegue a uma decisão política com impacto financeiro – uma verdadeira reconstrução dos conhecidos *checks and balances*, na medida em que a tomada de decisão final na UE é, cada vez mais, uma tarefa árdua. Tal dificuldade começa, desde logo, pelo escrutínio que cada uma das propostas normativas conhece no modelo do “triângulo institucional”¹: a Comissão Europeia propõe a legislação, o Conselho e o Parlamento adotam essa legislação. A complexidade do processo de aprovação de normas na UE, por si só, mereceria um texto cuidadosamente elaborado – mas tendo no horizonte o que nos propomos tratar, teremos de abdicar daquele aliciente desafio nesta sede.

O que faremos é abordar a realidade das finanças públicas na perspetiva da soberania dos governos de cada Estado-Membro e dos condicionalismos que a real política económica e financeira tem na definição das políticas a prosseguir. Ao nosso estudo importa, sobretudo, a análise dos desenvolvimentos realizados ao longo da história da integração europeia no que respeita à coordenação das políticas financeiras

¹ Catherine Moury, *A democracia na Europa*. Ensaios da Fundação (Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2016).

dos diversos Estados-Membros (EM) e às regras que têm sido impostas aos mesmos para que consigam convergência e equilíbrio. E, por outro lado, a convergência dos indicadores de desenvolvimento económico-financeiros entre os EM e o equilíbrio das contas públicas através de uma política de despesa pública responsável que não onere o futuro dos distintos Estados-Membros.

2. Das finanças aos *checks and balances*

De forma a garantir a tão afamada convergência, são várias as vozes que se vão levantando a sugerir que o orçamento da UE deve apenas conter a despesa indispensável para a salvaguarda do bem público europeu, com vista à promoção da convergência económica.

Neste sentido, a “europeização” das finanças públicas nacionais – pela paulatina retirada de soberania aos EM que analisaremos de seguida – tem como um dos princípios enformadores da sua atuação o princípio da solidez das finanças públicas². Existe a preocupação premente do legislador europeu de limitar o endividamento e o défice orçamental, na medida do possível, para que se respeite o modelo social europeu sem paralelo no resto do mundo – eventualmente já não se possa falar de um verdadeiro Estado social europeu, devendo a expressão ser utilizada com cautela, porventura Estado de bem-estar (*welfare*), que ainda caracteriza a generalidade dos EM da UE. De qualquer forma, procura-se a maior orçamentação e o maior equilíbrio possível.

Existem, portanto, limites à liberdade de decisão dos Estados-Membros³ no que concerne à repartição das despesas entre a União e os EM – mas também aqui não se pode falar de uma verdadeira repartição. O facto de o orçamento da UE representar

² Tal como patente no artigo 119.º, n.º 3, TFUE que estabelece tanto para os Estados como para a União os princípios orientadores de preços estáveis, finanças públicas e condições monetárias sólidas e balança de pagamentos sustentável.

³ A soberania já não é – nem pode ser – como a conhecíamos há cinco séculos, há cem anos, há uma década, há um mês, há duas semanas e mesmo há dois dias, pois a realidade do mundo global tem vivido em constante mutação e nem o cidadão mais atento se apercebe das ávidas mudanças.

apenas 1% do Produto Interno Bruto da dos EM da União é ilustrativo do reduzido papel da dotação orçamental europeia⁴ quando comparanda com a dotação dos EM e com aquela de outros sistemas federativos. Eis uma das razões de não termos, no passado, uma UE preparada para fazer face aos choques assimétricos que se verificaram nos EM no período entre 2008 e 2012, pois a reduzida dotação orçamental da União não lhe permitiu o desenvolvimento de medidas contra-cíclicas à semelhança de um sistema federativo como o estado-unidense ou mesmo o brasileiro.

Mesmo não estando preparada, a União foi tentado – ou melhor, vai tentando – solucionar esta grave falha no seu funcionamento como União Económica e Monetária, criando ao longo dos últimos anos diversos mecanismos que sejam capazes de a suprir. Todavia, hoje em dia, debruçamo-nos sobre um novo problema: a coordenação dos mecanismos criados, por forma a atingir os seus objetivos.

Temos, portanto, um orçamento que provém de decisões eminentemente políticas, razão pela qual não tem assumido maior importância – ou a importância desejável. Neste âmbito, cumpre-nos trazer ao debate os princípios enformadores da “repartição” da despesa: a subsidiariedade, segundo a qual a decisão de despesa só «deve passar para o âmbito comunitário o que não pode ser melhor desempenhado num âmbito mais próximo dos cidadãos, no âmbito nacional ou mesmo nos âmbitos regional e local»⁵; e a proporcionalidade, segundo a qual a União pode tomar as medidas consideradas necessárias, desde que não exceda os objetivos que as justificam (ver artigos 69.º e 352.º do TFUE). Porventura o princípio que importa introduzir neste debate é aquele da sustentabilidade – apregoada por tantos, mas aplicada por tão poucos, de forma a que se tem transformado num conceito vazio –, aqui identificada como um requisito indispensável para a salvaguarda do estado de direito democrático e social⁶.

De qualquer forma, o papel dos parlamentos nacionais tem sido secundarizado neste contexto – já não são o centro de decisão financeira, na perspetiva das finanças

⁴ Só com o devido cuidado se pode utilizar esta denominação, não esquecendo que não se trata verdadeiramente do orçamento dos países europeus, mas sim dos que decidiram viver em União.

⁵ Manuel Porto, *O orçamento da União Europeia* (Coimbra: Almedina, 2006).

⁶ José Casalta Nabais, *Por um Estado fiscal suportável* (Vol. IV, Coimbra: Almedina, 2015).

públicas clássicas –, revelando-se uma «deslocalização da produção de normas»⁷ que nos leva a repensar a conceção de Estado como originariamente a concebemos, bem como a legitimidade dos órgãos políticos, sejam estaduais (nacionais) ou supraestaduais (europeus). Como lembra Bouvier, Esclassan e Lassale «Il se dessine progressivement la fin non pas seulement d’une certaine façon de pratiquer la gestion publique, mais aussi de concevoir la politique»⁸.

Em nossa análise, nunca poderemos dar menos atenção ao cerne do que aqui investigamos e o objetivo último que deve enformar qualquer política pública, qual seja, o da boa governança – ou seja, a “*good governance*”, definida como «a gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, económicos e financeiros tendo em vista um desenvolvimento equitativo e sustentável»⁹. Esta definição integra um princípio basilar para as finanças públicas, o da equidade geracional – e aqui o cuidado a ter com a (re)distribuição dos recursos existentes¹⁰.

Aliamos aqui a deslocação do poder de decisão e o conceito de boa governança, agora associado à questão que vimos aludindo sobre finanças públicas e pesos e contrapesos na UE. Assim lembremo-nos da máxima «*no taxation without representation*», pois só haverá uma boa governança com a legitimidade atribuída pelos cidadãos aos seus representantes e a quem governa. No entanto, não podemos esquecer do problema da plurilocalização da execução do orçamento da UE, que pode comportar-

⁷ João Catarino Ricardo e Vasco Branco Guimarães. *Lições de fiscalidade*. Vols. II - Gestão e Planeamento Fiscal Internacional (Lisboa: Almedina, 2008).

⁸ E continuam: «*Nous ne sommes pas seulement en présence d’une situation dans laquelle se fait jour un processus de réforme technique des finances publiques. C’est en même temps une nouvelle figure de la démocratie que s’ébauche avec sa part inévitable d’incertitudes et de paris, en même temps que l’on assiste à un système international et décentralisé de décision qui tend à se mettre en place et qu’il conviendrait de normaliser, c’est-à-dire d’intégrer dans un processus et dans une logique démocratique, autrement dit politique. Si tel n’était pas le cas, un risque de fragmentation de la prise de décision apparaît inéluctable qui entraînerait un effroulement de la démocratie parlementaire sur elle-même*». Michel Bouvier, Marie-Christine Esclassan e Jean-Pierre Lassale. *Finances Publiques* (Paris: LGDJ, 2008).

⁹ João Catarino Ricardo e Vasco Branco Guimarães. *Lições de fiscalidade*. Vols. II - Gestão e Planeamento Fiscal Internacional (Coimbra: Almedina, 2008). Catarino e Guimarães acrescentam que «A *good governance* implica procedimentos claros de tomada de decisão pelas autoridades públicas, instituições transparentes e responsáveis, o primado da lei na gestão e distribuição de recursos e capacidade para a elaboração e implementação de medidas aptas a prevenir e a combater a corrupção».

¹⁰ Note-se o artigo 31.º, n.º 2, da Constituição Espanhola «*El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos, y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía*».

se de forma centralizada e descentralizada (no âmbito dos EM, no âmbito das ações externas a países terceiros e no âmbito da gestão conjunta com organizações internacionais), bem como daquele da plurilocalização do controlo da execução no que diz respeito aos controlos europeus e aos controlos estaduais.

Lembremos, pois, a análise que Alessandra Silveira faz da organização política da UE:

O sistema de governação da União Europeia é, pois, dito multinível porque os atores políticos envolvidos nos processos decisórios não são apenas Estados-Membros e instituições europeias (como acontece nos Estados federais). A governação política europeia expressa-se através de uma rede de atores transnacionais e comités públicos e privados especializados na regulação de políticas complexas, o que constitui, em linguagem politológica, um sistema decisório policêntrico, fragmentado e interdependente, caracterizado pela ausência de hierarquia¹¹.

É desta premissa que partimos e que temos sempre presente no nosso estudo – a ousadia do sistema que analisamos.

Como já lembramos noutros fóruns e aqui trazemos, novamente, na mesma senda que muitos autores defendem, a teoria dos pesos e contrapesos serve sobretudo para a chegada à decisão mais consensual possível entre as diferentes atribuições de competências. A UE deve saber inspirar-se nos casos já conhecidos, implementados e estudados e saber tirar o melhor de si – dar as necessárias condições para que o modelo europeu seja mais inovador e crescentemente mais sofisticado.

Apesar de todos os “entranças” ao bom funcionamento de um orçamento da União, tem sido levado a cabo, por este, uma verdadeira coesão, sendo um instrumento de que a UE dispõe para cumprir os seus propósitos comuns. Apesar das suas limitações e do seu valor relativo reduzido, as despesas da União Europeia ainda comportam a ajuda a outros países ou organizações terceiras (que não fazem parte da UE). Reconduzem-se a despesas com reformas estruturais e investimentos infraestruturais em países que se candidatam a pertencer à União

¹¹ Alessandra Silveira, “Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial”, in *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global*, coord. Alexandre Walmott e Saulo Pinto Coelho (Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparado. LAECC, 2015).

ou à cooperação com países vizinhos ou organizações internacionais na defesa de valores comuns¹².

3. Desafios para as finanças da União: breves reflexões sobre o futuro

No âmbito do Livro Branco sobre o futuro da Europa¹³, apresentado pela Comissão Europeia em março de 2017, foi elaborado o Documento de Reflexão sobre o Futuro das Finanças da UE¹⁴, que pretende ser a base para o debate e possíveis caminhos da União. Tendo no horizonte os desafios da «revolução digital e a globalização, as alterações demográficas e a coesão social, a convergência económica e as alterações climáticas», o grupo que elaborou o documento está consciente de que os cidadãos europeus exigem que a União e os governos nacionais lhes proporcionem prosperidade, estabilidade e segurança num mundo incerto e em rápida mutação.

Nesta senda, e segundo tal documento, o investimento em bens públicos¹⁵, a redistribuição¹⁶ e a estabilização macroeconómica¹⁷ são as três principais funções de

¹² Maria José Rangel de Mesquita. *A actuação externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa* (Lisboa: Almedina, 2011).

¹³ A 1 de março de 2017, a Comissão Europeia publicou o seu Livro Branco sobre o futuro da Europa como ponto de partida para um debate franco e amplo sobre a Europa que queremos para amanhã.

¹⁴ O documento de reflexão baseia-se no relatório sobre «O futuro financiamento da UE», apresentado em janeiro de 2017 por um grupo de alto nível criado conjuntamente pelo Parlamento Europeu, o Conselho da UE e a Comissão Europeia e presidido por Mario Monti. O grupo era composto por dez personalidades políticas. As três instituições designaram três membros cada e por comum acordo o presidente. O grupo adotou o relatório incluindo recomendações por unanimidade.

¹⁵ Comissão Europeia, *O futuro financiamento da EU...*, «através de programas geridos diretamente a nível europeu, como o programa de investigação Horizonte 2020 ou de instrumentos como o Mecanismo Interligar a Europa para os investimentos em infraestruturas, e, em conjunto com os Estados-Membros e as regiões, através dos investimentos cofinanciados no âmbito da política de coesão».

¹⁶ Comissão Europeia, *O futuro financiamento da EU...*, «(associada ao financiamento e à disponibilização de bens públicos) através da política de coesão, que promove a convergência económica e a coesão social e territorial, e do apoio ao desenvolvimento rural e ao rendimento dos agricultores no âmbito da política agrícola comum».

¹⁷ Comissão Europeia, *O futuro financiamento da EU...*, «só é abrangida de forma indireta. O orçamento da UE tem alguns efeitos estabilizadores para certos Estados-Membros, nomeadamente devido à sua estabilidade ao longo de um período de sete anos, o que proporciona um nível constante de investimento independente do ciclo económico. Simultaneamente, as contribuições dos Estados-Membros estão ligadas ao seu desempenho económico, o que significa que sofrerão uma redução

um orçamento público. Contudo, como já aludimos acima, o orçamento da UE não foi concebido para assegurar a absorção de choques macroeconómicos. A política de coesão assumiu a ligação entre as reformas estruturais e o orçamento, todavia sabe-se que se tem que refletir sobre a suficiência das medidas já existentes. Atualmente os programas de investimento centram-se mais no financiamento das principais prioridades europeias, nomeadamente o emprego, a inclusão social, as competências, a investigação e inovação, a energia e a eficiência dos recursos, sendo estas as matérias para um quadro financeiro plurianual.

Existe uma ligação estreita entre o investimento cofinanciado e a agenda mais vasta de governação económica e das reformas estruturais e os resultados globais da política de coesão são positivos – mas existe uma série de domínios em que são necessárias reformas.

Por isso a pergunta que, hoje em dia, urge fazer é «Globalização: a Europa está preparada?». Do ponto de vista da crise económica que afetou o continente europeu, os investimentos nacionais e regionais diminuíram, tendo a política de coesão efetivamente contribuído para compensar este facto. Assim, conseguiu prevenir-se perturbações graves, apesar do aumento da taxa de cofinanciamento pelo orçamento da UE ter reduzido o esforço de investimento global.

Como é avançado no documento de reflexão, do mesmo modo que a política de coesão reagiu à crise aumentando o nível de cofinanciamento e adaptando os seus programas de modo a responder melhor às necessidades socioeconómicas em mutação, também esta política pode prevenir e responder a desenvolvimentos inesperados, como as crises e as alterações sociais.

O Semestre Europeu em ligação com a governação deverá ser reforçado com o objetivo de garantir que o sistema é mais simples e transparente, fornecendo incentivos positivos para levar a cabo reformas concretas a fim de promover a convergência. A política de coesão é, hoje, complexa de gerir, dificultando a implementação no terreno com diversos atrasos. Desde os vários níveis de controlo

em caso de recessão. O orçamento da UE não foi, contudo, concebido para assegurar a absorção de choques macroeconómicos».

e burocracia que impedem os beneficiários de rapidamente utilizarem os fundos na execução dos respetivos projetos. Torna-se necessário adotar uma abordagem muito mais radical para simplificar a execução, possibilitando uma programação mais ágil e flexível¹⁸.

Como estamos perante um documento que procura pensar o futuro, também aqui nos cumpre saber quais são os desafios que irão impor-se à realidade europeia. Desde logo, a redução das disparidades económicas e sociais entre os Estados-Membros, lembrando o objetivo da economia social de mercado extremamente competitiva, que deve assegurar o pleno emprego e o progresso social. Na Zona Euro, tal redução assume-se de especial importância, tendo em conta que as divergências comprometem o desenvolvimento sustentável da União Económica e Monetária¹⁹ a médio prazo.

Neste contexto, a União deve ter como prioridade absoluta investir nas pessoas – desde a educação básica até à formação – tendo como objetivo garantir a saúde, a igualdade e a inclusão social²⁰. Num outro âmbito, prevê-se a criação de um Fundo Europeu de Defesa que o orçamento da UE deve financiar para melhorar a gestão financeira²¹. Já no que concerne com a Política Comum de Segurança e Defesa, deve ser reforçada a assistência a países terceiros, criando capacidades nas componentes militares, numa maior solidariedade para financiar essas atividades²².

¹⁸ Para mais desenvolvimentos, ver “Documento de Reflexão sobre o futuro das finanças na UE” COM (2017) 358 final, da autoria da Comissão Europeia, publicado em 28.06.2017.

¹⁹ O objetivo da União Económica e Monetária é aproximar cidadãos europeus. Apesar das diferentes políticas nacionais, passam a usufruir de uma moeda única, desde que respeitem determinadas regras, já o Banco Central Europeu estabelece as políticas monetárias e as taxas de juro, ajudando os países a coordenarem-se.

²⁰ Comissão Europeia, *O futuro financiamento da EU*. E avança no documento «De igual forma, aproveitando o exemplo da Garantia para a Juventude, poderia ser instituído um mecanismo de Garantia para as Crianças, apoiado por fundos da União Europeia. É importante que as despesas sociais sejam consagradas a todos aqueles que delas mais necessitam, em especial nas regiões que se pautam por elevadas desigualdades sociais. Os critérios vigentes neste âmbito poderão ter de ser reapreciados à luz deste objetivo».

²¹ Os recursos financeiros para a defesa da Europa têm a sua origem nos orçamentos nacionais, contudo reconhece-se que se deve avançar em conjunto no domínio da investigação e do desenvolvimento, da competitividade da indústria europeia e da contratação pública.

²² Por ano, existe um montante de 1 500 milhões de euros a favor do Fundo Europeu de Defesa

De outro modo, a Comissão prevê que se proporcione incentivos que apoiem as reformas estruturais, que poderiam assumir a forma de benefícios financeiros, reconhecendo os custos económicos, financeiros ou políticos das reformas estruturais a curto prazo e contribuindo para facilitar a sua boa implementação. A política de coesão ou outro fundo independente teria aqui um papel primordial.

A Comissão Europeia destaca como indispensável a defesa dos valores fundamentais da UE. Houve propostas no sentido de que se vincule a disponibilização dos fundos do orçamento da UE aos Estado-Membros que cumpram em termos do primado do direito. O respeito e a observância do Estado de direito configuram-se de especial relevância para os cidadãos europeus, mas também para as iniciativas, a inovação e o investimento das empresas que, por regra, se irão desenvolver com maior amplitude nos países que respeitem este quadro jurídico-institucional europeu. Como diz a Comissão: «Há, portanto, uma clara interligação entre o Estado de direito e uma execução eficiente dos investimentos privados e públicos que beneficiam do apoio do orçamento da UE».

No debate, a Comissão acrescenta ainda a função de estabilização macroeconómica que o orçamento deverá comportar com o objetivo de proteger todos os Estados-Membros dos choques assimétricos, no contexto do Quadro Financeiro Plurianual. Nesta função divide-se o que se quer para a UE e o que se quer, em especial, para a zona euro – neste contexto, assumindo já 85% do PIB da União Europeia, seria de especial relevância dotar os países que adotaram a moeda única de instrumentos mais capazes de garantir que se cumpram objetivos mais amplos, com recursos significativamente mais elevados e um fluxo próprio de receitas.

A reflexão também acrescenta como importante a adaptação da União a modelos de crescimento sustentável que tenham em conta os aspetos económicos, sociais e

proveniente do orçamento da UE, juntamente com as contribuições dos Estados-Membros destinadas a financiar os projetos de desenvolvimento conjuntos. Prevê-se que o referido fundo possa gerar um investimento total na investigação em matéria de defesa e no desenvolvimento de capacidades de 5 500 milhões de euros por ano, a partir de 2020 – implicando a partir desta data um esforço constante com diversas fontes de financiamento. Cfr. Comissão Europeia, *O futuro financiamento da UE*.

ambientais de uma forma global e integrada. Para que esta transição tenha êxito, deverão existir avultados investimentos, sendo as necessidades mais importantes neste contexto a nível da infraestrutura energética hipocarbónica, no domínio da produção, transporte e distribuição²³.

Como reconhece o Relatório dos “5 Presidentes”, no decorrer da dita crise, foram vários os mecanismos intergovernamentais criados – o objetivo de colmatar as lacunas que se encontravam na arquitetura da União Económica e Monetária ditou a sua criação. Todavia, agora, estes mecanismos devem ser integrados no quadro jurídico da União Europeia – como previsto para o Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governação (TECG). Mas deve ainda suceder noutros casos como o Pacto para o Euro Mais e o acordo intergovernamental sobre o Fundo Único de Resolução, não esquecendo o Mecanismo Europeu de Estabilidade como um instrumento fundamental para que se giram as crises potenciais. Dada a sua estrutura intergovernamental, os seus processos de governação e de tomada de decisões são caracterizados pela complexidade e pela morosidade, por isso deve-se, a médio prazo, integrar a sua governação no âmbito dos Tratados da UE.

É escusado apelar à importância da Zona Euro no contexto da governação da União, bem como das suas repercussões no âmbito de cada um dos EM, como demonstra o artigo 12.º e seguintes do TECG. A governação coordenada com cimeiras organizadas e contactos constantes têm como objetivo as orientações estratégicas para a condução das políticas económicas para uma maior convergência na área do euro. Também no âmbito do TECG, a coordenação das políticas económicas e de convergência são uma preocupação, como nos mostra o seu artigo 9.º no qual se estabelece que os Estados signatários do tratado adotam as ações e medidas necessárias em todos os domínios cruciais para o bom funcionamento da área do euro, prosseguindo os objetivos de promover a competitividade, incentivar o emprego, contribuir para a sustentabilidade das finanças públicas e reforçar a estabilidade financeira.

²³ A título de exemplo dá-se a quase duplicação da quota da energia proveniente de fontes renováveis na produção de eletricidade até 2030 a fim de a União Europeia poder cumprir os seus objetivos energéticos e climáticos, tendo o orçamento da UE pode ter um efeito catalisador, estimulando os investimentos privados ou públicos suplementares necessários.

Para garantir que se alcancem os objetivos que aqui fomos apresentando, para além das áreas que, em maior proporção, representam as despesas do orçamento da UE – como a política da agricultura e da coesão –, todas devem ser analisadas pelo prisma do valor acrescentado da União Europeia, de forma a que se consiga assegurar a coerência estratégica entre os instrumentos da UE e a realização de reformas nos Estados-Membros²⁴.

De qualquer forma, a boa execução das políticas da União Europeia depende de uma função pública europeia sólida e eficiente. O esforço de respeitar o compromisso assumido para reduzir o seu nível de efetivos desde 2013 foi assumido pelas instituições da União, mesmo com a assunção de novas responsabilidades, como a gestão da crise dos refugiados ou a resposta às ameaças em matéria de segurança, ou ainda nas delegações da UE em países terceiros. Portanto, as decisões a adotar quanto às futuras políticas e instrumentos devem, indubitavelmente, ter em conta o impacto nos recursos humanos²⁵.

Mas em resumo, que novas fases para as finanças públicas da União? No que respeita à União Económica e Monetária, ainda há muito por cumprir, apesar dos avanços significativos, como é exemplo da União dos Mercados de Capitais que se prevê concluída em 2019. Pretende-se, até o mais tardar 2025, formalizar e tornar mais vinculativo o processo de convergência. Também no âmbito da responsabilização democrática, legitimidade e reforço institucional, registamos com agrado o que tem sido veiculado pelas instituições e na sua interação com parlamentos nacionais e demais entidades.

Para a União Orçamental, os planos passam por criar uma função de estabilização

²⁴ Comissão Europeia, *O futuro financiamento da UE*. No domínio do financiamento das PME, dá-se o exemplo de os mesmos beneficiários poderem ser elegíveis para efeitos de apoio mediante vários instrumentos cobertos por diferentes programas (COSME, Horizonte 2020 e FEIE) ou aplicados pelos Estados-Membros através da política de coesão. A sobreposição a nível da oferta tem sido, ao longo dos anos, fonte de alguma confusão para os intermediários financeiros quanto ao regime a aplicar. Neste sentido, a Comissão entende que se devem harmonizar as regras e condições aplicáveis no mesmo domínio de intervenção.

²⁵ Comissão Europeia, *O futuro financiamento da UE*. «É patente um maior desinteresse dos jovens provenientes dos Estados-Membros com um rendimento per capita relativamente elevado por se tornarem funcionários das instituições da União Europeia. Apesar de as condições de trabalho poderem ser apenas um fator entre vários aquando da tomada dessa decisão, a evolução é clara».

macroeconómica para a área do euro. A convergência, no sentido de estruturas económicas nacionais com uma capacidade de resistência semelhante, constituirá uma condição de acesso a este mecanismo. E na responsabilização democrática, legitimidade e reforço institucional, os esforços passarão por integrar o Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE) no quadro do direito da União e instituir um tesouro da área do euro, a ser responsabilizado a nível europeu.

Assim, o futuro da UE passará por 5 cenários: a) manter o rumo: a UE-27 prossegue a concretização do seu programa de reformas positivas; b) fazer menos em conjunto: a UE-27 intervém menos em conjunto em vários domínios de intervenção; c) quem quiser mais faz mais: a UE-27 permite que determinados grupos de Estados-Membros intervenham mais em domínios específicos; d) reconfiguração radical: a UE-27 intervém mais nalguns domínios e menos noutros; e por fim e) fazer muito mais em conjunto: a UE-27 decide intervir muito mais, em conjunto, em vários domínios de atuação.

Analisando os cenários descritos pela Comissão e o documento de reflexão sobre o futuro das finanças públicas da União, julgamos que uma mescla entre o 3.º e o 5.º cenários, respetivamente, «quem quiser faz mais» e «fazer muito mais em conjunto», seria o ideal. A segurança, a defesa e a migração têm que ser suportadas por todos os EM, porque já se percebeu que afetam a todos seja diretamente, seja indiretamente. Ademais, uma União Económica e Monetária com uma função de estabilização macroeconómica e um Fundo Monetário Europeu. No âmbito das receitas, o sistema atual deve ser robustecido com outras fontes de receitas ou taxas para o orçamento da UE, acrescido de novas políticas financiadas por todos os Estados.

Na verdade, esta mistura pode parecer uma pouco confusa, mas assim também vão alguns campos de atuação da União. O que preferimos será o que consiga cumprir os objetivos de convergência e coesão sem afetar consideravelmente a autonomia dos EM²⁶, na medida do que ainda é possível. Preocupamo-nos com o receio dos antifederalistas, que não veem com bons olhos tudo o que permita ao orçamento da UE ter um maior peso no PIB da União, pois isso significará, em princípio, um

²⁶ Uma autonomia ‘vinculada’.

maior âmbito de atuação deste – sobretudo irão apelidar de “retirada de soberania aos Estados” e o velho argumento de que se estará a transformar a União Europeia num estado federal. Para esta antiga discussão, remetemos para os estudos de quem tem escrito recentemente sobre isto e que aborda de forma pertinente todas estas questões²⁷.

4. Nota finais

Como fomos vendo neste texto sobre finanças públicas na União Europeia, o futuro desta terá que ser diferente do que é hoje. Não será uma opção não caminhar para um orçamento mais simples, flexível, racional e capaz, sobretudo para uma despesa mais eficiente.

Em setembro de 2017, no discurso sobre o Estado da União que o Presidente Juncker apresentou ao Parlamento Europeu, tivemos a sua visão pessoal e política. Desvendamos um pouco do que será o próximo quadro financeiro plurianual a ser elaborado em meados de 2018 – assim soubemos a importância que a União dá ao seu futuro e a ambição dos seus Estados para esse futuro, porque se formos ambiciosos como um todo, aí, certamente, iremos solucionar a maior parte dos problemas com que hoje nos deparamos. Todavia, apenas foi deixada duas vias: para Juncker, ou «procuramos realizar as ambições da União Europeia dentro do quadro estrito do orçamento atual ou aumentamos a sua capacidade orçamental para que esta possa concretizar mais facilmente as suas ambições»²⁸, estando este mais disponível para a segunda hipótese.

Neste caminho que a UE está a trilhar, como elemento essencial temos a moeda única e a confiança que esta terá de gerar junto dos cidadãos como dos operadores económicos, que só se criará com uma visão comum entre todos os Estados-Membros e as instituições da UE.

²⁷ Para mais desenvolvimentos: Alessandra Silveira, *Cooperação e compromisso constitucional nos Estados compostos. Estudo sobre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos* (Coimbra: Almedina, 2007) e Alessandra Silveira, *Princípios de direito da União Europeia. Doutrina e jurisprudência* (2.ª ed., actual. e ampl., Braga: Quid Juris, 2011).

²⁸ Günther H. Oettinger e Cretu Corina. *Documento de reflexão sobre o futuro das finanças da UE* (Bruxelas: Comissão Europeia, 2017).

A chamada fase 2 da União Económica e Monetária também não poderá esperar muito, porque não podemos ter instituições que se não coordenam nem são capazes de responder aos problemas que lhes são apresentados.

As questões que têm de ser colocadas são:

No que deve ser aplicado o orçamento da UE? Como é que podemos tirar o máximo partido possível de cada cêntimo de modo a assegurar que as despesas da União produzem resultados concretos para os seus cidadãos? Que resultados podem ser alcançados através das despesas da União Europeia que não podem ser obtidos através das despesas nacionais? Como podemos tornar as políticas e programas mais simples e transparentes? Este é também o momento para perguntar: como deve ser financiado o orçamento da UE de forma a assegurar que tem os recursos necessários para satisfazer as expectativas dos europeus?²⁹.

O futuro da União até pode passar, no momento, por resolver pequenos problemas com grande impacto, mas demanda uma visão estrutural para os objetivos que que nos comprometemos em sociedade a atingir. A proposta de 13 de setembro de 2017 em que o Presidente da Comissão defende a existência de um ministro da Economia e das Finanças que promova e apoie a realização de reformas estruturais nos nossos Estados-Membros no âmbito do Serviço de Apoio às Reformas Estruturais e, ainda, que coordene todos os instrumentos financeiros da UE suscetíveis de serem utilizados caso um Estado-Membro entre em recessão ou seja atingido por uma crise grave, responde a algumas questões que fomos aqui trazendo. Pretende-se que para além de apenas sugestões ou propostas, estas se efetivem, de forma a superar os desafios com que estamos confrontados.

Requer-se, portanto, um peso e contrapeso entre as atribuições que os EM têm na prossecução das suas políticas orçamentais e a convergência que tem que ser conseguida na UE para que exista um futuro mais sustentável e menos avesso ao crescimento económico e à melhoria das condições de vida. De todo o modo, tem que ser realizado o juízo ponderado entre qual a verdadeira autonomia que queremos que os Estados detenham para si e o que poderá ser melhor conseguido por uma ação interventiva e verdadeiramente eficaz por parte da União. Note-se o papel que

²⁹ Günther H. Oettinger e Cretu Corina. *Documento de reflexão*.

a Comissão Europeia tem exercido na definição dos cenários macroeconómicos em cada um dos orçamentos estaduais – aqui, no âmbito das finanças públicas, já se assiste a uma arquitetura institucional mais complexa, a teoria dos *checks and balances* em potência.

O que distingue o projeto de integração europeu de outros tantos é o facto de ser um projeto único que combina prioridades nacionais, dando lugar para que as soberanias sejam voluntariamente congregadas e os interesses nacionais e coletivos sejam mais bem-servidos. Como dizia Juncker, «Precisamos de um orçamento para atingir os nossos objetivos. Para nós, o orçamento não é, portanto, um instrumento contabilístico, mas um meio para alcançar os nossos objetivos políticos»³⁰.

Debata-se o futuro da União de forma clara, sem ambições “nacionais” nem com interesses “indiretos”, consiga-se a convergência, a simplificação e coordenação entre o que existe para que tenhamos uma União forte, solidária e vanguardista, tendente a fazer face aos novos desafios que se impõem.

³⁰ Na Conferência «Um orçamento da UE centrado nos resultados», em Bruxelas, em 22 de setembro de 2015.

Os precedentes vinculantes e a crise funcional do Estado democrático de direito

Jose Luis Bolzan de Moraes*/Stefani Bonfiglio**

RESUMO: Dentre as várias crises que o Estado brasileiro enfrenta, a nomeada “crise funcional”, refletindo o (des) equilíbrio entre as típicas funções de Estado e sua tripartição orgânica tem entre outras expressões, no caso brasileiro, a implementação de um sistema de precedentes judiciais vinculantes que, entre outros aspectos, desequilibra o desenho institucional formatado constitucionalmente sobre o tradicional modelo “montesquiuniano”. De tantos aspectos, neste texto nos propomos analisar o influxo do processo de globalização, em especial econômica, que reivindica, no constitucionalismo brasileiro, a partir dos argumentos de justificação tecnicista e eficientista – que pretensamente legitimam a atividade criativa do poder judiciário –, uma maior “presença” da função jurisdicional, protagonizando o debate político.

PALAVRAS-CHAVES: crises do Estado; globalização; precedentes judiciais vinculantes.

ABSTRACT: Amongst the various crisis that the Brazilian State faces, the designated as “functional crisis”, that reflects the (im)balance between the typical State functions and its organic tripartition, originates, amongst others, the implementation of a system of binding judicial precedents. One of the consequences of this system is that it creates an imbalance in the institutional framework based on the traditional “montesquienan” model. In this paper, we will analyze the influx of the globalization process, especially economic, that demands, in Brazilian constitutionalism, on the grounds of technical and efficiency arguments – that allegedly justifies the creative activity of the judiciary –, a larger “presence” of judiciary branch and its resulting place in the political debate.

KEYWORDS: crisis of the State; globalization; binding judicial precedent.

* Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Investigador do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico (CNPq), Procurador do Estado do Rio Grande do Sul.

** Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Membro do grupo de pesquisa “Estado e Constituição” do PPGD/UNISINOS, Docente na Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES), Advogada no Rio Grande do Sul.

1. À guisa de apresentação

Dando sequência aos estudos desenvolvidos pelo Grupo de Pesquisa *Estado e Constituição* – GEPE&C no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), e tendo em conta a temática de nossa intervenção no workshop “Jurisdição Constitucional e Interesses Económicos”, realizado por iniciativa do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho, Braga, Portugal, entre os dias 12 e 13 de setembro de 2017, entendemos pertinente questionar o papel dos precedentes judiciais vinculantes no cenário da jurisdição constitucional brasileira.

O recorte proposto passa pela compreensão das crises que enfrenta o modelo de Estado engendrado à luz do constitucionalismo da segunda metade do século XX em paralelo ao fenômeno econômico/político da globalização. E, ainda, pelo questionamento acerca da influência dos interesses econômicos no discurso de justificação tecnicista e eficientista como legitimador da atividade criativa do sistema de justiça, com o uso privilegiado dos pronunciamentos judiciais vinculantes a partir (ou em detrimento) do texto constitucional. Nesse sentido, ganha destaque no cenário brasileiro a recente promulgação de um novo Código de Processo Civil¹, que prevê a integração no ordenamento jurídico brasileiro de um microssistema de criação de precedentes judiciais vinculantes sem antecedentes comparativos vigentes na cultura jurídica de tradição romano-canônica².

A sociedade que hoje o direito pretende regular sucumbiu aos rasgos do

¹ Lei 13.105 de 17 de março de 2015, vigente desde 18 de março de 2016.

² Exemplificativamente: os Assentos portugueses, que conferiam “1) a um órgão judicial (a um tribunal) de prescrever 2) critérios jurídicos universalmente vinculantes, mediante o enunciado de 3) normas (no sentido estrito de normas gerais, ou de ‘preceitos gerais e abstratos’, que, como tais, 4) abstraem (na sua intenção) e se destacam (na sua formulação dos casos ou decisões jurisdicionais que tenham estado na sua origem, com o propósito de 5) estatuirem para o futuro, de se imporem em ordem a uma aplicação futura”, foram declarados inconstitucionais por decisão expressa no acórdão 810/93 do Tribunal Constitucional. In: António Castanheira Neves, *O instituto dos “Assentos” e a função jurídica dos Supremos Tribunais* (Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 2-3.

neoliberalismo político e econômico, que não correspondem às estruturas do Estado democrático de direito como emergente do aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de direito e, de outro, do *Welfare State*, com a qualificação da já consolidada questão social pelo propósito de transformação da sociedade. O pressuposto teleológico que impôs à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do “*status quo*”, estampado no texto constitucional pelos mecanismos próprios ao Estado do bem-estar e que definiu o Estado brasileiro a partir de 1988 esmorece frente ao esgotamento do financiamento estatal pós-privatização de bens e serviços públicos, bem como à corrupção político-empresarial endêmica e sistematizada, apenas para apontar alguns dos aspectos que se fazem presentes.

As crises conceitual, estrutural, institucional, funcional e política³ enfrentadas pelo Estado, como instituição moderna, se revelam fortemente na experimentação do Estado democrático de direito planejado pela Constituição Federal brasileira de 1988 – e as promessas não cumpridas dessa mesma Constituição colocaram em xeque a legitimação do direito como produto racional decorrente da atividade legislativa e da convergência entre as concepções de Constituição e de democracia a ser posto em prática pela ação estatal, sobretudo por sua intervenção executiva. Boa parte disso, então, acabou por desaguar no sistema de justiça em um intenso processo de judicialização do cotidiano, redundando, muitas vezes, em um ativismo judicial de marca própria. Tudo isso, entre tantos outros aspectos, resulta na adoção de um sistema de precedentes sem comparativos, como se verá na sequência.

A revisão dos conceitos de Constituição (e, conseqüentemente, de constitucionalismo) e de democracia no cenário brasileiro, em especial na percepção da doutrina processual civil, redundando, como se mostrará, na ideia de que a “evolução do direito” a partir da criação de uma figura atípica chamada de “precedentes vinculantes”, se justifica como manifestação da qualificação do Estado democrático de direito pelo sobrepulimento do modelo legislativo em favor de um “modelo baseado no constitucionalismo, que traduz-se em limites e vínculos constitucionais,

³ Hermes Zaneti Junior, *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição* (São Paulo: Atlas, no prelo para a 3.ª edição) sp.

do caráter rígido e do controle judicial dos conteúdos expressos nas constituições”, modelo este que, segundo essa corrente atribui ao poder judiciário, por decisão de seus tribunais superiores, o poder de criar “teses jurídicas” com caráter geral, abstrato e vinculante.

Assim, adota-se um “sistema” que repercute, de um lado, este desvio de rota do modelo funcional da atuação estatal clássica, e, de outro, a adoção como resultado de uma recorrente valorização da decisão jurídica em detrimento da decisão política, com uma politização da primeira, em um contexto de forte ativismo na atuação jurisdicional.

Com isso, ao final, restará a pretensão acessória desse artigo, qual seja: a de esclarecer à comunidade acadêmica europeia que os precedentes vinculantes engendrados no cenário processual/constitucional brasileiro não dizem respeito à exclusiva atividade jurisdicional de controle de constitucionalidade e se conjugam a este contexto mais amplo (assumindo um cunho político).

2. Reflexos das crises conceitual, estrutural e institucional do Estado no constitucionalismo brasileiro

O novo Código de Processo Civil brasileiro impõe aos atores do direito não apenas as adequações instrumentais e pragmáticas próprias à correlata área de conhecimento, mas, antes, a percepção acerca da implementação de um novo constructo para a solução judicial de conflitos e para a própria ordem jurídica.

A criação de um “sistema de precedentes vinculantes”⁴, ou seja, de um conjunto

⁴ A expressão “sistema de precedentes vinculantes” refere-se aos pronunciamentos judiciais elencados no artigo 927 da Lei 13.105/2015. Até mesmo seu uso constitui objeto de debate, considerando-se as diversas acepções que se dê ao conceito de precedente à luz da tradição jurídica brasileira e da nova legislação. Os defensores do precedentes vinculantes entendem que “[...] a noção de precedente é uma noção material – tem a ver com a autoridade das Cortes Supremas – e qualitativa – tem a ver com o fato de as razões constantes da justificação serem necessárias e suficientes para a solução de determinada questão de direito”. Os críticos de tal sistema, por sua vez, destacam a impossibilidade de conformação *a priori* e a partir de um enunciado, como se fosse um precedente. E o fazem a partir da compreensão de que “[...] o precedente é uma decisão de um Tribunal com aptidão a ser reproduzida/seguida pelos tribunais inferiores, entretanto, sua condição de precedente dependerá de ele ser efetivamente seguido

de pronunciamentos judiciais aos quais, pela nova lei, se atribuiu efeito vinculante, determina que o ordenamento jurídico absorverá o resultado da produção judicial de modo imperativo, prescritivo e abstrato, assumindo as decisões judiciais de última instância, portanto, caráter regulamentar. Ocorre que constitucionalmente este papel é fruto da atuação do legislador e expresso em sua produção normativa – na lei, em sentido genérico –, sendo, mais contemporaneamente, passado às súmulas vinculantes no contexto das reformas antes levadas a cabo.

Evidencia-se, assim, a mitigação da lógica da supremacia da lei e do legislador pela assunção de um direito “jurisprudencial”, que, segundo a doutrina majoritária do direito processual civil brasileiro, emerge da transição do Estado legislativo para o Estado constitucional, dando lugar “a um deslocamento eloqüentemente apontado pela doutrina: da vocação de nosso tempo para a legislação e para a ciência do Direito [...] para a jurisdição [...] – ou, melhor, para o processo”⁵ como manifestação da ordem constitucional do século XXI. O que não se diz, nem se explica, é o motivo de tal “transição” trazer como consequência este fenômeno, pois não se veicula o debate em torno das “crises”, em particular, neste viés “funcional”, tampouco se esclarece de que forma este fenômeno seria uma decorrência “natural” ou inexorável da entrada em cena dos Estados constitucionais, na linha posta por Luigi Ferrajoli.

Esse fenômeno se justificaria, segundo esse segmento da doutrina, por uma nova ordem constitucional e, em larga medida, pela associação das concepções da eficiência, estabilidade e confiabilidade, características dos sistemas judiciais originados da tradição da *common law*⁶, e pela invencibilidade das vicissitudes

na resolução de casos análogos/similares. Ou seja, não há uma diferença qualitativa, que sempre exsurgirá da *applicatio*”. Respectivamente In: Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero. *Novo código de processo civil comentado* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015), 973 e, Lenio Luiz Streck, “Art. 927”, in *Comentários ao Código de Processo Civil*, org. Dierle Nunes et al. (São Paulo: Saraiva, 2015), 1198.

⁵ Daniel Mitidiero, “A força dos precedentes”, in *Precedentes: estudos do curso de mestrado e doutorado em direito processual civil da UFPR*, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhardt e Daniel Mitidiero (Salvador: Juspodivm, 2012), 128-129.

⁶ Analisando a “ética” subjacente aos precedentes, Luiz Guilherme Marinoni sustenta que o caldo cultural e ético no qual o sistema legal brasileiro se insere, fruto que é da tradição da civil law é responsável pela contingência de insegurança, ineficiência e ausência de isonomia que o sistema judicial

que acompanham os sistemas originários da tradição romano-canônica, como o personalismo, a resistência à homogeneidade, a ausência de responsabilidade pessoal e a não superação dos padrões decisórios próprios do juspositivismo, ou seja, da interpretação exegética.

Cabe-nos, assim, evidenciar, como condição para a compreensão desse estado de coisas (inconstitucional?), o contexto estatal que redundou na assunção, aparentemente consensual, acerca do potencial dos precedentes judiciais vinculantes como instrumental apto à concretização do ideário neoconstitucional de segurança jurídica, de liberdade e de igualdade, próprios de um Estado democrático constitucional.

Para tanto, permitimo-nos retomar, brevemente, algumas ideias já trabalhadas por Bolzan de Moraes em outros momentos, relativamente às crises do Estado no que diz respeito às suas (1) características conceituais básicas, em particular o conceito de soberania; à (2) crise que atinge não a concepção mesma de Estado, mas uma de suas materializações, o *Welfare State*, ou Estado de bem-estar social; à (3) crise que se projeta sobre a fórmula moderna de racionalização do poder, ou seja, a do Estado constitucional, organizado a partir da matriz normativista e escalonada que determinou a rigidez (e a indecidibilidade) do texto constitucional, associada a uma quarta crise que (4) atinge a tradição da separação funcional do poder estatal e a consequente politização do judiciário; além de uma (5) crise do modelo de política representativa.

A crise conceitual, que nos interessa mais de perto aqui e agora, poderia ser discutida sob duas variantes: uma, pelo surgimento de pretensões universais da

brasileiro vivência, afirmando que: “Os sujeitos protagonistas de uma cultura patrimonialista, avessa à impessoalidade, têm a ‘generalidade da lei’ como um empecilho ao desenvolvimento de suas aspirações. Nessa cultura o sujeito não se sente obrigado a se comportar de acordo com o direito e, portanto, apoiado nas suas relações, deve escapar da lei que lhe traz prejuízo. Esse é o espaço do ‘homem cordial’, do sujeito incapaz de viver diante de organizações e instituições caracterizadas pela racionalidade e pela impessoalidade. Há uma nítida conexão entre a incapacidade de conviver com a impessoalidade – e, assim, com a generalidade da lei – e a irracionalidade da distribuição da justiça. [...] A cultura do ‘homem cordial’ não é apenas desinteressada, mas sobretudo receosa a um sistema precedentalista” Luiz Guilherme Marinoni, *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC* (São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014), 102-103.

humanidade referidas pela emergência dos direitos humanos; outra, pela superação da supremacia da ordem estatal por outros *loci* de poder, tais como as organizações supranacionais e, particularmente, pela ordem econômica privada ou pública. A segunda diria respeito à evolução do modelo de Estado de bem-estar social e as barreiras que enfrenta para a sua permanência sob três ordens distintas: fiscal-financeira, ideológica e filosófica. Impondo-se observar que é nesse contexto que o projeto neoliberal⁷ busca nas insuficiências do *État-providence*⁸, o retorno a um modelo reduzido de ordem estatal. E é este o conceito que, estampado no texto constitucional,⁹ define os contornos do Estado brasileiro a partir de 1988 e que o constituinte nacional foi buscar em Constituições produzidas em situações similares à nossa, como é o caso da Constituição Portuguesa pós-Revolução dos Cravos e da Constituição Espanhola seguinte à derrubada do regime franquista, ou seja, documentos produzidos no interior de processos de redemocratização pós-autoritarismos.

Postas essas questões, importa-nos trabalhar mais amiúde a crise do Estado que corresponde à fragilização dos instrumentos jurídico-políticos de ordenação do poder e de organização estrutural da sociedade, ou seja, a “crise institucional”, parecendo-nos inevitável que, como conseqüência das crises anteriormente referidas, tenhamos a fragilização do instrumento que, na modernidade, serviu como *locus* privilegiado para a instalação dos conteúdos políticos definidos pela sociedade, a Constituição.

A Constituição (e o constitucionalismo), que, durante muito tempo, estabeleceu o limite dos atos de poder em conformidade com a estrutura infra ordenada pela

⁷ Aqui, ainda, utilizaremos esta nomenclatura, muito embora Bolzan de Moraes sugira nominar a experiência de neocapitalismo, pois parece-lhe mais adequado aos seus contornos de projeto vinculado ao viés econômico do liberalismo, onde, ao que se vê, há uma intenção não expressa de liberar o capital – e o capitalismo financeiro – das amarras que acabaram por se constituir através, entre outros, dos conteúdos liberais dos núcleos moral e político-jurídico. Ver, a respeito: Garcia-Pelayo, *Las transformaciones del Estado contemporaneo* (Madrid: Alianza, 2005) e José Luis Bolzan de Moraes, *Do direito social aos interesses transindividuais* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996).

⁸ Sobre este tema, ver: Pierre Rosanvalon, *La crise de l'Etat providence* (Paris: Ed. Du Seuil, 1981) e *La nouvelle question sociale* (Paris: Ed. Du Seuil, 1995).

⁹ Artigo 1.º da Constituição da República Federativa do Brasil: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”

norma constitucional e que, no pós-II Guerra, moldou o Estado democrático de direito, vai, sistematicamente e no influxo das crises antes descritas, perdendo força como paradigma ético-jurídico da sociedade e do poder.

Na percepção de José Eduardo Faria¹⁰, já no limiar do século XXI, a ideia de Constituição cada vez mais era apontada como entrave ao funcionamento do mercado, como freio da competitividade dos agentes econômicos e como obstáculo à expansão da economia, em oposição ao projeto jurídico-político liberal-burguês, que, no século XX, projetava-a como sinônimo de segurança, legitimidade e de resistência aos mecanismos de violência monopolizados pelo Estado.

O processo de globalização, impulsionado entre outros fatores, por um sistema de transportes eficiente, pela maximização dos meios de comunicação e, especialmente, pelo advento da Era digital, determinou a standardização do direito dos cidadãos, dos direitos humanos e do direito dos consumidores. O poder do mercado paralelo (ou sobreposto) ao poder estatal, a realidade e as práticas por ele impostas consolida, para além da *lex mercatoria*, “*un nuevo constitucionalismo cuya ideología, mecanismos y objetivos son profundamente diversos al constitucionalismo social que nació en la posguerra para darle soporte jurídico al Estado contemporáneo*”¹¹.

Este processo de sistemática sobreposição ao poder estatal pelo poder econômico transnacional acabou por determinar a fragilização dos direitos vinculados ao modelo de Estado Providência e dos direitos constitucionais das “novas gerações”. Assim “*la constitución queda aprisionada, así, por la emergencia de un paradigma jurídico global que torna incontrolables los procesos económicos: la regulación de los mercados se aleja del ámbito público estatal y se desplaza hacia ámbitos privados inaccesibles a un control democrático*”¹².

¹⁰ Ver o prefácio da obra de Gisele Citadino, *Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional contemporânea* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000), xv.

¹¹ Marcelo Oliveira de Moura e José Luis Bolzan de Morais, “Transformaciones contemporáneas del Estado y de la jurisdicción”, in *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, ed. Alfonso de Julios-Campuzano (Madrid: Dykinson, 2016), 73.

¹² Alfonso de Julios-Campuzano, “Por un cosmopolitismo gradual. Derecho y Constitución en el orden supranacional” in *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, ed. Alfonso de Julios-Campuzano (Madrid: Dykinson, 2016), 335-336

As Constituições dos Estados nacionais e o próprio constitucionalismo moderno são revisitados, na medida em que o prevalectimento da lógica mercantil e a já mencionada contaminação de todas as esferas da vida social pelos imperativos categóricos do sistema econômico esvanecem a ordem constitucional subordinada a um padrão político e moral. E, neste contexto mais amplo, insere-se um aspecto pontual que merece reflexão, em especial na atual experiência brasileira no campo da processualística.

3. A crise funcional do Estado e a alegada transição do Estado legislativo ao Estado constitucional: o discurso de justificação dos precedentes vinculantes

A crise funcional do Estado relaciona-se estritamente com a tripartição de funções e com o equilíbrio entre os poderes de Estado, podendo ser compreendida tanto pela perda de centralidade e da exclusividade na produção do direito, quanto pelo redimensionamento entre os órgãos de poder com atribuição funcional para tanto. E, ainda, “pela incapacidade sentida em fazer valer aquelas decisões que produzem com a perspectiva de vê-las suportadas no caráter coercitivo que seria próprio às decisões de Estado, decorrência direta de sua crise conceitual”¹³.

Essa crise, comum aos Estados como instituições jurídico-políticas da modernidade, desafia enfoques teóricos diversos por parte do constitucionalismo europeu e do constitucionalismo brasileiro. Enquanto aquele enfrenta os desafios postos não só pela necessidade de integração, entre diversas constituições tramadas no ideário do Estado-Nação moderno e estabilizadas a partir da ideia de rigidez e de limite determinado pela Constituição, mas, principalmente, pelo desdobramento

¹³ José Luis Bolzan de Moraes, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011), 56-57.

das fontes do direito¹⁴ decorrente do mundo globalizado¹⁵, o constitucionalismo brasileiro preocupa-se em justificar o deslocamento da fonte produtora do direito, do poder legislativo ao poder judiciário.

Ainda hoje, apesar de todo o influxo suportado, sob diferentes enfoques, o que interessa ao direito é a conformação das forças determinadas pelo exercício do poder. O controle dos atos de poder, que orientou a transição entre Estado Absolutista ao Estado Moderno é o que se traduz no ideário do liberalismo, como doutrina constante na evolução do pensamento político ocidental e marco ideológico relacionado à política hegemônica inerente à modernidade.

É no seio desse Estado de direito (liberal) que se desenvolve o controle dos atos de poder pelo direito e as formas de atuação da jurisdição como garante desse controle. A supremacia da lei, assente no princípio da legalidade, inaugura um modelo de Estado pelo qual se busca um ambiente social em que a superioridade econômica da burguesia revolucionária possa se instituir com liberdade e igualdade política ladeada por um sentimento de segurança e estabilidade propícios ao desenvolvimento econômico capitalista. O mecanismo para tanto é a racionalidade decorrente do império da lei, de uma lei geral e abstrata, ditada aprioristicamente e de forma neutra¹⁶.

¹⁴ “El nuevo orden mundial de una sociedad interconectada y globalizada invita a contemplar los sistemas de fuentes de Derecho desde una perspectiva universalista, que supere la visión fragmentaria y parcelada de los mismos. [...] El nuevo paradigma teórico de las fuentes del Derecho implica la superación de viejo modelo construido a partir de las fronteras jurídicas nacionales. Los ciudadanos y los juristas de siglo XXI deben ser conscientes de esa superación del marco territorial de los Estados nacionales, en lo que atañe al significado y operatividad de sus sistemas normativos”. In: António Enrique Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho* (Madrid: La Ley, 2011), 100-101.

¹⁵ “En estas coordenadas, asistimos al debilitamiento de la fuerza normativa de las constituciones estatales, condicionadas por ese juego de superposiciones normativas en el que el soft law, la lex mercatoria, el derecho privado interorganizacional, el derecho de las corporaciones transnacionales y la normatividad emanada de las organizaciones no gubernamentales, entre otras formas de juridicidad, minan la supremacía jerárquica otrora asignada a la constitución, cuya eficacia queda severamente mermada, lo cual ha permitido hablar de estatalidad abierta para denotar la difuminación de competencias en una red de actores públicos y privados de diverso género.” In: Alfonso de Julios-Campuzano, “Por un cosmopolitismo gradual. Derecho y Constitución en el orden supranacional” in *Itinerarios constitucionales para un mundo convulso*, ed. Alfonso de Julios-Campuzano (Madrid: Dykinson, 2016), 340-341.

¹⁶ “Verifica-se, portanto, a partir do referido, que a soberania do monarca do Estado absolutista foi, no Estado de Direito liberal e burguês, substituída pela soberania da lei, apoiada e sustentada pela soberania da nação, representada, por sua vez, pela Assembleia (...). A assembleia, enquanto representativa da

As vertentes ou materializações do Estado liberal, ou seja, o Estado de bem-estar social e o Estado democrático de direito, igualmente se apoderam dessa medida racionalista de poder e de sua clássica separação funcional de poderes. Assim, o ideário liberal que tem a ideia de felicidade amarrada ao acúmulo de bens materiais, o racionalismo cartesiano como fonte de eficiência e o individualismo como sustentáculo da ideia de liberdade não se despregam essencialmente dos dois modelos posteriores de Estado. Aquele liberalismo moderno que dá suporte ao Estado de direito (ou liberal), do ponto de vista do Estado constitucional, encontra o limitador do poder na Constituição.

Por conta desta constatação é que uma das críticas possíveis às premissas precedentistas decorre da equivocada leitura que se faz do processo de evolução das vertentes do Estado. Isso porque correlacionam a assunção de um modelo de precedentes vinculantes como próprio do movimento constitucionalista e da marca evolutiva da transição entre o Estado de direito (liberal) e o Estado democrático de direito, que também é liberal – o que é “esquecido” por autores pouco afeitos aos temas da Teoria do Estado, da Ciência Política ou da Filosofia Política. Isso sugere que, no Brasil, a marca constitucionalista de transição entre o Estado de direito (chamado legalista) e o Estado constitucional corresponderia à assunção de uma determinada teoria da interpretação e da função criadora do direito como própria da atividade judicial.

Esse imaginário é construído a partir do enfoque na Teoria da Interpretação e na afirmação de que a qualificação de um Estado “constitucional”, portanto, que vai além do “legalismo”, deve-se à superação da exegese própria do juspositivismo de primeira ordem e da perspectiva meramente declaratória do direito. Ou seja, trata-se da ultrapassagem da perspectiva segunda a qual o direito está contido na lei, bastando

vontade geral e da soberania do povo, passa, então, a ser um espaço destacado de atuação, caracterizando-se o Legislativo como órgão privilegiado desta nova estrutura de poder. Fecha-se, assim, o círculo de consolidação da nova ordem, em que, a burguesia, na condição de detentora do poder econômico, assume o poder político, fazendo da lei racional e da igualdade jurídica seus instrumentos de atuação no sentido de consecução de seus interesses.” Mônia Clarissa Henning Leal, *A constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional no Brasil* (São Paulo: Manolo, 2003), 16-17.

ao judiciário declarar-lhe o conteúdo. Para os defensores do poder vinculante dos precedentes judiciais “é enorme, portanto, a diferença entre a interpretação jurídica no Estado Legislativo e no Estado Constitucional – basta perceber que se pressupunha no primeiro uma unidade entre texto e norma”¹⁷.

Desse modo, aquilo que defendemos se trata de uma das mais sérias vertentes da crise que enfrenta o Estado, relativa à noção de racionalização do poder, e que “atinge a tradição da separação funcional – especialização de funções ou quem sabe ‘atividades preferenciais’ – do poder estatal”¹⁸. Os precedentalistas consideram essa questão como suplantada (a especialização de funções), a partir de uma suposta nova ordem constitucional e da consequente assunção do padrão decisório judicial vinculante, com a aposta na função jurisdicional como espaço e ambiente privilegiado, o que muitas vezes aparece atrelado a uma visão negativa da política como *locus* próprio à definição das opções políticas da sociedade.

A noção de racionalização do poder estatal no paradigma das decisões judiciais vinculantes, ou seja, a resposta devida por uma teoria que sustenta o poder criativo (e em última *ratio*) do judiciário, sem enfrentar a previsão constitucional da tripartição funcional e equilibrada entre os três poderes do Estado e da atividade precípua de cada um deles (aí se considerando, obviamente, o controle de constitucionalidade) é sustentada simplesmente na alegação de que esta escolha manifesta a transição (qualificada) do Estado de direito para o Estado (democrático) constitucional.

A assertiva de que vivemos a “transição do Estado Legislativo para o Estado Constitucional” é cantilena: inúmeras vezes repetida e precariamente debatida à luz da Teoria Constitucional atrelada a uma Teoria do Estado, como se pudesse fazer aquela sem esta.

¹⁷ Daniel Mitidiero, “A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional”, *Revista de Processo*, Ano 39, vol. 229 (Março 2014): 55, acessado em 12 de março, 2017, <https://ufrgs.academia.edu/DanielMitidiero>.

¹⁸ Jose Luis Bolzan de Moraes, *As crises do estado e da constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011), 18.

Neste grupo de autores, Hermes Zanetti Jr. é um dos poucos processualistas (precedentalista) que se dispôs a justificar a compatibilização da força vinculante, universalizante e abstrata de decisões judiciais (que não decorram do controle concentrado de constitucionalidade ou das súmulas vinculantes) com o artigo 2.º da Constituição da República Federativa do Brasil. Mas, ao fazê-lo, parte dessa mesma afirmativa sustentando que o conceito de Estado democrático constitucional é assim qualificado pelo “caráter emancipatório” imanente do poder de revisão constitucional (que passa a deter, ao mesmo tempo, um elemento participativo que lhe é agregado). “O Estado Democrático de Direito, agora melhor chamado Estado Democrático Constitucional, sobressai da evolução histórica do Estado Social, que agregou o elemento participativo [...] na formação das decisões estatais”¹⁹. Entretanto, não resta clara, apesar do autor descrever e exemplificar as atividades concorrentes entre os três poderes e o sistema de controle entre eles, a efetiva diferença entre os modelos de materialização do Estado – Estado democrático de direito e Estado democrático constitucional – e que passa a chamar de Estado constitucional (ou Estado democrático constitucional), que caracteriza apenas com esta transição do poder decisório ao Estado-juiz. Também não demonstra de que forma este modelo de Estado (o constitucional) autoriza a produção normativa vinculante e universalizante por parte dos tribunais.

A conclusão de Hermes Zanetti Jr. vai subsumida na afirmação de que a “doutrina da separação rígida tornou-se assim um dos ‘pontos mortos’ do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”²⁰, sobre o que até se pode encontrar alguma aproximação com algo

¹⁹ Hermes Zanetti Jr., *A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição* (em prelo, s.d) sp.

²⁰ Em artigo tratando da teoria da separação de poderes e do Estado democrático constitucional no contexto das políticas públicas e dos direitos fundamentais, Zanetti afirma que a limitação de ingerência do poder judiciário por auto restrição decorre de um engano comum pela “indevida adoção simplista, por parte da doutrina, no Brasil, do modelo europeu puro de separação dos poderes. Nosso modelo é outro, quer por razões históricas, a exemplo da adoção do modelo constitucional da judicial review norte-americana, desde 1891, quer por razões teóricas, a consolidação do neoconstitucionalismo, com a constituição de 1988”. In: Hermes Zanetti Jr, “A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de garantia”, in Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe,

já dito por Paulo Bonavides há muito tempo, o que não leva inexoravelmente a uma supremacia da jurisdição, como superego da sociedade, como sugerido por Ingeborn Maus. E suas considerações acerca da transição do Estado de direito (ou do Estado legislador) para o Estado constitucional igualmente não esclarecem em que sentido a opção por um sistema de precedentes vinculantes pode indicar: 1) a supremacia da constituição, e, dentro desta, dos direitos fundamentais; 2) a consagração do princípio da legalidade como subsunção efetiva de todos os poderes públicos ao direito; e 3) a “funcionalização” de todos os poderes do Estado para garantir o desfrute dos direitos de caráter liberal e a efetividade dos direitos sociais, que são três dos fatores que, segundo Antônio Manuel Peña Freire²¹, caracterizam a diferença entre os modelos do Estado “Moderno” e o chamado Estado constitucional.

Assim, o argumento que pretensamente sustentaria a tese da superação da tripartição de funções entre os poderes de Estado se mostra inconsistente, tanto quanto o argumento segundo o qual a assunção pelo Brasil da *judicial review* denota a superação da divisão funcional entre os poderes de Estado. Diante da “crise funcional” a resposta precedentalista não dá conta de apontar algum tipo de saída que seja até mesmo compatível com a fórmula “garantista” deste Estado constitucional.

A análise das transformações que se observa nas relações entre as funções estatais tradicionais refletem, aparentemente, a perda de importância própria e a projeção sobre aquilo que tradicionalmente seria atribuição característica de outra. Retomando o histórico caracterizador da teoria da especialização de funções do Estado, percebemos que, autofagicamente, hoje, uma pretende/busca sobreviver “à custa” da(s) outra(s). E é isso que transparece de um sistema de precedentes que parece ter como foco principal a elevação da decisão judicial ao topo, perdendo de vista, também, a própria disfuncionalidade da “decisão estatal” confrontada pela “crise conceitual” do Estado.

O controle jurisdicional de políticas públicas (Rio de Janeiro: Forense, 2011), 33-72.

²¹ Antônio Manuel Peña Freire, *La garantía en el Estado constitucional de derecho* (Madrid: Trotta, 1997), 37.

4. Para concluir: os precedentes vinculantes atendem à lógica de mercado muito mais do que aos fundamentos democrático-constitucionais

A proposição de um sistema de precedentes vinculantes (à brasileira) nos termos do previsto nos artigos 927, 928 e outros do Código de Processo Civil ultrapassa a questão da legitimidade constitucional do Supremo Tribunal para produzir normas, eis que alcança a esfera decidenda do Superior Tribunal de Justiça, dos tribunais ordinários e até mesmos das turmas recursais.

A compreensão dessa afirmativa passa, num primeiro momento, pela atribuição de sentido que se dá a expressão “observará” contida no *caput* do artigo 927 do Código de Processo Civil e, num segundo momento, pela leitura conjunta e complementar dos artigos antes referidos²². Passa, igualmente, por reconhecer que esta compreensão admite dois caminhos antagônicos, um projetado por doutrinadores e operadores do direito que acreditam que os precedentes vinculantes serão capazes de qualificar não apenas a prestação da tutela jurisdicional, tornando-a mais célere e eficiente, mas também a ordem jurídica pela unidade e estabilidade do direito. E o outro, já conhecido pela realidade forense brasileira²³, que contabiliza os anos que cada um dos tribunais superiores levará para desaguar a demanda contida por milhares de ações que lhes ocorrem a cada ano, planejando a gestão da crise do judiciário através da aplicação massiva das teses jurídicas decorrentes de cada julgamento proferido nos termos do artigo 927 do Código de Processo Civil, aplicando-as vinculativamente

²² Segundo o artigo 927 da Lei 13.105/2015 - Código de Processo Civil brasileiro “Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados [...]”. Art. 928. Para os fins deste Código, considera-se julgamento de casos repetitivos a decisão proferida em: I - incidente de resolução de demandas repetitivas; II - recursos especial e extraordinário repetitivos. Parágrafo único. O julgamento de casos repetitivos tem por objeto questão de direito material ou processual.

²³ A técnica de recursos especial e extraordinário repetitivos é usada desde 2008, quando implementada pela Lei 11.672/88.

como uma espécie de meta-norma capaz de expungir, a partir de um só julgamento, milhares de ações em todos os graus de jurisdição.

Em comum estas duas perspectivas veem na expressão “observarão” o dever de adesão horizontal e de submissão vertical entre diversos juízos com relação aos precedentes vinculantes. De divergente, a determinação de quais tribunais são legitimados a formar precedentes e em quais hipóteses uma decisão judicial (dentre aquelas elencadas nos artigos 927 e 928 do CPC) pode ser compreendida como um precedente vinculante.

Para ficar mais claro: os artigos 927 e 928 do Código de Processo Civil contêm um rol que elenca as hipóteses de pronunciamentos judiciais que devem ser observados, caracterizando, portanto, os pronunciamentos judiciais vinculantes. Dentre esses pronunciamentos, alguns têm origem em institutos de competência do Supremo Tribunal Federal (os enunciados de súmulas vinculantes), do Superior Tribunal de Justiça (os enunciados das súmulas do Superior Tribunal de Justiça), dos tribunais locais (o acórdão decorrente de incidente de resolução de demandas repetitivas²⁴) e finalmente pelas turmas recursais (decorrente de orientação do plenário). Ou seja, da leitura desses dois artigos é possível inferir que todos os tribunais, ao proferirem acórdão em cada um daqueles institutos, enunciarem súmulas ou orientação plenária, estarão formado precedentes vinculantes, ou seja, uma resposta judicial a um caso concreto com capacidade de universalização, generalização e vinculação.

Pois é exatamente esta a interpretação que o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de origem têm aplicado ao micro-sistema de formação de precedentes vinculantes. Ao contrário do defendido pela doutrina do precedentalismo brasileiro, o precedente vinculante (que obsta a admissão de recurso especial e recurso extraordinário, que autorizam o deferimento de tutela de evidência em antecipação de tutela ou julgamento parcial de mérito e, ainda, o julgamento liminar de improcedência) é subsumido em verbete e aplicado sistematicamente sem qualquer análise paradigmática com o caso em concreto.

