

FELICIANO ALCIDES DIAS
IVONE FERNANDES MORCILO LIXA
MARCELINO MELEU

Organizadores

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Vol. 2 - Tomo I

CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

VOL. 2/ TOMO I

Feliciano Alcides Dias

Ivone Fernandes Morcilo Lixa

Marcelino Meleu

(organizadores)



Copyright © 2021 Editora LAWeducare

Todos os direitos reservados.

ISBN: 978-65-996090-9-1

Acompanhamento editorial Marcelino Meleu

Diagramação Gardênia Souto Carvalho

Capa Ana Carolina Alves

Editora LAWeducare

Conselho Editorial

Aleteia Hummes Thaines (FACCAT)

Américo Braga Junior (UEMG)

Cleide Calgaro (UCS)

Jeronimo Siqueira Tybusch (UFSM)

João Paulo Allain Teixeira (UNICAP)

Karinne Emanoela Goettems dos Santos (UFPEL)

Leonel Severo Rocha (URI e UNISINOS)

Maiquel Angelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ)

Maria Aparecida Lucca Caovilla (UNOCHAPECÓ)

Paulo Júnior Trindade dos Santos (UNOESC)

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Felipini – CRB 14/1310

Biblioteca Universitária da FURB

C756c

Constitucionalismo, democracia e direitos fundamentais / Feliciano Alcides Dias, Ivoni Fernandes Morcilo Lixa, Marcelino Meleu (organizadores). - Blumenau: LAWeducare, 2021.

266 p. : il.

v. 2, t. I

Inclui bibliografias.

ISBN: 978-65-996090-9-1 (Físico)

ISBN: 978-65-996090-6-0 (E-book/Digital)

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalismo. 3. Democracia. 4. Direitos fundamentais. I. Dias, Feliciano Alcides. II. Lixa, Ivoni Fernandes Morcilo. III. Meleu, Marcelino. IV. Universidade Regional de Blumenau. Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito. V. Título.

CDD 341.2

Reservados todos os direitos desta obra.

Proibida toda e qualquer reprodução desta edição por qualquer meio ou forma sem a permissão expressa do editor.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
HERMENÊUTICA JURÍDICA E PRÉ-COMPREENSÃO EM GADAMER E HABERMAS	8
Ivone Fernandes Morcilo Lixa; Leonardo da Rocha de Souza	
NECROPOLÍTICA E REIFICAÇÃO: CONTRAPONTO AO RECONHECIMENTO E A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA NA CONTEMPORANEIDADE.....	27
Marcelino Meleu; Priscila Reis Kuhnen	
A IMPRESCINDIBILIDADE DA TOLERÂNCIA NAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS CONTEMPORÂNEAS	46
Helena de Azeredo Orselli	
A NATUREZA JURÍDICA DA SINDEMIA DA COVID-19: UM OLHAR SOBRE A VULNERABILIDADE DOS ENCARCERADOS A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	62
Kátia Ragnini Scherer; Lenice Kelner	
CONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA PLURAL NA AMÉRICA LATINA	85
Milena Petters Melo	
CONSTITUCIONALISMO DEMOCRÁTICO E RESERVA DE JUSTIÇA	99
José Adércio Leite Sampaio; Christiane Costa Assis	
A SUSTENTABILIDADE E O CONSTITUCIONALISMOS LATINO-AMERICANO PARA A MINIMIZAÇÃO DOS PROBLEMAS SOCIOAMBIENTAIS NA SOCIEDADE CONSUMOCENTRISTA.....	115
Cleide Calgaro; Talissa Truccolo Reato	

**DEMOCRACIA E SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: RISCOS E
POSSIBILIDADES 128**

Ilzver de Matos Oliveira; William Timóteo

**UMA ANTIGA ADVERTÊNCIA LIBERAL COMO SOLUÇÃO
PARA PROBLEMAS ATUAIS: OS TRATADOS SOBRE A
TOLERÂNCIA DE LOCKE E VOLTAIRE E A LIBERDADE
DE EXPRESSÃO NO SÉCULO XXI..... 159**

Bianca Tito; Rafael Alem Mello Ferreira

**A CRISE DO ESTADO SOCIAL E A MOROSIDADE DA
PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NO BRASIL 176**

Tássia A. Gervasoni; Rafaela Rovani de Linhares

**A NECROPOLÍTICA E O ESTADO DE COISAS
INCONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENITENCIÁRIO
BRASILEIRO 194**

Helvécio Damis de Oliveira Cunha; Pedro Henrique Almeida Queiroz

**A POLÍTICA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA E
DEFESA SOCIAL E SUA RELAÇÃO COM A PROMOÇÃO DOS
DIREITOS HUMANOS..... 210**

Juan Rodrigo Carneiro Aguirre; Tarsis Barreto Oliveira

**REFLEXIONES A PROPÓSITO DE LA AGENDA
INTERDISCIPLINAR PENDIENTE DEL DERECHO
CONSTITUCIONAL 235**

Jorge Isaac Torres Manrique

APRESENTAÇÃO

A coletânea ora apresentada, compila trabalhos oriundos de pesquisas elaboradas por professores permanentes e colaboradores do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Tais pesquisas, partem da premissa de que é passível na doutrina jurídica publicista contemporânea que haja uma inevitável relação entre Estado, Constitucionalismo e Democracia. Essa tríade representa uma abertura para a densidade e complexidade do debate que envolve o desenvolvimento e as transformações das sociedades democráticas nos últimos séculos.

O direito público que norteia as investigações, refere-se às possibilidades de exploração investigativa da relação entre o Estado, a Constituição, a Democracia e os Direitos Fundamentais, vinculando necessariamente os fundamentos teóricos e políticos do Estado constitucional com a efetividade dos preceitos normativos na realidade social, pois, como alertou Konrad Hesse¹, as normas constitucionais não são mais que letra morta sem eficácia alguma quando o conteúdo de tais requerimentos não se incorporam à conduta humana.

Comprometidos em perscrutar caminhos na busca da superação de um déficit constitucional - que acarreta a crise da democracia, desafiando sua reinvenção² -, os pesquisadores do PPGD/FURB buscam especializar o conhecimento de maneira interrelacional entre direito público e constitucionalismo – compreendido como técnica e práticas específicas de limitação do poder com finalidade política de garantia de direitos fundamentais -, possibilitando uma reflexão crítica em dois âmbitos: um no sentido político da contribuição dos fundamentos do constitucionalismo para as instituições democráticas; e o outro no sentido jurídico do impacto da jurisdição constitucional na efetivação de direitos fundamentais.

¹ In: HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*: selección. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

² Sobre a necessidade de reinventar a democracia consultar: SANTOS, Boaventura de Souza. *Reinventar a Democracia*. 2 ed; Lisboa: Gradiva, 2002.

As colaborações sugerem que as relações políticas institucionais contemporâneas estão marcadas por níveis de tensões dos mais diversos, gerando conflitos de difícil equacionalização jurídica. Sendo assim, o objetivo desta obra é fomentar junto à pesquisadores, docentes e operadores do sistema de justiça brasileiro um debate estimulado com senso de criticidade no âmbito do Direito Público sobre os contornos do Estado Democrático e sua (não)concretização. Para tanto, deve-se considerar que o dilema do direito público e sua relação com constitucionalismo no século XXI é o enfrentamento entre o discurso doutrinário e as transformações das relações políticas e sociais no mundo contemporâneo. Nesse sentido, o diferencial das investigações ora apresentadas é possibilitar a aproximação entre constitucionalismo, política e sociedade por meio de pesquisas especializadas que envolvam três dimensões do pensamento do direito público na sua relação com a democratização das instituições políticas: os fundamentos doutrinários, o sistema normativo jurisdicional e a efetividade das propostas constitucionais democráticas.

Logo, para os autores, o direito público deve ser contextualizado desde a realidade que pretende regular, pois, só assim, ganham sentido as pesquisas que investigam o impacto daquele sobre as instituições políticas e jurídicas democráticas; o funcionamento dos sistemas e processos constitucionais; o efeito dos instrumentos e das decisões na seara dos direitos fundamentais, e o papel que ocupam tais mecanismos em uma sociedade democrática complexa e em constante mudança.

No modelo brasileiro, tal complexidade ganha outros contornos com a Constituição de 1988, pois ela inaugura um modelo de Estado Democrático de Direito que propõe o rompimento de um paradigma ainda vigorante e estabelece um rol de promessas a serem perseguidas. Compreender essa nova complexidade implica a necessidade de se ressignificar fundamentos ultrapassados, que afastam os conceitos de risco e paradoxo, pois com eles, se permite um passo à frente para a compreensão da hipercomplexidade da sociedade atual.

Assim, envolto nesse compromisso conjunto, de superação das concepções dogmáticas dominantes, porquanto “não serve a ilusão kelseniana de que a Constituição ‘sempre triunfa’. [...] Para inquirir sobre a autêntica força normativa de uma Constituição, é necessário ‘mergulhar’ na realidade, auscultar o mérito das normas em jogo,

avaliar sua razoabilidade e factibilidade, e ter consciência da necessidade de atuar e traduzir a vigência formal em vigência real da Constituição”³, organizamos e apresentamos ao público o segundo volume da obra ***Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais***.

Blumenau/SC, inverno pandêmico de 2021.

Prof^ª Dra. Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Coordenadora do PPGD/FURB.

Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu
Vice-Coordenador do PPGD/FURB

³ HOMMERDING, Adalberto Narciso. *Fundamentos para uma compreensão hermenêutica do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 165.

Hermenêutica jurídica e pré-compreensão em Gadamer e Habermas⁴

IVONE FERNANDES MORCILO LIXA⁵
LEONARDO DA ROCHA DE SOUZA⁶

1 Introdução

No Brasil em tempos de decisionismos (STRECK, 2014, p. 38-47) e quando o moralismo suplanta a legalidade, são visibilizados os inegáveis limites e impossibilidades da “razão jurídica libertadora” legada pelos iluministas. Sem dúvida, o Direito moderno e seus paradigmas de sustentação, dentre os quais o da legalidade, audacioso projeto que, desde seu início, trazia em si, um conjunto de representações e perspectivas que prometia o triunfo da lei dos homens sobre o arbítrio. Esta racionalidade, aplicada à organização social e política, anunciava a certeza de uma sociedade estável, democrática e justa. Assim, a justificativa de necessidade de submissão sociopolítica à razão jurídica significava a segurança

⁴ Versão adaptada de texto apresentado no XXVII Encontro Nacional do CONPEDI e publicado com a seguinte referência: LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Entre a universalidade e a criticidade: a questão da pré-compreensão desde Gadamer e Habermas. *Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica*, v. 4, p. 36-53, 2018.

⁵ Doutora em Direito Público pela Universidad Pablo de Olavide (UPO/UFSC), Sevilla, Espanha, com pós-doutoramento em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora, pesquisadora e extensionista do Curso de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Líder do Grupo de Pesquisa “Direito – Território – Cidadania” registrado no Diretório de Grupos Pesquisa do CNPq e certificado pela FURB. Coordenadora e Professora do Programa de Mestrado em Direito da FURB. E-mail: iflixa@furb.br ;

⁶ Professor Efetivo da Universidade Regional de Blumenau/SC (FURB), atuando na graduação (titular de Teoria do Direito e Linguagem e Argumentação Jurídica) e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito como membro do corpo permanente. Realizou estágio pós-doutoral em Direito (UFRGS) na área de Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Doutor e Mestre em Direito (UFRGS). Bacharel em Direito (UNISINOS). Editor Científico da Revista Jurídica da Furb. Vice-líder do grupo de pesquisa 'Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça', registrado no Diretório de Grupos Pesquisa do CNPq e certificado pela FURB. Professor em cursos de Pós-Graduação Lato Sensu. E-mail: leonardorocha@furb.br.

definitiva contra qualquer imprevisibilidade do “mundo da natureza”, certeza que se concretizou a tragédia anunciada no século XX, com as guerras mundiais e regimes totalitários, bem como nas primeiras décadas do XXI com as tragédias humanitárias, desmanche dos Estados Democráticos e retrocessos constitucionais.

O modelo de racionalidade jurídica moderna trouxe também em si, em uma de suas faces, a necessidade de não apenas justificar técnica e politicamente a criação do direito pelo Estado, mas sua interpretação e aplicação, desde o positivismo jurídico em suas distintas versões, definindo a Hermenêutica no campo jurídico como saber técnico metodológico acerca da norma positivada. Na esteira desse pensamento floresceu e predominou a convicção de que o sistema normativo possui em si intrinsecamente todos os critérios necessários para resolver os conflitos jurídicos, não necessitando o jurista recorrer a nenhuma outra fonte para além daquelas estabelecidas pelo legislador. Nesta perspectiva, tendencialmente a ordem jurídica possuiria capacidade de autointegração, devendo, portanto, seus operadores estarem submetidos exclusivamente à lei, sendo então, a administração da justiça a administração do Direito legal.

A Hermenêutica Jurídica definiu-se, portanto, inicialmente, como possibilidade da certeza do sentido da norma e desde então, desde o positivismo exegético até o normativismo kelseniano, criaram-se teses e fundamentos hermenêuticos que entre discussões e aporias (tipo: *voluntas legis versus voluntas legislatoris* ou *objetivismos versus subjetivismos*) que acabaram por situar a questão hermenêutica no campo metodológico, que mais servem como justificativa (*alibis teóricos*) de legitimação para os resultados que o intérprete se propõe a alcançar ou/e garantir.

É nesta tradição que acabou confinando a tarefa hermenêutica no campo epistemológico, especialmente metodológico formal, adquirindo status de instância racional do texto legal de forma a possibilitar a superação das aparentes contradições da ordem dogmática, “adequando” o significado da norma ao contexto de sua aplicação. As teorias hermenêuticas de matriz formal legalista, não dando conta, ou considerando alheio a sua tarefa, elaborar um saber jurídico-normativo adequado a uma justa compreensão do problema concreto, dirigem todo esforço no sentido de elaborar “corretos” critérios, cânones ou procedimentos capazes de produzir uma “boa” interpretação no sentido mais exegético possível.

Em síntese, definida como saber específico acerca da compreensão do sentido, “Hermenêutica Jurídica” é uma expressão que historicamente foi carregada de imprecisões. Na tradição clássica exegética, o grande esforço teórico em sua origem foi o de delimitar regras para eliminar as arbitrariedades e subjetivismos interpretativos e, com essa preocupação, é que se definiram as concepções univocistas, paradigmas dominantes no século XIX e início do XX. Com as contribuições de Heidegger e Gadamer é reorientado seu objeto, assumindo-se a Hermenêutica como filosofia universal da interpretação, considerando a interpretação a característica essencial da presença humana no mundo. Um avanço que acabou por definir o panorama do pensamento hermenêutico contemporâneo, discussão que permanece em aberto no campo jurídico, uma vez que se tornou inegável o papel da pré-compreensão no processo hermenêutico.

Em contraponto às correntes tradicionais que defendem a neutralidade, e por via de consequência no campo hermenêutico que nega a pré-compreensão (tradicionalmente chamada de subjetividade) emerge no Direito o chamado pensamento jurídico crítico. Composto por distintas e inúmeras “vozes” e tendências que colocam em debate a questão da fundamentação da “verdade” destacadamente através de duas grandes concepções teóricas: a questão dialética da verdade (representada pelo pensamento habermasiano), e a questão da hermenêutica como verdade para além do método (de matriz gadameriana).

As duas posições polarizadas giram em torno da questão filosófica maior: a questão da reflexão. A reflexão, para Ernildo Stein (1987, p. 102), pretende através da oposição produzir uma identidade, distanciamento entre a consciência de si e do outro. A consciência, portanto, se constrói quando relacionada com outro conteúdo estranho e definida pela reflexão, oposição e unidade. Na base da estrutura da reflexão é que podem ser consideradas a crítica e a hermenêutica com suas propostas metodológicas, ambas defendendo a possibilidade de universalidade e verdade. A “diferença” e a “mediação” como procedimentos distintos da reflexão reivindicam incompatível *status* teórico com dois métodos e duas concepções filosóficas. Posições defendidas em campos opostos por dois grandes,

e seguramente últimos, representantes da modernidade: Habermas e Gadamer.⁷

O presente trabalho pretende brevemente discutir elementos nucleares da contraposição entre ambos os pensadores, destacadamente quanto à problemática da pré-compreensão, com vistas a trazer ao campo jurídico elementos para uma hermenêutica jurídica para além do infinito relativismo e nocivo decisionismo, ou seja, desde a criticidade de tradição e do marxismo.