²⁴ Regulado pelos artigos 976 a 987 da Lei 13.105 de 17 de março de 2015, Código de Processo Civil.

Assim, não é possível ignorar que tal sistema afeta radicalmente o papel dos tribunais no Brasil, e atende à promessa de uma atuação eficiente, célere e uniforme em contrapartida ao deficit de confiabilidade inexoravelmente associado à atividade própria do poder legislativo.

Na perspectiva desse texto, a implementação de um sistema como o alinhado no Código de Processo Civil não responde às demandas democráticas ou de valorização da Constituição, senão aos valores tecnicistas, pragmáticos e eficientistas propugnados por interesses econômicos neste contexto de globalização e de crise paradigmática do Estado, veiculados nesta “nova razão (neoliberal) do mundo”, voltada que é a gerenciar e atender standards e indicadores de produtividade e “confiabilidade”.

No curto espaço deste texto, lançamos mão do arrazoado de António Manuel Hespanha, que, com a precisão e acuidade que lhe constitui marca é, ao mesmo tempo, capaz de dar fecho às questões que aqui propusemos e inaugurar mais um flanco de análise a merecer a observação dos estudiosos do direito. Diz o historiador do direito:

“A questão da bondade de um direito prudencial (de juízes ou de juriconsultos) relaciona-se não apenas com a questão da independência dos juristas face ao poder político do Estado, mas também com o tipo de relação que estes mantêm com outros poderes sociais, embora estas relações de poder sejam quase sempre ocultadas pela invocação que os próprios juristas fazem da independência que a sua própria autoridade técnica lhes garantiria. Realmente — já o vimos —, durante praticamente toda a história do direito ocidental foi atribuída aos juristas, com argumentos diversos, uma especial capacidade para revelar as regras de direito, por saberem ler a ‘natureza das coisas’, por serem peritos em descobrir o sentido profundo dos textos, por terem acumulado um precioso capital de experiência na resolução justa dos conflitos. Esta linha de argumentação faz parte de um filão mais vasto de legitimação aos saberes técnicos que tem conduzido à tecnocracia, enfraquecendo ou subvertendo o princípio do direito democrático. [...] Estas ideias de um direito baseado na autoridade doutrinal assentam em concepções do direito e do saber jurídico bastante controversas: a de que existe uma natureza das coisas independente das situações e contextos concretos, a de que as normas têm sentidos fixos e herméticos e a de que os juristas se podem libertar das suas pré-compreensões e formações (ou deformações) profissionais e chegar a um saber neutro, objetivo e mais geralmente justo do que o dos representantes do povo. [...] O efeito do fechamento sectário do discurso dos juristas é tanto mais provável quanto os especialistas — neste caso, os juristas — assumirem uma atitude intelectual mistificadora quanto

à autoridade do seu próprio saber [...] O consenso alargado que se forme por influência de um saber desse tipo corresponde antes a manipulação do que a reflexão, contrariando os fundamentos de um paradigma democrático para o direito. Este é um risco muito presente na discussão pública acerca do direito e, até, do poder, com as opções normativas que daí decorrem. [...] Hoje, estes pontos de vista sobre o caráter enviesado do saber especializado na esfera do direito decorrem ainda da emergência de novos interlocutores nesta esfera de discussão. Referimo-nos às grandes sociedades de advogados, as quais, incorporam, muito frequentemente, prestigiados membros da academia. A grande modificação na estrutura da esfera da comunicação jurídica nos nossos dias relaciona-se com a importância crescente das sociedades de advogados, cada vez mais relacionadas com uma litigiosidade de médias, grandes e enormes empresas, acompanhada pelo declínio contínuo dos advogados individuais, que tradicionalmente cuidavam dos problemas jurídicos de indivíduos²⁵.

De outro lado, mereceria uma melhor reflexão a conexão que há, aqui, da adoção de tal sistema de precedentes em um contexto de reformas que se sustentam na “nova” racionalidade imposta pelo neoliberalismo, uma racionalidade que, como demonstram Dardot e Laval, se identifica pelo modelo gerencial, expresso, hoje, em sede constitucional, pela adoção do princípio eficientista, como já referido antes.

²⁵ António Manuel Hespanha, *Cultura jurídica europeia síntese de um milénio* (Coimbra: Almedina, 2017), 502-503.

O ideal constitucional: das origens à teoria da interconstitucionalidade

Larissa A. Coelho*

RESUMO: Estudar o desenvolvimento histórico do constitucionalismo permite-nos compreender a ideia ou essência da Constituição. Partindo de uma abordagem ainda que sumariada dos principais fatos em cada período histórico, verificamos que o constitucionalismo moderno é fruto da conjugação de todas as concepções desenvolvidas ao longo do tempo. Uma vez que nos encontramos diante de uma nova alteração de paradigmas, em que a Constituição passa a dialogar com outros textos constitucionais implementando a teoria da interconstitucionalidade, somos levados a questionar se a ideia de Constituição permanece constante neste novo plano. Com um estudo descritivo-exploratório, cujo método aplicado é o hipotético-dedutivo associado ao método histórico-jurídico-comparativo, a doutrina jurídica auxilia-nos na resposta a essa questão.

PALAVRAS-CHAVE: essência da constituição; constitucionalismo; história do constitucionalismo; teoria da interconstitucionalidade.

ABSTRACT: Studying the historical development of constitutionalism allows us to understand the idea or essence of the Constitution. Starting from a summarized approach of main facts in each historical period, we verified that the modern constitutionalism is fruit of conjugation of all conceptions developed over time. Once we are in the midst of another paradigm change, in which the Constitution begins to dialogue with other constitutions texts implementing the theory of interconstitutionality, we are led to question whether the idea of Constitution remains constant in this new plan. With a descriptive-exploratory study, whose applied method is the hypothetical-deductive associated with the historical-legal-comparative method, the legal doctrine helps us answering this question.

KEYWORDS: constitutional essence; constitutionalism; history of constitutionalism; theory of interconstitutionality.

* Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas na Universidade do Minho (UMinho). Mestre em Direitos Humanos pela UMinho. Investigadora não doutorada do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da UMinho.

O presente estudo corresponde à intervenção no workshop “Jurisdição Constitucional e Interesses Económicos”, organizado pelo CEDU/UMinho nos dias 12 e 13 de setembro de 2017 e tem por base os artigos da autora intitulados “Para onde caminha a Constituição?”, apresentado no Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas da UMinho: o estado da arte da pesquisa em Direito, Braga, UMinho, 5 de setembro 2017 e “A teoria da constituição na era global: para uma historicidade da essência do constitucionalismo”, apresentado no VII Encontro Internacional do CONPEDI/Braga, UMinho, 7 e 8 de setembro de 2017.

1. Introdução

A partir do estudo sobre o desenvolvimento histórico do constitucionalismo somos confrontados com vários paradigmas que se impuseram à sociedade, mas que, entretanto, vão sendo ultrapassados acompanhando o processo de evolução social. A Constituição moderna, entendida enquanto um documento que reúne uma série de princípios com vista a limitar o poder absoluto, se consolida ao mesmo tempo em que a figura do Estado e seus elementos se firmam no cenário político internacional. Contudo, essa relação não deve ser vista como umbilical, pois como explana Paulo Rangel, o conceito de Constituição “[...] transcende a forma do Estado moderno”, sendo a ideia de Constituição “[...] anterior à invenção do Estado [...]”¹.

O estudo didático da evolução histórica do constitucionalismo nos permite demarcá-lo temporalmente em três fases: a primeira, que decorre a partir das revoluções liberais no século XVIII; a segunda fase que tem início com a Primeira Guerra Mundial; e, por fim, a terceira fase que se inicia com o fim da Segunda Guerra e os processos de descolonização².

O constitucionalismo atual, também designado de pós-moderno, se confronta com um duplo paradigma. Por um lado, desenvolve-se um movimento cunhado de neoconstitucionalismo, cuja maior propagação ocorre nos países da América do Sul. Por outro lado, em razão da globalização e do processo de integração, sobretudo no espaço europeu, temos a teoria da interconstitucionalidade.

No presente estudo, dedicaremos a atenção à teoria da interconstitucionalidade – que tem sido apresentada pela doutrina como capaz de promover uma atualização da teoria da constituição. Deste modo, nosso objetivo consiste em verificar se a ideia de Constituição permanece constante em sede de teoria da interconstitucionalidade. Logo, a investigação parte de uma análise histórica, com foco na evolução do constitucionalismo desde a Antiguidade clássica até a chamada era pós-moderna.

¹ Cfr. Paulo Castro Rangel, *O estado do Estado* (Alfragide: Dom Quixote, 2009), 133-134.

² Cfr. José Alfredo de Oliveira Baracho, “Teoria geral do constitucionalismo”, *Revista de Informação Legislativa Brasileira*, ano 23, n.º 91 (jul./set., 1986): 30-39.

Assim, através de um estudo descritivo-exploratório, adota-se como método de investigação o hipotético-dedutivo, pois que com base em conhecimentos prévios e com o surgimento de conflitos, pressupõe-se soluções iniciais a partir de conjecturas que se encontram sujeitas a testes³. Associa-se ainda, para o desenvolvimento do estudo, o método histórico-jurídico, em que se analisa a evolução do constitucionalismo, visando determinar se as suas causas e efeitos tendem a permanecer constantes, especialmente no contexto da teoria da interconstitucionalidade. Como procedimento de pesquisa aplica-se o método histórico-comparativo, pelo qual se investiga fatos e acontecimentos passados para verificar-se as consequências e influências destes na atualidade⁴.

2. Das origens à consolidação do constitucionalismo moderno

O constitucionalismo moderno está associado à limitação do exercício do poder e à supremacia da lei. A Constituição passa a ser compreendida como um documento escrito a partir do século XVIII, pese embora o exemplo do constitucionalismo britânico. Entendendo que o constitucionalismo corresponde à acumulação das finalidades que a Constituição passa a ter em função dos acontecimentos históricos, de forma sumária tentemos captar o principal contributo de cada período histórico para a consolidação do constitucionalismo.

Iniciemos, portanto, nossa análise a partir do entendimento da Constituição na Antiguidade Clássica. Neste período histórico a Constituição tinha por finalidade organizar a comunidade política, estando em causa determinar a função dos cidadãos, a forma, a estrutura e a organização do governo. Assunto desenvolvido por Aristóteles na obra *Política*, segundo o qual o governo deve ter por atenção o interesse comum. Esta concepção, no entanto, passa a ser criticada pelos romanos, uma vez que viam a Constituição não apenas como um veículo para a realização do interesse comum, mas também um acordo comum de justiça⁵.

³ Cfr. Miracy Barbosa de Sousa Gustin e Maria Tereza Fonseca Dias, *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática* (Belo Horizonte: Del Rey, 2010), 20-23.

⁴ Cfr. Eva Maria Lakatos e Marina de Andrade Marconi, *Metodologia científica* (São Paulo: Atlas, 1991).

⁵ Cfr. Júlio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, “A ideia de constituição: uma perspectiva ocidental - da

Passando ao período seguinte, na Idade Média, como esclarece Barroso “[...] o ideal constitucionalista, que vinha dos gregos e havia sido retomado pelos romanos [...] desapareceria do mundo ocidental por bem mais de mil anos, até o final da Idade Média”⁶. O modelo social medieval caracteriza-se pela “[...] (1) fragmentação e pulverização do poder; (2) pelo fato de o poder se assentar em relações de fidelidade pessoal e (3) pela ‘individualização’ ou ‘fulanização’ do poder [...]”, há conforme explica a doutrina uma “[...] ausência de institucionalização”⁷ que concentre o poder. Assim o poder durante a Idade Média encontrava-se esfacelado entre várias instituições como a igreja, as universidades, corporações de artífices, ordens militares, o próprio rei, entre outros, em que cada instituição detinha o seu estatuto, que inviabilizava o desenvolvimento de um documento único ao qual todos estivessem submetidos e prosseguisse um paradigma comum. Entretanto é originário deste período um dos principais documentos para a afirmação do constitucionalismo, a Carta Magna de 1215, sendo também neste interregno que se passa a empregar o termo como sinônimo de “lei” e de “compromisso básico fundamental”⁸.

A consolidação do constitucionalismo como hoje o conhecemos é fruto do período moderno. O paradigma é alterado com o advento da constituição escrita, que floresce em meio ao iluminismo e aos primórdios filosóficos dos direitos humanos. Deste período destacam-se três movimentos que contribuem para a consolidação do constitucionalismo moderno. O primeiro deles foi a *Revolução Inglesa*. De acordo com os ensinamentos de Dieter Grimm, foi nos países anglófonos que o termo, “[...] ‘constitution’ de início designa[va] apenas uma lei individual formalmente promulgada [...]”, ao passo que, prossegue o autor, “[e]m contrapartida, o modo do exercício do poder [era] denominado ‘form of government’”, concluindo que apenas no século XVII o vocábulo *constitution* aparece com um novo significado, “[...] em

antiguidade ao século XXI”, *Cuestiones Constitucionales*, n.º 34 (enero-junio 2016): 182. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/6110/12516>.

⁶ Cfr. Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo mundo*. (São Paulo: Saraiva, 2015), 32.

⁷ Cfr. Rangel, *O estado do Estado*, 91.

⁸ Cfr. Baracho, “Teoria geral do constitucionalismo”, 11.

parte idêntico ao de ‘form of government’, em parte idêntico ao de ‘fundamental laws’”.

O segundo movimento tem a sua ocorrência localizada do outro lado do Atlântico: a *Revolução Americana*. Foi desencadeada a partir da insurreição das treze colônias contra a metrópole inglesa em razão da alta carga tributária e a restrição às atividades econômicas e de comércio rompendo com as relações até então amigáveis. Dos diversos fatores gerados a partir deste processo, em 1781 foi ratificado os *Articles of Confederation* que deram origem à confederação entre as treze colônias – projeto que, em sede de revisão nos anos que se seguiram, foi abandonado em prol da Convenção Constitucional, sendo aprovada a primeira Constituição escrita no mundo moderno em 1787. Em 1791 é introduzida na Constituição uma declaração de direitos (*Bill of Rights*) como as primeiras dez emendas¹⁰. No contexto revolucionário americano, a Constituição era entendida como “[...] um sistema de princípios estabelecidos para

⁹ Cfr. Dieter Grimm, “Constituição, lei fundamental (leis fundamentais) da Ilustração até os dias atuais”, in *Constituição: história do conceito da antiguidade aos nossos dias*, org. Heinz Mohnhaupt e Dieter Grimm (Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012), 151. Esta alteração de interpretação decorre dos fatos ocorridos a partir de 1628, quando o Parlamento submete o rei à *Petition of Rights* e por consequência se limita o poder do monarca, desencadeando na sequência a guerra civil (1642 – 1648), a execução do rei Charles I (1649) e a implantação da República liderada por Oliver Cromwell (1649 – 1658). Outro momento historicamente importante foi marcado pela Revolução Gloriosa quando William de Orange derrubou James II, “[...] já sob um regime de supremacia do Parlamento, com seus poderes limitados pela *Bill of Rights* (1689)” (cfr. Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 35). Configura-se assim a afirmação do Parlamento e a implantação da monarquia constitucional.

¹⁰ Cfr. Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 39 – 42. Cabe destacar que foi no Segundo Congresso Continental, entre 1775 a 1788, que se efetivaram as seguintes decisões: a) organização de um exército cujo comando foi entregue a George Washington; b) adoção de constituições escritas pelas ex-colônias e c) a principal medida: a elaboração de uma *Declaração de Independência* cujo redator nomeado foi Thomas Jefferson, assinada em 4 de julho de 1776. No entanto, afirma Horst Dippel, *História do constitucionalismo moderno: novas perspectivas*, trad. António Manuel Hespánha e Cristina Nogueira da Silva (Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007), 9 – 10, que os princípios fundamentais considerados essenciais para a afirmação do constitucionalismo moderno são decorrentes da Declaração de Direitos de Virgínia de 1776. Segundo o Autor esta Declaração é importante pois estabeleceu um “[...] catálogo completo dos traços essenciais do constitucionalismo moderno, características cuja natureza constitutiva é hoje tão válida quanto há cem anos atrás: soberania popular, princípios universais, direitos humanos, governo representativo, a constituição como direito supremo, separação de poderes, governo limitado, responsabilidade e sindicabilidade do governo, imparcialidade e independência dos tribunais, o reconhecimento ao povo do direito de reformar o seu próprio governo e do poder de revisão da Constituição”.

garantir ao súdito a posse e o gozo de seus direitos e privilégios contra quaisquer usurpações por parte do governo”¹¹. Atualmente os documentos que marcam esse período da história americana, ou seja, a Declaração de Independência, a Constituição e a Carta de Direitos é designado pelos especialistas de o *triumvirato* americano, em plena alusão à aliança romana. A sua importância para o processo constitucional dos Estados Unidos da América pode ser resumida através da expressão de James Madison, segundo o qual esses textos se tornaram “*political scriptures*”¹².

De volta ao continente europeu, temos o terceiro movimento, a *Revolução Francesa* – que atribuiu um sentido moderno ao termo *revolução*. Teve origem numa crise financeira estatal – que naquele momento apoiava a guerra de independência americana – que teve por consequência um aumento da carga tributária ao povo francês. Diante de uma nobreza que se recusava a reduzir seus benefícios fiscais, foram convocados os Estados Gerais – uma espécie de assembleia que integrava representantes do clero, nobreza e terceiro estado. Insurgindo-se contra os privilégios dos demais estados, o terceiro estado autoproclama-se Assembleia Nacional, tornando-se rapidamente uma Assembleia Constituinte. Sob o lema de “igualdade, liberdade e fraternidade” iniciou-se uma grande reforma, tendo entre suas medidas a promulgação da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão e a elaboração de uma nova Constituição. A Revolução prosseguiria ainda com outras fases.

Em termos gerais, de todo o processo revolucionário, se destacam quanto ao constitucionalismo e à implementação das instituições políticas o sufrágio universal, a separação de poderes, a proteção aos direitos individuais e às liberdades públicas e a soberania popular¹³. No entanto, para Dippel, a Revolução Francesa destaca-se na evolução do constitucionalismo em dois aspectos essenciais: i) pela consagração do art. 16.º da Declaração de 1789, pois passa a existir um fundamento para a construção teórica do constitucionalismo moderno, até então inexistente, bem como ii) por

¹¹ Cfr. Resoluções do Concord Town Meeting, Massachusetts, 1776, citado por Grimm, “Constituição, lei fundamental”, 154.

¹² Cfr. Pauline Maier, *The Declaration of Independence and The Constitution of the United States* (New York: Bantam Classic, 2008), 1.

¹³ Cfr. Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 47-52.

ser responsável pela transformação do modelo constitucional em um fenômeno transnacional¹⁴.

Adotando uma perspectiva diferente, na Alemanha, o cenário revolucionário não se fazia presente, e o entendimento da Constituição enquanto “[...] quintessência das leis fundamentais do Estado”¹⁵ só foi cunhado em 1798, passando o direito do Estado a compreender o direito constitucional, dedicado ao poder do Estado ou formas de governo e ao direito de governo, onde se estabelecia o exercício do poder do Estado. Com base num entendimento contratual em que a Constituição é “[...] um acto de vontade geral, pela qual a massa se torna um povo”¹⁶, a Constituição para os alemães é o documento legal ao qual cabe determinar o modo de exercício da soberania; entretanto, uma *Konstitution* deve partir de um “[...] contrato celebrado voluntariamente pelos cidadãos, que o povo decidiu nas suas assembleias diretas”¹⁷.

O constitucionalismo moderno na Alemanha toma também por parâmetros a divisão dos poderes e os direitos humanos, deste modo, o conceito de *Verfassung* passou a ser o “[...] acordo dos cidadãos para a garantia dos direitos humanos e civis segundo determinadas leis ou prescrições”¹⁸. Entendida como o meio para se garantir a liberdade, os princípios do constitucionalismo passam a ser ensinados à população. Em termos históricos, apenas após a unificação alemã é promulgada a primeira Constituição do Império, chefiado por Otto von Bismarck em 1871, que ficaria em vigor até a consagração da Constituição de Weimar em 1919, tornando-se na opinião de Barroso um dos documentos mais influentes da história, pois procura conciliar a organização do Estado com a consagração dos direitos fundamentais, mas com uma novidade, pois que este catálogo era composto tanto por direitos individuais quanto por direitos sociais¹⁹, marcando o início do constitucionalismo social.

Percorrendo os fatos históricos, o paradigma constitucional passa por uma nova

¹⁴ Cfr. Dippel, *História do constitucionalismo moderno*, 16.

¹⁵ Cfr. Grimm, “Constituição, lei fundamental”, 157-158.

¹⁶ Cfr. Immanuel Kant. *A paz perpétua: um projecto filosófico*, trad. Artur Morão (Covilhã: LusoSofia, 2008), 13. http://www.lusosofia.net/textos/kant_immanuel_paz_perpetua.pdf.

¹⁷ Cfr. Wedekind, 1791, *apud* Grimm, “Constituição, lei fundamental”, 161.

¹⁸ Cfr. Grimm, “Constituição, lei fundamental”, 163.

¹⁹ Cfr. Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 58-59.

transformação no século XIX, período em que há uma “tendência geral à juridificação do poder do Estado”²⁰. Neste cenário, o conceito de Constituição modifica-se passando de costumes jurídicos a uma lei escrita, formal. Neste contexto, Ferdinand Lassalle, no discurso *Über Verfassungswesen* (tradução, “O que é a Constituição?”), proferido no ano de 1862, identifica como problemas constitucionais as questões relacionadas ao poder. Para Lassalle a Constituição deve refletir a realidade social, requerendo soluções quando essa correspondência não é verdadeira, o que torna a Lei Maior uma mera folha de papel²¹. Entretanto, esse discurso não se perde no tempo, pois que já em meados do século XX é contraposto por Konrad Hesse no texto *Die normative Kraft der Verfassung* – que corresponde a sua aula inaugural na Universidade de Freiburg-RFA em 1959 –, no qual Hesse ao mesmo tempo que relativiza a ideia de Lassalle, a completa.

Vendo a Constituição como uma “[...] ordem jurídica fundamental material e aberta de uma comunidade”²², Hesse argumenta que a constituição não deve existir dissociada da realidade, porém não está condicionada a essa realidade, possuindo certos requisitos que devem ser observados: é uma norma inquebrável, não estando legitimada apenas pelos fatos, mas é uma ordem dependente da vontade humana, sendo que a força normativa da constituição deve ter em consideração fatores sociais, políticos, econômicos, bem como a ideologia presente na comunidade à qual se aplica²³ ²⁴. O legado deste diálogo acadêmico permite-nos perceber que enquanto para Lassalle a constituição escrita deveria simplesmente refletir a realidade na qual está inserida, para Hesse, a realidade social poderia ser condicionada pelo texto constitucional.

²⁰ Cfr. Grimm, “Constituição, lei fundamental”, 148.

²¹ Cfr. Ferdinand Lassalle, *O que é uma Constituição?* trad. Hiltomar Martins Oliveira (Belo Horizonte: Cultura Jurídica Ed. Líder, 2004), 40.

²² Cfr. Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional* (Coimbra: Coimbra Editora, 2013, Tomo II), 79.

²³ Cfr. Konrad Hesse, *A força normativa da Constituição*, trad. Gilmar Ferreira Mendes (Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991), 19 – 20.

²⁴ Mais sobre o debate entre Lassalle e Hasse ver Iacyr de Aguiar Vieira, “A essência da Constituição no pensamento de Lassalle e de Konrad Hesse”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 35, n.º 139 (jul./set., 1998).

Ainda no século XX, mas sob o domínio da ideologia positivista, é construída a concepção jurídica segundo a qual a Constituição é entendida como a norma suprema de um Estado. Esta corrente tem como principal teórico Hans Kelsen, que na obra *Teoria Pura do Direito* pretende compreender o direito sem ligações a quaisquer elementos de outras ciências, como a sociologia, filosofia e política. A norma é entendida como o dever-ser²⁵.

Observando o século XX, Dippel escreve que passados mais de duzentos anos do início da implantação da ideologia constitucional, com exceção de alguns países que não adotam o modelo de uma Constituição escrita, todos os demais possuem sua estrutura adequada aos princípios do constitucionalismo moderno²⁶.

3. Bases para um novo paradigma: a teoria da interconstitucionalidade

Com o século XX adentramos ao período designado de contemporâneo, em que, adotando um discurso socializante, a essência da Constituição passa a estar ligada a questões como desenvolvimento económico, liberdades individuais, criação e gestão de oportunidades aos cidadãos, “[...] as Constituições passaram a se apresentar como programas de reforma social, e ocuparam o centro de um projeto coletivo de ação política cuja aspiração é determinar a atuação dos Poderes Públicos, a fim de materializar direitos”²⁷. Em virtude deste contexto as normas jurídicas passam a comentar não apenas a política, mas também as relações económicas e sociais²⁸.

Deste modo, em razão dos processos históricos, a Constituição contemporânea pode ser compreendida como o conjunto de normas jurídicas (escritas ou costumeiras) que regulam a forma do Estado, de governo, a aquisição e o exercício do poder, os

²⁵ A Constituição para Kelsen seria “[...] uma estrutura formal, cuja nota era o carácter normativo, a prescrição do *dever-ser*, independentemente da legitimidade ou justiça de seu conteúdo e da realidade política subjacente. A ordem jurídica é um sistema escalonado de normas, em cujo topo está a Constituição, fundamento e validade de todas as demais normas que o integram”, cfr. Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 104.

²⁶ Cfr. Dippel, *História do constitucionalismo moderno*, 1 – 2.

²⁷ Cfr. Siqueira, “A ideia de constituição”, 195 – 197.

²⁸ Cfr. Baracho, “Teoria geral do constitucionalismo”, 44.

órgãos, os limites para a atuação estatal, os direitos e as garantias fundamentais²⁹. Ou seja, a Constituição não trata apenas do Estado, mas também de toda a sociedade³⁰.

Neste início do século XXI, o constitucionalismo relaciona-se com a implementação dos processos de integração regionais como a União Europeia (UE) e o Mercado Comum do Sul (Mercosul) – que associados a fatores extrajurídicos como as migrações internacionais, os avanços tecnológicos, as comunicações e transportes, modificam noções clássicas como de soberania e independência, limitando as funções do Estado à sua capacidade de repressão³¹. Neste contexto, a Constituição tendencialmente se afasta dos elementos tradicionais que compõem a identidade do Estado como o poder derivado de um momento constituinte, e permite a abdicação voluntária de soberania em favor de entidades ou textos jurídicos supranacionais, como seria o caso da União Europeia e seu constitucionalismo.

As Constituições dantes exclusivamente nacionais, passam também a integrar-se, a entrar em diálogo com os textos constitucionais de outros Estados-Membros e com os textos constitucionais supranacionais. Para explicar este processo de internacionalização das constituições, as autoras Daniela Ribeiro e Malu Romancini argumentam que os Estados integrados em comunidades políticas supranacionais flexibilizam seus textos magnos para uma nova realidade³², sendo este o cerne provocativo para a teoria da interconstitucionalidade.

A teoria da interconstitucionalidade tem sido definida como o diálogo constitucional, ou ainda como a “[...] influência recíproca de certas Constituições

²⁹ Cfr. José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo* (São Paulo: Malheiros Editora, 2005), 37 – 38.

³⁰ Cfr. Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional* (São Paulo: Saraiva, 2009), 5; J. J. Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas* (Coimbra: Coimbra Editora, 2001), 12.

³¹ Cfr. Zygmunt Bauman, *Globalização: as consequências humanas*, trad. Marcus Penchel (Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999), 72.

³² Cfr. Daniela Menengoti Ribeiro e Malu Romancini, *Sistema interamericano de direitos humanos: a efetivação dos direitos da personalidade pela interconstitucionalidade* (Maringá, PR: Vivens, 2015), p. 75. <http://www.humanitasvivens.com.br/livro.php?id=285>.

ou das jurisprudências constitucionais de uns países sobre as de outros países”³³. Segundo Gomes Canotilho esta teoria dedica-se ao estudo das relações “[...] da concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”³⁴, sendo interconstitucionalidade um termo preferível ao termo constitucionalismo multilateral.

Originariamente o termo é adotado por Francisco Lucas Pires na obra *Introdução ao direito constitucional europeu* (1997), porém o seu maior desenvolvimento se deve a Gomes Canotilho na obra *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional* (2008). Os estudos para sua atualização têm sido desenvolvidos por Alessandra Silveira e Miguel Poiars Maduro. Contudo, explicamos a doutrina que a teoria da interconstitucionalidade não visa criar um novo direito constitucional para o século XXI, apenas adequá-lo à interdependência que passa a existir entre os vários textos constitucionais³⁵.

Por esta razão, o termo interconstitucionalidade pretende indicar uma proposta teórica adaptado ao processo de integração europeu, visando um “[...] tratamento da fenomenologia do ‘pluralismo constitucional’ ou das ‘constituições em rede’”³⁶. Logo, está em causa a fusão do patrimônio jurídico comum, uma vez que estamos perante uma aproximação tanto conceitual quanto interpretativa para os conteúdos que compõem as constituições ocidentais em matérias como direitos fundamentais, separação de poderes, princípio da legalidade e controlo da constitucionalidade³⁷. Entretanto, trata-se do diálogo entre textos constitucionais, essencialmente as constituições dos Estados-Membros e a Constituição Europeia.

O fundamento para a teoria de acordo com a doutrina encontra-se na “[...]”

³³ Cfr. Miranda, *Manual de direito constitucional*, 69.

³⁴ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, (i) *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional* (Coimbra: Almedina, 2008), 266; (ii) *Direito constitucional e teoria da constituição* (Coimbra: Almedina, 2003), 1425.

³⁵ Cfr. Francisco Lucas Pires, *Introdução ao direito constitucional europeu: seu sentido, problemas e limites* (Coimbra: Almedina, 1997), 18.

³⁶ Cfr. Alessandra Silveira, “International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia”. *International Studies on Law and Education*, 24, (CEMOrOC-Feusp/IJI – Univ. do Porto, set. – dez., 2016): 73.

³⁷ Cfr. Pires, *Introdução ao direito constitucional europeu*, 19.

necessidade de captar o fenómeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político [...]”³⁸. Assim, esta teoria baseia-se na convivência das normas constitucionais no mesmo espaço político, em virtude do fenómeno da pluralidade de fontes constitucionais. De acordo com Rui Cunha Martins, trata-se de uma plataforma que procura responder “[...] aos desafios trazidos [...] pelos processos de reconfiguração político-institucional das últimas décadas, em particular, à normatividade *em rede* daí resultante”³⁹.

Quanto à ideia de Constituição que compreende esta teoria, Miguel Poiães Maduro afirma que o constitucionalismo na Europa, uma vez que não cria um novo constitucionalismo, adota conceitos constitucionais clássicos como dos direitos fundamentais, separação de poderes e Estado de direito para poder formar o seu corpo jurídico e legitimar a sua autoridade normativa e política⁴⁰. Assim, apesar da mudança do paradigma de uma Constituição de aplicação a um só território para um sistema de pluralidade de fontes constitucionais, a essência desta normativa permanece a mesma identificada no seu momento constitutivo.

4. Considerações finais

A partir dos movimentos liberais, o conceito tradicional da Constituição pode ser construído sob a ótica política e jurídica. Do ponto de vista político, afirma Barroso, é vista como um conjunto de decisões do “poder constituinte ao criar ou reconstruir o Estado, instituindo os órgãos de poder e disciplinando as relações que manterão entre si e com a sociedade”. A visão jurídica é, por sua vez, composta pela vertente material (“quanto ao conteúdo de suas normas [...] organiza o exercício

³⁸ Cfr. Alessandra Silveira, “Prefácio: sobre a proteção de direitos humanos/fundamentais em rede” in Ribeiro e Romancini, *Sistema interamericano de direitos humanos*, 11.

³⁹ Cfr. Rui Cunha Martins, “Interconstitucionalidade e historicidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, vol. III: *direitos e interconstitucionalidade entre dignidade e cosmopolitismo*, orgs. Fernando Alves Correia, Jónatas E. M. Machado e João Carlos Loureiro (Coimbra: Coimbra Editora, 2012), 504 (itálico no original)

⁴⁰ Cfr. Miguel Poiães Maduro, *A Constituição plural: constitucionalismo e União Europeia* (Cascais: Principia, 2006), 345.

do poder político, define os direitos fundamentais, consagra valores e indica fins públicos a serem realizados”) e a vertente formal (“quanto à sua posição no sistema [...] é a norma fundamental e superior, que regula o modo de produção das demais normas do ordenamento jurídico e limita o seu conteúdo”)⁴¹.

Disserta Oliveira Baracho que investigar o significado da Constituição coloca-nos em contato com os clássicos gregos, a tradição jurídico-romana, as ideias medievais, a concepção jurídica germânica e os sistemas da *common law*⁴². Acrescentamos que hoje essa busca não se limita a investigar sistemas jurídicos, mas antes entender os processos que vêm desencadeando atualizações ao constitucionalismo – máxime a globalização e a integração regional – que em verdade afirmam e confirmam a ideia de que a Constituição não tem o seu sentido e alcance limitado à existência do Estado.

Deste modo, a teoria da interconstitucionalidade, embora ainda se encontre em desenvolvimento, explica que no séc. XXI estamos diante de um constitucionalismo que não cria uma ligação direta entre a noção de Constituição e a de Estado, sendo este o ponto em que mais se distingue da teoria clássica da Constituição. O diálogo entre normas constitucionais de distintos Estados-Membros, como verificamos no caso europeu, permite a convivência de uma pluralidade de fontes constitucionais que juntas têm dado solução a problemas comuns – como aquele da aplicação preferente de normas jurídicas num ordenamento multinível, ou aquele do nível de proteção mais elevado dos direitos fundamentais quando vários ordenamentos são mobilizáveis para a solução do caso concreto, entre outros⁴³.

Em conclusão, o estudo apresentado permite-nos afirmar que, por enquanto, apesar dessa nova realidade nos colocar diante de textos constitucionais que migram, a ideia da Constituição ainda permanece a mesma. Face ao exposto, verificamos que o pensamento de Von Stein, em princípios do século XIX, continua atual, pois que a Constituição compreendida enquanto “[...] resultado de ações humanas [...] é um

⁴¹ Cfr. Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 99.

⁴² Cfr. Baracho, “Teoria geral do constitucionalismo”, 5.

⁴³ Cfr. Alessandra Silveira, “Constitucionalismo estadual e constitucionalismo europeu: a superação do complexo de ‘eterno marido’”, *Revista Jurídica UNLARAXÁ*, v. 14, n.º 13, (2010): 209 – 210. <http://www.uniaraxa.edu.br/ojs/index.php/juridica/article/view/49/41>.

degrau que o gênero humano precisa vencer, mas um degrau que ele em breve deverá transpor e no qual não poderá ficar eternamente”⁴⁴.

⁴⁴ Cfr. Karl Fr. von Stein zum Altenstein, 1807, *apud* Grimm, “Constituição, lei fundamental”, 170.

Alternativas ao estado de exceção econômico permanente

Paola Cantarini*

RESUMO: Pretende-se repensar o direito positivo de forma criativa, poética, crítica e zetéica, postulando-se por uma abordagem filosófica e artística, necessária à própria manutenção da auto-poiese do direito, revendo e revisando alguns conceitos inter-relacionados, tais como democracia, direitos fundamentais, transparência e direito de resistência, buscando-se ampliar o debate e os olhares para o que se configura atualmente como uma crise autoimunitária do direito, vislumbrada sobretudo ante a generalização do estado de exceção, de um estado de exceção econômico permanente, contrários ao Estado de direito, com vistas à busca de alternativas, tais como a postulação por uma democracia de proximidade ou por uma democracia de alta densidade.

PALAVRAS-CHAVE: estado de exceção; Estado de direito; direito de resistência.

ABSTRACT: It is intended to rethink positive law in a creative, poetic, critical and zethetic way, postulating for a philosophical and artistic approach, necessary for the maintenance of law's auto-poiesis, reviewing and revising some inter-related concepts such as democracy, fundamental rights, transparency, and the right of resistance, seeking to broaden the debate and the perspectives for what is nowadays called as an autoimmune crisis of law, seen mainly vis-à-vis the generalization of the state of exception, together with a state of permanent economic exception, contrary to the rule of law, in order to seek for alternatives, such as the postulation for a democracy of proximity or a democracy of high density.

KEYWORDS: state of exception; rule of law; right of resistance.

* Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e em Filosofia do Direito pela Universidade de Salento-Lecce-IT. Pós-doutoranda no Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra e na Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

Vivemos o tempo das crises, crises da representatividade, crise moral, da ética, epistemo-ecológica, dos saberes, do pensar, da autoridade, da filosofia, da religião e do direito, crise autoimunitária do direito, crise dos direitos humanos, crise da democracia representativa considerada por Boaventura de Sousa Santos como a patologia da representação ante a tensão entre representantes e representados¹. Como viver em tempos de crise? É o que nos pergunta Edgar Morin². Trata-se da questão ainda atual e relevante levantada por Nietzsche de “como viver?”³

A efetivação dos direitos fundamentais e dos direitos humanos – como resposta às atrocidades cometidas na Segunda Guerra Mundial, à chamada perversão do direito com a inominável afronta à dignidade humana, valor axial do Estado democrático de direito – não se deu adequadamente, tanto que ainda vivemos em plena crise epistemo-ecológica e crise autoimunitária do direito (Willis Santiago Guerra Filho), multiplicando-se os casos de “homo sacer” (Giorgio Agamben), de “*displaced person*” (Hannah Arendt), de campos de extermínio por todos os lados, já que 50% da população mundial detêm apenas 1% da riqueza mundial sofrendo privações das mais básicas⁴. É a total banalização da vida pelo direito que segue na maior parte das vezes o capital. A expressão “*displaced person*” refere-se à situação dos refugiados e apátridas, sem cidadania, sem proteção pelos direitos humanos, pois perderam o elemento de

¹ Boaventura de Souza Santos, (i) *Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*. 3.^a ed. (São Paulo: Cortez, 1997); (ii) *Renova a teoria crítica e reinventar a emancipação social* (São Paulo: Editora Boitempo, 2007) e (iii) *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural* (Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2003).

² Edgar Morin e Patrick Viveret, *Como viver em tempos de crise* (Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 2016).

³ Friedrich Wilhelm Nietzsche, (i) *Humano demasiado humano* (São Paulo: Editora Escala, 2013); (ii) *Aurora* (São Paulo: Editora Escala, 2013); (iii) *O nascimento da tragédia* (São Paulo: Editora Escala, 2013); (iv) *Assim falava Zaratustra* (Lisboa: Relógio D’água, 1998).

⁴ Giorgio Agamben, (i) *Altíssima pobreza. Regola e forma di vita nel monachesimo*. Tradução de Selvino Assmann (São Paulo: Boitempo Editorial, 2014); (ii) *O que resta de Auschwitz. O arquivo e a testemunha*. Tradução de Selvino Assmann (São Paulo: Boitempo, 2008); (iii) “Beyond Human Rights”, *Open 2008*, n.º 15 (2008), <http://novact.org/wp-content/uploads/2012/09/Beyond-Human-Rights-by-Giorgio-Agamben.pdf>; (iv) *Homo Sacer I. O poder soberano e a vida nua* (Belo Horizonte: Editora UFMG, 2007); (v) *Estado de exceção (Homo Sacer II, 1)*. Tradução de Iraci D. Poleti (São Paulo: Boitempo Editorial, 2004); (vi) *O aberto: o homem e o animal*. Tradução de Pedro Mendes (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013). Hannah Arendt, *As origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo (São Paulo: Editora Schwarcz.SA, 2012).

conexão com o direito internacional, qual seja, a nacionalidade, vivendo à margem da lei. Perder a cidadania equivale a ser expulso de sua humanidade, de nada valendo os direitos humanos, que se tornam supérfluos. Há uma exclusão espacial, uma espécie de “guetização” da população pobre nos grandes centros urbanos. No Brasil há ¼ de miseráveis com menos de 2 dólares por dia para sua sobrevivência.

Morte do amor, do erotismo, fim do corpo e da sedução, nos dizeres de Baudrillard e Byung-Chul Han, como sintomas da crise autoimunitária do direito. Vivemos a perplexidade e angústia da aceleração da vida. O direito vive uma grave crise existencial. É o extermínio do outro, entramos na era da morte do outro – com o virtual, substituímos os vínculos pessoais por relações indiferentes com máquinas e telas.

O sistema jurídico, no entender de Luhmann, consoante exposto em sua obra “O direito da sociedade”, seria um tipo de sistema imunológico da sociedade, vacinando-a contra todos os conflitos, considerados doenças sociais, acabando por criar o risco de autoimunidade⁵, tal como trabalhado por Derrida⁶ em relação à religião, por Roberto Esposito⁷ (“Imunitas”) em relação à sociedade, e por Willis Santiago Guerra Filho⁸ em relação ao direito, o qual somente será controlado abrindo-se ao outro, à alteridade, buscando-se a interdisciplinaridade e com isso talvez dar-se um fim à pulsão autodestruidora da sociedade mundial.

Pessoas destratadas como portadoras de direitos, qualificadas por Giorgio Agamben com a figura do direito romano arcaico do “*homo sacer*”, portadoras apenas de uma vida puramente biológica e, enquanto tal, matável, sem ser considerado

⁵ Nicklas Luhmann, (i) *O direito da sociedade* (Petropolis: Editora Vozes, 2011); (ii) *Introdução à teoria dos sistemas* (Petropolis: Editora Vozes, 2011); (iii) *Sistemas sociais* (Petropolis: Editora Vozes, 2016).

⁶ Jacques Derrida, (i) *Gramatologia*. Trad. Renato Janine Ribeiro et al. (São Paulo: Perspectiva, 1973); (ii) “Fé e saber: as duas fontes da religião nos limites da simples razão”, in *A religião*, org. Jacques Derrida e Gianni Vattimo (São Paulo: Editora Estação Liberdade, 2000); (iii) *A universidade sem condição* (São Paulo: Ed. Estação Liberdade, 2003); (iv) *A besta e o soberano II* (Chicago: University of Chicago Press, 2006).

⁷ Roberto Esposito, (i) *Imunitas* (Buenos Aires: Ed. Amorrortu, 2009); (ii) *L'origine della politica. Hannah Arendt e Simone Weil?* (Roma: Donzelli, 1996); (iii) *Communitas. Origine e destino della comunità* (Torino: Einaudi, 1998/2006).

⁸ Willis Santiago Guerra Filho, Crise autoimunitária na autopoiese jurídica da sociedade mundial, *FMU – Direito Revista Eletrônica*, vol. XXVII, n. 39, (2013), <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/424>; Willis Santiago Guerra Filho, *O Conhecimento Imaginário do Direito*. (Curitiba: Prismas, 2016).

sequer crime tal conduta por parte de terceiros, como já ocorria antigamente em Roma e assim transformando-se o direito que deveria nos proteger em algo que nos destrói, verdadeira aporia ou paradoxo.

Roberto Esposito trata de como as ações políticas, que deveriam ter por objetivo a promoção e a proteção da vida, acabam em uma tanatopolítica, política a favor da morte, já que milhares de seres humanos são mortos todos os dias⁹, valendo-se da expressão “paradigma imunitário”, considerando a imunização política uma “proteção negativa da vida”. Para sobreviver, cada comunidade é constrangida a introjetar a modalidade negativa do próprio oposto – ainda que tal oposto permaneça um modo de ser, na verdade privativo e contrastante, da comunidade mesma.

Trata-se da violência institucional contra setores vulneráveis da população, violência de todos os poderes do Estado – ou seja, há a normalização da violência no Brasil, em razão, sobretudo, da inexistência de uma justiça de transição de nosso passado ditatorial para um democrático, em especial, no tocante a Lei de Anistia - Lei 6.683/1974, contemplando tão somente uma das etapas previstas para a justiça de transição, a indenização aos familiares dos desaparecidos durante a ditadura, mas não prevendo a punição dos agressores nem tampouco a possibilidade da transparência e do acesso irrestrito aos documentos considerados “ultrassegretos”, afrontando com isso os direitos fundamentais de informação, o direito à memória e o direito à justiça.

A questão da transparência é fundamental para a democracia e sem a mesma pode-se dizer que não há que se falar em Estado democrático de direito. Bobbio identifica a publicidade dos atos do poder como o verdadeiro momento de reviravolta na transformação do Estado moderno, que passa de Estado absoluto para Estado de direito, entendido como aquele em que os atos da Administração Pública são submetidos a um controle jurisdicional. Ainda segundo Bobbio, o caráter público do poder, entendido como não secreto, é um dos critérios fundamentais para distinguir o Estado constitucional do Estado absoluto¹⁰.

A democracia vincula-se necessariamente à transparência ou visibilidade

⁹ Roberto Esposito, *Bios - biopolítica e filosofia* (Lisboa: Edições 70, 2004), 48-49, 82.

¹⁰ Norberto Bobbio, *O futuro da democracia* (São Paulo: Editora Paz e Terra), 1997, 84, 87, 89.

e publicidade da atuação administrativa, no sentido de atuação manifesta, visível. Destaca-se a Lei francesa 276/2002 consagrando a democracia de proximidade, mencionando o princípio da participação (art. 132), da participação dos habitantes na vida local e do público na elaboração de grandes projetos. Trata-se, pois, do dever de transparência da administração fundamental ao Estado democrático de direito e ao caráter democrático do Estado.

Com a Constituição Federal de 1988 houve a consagração de procedimentos e mecanismos ensejadores da constante interlocução e participação dos cidadãos na gestão dos interesses públicos, podendo ser citados como exemplos de instrumentos de natureza processual da participação social empregados no âmbito da Administração Pública a consulta pública, colegiados públicos, participação ou controle social mediante ações judiciais como ação popular e ação direta de inconstitucionalidade. Contudo, uma vez que a Constituição Federal se avalia por sua adequação às realidades socioculturais, vemos que há muito a se fazer na prática para que os direitos consagrados em nível constitucional como direitos fundamentais ou internacionalmente como direitos humanos não fiquem apenas no plano teórico e retórico.

No entender de Vladimir Safatle¹¹ o Brasil foi o único país que realizou a profecia mais monstruosa de todas, a da violência sem traumas, ao se permitir e induzir o esquecimento dos excessos do passado, desmascarando a tendência totalitária de nossa sociedade. Nenhum país conseguiu consolidar a democracia sem acertar contas com os crimes de seu passado. A normalização da violência em muito se daria devido à impunidade assegurada pela Lei de Anistia e assim a ditadura redescobriria seu destino: o estado de emergência econômico permanente, nos dizeres de Gilberto Bercovici¹². A exceção é então reciclada não mais para garantir o Estado mas o próprio

¹¹ Vladimir Safatle, (i) “Do uso da violência contra o Estado ilegal”, in *O que resta da ditadura. A exceção brasileira*, orgs. Edson Teles e Vladimir Safatle (São Paulo: Boitempo Ed., 2010), 238 e ss; (ii) “Sobre a potência política do inumano: retornar à crítica ao humanismo”, in *Mutações: a condição humana*, org. Adauto Novaes (Rio de Janeiro: Agir, 2008).

¹² Gilberto Bercovici. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar* (Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004).

capitalismo enquanto norma social pétrea. Vivemos em um período de desagregação normativa com a suspensão de dispositivos legais devido à interferência de interesses econômicos no Estado, com bloqueio da capacidade de participação popular nos processos de gestão do Estado.

E mais uma aporia é revelada, já que juristas como Norberto Bobbio postulam que vivemos na “era dos direitos”, em atenção ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos, consagrando-se os direitos a não tortura, à justiça e à verdade, relacionando-se o direito à verdade com o direito da sociedade de construção de sua memória e identidades coletivas, portanto, relacionando-se também com a questão da cidadania, conscientização política e autodeterminação de um povo. Na prática, a Lei de Anistia no Brasil afronta tais direitos humanos e fundamentais. É por isso que Hannah Arendt na obra “As origens do totalitarismo” afirma que os direitos humanos não são um dado mas um construto, uma inserção humana em constante processo de construção e reconstrução¹³. Se no totalitarismo observa-se uma ruptura com o paradigma dos direitos humanos ante a negação da dignidade humana – com a violência do desaparecimento do nome, transformando-se em um inominável, uma espécie de uma segunda morte –, podemos afirmar que realmente vivemos em uma democracia (de alta densidade) no Brasil, caso permaneça tal afronta?

O Supremo Tribunal Federal, outrossim, já se posicionou a respeito da constitucionalidade da Lei de Anistia, por 7 votos contra 2, a favor da sua não revisão (ADPF 153), desafiando a orientação presente em diversos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) que examinaram ditaduras latino-americanas, no sentido de que as violações de direitos humanos praticadas durante governos militares devam ser investigadas para individualizar os culpados, estabelecer suas responsabilidades, efetivar a punição e assegurar às vítimas e a seus familiares o direito à justiça (Relatório n.º 34/96 da CIDH, envolvendo os casos 11.228, 11.229, 11.231 e 11.282). Tal entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi reforçado pelo julgamento do caso *Julia Gomes*

¹³ Hannah Arendt. *As origens do totalitarismo*.

Lund e outros (Caso Guerrilha do Araguaia), em março de 2009, sendo o Brasil condenado, entre outras medidas, a conduzir eficazmente a investigação, perseguir criminalmente os agentes civis ou militares da repressão e aplicar as correspondentes sanções penais. A decisão consignou, ainda, que diante de violações graves a direitos humanos, não cabe a aplicação a Lei de Anistia em benefício dos autores de tais atrocidades.

Há uma relação de interdependência entre valores dos direitos humanos e fundamentais, democracia e desenvolvimento, não havendo democracia onde não se respeitam minimamente tais direitos.

Cabe aqui a pergunta: o que resta da ditadura no Brasil? Praticamente tudo, exceto, a própria ditadura, como bem afirma o psicanalista Tales Ab´Sáber¹⁴. Não houve portanto o rompimento completo com tal passado autoritário no Brasil, já que a denominada justiça de transição englobaria os direitos à verdade, à justiça, à reparação e às reformas institucionais, portanto, tal processo de transição encontra-se incompleto, enfraquecendo o Estado de direito, a democracia e o regime de direitos humanos. A impunidade enfraquece o Estado de direito, pois este baseia-se na ideia de que a lei é para todos e que ninguém está acima da lei.

A prática da tortura, que ocorreu na época da ditadura e hoje se perpetua de forma “institucionalizada”, generalizada e sistemática nas polícias no Brasil, com praticamente raros os casos de punição, afronta a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos que preceituam ser a proibição da tortura uma norma inderrogável, um direito, portanto, absoluto que não admite exceção, suspensão ou derrogação, sendo parte do *jus cogens* no plano internacional, norma cogente e inderrogável. Há uma baixa taxa de condenação dos crimes de tortura no Brasil. O relator da ONU contra a tortura, o argentino Juan Méndez, afirmou durante a 31.^a sessão do Conselho de Direitos Humanos da ONU, em Genebra, que a impunidade em casos de tortura por agentes públicos no Brasil continua sendo a regra, e não a exceção, sobretudo quando têm como alvo presos e grupos minoritários.

¹⁴Tales Ab´Saber. “Brasil a ausência significativa política (uma comunicação)”, in *O que resta da ditadura. A exceção brasileira*, 182 e ss.

“A polícia brasileira é a única da América Latina que comete mais assassinatos e torturas durante a democracia do que durante a ditadura”¹⁵.

Segundo relatório anual da ONG Human Rights Watch (HRW), por dia 6 pessoas são torturadas no Brasil e no período de 2012-2014 houve 5431 casos denunciados, havendo ainda o aumento de mortes por policiais, e casos de violência policial contra manifestações sociais com 178 jornalistas mortos ou feridos nas manifestações de 2013-2014. O Brasil é o único país da América Latina que não permitiu a punição dos criminosos por crimes de tortura praticados durante o regime ditatorial, enquanto Argentina, Chile, Uruguai e Peru afirmaram que as leis de anistia seriam incompatíveis com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

O não saber sobre os mortos do passado faz instaurar na memória um lugar de indeterminação, um espaço indeterminado de exceção. Ao perpetuar a prática normalizada da tortura, o Estado lança-se à delinquência, convertendo o Estado de direito em estado de exceção. O esquecimento da tortura produz a naturalização da violência como grave sintoma social no Brasil.

Podemos afirmar que o conteúdo real da nossa democracia reside no estado de exceção. Vivemos em um Estado de direito, só que oligárquico¹⁶. O estado legítimo é o Estado de direito, ou seja, Estado constitucional que é o Estado de direito, o Estado da ordem jurídica, o qual se opõe ao conceito de estado de fato ou estado de exceção, presente quando não se respeitam as fronteiras da competência dos poderes estatais, como por exemplo, quando existem medidas provisórias como práticas generalizadas, quando o governo não tolera críticas e contestação e promove violência contra direitos subjetivos. Em lugar de direitos humanos postula-se por segurança nacional e desenvolvimento econômico, invertendo-se a finalidade do Estado que existiria para servir ao homem, tornando-se um fim em si mesmo.

Por outro lado, um dos fundamentos da democracia consiste no direito de resistência contra toda ação ilegal do Estado, sendo este um direito fundamental,

¹⁵ Maria Rita Kehl, “Tortura e sintoma social”, in *O que resta da ditadura*, org. Vladimir Safatle e Edson Telles (São Paulo: Bointempo, 2010), 124.

¹⁶ Safatle. “Do uso da violência contra o Estado ilegal”.

com fundamento no pensamento de John Locke¹⁷ que afirmava que assassinar um tirano não seria crime, pois os homens livres não se submetem a grupos que tomam o poder pela força e impõem um regime de exceção e medo. A tradição política liberal admite, portanto, ao menos desde John Locke, o direito de resistência de todo cidadão contra o tirano e um estado de terror, já que toda ação contra um governo ilegal seria uma ação legal.

O direito de resistência quanto a leis injustas e contrárias ao que seriam de se considerar e enquanto direito fundamental é objeto da tragédia grega “Antígona” de Sófocles¹⁸. Na verdade, Antígona postula pelo respeito ao direito de enterrar seu irmão Polinices, negado e proibido pelo decreto injusto de Creonte. O direito de enterrar os mortos é uma necessidade humana reconhecida desde os poemas homéricos. Trata-se não de um direito subjetivo e sim de prerrogativas e obrigações, não se refere, portanto, a direitos fundamentais no sentido atual do termo; ela invoca um direito ancestral; em tal época havia apenas o direito objetivo, o direito natural, não se concebiam sujeitos de direitos. Não era o ser humano na Antiguidade, portanto, um ser de direitos, só havendo deveres, prerrogativas e poderes que pertenciam à condição da pessoa. Não se trata, pois, de um direito subjetivo de Antígona, pois esta é uma noção moderna; na Grécia havia em tal época, prerrogativas, a depender da posição da pessoa.

Antígona se coloca contra o decreto de exceção, excessivo de Creonte, o tirano tirânico, não basileu, portanto sem descendência (já que a descendência era passada via linha paterna e Creonte é irmão de Jocasta, mãe de Antígona). Creonte exerce como tirano o poder em Tebas e nessa condição emite um decreto proibindo que se dê sepultura digna a Polinices, o que pela crença de então resultava em uma condenação eterna da alma do morto. A pena para quem descumprisse o decreto era a morte por apedrejamento. Mas é justamente isso o que fará sua sobrinha e futura nora, Antígona, invocando as leis tradicionais, de origem divina, que garantem aos familiares o direito de enterrar seus mortos, expondo-se assim à pena que Creonte não hesitará

¹⁷ John Locke, *Two treatises of Government* (Cambridge: Cambridge University Press, 1988), 398-405.

¹⁸ Sófocles, *Antígona*. (Porto Alegre/São Paulo: Ed. L&PM editores, 1999).

em mandar executar, ainda que se permitindo alterá-la para o emparedamento ainda viva, a demonstrar o seu total descompromisso com qualquer norma anteriormente estabelecida, mesmo que por ele próprio. Antígona questiona com sua postura a lei ditatorial e tirânica, o direito formalmente positivo, mas substancialmente injusto do seu tio Creonte, posicionando-se a favor de leis divinas e eternas, imutáveis, inderrogáveis por qualquer decreto de ocasião, de exceção, como o que editara Creonte, enquanto tirano. Creonte afrontou as leis divinas, a lei que dispõe o que se deve fazer com um morto para respeitar-se as forças do Hades e para que se mantenha o equilíbrio do Universo e das divindades – é contra tal lei divina e eterna que Creonte atua.

Não há assim por parte de Antígona ato de desobediência civil, pois age contra algo injusto, contra uma ordem injusta de Creonte. Há por parte de Antígona uma legítima objeção de consciência. É um claro exemplo de estado de exceção a conduta de Creonte, consoante teoria desenvolvida por Agamben, já que Creonte justifica um direito novo, de guerra, entre Tebas e o invasor, Polinices, mesmo que isso cause a destruição de sua família e de sua cidade.

Antígona afinal é uma heroína, uma santa, ou uma terrorista e criminoso? Sua conduta seria considerada um crime ou trata-se do direito à resistência quando diante de leis injustas e imorais, que vão contra aos direitos costumeiros, tradicionais, sendo estes Direito positivo também, existentes muito tempo antes do direito positivo, no caso o decreto de Creonte?

O decreto de Creonte se revela então como um antidireito, um decreto de exceção, com base na força, de guerra, agindo como se ainda estivesse na guerra que já havia, contudo, acabado e vencido, sendo inconstitucional, contrário à constituição tradicional, não escrita. Creonte tinha autoridade, legitimidade formal, mas se deslegitima atuando contra leis costumeiras que são também positivas, positivadas. O tratamento que foi dado à Antígona por Creonte, a quem também não se aplicou a pena prevista, de apedrejamento, trocada pela condenação à morte por emparedamento, viva, bem demonstra a presença de um estado de exceção.

Trata-se da questão do que é o direito, do que pode ser considerado direito e se uma lei seria ainda considerada legítima e, portanto, obrigatória, se desconsiderasse

por completo a realização da justiça, se afrontasse a dignidade humana. Tal questão é essencialmente filosófica, já que a filosofia consiste exatamente na atividade de colocar a pergunta “que é” em relação a tudo e a todos.

Antígona possui um duplo caráter, podendo ser retratada como santa, do ponto de vista do direito tradicional, costumeiro, da lei divina. Direito acima do direito posto formalmente, meta-positivo e de origem religiosa e como criminosa (terrorista), do ponto de vista do direito positivo, ainda que de validade questionável, como é o que produzem as tiranias. No entender de Willis Santiago Guerra Filho¹⁹, Antígona praticou uma ação transgressora ao enterrar seu irmão, mas sua ação sequer pode ser considerada como violação de uma norma, sendo na verdade o não reconhecimento, como tal, do decreto de Creonte, o qual não passa na verdade, de mero ato de força, uma lei marcial. Antígona, segundo tal interpretação, teria um caráter revolucionário e, portanto, heroico.

Vladimir Safatle comenta sobre a tragédia Antígona, no artigo “Do uso da violência contra o Estado ilegal”²⁰, afirmando que o Estado deixa de ter qualquer legitimidade quando mata pela segunda vez aqueles que foram mortos fisicamente, através da morte de seus nomes. Isto se daria por exemplo na tragédia grega citada, pois não enterrar Polinices significaria não acolher sua memória através dos rituais fúnebres, anular os traços de sua existência, retirar seu nome e uma sociedade que permita a transformação de tal anulação em política de Estado, prepara a sua própria ruína, ao eliminar sua substancia moral.

Assim como houve necessidade da elaboração do passado na Alemanha após a Segunda Guerra Mundial, depois do holocausto, da mesma forma no Brasil se torna imprescindível o direito à memória, à verdade, ao conhecimento do passado, pois somente aquele que conhece seu passado controla o mesmo e assim também controla seu futuro. É certo que com a imposição e coação legal no sentido das vítimas se esquecerem do passado ditatorial e dos crimes contra a humanidade praticados,

¹⁹ Willis Santiago Guerra Filho e Paola Cantarini, *Teoria poética do direito* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015).

²⁰ Safatle, *Do uso da violência contra o Estado ilegal*, 239 e ss.

na verdade tal memória não é de todo afastada, permanecendo o ressentimento, impedindo a instauração do novo, e mantendo as pessoas presas no eterno igual.

O sistema jurídico é, também, segundo Luhmann, comunicação, e não há nada mais próximo do erotismo do que a comunicação, a qual envolve a poética, a linguagem e ambas possuem um contato intrínseco com o erotismo. Contudo, o direito positivo formalista é aprisionador, fechado em si mesmo, cartesiano, técnico, maquínico. O direito precisa então se abrir ao novo, ao outro, ao desconhecido – e se humanizar, poetizar e erotizar, a exemplo de outras artes, a fim de se manter sua auto-poiese.

A arte é o que nos salva da loucura da normalização e naturalização impostas de forma homogeneizadora, sendo esta a pior das violências, transformando a todos e a tudo em iguais, normais, autômatos e com isso minando a auto-poiese, correndo o risco de o direito assim como o humano morrerem devido à falta de diversidade, sem espaço para a criatividade, sensibilidade, para o pensamento crítico e questionador, zetético, sem espaço para a interdisciplinaridade. A singularidade é criadora, cria novas possibilidades, novos devires. A arte permite o múltiplo, a variedade de leituras e interpretações. É o que já propunha Aristóteles em sua “Poética”, prevendo a arte como forma de salvação do ser humano e através da arte, a vida. Em sentido semelhante, Nietzsche propõe a arte como a forma mais elevada de atividade metafísica, através da qual a vida é tornada possível e digna de ser vivida, a arte que salva e pela arte a vida nos reconquista. A arte nos permitindo o assombro, o êxtase, e ter de volta nossa humanidade perdida. É o que já dispunha, outrossim, Rousseau, ao propor o sintoma, logo existo, no lugar da frase de Descartes, penso logo existo. No seu entender o Estado de direito é legal, mas não necessariamente legítimo, pois a desigualdade entre os homens não é natural, é artificial. Afirma que a constituição encontra-se rasgada há muito tempo.

Por isso a proposta de um direito erotizado, vivo – da vida, vital, a favor de potências da vida – com o potencial de desterritorialização, desmitificação, questionamentos e transgressões. A palavra é erótica e poética. A palavra é originariamente poética, criadora do mundo. A linguagem dos primeiros homens era de uma forma figurada e

poética, pois começaram não por raciocinar, mas por sentir. A arte entendida como necessária à interdisciplinaridade do direito, a fim dele se humanizar e se extrair dele significados mais profundos. É essencial buscar a contemplação do aspecto criativo, poético, da atividade intelectual, a fim de manter-se a autopoiese do direito. Neste sentido, as artes seriam responsáveis por recuperar nossa “ingenuidade criativa” e nossa sensibilidade perdida, e talvez alcançarmos as “revoluções moleculares”, citadas por Felix Guattari, surgidas da interação entre pessoas, influenciando-se mutuamente, possibilitando grandes transformações e revoluções.

Postula-se por uma visão e interpretação do direito e da vida mais po(i)ética e sensível e menos técnica e dogmática, por um direito menos sujeito ao formalismo tecnicista hoje predominante. Por um direito permeável a outros saberes, permitindo a fertilização destes saberes. O direito erótico é aquele que é vital, ligado à vida, que reivindica as potências da vida contra as potências da morte, no lugar da tanatopolítica e da biopolítica, uma política a favor da vida, vivo, pulsante, ligado ao desejo, ao sonho, à criação e à criatividade.

Boaventura de Sousa Santos, por sua vez, propõe uma hermenêutica diatópica, através de um diálogo intercultural permitindo-se uma multiplicidade de vozes, ou seja, trata-se de olhar para outros tipos de saberes e culturas não vistas e não valorizadas pelo discurso homogeneizador da atualidade. Tal proposta parte da constatação de que os *topoi* de cada cultura, as premissas de argumentação, são incompletas – assim como todas as culturas também o são –, sendo necessário tomar-se consciência de tal incompletude a fim de se permitir o diálogo entre as culturas. O reconhecimento da incompletude das culturas é pois, condição para o diálogo intercultural, revelando o caráter emancipatório da hermenêutica diatópica. Tal postula por uma nova concepção dos direitos humanos que reconheça e integre a diversidade cultural de modo a permitir sua reinvenção como uma linguagem de emancipação, propondo o que denomina de hermenêutica diatópica.

Por fim, é essencial uma nova proposta de democracia, partindo da insuficiência do modelo hegemônico de democracia liberal representativo, que não passa de uma democracia de baixa intensidade, com a distância crescente entre representantes e

representados, já que estamos vivendo em verdadeira crise de legitimidade e uma inclusão política abstrata feita de exclusão social. Torna-se vital, portanto, reinventar a emancipação social conjugada com a invenção de novas cidadanias baseadas no recurso a uma sociologia das ausências, identificando-se silêncios e permitindo o aumento dos espaços públicos pelas populações marginalizadas, e que a voz de todos sejam ouvidas²¹.

Neste sentido, tal proposta parece coincidir em alguns pontos com a proposta de Foucault, senão vejamos. Tal conexão se revela nas seguintes passagens do filósofo em seu livro “Em defesa da sociedade”, ao propor a recuperação dos saberes sujeitados, desqualificados como saberes não conceituais, como insuficientemente elaborados, sepultados da erudição, “saberes ingênuos, saberes hierarquicamente inferiores, saberes abaixo do nível do conhecimento ou da cientificidade requeridos”²², o saber das pessoas, no sentido de um saber particular, um saber local, um saber diferencial.

Do que se trata então é da procura da compreensão, interpretação e aplicação do direito também po(i)ética, de sua produção com amor, amor político, amor à política, política da amizade, por uma filosofia político-amorosa, a fim de melhor tentar compreender este mundo, bem como o próprio direito que nos é imposto, positivamente, como dado e acabado, e com sua sustentação na violência e no *status quo*.

É apenas se abrindo ao outro, à alteridade, ao diferente, que iremos superar tal crise autoimunitária, verdadeiro desafio para nossa sociedade “tecnificada”, onde o amor e o erotismo acham-se praticamente mortos pelo sistema capitalista egocêntrico, ocorrendo a “agonia de Eros”, incorrendo em uma postura objetificante onde todos e tudo é reduzido a objetos. Escutar o outro é considerar, reconhecer e respeitar este outro. O erotismo relaciona-se com a outricidade, com o outro.

²¹ No mesmo sentido nosso artigo, “Democracia radical, multiculturalismo e Estado democrático de Direito”, *Carta Capital* (27.07.2017), <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/07/27/democracia-radical-multiculturalismo-e-estado-democratico-de-direito/>.

²² Michel Foucault, (i) *Em defesa da sociedade* (São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005); (ii) *Microfísica do Poder*. 4.^a ed. (Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979); (iii) *Do governo dos vivos* (São Paulo: Editora CCS, 2010); (iv) *História da sexualidade, vol. II – O uso dos prazeres*. Lisboa: Relógio d’água. Antropos, 1984); (v) *O governo de si e dos outros*. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2010); (vi) *Nascimento da biopolítica*. (São Paulo: Martins Editora, 2008).

Como afirma Heidegger, o destino do mundo se anuncia na poesia, devemos então abandonar a visão técnica de mundo, ante a inequívoca necessidade do poetizar, devendo a linguagem “se liberar da gramática para ganhar uma ordem essencial mais originária”²³.