2 Entre a tradição marxista e a hermenêutica.

Para melhor visualizar o confronto entre marxistas e a tradição hermenêutica deve-se considerar a trajetória e paralelismo dos dois pensadores. Gadamer nos anos 1960 publica *Verdade e Método* explicitando a tese de uma hermenêutica filosófica a partir da tradição e de forte crítica à herança iluminista. Habermas em 1967 publica seu estudo *A Lógica das Ciências Sociais* no qual apresenta o método crítico dialético contrapondo-se e apontando as insuficiências da racionalidade hermenêutica. Na mesma época Gadamer publica um ensaio *A universalidade do problema hermenêutico* seguido de uma resposta à Habermas: *Retórica, Hermenêutica e Crítica à Ideologia*. Em 70 Habermas realiza um balanço crítico entre a dialética e a hermenêutica publicando *A pretensão de universalidade da hermenêutica*. O debate ganhou espaço acadêmico e muitos entram na discussão, a exemplo de K. O. Apel com sua *A transformação da filosofia* e Paul Ricoeur, cujas contribuições servirão de contraponto e mediação para a discussão.

Um ponto inicial para compreender o debate e a aproximação de Habermas com a hermenêutica é a consideração de que o marco institucional de uma sociedade se compõe de normas que dirigem

⁷ Há que se lembrar que ambos os pensadores representam a tradição crítica à modernidade vindos de distintas matrizes. Gadamer estudou em Malburgo tendo doutorado-se em 1922 sob a orientação de Paul Natorp. Habilitou-se para o magistério superior orientado por Martin Heidegger que acabava de produzir *Ser e Tempo*, tornando-se seu principal seguidor. Habermas vem de fontes diferentes. Foi discípulo e amigo de Theodor Adorno e de seus estudos sobre Marx e Freud é que surge a preocupação com a emancipação. Participa ativamente dos movimentos estudantis da década de 60 perseguindo sempre a reflexão sobre as condições do diálogo livre da dominação. Gadamer interessa-se pelas condições de possibilidade da compreensão e interpretação. Habermas, indo além dos frankfurtianos, estuda as condições de possibilidade da comunicação humana livre de patologias sociais e individuais.

interações linguisticamente mediadas (HABERMAS, 1986, p.71). Distinguindo entre o marco institucional, ou mundo sociocultural da vida, e os subsistemas de ação racional em relação aos fins, entende que, no que chama de capitalismo tardio, há uma crescente expansão das forças produtivas através da permanente expansão dos subsistemas traduzidos na linguagem que vão se ajustando por uma racionalidade comunicativa de jogos linguísticos confrontados no umbral do mundo moderno com uma racionalidade fim-meio que se liga a uma ação instrumental. Neste contexto é que Habermas explica o interesse pela hermenêutica. As disciplinas hermenêuticas históricas são aquelas reguladas por um interesse prático, para as quais o acesso aos fatos se realiza mediante a compreensão do significado.

O ponto crucial de discordância com Gadamer diz respeito à relação entre o poder da reflexão e o conhecimento, o que torna autorreflexão um fenômeno complexo. É exatamente aí que está a tarefa da Teoria Crítica, a de buscar as falsas relações, o que para Habermas foi negligenciado por Gadamer. O fato de concordar com Gadamer acerca da crítica ao objetivismo não teria eliminado o equívoco de solucionar o problema tão somente pela crítica ao objetivismo, o que para Habermas, é até uma certa ingenuidade. A redução à linguagem do complexo da convivência seria a entrada em um círculo do qual não se escapa de sérias consequências morais e éticas. A crença de que a apropriação reflexiva como único elemento de crítica à tradição não significa que se rompa ou que a modifique substancialmente.

Para Habermas o erro de Gadamer foi o de eleger o caminho de contraposição da “verdade” ao “método” por conduzir também a oposição entre a “experiência hermenêutica” ao “conhecimento metódico”, o que é fundamento das ciências sociais. O projeto hermenêutico habermasiano retoma o estudo das ciências que estudam a realidade simbolicamente estruturada do mundo e buscam explicar, nesta perspectiva, a estrutura mais profunda da ordem social, chegando à Teoria da Ação Comunicativa, que resgata do projeto kantiano o fato de que a razão reflete sobre condições universais, afirmando:

[...] entendo por ação comunicativa uma interação simbolicamente mediada. Se orienta com normas intersubjetivamente vigentes que definem a expectativa recíproca de comportamento e que devem ser compreendidas e reconhecidas, por ao menos, dois sujeitos agentes.

As normas sociais são marcadas por sanções. Seu sentido se objetiva na comunicação lingüística cotidiana (HABERMAS, 1986, p. 68-69).

Ao analisar o que é inerente à atividade de comunicação, entende Habermas que a hermenêutica contribuiu para introdução de um elemento importante para análise da linguagem: a historicidade. Mas é insistente ao chamar atenção para o fato de que aquilo que é pré-existente e fundado pode estar presente na comunicação como uma forma de dominação sob o “manto” de uma pseudo-comunicação.

A resposta de Gadamer no artigo *Réplica à Hermenêutica e Crítica à Ideologia* (2004, p. 292 ss.), afirma:

Parece especialmente difícil entender-se sobre os problemas da hermenêutica, pelo menos enquanto conceitos não claros de ciência, de crítica e de reflexão dominarem a discussão. E por isso porque vivemos numa era em que a ciência exerce um domínio cada vez maior sobre a natureza e rege a administração da convivência humana, e esse orgulho de nossa civilização, que corrige incansavelmente as faltas de êxito e produz constantemente novas tarefas de investigação científica, onde se fundamentam novamente o progresso, o planejamento e a remoção de danos, desenvolve o poder de uma verdadeira cegueira. No enrijecimento desse caminho rumo a uma configuração progressiva do mundo pela ciência perpetua-se um sistema no qual a consciência prática do indivíduo se submete resignada e cegamente ou então se rebela revoltosa, e isso significa, não menos cega.

Defende que apenas uma absoluta cegueira pode deixar de perceber que a origem histórica e o futuro do ser humano dependem de um saber que não é a ciência, mas está encarregado da direção de toda vida prática humana. Esclarece que até mesmo em Aristóteles, onde se produziu uma fundamental diferença entre o saber produtivo (*tekne*) e o saber prático (*phronesis*), em muitos aspectos não restou clara a relação entre o saber político do homem de estado e o saber político do especialista, chegando ao absurdo platônico de colocar como ideal uma ciência de toda ciência: a ciência política. Por força da tradição ocidental de ciência persiste a concepção de que a *scientia practica*, a filosofia da prática, não é ciência, já que enquanto teoria não seria um saber sobre a ação.

Para Gadamer este tipo de saber não pode ser comparado à gramática ou a retórica que são norteadas por critérios passíveis de

produzir uma competência técnica. A filosofia da prática não se caracteriza como saber regulador da *práxis* humana e social. É uma reflexão sobre a prática, e, portanto, teórica.

Por outro lado, a teoria e o discurso, encontram-se aqui sob condições especiais, à medida que todo saber moral-filosófico e correspondentemente toda teoria geral do estado são relacionadas às condições empíricas especiais do aprendiz (GADAMER, 2004, p. 295).

Ao considerar a hermenêutica como arte da compreensão e se compreender o exercício dessa arte como um comportamento competente, apenas um saber disciplinar pode fazer uso consciente das regras da arte interpretativa.

Esclarece que a hermenêutica filosófica não está à procura de constituir-se como um meio competente de utilizar as regras.

A hermenêutica filosófica, ao contrário, reflete sobre essa competência e sobre o saber onde essa repousa. Não se presta mais, portanto, à superação de determinadas dificuldades de compreensão como ocorre frente a textos ou no diálogo com outras pessoas, mas o que busca é, como diz Habermas, um “saber reflexivo crítico” (GADAMER, 2004, p. 296).

O sentido de crítica da hermenêutica filosófica é o que conduz a uma pretensão de verdade dos discursos. O que critica não é um procedimento científico como tal, mas a falta de justeza metodológica desses procedimentos. Além disso, a hermenêutica filosófica reivindica uma pretensão de universalidade. A universalidade hermenêutica decorre do fato de que nenhuma experiência de mundo pode ser excluída do diálogo e nenhum do campo da ciência moderna escapa desse *medium* universal de razão prática.

O problema para Gadamer é muito antigo e é o que Aristóteles já tinha em mente quando se referia à ideia geral do bem de Platão. O bem é algo que apenas se pode encontrar na *práxis* humana e uma ideia geral de “vida justa”, pois enquanto tão somente ideia é vazia. E arremata com séria crítica à Teoria da Ação Comunicativa de Habermas:

Mas para a convivência social das pessoas isso significa que precisamos convencer os outros. E precisamos convencê-los, de

certo, não no sentido de que a política e a configuração da vida social sejam uma mera comunidade de diálogo, de modo a sentir-nos dependentes de um diálogo livre de coerções, à margem de todas as pressões de dominação, como o verdadeiro recurso terapêutico. A política exige a razão que reconduza os interesses para a formação da vontade, e todas as informações sociais e políticas da vontade são dependentes da estrutura das convicções gerais construídas pela retórica. Isso implica – e creio que isso pertence ao conceito de razão – termos de contar sempre com a possibilidade de que a convicção do outro, seja no âmbito individual ou social, possa estar sempre certa (GADAMER, 2004, p. 320).

Na crítica a Habermas, Gadamer chama atenção de que sua pretensão universal de “analista social” que é capaz de evidenciar uma comunicação patológica, o que está a fazer é correndo o risco de perigosamente defender uma pretensão exclusiva de verdade.

3 A pré-compreensão em Gadamer

É incontestável no campo jurídico que a “questão” da interpretação da norma exige uma disposição para considerar as diferenças compreensivas, o que constitui uma espécie de “abertura” para o argumento do Outro, que, em não raras vezes é dificultada pelos pré-juízos e pré-compreensões do intérprete. Para uma análise dessa problemática, nos valem, inicialmente, das lições de Hans-Georg Gadamer sobre hermenêutica, com uma posterior crítica de Habermas sobre a pretensão de universalidade dessa hermenêutica (HABERMAS, 1987).

Gadamer apresenta o problema hermenêutico a partir das experiências estéticas e históricas, assim resumidas:

a) A consciência estética cria uma tradição artística que faz a obra de arte apoderar-se de nós, retirando-nos a liberdade de aceitar ou recusar sua beleza: “quando julgamos algo a partir do ponto de vista de sua qualidade estética, estamos deixando de lado alguma outra coisa que nos atinge muito mais intimamente.” A experiência da arte está, assim, imersa numa soberania estética que aliena a verdadeira percepção da arte (GADAMER, 2004, p. 256-257).

b) A consciência histórica vai se formando lentamente a partir de uma recepção autocrítica “dos testemunhos da vida passada”. Para conhecer o passado é necessário desvincular-se “das realidades atuais

que nos prendem à vida presente”. No entanto, ao analisarmos fatos históricos já o fazemos com alguns preconceitos, como as intenções do autor do texto e a situação política da época, o que nos afasta da real interpretação da experiência histórica. E, mesmo que se tente “uma total anulação da individualidade”, haveria o problema “de um espelhamento imediato do presente no passado e do passado no presente”, que leva a um encontro alienado (parcial) da verdadeira experiência: “o encontro com a tradição histórica” (GADAMER, 2004, p. 257).

A consciência que temos na área estética envolve aquilo que, de acordo com nossos gostos, classificamos como belo e agradável aos olhos. Essa consciência pode advir de percepções pessoais ou de influências externas que nos incentivam a aceitar mais determinadas construções visuais. Em uma análise hermenêutica, é possível que a pessoa seja influenciada pelos gostos pessoais, por aquilo que aprendeu a ver como belo ou pelos incentivos constantes dos meios de comunicação. Nossa consciência estética pode ser, portanto, um obstáculo para perceber, compreender e aceitar a consciência estética do outro. Se não há a disposição de entender o ponto de vista do outro, pode-se cometer a injustiça de exigir um padrão que não pode ser suportado pelas pessoas que já habitam aquele local.

Já a consciência histórica forma-se pelas influências dos nossos antepassados, das nossas experiências de vida, das condições sociais e políticas em que fomos criados. Por um lado, são essas condições que formam nossa individualidade. Por outro lado, elas podem limitar aquilo que poderíamos ser em outras realidades. Na análise hermenêutica, a abertura para o ponto de vista do outro deve permitir-nos entender sua história e as influências que recebeu.

É preciso, para isso, romper a barreira da consciência estética e histórica do ‘eu’ e considerar as de outrem. Para isso, Gadamer propõe “o desenvolvimento da consciência hermenêutica como uma possibilidade mais abrangente, como contraponto a essa consciência estética e histórica”. A própria tentativa de compreender algo ocorre entre ‘um eu e um tu’. A existência do ‘eu’ depende da existência do ‘tu’. Esse é o primeiro consenso estabelecido antes da tentativa de compreender algo. “Mesmo onde tentamos entender-nos a respeito de questões que dividem nossas opiniões, sempre está em jogo esse suporte, mesmo que raramente saibamos” (GADAMER, 2004, p. 261).

Gadamer defende que os preconceitos, em vez de distorcerem a verdade, constituem “a orientação prévia de toda nossa capacidade de experiência” e “se tornam condições para que possamos experimentar qualquer coisa, para que aquilo que nos vem ao encontro possa nos dizer algo.” Os preconceitos formam o antigo que somos e nos permitem identificar o novo e ter a curiosidade de conhecê-lo (GADAMER, 2004, p. 261).

Em vez de ser um obstáculo, portanto, os preconceitos nos ajudariam a estar dispostos a experimentar o diferente, pois, ao formar nossa identidade, facilitam que aceitemos a identidade do outro. Em outras palavras, o fato de termos conceitos e juízos prévios nos ajuda a perceber que o outro também tem seus conceitos e juízos. Assim, se queremos respeito em relação aos nossos preconceitos, devemos respeitar os do nosso interlocutor.

A ciência moderna, porém, baseia-se “no princípio da imparcialidade e na ausência de preconceitos” o que impediria o condicionamento hermenêutico que pressupõe os preconceitos. No entanto, mesmo os novos conhecimentos e produções da ciência moderna estão baseados em conhecimentos técnicos já existentes, no “nosso comportamento técnico frente ao mundo” (GADAMER, 2004, p. 262).

Mas “a questão hermenêutica não se restringe aos âmbitos de investigação que serviram de ponto de partida”. Busca, também, lançar a base teórica que sustente “o fato fundamental de nossa cultura atual, a ciência e sua utilização técnica industrial”, ou seja, a hermenêutica verifica o objeto de interpretação (fatos) como resposta a algo anterior (perguntas) e tenta descobrir o que aconteceriam com os fatos se mudassem as perguntas. “O que constitui verdadeiramente o fenômeno hermenêutico originário é que não existe nenhum enunciado que não possa ser compreendido como resposta a uma pergunta, e é só assim que ele pode realmente ser compreendido” (GADAMER, 2004, p. 263).

O historiador não concorda com a influência do presente na investigação do passado. Para ele, as questões relacionadas ao conhecimento histórico “devem ser tratadas independentemente de qualquer relação com a atualidade.” No entanto, abrir mão da influência de descobertas já realizadas implicaria no constante começar do zero, colocando-se em dúvida “se, com esses procedimentos, a investigação histórica moderna aumenta suas chances de perceber realmente fatos interessantes, adquirindo com

isso um correspondente enriquecimento de nosso conhecimento.” A tarefa do pesquisador não se resume a conhecer os métodos de sua ciência, devendo incluir uma fantasia, não de imaginar coisas, mas de questionar e de ventilar questões reais e produtivas (GADAMER, 2004, p. 264).

A verdadeira força de atuação da consciência hermenêutica está “no fato de deixar e fazer ver onde está a questão.” Quando “o todo de nossa vida de experiência” se integra à tradição artística, à tradição histórica dos povos e ao princípio da ciência moderna, é possível formar a “experiência universal e humana de vida”, e, por conseguinte, é possível formar o estrato fundamental que é a “constituição do mundo estruturada na linguagem”. É a linguagem que nos permite ter consciência histórica, pois é a partir da linguagem que “se constrói uma determinada articulação de mundo, um processo que atua como se fosse dirigido e que podemos sempre de novo observar na criança que está aprendendo a falar” (GADAMER, 2004, p. 265-266).

A experiência hermenêutica ocorre em um mundo já interpretado, “já ordenado em suas relações, no qual a experiência entra como um elemento novo” que afasta nossas expectativas anteriores para dar lugar a uma nova ordem. Mas são nossas experiências, aquilo que nos é familiar, que possibilita nosso acesso àquilo que é novo, estranho, e isso permite “a ampliação e enriquecimento de nossa própria experiência de mundo” (GADAMER, 2004, p. 268).

A pretensão de universalidade da dimensão hermenêutica está na linguagem utilizada para a compreensão. Apesar da existência de diversas línguas e do constante empobrecimento da linguagem “a construção do próprio mundo continua se dando sempre e simultaneamente na linguagem, sempre que queremos dizer-nos algo uns aos outros” (GADAMER, 2005, p. 612).

A linguagem é, assim, um meio “em que se reúnem o eu e o mundo”, é aquilo que se pode compreender. É ela que permite a relação humana com o mundo, ao possibilitar a compreensão deste. Por meio da linguagem, a hermenêutica pode adquirir sua dimensão de “questionamento universal”, apresentando-se como “um aspecto universal da filosofia e não somente a base metodológica das chamadas ciências do espírito” (GADAMER, 2005, p. 612-613).

O problema hermenêutico relacionado à experiência da arte e da história levou Gadamer a deparar-se “com uma hermenêutica universal que atinge a relação geral do homem com o mundo”

(GADAMER, 2005, p. 614). A experiência que se tem com o encantamento daquilo que é belo está relacionada ao conjunto de nossa experiência. Por isso, a hermenêutica não pode ser vista apenas como técnica de compreensão, mas como “uma experiência autêntica, isto é, encontro com algo que se impõe como verdade”. O encontro com o objeto a ser compreendido ocorre “na realização da interpretação dentro da linguagem”, o que torna o “fenômeno da linguagem e da compreensão... um modelo universal do ser e do conhecimento” (GADAMER, 2005, p. 625-629).

Gadamer defende, assim, que nenhuma compreensão está “totalmente livre de preconceitos”. Os preconceitos são necessários para complementar os métodos científicos, que, sozinhos, não são suficientes para garantir a verdade. Daí a necessidade “de que o ser próprio daquele que conhece também entre em jogo no ato de conhecer” (GADAMER, 2005, p.631).

Esses preconceitos entram em contato com o objeto em questão por meio da linguagem. “A pretensão de universalidade da hermenêutica filosófica encontra na linguagem o lugar de sua explicitação” (ALMEIDA, 2002, p. 370). Gadamer trabalha a linguagem como um meio para o entendimento entre as pessoas sobre algo que está em questão (ARAÚJO DE OLIVEIRA, 1996, p. 233). A linguagem, porém, “não é um todo pronto e acabado, mas é um contínuo processo de elaboração”, numa relação dialética entre palavra e conceito, e entre conceito e palavra (ALMEIDA, 2002, p. 271-272) No entanto, para que a linguagem assuma seu papel na experiência hermenêutica, não pode ser utilizada “como instrumento de uma consciência manipuladora, mas como um meio pelo qual um mundo se coloca face a nós e dentro de nós (PALMER, 1996, p. 243).”

Essas pré-compreensões apontadas por Gadamer, no entanto, não podem servir de “carta branca” para que hermenêuta perceba apenas seu ponto de vista. Por mais que haja uma influência da história de cada um, a existência de outros pontos de vista devem ser apreendida pelo intérprete de tal forma que o faça estar disposto a adotar outro ponto de vista.

Ernildo Stein explica que o método crítico-dialético (de Habermas) e o método hermenêutico (de Gadamer) têm em comum a finalidade de “apreender nosso tempo pela reflexão”. Reflexão aqui deve ser entendida como a forma do “ser em si” relacionar-se com o outro, produzindo uma identidade pela oposição. Para se ter a

consciência de algo é necessário ter a “consciência de si” e relacionar-se “com conteúdos estranhos a ela. Os dois aspectos da relação consigo e da relação com o outro constituem, de certa forma, a estrutura da reflexão que está na base da consciência” (STEIN, 1987, p.102).

A dupla função da reflexão (unidade e oposição) permite entender como dialética e hermenêutica utilizam-se de métodos divergentes para entenderem o mesmo objeto (nosso tempo). Enquanto a dialética utiliza como método a “diferença e [o] contraste com aquilo sobre o que reflete, a hermenêutica visa primeiramente a mediação e a unificação com o mesmo”. De qualquer forma, a reflexão une os dois métodos e, em ambos, “o ideal da reflexão aparece enquanto busca da racionalidade”. A reflexão realizada pela dialética “acentua a diferença [e] o contraste”, enquanto “a reflexão hermenêutica acentua a identidade”. Nas palavras de Stein: “O método crítico se apresenta basicamente como um instrumento para detectar a ruptura do sentido, enquanto o método hermenêutico busca nos muitos sentidos a unidade perdida” (STEIN, 1987, p. 103).

Pode-se dizer que a hermenêutica tenta entender seu objeto penetrando cautelosamente nele, procurando “tornar-se consciente dos condicionamentos que determinam sua posição dentro da constelação histórica”. A pretensão da universalidade da hermenêutica ocorre justamente porque ela quer compreender “o sentido que nos vem do passado e que abrange, num único movimento, aquele que compreende e aquilo que é compreendido” (STEIN, 1987, p.105).

Stein observa, no entanto, que a pretensão de universalidade é própria tanto do método hermenêutico como do método dialético, por que ambos têm “o desejo de constituir o ponto de partida e o eixo fundamental de posições filosóficas”. Os dois métodos também têm em comum o fato de recusarem a totalidade pretendida pela tradição metafísica, que tinha como ponto de partida o mundo natural ou o mundo teológico. Isso faz com que a totalidade seja buscada “no próprio processo”, no desenvolvimento do “trabalho teórico [...] mas que não se finaliza e não se completa”. Isso concede à dialética e à hermenêutica “uma autoridade epistêmica capaz de dar conta de seus pressupostos e produzir níveis de racionalidade cuja legitimação vai-se repondo através do progresso do trabalho teórico” (STEIN, 1987, p. 107-109).

A hermenêutica de Gadamer busca entender as estruturas e as “condições de possibilidade de comunicação” das pessoas entre si. “A comunicação dá-se como compreensão e essa acontece no seio da linguagem”. O sentido universal dessa proposição é o fato de que ela “vale sempre onde se trata da comunicação com os outros”. O horizonte de compreensão está limitado pelas condições históricas e pela finitude do sujeito que compreende, que “não pode escapar da história pela reflexão [pois] dela faz parte”. Isso faz com que “o sujeito [seja] ocupado por preconceitos que pode modificar no processo da experiência, mas que não pode liquidar inteiramente” (STEIN, 1987, p. 111-112).

A limitação histórica do sujeito pode prejudicar o alcance do objeto que está sendo interpretado. A não ser que haja uma conscientização, o intérprete pode ficar preso aos seus pontos de vista e à sua realidade, sem perceber as condições históricas de outros povos e de outras gerações que não fazem parte de seu horizonte. E os preconceitos advindos das condições em que se encontra o sujeito podem impedi-lo de dar importância a realidades diferentes das suas, como as que encontramos em outras culturas e classes sociais.

Mas Gadamer alerta que os preconceitos podem ser positivos ou negativos. E atribuir um juízo negativo “sobre o preconceito constitui outro preconceito, e um preconceito falso que pode ter drásticas consequências, já que sobre ele não se reflete, ficando por isso despercebido.” Gadamer também defende que o “conhecimento da estrutura do preconceito” permite “uma reabilitação de autoridade e tradição”, que não devem ser vistas, necessariamente, como “fontes de inverdades”, embora reconheça que não possam ser aceitas cegamente (STEIN, 1987, p.112-113).

4 A crítica de Habermas às pré-compreensões.

O problema apontado por Habermas à hermenêutica gadameriana é sua tentativa de dissociação entre verdade e método. O “pensamento crítico dialético” trabalhado por Habermas “capta a necessidade da reflexão que a hermenêutica não leva até as últimas consequências”. Ele defende que nem a hermenêutica, nem a dialética, “podem dispensar a questão do método nas ciências para recolocá-la ao nível filosófico para reflexão”. (STEIN, 1987, p.115-116)

O problema é que Gadamer entende que nossa compreensão é apenas uma descoberta da verdade e, para Habermas, isso impede o reconhecimento da força que a reflexão pode ter sobre a compreensão. É a razão que permite afastar-nos daquilo que aparenta ser absoluto, esclarecendo a gênese da tradição. Habermas também critica a reabilitação que Gadamer promove em relação ao preconceito, pois a estrutura pré-conceitual deve fazer parte da reflexão que promove a compreensão, e não ter a função de preconceitos (STEIN, 1987, p.115-116).

Ao reabilitar o preconceito, Gadamer acaba por admitir a existência de preconceitos legítimos, notadamente quando a formação da tradição advém dos processos individuais de aprendizagem. Esses preconceitos, no entanto, podem ser legitimados por um educador em função de sua autoridade, que pode provir de sanções ou de promessas de gratificações (HABERMAS, 2012, p.16). O risco, portanto, é que a validade de um preconceito esteja ancorada em uma tradição transmitida por uma autoridade democraticamente ilegítima.

O problema da compreensão hermenêutica é que o sujeito interpreta algo a partir de um contexto previamente dado, condicionado por suas pré-compreensões (do sujeito). No entanto, para alcançar um entendimento universal, a compreensão hermenêutica deve estar inserida em uma estrutura ideal que permita a comunicação ilimitada, livre de coação e de dominação. Ou seja, a pretensão de verdade da tradição exige que ela se tenha formado sem coação e com possibilidade ilimitada de acordo sobre seu conteúdo.

Mesmo que o conhecimento tenha como pano de fundo as tradições fáticas, a reflexão sobre elas tende a modificá-las, não as aceitar como autoridade (STEIN, 1987, p.115-116). Nas palavras de Habermas:

Não há dúvida que o conhecimento se enraíza em tradição [...] fática; ele permanece ligado a condições contingentes. Mas a reflexão não trabalha na faticidade das normas transmitidas [...] sem deixar vestígios. Ela é condenada a chegar depois, mas, ao olhar para trás, desenvolve uma força retroativa. Nós só podemos nos voltar para as normas interiorizadas depois de termos aprendido primeiro cegamente a segui-las sob um poder que se impôs de fora. À medida, porém, que a reflexão recorda aquele caminho da autoridade, no qual as gramáticas dos jogos de linguagem foram exercitadas dogmaticamente como regras da concepção do mundo e do agir, pode ser tirado da autoridade aquilo que nela era pura dominação, e

ser dissolvido na coerção sem violência da inteligência e da decisão racional (1987, p. 18).

Ernildo Stein ensina que Habermas “não recusa a hermenêutica”; até mesmo utiliza, frequentemente, seus instrumentos, reconhece suas realizações positivas e sua “importância ao lado do pensamento crítico”. Apenas entende que a dialética e a crítica das ideologias são superiores a ela, além de criticar sua pretensão de universalidade. Dentre os aspectos positivos da hermenêutica para Habermas, destaca-se sua capacidade de reconstituir a “comunicação perturbada” e de mostrar que as ciências sociais estão estruturadas pela tradição e que o sujeito tem “seu lugar histórico determinado” (STEIN, 1987, p. 122-123).

Habermas defende que a crítica pode pretender ser universal, e é necessário que o seja. (a) A possibilidade dessa pretensão está na capacidade da razão humana, que não deve se limitar a “acolher e reconhecer o que lhe é estranho”, mas também de recusá-lo, superando as forças dogmáticas. A razão não deve apenas confirmar e unir, mas também contestar e dissociar. (b) A pretensão de universalidade da crítica é necessária porque “o contexto da tradição está sistematicamente perturbado” e precisa ser tratado com “interesse emancipatório”. Para isso, “torna-se necessária a crítica das ideologias, que procura tornar transparente o contexto da vida social em todos os seus momentos”. A “comunicação sistematicamente perturbada” ocorre num contexto de alienação, que “nasce da dominação de homens sobre homens”, por isso é necessária uma “comunicação livre de dominação” (STEIN, 1987, p. 125-126).

Sob a ótica da etnometodologia, é necessária a realização de processos cooperativos de interpretação, por meio dos quais os intérpretes interagem mediante “micro-processos da interpretação de situação [...] e de consolidação do consenso [...], que são altamente complexos” mesmo quando o vínculo entre os participantes é uma “habitual compreensão da situação em contextos estáveis de ação”. Essa, no entanto, é uma visão macroscópica, pois, “sob o microscópio, cada entendimento ou acordo [...] se mostra como ocasional e frágil” (HABERMAS, 1987, p. 182).

Já no que se refere à hermenêutica filosófica, o intérprete tem suas certezas que formam um pano de fundo para seus argumentos. Mas, quando em contato com outras realidades, percebem que aquilo que para elas era certeza (já estava pré-estabelecido) para outros se trata

de ponto de vista estranho e incompreensível. Nesse momento, “certezas do fundo culturalmente ensaiado se rompem e os meios normais do entendimento falham”. Essa ameaça ao entendimento ocorre mais claramente quando se tenta “penetrar numa língua estrangeira, numa cultura desconhecida ou numa época afastada, e mais ainda nos domínios da vida patologicamente deformados”. Ocorre o que Habermas chama de “comunicação perturbada”, já que algumas “condições lingüísticas para um entendimento direto entre (pelo menos) dois participantes da interação não são preenchidas” (HABERMAS, 1987, p. 182-183).

Quem interpreta precisa, assim, diferenciar sua compreensão de um fato da interpretação realizada por outrem, entendendo a realidade contextual (mundo da vida) desse. Precisa entender, em relação ao objeto de interpretação ou às pessoas afetadas, suas crenças, valores, vivências, intenções e sentimentos, para descobrir o que pode estar querendo dizer em cada argumento. Assim, poderá verificar por que o outro considera algumas informações como verdadeiras, ou entende alguns valores como corretos, ou, ainda, manifesta suas vivências como verazes (HABERMAS, 2012, p. 183-184).

Para que se desenvolva um processo de compreensão, o indivíduo “teria de se desvencilhar do horizonte de seu tempo, de maneira semelhante a como nós ampliamos nosso próprio horizonte, enquanto intérpretes, ao nos envolvermos com o texto dele” (HABERMAS, 2012, p. 249-250). Precisa-se, até mesmo, reconstruir os processos de aprendizagem dos demais destinatários da norma, o que poderia explicar o fundamento dos aspectos essenciais de um modo de vida. A compreensão do mundo não está mais centrada, assim, no que está interpretando, mas também nos demais destinatários da interpretação.

5 Conclusão

O formalismo legal, a bem-sucedida solução metodológica do positivismo jurídico do século XIX, encontrou na hermenêutica jurídica um instrumental eficiente de operacionalidade da “ciência do direito”, permitindo a redução da atividade compreensiva num ato restrito de reprodução de seu “objeto científico privilegiado”: o texto legal. Assim, o trabalho do jurista é convertido numa exegese reduzida capaz de especificar e concretizar o texto legal, limitada

subsunção de aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Um simples trabalho silogístico no qual a premissa maior é o sistema normativo e a premissa menor o fato concreto, sendo a conclusão necessária a decisão. Tal autêntica *fé epistemológica* trouxe em si a negação do inegável: a questão da pré-compreensão ou pré-conceito, para tomar por empréstimo a linguagem gadameriana.

O postulado hermenêutico nuclear construído sobre esta *crença epistemológica*, é o de reproduzir os ideais de plenitude, coerência, universalidade e a-temporalidade do sistema normativo, o que permitem, enquanto instância racional, a elaboração de ficções hermenêuticas, como a “vontade do legislador” e “vontade da lei”, de múltiplas funções práticas e ideológicas. Inicialmente, esses postulados justificam a atividade compreensiva do direito como ato formal, excluindo qualquer possibilidade de criação por parte do intérprete e inferência de elementos substanciais, em nome da igualmente ficção “segurança jurídica”.

Com a emergência das correntes críticas do Direito e, por via de consequência, a revisão dos postulados tradicionais da hermenêutica jurídica e concepções emprestadas da filosofia, ganham relevância pensadores como Gadamer e Habermas, dois grandes herdeiros do pensamento moderno que colocam em questão dois grandes discursos sustentadores das práticas jurídicas e legitimadores da discricionariedade judicial: a ideologia como elemento indissociável da compreensão e a problematização da verdade. Desde matrizes teóricas distintas ambos os pensadores anunciam o fim da natureza epistemológica da hermenêutica e com ela igualmente o fim da razão moderna. Enfim, tempos de crise. Tempos em que a filosofia perde o fundamento que vincula o significante ao significado ontologicamente e passa a buscar a universalidade e o sentido pela linguagem. Tempos em que o pensamento jurídico também busca se reinventar mesmo correndo o risco de se perder no infundável relativismo ou mesmo a redução ideológica. Risco necessário correr por que é tarefa urgente.

Referências

ALMEIDA, Custódio Luís Silva de. **Hermenêutica e dialética**: dos estudos platônicos ao encontro com Hegel. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002.

- GADAMER, Hans-Georg. A universalidade do problema hermenêutico. In: **Verdade e Método II: complementos e índice**. 2. ed. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitário São Francisco, 2004.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 7. ed. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitário São Francisco, 2005.
- HABERMAS, Jürgen. **Ciência y Técnica como Ideología**. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Tcnos, 1986.
- HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica – para a crítica hermenêutica de Gadamer**. Ed: LP&M, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria de la Accion Comunicativa**, tomo I, Racionalidad de la acción y racionalización social, tomo II, Crítica de la razón funcionalista, versión castellana de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus Ediciones, 1987.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**, vol. 1: racionalidade da ação e racionalização social. Trad. Paulo Astor Soethe; vol. 2: sobre a crítica da razão funcionalista. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- LIXA, Ivone Fernandes Morcilo; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Entre a universalidade e a criticidade: a questão da pré-compreensão desde Gadamer e Habermas. **Revista de Argumentação e Hermenêutica Jurídica**, v. 4, p. 36-53, 2018.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-Pragmática**. São Paulo: Ed. Loyola, 1996.
- PALMER, Richard E. Hermenêutica. Tradução de Maria Luísa Ribeiro Ferreira. Lisboa: Edições 70, 1996.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.
- STEIN, Ernildo. Dialética e Hermenêutica: Uma Controvérsia sobre Método em Filosofia. In: HABERMAS, Jürgen. **Dialética e Hermenêutica: para a crítica da hermenêutica de Gadamer**. Trad. Álvaro L. M. Valls. Porto Alegre: L&PM, 1987.