Por derradeiro, ressaltamos a proposta de Foucault exposta logo no início do livro “Em defesa da sociedade”, como alternativa às usurpações da mecânica disciplinar, contra essa ascensão de um poder que é vinculado ao saber científico, como forma de limitar os efeitos do poder disciplinar, típico da sociedade da normalização em que vivemos, impondo-se um sistema de normalização dos comportamentos, das existências, dos trabalhos e dos afetos. Nesta perspectiva, o não normal deverá ser descartado, visto agora como perigo biológico, como ameaça ao desenvolvimento cada vez mais de uma raça pura e saudável. Trata-se, portanto, da postulação por um direito novo, antidisciplinar e liberto do princípio da soberania²⁴. Nesta senda se vislumbram algumas propostas de juristas e filósofos como a de Tércio Sampaio Ferraz Junior ao estudar a zetética²⁵, a de Luis Alberto Warat, postulando por saberes populares, formas alterativas de resolução de conflitos, com foco na mediação como uma poética-existencial, qualificando os discursos e o ponto de vista dos sujeitos envolvidos, seus sentimentos em busca de um processo de humanização e de consenso em que se exige que cada um ouça os demais, que se coloque no lugar do outro, a proposta de considerar um direito erotizado, na mesma linha da proposta de Willis Santiago Guerra Filho com sua proposta de Teoria Poética do direito, em livro de nossa co-autoria²⁶. Trata-se de reconhecer o caráter erótico-(auto)poiético do direito, contrária à visão tecnicista, dogmática, positivista e formalista.

²³ Martin Heidegger, (i) *A carta sobre humanismo* (São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2014), 07 e ss; (ii) *Introdução à metafísica* (São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012); (iii) “A questão da técnica”, in *Ensaio e conferências*. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão, Gilvan Fogel e Márcia Sá Cavalcante Schuback. 8ed. (Petrópolis: Vozes/Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2012).

²⁴ Foucault, *Em defesa da sociedade*, 8-11, 34-35.

²⁵ Tércio Sampaio Ferraz Jr, “A verdade nada mais que a verdade”, in *O estudo do imaginário jurídico*, vol. 1, coord. Willis Santiago Guerra Filho e outros (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016).

²⁶ Willis Guerra Filho e Paola Cantarini, *Teoria poética do direito*. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016). Paola Cantarini Guerra, *Teoria erótica do direito (e do humano) uma filosofia político-amorosa* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017).

Visa-se, assim, contribuir para o desenvolvimento de uma hermenêutica jus filosófica de caráter poético, em defesa da legitimação das formas de conhecimento de natureza poético-normativas, comprometendo-se com o desenvolvimento de um pensamento próprio, original por originário, na busca de uma origem, uma filosofia autóctone, agônica, enquanto disputa, jogo e brincadeira que se leva a sério, estimulando-se assim o pensamento crítico. E isso a fim de retomarmos nossa capacidade especificamente humana de pensar, como nenhum computador poderá fazê-lo, na medida em que nos predispomos a repensar dramática e filosoficamente, por apaixonadamente, sobre o que nos é essencial.

Deverá ser reconhecida, portanto, a relação indissolúvel entre direito, artes e filosofia. Envolvendo um direito humano de gozar das (e pelas) artes, visando-se a uma melhor interpretação e compreensão do direito, conjugando-se a razão à emoção e à sensibilidade, em um espírito aberto, aliando-se à liberdade e à verdade na busca de um saber mais profundo. Compreendendo-se assim não só o direito, mas também a si mesmo e aos outros. Considerar-se-á o direito, posto e em discussão, enquanto fonte de sentido para a vida humana, desmistificando-o como ciência e prática distantes do cotidiano, para além, portanto, da positividade e formalismo do direito que atualmente predominam, favorecendo o debate de ideias e uma melhor consideração de questões atuais de suma importância para uma maior compreensão do ser humano, e uma vez assumido o “*locus*” de enunciação de tal discurso, que pretende ser, por “filojusantropológico”, transformador de nós mesmos, na esperança de uma vida em sociedade mais justa, mais pacífica e harmônica.

Constitucionalismo e cidadania democrática no Brasil: a crise da representação e o papel da participação

Rubens Beçak*

RESUMO: O presente artigo busca descrever um breve cenário da utilização de ferramentas democráticas representativas e participativas na tomada de decisões públicas, considerando a ordem constitucional vigente no Brasil, em um momento de descrédito da sociedade em relação aos seus representantes. A partir desta contextualização buscou-se traçar uma breve explanação acerca da participação social como uma forma complementar à representação. Por fim, foram descritos os dispositivos da Constituição de 1988 que permitem alguma forma de participação popular, questionando a existência de um sistema de democracia semidireta com uma potencialidade significativa de aprimoramento democrático.

PALAVRAS-CHAVE: democracia; representação; crise de legitimidade; participação; Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: This article aims to describe a brief scenario of using representative and participative democratic tools in public decision, considering the constitutional order in force in Brazil, at a moment of discrediting society in relation to its representative. Based on this contextualization, was drawn a brief explanation about social participation as a complementary form to the representation. Finally, the provisions of the 1988 Constitution that allow some form of popular participation were described, questioning the existence of a system of semi-direct democracy with a significant potential for democratic improvement.

KEYWORDS: democracy; representation; legitimacy crisis; participation; Federal Constitution of 1988.

* Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Associado da USP.

Este trabalho contou com a fundamental participação de Rodrigo Crepaldi Perez Capucelli, Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (USP).

1. Introdução

Viver em sociedade é um comportamento natural do homem, e isso lhe obriga a agir e pensar coletivamente com o objetivo de proporcionar a cada um dos membros um ganho individual superior do que se conseguiria vivendo isoladamente. Seja por meio de um contrato em que os indivíduos reconhecem suas condições de igualdade e abrem mão de certos direitos individuais para a vivência pacífica em sociedade, seja por meio de uma imposição de um Estado como única forma a proteger a sociedade do próprio homem, sempre houve a busca por uma forma ideal e justa de se tomar decisões coletivas – e neste ponto podemos nos valer do termo “democrática”, ainda que em um sentido estrito, como a principal qualidade da decisão a ser tomada.

A origem de uma sociedade democrática encontra uma forte referência nas cidade-estado gregas – em especial Atenas – durante o séc. V a.C, uma vez que as decisões governamentais eram dotadas da qualidade da “democracia” por serem exercidas diretamente pelo próprio povo¹. De uma forma ou de outra, a democracia sempre foi discutida pelo decorrer dos séculos, seja como uma forma de regime de governo, seja como um ideal que orienta os direitos de uma sociedade. Assim tentar limitá-la em um conceito seria aceitar a existência de um significado transcende ao tempo e ao espaço, desconsiderando as particularidades de cada sociedade e de cada época em que a democracia pode ser analisada.

Não se pretende aqui desenvolver um aprofundamento do conceito de democracia através dos séculos, assim destaca-se apenas dois importantes pontos: o primeiro, temporal, tendo como referência o séc. XVII em que a *Paz de Vestfália*²

¹ Embora se tenha como principal referência da prática da democracia direta, as decisões tomadas nas chamadas *Ágoras* limitavam-se a uma pequena parcela da sociedade ateniense: aqueles que fossem do sexo masculino, maiores de 21 anos e filho de pai ateniense – e a partir de 451 a.C. àqueles que fossem filho de pai e mãe atenienses. Esse sistema deixava de fora a grande maioria dos indivíduos que compunham a sociedade, que eram as mulheres, os escravos, os estrangeiros e os filhos de estrangeiros e/ou escravos, ainda que nascidos em Atenas. Cf. Luciano Rosset, “A Democracia Ateniense: filha de sua história, filha de sua época”, *Revista Cultura Teológica*, v. 16, n. 54 (Jul/Set 2008): 183-207, <https://revistas.pucsp.br/index.php/culturateo/article/viewFile/15535/11601>.

² Consistente nos Tratados de Münster e Osnabrück, de 1648.

permitiu o início da formação daquilo que entendemos como Estado moderno, dando as bases estruturais do sistema internacional que até hoje se baseia na mesma concepção de soberania-estatal e Estado-nação; e, o segundo, factual, entendendo que o crescimento populacional após a Revolução Industrial tornou a decisão coletiva ainda mais complexa.

A democracia como um fim parece então ser ofuscada pela necessidade de seu desenvolvimento como ferramenta, sendo um meio para a tomada de decisões em uma sociedade cuja população é numerosa e o território extenso. A sociedade passa a utilizar a representação como uma forma de amenizar o problema de escala, usando a maioria como critério legitimador para atribuir uma competência decisória ao representante eleito. Com isso o regime democrático se torna aquele em que o indivíduo somente tem a sua participação na decisão pública no momento em que outorga poderes ao mandatário: o voto passa a ser o principal, quando não o único, instrumento pelo qual o indivíduo inserido no Estado moderno experimenta alguma forma de democracia³.

No Brasil, um momento histórico relativamente recente parece exemplificar bem a exaltação da concepção ferramental da democracia, ainda que também transmita um certo idealismo: o movimento *Diretas Já*. Após um longo período de regime ditatorial as aspirações da sociedade civil brasileira em meados da década de 1980 ressoavam em prol da democracia e do retorno da possibilidade de escolher diretamente os seus representantes. Ainda que o momento histórico tenha representado um avanço importante para o fortalecimento democrático, questiona-se, principalmente hoje, se a representação por maioria é a forma mais eficiente de se organizar democraticamente uma sociedade para a tomada de decisões, e também se o voto é a ferramenta suficiente para legitimar essa estrutura.

No mesmo momento histórico, não podemos deixar de mencionar a importante elaboração da Constituição Federal de 1988. Ainda que tenha predominantemente

³ Cf. Jürgen Habermas, *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, Vol. I, (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012); Boaventura de Sousa Santos, *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*, (Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2002).

organizado a sociedade de forma a possibilitar a representação, nossa Constituição direciona a sociedade para uma participação mais ativa através de normas orientadoras e de ferramentas de participação direta na gestão pública e nas decisões políticas dos entes federativos.

Mesmo com essas inovações, após praticamente 30 anos da sua vigência, vivenciamos no Brasil uma atual desconfiança de boa parte dos cidadãos em relação às instituições públicas e uma insatisfação em relação ao governo. A representatividade parece estar posta em descrédito, e ainda que a participação social tenha ganhado espaço, não é suficientemente forte para inserir ativamente o cidadão nas decisões públicas de forma a surtir transformações sociais.

2. Democracia representativa e crise de legitimidade

A democracia representativa explicitou-se como a vertente democrática moderna na medida em que a respondia às necessidades estruturais do Estado moderno e a expansão populacional. Neste último aspecto, Stuart Mill⁴ entende que este tipo de democracia além de melhor, seria a única possível para possibilitar a governança.

Mesmo admitindo a complexidade do Estado moderno e a impossibilidade da aplicação universal da participação direta, seria a democracia representativa a única forma de se estruturar a sociedade para a tomada de suas decisões? Mais do que isso, será possível considerar uma sociedade democrática apenas porque o cidadão periodicamente pode exercer o seu direito de voto e eleger “livremente” aqueles que irão lhe representar? Será o voto um instrumento legitimador suficiente para que o representante eleito possa caminhar por vias contrárias às aspirações da sociedade apenas em razão do seu interesse ou do seu partido?

O direcionar da sociedade a partir das tomadas de decisões por aqueles que seriam legitimados apenas por terem conseguido em algum momento um *quórum* de eleitores parece ser de facilmente desvirtuado, mesmo sob o aparato constitucional

⁴ Cf. John Stuart Mill, *O governo representativo*. (2.ª.ed. São Paulo: Ibrasa, 1983), 49.

das limitações do poder do governante e das instituições. Se por um lado a democracia representativa é consubstanciada no atual sistema eleitoral, por outro observamos a chamada crise de representatividade em relação aos interesses do próprio povo.

Um primeiro aspecto observado no Brasil e que pressiona a representatividade é a própria insatisfação popular duradoura, que rejeita os governos em exercício e que perdura por diferentes legislaturas e em todas as esferas legislativas.

Tabela 1 - Opinião Popular sobre o Governo Presidencial (2011 – 2017)

Momento/Presidente	Ótimo/Bom	Regular	Ruim/Péssimo
Dilma (2011)	48	39	11
Dilma (2012)	62	30	7
Dilma (2013a)	30	43	22
Dilma (2013b)	41	40	17
Dilma (2014)	42	33	24
Dilma (2015)	10	22	67
Temer (2016)	10	34	51
Temer (2017)	7	23	69

Fonte: Instituto de Pesquisas Datafolha^{5/6}

É importante o destaque das limitações da democracia representativa elucidadas por Stuart Mill⁷, ainda que o autor tenha defendido tal forma como a única capaz de solucionar as exigências do Estado social. Ainda segundo o mesmo autor, o governo representativo tornar-se-á inconveniente quando não atendida a três condições

⁵ Os números representam, em percentual, a opinião dos eleitores sobre o governo da União. Não foram expostos os percentuais relativos àqueles que não opinaram ou não sabiam responder por ser insignificativo para os fins aqui pretendidos.

⁶ O instituto de pesquisa Datafolha publica regularmente as pesquisas de opiniões sobre o governo. Para a presente tabela foram utilizadas as últimas pesquisas de cada ano, exceto para os anos de 2013, em que dois momentos foram separados, sendo a 2013a em relação à julho de 2013 e 2013b em relação ao mês de dezembro; e 2017 utilizou-se a última pesquisa publicada, datada do mês de junho. Cf. Data Folha <http://datafolha.folha.uol.com.br>.

⁷ Cf. Mill, O governo representativo, 50.

fundamentais, em que o povo: (a) esteja disposto tê-lo; (b) esteja disposto e seja capaz de fazer o que for necessário para preservá-lo, ou; (c) esteja disposto e seja capaz de cumprir com os deveres e imposições.

As três condições citadas por Mill como essenciais ao governo representativo destacam a “disposição do povo” para tal sistema. Disposição esta que atualmente vem sendo cada vez mais contestada frente aos ludíbrios da sociedade, vez que a vontade do povo acaba por ser objeto de alienação e/ou se torna meramente insignificante ao representante. Sem haver uma disposição do povo não há a condição necessária para o estabelecimento do governo “pelo povo”.

Em um segundo ponto podemos questionar a (in)suficiência da legitimidade concedida ao representante por meio das regras do sistema eleitoral. Se formalmente o governo foi estabelecido por regras previamente dispostas, e indiretamente aceitas pela sociedade, então há uma suficiência procedimental que permite ao representado ocupar aquela parcela de poder político. Mas por outro lado, a manutenção de sua condição de representação parece só ser legítima se as decisões políticas sejam continuamente tomadas em prol dos representados, caso contrário não se atingem materialmente os fins para qual o sistema eleitoral foi estabelecido.

Uma eventual legitimação da participação popular pelo voto, apesar de atribuir ao representante eleito uma parcela do poder de tomada de decisões, não pressupõe que esta legitimidade se mantenha de forma intocável independentemente das atitudes tomadas pelo representado por todo o período de tempo de duração do seu mandato. Raciocínio contrário feriria a própria substância da democracia, pois não se concretizaria o fim da própria vivência organizada em sociedade: os ganhos mútuos da coletividade como superior à soma dos ganhos individuais isolados.

A dissociação da vontade é ilustrada pela *doutrina da duplicidade* que dissocia a situação de representação em dois momentos, um do eleitor/representado substancializado pelo voto, e o outro do eleito/representante substancializado por todo o período pós-voto. Seriam estas “[...] duas vontades legítimas e distintas [...], sendo a vontade menor do eleitor, restrita à operação eleitoral, e a vontade autônoma

do eleito, oriunda daquela operação”⁸. Nenhum problema haveria com a vontade do eleitor, mesmo se menor e adstrita ao voto, se a vontade do eleito fosse direcionada em um governo “para o povo”. Mas não é isto que acontece na prática: presencia-se um predomínio de decisões corporativas em prol de apenas uma parcela da sociedade, ou mesmo em prol apenas do próprio eleito e/ou de seu partido.

Por fim, um terceiro apontamento ao atual sistema representativo é o de que governar democraticamente exige uma representação que se espelhe cultural, social e economicamente nos seus representados. Um sistema representativo deveria ser o reflexo das camadas populacionais, inclusive proporcionalmente, nos órgãos governamentais que ditam as decisões da sociedade. Um governo só poderá ser “do povo” se tiver representantes suficientes das diversas raças e culturas espalhadas por toda a nação – negros, mulatos, indígenas, etc. – assim como representantes das diversas classes econômicas, gêneros, categorias profissionais, etc. que possam ilustrar uma realidade institucional assemelhada à realidade local do país.

Ainda que não seja o tema central deste trabalho o aprofundamento das mazelas do sistema eleitoral brasileiro, é oportuno registrar que além da crítica que se faz à própria representação em si, é notório que o sucesso da campanha eleitoral se relaciona principalmente com o montante de capital disponível ao candidato – e ao partido – para que se consiga alcançar as fontes midiáticas que propiciem visibilidade ao candidato. Muitas críticas são feitas a esse sistema, diagnosticando enormes discrepâncias entre valores de financiamento de campanhas para candidatos a um mesmo cargo em um mesmo local, a distribuição de tempos diferentes em horários eleitorais obrigatórios em relação a diferentes partidos, o corporativismo intra e inter partidos – inclusive as frequentes coligações entre partidos de posições ideológicas antagônicas – a compra de votos, etc.

Um outro aspecto questionado no sistema eleitoral brasileiro que parece contribuir para que não haja uma representação sociocultural dos eleitores é a institucionalização do sistema proporcional com lista aberta que permite que candidatos das Casas Legislativas consigam ocupar assentos mesmo que com o número

⁸ Cf. Paulo Bonavides, *Ciência Política* (São Paulo: Malheiros Editores, 2006), 223.

de votos inferiores a outros candidatos⁹. O quociente eleitoral permite o surgimento dos “puxadores de voto” e com isso candidatos com pouca representação social se elegem em uma situação em que “[...] muitos se esforçam durante a campanha para que poucos cheguem ao topo e, se de um lado se verifica um esforço cooperativo para o Partido, de outro os candidatos são concorrentes entre si”¹⁰.

A crise da democracia representativa se reflete nos frequentes escândalos de corrupção no meio político que, generalizada, passou a ser noticiada tanto nos municípios, como em governos estaduais e principalmente no governo da União. Uma série de investigações passaram a apontar inúmeros crimes de corrupção, envolvendo desde prefeitos de cidades interioranas até mesmo representantes de todos os poderes da União¹¹. A situação de inconformidade da população perante a situação, agravada por uma crise financeira, ensejou uma onda de protestos populares em todo o território nacional – os protestos de junho de 2013 – e outras reivindicações populares, agravados por um alto índice de rejeição e desaprovação do governo¹². Todos esses fatos perduram até o momento desta pesquisa.

O inconformismo da população gerou a polarização ideológica ao mesmo tempo em que contribuiu para o aumento da abstinência na participação política¹³ e

⁹ Cf. Constituição Federal de 1988; Art. 5.º da Lei n. 9.504/97; Código Eleitoral de 1965 e Lei n. 9096/95.

¹⁰ Cf. Ivan Antônio Pinheiro et al., “A falácia da democracia ou quando a maioria é apenas uma minoria”, *Revista Pensamento Contemporâneo em Administração*, v. 7, n. 1, (jan./mar. 2013): 50-75, <http://www.uff.br/pae/index.php/pca/article/view/217/174>.

¹¹ Cita-se como exemplo a Operação Lava Jato, iniciada em meados de 2014, tida como a maior investigação de crimes de corrupção e de desvios de verbas públicas da história do Brasil. Ainda em andamento, esta operação deflagrada pela Polícia Federal já cumpriu centenas de mandados de prisão, resultando em mais de 40 Ações Penais.

¹² Mais sobre ver: Ricardo Hermany e Guilherme Estima Giacobbo, “Democracia Representativa e Crise de Legitimidade: o potencial da subsidiariedade no fortalecimento da democracia administrativa”, in XIII Seminário Internacional – Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea, ed. Marli M. M. da Costa (Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016), <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15854>; A. V. L. Mota e A. C. Bliacheriene, “Análise das variáveis recorrentes para o êxito do Orçamento Participativo e desenvolvimento do município”, *Revista Espaço Acadêmico (UEM)*, v. 11, (2012): 88-94.

¹³ Um exemplo da insatisfação popular pode ser notado nas eleições municipais de 2016 cujas abstenções chegaram a 32,5% do eleitorado. Cf. Bernardo Caram e Renan Ramalho, “Abstenções, votos brancos e nulos somam 32,5% do eleitorado do país”, *Portal de Notícias G1*, (30.10.2016), <http://g1.globo.com>.

a falta de interesse da sociedade pela discussão de questões que envolvam assuntos públicos/políticos. A desesperança generalizada pressupõe que a teoria democrática na sua forma representativa se tornou insuficiente para garantir os anseios da sociedade como um todo.

Mesmo assim, não se nota uma necessidade de mudanças estruturais de forma a extinguir o próprio sistema representativo – já que é um sistema que, se não cooptado pelos representantes, parece capaz de ter certo êxito em relação ao fortalecimento da democracia. Ainda porque a representação parece inevitável em uma sociedade complexa e com uma população numerosa – e a Constituição Federal de 1988 trouxe elementos suficientes para o fortalecimento da participação popular de forma a intensificar a democracia participativa na construção de um sistema misto, o que será analisado a seguir.

3. Democracia participativa como complementaridade

Nem toda crítica à democracia representativa encontraria como solução os elementos da democracia participativa. Não podemos entender nem que a democracia representativa é um estágio primário da democracia dita como “participativa”, nem que ambas são formas opostas e incomunicáveis.

Na atual modernidade não parece defensável o predomínio das situações de representatividade como forma única de legitimação da tomada de decisão política – não que o sistema representativo de governo seja em si uma situação prejudicial, aliás, pelo contrário, a sua permanência torna-se tão necessária para a democracia participativa quanto esta àquele. Se por um lado podemos tentar aprimorar a democracia por meio de uma sofisticação do método representativo, por outro também podemos mesclá-la com a democracia participativa.

O modelo participativo não propõe a superação da representação política, mas busca encontrar espaços para a realização da deliberação pública visando influenciar e qualificar as decisões a serem processadas no sistema político.

com/politica/eleicoes/2016/noticia/2016/10/abstencoes-votos-brancos-e-nulos-somam-326-do-eleitorado-do-pais.html

A participação popular nas políticas públicas pode ser concretizada com algum nível de representação, não é necessária a inexistência de um governo representativo. A representação, na verdade, pode ser chamada de uma forma indireta de participação: José Afonso da Silva assinala que “[...] as primeiras manifestações da democracia participativa consistiram nos institutos de democracia semidireta, que combinam instituições de participação direta com instituição de participação indireta”¹⁴.

Ao colocarmos nos extremos de uma reta a democracia representativa e a democracia participativa – ou a participação direta e participação indireta – assumimos que em qualquer ponto fora das extremidades é um sistema semidireto. Na verdade, essa ilustração, ainda que útil para a visualização conceitual, pouco contribui para a caracterização de fato do que seja uma democracia semidireta, já que torna o seu conceito extremamente abrangente. O que se quer é analisar a intensidade da participação na atual Constituição de 1988.

Algumas ferramentas que tomamos como essencialmente ligadas à participação direta encontram, na sua aplicação, alguma forma de representação: o orçamento participativo, por exemplo, por mais que propagado como um exemplo do empoderamento do cidadão como o responsável pela decisão da alocação de recursos financeiros do ente federativo, acaba por ter na sua aplicação uma necessidade de estruturar e organizar os participantes em uma série de instituições internas em que, em algum momento, há a necessidade de eleição de conselheiros ou representantes regionais para que o processo de deliberação seja concretizado.

Há outros muitos mecanismos participativos previstos na Constituição Federal de 1988, inclusive boa parte já complementados por normas infraconstitucionais, capazes de aprimorar a democracia pela participatividade. A manutenção do sistema eleitoral ainda baseado na representação não parece ser um empecilho para a concretização da participação social, pois a aplicação efetiva dos dois sistemas ainda não foi, de fato, implementada de forma incisiva que permitisse diagnosticar uma necessidade essencial da mudança na Constituinte. Com base neste raciocínio, parece

¹⁴ Cf. José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo. (24.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2004), 141.

muito mais proveitosa a busca pela concretização dos mandamentos constitucionais já existentes a pensar em qualquer mudança radical.

4. A matéria na Constituição de 1988

A Constituição de 1988 trouxe uma série de elementos que não se restringem à participação do cidadão apenas como eleitor, mas colocam à sua disposição uma série de mecanismos que direta ou indiretamente o aproximam do procedimento deliberativo e decisório em todos os três poderes, além de prever condições de fiscalizar e acompanhar os atos governamentais e administrativos.

As diversas formas instrumentais presentes na nossa Constituição podem ser identificadas nos muitos dispositivos que trazem a participação popular. Muitas normas constitucionais expressamente mencionam algum tipo de participação direta e indireta, deliberação ou acompanhamento do indivíduo/sociedade nas decisões políticas ou administrativas.

Podemos categorizar os dispositivos da Constituição de 1988, como sendo os de representação aqueles dispostos: (a) nos Capítulos IV e V do Título II (exceto os incisos I, II e III do artigo 14) que preveem os direitos políticos, as regras e as condições de elegibilidade ativa e passiva, as condições de cassação de direitos políticos e também as condições de criação e funcionamento dos partidos políticos; (b) no artigo 29, que estabelecem a organização político-administrativa do município; (c) no artigo 32, que analogicamente ao artigo 29 tratam sobre o Distrito Federal; (d) na Seção I do Capítulo I do Título IV que tratam da organização do poder legislativo no Congresso Nacional, estabelecendo a duração das legislaturas e o sistema proporcional de eleição; e (e) na Seção VI do Capítulo III do Título IV que tratam da organização da Justiça Eleitoral.

Tais disposições são complementadas por normas infraconstitucionais, quais se destacam o Código Eleitoral (Lei n. 4737/65), a Lei de Inelegibilidades (Lei Complementar n. 64/90), a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95), a

Lei de Eleições (n. 9.504/97) e por resoluções do Tribunal Superior Eleitoral, além de outros decretos e instrumentos.

Os dispositivos categorizados como clássicos do sistema de democracia direta são aquelas constantes no artigo 14, incisos I, II e II¹⁵, que preveem o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular. Tais instrumentos são normas originárias da Constituição de 1988 e possuem exemplos de sua concretização. Em praticamente 30 anos de vigência da atual Constituição, quatro leis de iniciativa popular foram editadas¹⁶.

Plebiscitos e referendos em âmbito nacional aconteceram uma única vez para cada uma das categorias: em 1993 o plebiscito já previsto originariamente na Constituição previa a necessidade de se deliberar acerca da manutenção do presidencialismo ou pela mudança do sistema de governo para parlamentarismo; e em 2005 tivemos o único referendo de alcance nacional com vistas à aprovação ou não do disposto no art. 35 da Lei n. 10.826, de 23 de dezembro de 2003 (Estatuto do Desarmamento).

O sistema constitucional descrito até então configura uma forma predominantemente de participação popular indireta, encabeçada por um sistema representativo, com uma abertura para participação popular por meio de três mecanismos, sendo o da iniciativa popular uma possibilidade de mobilização da população para a edição de lei, o do referendo como uma forma de consulta *a posteriori* sobre a manutenção de uma norma no arcabouço jurídico e o do plebiscito como uma forma de consulta prévia à população sobre a introdução/modificação de uma norma.

Por fim, outros dispositivos constitucionais sobre participação popular são aqueles que dispõem sobre a inclusão do indivíduo das mais diversas formas na gestão pública/política do Estado. Em todos os três poderes há diferentes ferramentas que

¹⁵ Os artigos 27, § 4.º; 29, XIII preveem a possibilidade de leis estaduais e municipais a partir de plebiscitos regionais. O princípio da simetria, por sua vez, pode ser interpretado de forma a possibilitar o plebiscito e o referendo em Estados e municípios.

¹⁶ Sendo elas (a) a Lei n. 8.930/1994 que, resumidamente, incluiu o crime de homicídio qualificado no Código Penal; (b) a Lei n. 9.840/1999 que modificava a Lei n. 9.504/97 e o Código Eleitoral (Lei n. 4.737/65) visando a coibição do crime de compra de votos; a Lei n. 11.124/2005 que criou um sistema de acesso da população de menor renda à terra urbanizada, e; (d) a Lei Complementar n. 135/2010, a chamada “Lei da Ficha Limpa”.

podem aproximar o indivíduo da decisão coletiva, algumas de forma mais direta, outras de formas mais deliberativa, alguns deles estão listados na tabela abaixo.

Tabela 2– Outros instrumentos participativos previstos na CF de 1988

Dispositivo Constitucional	Instrumento de Participação
Art. 5.º, XXXIII	Direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular
Art. 5.º, XXXIV, “a”	Direito de petição aos Poderes Públicos
Art. 5.º, XXXVIII, caput	Júri (participação da sociedade no Judiciário)
Art. 5.º, LXXIII	Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular
Art. 10.º	Assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação
Art. 18, § 3.º e 4.º	Impõe o plebiscito como forma de aprovação popular para a formação de novos Estados, assim como para municípios.
Art. 29, XII	Permite a cooperação das associações representativas no planejamento municipal
Art. 37, §3.º, I, II e III	Prevê que a lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, especialmente quanto: (a) prestação dos serviços públicos em geral; (b) o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo; (c) representação contra o exercício negligente ou abusivo em funções na administração pública
Art. 58, §2.º, II e IV:	Prevê a criação de comissões nas casas do Congresso Nacional, que assegurarão a realização de audiências públicas com a sociedade civil e receberão petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas

Art. 74, §2.º	Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União
Art. 89, VII:	Prevê o Conselho da República, com a composição de seis cidadãos
Art. 103-b, XIII:	Prevê o Conselho Nacional de Justiça com a participação de dois cidadãos
Art. 130-A, VI	Prevê o Conselho Nacional do Ministério Público com a participação de dois cidadãos
Art. 130-A, §5.º	Prevê a criação de ouvidorias no Ministério Público para receber reclamações e denúncias de qualquer interessado
Art. 194, Parágrafo único, VII,	Impõe à seguridade social um caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite
Art. 198, III.	Prevê a participação da comunidade nas ações e serviços públicos de saúde
Art. 204, II	Prevê a participação da população nas ações governamentais da assistência social
Art. 205	Prevê a necessidade de colaboração da sociedade para as políticas educacionais
Art. 206. VI	Prevê a gestão democrática do ensino público
Art. 225	Atribuiu o meio ambiente a um direito e à sua manutenção um dever da coletividade
Art. 227, §1º	Impõe a sociedade, e outros, o dever de assegurar direitos à criança e ao adolescente, prevendo a participação de entidades não-governamentais nos programas promovidos pelo Estado

Alguns instrumentos participativos estão diretamente previstos como direitos fundamentais. O direito de petição e o direito de solicitar e receber informações dos órgãos públicos ampliam a participação da sociedade na gestão pública de forma a considerá-la essencial para a transparência e para o direito à informação. A interação e entre o cidadão e o representante parece não mais poder restringir-se ao voto, aliás os dispositivos do artigo 5.º, XXXIII e XXXIV criam um enorme potencial de controle social e de deliberação entre a sociedade e a administração pública, posteriormente

fortalecidos por normativas infraconstitucionais como as Lei n. 12.527/2011 e a Lei Complementar n. 101/2000 e suas modificações.

É também interessante a previsão da obrigatoriedade das formas clássicas de participação direta (plebiscito e referendo) como condição *sine qua non* para a incorporação, subdivisão, desmembramento ou anexação dos Estados (art. 18, §3.º) e de municípios (§4º), o que difere essencialmente da sua previsão no artigo 14, I, uma vez que torna a ferramenta participativa como um requisito para a deliberação da matéria.

Há ainda formas de participação popular como sujeito ativo da atividade processual diretamente visando o bem comum, que é o caso da possibilidade do ingresso da *ação popular* (art. 5.º, inciso LLXXIII), que acaba por se tornar uma ferramenta jurisdicional análoga à competência do Ministério Público.

Inúmeras outras formas de participação são mencionadas, como, por exemplo, a participação em conselhos, a deliberação como pré-requisito para alterações de demarcações de regiões como municípios e Estados, as diversas formas de controle do cidadão e sua comunicação direta para representação em órgãos de controle como o Tribunal de Contas e o Ministério Público, etc.

Mas as mais extensas previsões são as de participação social no âmbito do poder executivo: não bastaria apenas a Constituição impor à gestão pública os deveres de arcar com os direitos sociais do artigo 6.º (saúde, educação, moradia, etc.) mas também deveria incorporar o cidadão ao processo de tomada de decisões, principalmente nas áreas em que se relacionam com a administração das estruturas públicas que subsidiam tais interesses. Como exemplo, temos: a necessidade da efetiva participação do trabalhador rural na política agrícola (art. 187); a gestão quadripartite da seguridade social (art. 194); a participação social nos serviços públicos de saúde (art. 198, III); a participação da população nas decisões da assistência social (art. 204); a gestão democrática e a participação da sociedade nas áreas da educação (art. 205 e 206); a aproximação do Estado com a entidade da família, impondo a todos responsabilidades e deveres em relação àqueles que mais precisariam (art. 227).

Influenciando fortemente o executivo, leis infraconstitucionais trouxeram a necessidade da criação de conselhos municipais como o da saúde e o da assistência

social, e também, principalmente em âmbito municipal, a participação do cidadão como pré-requisito para a gestão orçamentária das áreas que lhe são afins, o que confere algum grau a mais de legitimidade para a decisão do gestor público.

Todos os dispositivos listados, principalmente quando analisados sob a ótica dos princípios da força normativa da constituição e da máxima efetividade da norma, possibilitam a participação da sociedade civil de uma forma ampla e efetiva¹⁷.