NECROPOLÍTICA E REIFICAÇÃO: contrapontos ao reconhecimento e a concretização da justiça na contemporaneidade

MARCELINO MELEU⁸
PRISCILA REIS KUHNEN⁹

1 Introdução

De acordo com o último Atlas da Violência, “apenas em 2018, os negros (soma de pretos e pardos, segundo classificação do IBGE) representaram 75,7% das vítimas de homicídios [...]”, o que demonstra uma taxa de 37,8 – considerando os homicídios em escala por 100 mil habitantes, bem acima da taxa envolvendo os não-negros (soma de brancos, amarelos e indígenas), que ficou em 13,9. Já considerando apenas os dados relativos a mortes de mulheres negras, esse número é ainda mais alarmante, pois “[...] as mulheres negras representaram 68% do total das mulheres assassinadas no Brasil, com uma taxa de mortalidade por 100 mil habitantes de 5,2, quase o dobro quando comparada a das mulheres não-negras” (IPEA, 2020, p.13).

Diante desse triste contexto, verificamos que a necropolítica possui conexão com estes fatos. Essa terminologia foi apresentada em 2003 pelo filósofo e professor camaronês Achille Mbembe (2020b), o qual identifica a existência de um necropoder soberano exercidos pelas instituições estatais, que por ação ou omissão, definem “quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é”

⁸ Pós-Doutor em Direito Público. Professor permanente e Vice coordenador do PPGD/FURB. Líder do Grupo de Pesquisa CNPq/FURB “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça”. E-mail: mmeleu@furb.br.

⁹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Membro do Grupo de Pesquisa CNPq/FURB “Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça”. Servidora pública vinculada ao TJ/SC. E-mail: priscilar@furb.br.

(MBEMBE, 2020b, p. 41). O conceito de necropolítica descrito por Mbembe, vai além da noção de biopoder, originado da biopolítica de Michel Foucault (2020), que entende ser “insuficiente para dar conta das formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte” (MBEMBE, 2020b, p. 71).

Ao discorrer sobre a ocupação colonial na modernidade tardia, Mbembe ressalta que ao contrário da primeira ocupação, amparada por Frantz Fanon, ter promovido uma divisão do espaço em compartimentos, delimitando fronteiras, com utilização do princípio da reciprocidade, que combinava a biopolítica e a necropolítica, a contemporaneidade destaca a forma mais bem sucedida de necropoder, por exemplo, pela ocupação colonial da Palestina, onde “qualquer demarcação de território com base na identidade pura é quase impossível. Violência e soberania, nesse caso, reivindicam um fundamento divino” (MBEMBE, 2020b, p. 42).

Ao tratar da sacralização, Mbembe visita o estado de exceção e a noção de vida nua de Agamben (2002), e seu retrato do terror sagrado e a morte indizível, especialmente quando este afirma que cabe à soberania fazer um limiar entre o direito e a violência e a morte. Em Mbembe (2020b), esse limite ao ser rompido gera uma nova percepção sobre a política, que coloca o direito de matar como relacionado às “relações de inimizade”, elegendo de forma ficcional grupos inimigos.

Portanto, um dos critérios para a eleição dos “inimigos” ainda vigorantes está intimamente ligado à lógica da raça, sendo que, “[...] ao preconceito de cor herdado do tráfico de escravos e trazido nas instituições de segregação [...], ao racismo antisemita e do modelo colonial de bestialização de grupos considerados inferiores, vieram se somar novas constantes do racismo, com base em mutações das estruturas de ódio e na recomposição das figuras do inimigo íntimo” (MBEMBE, 2020a, p. 47).

Na obra “Crítica da razão negra”, Achille Mbembe destaca que:

Depois de um breve interregno, o fim do século XX e a virada do novo século coincidem com o regresso a uma interpretação biológica das distinções entre os grupos humanos. Longe de marcar o fim do racismo, um desdobramento da raça emergiu com o pensamento genômico. Quer se trate de exploração das bases genômicas das doenças que acometem determinados grupos ou rastreamento das raízes ou das origens geográficas dos indivíduos, o recurso à genética

tende a confirmar as tipologias raciais do século XIX (branco caucasiano, negro, africano, amarelo asiático) (MBEMBE, 2020a, p. 47-48)

No Brasil, como diagnosticado no Atlas da violência, já referido, percebe-se que as instituições, seja por ação, seja por omissão, inferiorizam o negro, marginalizando-o no contexto social. Tal situação acaba por criar inclusive o sentimento de autoinferiorização, provocando que o próprio marginalizado pelo sistema, se perceba como ser inferior. Essa situação remonta ao sentido de reificação proposto por Axel Honneth, ou seja, ausência de reconhecimento próprio ou pelos demais componentes e instituições sociais.

Para Honneth, “os seres humanos podem, em uma variedade de ocasiões, adotar um comportamento reificante na medida em que perdem de vista o reconhecimento precedente” (2018, p. 16), seja ao participarem de uma práxis social com ênfase na observação do outro, seja na condução de suas ações, por intermédio de convicções reificantes, que provocam a negação do seu reconhecimento originário. Assim, diante dessas perspectivas teóricas e os índices de violência catalogados no país, a presente pesquisa pretende responder ao seguinte problema: Da análise dos índices de violência e do perfil das vítimas, há como identificar no Brasil o avanço de uma necropolítica que reifica os sujeitos?

Para enfrentar o problema de pesquisa proposto e o objetivo geral de analisar os dados apresentados no Atlas da violência, o estudo é estruturado em duas partes, as quais corresponderão aos objetivos específicos, a saber: a primeira visa indentificar os contornos da reificação apresentados por Axel Honneth, e, posteriormente, estudar a necropolítica na perspectiva de Achille Mbembe, para, a partir do método dialético tripartite hegeliano, verificar, por intermédio de pesquisa bibliográfica e documental, como hipótese provável, se a realidade mapeada, acarreta, por ação ou omissão das instituições brasileiras, a incidência e avanço da necropolítica no Brasil, de modo a promover a reificação dos sujeitos, a qual os identifica como objetos insensíveis, portanto, desprovidos de reconhecimento próprio e/ou social.

2 O sentido de reificação na proposta de Axel Honneth e a necessária implementação de políticas constitucionais para fins de reconhecimento

Herdeiro e, identificado como principal expoente da terceira geração escola de Frankfurt, Axel Honneth, sempre destacou que a teoria crítica tem como pressupostos, um olhar sob as condições históricas constitutivas e a intervenção na sociedade, a partir da construção de um conhecimento aplicável no contexto político-social no qual é constituída e do qual é constituinte. Por isso, criticou a primeira geração, na pessoa de Max Horkheimer, que no seu entender, não definiu nas suas formulações, o conceito correlacionado com a “práxis social”. Aduz, portanto, que Horkheimer teria deixado de lado a investigação da vida cotidiana, obstando assim, uma real contribuição da Teoria Crítica para a superação de situações reais de injustiças (HONNETH, 2009).

Também, contrapôs o principal nome da segunda geração daquela Escola, Jürgen Habermas, do qual foi assistente no Instituto de Pesquisa Social da Universidade de Frankfurt. Adepto da teoria do reconhecimento de Hegel, Honneth (2009) parte do conflito social como fundamento de sua perspectiva crítica, assim, que a interação entre os sujeitos na realidade social não se baseia no entendimento e consenso comunicativo, mas em conflitos e tensões, que se revelam como fonte principal das relações sociais. Essa crítica promoveu uma alteração na proposta habermasiana (HABERMAS, 2003), que passa a admitir a esfera pública, como *locus* que exprime mais conflituosidade do que consensos para o entendimento, o que a torna inclusive como corresponsável para implementação de políticas (constitucionais) de superação de conflitos.

A partir dessas críticas e pretendendo perseguir a efetivação do reconhecimento, do ponto de vista de uma teoria de intersubjetividade, Honneth destaca três formas de reconhecimento (amor, direito e solidariedade), e, que o desrespeito a cada uma delas, verificados no âmbito da família, do Estado e da sociedade, influencia decisivamente nos conflitos sociais, além de provocar sentimentos de injustiças. Essa *luta por reconhecimento* (HONNETH, 2009), pressupõe, entre outros, o combate a posturas reificantes dos sujeitos.

O conceito de reificação trazido por Axel Honneth, em suma, exprime que os seres humanos são tratados como coisa, concretizando-se a partir do momento que a pessoa esquece do seu

papel na sociedade, alcançando todas as esferas sociais. Para o autor, “na medida em que na efetuação de nosso conhecimento perdemos o vestígio de que este se deve à nossa adoção de postura de reconhecimento, desenvolvemos a tendência de perceber outros seres humanos meramente como objetos insensíveis.” (HONNETH, 2018, p. 87)

Ressalta que este esquecimento, nada tem a ver com desaprender algo, mas sim, “esquecimento do reconhecimento”. Aponta o autor que “em suma, ou estamos lidando com uma unilateralização ou enrijecimento da postura de reconhecimento em virtude da autonomização de certo fim, ou com a recusa posterior do reconhecimento devido à aceitação de um preconceito ou estereótipo.” (HONNETH, 2018, p. 90)

Desta forma, a reificação dos seres humanos significa “perder de vista ou mesmo recusar o fato do reconhecimento prévio.” (HONNETH, 2018, p. 95). Adiante, afirma “que a tendência à autorreificação individual aumenta quanto mais fortemente os sujeitos são incluídos nas instituições que coagem a autoapresentação” (HONNETH, 2018, p. 126), coagindo e influenciando os indivíduos a praticarem comportamentos autorreificadores.

Neste sentido, Achille Mbembe nos faz refletir sobre o ato de identificação, uma vez que, considera que “revelar a identidade é também se reconhecer (autorreconhecimento), é saber quem se é e dizê-lo, ou melhor, proclamá-lo, ou ainda, dizê-lo a si mesmo. O ato de identificação é também uma afirmação de existência. “Eu sou” significa, desde já, eu existo.” (MBEMBE, 2020a, p. 263)

Já Peter Pál Pelbart afirma que devemos analisar não apenas o sujeito, mas sim as suas singularidades, de acontecimentos, de agenciamentos. Assim, precisamos verificar a constituição daquele sujeito que está sendo observado. O autor afirma que “a constituição do sujeito não pode ser dissociada de uma afetividade, de circunstâncias das quais constitui a singularização, a individuação.” (PELBART, 2019, p. 151)

Através destes conceitos, podemos entender um pouco mais sobre a reificação do “Negro”, sobre a posição que ele ocupa no espaço. Mbembe acredita que:

[...] o nome “negro” foi, desde sempre, uma forma de coisificação e de degradação. Seu poder era extraído da capacidade de sufocar e estrangular, de amputar e castrar. Aconteceu com esse nome o

mesmo que com a morte. Uma íntima relação sempre vinculou o nome “negro” à morte, ao assassinato e ao sepultamento. E, óbvio, ao silêncio a que deveria necessariamente ser reduzida a coisa – a ordem de se calar e de não ser visto. (MBEMBE, 2020a, p. 264)

Mais adiante, Mbembe acrescenta que durante a escravidão, o negro não determinava o seu futuro, porquanto, a relação que o senhor mantinha com os seus escravos não permitia ao negro ter um futuro próprio. Destaca que “o futuro do negro era sempre um futuro delegado, que ele recebia de seu senhor como uma dádiva, a alforria.” Após a alforria estaria ele “livre, responsável perante a si mesmo e perante ao mundo”. (MBEMBE, 2020a, p. 267)

Para Mbembe, “a vida do escravo é como uma “coisa”, possuída por outra pessoa, sua existência é a figura perfeita de uma sombra personificada” (MBEMBE, 2020b, p. 30) As suas relações humanas eram demonstradas a partir da música e dos próprios corpos – o qual não lhes pertencia. Este legado escravagista, cotidiano na atualidade, faz com que o negro seja tratado como “corpo expropriável, objeto sexual, congenitamente suspeito de roubo, crime ou sublevação, alvo preferencial de encarceramento, espancamento ou de extermínio” além de serem tratados como subalternos. (PELBART, 2019, p. 203)

Peter Pál Pelbart (2019, p. 203), conceitua a dessocialização como sendo um processo de despersonalização, visto que o indivíduo é capturado, retirado da sua comunidade nativa e convertido em mercadoria, tornando-se, coisificado, reificado, sendo propriedade nas sociedades escravistas. O reflexo desta sociedade escravista está instituído na sociedade desde a colonização¹⁰, possibilitando que seja o negro definido como ser inferior, e definindo como podem dispor da sua cultura e de seus corpos, portanto, o racismo se externaliza com a dominação sobre o negro.

Com o fim da escravidão no Brasil¹¹, os negros organizaram-se em espaços (quilombos¹²) e grupos, eis que a população negra foi exposta

¹⁰ Em que pese as conhecidas críticas sobre a narrativa da acolhida do negro, as consequências da colonização no panorama histórico, social e político do Brasil, no período colonial foram retratadas por Gilberto Freyre no seu clássico *Casa Grande e Senzala*. (FREYRE, 2006).

¹¹ O Brasil foi um dos últimos países do ocidente a abolir a escravidão. Isso ocorreu com a promulgação da chamada Lei Áurea, oficialmente Lei n.º 3 353 de 13 de maio de 1888. (BRASIL, 1888)

¹² Ainda existentes no país. (BRASIL, 2021)

à marginalização, pois com a abolição da escravidão houve a criação do trabalho assalariado, com substituição dos antigos escravos por imigrantes europeus, que vinham em busca da terra prometida¹³. Competindo o mercado de trabalho com o imigrante europeu, sistematicamente o negro era visto como incapaz de trabalhar como assalariado.

Conforme Clóvis Steiger de Assis Moura, que no século XX se propôs a discutir a dimensão das relações raciais como elemento estruturante à formação do país, os negros, pós abolição, agruparam-se em dois grupos, o grupo diferenciado e o grupo específico, “a distinção entre esses grupos tem a ver com o fato de o grupo diferenciado ser identificado, enquanto o grupo específico se identifica.” (MOURA, 1988, p. 117)

Desta forma, o grupo específico possibilitou aos indivíduos a “criação de interioridade, identidade e, a partir disso, emergência de valores.” Assim, adquiriram consciência e percepção de que a sociedade “o diferencia, de maneira geral, de forma depreciativa e, confrontando a isso, passa a encarar a sua nova marca como valor positivo” revalorizando o que a sociedade desvaloriza e inferioriza, trazendo o sentimento de pertencimento a um grupo específico. (MOURA, 1988, p. 117)

Para Moura, na sociedade brasileira, com traços racistas, “o negro somente poderá sobreviver social e culturalmente sem se marginalizar totalmente, agrupando-se” (MOURA, 1988, p. 120). Diante desse cenário, Márcio Farias conclui que “diante de uma sociedade classista e racista, cabe ao negro o papel potencialmente revolucionário de explicitar uma das mais efetivas contradições da modernidade brasileira: o mito da democracia racial” (FARIAS, 2021, p. 46).

¹³ Como referiu GENOVESE (1988). Da mesma forma que nos referimos a suavização da condição do negro em Gilberto Freyre, não se desconhece que Genovese - aqui também referido como fonte de consulta para alguns aspectos do período que marcou as consequências da abolição no cenário brasileiro - aderiu a um abrandamento via paternalismo, ao tratar da condição do escravo. Aliás, nesse sentido Maria de Fátima Rodrigues das Neves, destaca que: “De acordo com Genovese, o senhor integrava o escravo à sua família para obter serviços e obediência, oferecendo em troca alguma recompensa, tal como o reconhecimento de direitos usuais. No Brasil de tradição patriarcal, segundo nos revelam os trabalhos inspirados na obra de Gilberto Freyre, os escravos eram facilmente incorporados à família do senhor, que já contava com tios, primos, sobrinhos, bastardos, afilhados, agregados”. (NEVES, 1994, p. 65-76)

Neste contexto, coube então ao racismo hierarquizar as posições nos postos de trabalho, o que provoca uma luta. Dennis de Oliveira, acompanhando a doutrina marxista, entende que uma luta contra o racismo seria uma luta contra o capital, “no sentido de uma profunda reforma do Estado nas perspectivas contrárias à sua formação histórica: desconcentração de renda e patrimônio, universalização plena da cidadania e desmonte dos aparatos de violência sistêmica” (OLIVEIRA, 2021, p. 34).

Para enfrentar uma interpretação jurídica, que busque a essência dos Direitos Humanos, o reconhecimento integral e o papel da solidariedade, enquanto direito fundamental de terceira dimensão¹⁴, com vistas à proteção de grupos humanos (povo, nação), mais do que políticas públicas, o país necessita implementar “políticas constitucionais”, que ao contrário daquelas, não estão necessariamente a disposição de estruturas estatais. Como observou Gustavo Zagrebelsky, o Direito é um conjunto de materiais de construção, porém a construção em concreto não é obra da Constituição enquanto tal, mas de uma ‘política constitucional’ que se aplica às possíveis combinações destes materiais” (ZAGREBELSKY, 1992, p. 8).

Portanto, significa estudar não apenas as técnicas jurídicas e disciplinares de interpretação e aplicação das disposições constitucionais, mas sobretudo as políticas, de qualquer conteúdo e nível, que contribuem para promover ou condicionar a atuação das Constituições e, portanto, do Direito, como desenhos da convivência civil e da vida em comunidade (MELO; CARDUCCI; SPAREMBERG, 2016), para,

[...] a partir disso considerar a Constituição integrada à realidade sócio-histórica-política e ir recuperando fundamentações e teorias do constitucionalismo que reflitam a problemática histórica de

¹⁴ Acompanhando a uma concepção mais moderna e os críticos à terminologia “geração”, por não o vincular à um processo acumulativo, de substituição gradativa de uma geração pela outra.

¹⁵ A Constituição Federal Brasileira, “foi a primeira a utilizar as expressões Direitos e Garantias Fundamentais como abrangendo as diversas espécies de direitos”. (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 296). Pérez Luño (1995), ressalta que, o termo direitos humanos acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais.

encobrimento do poder constituído como tema empurrado para fora da totalidade constitucional [...]. (MACHADO, 2020, p. 90)

Para Carducci, a “*política constitucional*” não é outra coisa que não o conjunto de ações e atividades práticas, culturais, educativas, sociais, comunicativas, jurisprudenciais, legislativas, econômicas, políticas, que alimentam práxis de uso das regras e princípios jurídicas, em geral, e constitucionais em particular, *mas sobretudo a unidade do sentido da Constituição no seu conjunto* (MELO; CARDUCCI; SPAREMBERG, 2016), uma vez que, a “*política*” é um conjunto de práticas sociais, de indivíduos, movimentos, associações, através das quais é criada uma ordem de convivência, em razão de compartilhamentos gerais fundados sobre informações autonomamente adquiridas e convergentes nas finalidades, que também pode conter ameaças de eficácia excludente de direitos fundamentais, advindas não somente da política, mas “de todos os subsistemas autônomos que dispunham de uma dinâmica expansiva própria” (TEUBNER, 2016, p. 254).

Tal política, para a pretensão do presente trabalho, deve revelar “uma teoria dos direitos fundamentais sociologicamente fundada, que compreende os direitos fundamentais como instituição” (TEUBNER, 2016, p. 254), bem como, um distanciamento da tradição metodológica ainda hoje dominante nos sistemas romano-germânicos, que confere ao Estado centralidade no discurso constitucional. Ou seja, acompanhando Paulo Otero (2007), a proposta assume o compromisso de fazer uma leitura personalista do fenômeno constitucional, onde as instituições encontram na pessoa humana viva e concreta, o fundamento do Poder Político e da Constituição¹⁶.

Também, para fins de superação do racismo estrutural vigente no país, de modo a propiciar o reconhecimento (próprio e social), por intermédio de políticas constitucionais, é preciso compreender o deslocamento do espaço de “luta”. Sem desconsiderar a importância da perspectiva marxista – resgatada por Dennis de Oliveira -, o presente trabalho se vincula a proposta de Axel Honneth, que assim como Marx, vai na filosofia de Hegel para buscar o fundamento para a definição de lutas contra as injustiças.

¹⁶ Para Canotilho, um traço característico do chamado constitucionalismo global reside na “tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos”. (CANOTILHO, 2003, p. 1370).

Todavia, enquanto Marx identifica e restringe sua proposta na luta de classes, a partir de um fundamento em interesses econômicos antagônicos, acreditando que o reconhecimento somente ocorre na dimensão do trabalho, Honneth propõe uma luta por emancipação diferente do viés marxista, mais abrangente e assim, mais atual, uma vez que, considera que a emancipação adquire um novo sentido, diferente daquele exclusivamente fundado na luta de classes por interesses econômicos. Para Honneth (2009), as lutas sociais são sempre movidas pelos sentimentos de injustiça causados pela ausência de reconhecimento, em todas as dimensões e não exclusivamente na dimensão do trabalho.

3 Poder e Necropolítica em Achille Mbembe

O simples fato de viver, que é comum a todos os seres, a *Zoé*¹⁷, já deveria acarretar o pleno reconhecimento dos indivíduos no século XXI, especialmente após os horrores identificados nos campos de concentração da segunda guerra. Campos, que segundo Agambem, constituem o paradigma biopolítico da nossa modernidade. Neles, a vida é privada de todos os direitos, assim como acontecia em relação ao *homo sacer*, uma figura do direito romano (AGAMBEN, 2002).

Esse contexto de indiferença é tratado por Agambem pela categoria da exceção, portanto, pela análise da correlação entre vida e política, um entrelaçamento “tão íntimo que não se deixa analisar com facilidade” (AGAMBEN, 2002, p. 126). Seguindo os passos de Giorgio Agamben, Hannah Arendt, Michel Foucault entre outros, Achille Mbembe se propõe a adentrar na difícil análise que envolve política e vida, inovando ao aprofundar sua preocupação com o que designou como Necropolítica.

Necropolítica foi termo utilizado por Achille Mbembe para explicitar o poder e a capacidade de “ditar quem pode viver e quem deve morrer”. Assim, o soberano exerce “controle sobre a mortalidade” e define a vida como “a implantação e manifestação de poder” (MBEMBE, 2020b, p. 5)

Para Mbembe, soberania deve ser entendida na sua máxima onde se produz normas gerais para o povo, o qual é constituído por homens e mulheres iguais e livres. Já a política possui duas definições, primeiramente é um “projeto de autonomia”, assim como pode ser

¹⁷ Termo grego resgatado por Giorgio Agamben (2002).

definida como “a realização de acordo em uma coletividade mediante comunicação e reconhecimento”. (MBEMBE, 2020b, p. 9)

Aduz o autor que a “base normativa do direito de matar” está pautado no estado de exceção e/ou nas relações de inimizade. Desta forma, “o biopoder parece funcionar mediante a divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer.” (MBEMBE, 2020b, p. 17) Ao seu ver, esse controle faz com que as pessoas estejam inseridas em grupos, como uma subdivisão da população em subgrupos e estabelece uma “cesura biológica entre uns e outros”. (MBEMBE, 2020b, p. 17)

Neste sentido, origina-se o termo racismo, onde a raça “sempre esteve presente no pensamento e na prática das políticas do Ocidente, especialmente quando se trata de imaginar a desumanidade de povos estrangeiros – ou a dominação a ser exercida sobre eles.” (MBEMBE, 2020b, p. 18) Pôde-se verificar claramente o direito do Estado em matar no nazismo, onde configurou-se o “Estado racista, Estado assassino e Estado suicidiário”. (MBEMBE, 2020b, p. 19)

Nesse caso, a soberania é o instrumento para definir “quem importa e quem não importa, quem é “descartável” e quem não é”. (MBEMBE, 2020b, p. 41) Como cita Mbembe, “a forma mais bem-sucedida de necropoder é a ocupação colonial contemporânea da Palestina (MBEMBE, 2020b, p. 41). Mesmo que não se exerça por ação a mortal escolha, a omissão também identifica uma opção de denegação da vida pelas sociedades modernas.

Paulo Otero afirma que “as modernas sociedades pluralistas de Estados alegadamente democráticos vão permitindo uma progressiva amputação da garantia constitucional do direito à vida” (OTERO, 2009, p. 618). Portanto, a “cultura de morte” faz prevalecer a vida dos mais fortes sobre os mais fracos, “excluindo do princípio da inviolabilidade da vida humana a vida intrauterina e a vida em fase terminal”, proporcionando as condições necessárias para um modelo totalitário. Para o autor este modelo de desprezo pela vida dos mais fracos e débeis representa “o alicerce pragmático de uma nova forma de totalitarismo”. (OTERO, 2009, p. 620)

Esta “cultura de morte” no moderno Estado pluralista mostra surpreendentes contradições ou paradoxos que esvaziam qualquer conteúdo material de uma alegada preocupação com direitos fundamentais.” (OTERO, 2009, p. 621). A referida cultura, seja por ação, seja por omissão atinge de forma mais intensa a população

negra. Para Djamila Ribeiro no Brasil “está ocorrendo um genocídio da população negra”. (RIBEIRO, 2020, p. 103)

A autora traz dados alarmantes sobre o assunto, demonstrando que:

Entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de indivíduos não negros (brancos, amarelos indígenas) diminuiu 6,8% enquanto no mesmo período a taxa de homicídios da população negra aumentou 23,1%. Segundo dados da Anistia Internacional, a cada 23 minutos um jovem negro é assassinado no Brasil, o que evidencia que está em curso o genocídio da população negra, sobretudo jovens. (RIBEIRO, 2020, p. 94)

Com estes dados percebe-se que a nossa política de segurança pública está voltada para “a repressão e o extermínio de pessoas negras” (RIBEIRO, 2020, p. 95). Djamila nos remete a historicidade do sistema penal, o qual afirma promove “um controle social, marginalizando grupos considerados indesejados por quem podia definir o que é crime e quem é criminoso”. Cita como exemplo de legislações nacionais de criminalização da população negra, a Lei da Vadiagem, de 1941, a qual determinava a perseguição de quem estivesse na rua sem alguma ocupação clara, exatamente num período de alta taxa de desemprego entre “homens negros”. (RIBEIRO, 2020, p. 97)

Djamila provoca uma outra reflexão, o racismo dentro do judiciário, destacando que as recentes modificações na legislação acerca do tráfico, especificamente a lei n. 11.343, de 2006, trouxe uma “diferenciação subjetiva entre traficante e usuário”, que de início foi interpretado como um avanço na legislação. Porém, a seu ver, isso contribuiu para uma “explosão da população carcerária: isso porque quem define quem é traficante e quem é usuário é o juiz, o que é feito, muitas vezes, com base na discriminação racial”. (RIBEIRO, 2020, p. 97-98)

Tal situação torna-se alarmante quando Djamila nos remete ao caso de um homem negro que teve, em 2015, “uma condenação de 4 anos e onze meses de prisão pelo “tráfico” de 0,02 grama de maconha mantida pelo Superior Tribunal de Justiça.” Afirma a autora que casos como este ocasiona um crescimento na população carcerária de indivíduos que estão presos apenas pela sua cor, onde o “critério

subjetivo acentua a já profunda discriminação racial.” (RIBEIRO, 2020, p. 98)

Nas palavras de Dennis de Oliveira, “o despreparo e mesmo o pensamento racista presente nos agentes públicos, ou a forma como a máquina administrativa é montada, entre outras coisas, são expressões desse racismo institucional.” (OLIVEIRA, 2021. p. 26) O autor apresenta dados que demonstram que

[...] 41% das resoluções das duas primeiras conferências de igualdade racial foram aproveitadas nas agendas de políticas públicas do governo, contra 57% da conferência da pesca e 44% das mulheres. O orçamento da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (Seppir) é um dos menores dos ministérios. Em 2013, o orçamento desse órgão equivaleu a R\$ 0,62 ao ano para cada negro brasileiro – contra um per capita por mulher de R\$ 0,99 da Secretaria da Mulher e mais de R\$ 1.300,00 por indígena da Funai. Assim, não obstante os avanços, a temática racial ainda ocupa os subterrâneos da institucionalidade. (OLIVEIRA, 2021. p. 27)

Diante deste contexto, o movimento negro estabeleceu como meta estratégica o aumento de negros nas instituições, eis que possuem pequena participação, demonstrando mais uma vez o racismo institucional. Aliás, tal distanciamento alimenta o não reconhecimento da população negra, o que provoca a necessidade de revisitação do princípio da paridade participativa, enquanto remédio de reconhecimento transformativo, como propõe Nancy Fraser (2001, p. 245-282)¹⁸.

Enquanto não ocorrer a paridade participativa, a população negra (assim como as mulheres e membros da comunidade LGBTQIA+) ainda estará muito distante de ser reconhecida plenamente. Na concepção de Dennis de Oliveira três fatores alimentam a existência do que chama de racismo estrutural, que configura a sociedade liberal brasileira e a sua esfera pública.

1. O racismo como elemento estruturante das divisões de classe, uma vez que o processo transitório de modo de produção do escravismo

¹⁸ Para Nancy Fraser, “os remédios de reconhecimento transformativos tendem, no longo prazo, a desestabilizar as diferenciações para permitir reagrupamentos futuros”. (FRASER, 2001, p. 245-282).

colonial para o capitalista aconteceu sem rupturas e protagonizado pelas mesmas elites dirigentes do período anterior.

2. a concentração de riquezas com elemento central na sociedade capitalista brasileira, uma vez que ela se constituiu como capitalismo dependente e, portanto, voltado ao atendimento prioritário das demandas externas, à manutenção da concentração da posse da terra oriunda do período colonial e a superexploração do trabalho como instrumento central da reprodução do capital.

3. A violência como prática política permanente e não episódica, tendo em vista que a manutenção de uma ordem social nesses termos – racista e concentradora de riquezas – só é possível por meio da permanência de instrumentos de repressão continuada. As demandas sociais são tratadas como “casos de polícia”, o espaço para a negociação é reduzido, e a criminalização dos movimentos sociais se mostra uma constante.

Por isso, o racismo aparece como uma ideologia que faz parte dessas matrizes de opressão, estruturantes do autoritarismo social que permeia as relações sociais. (OLIVEIRA, 2021. p. 28-29)

Já Silvio Almeida, afirma que “o racismo não se resume a comportamentos individuais, mas é tratado como o resultado do funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.” (ALMEIDA, 2021, p. 37-38). Portanto, dentro das instituições “os indivíduos tornam-se sujeitos, visto que suas ações e seus comportamentos são inseridos em um conjunto de significados previamente estabelecidos pela estrutura social.” (ALMEIDA, 2021, p. 38-39)

Conclui o autor com dois tópicos acerca do significado de instituição, quais sejam:

a) instituições, enquanto o somatório de normas, padrões e técnicas de controle que condicionam o comportamento dos indivíduos, resultam dos conflitos e das lutas pelo monopólio do poder social;

b) as instituições, como parte da sociedade, também carregam em si os conflitos existentes na sociedade. Em outras palavras, as instituições também são atravessadas internamente por lutas entre indivíduos e grupos que querem assumir o controle da instituição. (ALMEIDA, 2021, p. 39)

Nota-se, portanto que:

[...] os conflitos raciais também são parte das instituições. Assim, a desigualdade racial é uma característica da sociedade não apenas por causa da ação isolada de grupos ou de indivíduos racistas, mas fundamentalmente porque as instituições são hegenizadas por determinados grupos raciais que utilizam mecanismos institucionais para impor seus interesses políticos e econômicos. (ALMEIDA, 2021, p. 39-40)

Constata-se assim, que o racismo poderá ser alterado pela ação ou omissão dos poderes institucionais, os quais possuem a possibilidade de alterarem “a atuação dos mecanismos discriminatórios, como também estabelecer novos significados para a raça, inclusive atribuindo certas vantagens sociais a membros de grupos raciais historicamente discriminados”. (ALMEIDA, 2021, p. 41) Por fim, Silvio Almeida ressalta que “os conflitos e os antagonismos que afetam a instituição podem resultar em uma reforma que provocará a alteração das regras dos padrões de funcionamento e da atuação institucional.” (ALMEIDA, 2021, p. 42)

Na visão de Peter Pál Pelbart, para irmos contra esta necropolítica escancarada e institucionalizada, devemos acionar “uma subjetivação herética”, assim estaremos “mais próximos da ativação de uma máquina de guerra e mais longe da guerra”. (PELBART, 2019, p. 160)

Portanto, considerando que as instituições são constituídas por agentes públicos individualizados, que refletem comportamentos racistas estruturais¹⁹, pautados na necropolítica e na reificação do Negro, percebe-se que as estratégias meramente institucionais, sem a participação ativa e paritária de membros da população negra, são insuficientes para solucionar este conflito, onde o Negro é eleito como inimigo.

4 Conclusão

Em conclusão parcial, percebe-se que ainda vigora no país uma necropolítica, determinada pela atuação das instituições estatais, seja

¹⁹ Resultantes, como destaca Nancy Fraser, de “[...] uma estrutura político-econômica que gera modos de exploração, marginalização e pivação específicos de ‘raça’. Esta estrutura constitui a ‘raça’ como uma diferenciação político-econômica dotada de certas características de classe. Quando vistos nessa perspectiva, injustiças raciais aparecem”. (FRASER, 2001, p. 263).

por ação ou omissão, pautada na eleição de inimigos. Um dos critérios para tal eleição em pleno século XXI ainda reside no reconhecimento denegado do negro, uma vez que, os diagnósticos sobre a violência no Brasil, ainda apontam a marginalização do negro no contexto social.