5. Conclusão

Abraham Lincoln parece ter resumido bem aquilo que entende por democracia no famoso *Discurso de Gettysburg*¹⁸ em que menciona que a “democracia é o governo do povo, pelo povo e para o povo”. Para cada advérbio desta frase foi possível um apontamento crítico da atualidade brasileira assim como a enumeração da sua solução. Um governo “do povo” deve ser um governo cujos níveis de representação em uma sociedade complexa e numerosa atendam as particularidades da população de maneira que o conjunto dos representantes espelhe a diversidade cultural, social e econômica dos representados. Já o governo “pelo o povo” deve atender os requisitos mínimos para a estruturação de uma inevitável representação, e dentre elas a insatisfação popular é um termômetro que medirá se a sociedade está ou não disposta àquele governo, disposição está essencial para Stuart Mill. Por fim, o governo “para o povo” não pode ser cooptado pelos interesses do representante e dos seus grupos políticos já que o instrumento do mandato, instrumentalizado hoje pelo voto, só detém legitimidade se não houver dissociação entre as vontades de ambos.

A democracia em uma sociedade moderna – numerosa, pulverizada e complexa – não parece mais capaz de ficar adstrita às formas convencionais da democracia

¹⁷ Mais sobre ver: Paulo Sérgio Novais de Macedo, “Democracia Participativa na Constituição Brasileira”, *Revista de Informação Legislativa*, ano 45. n. 178. (abr./jun. 2008).

¹⁸ Proferido na cerimônia de dedicação do Cemitério Nacional de Gettysburg, na tarde do dia 19 de novembro de 1863, quatro meses depois da vitória na batalha de Gettysburg, decisiva para o resultado da Guerra de Secessão.

representativa e, ainda que esta seja inevitável, a sua ponderação com formas de inclusão da sociedade civil de forma a propiciar ao indivíduo uma participação direta nas decisões que são públicas, coletivas, parece ser um caminho complementar que fortalece a democracia.

Atualmente a democracia parece significar mais do que apenas a legitimação advinda da representatividade, e tem sido, em alguns locais, motivação suficiente para a ampliação da participação social na gestão pública. Neste sentido, a dualidade representatividade/participação mostra que tais termos não necessariamente devem ser opostos, mas ao invés, podem ser complementares, somando-se a parcela de democracia que transparece através da representatividade e aquela parcela que só pode ser suprida pela participação social.

O Tribunal Constitucional e a jurisprudência da crise

Taíza Maria Alves da Silva*

RESUMO: Tendo por referência o contexto de crise econômica pós-2008, o presente texto objetiva elaborar uma análise do fenômeno jurisprudencial que se delineou em Portugal naquele período e fora denominado de “jurisprudência da crise”, por se referir às decisões do Tribunal Constitucional que versavam sobre a “legislação da austeridade”. Ao propor a abordagem a partir de alguns dos principais acórdãos daquele tribunal, serão tratados aspectos críticos sobre a atuação do Tribunal Constitucional acerca da legislação da austeridade quando em confronto com o resguardo de direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: crise econômica; jurisprudência; Tribunal Constitucional; Portugal.

ABSTRACT: With reference to the post-2008 economic crisis context, this paper intends to prepare an analysis of the case law outlined in Portugal at that time and was called “jurisprudence of the crisis”, concerning to the decisions of the Constitutional Court regarding the “austerity legislation”. In proposing the approach from some of the main judgments of that court, some critical aspects will be dealt with on the Constitutional Court’s action on the austerity legislation when confronted with the protection of fundamental rights.

KEYWORDS: economic crisis; jurisprudence; Constitutional Court; Portugal.

* Doutorada em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho. Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

1. Considerações preliminares

Por ocasião do *workshop* realizado entre 12 e 13 de setembro de 2017, subordinado ao tema “Jurisdição Constitucional e Interesses Económicos”, promovido pelo Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) da Universidade do Minho, tivemos, em razão de honroso convite, a oportunidade de apresentar uma comunicação oral, que aqui foi reduzida a escrito, visando contribuir para a presente publicação¹.

Nossa intervenção teve por cerne a análise de um fenómeno que – a partir do ano de 2011 e no contexto a que nos referimos como de “crise” – se delineou em Portugal e fora denominado de “jurisprudência da crise”, por se referir ao conjunto das decisões do Tribunal Constitucional português (adiante TCP) que versava sobre a chamada “legislação da austeridade”.

Tal feito jurisprudencial foi simultâneo à ascensão do TCP a um inédito protagonismo, mas também a pressões de ordem política e pública, críticas sistemáticas às suas decisões, questionamentos quanto aos limites de atuação democraticamente plausíveis e à qualificação dos seus juízes².

Nesta ambiência, as decisões do TCP – tanto no âmbito interno, quanto a nível comparativo entre os Estados-Membros da União Europeia – passaram a figurar de modo significativo na pauta jurídica portuguesa.

De antemão, cabe trazer à tona uma distinção elaborada por José Melo Alexandrino³ que destaca haver, pelo menos, duas visões para este mesmo fenómeno.

¹ O presente texto corresponde a um versão levemente alterada de um dos tópicos que compõe a Tese de Doutoramento em Direito (Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas) da Autora, que teve por título “*Perspectivas e desafios jurídicos da democracia multinível num contexto de crise*”. Disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/48642>.

² J. R. Novais, *Em defesa do Tribunal Constitucional. Resposta aos críticos*. (Coimbra: Edições Almedina, 2014), 07.

³ J. M. Alexandrino, “O impacto jurídico da jurisprudência da crise”. Intervenção proferida na Conferência “*Debates sobre a Jurisprudência da Crise em Tempo de Viragem*”, organizada pelo Instituto de Políticas Públicas Thomas Jefferson e pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2014. Da sua análise percebe-se que o autor, embora expresse que pretende fazer uma leitura com “*absoluta neutralidade* relativamente à instituição”, o faz sob uma perspectiva que evidencia o “papel

A primeira (crítica), à qual o autor alinha em parte, embora reconheça os problemas da jurisdição “em tempo de emergência”, converge para o entendimento de que: (i) o TCP não teria revelado “um suficiente compromisso com o texto da Constituição”, (ii) na maior parte das decisões não estava em causa direitos fundamentais, (iii) o TCP não poderia usar princípios como se regras fossem, dentre outras. É uma segunda (a que chama de panfletária), parte do postulado maniqueísta de que haveria somente dois posicionamentos possíveis: da defesa do TCP (compreendida esta como a razão e o bem) ou a crítica (representativa apenas do sentido negativo quanto à atuação do TCP)⁴. Esta última, contudo, parece pouco servir ao que nos propomos analisar, pois sequer a designação dos juristas em uma ou outra categoria é objetivamente assente.

Para fins desta análise, seguimos o proposto por Jorge Reis Novais⁵ – que não defende uma ou outra decisão específica do Tribunal, mas a própria instituição. Ele aplica a denominação de críticos aos autores que, embora resguardem perspectivas diversas, “mantêm uma atitude de profunda divergência relativamente à jurisprudência dos últimos anos do Tribunal Constitucional”⁶. Esta é uma ressalva importante, sobretudo na medida em que o autor não desconsidera as perspectivas daqueles a quem se atribui mais comumente a designação de críticos.

2. Sobre o papel dos tribunais em tempos de austeridade: breve comparativo entre os tribunais portugueses e espanhóis

Maribel González Pascual⁷ elaborou um estudo comparativo entre Portugal e Espanha. A Autora partiu do pressuposto de que, em decorrência da crise econômica, restrições orçamentárias foram impostas aos Estados-Membros em questão,

indispensável que em Estado Constitucional deve caber ao Tribunal Constitucional”. Disponível em http://icjp.pt/sites/default/files/papers/o_impacto_juridico_da_jurisprudencia_da_crise.pdf.

⁴ J. M. Alexandrino, *O impacto jurídico da jurisprudência da crise*.

⁵ Novais, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, 15.

⁶ Novais, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, 15..

⁷ M. G. Pascual, “Constitutional Courts before Euro-crisis law in Portugal and Spain; A comparative prospect”. *Revista Eletrónica de Direito Público*, Número Especial, V. 4. N. 1 (2017): 110-127, <http://e-publica.pt/pdf/artigos/Vol.%204%20N%C2%BA%201-Art.05.pdf>.

impactaram na redução dos direitos sociais e desafiaram os tribunais constitucionais. Qual seria o papel destes tribunais em relação às medidas de austeridade restritivas de direitos é uma questão que, aos nossos olhos, perpassa toda esta sua análise.

Segundo a Autora, a crise econômica moldou a jurisprudência relativa aos direitos sociais nos dois Estados-Membros, contudo com alguns traços distintivos e substanciais. Primeiro o de que, embora tenham solicitado assistência financeira à *troika* – e ambos terem formalizado Memorandos de Entendimento –, o acordo português visava superar falhas estruturais da economia e da administração pública, enquanto o espanhol estabelecia um programa de assistência profundamente relacionado ao setor bancário. Assim, se o referido Memorando desencadeou a maior parte das medidas de austeridade em Portugal, o mesmo não se pode afirmar em relação à Espanha.

O segundo traço distintivo identificado pela Autora se refere a questões jurídico-constitucionais anteriores à crise, ou seja, o tratamento distinto de Portugal e Espanha frente aos direitos sociais. Isto porque a Constituição Espanhola dispõe sobre a maioria dos direitos do bem-estar num capítulo que, para muitos estudiosos espanhóis, enunciam princípios que devem ser seguidos pelo poder político “sempre que as circunstâncias econômicas o permitam”⁸. Assim, a Autora conclui que, embora de acordo com o artigo 1.º da Constituição, a Espanha seja um Estado social, o Tribunal Constitucional Espanhol permanece relutante em “se pronunciar sobre os direitos sociais”⁹.

Quanto à Constituição Portuguesa, esta contém uma lista “longa e detalhada de direitos sociais, que podem ser aplicados judicialmente”¹⁰ e, embora persista o debate sobre se os direitos sociais são vinculativos em qualquer circunstância, “a Constituição portuguesa tem um compromisso mais forte e mais amplo com os direitos sociais do que outras constituições europeias, como a espanhola”¹¹. Daí o entendimento da Autora de ser esperado que o Tribunal Constitucional português seja mais propenso

⁸ Pascual, *Constitutional Courts before Euro-crisis*.

⁹ Pascual, *Constitutional Courts before Euro-crisis*.

¹⁰ Pascual, *Constitutional Courts before Euro-crisis*.

¹¹ Pascual, *Constitutional Courts before Euro-crisis*.

a fazer valer os direitos sociais, mesmo nos casos em que o Tribunal Constitucional Espanhol não o faria¹².

E finalmente um terceiro, ainda no âmbito de jurisdição constitucional, que se refere ao fato de o TCP, em muitos casos, ter apreciado a legislação da austeridade no âmbito da fiscalização preventiva da constitucionalidade, um procedimento previsto para decisão num curto prazo, qual seja, dentro de 25 dias úteis (nos termos do art. 278.º, n.º 8, da Constituição). Quanto ao Tribunal Constitucional Espanhol, este apreciou as medidas de austeridade em sede de controle abstrato de constitucionalidade. Assim, por exemplo, como ocorreu em relação ao corte de salário dos funcionários públicos, quando a decisão do Tribunal foi concretizada, ante o largo lapso temporal, a controvérsia principal já se tinha encerrado¹³. Especificamente acerca deste caso concreto, no ano de 2015 o Tribunal Constitucional Espanhol não tinha decidido sobre os cortes salariais que foram aprovados ainda em 2012. Neste ínterim, foi aprovada uma lei que determinou o reembolso dos valores aos funcionários públicos, de modo que quando o Tribunal Constitucional declarou inadmissível o recurso, a petição principal já estava satisfeita¹⁴.

Do exposto se depreende que, não obstante divergências relativas à jurisdição e disposições constitucionais, a Autora sinaliza para uma tendência das análises jurídicas da atuação dos tribunais no contexto de crise: a de que estes eram conscientes das implicações de suas decisões, daí a insistência em enquadrar os julgamentos no contexto de uma crise econômica e assim também limitar os efeitos das suas decisões finais.

¹² Este paralelo, a partir da distinção das disposições constitucionais relativas aos direitos sociais – que são mais amplamente protegidos no modelo constitucional português –, também foi traçado por Jorge Reis Novais, com a diferença de que o Autor o faz em comparação com a Constituição Federal Alemã. J. R. Novais, “The fundamental right to a retirement pension in a financial emergency scenario”. *E-Pública: Revista Eletrónica de Direito Público*, V. 1, N.º 1, (2014): 69-96, http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183-184X2014000100003&lng=en&tlng=pt.

¹³ Jorge Reis Novais identificou como uma tentativa insidiosa de condicionamento das decisões do TCP o “facto consumado inconstitucional” – que, em síntese, consistiu na inviabilização da fiscalização preventiva da constitucionalidade sob o argumento presidencial de que tal medida poderia embaraçar a tempestividade das leis de orçamento do Estado. Novais, *Em defesa do Tribunal Constitucional*, 08.

¹⁴ Pascual, *Constitutional Courts before Euro-crisis*.

Ao que nos parece, o comparativo delineado por Maribel Pascual ilumina a perspectiva que aponta no sentido de que, não obstante a influência das decisões do TCP no âmbito interno, estas teriam também o potencial de refletir nos demais Estados-Membros que foram impactados por medidas de austeridade. A partir das lições da “metáfora das redes” – conforme desenvolvidas por Gomes Canotilho¹⁵ – poderiam, inclusivamente, ter orientado a atuação de outros tribunais constitucionais. Neste momento, não temos a pretensão nem elementos para apontar conclusões a tal respeito, mas não podemos nos furtar da ponderação de que a crise poderia ter provocado avanços juridicamente significativos, face seu “potencial transformador” e “excelente laboratório”, como o perspectivaram Alessandra Silveira e Sophie Perez¹⁶ ao tratarem do papel dos tribunais em tempos de crise.

3. Sobre a atuação do Tribunal Constitucional português acerca da legislação da austeridade

Na doutrina e no debate acadêmico português, as menções ao conteúdo das decisões do TCP atinentes à fiscalização da constitucionalidade das Leis Orçamentárias do Estado (2011-2014) foram recorrentes. Em geral, analisava-se o quanto estas impactaram uma ampla gama de direitos em domínios como os do trabalho, da justa remuneração, da assistência social, da saúde, das pensões, e ainda em princípios, como os da segurança jurídica, da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana.

A primeira dessas decisões (acórdão TCP n.º 396/2011¹⁷) suscitou imensa polêmica, pois se referia, dentre outros aspectos, à redução das remunerações totais

¹⁵ J. J. G. Canotilho, “Brancoas” e a interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. (Lisboa: Almedina, 2006).

¹⁶ A. Silveira e S. Perez, “Justiça em tempo de crise. e: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia”. *UNIO – EU Law Journal*, n. 0 (2014). http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Alessandra%20Silveira_Sophie%20Fernandes_pt.pdf.

¹⁷ Acórdão TCP n.º 396/2011, de 21 de setembro de 2011, Processo n.º 72/11, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Quanto a Lei Orçamentária do Estado (2011) esta se encontra disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1295&tabela=leis

ilíquidas mensais de diversas categorias de trabalhadores e dirigentes da Administração Pública e instituições equiparadas, com percentuais variáveis entre 3,5% a 10% sobre o *quantum* igual ou superior a € 1.500.

Não obstante o cerne da questão se referir a reduções salariais (um elemento plausível e concreto), chamou-nos a atenção um dos fundamentos deste requerimento, e que foi uma tônica nos subsequentes que viriam a ser dirigidos ao TCP no âmbito da jurisprudência da crise. Referimo-nos ao fator “tempo”.

Isto porque a Lei Orçamentária daquele ano previa apenas o seu termo inicial de vigência, sendo omissa quanto ao seu termo final. Assim, questionava-se a possibilidade de se interpretar que a redução temporária das remunerações poderia ter um caráter definitivo. Indagava-se, portanto, como seria justificável uma medida de caráter permanente (a redução das remunerações) ter por pressuposto um fundamento temporário (a crise). Não era necessário grande esforço hermenêutico para perceber a preocupação com o risco de se converter a provisoriedade de uma medida (reclamada pelo contexto de crise) em uma providência definitiva.

Acerca desta, o TCP reconheceu que, embora no texto da lei orçamentária houvesse previsão apenas do seu início de vigência, não se poderia inferir, apenas sob este parâmetro, o caráter definitivo da norma, pois as leis de orçamento vigoram num exercício específico e suas eficácias não se projetam para além das vigências anuais. São, por natureza, transitórias.

Contudo, o TCP também reconheceu a importância de uma análise “estritamente jurídica da situação normativa”¹⁸, ponderando acerca das circunstâncias da época, e vislumbrando que as reduções remuneratórias visavam a diminuição do déficit orçamental (nos limites estabelecidos pela União Europeia), bem como ratificavam compromissos do Estado português perante instâncias internacionais. Naquele contexto – por se tratar de medida de diminuição da despesa pública pertinente a apenas uma das parcelas “de um programa cuja realização integral” se projetava para estender-se “por um horizonte temporal mais alargado”¹⁹ –, o TCP reconheceu que

¹⁸ Acórdão TCP n.º 396/2011.

¹⁹ Acórdão TCP n.º 396/2011.

tais obrigações não se encerrariam com o termo final da vigência da lei. Evidenciou-se, assim, que medidas de idêntico teor poderiam vigorar até o termo final do programa de ajustamento que, neste caso, era o ano de 2013.

Deste modo, sob o argumento do transitório, mas não necessariamente anual, o TCP afiançou – com base no Relatório que acompanhava a lei e defendia que a medida era imposta por estarem em causa à manutenção e sustentabilidade do Estado social – que a redução da remuneração se inseria num “contexto de excepcionalidade”. E, assim sendo, não implicaria num retrocesso social, mas no “cumprimento das metas resultantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento”²⁰. Nesta referência do TCP percebe-se que tais medidas poderiam ter a vigência dilatada, justificando-se pelo caráter excepcional.

Mas não somente o tempo destacou-se dentre os fundamentos do requerimento. Questionou-se, dentre outros, a violação do “direito fundamental a não redução do salário”. A respeito deste, não houve também acolhimento do TCP, que o justificou por duas razões: primeira, porque tal direito não encontraria guarida constitucional direta e autônoma (o que o tornaria imperativo), pois era previsto apenas na legislação ordinária. E mesmo quando ponderou sobre o âmbito infraconstitucional, o TCP entendeu que neste a redução do salário se trata de uma garantia que não tem caráter absoluto. Ademais, ainda de acordo com o TCP, apesar de o direito à retribuição salarial ser um direito fundamental, o direito a um *quantum* concreto não teria a mesma “força de direito fundamental”²¹.

Tal desconsideração do *quantum* remuneratório como um direito fundamental – e o conseqüente não acolhimento do pedido de inconstitucionalidade deste dispositivo – foram aspectos criticados na doutrina portuguesa, que reacenderam o debate da alegada “secundarização dos direitos sociais”²², embora mesmo os críticos à jurisprudência da crise reconheçam ser esta uma linha comum da jurisprudência

²⁰ Acórdão TCP n.º 396/2011.

²¹ Acórdão TCP n.º 396/2011.

²² A. S. Pinheiro, “A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)”. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Ano 7. N.º 1 (2014): 173. <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/961>.

portuguesa²³. Um autor que se posicionou contra o argumento da “não proteção do *quantum*” foi Jorge Reis Novais²⁴ – que ao se referir a este acórdão em particular, bem como à posterior redução do *quantum* das pensões, se pronunciou nos seguintes termos:

*Dizer que a Constituição garante o direito à retribuição, mas que esse direito não protege o quantum de retribuição, ou que a Constituição garante o direito à pensão, mas que esse direito não protege o quantum da pensão é tão absurdo como dizer que a Constituição garante o direito de propriedade, mas que esse direito não protege o quantum da minha propriedade*²⁵.

A segunda razão da não acolhida deste fundamento pelo TCP foi o entendimento de que, “uma vez garantido o mínimo”, a irredutibilidade do salário não seria uma exigência da dignidade da pessoa humana²⁶. Vê-se, portanto, que o TCP reconhece a dignidade humana como um critério, mas não o aplica neste caso concreto, ao que parece porque interpreta que a dignidade humana estaria preservada uma vez que o mínimo existencial não fora tocado.

Viu-se, com nitidez, que o fundamento na excepcionalidade da crise foi um dos argumentos mais recorrentes e escrutinados pelo TCP naquele contexto. Este fora por mais de uma vez cotejado a partir de ponderações sobre os “limites do sacrifício” exigíveis aos funcionários públicos, não obstante as alegações de que, ao impor um sacrifício adicional apenas aos que auferiam verbas públicas, se estaria em dissonância com o princípio da igualdade.

Um aspecto juridicamente relevante e que merece destaque acerca das decisões do TCP é o da publicação, na parte final dos acórdãos proferidos, da declaração dos votos que foram vencidos – seguidos, em grande parte, das respectivas fundamentações. Nos casos concretos das Leis Orçamentárias, os votos vencidos demonstraram, além de divergências substanciais no entendimento dos juízes constitucionais, também os argumentos que poderiam ter culminado em decisões

²³ A. S. Pinheiro, “A jurisprudência da crise”, 173.

²⁴ Novais, “The fundamental right to a retirement pension”.

²⁵ Novais, “The fundamental right to a retirement pension”, 76.

²⁶ Acórdão TCP n.º 396/2011.

diversas quanto à (in)constitucionalidade da legislação da austeridade. Trazem, por vezes, elementos tão reveladores quanto os votos vencedores.

No caso em apreço, foram vencidos os votos de três juízes. O primeiro, Carlos Pamplona de Oliveira, pugnava pela inconstitucionalidade das normas por violação ao princípio do Estado de direito democrático – que “implica um mínimo de certeza e de segurança no direito das pessoas e nas expectativas que a elas são juridicamente criadas”, bem como do princípio da igualdade – pois se as normas visam proteger o interesse público, dizem respeito à “comunidade no seu conjunto, à generalidade dos cidadãos”²⁷, e não deveriam incidir unicamente nos funcionários públicos.

O juiz J. Cunha Barbosa entendeu que a norma violava o princípio da igualdade – e, embora tenha se declarado sensível a situação de excepcionalidade, segundo o magistrado esta “não poderá conduzir a uma situação de afastamento de todo e qualquer controlo judicial”²⁸.

Quanto ao juiz João Cura Mariano, este entendeu que as normas violavam “o princípio da confiança, ínsito na ideia de Estado de direito democrático, consagrada no artigo 2.º da Constituição”. De acordo com o magistrado “a redução dos salários dos funcionários públicos integrou a política orçamental para 2011, que teve como objectivo fundamental a redução do défice de 7,3% do PIB, então previsto para 2010, para 4,6% em 2011, obedecendo a imposição comunitária”²⁹. Assim, embora não discordasse da necessidade de medidas dessa natureza, ou seja, do seu fim, o magistrado lança uma luz para a questão dos meios, ou seja, de ponderar se a via escolhida além de adequada à finalidade é “a que menos encargos impõem aos cidadãos”. No seu entendimento, embora não possa o TCP cercear a liberdade do legislador de escolher o caminho que sopesa como mais eficaz, “se o fim perseguido é uma redução drástica do défice das contas públicas, o mesmo tanto poderá ser obtido por via do aumento da receita como pela via da diminuição da despesa”³⁰.

²⁷ Voto vencido, Juiz Carlos Pamplona de Oliveira, referente ao Acórdão TCP n.º 396/2011.

²⁸ Voto vencido, Juiz J. Cunha Barbosa, referente ao Acórdão TCP n.º 396/2011.

²⁹ Voto vencido, Juiz João Cura Mariano, referente ao Acórdão TCP n.º 396/2011.

³⁰ Voto vencido, Juiz João Cura Mariano, referente ao Acórdão TCP n.º 396/2011.

Destacamos, ainda, o acórdão n.º 413/2014³¹. Este guarda similitude com o anteriormente analisado, por pelo menos três razões: (i) parte significativa das fundamentações se alicerça em princípios, dentre estes, o da igualdade, da proporcionalidade e da proteção da confiança; (ii) guarda dúvidas sobre o caráter temporário das medidas; e, ainda, (iii) o “argumento da crise” e da necessidade de resguarda do interesse público.

Nesta decisão o TCP entendeu a aplicação das medidas como parte de um processo de ajustamento e uma exigência da consolidação orçamental do Estado. Mas, quanto ao caráter temporário, este sofreu uma alteração, porque não mais incidiria sobre a totalidade das medidas. Isto porque a Lei Orçamentária de 2014 previa “medidas permanentes de redução da despesa”, e, dentre estas, às relativas “às despesas com o pessoal e o conjunto das medidas respeitantes às prestações sociais”. Deste modo, as medidas “transitórias” do exercício financeiro de 2011 foram substituídas por medidas permanentes inseridas num âmbito nominado como do “seu natural desenvolvimento”³².

A apreciação deste acórdão aponta para outro aspecto significativo. As decisões do TCP fundamentaram-se, essencialmente, em princípios. Este foi um “caminho” não isento de críticas, pois poderia ser interpretado como uma espécie de “fuga principiológica” relativamente à jurisprudência da crise³³. Esta é uma linha de investigação que tem sido escrutinada por Alessandra Silveira³⁴ – e, em suma, se funda na possível “dificuldade de os tribunais corresponderem à ativação judicial de direitos sociais individualmente considerados”. Contudo, é também a partir de reflexões da autora supramencionada que se pode lançar uma luz sobre as possibilidades de

³¹ Acórdão TCP n.º 413/2014, de 30 de maio de 2014, Processo n.º 14/2014; 47/2014 e 137/2014, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140413.html>.

³² Acórdão TCP n.º 413/2014.

³³ A. Silveira, “Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento”, in *O alcance dos direitos humanos nos estados lusófonos*, coord. M. E. Rocha; M. M. M da Costa e R. Hermany (Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017).

³⁴ A. Silveira, “Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento”, in *O alcance dos direitos humanos nos estados lusófonos*, coord. M. E. Rocha; M. M. M da Costa e R. Hermany (Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017)..

aplicação dos princípios, compreendidos para além do seu sentido axiológico, ou seja, também por sua natureza jurídica de norma constitucional.

Por fim, destacamos o acórdão n.º 574/2014³⁵, a propósito cortes salariais no período 2014-2018. Alguns dos dispositivos que cumpriu ao TCP apreciar incidem sobre um dos aspectos mais controversos (no plano jurídico, político e social) da jurisdição da austeridade: a redução remuneratória. Contudo, aqui se contemplava ainda uma “reversão gradual da redução remuneratória temporária”, a incidir a partir do ano seguinte (2015), mas condicionando o percentual de tal reversão (a partir de 2016), “em função da disponibilidade orçamental”³⁶.

O prazo máximo foi estabelecido como de quatro anos e as reduções remuneratórias (incidentes desde 2011) poderiam perdurar até o ano de 2018. Assim, é possível retomar o primeiro aspecto que fora analisado no domínio dos cortes salariais da legislação da austeridade: a questão do carácter transitório de tais medidas, ou da sua suposta “provisoriedade permanente”, pois, conforme aqui reiterado, desde 2011, e em todas as análises subsequentes, tanto os fundamentos dos pedidos de fiscalização da constitucionalidade quanto os entendimentos do TPC ponderaram sobre a temporalidade das medidas de cortes salariais.

4. Considerações finais

Conforme visto, foram contundentes as questões que permearam os debates e as críticas acerca da atuação do TCP na ambiência da crise. Estas reacenderam, inclusive, a discussão sobre se é possível (e até que ponto) a jurisdição constitucional atuar para resguardar os direitos fundamentais sociais.

Destacamos o quanto no contexto da crise a cobrança em torno de um desempenho mais ativista do Tribunal Constitucional coexistiu com os questionamentos sobre os seus limites de atuação. E, ainda, que os acórdãos do TCP foram alvos de críticas no

³⁵ Acórdão TCP n.º 574/2014, de 14 de agosto de 2014, Processo n.º 818/14, <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20140574.html>.

³⁶ Acórdão TCP n.º 574/2014.

campo doutrinário e acadêmico, para além dos seus impactos negativos nos direitos dos cidadãos.

Para críticos do Tribunal, isto se deu, em geral, por duas razões: porque as decisões seriam divergentes do compromisso daquela Corte como o “guarda” da Constituição ou porque foram consideradas como ativistas, dando ao termo uma conotação, comum na contemporaneidade, de vertente essencialmente negativa. São tais posicionamentos, que parecem tão divergentes, que nos permitem, numa licença quase poética, afirmar que não é desprovida de sentido a ideia de que o ativismo judicial, como a beleza, está frequentemente nos olhos de quem o vê³⁷.

Sob tais perspectivas, ressaltamos que o contexto de crise evidenciou certa dificuldade do TCP em lidar com a ativação judicial dos direitos sociais. Esta é uma constatação presente em grande parte dos autores aqui referenciados. Todavia, o que de posse de todos os elementos conjecturados não nos parece sensato defender, sobretudo em tempos de crise, é a inércia ou afastamento do poder judiciário diante das demandas com ampla repercussão não apenas no âmbito econômico, orçamentário e, em se tratando de democracias e do *Welfare State*, primordialmente sociais.

À luz desta primeira análise, ao que nos parece, a jurisprudência do TCP apontou mais para a autocontenção que para o ativismo judicial. Isso não nos credencia como críticos à instituição, tampouco nos coloca em posição que desmereça a sua atuação naquele contexto da crise. Mesmo quando voltados à salvaguarda dos direitos fundamentais e da democracia, os tribunais não são blindados de desacertos, afinal, tanto os sistemas democráticos quanto os tribunais têm defeitos – como, aliás, pode ser constatado em toda e qualquer instituição humana³⁸.

³⁷ Expressão de S. A. Lindquist e F. B. Cross, *Measuring judicial activism*. (New York: Oxford University Press, 2009).

³⁸ R. Bellamy, “Democracy as public law: the case of constitutional rights”. *Special issue: constitutional reasoning, German Law Journal*. V. 14 N.º 08 (2013): 1017-1038. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2313060.

Democracia, legitimidade e competência legislativa na União Europeia

Tiago Sérgio Cabral*

RESUMO: Neste artigo procede-se a uma análise das regras do processo legislativo na União Europeia, dos instrumentos de flexibilização e fomento da participação dos cidadãos existentes no ordenamento jurídico europeu, das instituições intervenientes na atividade legislativa e da sua legitimidade democrática. Com base nesta análise avalia-se a validade das críticas que lhe são frequentemente dirigidas por eurocéticos, identificam-se fragilidades e propõem-se soluções que permitam reforçar a legitimidade do legislador europeu.

PALAVRAS-CHAVE: processo legislativo; legitimidade democrática; cláusulas de passerelle, eleições europeias; Spitzenkandidat.

ABSTRACT: In this paper, we will study the rules of the legislative procedure in the European Union, the tools available in the EU's legal framework for guaranteeing a certain degree of flexibility and fostering citizens' involvement in lawmaking, the institutions participating and their democratic legitimacy for doing so. We will then assess if there is merit to the Eurosceptic's frequent criticism of the legislative activity in the EU, identify weaknesses, and suggest solutions to reinforce the European legislator's legitimacy.

KEYWORDS: legislative procedure; democratic legitimacy; passerelle clauses; European elections; Spitzenkandidat.

* Investigador do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) e Mestrando em Direito da União Europeia.

1. Introdução

O debate em torno do pretenso défice democrático da União Europeia (UE) não mostra sinais de arrefecer a curto prazo. A retórica contaminada dos populistas eurocéticos e o seu recurso a estratégias como a manipulação de informação, distorção de factos, ou quando necessário, puro engano^{1/2}. transformou a questão

¹ Quem não se lembra, durante a campanha pelo *Brexit*, do autocarro estampado com a promessa de que sair da União Europeia libertaria 350 milhões de libras semanalmente que seriam aplicadas no serviço nacional de saúde? Ou das declarações por destacados *brexiters* afirmando que a União Europeia iria permitir ao Reino Unido aceder ao mercado único sem aceitar a livre circulação de pessoas, na linha do famoso “hav[ing] our cake and eat[ing] it” de Boris Johnson.? Ou das promessas de que as agências europeias sediadas no Reino Unido continuariam aí após a saída? Entre muitas outras...

² Cfr. “Brexit and the European football market: the consequences for the Premier League and the British players”, Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa, acesso em novembro 27, 2017, <https://officialblogofunio.com/2016/07/24/brexit-and-the-european-football-market-the-consequences-for-the-premier-league-and-the-british-players/>; “Rose-tinted glasses might prove fatal: populists and their performances after the 2017 Dutch general election”, Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa, acesso em novembro 27, 2017, <https://officialblogofunio.com/2017/11/07/rose-tinted-glasses-might-prove-fatal-populists-and-their-performances-after-the-2017-dutch-general-election/>; Pedro Madeira Froufe, “Editorial of May 2017”, acesso em novembro 27, 2017, <https://officialblogofunio.com/2017/05/01/europe-cci-cest-pas-une-pipe/>; Pedro Madeira Froufe, “O insustentável peso democrático do populismo: deambulações em torno da União Europeia, de olhos postos em Donald Trump”, in *UNIO E-book Volume I: Workshops CEDU 2016*, coord. Alessandra Silveira (Braga: CEDU, 2016): 301-311; “Editorial of July 2016”, Alessandra Silveira, acesso em novembro 30, 2017, <https://officialblogofunio.com/2016/06/29/editorial-of-july-2016/>; “Editorial August 2016”, Katarzyna Gromek-Broc, acesso em novembro 30, 2017, <https://officialblogofunio.com/2016/08/04/editorial-august-2016/>; “A perspective on Brexit”, Elaine Dewhurst, acesso em dezembro 1, 2017, <https://officialblogofunio.com/2016/08/04/a-perspective-on-brexit/>; “The voters have spoken. Brexit it is”, Catherine Barnard, acesso em dezembro 1, 2017, <https://officialblogofunio.com/2016/08/04/the-voters-have-spoken-brexit-it-is/>; “Populist constitutions – a contradiction in terms?”, Jan-Werner Müller, acesso em dezembro 1, 2017, <http://verfassungsblog.de/populist-constitutions-a-contradiction-in-terms/>; Andrew Glencross, *Why the UK Voted for Brexit: David Cameron’s great miscalculation*, (London: Palgrave Macmillan, 2016), 35 e ss; Tim Oliver, “Fifty shades of Brexit: Britain’s EU referendum and its implications for Europe and Britain”, *Italian Journal of International Affairs* 52,1 (2017): 1-11; John Clarke e Janet Newman, “‘People in this country have had enough of experts’: Brexit and the paradoxes of populism”, *Critical Policy Studies* 11,1 (2017): 101-116; Sara B. Hobolt, “*The Brexit vote: a divided nation, a divided continent*”, *Journal of European Public Policy* 23,9 (2016):1259-1277; Alan Ingram, “*Geopolitical events and fascist machines: Trump, Brexit and the deterritorialisation of the West*”, *Political Geography* 57 (2017): 91-93; Anand Menon e Brigid Fowler, “*Hard or soft? The politics of Brexit*”, *National Institute Economic Review* 238 (novembro 2016): 4-12; Eric A. Posner, “Can it happen here?: Donald Trump and the paradox of populist government”, in *Chicago Public Law And Legal Theory Working Paper* (n.º 605, Chicago: University of Chicago Law School, 2017).

num tema emocionalmente carregado. No entanto, o integracionista deve evitar ceder à tentação de evitar a temática ou adotar uma posição defensiva perante ela. A discussão deste tema é essencial para a evolução democrática da UE. Evitá-la apenas terá como resultado a estagnação. E tal condição apenas beneficia a retórica populista tornando-a numa *self-fulfilling prophecy*.