Tal cenário, para além da negação do reconhecimento pelos demais sujeitos (e/ou instituições) envolvidos no contexto social, ainda pode ser acrescido pela ausência de reconhecimento próprio, o que caracteriza, segundo Axel Honneth, uma dupla percepção de reificação, atingindo assim, todas as etapas de autorrealização prática do sujeito, as quais, como refere o herdeiro da escola de Frankfurt, compreendem: o amor; o direito e a solidariedade. A primeira etapa fomenta a autoconfiança do indivíduo, a segunda, o autorrespeito e a terceira a autoestima.

Para reconhecimento daquelas etapas, Honneth destaca a importância das instituições que entende a elas correlatas, quais sejam: a família, o Estado e a sociedade. Diante dessa importância e principalmente face a negação de reconhecimento com aumento de posturas reificantes dos sujeitos, as instituições são desafiadas à promoção de políticas constitucionais, as quais, por serem mais abrangentes, vão além das políticas públicas, porquanto admitem que o *locus* de promoção do reconhecimento não se restringe aos organismos estatais.

Todavia, a referida promoção de políticas, deve se basear, como destaca Axel Honneth, em uma substituição no fundamento das lutas sociais - que outrora se vinculavam em interesses e classes -, pela ideia de reconhecimento, revelando assim, uma mudança nas estruturas da sociedade, de modo a concretizar o reconhecimento recíproco intersubjetivo, que, além de coibir práticas de reificação advindas de uma necropolítica, promova a dignificação de todos os cidadãos paritariamente e intersubjetivamente, evitando assim, a perpetuação de injustiças e o alto índice de vítimas do racismo estrutural, como o divulgado no Atlas da violência no Brasil.

Referências

- AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua. Trad. Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.
- ALMEIDA, Silvio, **Racismo estrutural**, São Paulo, Jandaíra, 2021.

- BRASIL. **Lei nº 3.353, de 13 de maio de 1888.** Declara extinta a escravidão no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LIM/LIM3353.htm. Acesso em: 05 ago. 2021.
- BRASIL. Fundação Cultural Palmares. **Quilombos ainda existem no Brasil.** Disponível em: <<http://www.palmares.gov.br/?p=3041>>. Acesso em: 05 ago. 2021
- CANOTILHO, J.J.G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7 ed. Coimbra: Almedina; Lisboa, 2003, p. 1370.
- FARIAS, Márcio. Pensamento social e relações raciais no Brasil: a análise marxista de Clóvis Moura. In: ALMEIDA, Sílvio. **Marxismo e Questão Racial.** São Paulo: Boitempo, 2021. p. 37-47.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica.** Trad. Pedro Elói Duarte. Lisboa: Edições 70, 2020.
- FRASER, Nancy. Da distribuição ao reconhecimento? Dilemas da Justiça na era pós-socialista. Trad. Márcia Prates. In: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea.** Brasília: Editora UnB, 2001, p. 245-282.
- FREYRE, Gilberto. **Casa grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal.** 51ª ed. São Paulo: Global, 2006.
- GENOVESE, Eugene D. **A terra prometida: o mundo que os escravos criaram.** Trad. Maria Inês Rolim e Donaldson Magalhães Garschagen. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1988.
- HABERMAS, Jürgen. **Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa.** Tradução: Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.
- HONNETH, Axel. **Reificação: um estudo da teoria do reconhecimento.** Trad. Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2018.
- INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas da violência 2020: principais resultados.** 2020.

- Disponível em: <http://www.encurtador.com.br/xBEG7>.
Acesso em 15 maio 2021.
- MACHADO, Lucas. Política constitucional e criticidade jurídica: uma introdução. In: DIAS, Feliciano; LIXA, I. F. M.; MELEU, Marcelino (Orgs.). **Constitucionalismo, Democracia e Direitos Fundamentais**. Andradina: Meraki, 2020.
- MBEMBE, Achille. **Crítica da razão negra**. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: n-1 edições, 2020a.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Trad. Renata Santini. São Paulo: n-1 edições, 2020b.
- MELO, M. P; CARDUCCI, Michele; SPAREMBERG, R. F. L. **Políticas Constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades**. Curitiba: Editora Prismas, 2016.
- NEVES. M. F. R. **A família escrava brasileira no século XIX**. Rev. Bras, Cresc. Des. Hum., São Paulo, IV(i), 1994, p. 65-76.
Disponível em:
<<https://www.revistas.usp.br/jhgd/article/download/38127/40859>> Acesso em: 05 ago. 2021
- OLIVEIRA, Dennis de. Dilemas da luta contra o racismo no Brasil. In: ALMEIDA, Silvio. **Marxismo e Questão Racial**. São Paulo: Boitempo, 2021. p. 23-35.
- OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2009.
- PELBART, Peter Pál. **Ensaio do Assombro**. São Paulo: N-1, 2019.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- RIBEIRO, Djamil. **Pequeno Manual Antirracista**. São Paulo: Schwarcz S.A, 2020.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 296. Pérez Luño, ressalta que, o termo direitos humanos acabou tendo contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais. In: PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Los Derechos Fundamentales**. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. São Paulo: Saraiva, 2016.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia**, Torino, Einaudi, 1992.

A imprescindibilidade da tolerância nas sociedades democráticas contemporâneas²⁰

HELENA DE AZEREDO ORSELLI²¹

1 Introdução

As sociedades ocidentais contemporâneas são caracterizadas pela pluralidade de concepções culturais, religiosas e morais. Primeiramente porque não predomina mais a moral cristã tradicional, que, por muito tempo, foi quase unânime nos países do Ocidente, em consequência do grande número de indivíduos que professavam uma religião cristã e devido à forte influência que as Igrejas católica e protestante exerciam sobre o Estado. Em decorrência das mudanças socioculturais por que passaram as sociedades ocidentais, num processo constante que parte do século XVII, em alguns países mais rápido, em outros mais lento, o Estado foi paulatinamente se liberando da influência religiosa, e muitos indivíduos deixaram de seguir de modo rigoroso as orientações das autoridades religiosas e passaram a ter e a manifestar convicções individuais com autonomia.

Ademais, a intensificação do fluxo migratório decorrente da facilidade de locomoção na atualidade também faz com que convivam, na mesma comunidade, indivíduos de culturas muito distintas entre si. Nos países em que a Constituição reconhece como direitos fundamentais, o direito geral de liberdade e os direitos à liberdade de expressão e à liberdade de pensamento, indivíduos de orientações culturais diferentes da cultura tradicional lançam pretensões de reconhecimento de suas convicções, baseadas no direito fundamental à liberdade de consciência e que são merecedoras de respeito por parte do Estado e dos demais cidadãos.

²⁰ Nova versão das ideias expostas no Capítulo 3 da obra *O status jurídico do pré-embrião humano a partir dos princípios constitucionais do pluralismo e da laicidade*. (ORSELLI, 2016).

²¹ Doutora pela Universidade do Vale do Itajaí e pela *Università degli studi di Perugia* e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professora do PGD e da graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau. Professora convidada da Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina (ESMESC). Advogada. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, certificado junto ao CNPq pela FURB. E-mail: helena@furb.br..

A partir dos escritos de Bobbio (1976b, p. 717-723) e Sartori (2000, p. 107-108) considera-se pluralismo o fato de as sociedades, principalmente ocidentais e contemporâneas, serem constituídas por vários grupos, que são formados livremente por seus membros a partir de necessidades, concepções de vida, ideias, religiões, tradições, posicionamentos políticos, interesses culturais e esportivos comuns, e que coexistem na mesma estrutura social.

Não podem ser ignorados os desejos, os interesses e as necessidades daqueles que pensam diferentemente da maioria dos indivíduos daquela comunidade, em razão de que são baseados no direito fundamental à liberdade de consciência e de expressão, que não se podem violados, ainda que seus titulares sejam as minorias. Desse modo, a votação, durante o processo de criação da norma, deve seguir a regra da maioria, mas o conteúdo da nova norma não pode e nem deve fundar-se no que deseja a maioria, devendo respeitar a esfera inviolável dos direitos de cada cidadão e de todos, incluídas as minorias.

A coexistência de valores, concepções e ideias distintas decorrentes do pluralismo torna necessário que se atue sempre no intuito de garantir a difícil convivência de valores, ideias e concepções divergentes no interior de uma sociedade.

Neste estudo, pretende-se analisar inicialmente o pluralismo existente no seio das sociedades ocidentais contemporâneas. A seguir, investiga-se a categoria tolerância desde o seu surgimento até ser considerada como efetivo respeito pelo direito das pessoas de terem suas próprias convicções pessoais, religiosas e políticas, a fim de salvaguardar seus direitos fundamentais à liberdade de consciência e à autodeterminação, bem como possibilitar a construção de uma convivência social harmônica.

2 As Constituições democráticas contemporâneas tutelam o pluralismo

As Constituições contemporâneas dos países ocidentais consistem num conjunto de normas que, entre outras funções, destinam-se à garantia dos direitos fundamentais²², e da divisão dos poderes, que

²² Para esta pesquisa, conceituam-se direitos fundamentais como os direitos dos indivíduos, que são universais e inalienáveis e que foram positivados por meio de sua incorporação à Constituição de um determinado país, portanto, limitados espacial e

servem como limites e vínculos aos poderes públicos (FERRAJOLI, 2008, p. 28), quer dizer, demarca o espaço de atuação de seus poderes e torna obrigatórias as garantias assumidas face à sociedade.

A Constituição das sociedades pluralistas contemporâneas não é mais aquela emanada de uma autoridade suprema, mas produto das forças sociais e políticas atuantes em determinada sociedade (ZAGREBELSKY, 2007, p. 69). A Constituição é “o ponto de encontro, o acordo, o compromisso, que está na base da convivência de tantos sujeitos, portadores de identidades políticas diferentes, que tentam combiná-las em um pacto de convivência” (ZAGREBELSKY, 2007, p. 69, tradução da autora).

Para Zagrebelsky (2007, p. 73), a função da Constituição é unificar, fundamentar e estabilizar as estruturas político-sociais, função que antes fora exercida pelo direito natural. Contudo essa tarefa resta mais difícil à medida que o reconhecimento do pluralismo cultural traz à esfera pública pontos de vista diversos da visão tradicional predominante no mundo ocidental, que se fundava na moral católica. Dificuldade, mas não impossibilidade de unidade e estabilidade sociopolíticas, porque o diálogo, baseado na igualdade e no respeito mútuo, pode levar ao acordo que permite a convivência pacífica de indivíduos que pensam de maneiras distintas.

A Constituição não estabelece os valores, ela é permeada pelos valores escolhidos pelos representantes dos cidadãos em determinado momento histórico. Os valores são valores da sociedade e não da Constituição ou do Estado constitucional (ZAGREBELSKY, 2007, p. 99).

Para garantia de que todos os indivíduos sejam respeitados, independentemente de suas concepções pessoais, sociais, políticas ou culturais, de acordo com Ferrajoli (2008, p. 31, tradução da autora), a Constituição é “convenção democrática acerca do que é indecidível para qualquer maioria, ou porque certas coisas não podem ser decididas, ou porque outras não podem não ser decididas.”

As decisões legislativas por votação majoritária, característica da democracia representativa, encontram um limite nos direitos fundamentais, os quais não podem ser feridos, restringidos ou anulados. Esse conjunto de limites constitucionais à atuação não

temporalmente. Universais não no sentido de que são aceitos por todos, mas que são atribuíveis a todos, enquanto membros da espécie humana. Esse conceito foi composto a partir de CANOTILHO (2003, p. 393) e FERRAJOLI (2011b, p. 21).

somente do poder legislativo, mas de todos os poderes, Ferrajoli (2008, p. 27) denomina democracia constitucional.

A limitação dos poderes face aos direitos fundamentais consiste no caráter rígido da Constituição, que se identifica pelo estabelecimento de procedimentos específicos para sua revisão e de controle de constitucionalidade por parte dos Tribunais Constitucionais (FERRAJOLI, 2008, p. 29).

Ferrajoli (2008, p. 102-103) afirma que a rigidez da Constituição desenha a “esfera do indecível”, ou seja, aquilo que nenhuma maioria pode decidir. A indecidibilidade pode ser absoluta em relação aos princípios que não estão sujeitos a revisão constitucional, ou relativa, se houver previsão de procedimento mais complexo para sua revisão.

A “esfera do indecível” é a garantia da proteção dos grupos minoritários face à força numérica da maioria. Ainda que houvesse consenso da maioria, os direitos fundamentais não poderiam ser suprimidos ou violados. Os direitos fundamentais são inalienáveis, invioláveis e estabelecidos contra todos os poderes públicos e privados, e em defesa de todos os indivíduos. São os direitos de todos contra a maioria (FERRAJOLI, 2008, p. 34).

Outro fator importante relacionado às Constituições contemporâneas dos países do ocidente consiste no reconhecimento do caráter heterogêneo, ou pluralista, da sociedade. Ao reconhecer que não há uma única visão de mundo possível, como a que pautou a vida dos cidadãos por muito tempo nos países de larga tradição católica, a sociedade, por meio da Constituição, oportuniza que cada um de seus membros viva de acordo com sua consciência, desde que não haja dano ao bem comum, nem aos direitos alheios.

Para possibilitar essa pluralidade de modos de vida, a Constituição não pode ser fechada, constituída de princípios absolutos que engessam a vivência e impedem a existência de outros princípios, que, com aqueles, conflitam. Ela é aberta a uma variedade de princípios e valores que convivem em plano de igualdade. Como explica Zagrebelsky (2007, p. 101), não há uma crise de valores e tampouco a abertura da Constituição a uma variedade de princípios significa ausência de princípios e valores.

A Constituição democrática é aquela que salvaguarda o pluralismo de valores e de crenças existentes na sociedade e por isso é a garantia da convivência pacífica de diferentes culturas que coexistem no interior de uma mesma sociedade (FERRAJOLI, 2011a, p. 28).

Essa convivência de valores divergentes num mesmo espaço encontra um limite, sob pena de cair na anomia e desintegrar a convivência. Deve-se ter como meta a integração entre os indivíduos, entre suas crenças e seus valores, de acordo com procedimentos geralmente aceitos de diálogo e de cooperação para a tomada das decisões (ZAGREBELSKY, 2007, p. 105). Dessa maneira a Constituição contemporânea dos países ocidentais abre-se ao pluralismo dentro dos limites impostos pela própria Constituição.

A assunção do pluralismo nas formas de uma constituição democrática é simplesmente uma proposta de soluções e de coexistências possíveis, isto é, um ‘compromisso das possibilidades’, não um projeto rigidamente ordenador que seja assumido como *a priori* pela política, dotado de força própria, de cima para baixo. Somente sob essa condição, podemos ter constituições ‘abertas’, que permitem dentro dos limites constitucionais, seja a espontaneidade da vida social, seja a competição pela direção política, ambas condições de sobrevivência de uma sociedade pluralista e democrática (ZAGREBELSKY, 1992, p. 10, tradução da autora, destaques no original).

Bobbio (1976a, p. 3) aduz que o pluralismo pode significar três acepções. A primeira acepção consiste em uma constatação: as sociedades atuais são constituídas por diversos grupos, que não mais se submetem religiosa, cultural e ideologicamente a uma autoridade estatal suprema. O segundo significado indica uma preferência: as sociedades pluralistas são as melhores. Se os vários grupos ideológicos, religiosos e culturais tiverem oportunidade de expor seus pontos de vista e participarem das decisões políticas relativas à comunidade, é possível que o confronto entre os diferentes pontos de vista leve a uma visão mais completa da realidade. Na terceira acepção, trata-se de uma refutação: as sociedades pluralistas formadas com base nas afirmações acima são a antítese do totalitarismo, isto significa que se caracterizam pela participação de muitos no governo da comunidade ao invés de uma centralização do poder de governo nas mãos de um ou de poucos.

É relevante destacar que o pluralismo não cria a multiplicidade cultural. Não é o pluralismo que torna plural a estrutura social, o pluralismo apenas percebe e reconhece a existência dessa multiplicidade no seio da sociedade (SARTORI, 2000, p. 29).

Uma Constituição que se pretenda pluralista deve permitir a coexistência de valores e princípios não absolutos (ZAGREBELSKY, 1992, p. 11), senão não haveria coexistência, mas sim exclusão. O conjunto de princípios constitucionais deveria refletir o acordo dos cidadãos (ZAGREBELSKY, 1992, p. 169-170) quanto aos valores a serem salvaguardados pelo ordenamento jurídico para permitir o livre desenvolvimento das potencialidades e vivências individuais. Esses princípios fundamentam a decisão de cada um ou a decisão jurisdicional acerca do caso concreto (ZAGREBELSKY, 1992, p. 149).

Zagrebelky (1992, p. 11) defende que há apenas dois meta-princípios absolutos: a pluralidade de princípios e seu confronto leal. O confronto leal entre os princípios consiste na possibilidade de serem sopesados na avaliação de cada caso concreto, sem que haja predeterminação de preferência de um sobre o outro. Em outras palavras, pode-se dizer que, na posição inicial do confronto, os princípios conflitantes estão em igualdade de posições.

O objetivo da Constituição é garantir a convivência (ZAGREBELSKY, 2007, p. 98). Não há um único modelo de vida a ser adotado por todos. Cada um pode e deve, para sua realização pessoal, viver sua vida da forma como entende ser a melhor para si, dentro dos limites impostos pela Constituição, principalmente respeitando os direitos dos demais indivíduos (ZAGREBELSKY, 2007, p. 97).

Por conseguinte, para a garantia de que os distintos modelos de vida desejados e adotados pelos indivíduos possam coexistir, são imprescindíveis o reconhecimento de que as sociedades ocidentais na atualidade são plurais e o respeito pelas ideias diferentes das próprias, que podem ocorrer por meio do exercício da tolerância.

3 O exercício da tolerância na busca de uma convivência pacífica

Nos séculos XVI e XVII, a categoria tolerância era usada para se referir à permissão para a prática de religiões diversas da adotada pelo Estado, seja a católica, seja a protestante, visando à convivência pacífica (BARRETTO, 2010, p.174) entre indivíduos de crenças distintas. Voltaire refletia acerca da tolerância nestes termos:

Vai se permitir a cada cidadão crer somente em sua razão e pensar o que essa razão esclarecida ou enganada lhe ditar? Pois está muito bem assim, desde que ele não se ponha a perturbar a ordem pública: não depende de o homem crer em algo ou descrever de alguma coisa, mas depende de ele respeitar os costumes de sua pátria (VOLTtaire, 2008, p. 63, nota de rodapé omitida).

Nas discussões acerca da liberdade de crenças religiosas, o conceito de tolerância assumido foi o da tradição católica. Nesse sentido a tolerância era considerada um mal menor, dever-se-ia suportar que pessoas professassem religiões diferentes, por conveniência (BOBBIO, 1988, s/p). A tolerância, como suportação de uma concepção errônea, consistia numa regra de prudência.

Segundo Bobbio (1988, s/p), a tolerância evoluiu, a seguir, de regra de prudência ou de indiferença moral, para método de persuasão, de modo que se passou a entender que a verdade em que se acredita triunfaria não através da imposição, mas pelo convencimento (BOBBIO, 1988, s/p) decorrente do debate de ideias. Essa mudança transforma a tolerância de regra de prudência, ou de oportunidade, em uma norma moral, portanto, em um imperativo de não usar violência contra aquele que pensa diversamente, contra aquele que tem uma ideia distinta da sua (BOBBIO, 1988, s/p).

A tolerância como “aceitação das convicções dos outros”, de início no campo religioso, expandiu sua abrangência para a esfera da política, cujo significado evolui da aceitação da prática de credos religiosos distintos para a aceitação de convicções políticas divergentes (BARRETTTO, 2010, p.176). A tolerância, da qual fala Bobbio (1988, s/p), opera, reconhecendo-se que cada um tem suas próprias ideias políticas, concepções filosóficas e modelos de vida, por conseguinte não há uma verdade absoluta, há apenas verdades relativas, que confrontadas, no discurso, podem levar a um conhecimento mais abrangente.

Em relação às ideias filosóficas ou políticas, em que se admite que as verdades sejam muitas, a tolerância pode ter outro fundamento: não somente as verdades sendo muitas, cada uma tem um valor relativo, mas também seu encontro e seu confronto são benéficos. [...] a tolerância, permitindo a livre expressão dos diferentes pontos de vista, favorece um recíproco conhecimento e através do recíproco conhecimento, a superação das verdades parciais e a formação de

uma verdade mais compreensiva (BOBBIO, 1988, s/p, tradução da autora).

Bobbio (1960, p. 47) aponta, ainda, outra razão para a tolerância: o respeito pelas ideias alheias, fundamentada na liberdade de consciência e de religião, porque “in ogni uomo vi è qualcosa di irraggiungibile e di inviolabile, quel che si diceva il sacrario della coscienza [...]”²³.

Constata-se que, para que haja pluralismo, ou seja, a coexistência de valores, concepções de vida e ideias distintos e muitas vezes opostos entre si, é imprescindível que haja tolerância. Além disso, a tolerância não se confunde com pluralismo, não são sinônimos, mas são conceitos conexos.

o pluralismo pressupõe a tolerância, portanto um pluralismo intolerante é um pluralismo falso. A diferença é que a tolerância respeita valores alheios, enquanto o pluralismo afirma um valor próprio. Porque o pluralismo afirma que a diversidade e o dissenso são valores que enriquecem o indivíduo e também sua cidade política (SARTORI, 2000, p. 19, tradução da autora).

O processo já desenvolvido anteriormente, que vai da intolerância à tolerância, da tolerância como suportaçõa à tolerância como respeito pela liberdade de consciência de todos, significa acreditar que a diversidade é um valor. Contudo, ao ser formulada a categoria pluralismo, no século XX, os pluralistas ingleses derivaram sua doutrina do mundo medieval das corporações, reduzindo o pluralismo a uma teoria da sociedade, constituída de vários grupos intermediários, e que nega a supremacia do Estado, esquecendo o processo já desenvolvido anteriormente que partia da categoria tolerância (SARTORI, 2000, p. 25).

A tolerância não se confunde com a indiferença, pois essa é sinônimo de desinteresse. Outrossim, não pressupõe um relativismo, porque o relativismo é estar aberto a qualquer ponto de vista, enquanto a tolerância consiste em ter suas próprias crenças, acreditar que essas sejam verdadeiras, mas aceitar que os outros indivíduos tenham as suas próprias, que são distintas daquelas. Portanto tolerar

²³ Tradução pela autora: em cada homem há algo de inalcançável e inviolável, aquilo que se dizia o sacrário da consciência [...]. (BOBBIO, 1960, p. 47).

não é aceitar com desinteresse e com indiferença, mas reconhecer o direito dos outros de terem suas próprias opiniões e crenças, ainda que não as compartilhe (SARTORI, 2000, p. 37).

Entretanto a tolerância não é absoluta, aplicável a tudo e a todos. A tolerância possui um limite que pode ser estabelecido com base em três critérios, que, se forem desrespeitados, é impossível ser tolerante. Em primeiro lugar, se se for intolerante, deve haver sempre uma razão plausível para a intolerância. A intolerância não pode ser injustificada e gratuita. O segundo critério consiste em que não se deve tolerar comportamentos que causem dano ou mal. O último critério é a reciprocidade, em outros termos, a tolerância somente existe se os indivíduos se toleram reciprocamente (SARTORI, 2000, p. 38).

Ao tratar da serenidade, Bobbio também aponta a reciprocidade como característica definidora da tolerância, esclarecendo que, se uma pessoa tolera a outra, mas essa não tolera aquela, não há tolerância, mas opressão. Esclarece ainda o autor que a tolerância decorre sempre de um acordo, em que se pactua a mútua tolerância e o respeito recíproco, e existirá enquanto esse perdurar (BOBBIO, 2002, p. 42-43).

4 A convivência pacífica entre pessoas que pensam diferentemente

O ser humano é um ser que não vive isolado, busca sempre a convivência em grupos. Formar grupo significa separar, uns farão parte e outros, não. O grupo é sempre uma fronteira entre os que estão dentro e os que estão fora (SARTORI, 2000, p. 43). As sociedades atuais são compostas por pessoas com afiliações diversas, isto é, que pertencem a grupos religiosos, culturais e políticos distintos, mas convivem no mesmo território.

A identificação ocorre com base num denominador comum, uma identidade de religião, de língua, de etnia, de costumes, ou de ideias e crenças dentro do grupo ou do agrupamento maior, que é a sociedade. A identidade pode caracterizar-se ainda pela comunhão de interesses e de necessidades a serem satisfeitas, das quais se toma consciência e que fundamentam a reivindicação de novos direitos ou a satisfação dos já reconhecidos (WOLKMER, 1997, p. 114; 118).

A tolerância está na base da busca de um entendimento recíproco entre pessoas que possuem concepções individuais ou culturais

diferentes. Dentro da sociedade, podem surgir formas alternativas de vida. Não se deve negar peremptoriamente uma concepção de vida, mas deve-se tolerar um comportamento divergente daquele tido como tradicional, se não houver prejuízo ou dano à sociedade ou aos outros indivíduos. Pode-se, assim, abrir a possibilidade de expressão e de atuação do indivíduo, de acordo com suas inclinações pessoais e culturais, respeitados os direitos alheios e o bem comum (FERRETTI, 2004, p. 26).

Tolerar significa criar um espaço para o dissenso, em que as minorias possam viver segundo suas próprias razões, e soluções de vida novas possam surgir. O valor da tolerância é colocar em discussão regras comumente aceitas e sustentadas pelo poder político, deixando as pessoas livres para agir de acordo com a própria consciência. A cultura dominante não deve tornar-se desculpa para impor regras comuns que não sejam extremamente necessárias para uma convivência pacífica [...] (FERRETTI, 2004, p. 28-29, tradução livre da autora).

Na sociedade democrática pluralista, em que é reconhecido o direito de todos de participarem, direta ou indiretamente, das decisões políticas que se referem à convivência, a tolerância é imprescindível, porque demonstra o reconhecimento de que os outros podem igualmente contribuir na construção desse devir. Consoante Ferretti (2004, p. 29, tradução da autora), “as diferenças são afrontadas [...] com a convicção de que respeitar os outros requer também acreditar na sua capacidade de contribuir de maneira inovativa ao debate público sobre as regras de como viver juntos.”

E aqui se retoma a concepção de Bobbio (1988, s/p), segundo a qual a tolerância é o reconhecimento de que os outros têm o direito de terem suas próprias convicções e permitir que, pelo diálogo, a exposição dos diferentes pontos de vista contribua para engrandecer os horizontes, abrir novos caminhos.

Neste ambiente, surgem reivindicações pelo reconhecimento de modos de pensar e de viver diversos do considerado ‘tradicional’, que, aos poucos, passam a ser consideradas outras formas possíveis de ver o mundo, de pensá-lo e de existir nele. A sociedade se torna um grande laboratório em que surgem novas concepções de vida e “um Estado liberal deveria evitar, tanto quanto possível, obstaculizar o

surgimento de novas práticas que possam confrontar-se livremente com as existentes” (FERRETTI, 2004, p. 26, tradução da autora).

A interação parte do reconhecimento das diferenças entre as culturas que convivem no mesmo espaço, não para mantê-las inalteradas, mas considerando que essas diferenças podem ser enriquecedoras da convivência. A interação possibilita que as diferentes culturas possam se influenciar reciprocamente e que cheguem a um denominador comum na construção de uma vida em comum (ZAGREBELSKY, 2007, p. 125).

A interação, a tolerância, o respeito e a reciprocidade são atitudes fundamentais para o diálogo que leve ao entendimento e à convivência harmônica entre indivíduos que pertencem a culturas com tradições e valores distintos entre si. Essas atitudes são necessárias para permitir o entendimento e a convivência entre indivíduos, que são membros de grupos de forte tradição cultural, bem como entre pessoas que, apesar pertencerem ao mesmo grupo, pensam diversamente, têm valores divergentes, e que defendem modelos de vida divergentes dos padrões ditos tradicionais.

Com o exercício da tolerância, aprende-se a lidar com o pluralismo de ideias, de valores, de concepções e de visões de mundo, que influenciam na tomada de decisões individual e coletiva sobre o que deve e o que não deve ser feito; o que pode e o que não pode ser feito.

Assim, a convivência pacífica entre indivíduos portadores de valores e ideais diferentes somente será possível se houver respeito recíproco e um acordo mínimo quanto às regras de convivência. Havendo tolerância recíproca, acordo quanto às normas procedimentais aplicáveis à resolução de conflitos e ao diálogo para se chegar a uma decisão política, pode-se respeitar a autonomia e as concepções de vida de cada indivíduo, desde que não causem danos a terceiros ou ao interesse comum.

Especialmente na esfera privada e mais íntima, como nas situações que envolvem o corpo, a sexualidade, a intimidade, os relacionamentos amorosos, a decisão deve ser deixada à autonomia individual, em respeito aos direitos fundamentais de liberdade de consciência e de expressão de cada um. Isso não quer dizer que não deva haver normas jurídicas. As normas devem ser procedimentais, regular o processo de decisão e de atuação humanas, mas não incidir na esfera existencial, negando ao indivíduo o poder de escolha,

porquanto esses comportamentos dizem respeito exclusivamente ao próprio indivíduo.

Nas situações em que os reflexos da ação de um indivíduo envolvem direitos alheios, nas situações em que as consequências e os efeitos da conduta serão suportados também por aquele que não decidiu, não há de se falar em um amplo direito de decisão e atuação, pois a liberdade de escolha aqui encontra limite nos reflexos que repercutirão sobre a vida e os direitos alheios.

O reconhecimento da liberdade de consciência somente é efetivo se se tolera que um indivíduo possa comportar-se de acordo com suas concepções individuais contanto que esse comportamento gere consequências apenas para si. Caso o comportamento em conformidade com a consciência individual possa ocasionar ou ocasione danos ou prejuízos a terceiros ou à sociedade, não deve ser permitido. A tolerância é importante para que haja convivência harmônica, pacífica e que permita o livre desenvolvimento dos indivíduos, sem que se exija a renúncia aos valores próprios.

5 Conclusão

As Constituições ocidentais contemporâneas são pluralistas, já que reconhecem a existência no interior da sociedade de vários grupos de indivíduos que pensam diferentemente uns dos outros, que têm concepções de vida, ideias políticas e crenças religiosas divergentes e, muitas vezes, contrapostas.

Em virtude da coexistência de diferentes convicções individuais, diferentes posicionamentos éticos e religiosos e distintos modelos de vida que podem ser percebidos no seio das sociedades ocidentais contemporâneas, verifica-se que um determinado grupo social não pode pretender impor suas visões particulares ou culturais ou religiosas de mundo aos que pensam diversamente, visto que feriria, nesse caso, a liberdade de crença e de expressão desses indivíduos.

A história ocidental da tolerância decorre das lutas pela liberdade, especificamente pela liberdade de consciência, a partir do século XVII. A reivindicação pela liberdade religiosa principia-se com as aspirações de respeito pela prática da religião por parte de católicos em Estados confessionais protestantes e por protestantes em Estados confessionais católicos. Não se defendia à época a liberdade de crença em qualquer religião, mas apenas a liberdade de crença aos cristãos, não se estendendo, por exemplo, aos judeus que também viviam

naqueles países. Embora essas manifestações pela tolerância religiosa em face daqueles que professavam religiões diferentes da religião oficial ou da religião tradicional de um Estado não abrangesse a liberdade de religião de todos os credos, já caracterizavam a reivindicação pelo reconhecimento do pluralismo e da necessária tolerância para com os que pensam diversamente.

A tolerância é vista inicialmente, pela tradição católica, como uma regra de prudência, um mal menor, suportar que outros pensem diferentemente, ainda que se acredite que essa visão seja errônea. Posteriormente passa-se a entender a tolerância como regra de persuasão, de maneira que, pela confrontação das ideias, seria possível tentar fazer o interlocutor mudar de posição, sem violência física, moral, ou ameaças. A tolerância amplia seu âmbito de abrangência, incidindo na seara política, com o fim de se reconhecer o direito de os indivíduos terem convicções políticas divergentes.

Ademais a tolerância decorre da necessidade de respeito pelas convicções alheias, reconhecendo-se a todos o direito de liberdade de consciência. Soma-se a isso o fato de que propiciar a cada um o direito de se expressar livremente favorece o conhecimento das concepções de vida, dos valores e dos interesses alheios, permitindo o surgimento de uma visão mais abrangente da realidade.

Todavia há três critérios para se verificar se há tolerância, haja vista que essa não é absoluta. Em primeiro lugar, a tolerância somente é efetiva se for recíproca, se os indivíduos mutuamente se toleram, uma vez que, se há tolerância de uma pessoa em relação a outra, mas não dessa em relação àquela, o que existe é opressão e não tolerância. Em segundo lugar, deve sempre haver uma razão para ser intolerante, porque a intolerância não pode ser injustificada. Em terceiro lugar, não se pode tolerar ações que causem danos ou mal.

A tolerância possibilita a convivência harmônica e respeitadora da diversidade de valores e exige o respeito pelo direito das pessoas de cultivarem suas próprias convicções e crenças, e de levarem suas vidas de acordo com elas, desde que não sejam intolerantes e não causem danos a outrem.

A Constituição brasileira estabelece, em seu artigo 3º, inciso IV, como objetivo da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem discriminações. Numa Sociedade plural, cada pessoa têm o direito de possuir seus próprios valores; sua concepção do que é bom, justo e devido, que implica modelos de vida culturalmente distintos.