As regras do processo legislativo no seio da UE têm sido exemplo e alvo usual das acusações de déficit democrático. Parece inegável que o Parlamento Europeu é dotado de maior legitimidade democrática que qualquer outra instituição europeia. Os seus membros são eleitos por sufrágio direto e universal (art.º 14, 3 TUE) enquanto os membros do Conselho da União Europeia (Conselho) não gozam de legitimidade direta de origem europeia. Os membros do Conselho são dotados da legitimidade democrática que advém do seu estatuto de membros de governos nacionais, mas não são eleitos através de uma eleição verdadeiramente europeia (art.º 16.º, n.º 2 TUE). Um bom ministro não é necessariamente um bom “senador” e vice-versa. O Presidente da Comissão Europeia é proposto pelo Conselho Europeu “tendo em conta [os resultados d]as eleições para o Parlamento Europeu” e carece da aprovação deste último por maioria dos membros que o compõem (art.º 17.º, n.º 7 do TUE).

Não obstante a sua maior legitimidade – e as tradições constitucionais comuns dos países democráticos neste sentido –, o Parlamento Europeu, salvo raríssimas exceções (*infra*), não tem direito de iniciativa legislativa.

Neste trabalho vamos analisar os diferentes processos legislativos vigentes na UE, a sua relação com a legitimidade das instituições europeias e a importância desta controvérsia para o cidadão europeu. Por fim avançaremos um conjunto de soluções que acreditamos poderem contribuir para fortalecer a democracia e (consequente) legitimidade da UE e da legislação por ela emanada³.

³ Cfr. Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa, “*The European Union’s existential crisis: current challenges from populism to Donald Trump*”, UNIO – EU Law Journal 4,3 (2017); “A crise existencial da União Europeia: ensaio em torno da realização do projecto europeu no quadro dos desafios geopolíticos e jurídico-institucionais actuais”, Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa, acesso em dezembro 10, 2017, https://institutoeuropeu.eu/images/stories/documentos/Pr%C3%A9mio_Professor_Doutor_Paulo_de_Pitta_e_Cunha/A_Crise_Existencial_da_Uni%C3%A3o_Europeia.pdf.

2. O processo legislativo ordinário

O processo legislativo ordinário (art.º 289.º n.º 1 do TFUE), corresponde essencialmente ao antigo processo de co-decisão. É a forma mais perfeita de bicameralismo consagrada nos tratados constitutivos da UE. Os principais atores neste processo são o Parlamento Europeu eleito por sufrágio direto e universal que representa os interesses dos seus constituintes (os cidadãos da UE), e o Conselho, que funciona como uma câmara alta, e que representa os interesses dos Estados.

O direito de iniciativa legislativa é, na esmagadora maioria dos casos⁴, da Comissão Europeia. Embora assim seja, o Parlamento Europeu (art.º 225 TFUE)⁵ e o Conselho (art.º 241.º TFUE)⁶ podem requerer à Comissão que apresente propostas que considerem necessárias para a prossecução dos objetivos dos tratados constitutivos.

A proposta da Comissão vincula os restantes intervenientes no processo legislativo que não podem alterar de forma completa a sua natureza, subvertendo o poder atribuído a esta instituição⁷. Ademais, qualquer alteração à proposta da Comissão com a qual esta não esteja de acordo terá de ser aprovada por unanimidade

⁴ A título de exemplo, o art.º 76.º do TFUE possibilita a iniciativa legislativa por ¼ dos Estados-Membros nas áreas de Cooperação Judiciária em Matéria Penal e Cooperação Policial.

⁵ O acordo-quadro sobre as relações entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia estabelece obrigações bastante mais exigentes para a Comissão que as presentes no texto constitucional. A Comissão compromete-se a “apresentar um relatório sobre o seguimento concreto dado a todos os pedidos de apresentação de uma proposta nos termos do artigo 225.º do TFUE (relatório de iniciativa legislativa) no prazo de três meses após a aprovação da correspondente resolução em sessão plenária. A Comissão apresentará uma proposta legislativa no prazo de um ano, o mais tardar, ou incluirá a proposta no seu programa de trabalho para o ano seguinte. Caso não apresente uma proposta, a Comissão dará explicações pormenorizadas ao Parlamento dos motivos para tal”.

⁶ Paul Craig e Gráinne de Búrca referem que esta faculdade é frequentemente utilizada pelo Conselho ao ponto de, na prática, funcionar quase como uma iniciativa legislativa encapotada. Cfr. Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, (5.ª ed., Oxford: Oxford University Press, 2011), 122 e ss.

⁷ Cfr. Acórdão do TJUE de 11 de novembro de 1997, *Enrotunnel SA n. SeaFrance*, Processo C-408/95, ECLI:EU:C:1997:532, pars. 35-39. De acordo com o Advogado-Geral Giuseppe Tesaurò: as alterações não podem exceder “o âmbito de aplicação, tal como definido na proposta, do acto em questão”. Vd. Conclusões do Advogado-Geral de 27 de maio de 1997, *Eurootunnel SA n. SeaFrance*, Processo C-408/95, ECLI:EU:C:1997:250.

no Conselho. Uma tarefa que se afigura bastante complicada (arts. 293.º, n.º 1 e 294.º, n.º 9 TFUE).

A Comissão apresenta a sua proposta ao Parlamento que deve pronunciar-se sobre o seu conteúdo, concordando, rejeitando a proposta ou propondo alterações. Em caso de rejeição imediata pelo PE, o ato legislativo não é adotado. Caso contrário a proposta segue para o Conselho. Este poderá votar favoravelmente à proposta do Parlamento e, se assim for, o ato é aprovado em primeira leitura. Se assim não ocorrer deve adotar a sua própria posição e comunicá-la ao Parlamento Europeu.

Se as referidas instituições europeias não chegarem a acordo em primeira leitura, segue-se para segunda leitura. O ato volta ao Parlamento Europeu onde poderá ser aprovado por maioria dos votos expressos ou por acordo tácito (não pronúncia no prazo de três meses, com possibilidade de prorrogação por mais um mês), rejeitado ou alterado por maioria dos membros que compõem o Parlamento. No caso de o Parlamento ter alterado o ato, este é transmitido de novo ao Conselho – que poderá aprovar todas as alterações propostas, sendo o ato adotado, ou rejeitá-las, situação em que é convocado um Comité de Conciliação⁸.

A Conciliação procura levar a iniciativa a bom porto através de uma cooperação mais estreita entre os membros do Parlamento e do Conselho, que caberá à Comissão fomentar. É constituído um Comité de Conciliação formado em igual número por membros do Parlamento e do Conselho (art.º 294.º, n.º 10 TFUE) que tem como objetivo elaborar uma proposta conjunta. O Comité de Conciliação tem 6 semanas para aprovar um projeto comum, caso isto não aconteça o ato não é adotado. Nesta fase a Comissão já não poderá retirar a proposta.

⁸ Cfr. Miguel Gorjão-Henriques, “Anotação ao art.º 289.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coords. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio (Coimbra: Almedina, 2012), 1034-1038; Inês Morgado, “Anotação ao art.º 293.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 1048-1049; César Cortes e Paulo Rangel, “Anotação ao art.º 294.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 1050-1059 Robert Schütze, *European constitutional law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 169 e ss; João Mota de Campos, João Luís Mota de Campos e António Pinto Ferreira, *Manual de direito europeu: o sistema institucional. A ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia*, (7.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014), 214 e ss; Alina Kaczorowska, *European Union Law*, (3.ª ed., London: Routledge, 2013); 148 e ss.

Caso o Comité alcance uma proposta conjunta, começa-se a terceira leitura onde o Conselho e o Parlamento Europeu dispõem ambos de um prazo de seis semanas para aprovar a proposta do Comité de Conciliação. O Parlamento Europeu delibera por maioria dos votos expressos e o Conselho por maioria qualificada. Esta é a última oportunidade da proposta – e caso não seja aprovada, o ato não é adotado.

É de notar que, apesar deste recorte jurídico-constitucional, na prática o processo é muito menos estanque e existem contactos constantes entre as três instituições envolvidas – tendo especial importância os trólogos – para assegurar que a iniciativa legislativa tem sucesso. A importância desses métodos informais foi até reconhecida na “declaração comum sobre as regras práticas do processo de co-decisão”. Nesta as instituições afirmam que “a prática atual dos contactos entre a Presidência do Conselho, a Comissão e os presidentes das comissões competentes e/ou relatores do Parlamento Europeu, bem como entre os co-presidentes do Comité de Conciliação, deu provas de eficácia” e “deve continuar a ser incentivada”. Sobre o sistema de trólogos que são “usualmente conduzidos num contexto informal” e “podem ser realizados em todas as fases do processo e a vários níveis de representação, em função da natureza da discussão esperada” é dito que “demonstrou a sua vitalidade e flexibilidade, aumentando significativamente as possibilidades de acordo na fase de primeira ou segunda leitura e contribuindo para a preparação do Comité de Conciliação”⁹.

3. Os processos legislativos especiais

3.1. O processo de aprovação (consentimento)

Para além do processo legislativo ordinário revestem especial importância no ordenamento jurídico europeu os processos legislativos especiais de aprovação e consulta. No processo de aprovação a iniciativa legislativa continua a ser, por

⁹ “Declaração comum sobre as regras práticas do processo de co-decisão”, Parlamento Europeu, Conselho e Comissão Europeia, acesso em dezembro 15, 2017, [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007C0630\(01\)&from=PT](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007C0630(01)&from=PT).

norma¹⁰, da Comissão Europeia. No entanto, o Conselho concentra em si todo o poder de conformação do conteúdo substantivo do ato legislativo. Ao Parlamento Europeu resta apenas o poder de veto, podendo este concordar com o conteúdo total do texto, ou bloquear a adoção do ato. Na prática, esta escolha de “tudo ou nada” é suavizada pela faculdade de que Parlamento Europeu dispõe de apresentar um relatório interino durante o processo, assinalando as condições em que poderá oferecer o seu consentimento. Caso opte por rejeitar, poderá também dar indicações relativamente às alterações que teriam de ser empreendidas a fim de originar um resultado diferente¹¹. São exemplos de utilização deste processo legislativo o:

■ Art.º 7.º, n.º 1 do TUE, segundo o qual o Conselho, deliberando por maioria qualificada de quatro quintos dos seus membros, e após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de um risco manifesto de violação grave dos valores referidos no art.º 2.º do TUE por parte de um Estado-Membro.

■ Art.º 7.º, n.º 2 do TUE, segundo o qual o Conselho, por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu, pode verificar a existência de uma violação grave e persistente, por parte de um Estado-Membro, dos valores referidos no art.º 2.º do TUE¹².

¹⁰ Uma exceção pode ser identificada no âmbito do art.º 86.º n.º 1 do TFUE (relativo à implementação da Procuradoria Europeia) lido à luz do art.º 76.º do TFUE.

¹¹ Cfr. Alina Kaczorowska, *European...*, 158 e ss; Paul Craig e Gráinne de Búrca, *EU Law...*, 130 e ss; Robert Schütze, *European Constitutional...*, 176 e ss; “Guide to EU decision-making and justice and home affairs after the Treaty of Lisbon”, Steve Peers, acesso em dezembro 5, 2017, <http://www.statewatch.org/analyses/no-115-lisbon-treaty-decision-making.pdf>; “The special legislative procedures: consent”, University of Portsmouth European Studies Hub, acesso em dezembro 5, 2017, <http://hum.port.ac.uk/europeanstudieshub/learning/module-2-understanding-eu-policy-making/the-special-legislative-procedures/>.

¹² Cfr. Stelio Mangiameli e Katharina Pabel, “Article 7 [The principles of the federal coercion]”, in *The Treaty on European Union (TEU): a commentary*, eds. Hermann-Josef Blanke e Stelio Mangiameli, (Heidelberg: Springer, 2013), 349-373; Luís Miguel País Antunes, “Anotação ao art.º 7.º do TUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 43-46.

■ Art.º 49.º do TUE, relativo a acessões à União. Aqui o Conselho pronuncia-se por unanimidade após ter consultado a Comissão e após aprovação do Parlamento Europeu, que se pronunciará por maioria dos membros que o compõem¹³.

■ Art.º 50.º do TUE, relativo ao acordo que estabeleça as condições de saída celebrado com um Estado em processo de secessão da União. Este é celebrado em nome da União, pelo Conselho, após aprovação do Parlamento Europeu¹⁴.

¹³ Cfr. Susanna Fortunato, “Article 49 [Accession to the Union]”, in *The Treaty on European Union (TEU)*..., 1357-1383; Ricardo Bayão Horta, “Anotação ao art.º 49.º do TUE”, in *Tratado de Lisboa*..., 183-185.

¹⁴ Cfr. Anna Wyrozumska, “Article 50 [Voluntary Withdrawal from the Union], in *The Treaty on European Union (TEU)*..., 1385-1418; Afonso Patrão, “Anotação ao art.º 50.º do TUE”, in *Tratado de Lisboa*..., 186-189; Alessandra Silveira, “Brexit e o princípio federativo da lealdade europeia: considerações sobre o art.º 50.º do Tratado da União Europeia”, in *UNIO E-book*..., 331-348; “Out is out (including in relation to the Mediterranean diet...). On the Article 50 of the European Union Treaty in the light of the federative principle of European loyalty”, Alessandra Silveira, acesso em novembro 30, 2017, <https://officialblogofunio.com/2016/07/07/out-is-out-including-in-relation-to-the-mediterranean-diet-on-the-article-50-of-the-european-union-treaty-in-the-light-of-the-federative-principle-of-european-loyalty/>; “Brexit, The Supreme Court (UK) and the principle of loyalty: on the question of irrevocability of a withdrawal notice”, Alessandra Silveira, acesso em novembro 30, 2017, <https://officialblogofunio.com/2017/01/26/brexit-the-supreme-court-uk-and-the-principle-of-loyalty-on-the-question-of-irrevocability-of-a-withdrawal-notice/>; “Brexit and the European football market...”, Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa; “R (Miller) v The Secretary of State for Exiting the European Union [2016] EWHC 2768 (Admin): realpolitik and the revocation of an Article 50 TEU notification to withdraw”, John Cotter”, acesso em dezembro 1, 2017, <https://officialblogofunio.com/2016/12/02/r-miller-v-the-secretary-of-state-for-exiting-the-european-union-2016-ewhc-2768-admin-realpolitik-and-the-revocation-of-an-article-50-teu-notification-to-withdraw/>; “The right to withdraw the notification to leave the European Union under Article 50 TEU: can we still save the marriage?”, Mariana Alvim, acesso em dezembro 1, 2017, <https://officialblogofunio.com/2017/07/10/the-right-to-withdraw-the-notification-to-leave-the-european-union-under-article-50-teu-can-we-still-save-the-marriage/>; “Article 50 TEU: the uses and abuses of the process of withdrawing from the EU”, Steve Peers, acesso em dezembro 1, 2017, <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2014/12/article-50-teu-uses-and-abuses-of.html>; “Who exactly will ‘take back control’? Parliament vs executive after Brexit and the ‘Great Repeal Bill’”, Steve Peers, acesso em dezembro 1, 2017, <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/10/who-exactly-will-take-back-control.html>; “Of course you can still turn back! On the revocability of the Article 50 notification and post-truth politics”, Paolo Sandro, acesso em dezembro 1, 2017, <http://verfassungsblog.de/of-course-you-can-still-turn-back-on-the-revocability-of-the-article-50-notification-and-post-truth-politics/>; “After Article 50 and before withdrawal: does constitutional theory require a general election in the United Kingdom before Brexit?”, Oliver Garner, acesso em dezembro 1, 2017, <http://verfassungsblog.de/after-article-50-and-before-withdrawal-does-constitutional-theory-require-a-general-election-in-the-united-kingdom-before-brexit/>; “Brexit and the single market: you say Article 50, we say Article 127?”, Tobias Lock, acesso em dezembro 1, 2017, <http://verfassungsblog>

■ Art.º 25.º do TFUE, relativo ao aprofundamento dos direitos do cidadão Europeu. O Conselho deve deliberar por unanimidade, após aprovação do Parlamento Europeu. As alterações feitas ao abrigo desta norma só entram em vigor após a sua aprovação pelos Estados-Membros¹⁵.

■ Art.º 218.º, n.º 6 do TFUE, quando se trate da celebração de (i) acordos de associação; (ii) de adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais; (iii) acordos que criem um quadro institucional específico mediante a organização de processos de cooperação; (iv) acordos com consequências orçamentais significativas para a União ou; (v) acordos que abranjam domínios aos quais seja aplicável o processo legislativo ordinário ou o processo legislativo especial, quando a aprovação do Parlamento Europeu é obrigatória¹⁶

■ Art.º 223.º, n.º 1 do TFUE, sobre as regras de eleição para o Parlamento Europeu¹⁷.

■ Art.º 311.º, 4.º par. do TFUE, relativo ao estabelecimento das medidas de execução do sistema de recursos próprios da União¹⁸.

■ Art.º 352 do TFUE (cláusula de flexibilidade)¹⁹.

de/brexit-and-the-single-market-you-say-article-50-we-say-article-127/; Vernon Bogdanor, “Brexit, the Constitution and the alternatives”, *King’s Law Journal* 27,3 (2016): 314-322; “Reclaiming the truth: the role of European citizens on countering fake news”, Rui Castro Vieira, acesso em dezembro 10, 2017, <https://officialblogofunio.com/2017/11/29/reclaiming-the-truth-the-role-of-european-citizens-on-countering-fake-news/>

¹⁵ Cfr. Rui Manuel Moura Ramos, “Anotação aos art.ºs 18.º a 23.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 258-263; Rui Manuel Moura Ramos, “Anotação aos art.º 25 do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 268.

¹⁶ Cfr. Margarida Afonso, “Anotação ao art.º 218.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 832-837.

¹⁷ Cfr. Vital Moreira, “Anotação ao art.º 223.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 847-850.

Sendo certo que o processo a que se refere este art.º tem características *sui generis* como a elaboração de um projecto inicial pelo Parlamento Europeu, a verdade é que mesmo assim não se compreende que neste âmbito não esteja previsto pelo menos um processo legislativo ordinário. Não nos parece de todo aceitável que o Parlamento esteja em posição subalterna ao Conselho na definição das suas próprias regras de eleição.

¹⁸ Cfr. Manuel Lopes Porto, “Anotação ao art.º 311.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 1099-1102.

¹⁹ Cfr. Ana Maria Cuerra Martins, “Anotação ao art.º 352.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 1232-1235.

Existem também casos residuais nos quais o Parlamento Europeu é o órgão dominante. Estes coincidem com as (poucas) situações em que o Parlamento Europeu tem iniciativa legislativa e prendem-se sobretudo com a organização interna da respetiva instituição. São exemplos o art.º 223.º, n.º 2 do TFUE, 226.º do TFUE²⁰, e 228.º, n.º 4 do TFUE.

3. 2. O processo de consulta

Já no processo de consulta, o Conselho apenas é obrigado a consultar de forma não vinculativa o Parlamento Europeu. O processo começa com a iniciativa da Comissão²¹ que remete a proposta para o Conselho. O Conselho está vinculado a pedir a opinião do Parlamento Europeu em relação ao ato. Contudo o Parlamento neste caso não tem o poder de veto existente no processo de aprovação. Aliás, o conteúdo substantivo da opinião parlamentar tem meramente efeito persuasivo sobre o Conselho, podendo este decidir de forma diametralmente oposta se assim o entender. Tal não tem quaisquer consequências sobre a validade do ato emanado através do processo.

No entanto isto não quer dizer que auscultar a opinião do Parlamento seja um passo que o Conselho pode ultrapassar se assim entender. Esta é uma formalidade essencial do processo de acordo com o acórdão *SA Roquette Frères v. Conselho*²². Neste acórdão o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE²³) anulou o Regulamento n.º 1293/79/CEE por não ter sido cumprido este requisito procedimental. Diz-nos o TJUE que “*the consultation provided for in the third subparagraph of Article 43 (2), as in.*

²⁰ Relativamente ao regime do art.º 226.º do TFUE, afigura-se pouco adequado que o Parlamento Europeu tenha de procurar o consentimento da Comissão e do Conselho para definir as regras do direito de inquérito no PE.

²¹ Também aqui existem raras exceções. Por exemplo, nos arts. 87.º, n.º 3 e 89.º do TFUE, lidos à luz do art.º 76.º do TFUE.

²² Acórdão do TJUE de 29 de outubro de 1980, *SA Roquette Frères v. Conselho*, Processo 138/79, ECLI:EU:C:1980:249, cons. 33 a 36.

²³ Quando citamos acórdãos anteriores ao Tratado de Lisboa esta abreviatura refere-se, naturalmente, ao Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, antiga designação do TJUE.

other similar provisions of the Treaty, is the means which allows the Parliament to play an actual part in the legislative process of the Community. Such power represents an essential factor in the institutional balance intended by the Treaty. Although limited, it reflects at Community level the fundamental democratic principle that the peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative assembly. Due consultation of the Parliament in the cases provided for by the Treaty therefore constitutes an essential formality disregard of which means that the measure concerned is void.” Esta prerrogativa parlamentar não é ilimitada, uma vez que no diálogo entre as instituições europeias “prevalecem deveres recíprocos de cooperação leal iguais aos que regem as relações entre os Estados-Membros e as instituições comunitárias” e assim sendo o “Parlamento não pode validamente acusar o Conselho de não ter aguardado o seu parecer” para adotar uma ato quando “a violação da formalidade essencial que consiste na consulta do Parlamento tem, com efeito, a sua causa no não cumprimento por esta instituição do seu dever de cooperação leal com o Conselho” segundo a jurisprudência *Parlamento v. Conselho*²⁴.

Ainda assim pode considerar-se que esta faculdade de atrasar a adoção do ato – mesmo com as limitações decorrentes da jurisprudência – pode atribuir alguma influência ao Parlamento Europeu num processo legislativo onde está praticamente desarmado. Esta faculdade permite a realização de negociações informais que poderão ser especialmente eficazes quando a proposta é urgente, quando a opinião do Parlamento é apoiada por uma maioria razoável de deputados, quando a sua posição está de acordo com a da Comissão e quando o ato carece de aprovação por unanimidade no Conselho. Caso o ato proposto faça parte de um pacote legislativo composto por medidas cuja aprovação é feita através de diferentes processos legislativos, o Parlamento poderá também fazer depender a sua colaboração em processos nos quais tenha maior poder da realização de alterações às propostas emanadas de acordo com o processo de consulta²⁵. O poder do “tempo” é bastante utilizado noutros sistemas jurídicos. Nos Estados Unidos da América são frequentes

²⁴ Acórdão do TJUE de 16 de julho de 1992, *Parlamento v. Conselho*, Processo C-65/93, ECLI:EU:C:1992:325, cons. 23 e 27.

²⁵ Cfr. Raya Kardasheva, “The power to delay: The European Parliament’s influence in the consultation procedure”, *Journal of Common Market Studies* 47,2 (março 2009): 385-409.

os *filibusters*²⁶ no Senado que permitem a uma maioria atrasar, renegociar, ou mesmo impedir a adoção de propostas indesejadas. Também os chamados *shutdowns*²⁷ do

²⁶ O *filibuster* consiste na utilização de meios procedimentais dilatórios com o fim de atrasar, renegociar, ou mesmo impedir a adoção de propostas indesejadas. Na cultura popular o tipo de *filibuster* mais conhecido é o *talking filibuster* no qual um membro do órgão legislativo discursa durante um período de tempo alargado impedindo o debate e aprovação da medida pelos restantes. Nos Estados Unidos a doutrina divide-se em relação a esta ferramenta, alguns autores dizem que a sua utilização excessiva impede o progresso e contraria a vontade da maioria, outros argumentam que este é um meio fundamental de proteger os direitos das minorias. Estas posições são voláteis e algumas vezes variam consoante o partido político que se encontra no poder. Sobre o *filibuster* cfr. Gregory Koger, *Filibustering: A political history of obstruction in the House and Senate* (Chicago: The University of Chicago Press, 2010); Catherine Fisk e Erwin Chemerinsk, “The filibuster”, *Stanford Law Review* 49,2 (1997): 181-254; David R. Jones, “Explaining restraint from filibustering in the US senate”, *The Journal of Legislative Studies* 6,4 (2000): 53-68; Patrick Fisher, “The filibuster and the nature of representation in the United States Senate”, *Parliaments, Estates and Representation* 26,1 (2006):187-195; Martin B. Gold e Dimple Gupta, “The constitutional option to change Senate rules and procedures: a majoritarian means to overcome the filibuster”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 28,1 (2005): 205-272; Michael J. Gerhardt, “The constitutionality of the filibuster”, *Constitutional Commentary* 21 (2005): 445-484; Ernest Bormann, “The southern senators’ filibuster on civil rights: Speechmaking as parliamentary stratagem”, *The Southern Speech Journal* 27,3 (1962): 183-194; Steven S. Smith e Hong Min Park, “Americans’ attitudes about the Senate filibuster”, *American Politics Research* 41,5 (2013):735-760; Sarah A. Binder, Eric D. Lawrence e Steven S. Smith, “Tracking the filibuster, 1917 to 1996”, *American Politics Research* 30,4 (2002): 406-422; Josh Chafet, “The unconstitutionality of the filibuster”, *Connecticut Law Review* 43,4 (2011):1003-1040; Gerard N. Magliocca, “Reforming the filibuster”, *Northwestern University Law Review* 105,1 (2011): 303-328; Emmet J. Bondurant, “The Senate filibuster: The politics of obstruction”, *Harvard Journal on Legislation* 48 (2011):467-514; Laura T. Gorjanc, “The solution to the filibuster problem: putting the advice back in advice and consent”, *Case Western Reserve Law Review* 54,4 (2004): 1435-1463; Brent Wible, “Filibuster vs. supermajority rule: from polarization to a consensus – and moderation – forcing mechanism for judicial confirmations”, *William & Mary Bill of Rights Journal* 13,3 (2005): 923-965.

²⁷ Sobre os *shutdowns*, os seus motivos e efeitos *vd.* “Shutdown of the Federal Government: causes, processes, and effects”, Clinton T. Brass, acesso em dezembro 15, 2017, http://digitalcommons.ilr.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2182&context=key_workplace; “Shutdown of the Federal Government: causes, effects, and process”, Kevin R. Kosar, acesso em dezembro 15, 2017, http://assets.thefiscaltimes.com/TFT2_20101228/App_Data/MediaFiles/1/B/1/1/%7B1B124168-264B-4686-8E6F-DE0D5F0E097E%7DShutdown%20background.pdf; Roy T. Meyers, “Late appropriations and government shutdowns: frequency, causes, and consequences, and remedies”, *Public Budgeting & Finance* 17,3 (1997): 25-38; Scott R. Baker e Constantine Yannelis, “Income changes and consumption: evidence from the 2013 Federal Government shutdown”, *Review of Economic Dynamics* 23 (2017): 99-124; Corinne Bendersky, “Resolving ideological conflicts by affirming opponents’ status: The Tea Party, Obamacare and the 2013 government shutdown”, *Journal of Experimental Social Psychology* 53 (2014): 163-168; “Party brands, elections, and presidential-congressional relations”, David R. Jones, acesso em dezembro 15, 2017, https://www.baruch.cuny.edu/wsas/academics/political_science/documents/PartyBrandsElectionsandPresidentialCongressionalRelations.pdf; Debbie Rabina e Anthony Cocciolo, “US Government websites during the 2013 shutdown: lessons from the shutdown library”, *Alexandria:*

governo federal permitem transformar a pressão temporal numa posição negocial mais favorável. São exemplos notáveis de utilização deste processo legislativo o:

■ Art.º 21.º, n.º 3 do TFUE, possibilita ao Conselho - quando não exista previsão de poderes de ação nos Tratados -, a adoção de medidas respeitantes à segurança social ou à proteção social, a fim de proteger o direito de livre circulação e permanência dos cidadãos.

■ Art.º 74.º do TFUE, relativo à adoção de medidas destinadas a assegurar a cooperação administrativa no âmbito do espaço de liberdade, segurança e justiça²⁸.

■ Arts. 150 e 160 do TFUE, relativos à criação do Comité de Emprego e do Comité de Proteção Social.

■ Art.º 218.º, n.º 6 do TFUE, nos casos em que não seja necessária aprovação.

■ Art.º 311.º, 3.º par. do TFUE, relativo ao estabelecimento das disposições aplicáveis ao sistema de recursos próprios da União. Depende também da aprovação pelos Estados-Membros.

4. Situações excecionais

Existem ainda casos residuais nos quais o Conselho pode adotar legislação sem participação do Parlamento Europeu e Comissão. Estas raras situações são legado da “supremacia” do Conselho que era manifesta no passado da União Europeia.

The Journal of National and International Library and Information Issues 25, 1-2 (2014): 21-30; David Scott Louk e David Gamage, “Preventing government shutdowns: designing default rules for budgets”, *University of Colorado Law Review* 86 (2015): 181-258; Katharine G. Young, “American exceptionalism and government shutdowns: a comparative constitutional reflection on the 2013 lapse in appropriations”, *Boston University Law Review* 94,3 (2014):991-1027; “Ain’t no rest for the wicked: population, crime, and the 2013 government shutdown”, Ricard Gil e Mario Macis, acesso em dezembro 15, 2017, <http://repec.iza.org/dp8864.pdf>; “Who accurately predicted the end of the government shutdown?”, Chris C. Martin, Emory University e Kimmo Eriksson, acesso em dezembro 15, 2017, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2609920.

²⁸ De referir que neste âmbito (como apontado referenciado *supra*) para além da Comissão também os Estados-Membros podem ter iniciativa legislativa de acordo com o art.º 76.º do TFUE.

Destaca-se o art.º 108.º, n.º 2 do TFUE que permite ao Conselho, por unanimidade, considerar um auxílio estadual compatível com o mercado interno em derrogação do disposto nos arts. 107.º e 109.º. A própria Comissão poderá também exercer, em casos absolutamente excepcionais, poder legislativo independente. Esta situação limita-se ao disposto nos arts. 45.º, n.º 3, al. d) e 106.º n.º 3. Este poder é de utilização extremamente infrequente²⁹.

A Comissão pode ainda ser chamada a adotar atos delegados ou atos de execução. Os atos delegados (art.º 290.º do TFUE) são atos administrativos (não são atos legislativos) de alcance geral que complementam ou alteram certos elementos não essenciais do ato legislativo. Para que seja possível a adoção destes atos, devem ser estabelecidos os objetivos, o conteúdo, o âmbito de aplicação e o período de vigência da delegação de poderes no ato delegante. Os atos delegados estão sujeitos à revogação pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho e o ato só pode entrar em vigor se, no prazo fixado pelo ato legislativo, não forem formuladas objeções pelo Parlamento Europeu ou pelo Conselho³⁰. Já os atos de execução (art.º 291.º do TFUE)³¹ são atos adotados em áreas onde são necessárias condições uniformes de aplicação e também estes dependem de previsão no ato original³².

²⁹ Cfr. Alina Kaczorowska, *European...*, 160.

³⁰ Este controlo é exercido infrequentemente, mesmo após o Tratado de Lisboa ter expandido os poderes de escrutínio sobre eles, nomeadamente os poderes do Parlamento Europeu. Michael Kaeding e Kevin M. Stack sugerem que isto se poderá dever a considerações de economia política e ao facto de a Comissão Europeia – consciente da sua menor legitimidade democrática (especialmente em relação ao Parlamento Europeu) –, evitar situações de confronto procurando antecipar e acomodar as opiniões das restantes instituições antes de emanar o ato. Os Autores argumentam que a baixa utilização deste mecanismo não deve ser confundida com falta de utilidade ou influência. A existência desta faculdade, por si só, leva as instituições (nomeadamente a Comissão) a procurar soluções baseadas na negociação a fim de evitar o confronto direto, levando a que este tome decisões diferentes das que poderia sentir-se tentada a tomar na ausência deste mecanismo. Cfr. Michael Kaeding e Kevin M. Stack, “Legislative scrutiny? The political economy and practice of legislative vetoes in the European Union”, *Journal of Common Market Studies* 53, 6 (2015): 1268-1284; “A dearth of legislative vetoes: why the Council and Parliament have been reluctant to veto Commission legislation”, Michael Kaeding e Kevin M. Stack, acesso em dezembro 14, 2017, <http://blogs.lse.ac.uk/europpblog/2016/10/25/a-dearth-of-legislative-vetoes/>.

³¹ Excepcionalmente, nos casos previstos nos arts. 24.º e 26.º do TUE, os atos de execução podem ser adotados pelo Conselho (art.º 291.º, n.º 2).

³² Cfr. Ana Maria Guerra Martins, “Anotação ao art.º 48.º do TUE”, in *Tratado de Lisboa...*, 176-182;

5. Cláusulas de *passerelle*

Cumpra ainda fazer referência às cláusulas de *passerelle* incluídas nos Tratados e que permitem a simplificação ou modificação do processo legislativo utilizado. O art.º 48.º, n.º 7 do TUE postula uma cláusula de *passerelle* geral segundo a qual:

1. Quando o TFUE ou o Título V do TUE determine que o Conselho delibera por unanimidade, esta regra pode ser afastada em favor da maioria qualificada, por decisão do Conselho Europeu que autorize tal.
2. Quando o TFUE determinar a adoção de determinado ato através de processo legislativo especial, esta exigência poderá ser afastada, possibilitando a adoção do ato por processo legislativo ordinário através de decisão do Conselho Europeu.

Em ambos os casos os parlamentos dos Estados-Membros devem ser notificados e possuem a possibilidade de veto nos 6 meses subsequentes à notificação³³.

Para além da cláusula geral existem ainda uma série de cláusulas de *passerelle* especiais, cujos pressupostos são usualmente simplificados. Estas encontram-se nos arts. 31, n.º 3 do TUE, 81, n.º 3 do TFUE, 153.º, n.º 2 do TFUE, 192.º, n.º 2 do TFUE, 312.º, n.º 2 e 333, n.ºs 1 e 2.

As vantagens da utilização de cláusulas de *passerelle* são claras, especialmente quando utilizadas para substituir os processos legislativos especiais por ordinários. A maior democraticidade e transparência do processo legislativo ordinário fez com que

Eileen Denza, “Article 48 [Treaty Revision Procedures]”, in *The Treaty on European Union...*, 1331-1355; Luis Jimena Quesada, “The revision procedures of the Treaty”, in *The European Union after Lisbon: constitutional basis, economic order and external action*, eds. Hermann-Josef Blanke e Stelio Mangiameli (Heidelberg: Springer, 2012), 323-342.

³³ A definição das regras sobre o que o constitui efetivamente oposição é deixada aos parlamentos dos Estados-Membros. Cfr. António Gameiro, *O papel dos parlamentos nacionais na União Europeia* (Coimbra: Coimbra Editora, 2011), 411 e ss. Sobre a maior ou menor pertinência da intervenção dos parlamentos nacionais em salvaguarda do princípio da subsidiariedade no processo legislativo a nível europeu cfr. Alessandra Silveira, “Sull’esercizio delle competenze dell’Unione europea: il Parlamento portoghese e il giudizio di conformità al principio di sussidiarietà”, in *The role of national parliaments in the EU integration process* (Wolters Kluwer Italia/CEDAM: Milan, 2016); Rudolf Hrbek, “The role of national parliaments in the EU”, in *The European Union after Lisbon...*, 129-157.

fosse uma forte aposta no Tratado de Lisboa, com boas razões. No entanto, as limitações desta técnica legislativa também são flagrantes. Para começar, atribui um exacerbado poder de decisão em matéria legislativa ao Conselho Europeu sem razão aparente. A faculdade de acionar uma cláusula de *passerelle* poderia perfeitamente estar reservada ao próprio Parlamento Europeu e dependente do consentimento do Conselho que o resultado não enfraqueceria o controlo do Estados – não fossem pela sua composição as opiniões dos membros do Conselho, por regra, idênticas às dos membros do Conselho Europeu. Ademais, o Parlamento Europeu como interessado teria um incentivo muito maior para avançar com proposta para a ativação da cláusula de *passerelle*. Sem esquecer que, existindo a possibilidade de controlo pelos parlamentos dos Estados-Membros. É de todo desnecessária qualquer intervenção do Conselho Europeu.

6. Iniciativa de cidadania

Os Tratados preveem o direito de iniciativa legislativa dos cidadãos nos arts. 11.º, n.º 4.º do TUE e 24.º do TFUE. Este configura-se na faculdade de solicitarem à Comissão Europeia a apresentação de determinadas propostas legislativas. O Regulamento 211/2011/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de fevereiro de 2011, sobre a iniciativa de cidadania, densifica e torna funcionais as normas dos Tratados relativamente a esta questão.

O uso deste direito depende do cumprimento de alguns requisitos de representatividade nomeadamente no que toca aos organizadores que devem provir de, no mínimo, sete Estados-Membros diferentes (art.º 3.º, n.º 2) e aos subscritores que devem provir de ¼ ou mais dos Estados-Membros. O número mínimo de assinaturas é de um milhão com algumas exigências de distribuição por Estado-Membro. Para atingir os requisitos mínimos os organizadores terão de conseguir subscritores em ¼ dos Estados-Membros e, cumulativamente, possuir assinaturas em número correspondente “ao número de deputados ao Parlamento Europeu eleitos em cada Estado-Membro, multiplicado por 750” (art.º 7.º, n.º 2), sendo que o número total de assinaturas deverá ser superior a um milhão.

A Comissão pode parar em fase precoce a iniciativa de cidadania recusando o seu registo. Tal faculdade pode ser utilizada relativamente a iniciativas que se encontrem “manifestamente fora da competência da Comissão para apresentar uma proposta de ato jurídico da União para efeitos de aplicação dos Tratados”, sejam manifestamente abusivas, frívolas ou vexatórias ou sejam contrárias aos valores fundamentais UE consagrados no art.º 2.º do TUE³⁴.

O legislador achou adequado “colocar as modernas tecnologias ao serviço da democracia participativa” e assim prever que “a recolha das declarações de apoio possa ser feita tanto em suporte de papel como por via eletrónica”³⁵.

A recolha deve ser conduzida num prazo máximo de 12 meses contados da data de registo da proposta (art.º 5., n.º 5).

Se a iniciativa tiver sucesso a Comissão fica vinculada a publicá-la no registo, a “receber os organizadores a um nível adequado para lhes permitir explicar detalhadamente as questões suscitadas pela iniciativa de cidadania” e a “apresentar no prazo de três meses, por meio de uma comunicação, as suas conclusões jurídicas e políticas sobre a iniciativa de cidadania, as medidas que tenciona tomar, se for caso disso, e os motivos que a levam a tomar ou não tomar essas medidas” (art.º 10.º).

Deve ser assegurada a realização de audição pública na qual os organizadores tenham oportunidade de apresentar a proposta. Esta deve ser realizada no Parlamento Europeu e para além da representação do Parlamento e Comissão poderá contar

³⁴ O Tribunal Geral já teve de intervir em duas ocasiões após a Comissão Europeia recusar ilegitimamente o registo de iniciativas de cidadania. A primeira no caso da *Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe*, uma iniciativa cujo objetivo era convidar “a União Europeia a melhorar a proteção das pessoas pertencentes a minorias nacionais e linguísticas e a reforçar a diversidade cultural e linguística na União”. A segunda no caso da iniciativa Stop TTIP relacionado com os acordos mega-regionais Acordo de Parceria Transatlântica de Comércio e Investimento (TTIP) e Acordo Económico e Comercial Global (CETA). O segundo encontra-se já provisoriamente em vigor e aguarda retificação por todos Estados-Membros para a sua implementação total, as negociações relativas ao primeiro parecem paradas devido à política isolacionista da atual administração norte-americana. Cfr. Pedro Infante Mota, “Acordos mega-regionais”, in *União Europeia – reforma ou declínio*, coord. Eduardo Paz Ferreira (Lisboa:Vega, 2016), 376-399; Acórdão do Tribunal Geral de 3 de fevereiro de 2017, *Minority SafePack - one million signatures for diversity in Europe*, Processo T-646/13, ECLI:EU:T:2017:59; Acórdão do Tribunal Geral de 10 de maio de 2017, *Stop TTIP (Efler v. Comissão)*, Processo T-754/14, ECLI:EU:T:2017:323.

³⁵ Regulamento 211/2011/UE, n.º 14.

também com a participação de outras instituições e organismos da União que demonstrem interesse (art.º 11.º)³⁶.

7. *Output versus input*: o problema da legitimidade

Em 1863, no auge da guerra civil americana, Abraham Lincoln proferiu o famoso discurso de Gettysburg no qual afirma que “[a] *government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth*”³⁷. Neste discurso podemos encontrar os pressupostos cujo preenchimento é necessário para garantir a legitimidade dos órgãos de governo de um sistema político democrático. Por um lado, é necessária a legitimidade por *output* relacionada com a democracia material que no discurso de Lincoln é revelada pelo “*for the people*”. Por outro lado, deve existir legitimidade por *input* relacionada com a democracia formal expressa em “*of the people*” e “*by the people*” (através dos representantes do povo que são eleitos pelo povo).

Relativamente à legitimidade em termos de *output* esta pode ser identificada com uma avaliação da *performance* das instituições na realização das suas funções. Se os resultados das instituições europeias são suficientemente satisfatórios para lhes garantir um adequado nível de legitimidade nestes termos é uma questão pertinente. Apesar de esta discussão ser necessária, é também altamente complexa, e esta não é a sede adequada para ela. Nem se enquadra no objeto deste trabalho nem o espaço restrito de que dispomos nos permite fazer esta análise com a profundidade adequada.

O certo é que mesmo admitindo a existência de um grau suficiente de legitimidade por *output*, esta por si só não é condição suficiente. É frequente procurar ancorar a legitimidade da União Europeia numa conceção de superioridade do resultado sobre o processo, mas isto não nos parece aceitável ou viável. Não

³⁶ Cfr. Patrícia Calvão Teles, “Anotação ao art.º 24.º do TFUE”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coords. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio (Coimbra: Almedina, 2012), 264-267; Dulce Lopes e Paula Veiga, “Anotação ao art.º 11.º do TUE”, in *Tratado de Lisboa anotado e comentado*, coords. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio (Coimbra: Almedina, 2012), 54-57

³⁷ “The Gettysburg Address”, Abraham Lincoln, acesso em dezembro 15, 2017, <http://www.abrahamlincolnonline.org/lincoln/speeches/gettysburg.htm>.

nos parece aceitável porque esta linha de pensamento degenera na aceitação do “déspota esclarecido”. Se o déspota obtivesse resultados superiores em termos da proteção de direitos este seria legítimo. Não nos parece viável por ser um daqueles casos em que o artifício teórico-jurídico não sobrevive fora do tubo de ensaio. A representação é importante e quando um determinado segmento da população não se sente representado – ou melhor, quando se sente esquecido – de pouco servem explicações de cariz utilitarista sobre como determinada escolha legislativa beneficiou a população quando considerada como um todo. Vejamos o caso norte-americano. No meio científico-acadêmico são poucos os que têm dúvidas de que a adesão à Parceria Transpacífico (TPP) seria benéfica para este país. No entanto, quando um segmento importante de população se sentiu esquecida pelos seus representantes elegeram um Presidente com uma mensagem isolacionista e *anti-establishment* que melhor apelava às suas preocupações e sensibilidades.

A situação do *Brexit* tem características semelhantes. A importância de garantir que a população se sente integrada no processo democrático, mesmo que não consiga sempre fazer valer as suas ideias não deve ser desconsiderada. E por mais danosos que estes dois acontecimentos possam ser considerados, a história ensina-nos que grupos que não se sintam representados frequentemente empregam métodos de protesto mais extremos. Como tal é sempre necessária a coexistência de um grau adequado de legitimidade por *output* e por *input*. Relativamente a esta última há alguns pontos que merecem uma análise cuidada³⁸.

Como referimos *supra* o Parlamento Europeu é incomparavelmente a instituição europeia envolvida na atividade legislativa que goza do maior nível de legitimidade por *input*. Mas mesmo em relação a este existem algumas insuficiências importantes. As eleições para o Parlamento Europeu são frequentemente secundarizadas em relação às eleições nacionais. A taxa de participação é também substancialmente mais baixa. Não existe uma corrente ideológica coesa nos grupos partidários representados no

³⁸ No sentido da importância crescente e algo preponderante da democracia material *vd.* Alessandra Silveira, “Teoría de la constitucionalidad: entre los procesos de constitucionalización y democratización de la UE”, in *Interrelación filosófico-jurídico multinivel. Retos de um mundo global*, eds. Gonçal Mayos, Jose Carlos Remotti e Yanko Moyano (Linkgua: Barcelona, 2017).

Parlamento Europeu com os quais os cidadãos se possam identificar. No mesmo grupo partidário estão muitas vezes integrados partidos nacionais com ideologias substancialmente diferentes e agendas por vezes incompatíveis. Desta forma é provável que o cidadão europeu que vote nas eleições para o Parlamento Europeu vote de acordo exclusivamente com as suas convicções no âmbito da política nacional não tendo sequer em conta em que grupo político se integra na UE e as posições políticas deste grupo político no âmbito europeu³⁹. De facto, esta secundarização das questões europeias leva a que as preferências dos cidadãos europeus se reflitam de forma mais ténue na agenda política da União e colocam os membros do Parlamento Europeu numa posição em que não são capazes de representar a vontade dos cidadãos porque não a conhecem.

Não obstante todos estes defeitos o Parlamento Europeu surge classificado no Eurobarómetro como a instituição europeia na qual os cidadãos mais confiam e o Conselho reiteradamente classificado com a instituição na qual os cidadãos menos confiam, em linha com a sua representação democrática direta, ou falta dela⁴⁰.

Para evitar o crescimento contínuo de populismos eurocéticos na Europa é preciso informar a população sobre o projeto e atividades da União Europeia. De

³⁹ Cfr. Vivien A. Schmidt, “Democracy and legitimacy in the European Union revisited: input, output and ‘throughput’”, *Political Studies* 61,1 (2012): 2-22.

⁴⁰ Não queremos com isto sugerir que os resultados do Parlamento Europeu são particularmente satisfatórios. Na verdade, os seus índices de confiança ainda se encontram em valores negativos (-3%), mas mesmo assim mais altos que os -7% da Comissão. Relativamente ao Conselho a sua avaliação foi retirada das mais recentes edições do Eurobarómetro que incluem dados desta natureza. Em edições onde o Conselho se encontra representado surge reiteradamente com índices de confiança substancialmente mais baixos que o Parlamento e mesmo a Comissão. Cfr. A crise existencial da União Europeia: ensaio em torno da realização do projecto europeu no quadro dos desafios geopolíticos e jurídico-institucionais actuais”, Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa...; “Eurobarometer 68 – Public Opinion in the European Union”, Comissão Europeia, acesso em dezembro 20 2017; http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/archives/eb/eb68/eb_68_en.pdf; “Eurobarometer 73 – public opinion in the European Union”, Comissão Europeia, acesso em dezembro 20, 2017, http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/eb/eb73/eb73_vol1_en.pdf; “Eurobarometer 85 – Public Opinion in the European Union”, Comissão Europeia, acesso em dezembro 20, 2017, <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/75977>; Eurobarometer 86 – public opinion in the European Union, Comissão Europeia, acesso em dezembro 20, 2017, <http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/79408>

facto, é interessante constatar que no Reino Unido, país que recentemente escolheu num referendo – precedido de uma campanha altamente populista e pobre em informação – abandonar a União Europeia, 50% dos cidadãos desconhecem que os deputados do Parlamento Europeu são eleitos por sufrágio universal direto⁴¹. Arriscamos dizer que esta informação poderia ter alterado alguns votos, o que num referendo ganho por 52%-48% pode fazer a diferença. Só que esta necessidade de informar os cidadãos europeus sobre o funcionamento das instituições poderá ter como efeito a acentuação das diferenças de confiança entre o Parlamento e as outras instituições uma vez que os estudos na área indicam que quanto mais informados são os cidadãos sobre a União mais exigem das suas instituições, nomeadamente ao nível procedimental e de representatividade⁴². A Comissão tem também tomado alguns passos neste sentido como o *Spitzenkandidat*⁴³ (*infra*) que pretende ver reforçado nas próximas eleições.

Assim sendo, para além de tentar colmatar as deficiências ainda existentes do lado da legitimidade por *input* no Parlamento Europeu, parece lógico reforçar ao máximo a participação do PE no processo legislativo para que este lhe possa conferir um grau de legitimidade que nem a Comissão, (pelo menos por enquanto), nem o Conselho têm⁴⁴.

⁴¹ Não que neste ponto o Reino Unido esteja muito pior classificado que a média europeia. Na verdade, aparece até à frente de alguns países como a França. No seu conjunto, apenas 56% dos cidadãos europeus conhecem o método de eleição para o Parlamento Europeu. Em Portugal a percentagem situa-se em 58%. Os países melhor classificados nesta métrica são a Grécia (86%), Malta (85%), a Bulgária e o Chipre (ambos com 82%). Cfr. Eurobarometer 86 - public opinion in the European Union, Comissão Europeia...

⁴² Cfr. Sara B. Hobolt, “Citizen satisfaction with democracy in the European Union”, *Journal of Common Market Studies* 50,1 (2012): 88-105.

⁴³ Sobre o *Spitzenkandidat* *vd.* “Homeopathic Democracy: The European Power Struggle over the Spitzenkandidaten”, Tiago Sérgio Cabral, acesso em março 5, 2018, <https://officialblogofunio.com/2018/03/05/editorial-of-march-2018/>

⁴⁴ Cfr. Yannis Papadopoulos, “Problems of democratic accountability in network and multilevel governance”, *European Law Journal* 13,4 (2007): 469-486; Richard Bellamy e Dario Castiglione, “Legitimizing the Euro ‘polity’ and its ‘regime’. The normative turn in EU Studies”, *European Journal of Political Theory* 2,1 (2003): 7-34; Mark Bovens, “New forms of accountability and EU-governance”, *Comparative European Politics* 5 (2007): 104-120; Erik Oddvar Eriksen e John Erik Fossum, “Europe in search of legitimacy: Strategies of legitimation assessed”, *International Political Science Review* 25, 4 (2004):

8. Propostas conclusivas

Para salvaguardar a legitimidade por *input* do processo legislativo é importante evitar ao máximo a utilização do processo de consulta. Neste o Conselho é claramente o órgão legislativo principal ficando a influência do Parlamento altamente mitigada. Mesmo a Comissão tem claramente um papel secundário neste tipo de processo legislativo. Admite-se que pontualmente, como acontece em qualquer sistema com características federais, haja situações nas quais um processo conduzido a título principal pela câmara alta seja adequado à situação. Mas estas são situações absolutamente excepcionais, o atual quadro jurídico na União Europeia utiliza este processo frequentemente sem necessidade.

As cláusulas de *passerelle* já previstas nos Tratados permitem afastar, de forma simplificada, o processo de consulta onde este é desnecessário. A cláusula geral de *passerelle* consagrada no art.º 48.º, n.º 7 do TUE, encontra-se prevista no âmbito dos processos de revisão simplificados garantindo que quaisquer alterações necessárias podem ser feitas sem as dificuldades inerentes a uma revisão ordinária dos Tratados.

A intervenção não se deve limitar ao processo legislativo de consulta. Uma revisão das situações em que a utilização do processo legislativo de aprovação é adequada, não sendo preferível a sua substituição pelo processo legislativo ordinário, também se afigura necessária. Mais uma vez, a existência das cláusulas de *passerelle* permite efetuar as alterações necessárias de forma simplificada.

No entanto, mesmo o atual modelo aplicação das cláusulas de *passerelle* sofre de deficiências graves. Nomeadamente a intervenção desnecessária e desadequada do Conselho Europeu no processo legislativo. Idealmente este modelo seria substituído por um modelo no qual o próprio Parlamento Europeu propõe a utilização da cláusula e o Conselho consente. Uma alternativa que poderia garantir maior representatividade seria a de não envolver por completo os Conselhos no processo,

35-459; Vivien A. Schmidt, "Democracy and legitimacy in the European Union..."; Grace Skogstad, "Legitimacy and/or policy effectiveness?: network governance and GMO regulation in the European Union", *Journal of European Public Policy* 10,3 (2003): 321-338.

deixando o consentimento nas mãos dos Parlamentos Nacionais – aliás como até já se encontra previsto no atual regime – que por natureza serão mais representativos que estas instituições. Ainda assim, admitimos que esta última hipótese possa ser de difícil concretização no estado atual de evolução do projeto europeu, pelo que admitimos que a opção inicial pela solução intermédia seria suficientemente satisfatória. Ademais, esta segunda opção pode tornar-se até desnecessária perante uma reforma no Conselho.

Vemos com bons olhos alguns esforços da Comissão Europeia (em conjunto com o Parlamento Europeu) com o objetivo de reforçar a sua legitimidade democrática. Ademais, somos da opinião que esta instituição que é, no fundo, um executivo da União Europeia deve possuir poderes de iniciativa legislativa. Apenas não de forma monopolista. De facto, dotar o poder executivo de iniciativa legislativa tem benefícios relevantes na prossecução de uma política coerente, algo que muitas vezes parece faltar na União Europeia. Uma estratégia político-legislativa coerente e ativa por parte da Comissão pode também colmatar parcialmente as “esquizofrenias” ideológicas que existem dentro dos grupos parlamentares no Parlamento Europeu.

No que toca à iniciativa de cidadania, a Comissão deve ser bastante cuidadosa na utilização da sua faculdade de negar o registo de iniciativas. Não é bom sinal o facto de o Tribunal Geral ter de intervir perante recusas ilegítimas da Comissão em registar iniciativas. Somos da opinião que a recusa, essencialmente quando baseada nas alíneas c) e d) do n.º 2, do art.º 4.º Regulamento 211/2011/UE deve ocorrer apenas em casos absolutamente excecionais e de violação patente destes pressupostos. Uma interpretação contrária pode até atentar contra a liberdade de expressão dos cidadãos europeus.

O sistema *Spitzenkandidat* que procura atribuir legitimidade democrática “direta” ou, pelo menos, “quase-direta” ao presidente da Comissão Europeia, “atando” a sua eleição às eleições para o Parlamento Europeu, parece-nos um passo no bom sentido. Não obstante, para que o processo funcione corretamente e atinja os seus objetivos, é essencial que os partidos políticos democratizem também os seus procedimentos para a eleição de candidatos. Em 2014 o Partido Popular Europeu não realizou

eleições primárias, elegendo o atual presidente da Comissão Jean-Claude Juncker num congresso. De facto, a posição do PPE em relação ao *Spitzenkandidat* foi marcada por um elevadíssimo nível de incoerência. Por um lado, numa fase inicial do processo foi um apoiante fervoroso. Só que quando chegaram efetivamente as eleições, perante a sua maioria esmagadora no Conselho Europeu que lhe permitiria obter um resultado favorável sem as incertezas das eleições para o Parlamento Europeu, este partido começou a manifestar renitências. Eventualmente o PPE cedeu quando se tornou patente que a não apresentação de candidato seria inviável. O Partido Socialista Europeu (organizado no PE como Aliança Progressista dos Socialistas e Democratas) realizou primárias, mas não no sentido pretendido de eleição direta através de voto popular. Como tal, com os dois principais candidatos eleitos através de sistemas pouco democráticos a sua legitimidade estava inquinada à partida⁴⁵.

Por muitas críticas – e muitas vezes relevantes – que se faça ao sistema americano, o certo é que as primárias realizadas pelos principais partidos contribuem tanto para a legitimação dos candidatos junto das suas bases como para energizar os eleitores, aumentar a notoriedade da eleição e permitir uma escolha entre um número maior de possíveis candidatos. A realização de eleições primárias ao estilo americano contribuiria de forma profunda para a legitimação democrática do Presidente e, como consequência desta, de toda a Comissão. Contribuiria também para aumentar a cultura política europeia que hoje é insatisfatória e para a notoriedade das eleições para o Parlamento Europeu. A maior vantagem desta solução é que não depende de nenhuma alteração nos Tratados. De facto, a sua correta implementação depende apenas da vontade dos partidos políticos. Arriscamos dizer que atribuir uma figura principal às suas candidaturas também servirá de forma positiva os interesses eleitorais dos partidos, pelo que não vemos inconvenientes demasiados na sua implementação.

⁴⁵ Ainda que por todas as limitações já assinaladas, e também devido ao problema da nacionalização das eleições para o Parlamento Europeu, o *Spitzenkandidat* tenha tido um impacto limitado, mas não nulo. A reforma do processo aliada à resolução dos problemas das eleições parlamentares apontados *supra* certamente poderia dar origem a um impacto maior junto dos eleitores. Cfr. Sara B. Hobol, “A vote for the President? The role of Spitzenkandidaten in the 2014 European Parliament elections”, *Journal of European Public Policy* 21, 10 (2014): 1528-1540; Thomas Christiansen, “After the Spitzenkandidaten: fundamental change in the EU’s political system?”, *West European Politics* 39 (2016): 992-1010.

Aliás, a União Europeia deve olhar com grande atenção para o modelo organizativo norte-americano, na medida em que este sobreviveu séculos com alterações mínimas. Por muito avançado que seja – e é – o modelo atualmente em prática na União Europeia, não devemos cair na armadilha de desconsiderar as experiências que serviram durante vários séculos os Estados, essencialmente os de organização federal.

Mesmo dentro de um modelo reformado do sistema *Spitzenkandidat* o candidato vencedor continuaria – como acontece atualmente – a ter de ser proposto pelo Conselho Europeu e aprovado pelo Parlamento. No entanto, a rejeição por qualquer uma destas instituições de um candidato eleito de forma direta, num processo participado e mediático seria equivalente a um suicídio político e como tal altamente improvável⁴⁶. No que toca ao Parlamento Europeu, este tem enviado vários sinais ao Conselho Europeu de apoio ao *Spitzenkandidat* assinalando que não dará o seu assentimento a um candidato eleito de outra forma⁴⁷. Só que a “resposta” do Conselho Europeu não se fez

⁴⁶ Aliás nos Estados Unidos a eleição do Presidente também não é, em sentido estrito, direta. Os eleitores escolhem os membros de um colégio eleitoral que depois elege o Presidente. Mas nunca na história da democracia norte-americana o sistema de colégio eleitoral mudou os resultados das eleições. Ainda assim há que referir que por vezes há *faithless electors* que votam num candidato diferente daquele que foi escolhido pelo seu estado. No total isto aconteceu 157 vezes, 82 das quais por preferências pessoais. Cfr. “Faithless Electors”, FairVote, acesso em janeiro 10, 2018, <http://archive.fairvote.org/?page=973>.

⁴⁷ Numa decisão de 2 de fevereiro aprovada por 457 a favor contra 200 contra, o Parlamento Europeu: “2. Recalls that the ‘Spitzenkandidaten’ process reflects the interinstitutional balance between the Parliament and the European Council as provided for in the Treaties; furthermore emphasises that this further step in strengthening the Union’s parliamentary dimension is a principle that cannot be overturned;

3. Stresses that, by not adhering to the ‘Spitzenkandidaten’ process, the European Council would also risk submitting for Parliament’s approval a candidate for President of the Commission who will not have a sufficient parliamentary majority;

4 Warns that the European Parliament will be ready to reject any candidate in the investiture procedure of the President of the Commission who was not appointed as a ‘Spitzenkandidat’ in the run-up to the European elections;

5. Considers that the ‘Spitzenkandidaten’ process is also a contribution to transparency, as candidates for President of the Commission are made known prior to the European elections, rather than after them as was previously the case;

6. Underlines that the ‘Spitzenkandidaten’ process fosters the political awareness of European citizens in the run-up to the European elections and reinforces the political legitimacy of both Parliament and the Commission by connecting their respective elections more directly to the choice of the voters; acknowledges therefore the important added value of the ‘Spitzenkandidat’ principle in the goal of a strengthening of the political nature of the Commission;

7. Is of the opinion that the political legitimacy of the Commission would be strengthened further if more elected Members of the European Parliament were nominated as Members of the Commission;

8. Recalls that in the run-up to the 2014 European elections all major European political parties embraced the ‘Spitzenkandidaten’ process, indicating their candidate for President of the Commission, and that public debates among the candidates were held, bringing about a constitutional and political practice that reflects the interinstitutional balance provided for in the Treaties;

tardar, afirmando este que não se encontra condicionado ao *Spitzenkandidat* e escolherá quem melhor entender. Aproxima-se assim um conflito institucional nesta matéria⁴⁸.

Claro que esta é também uma solução provisória e não ideal. O objetivo a longo prazo deve ser a alteração dos Tratados e consagração de uma eleição por sufrágio direto e universal para o Presidente da Comissão Europeia, independente da eleição para o Parlamento Europeu – mas por questões de eficiência e maximização da participação eleitoral, realizada na mesma ocasião. Isto traria ainda maior legitimidade ao Presidente da Comissão Europeia em particular, ao sistema político europeu no geral, e contribuiria para diminuir o problema da difusão do poder político na União⁴⁹.

Permitiria ao cidadão escolher e votar separadamente no seu candidato a Presidente da Comissão preferido e no seu partido predileto. Nada garante que os dois coincidam. Uma alteração dos Tratados com uma pequena revisão ao sistema de *checks and balances* será necessária para a implementação adequada de um sistema desta natureza. A receita não é de todo inovadora, pelo que as dificuldades seriam muito mais de ordem política que jurídica.

Na senda desta questão uma reforma eventual do Conselho também é desejável. A sua transformação num Senado puro com, pelo menos, um sistema misto – em que parte dos Senadores sejam eleitos diretamente pelos cidadãos em eleições específicas – ofereceria vantagens relevantes em relação ao sistema atual.

9. Considers that in 2014 the ‘Spitzenkandidaten’ process proved to be a success, and stresses that the 2019 European elections will be the occasion to cement the use of that practice;

10. Encourages the European political parties to nominate their ‘Spitzenkandidaten’ through an open, transparent and democratic competition”

Cfr. “Decisão do Parlamento Europeu, de 7 de fevereiro de 2018, referente à revisão do Acordo-Quadro sobre as relações entre o Parlamento Europeu e a Comissão Europeia”, Parlamento Europeu, acesso em fevereiro 9, 2018, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0030+0+DOC+XML+V0//PT>.

⁴⁸ “EU leaders: We won’t be bound by Spitzenkandidat process”, David M. Herszechorn e Maïa De La Baume, acesso em fevereiro 26, 2018, <https://www.politico.eu/article/jean-claude-juncker-spitzenkandidat-eu-leaders-we-wont-be-bound-by-spitzenkandidat-process/>.

⁴⁹ Cfr. “A new governance for the European Union and the Euro: democracy and justice”, Miguel Poiars Maduro, acesso em fevereiro 5, 2018, http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/24295/RSCAS_PP_2012_11rev.pdf?sequence=1.

É também adequado que seja facultada iniciativa legislativa ao Parlamento Europeu, em linha com a prática constitucional comum nos Estados. Aumenta-se assim o âmbito de ação do Parlamento Europeu e atribui-se à instituição com maior legitimidade por *input* uma prerrogativa que há muito lhe escapa. Consegue-se desta forma também retirar um dos mais frequentes argumentos avançados pelos populistas para criticar o processo legislativo na UE. Após reforma na estrutura do Conselho, aparenta ser também adequado estender o direito de iniciativa legislativa a esta instituição.

Algumas destas ideias não são novas, tendo mesmo sido defendidas por nós noutras sedes⁵⁰. No entanto, é de assinalar que recentemente no seu discurso do Estado da União 2017, o Presidente da Comissão Europeia Jean-Claude Juncker demonstrou partilhar várias das nossas preocupações como a salvaguarda do *Spitzenkandidat*, o reforço da legitimidade do Presidente da Comissão através da fusão dos Presidentes da Comissão e Conselho Europeu, bem como o aprofundamento do envolvimento do Parlamento Europeu no processo legislativo⁵¹.

Admitindo-se que todos os sistemas têm falhas, no caso da União Europeia, pelo menos no âmbito do processo legislativo ordinário, as críticas pintam um cenário substancialmente mais dramático que a realidade. A implementação destas e outras soluções contribuiria de forma profunda para a legitimação da União Europeia e da

⁵⁰ Cfr. “A crise existencial da União Europeia: ensaio em torno da realização do projecto europeu no quadro dos desafios geopolíticos e jurídico-institucionais actuais”, Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa...; “Rose-tinted glasses might prove fatal: populists and their performances after the 2017 Dutch general election”, Tiago Sérgio Cabral e Rita de Sousa Costa...

⁵¹ Cfr. “Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, sobre a melhoria do funcionamento da União Europeia com base no potencial do Tratado de Lisboa”, Parlamento Europeu, acesso em janeiro 10, 2018, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0049+0+DOC+XML+V0//PT&language=PT>; “Resolução do Parlamento Europeu, de 16 de fevereiro de 2017, sobre possíveis desenvolvimentos e ajustamentos do atual quadro institucional da União Europeia”, Parlamento Europeu, acesso em 10 janeiro 2018, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0048+0+DOC+XML+V0//PT>; “State of the Union Address 2017”, Jean-Claude Juncker, acesso em Janeiro 10, 2017, http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_en.htm; “State of the Union 2017 cenário: with full breath ahead”, Sérgio Maia, acesso em janeiro 10, 2018, <https://officialblogofunio.com/2017/09/15/state-of-the-union-2017-scenario-with-full-breath-ahead/>.

legislação por ela emanada. Algumas das nossas propostas são de aplicação bastante fácil e como tal podem ser implementadas num espaço de tempo relativamente curto como a utilização frequente cláusulas *passerelle* ou reforma do *Spitzenkandidat*. Outras mesmo que essenciais, exigem intervenções mais profundas e como tal mais complexas e morosas como a introdução de iniciativa legislativa para o Parlamento Europeu pelo que a sua consagração terá de ser feita a médio/longo prazo.

Para garantir que a União continua a prosperar é essencial estudar continuamente e ponderadamente soluções que contribuam para o aperfeiçoamento do sistema atual, evitar o aproveitamento nacionalista que, por vezes, impede a correta implementação destas soluções, e retirar argumentos aos populistas reforçando a legitimidade tanto por *output* como por *input* da UE, nomeadamente na sua atividade legislativa.



Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

FCT Fundação para a Ciência e a Tecnologia
MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E ENSINO SUPERIOR