Em razão da multiplicidade de valores, de concepções de vida e de culturas, é natural que apareçam conflitos e divergências, que podem ser resolvidos com base no respeito pelas ideias alheias e no consenso quanto às regras procedimentais. O debate é essencial porque permite que cada indivíduo ou grupo social conheça os argumentos, os valores e os posicionamentos dos demais e, partindo-se dessa exposição das mais diferentes ideias e concepções, pode-se criar uma convivência pacífica.

A tolerância pode ser resumida na expressão: o respeito pelos outros. Deixar o outro ser o que é, agir como entende ser o melhor para si; respeitar suas convicções pessoais acerca de sua vida, quando os efeitos de sua ação incidirem apenas sobre sua própria vida e sua pessoa, posto que, para a promoção do livre desenvolvimento de sua personalidade, é imprescindível o reconhecimento da autonomia para decidir por si na sua esfera privada.

A partir da aceitação de que não existe um único modo de ver o mundo, de pensá-lo e de viver, afirmam-se a autonomia para que cada indivíduo possa formar a própria convicção. A convivência será pacífica porque se reconhece a riqueza do pluralismo de concepções de mundo, que convivem no mesmo espaço e contemporaneamente e que não se excluem mutuamente, desde que haja o respeito recíproco, porquanto fundadas na tolerância. O respeito pelo outro e por suas ideias assim como se deseja que as próprias ideias sejam respeitadas é fundamental para uma convivência harmoniosa.

Referências

- BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- BOBBIO, Norberto. Che cos'è il pluralismo. *La Stampa*, Turim, 21 set. 1976a. **Centro Studi Piero Gobetti**. Disponível em: https://gobetti.erasmo.it/f_catalog.asp. Acesso em: 9 jul. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Elogio da serenidade e outros escritos morais**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2002. Título original: *Elogio della mitezza e altri scritti morali*
- BOBBIO, Norberto. Pluralismo. *In*: BOBBIO, Norberto; MATEUCCI, Nicola (dir.). *Dizionario di politica*. Turim: UTET, 1976b. p. 717-723. **Centro Studi Piero Gobetti**.

- Disponível em: https://gobetti.erasmo.it/f_catalog.asp.
Acesso em: 9 jul. 2021.
- BOBBIO, Norberto. Tolleranza e verità. *Lettera internazionale*. a. 4, n. 15, jan-mar 1988, p. 16-18. **Centro Studi Piero Gobetti**. Disponível em: https://gobetti.erasmo.it/f_catalog.asp?INDICE=2. Acesso em: 2 jul. 2021.
- BOBBIO, Norberto. **Verità e libertà**. Verità e libertà: relazioni introduttive ao 18 Congresso Nazionale della Società Filosofica Italiana. Palermo-Messina, 18-22 março 1960. Palermo: Palumbo, 1960. **Centro Studi Piero Gobetti**. Disponível em: <https://gobetti.erasmo.it/copertine/823.pdf>. Acesso em: 2 jul. 2021.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *In*: PINTO, Antônio Luiz de Toledo; WINDT, Márcia Cristina Vaz dos Santos; CÉSPEDES, Livia. **Vade mecum Saraiva**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 7-109.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista. **Doxa**, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 34, 2011a. p. 15-53. Disponível em: <https://doxa.ua.es/issue/view/2011-n34>. Acesso em: 4 jan 2020.
- FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto A. Ibánes et al. Madrid: Trotta, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Tradução de Alexandre Salim; Alfredo Copetti Neto et all. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011b.
- FERRETTI, Maria Paola. Tre modi di intendere le differenze culturali. *In*: BÒ, Corrado del; RICCIARDI, Mario. **Pluralismo e libertà fondamentali**. Milão: Giuffré, 2004. p. 5-30.
- ORSELLI, Helena de Azeredo. **O status jurídico do pré-embrião humano a partir dos princípios constitucionais do pluralismo e da laicidade**. Curitiba: Prisma, 2016.
- SARTORI, Giovanni. **Pluralismo, multiculturalismo e estranei**. Saggio sulla società multiétnica. Milão: Rizzoli, 2000.
- VOLTAIRE, Candide. **Tratado sobre a tolerância**: por ocasião da morte de Jean Calas (1763). Tradução de William Lagos. Porto

- Alegre: L&PM, 2008. Título original: *Traité sur la Tolérance: a l'occasion de la mort de Jean Calas (1763)*.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**. Fundamentos de uma nova cultura no direito. 2 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **Il diritto mite**. Turim: Einaudi, 1992.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **La virtù del dubbio**. Intervista su etica e diritto a cura di Geminello Preterossi. Bari: Laterza, 2007.

A natureza jurídica da sindemia da Covid-19: um olhar sobre a vulnerabilidade dos encarcerados a partir dos direitos fundamentais

KÁTIA RAGNINI SCHERER²⁴
LENICE KELNER²⁵

1 Introdução

O capítulo analisa a natureza jurídica da Covid-19 a partir de cenários conceituais e de sua caracterização como sindemia, com um olhar específico para a vulnerabilidade dos encarcerados.

O objetivo é analisar reflexivamente os cenários conceituais que assimilam a natureza jurídica desta catástrofe sanitária global e sua caracterização sindêmica, destacadamente nas populações encarceradas, cujas vulnerabilidades são peculiares e exigem a tomada de decisões específicas. Esse grupo é especialmente vulnerável ao contágio e ao desenvolvimento das formas mais graves da doença não

²⁴ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professora da Universidade Regional de Blumenau (Furb), onde atua na graduação e na pós-graduação, no âmbito do Programa de Mestrado em Direito. Pesquisadora vinculada às seguintes linhas de pesquisa: i) Sustentabilidade Socioambiental, Ecomplexidade e Políticas Públicas Sanitárias; ii) Gestão de Riscos de Desastres e Gestão Integrada de Recursos Hídricos e; iii) Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização. E-mail: katia@furb.br.

²⁵ Pós-doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutora em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale dos Sinos (Unisinos). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali). Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito e da Graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau (Furb). Membro dos Grupos de Pesquisa Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização (Constinter) (CNPq-Furb) e Direitos Fundamentais, Cidadania e Justiça (CNPq-Furb). Coordenadora do Projeto de Extensão Acesso à Justiça e Assistência Jurídica aos encarcerados na Comarca de Blumenau (Furb). Advogada. E-mail: kelnere@furb.br.

por comportamentos voluntários de risco, mas pelo fato de a tutela de suas liberdades individuais estar ao encargo do Estado. Portanto, na condição de institucionalizados, precisam ter assegurados direitos e garantias fundamentais, especialmente o direito à vida e o respeito à sua integridade física e moral.

O tema se desenvolve em quatro partes, iniciando pela identificação dos cenários conceituais sobre a natureza jurídica da catástrofe de Covid-19, com a assimilação da sindemia como um fenômeno complexo, que precisa ser caracterizado no Direito para a interpretação de legislações e a construção de decisões judiciais em termos de saúde pública. Posteriormente, descrevem-se os efeitos da sindemia e prospecta-se o horizonte de redução das vulnerabilidades como função do Direito. Em tal perspectiva, o estudo concentra-se, de forma delimitada, na vulnerabilidade dos encarcerados, especialmente na superlotação do sistema prisional, agravada por ambientes sem ventilação, insalubres e com precárias condições de higiene, que se tornam uma fonte de proliferação de doenças infectocontagiosas e criam uma grave crise sanitária, em razão da Covid-19. Por fim, defendem-se a saúde e a vida como direitos fundamentais e bases fundantes da reflexão sobre o papel do Direito na gestão do enfrentamento ao desastre para categorias de pessoas e grupos expostos de forma menos voluntária, como a população em análise.

O método de abordagem orienta-se pela perspectiva sistêmico-construtivista, que apresenta a possibilidade de caracterizar juridicamente a catástrofe da Covid-19 como uma sindemia. Direciona-se a comunicação de sentido para a criminologia crítica, que revela a crueldade do cárcere e orienta-se por um horizonte humanizado, no contexto do Direito, em relação ao colapso sanitário.

As contribuições do estudo indicam que a gestão do Direito em uma sindemia, como a da Covid-19, necessita assimilar a vulnerabilidade de indivíduos e grupos aos riscos, para que a tomada de decisão, em termos de normatização ou de decisões judiciais relativas aos encarcerados, seja delineada à luz dos direitos fundamentais.

2 A descrição da sindemia como fenômeno integrante do cenário conceitual e jurídico da catástrofe da Covid-19

Entre o final do século XX e o início do século XXI, o surgimento de patógenos altamente transmissíveis e letais, como a AIDS, o ebola, a gripe aviária, o SARS-CoV-2 e o Zika vírus, tem imposto desafios à saúde pública, relacionados às zoonoses, que assumem paulatinamente a centralidade das questões científicas, políticas e econômicas. Entre os fatores determinantes para tanto encontram-se problemas ambientais globais emergentes, como a degradação dos ecossistemas, as mudanças climáticas e a transmissão de patógenos da vida selvagem para humanos (LIMA, 2020; SURTO..., 2020; BONILLA, 2021; CARVALHO, 2020a).

Enquanto se traçam as linhas deste estudo, o planeta ultrapassa 4 milhões de perdas de vidas humanas relacionadas à infecção pela Covid-19, dentre as quais mais de meio milhão apenas no Brasil (JHU, 2021). O País ocupa o segundo lugar em número de mortes e atravessa um período de grande desestabilização no que diz respeito ao atendimento ambulatorial e farmacológico, às internações, aos cuidados intensivistas aos pacientes graves e à capacidade de as organizações de saúde atenderem o elevado número de infectados, até então sem precedentes, assim como à intensificação da gravidade e ao contágio diante do aparecimento e da circulação de novas variantes do vírus.

Mais de um ano após o início dos primeiros casos no País, a forma como a catástrofe sanitária foi gerida transformou-se em outra catástrofe, com a intensificação da gravidade e o aparecimento de variantes do vírus com maior potencial de contágio e letalidade, desafiando a ciência a avaliar o potencial efeito das vacinas recentemente criadas e aprovadas (SURTO..., 2020). Sabe-se hoje que, nos últimos 20 ou 30 anos, aumentou a frequência das infecções em animais com potencial de contágio de seres humanos. As razões são conhecidas: urbanização em massa, favelas urbanas, mercados clandestinos de animais silvestres nas cidades e más condições de higiene. O SARS de 2002-2003, por exemplo, era um protótipo da Covid-19, mas foi ignorado pelos governos ocidentais (HORTON, 2020b).

No âmbito do Direito, três cenários conceituais precisam ser configurados para uma adequada compreensão da natureza jurídica da catástrofe global da Covid-19, a partir dos quais se esboçam possibilidades de superação do caos e de respostas que apresentem uma certa estabilização. Ei-los: a) causas; b) consequências altamente complexas, o que implica a descrição de fenômenos de grande

repercussão nos sistemas sociais, que, por sua vez, requerem necessariamente a c) estabilização do sistema social (CARVALHO, 2020a).

Com relação às causas, o primeiro ponto de reflexão diz respeito à necessária superação da oposição entre o homem e a natureza, com vistas à ‘desnaturalização’ das catástrofes, pois, muito mais que terremotos, enchentes, vulcões e deslizamentos de terra, os desastres possuem causas antropogênicas. Atualmente, enfatizam-se a alta complexidade e as dificuldades de se isolar um desastre a partir de uma única causa, pois cada tipo pode gerar outras tipologias, e todas precisam ser analisadas com seus efeitos induzidos e com as interações, que, em grande parte das vezes, as caracterizam (VEYRET; RICHEMOND, 2007). Portanto, a tentativa de classificação de desastres é um recurso meramente didático para facilitar a análise, pois existem inúmeros tipos de riscos e abordagens variadas, que podem conduzir a diferentes tipologias.

O Banco de Dados Internacional de Desastres (*International Disaster Database – EM-DAT*), mantido pela Université Catholique de Louvain (2021) em parceria com o Centro para Pesquisa sobre Epidemiologia de Desastres (Centre for Research on the Epidemiology of Disasters – Cred), órgão da Organização Mundial de Saúde (OMS), no entanto, construiu uma classificação que também é adotada no Brasil, por meio do Código Brasileiro de Desastres (Cobrade), que tipifica a infecção pelo SARS-CoV-2 como desastre ‘natural’ no grupo biológico e no subgrupo de doenças infecciosas virais. Essa classificação é utilizada pelo Direito, muito embora não tenha o potencial de estabilizar o conjunto altamente complexo de causalidades em termos do estudo dos desastres enquanto produto social (BRASIL, [2020?]).

Mas a que magnitude e abrangência esta catástrofe sanitária se refere? Em termos de saúde pública, a antropologia médica apresenta um conceito para o atual cenário mundial de Covid-19, qual seja, de que não se está diante de uma pandemia, e sim de uma sindemia, compreendida como o resultado da interação de uma doença infecciosa aguda com outras não transmissíveis (HORTON, 2020a).

O termo ‘sindemia’ advém de um campo de estudos atinente à antropologia médica que descreve um conjunto de problemas de saúde interligados em que duas ou mais doenças ou epidemias interagem simultânea e sinergicamente, ou seja, quando analisadas conjuntamente, produzem efeitos e danos maiores do que seria

esperado de sua ação isolada. Em vista disso, ambas atuam como uma forma de sinergia epidêmica que contribui para a carga excessiva de doenças em uma população (CENTER FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION, 2009).

Um estudo feito ainda nos anos 90 do século XX, nos Estados Unidos da América (EUA), já apontava a relação intrínseca entre doenças transmissíveis como o HIV e a proliferação da infecção em populações encarceradas, que, mesmo fora das ruas, já se destacavam tanto pelo aumento e a rapidez no contágio quanto pela gravidade dos sintomas, em função da vulnerabilidade maior desse grupo, devida à degradação das condições de higiene e saúde dos ambientes prisionais, ao confinamento, aos abusos, ao histórico de vitimização pela violência, entre outros fatores (SINGER, 2009).

O que caracteriza a sindemia é o estudo a partir do agrupamento de doenças, assim como as razões para tal agrupamento, muito embora possa haver relações interligadas ou sobrepostas. Para preveni-la, é preciso prevenir ou controlar não só cada doença mas também os fatores preponderantes que ligam essas doenças umas às outras, os quais podem determinar o agravamento do quadro de saúde, bem como aumentar o grau de letalidade (SINGER *et al.*, 2017).

A abordagem biomédica da sindemia revela aspectos biológicos e sociais, como as interações, que são importantes para o prognóstico, o tratamento e a formulação de políticas públicas de saúde. Em termos de saúde pública, o tratamento dado aos danos causados pelo SARS-CoV-2 exigirá, por sua vez, um cuidado e uma sinergia maiores com doenças não transmissíveis e crônicas, como a hipertensão e o diabetes, além de interações com a desigualdade socioeconômica, muito mais do que até agora foi considerado. A sindemia não é apenas a observação de uma comorbidade, pois orienta-se pelo reconhecimento fundamental das conexões biosociais em saúde, ou seja, trata-se de uma perspectiva do impacto de doenças transmissíveis em pacientes com doenças crônicas e do aumento da gravidade em tais situações.

Em termos da infecção e letalidade da Covid-19, um cálculo fornecido pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), ainda no início da pandemia, em maio de 2020, já apontava que a taxa de letalidade da população carcerária era cinco vezes maior do que a da população fora das grades (BRASIL, [2020 ou 2021]), especialmente pela arquitetura prisional nacional, que dificulta muito, quando não

impossibilita, tanto o distanciamento quanto o isolamento social, medidas essas essenciais para diminuir e/ou prevenir o contágio.

Assim, enquanto a literatura médica orienta o significado de sindemia referindo-se principalmente à relação entre patologias correlacionadas a uma infecção, uma outra construção de sentido para a expressão implica considerar a relação existente entre uma pandemia e as condições ambientais, socioeconômicas e políticas, o nível de educação, o nível de empobrecimento, o aquecimento global e o problema econômico da perda de empregos. Todos os elementos relacionados a uma epidemia de natureza global devem ser levados em consideração. Uma abordagem sindêmica leva em conta as repercussões da pandemia em todas as outras áreas, pois, se “[...] a pandemia requer uma solução de natureza clínico-científica, a sindemia precisa de uma solução econômica e política muito mais ampla” (BELARDELLI, 2021, tradução nossa).

3 Os efeitos da sindemia e o horizonte de redução das vulnerabilidades como função do Direito

Ao se considerar a segunda dimensão constitutiva do desastre, há que se destacar os efeitos do evento e sua assimilação como tal. Em tal perspectiva, o primeiro ponto de partida diz respeito à necessária descrição da sindemia da Covid-19 como evento altamente complexo, que acarreta perdas de vidas humanas, colapso de subsistemas de saúde pública e até mesmo de bens econômicos ou ambientais. A Oficina das Nações Unidas para a Redução de Riscos de Desastres (United Nations Office for Disaster Risk Reduction – UNDRR), por sua vez, passou a definir os desastres, a partir da Conferência de Sendai, como

[...] uma séria disfunção do funcionamento de uma comunidade ou sociedade em qualquer escala, devido a eventos perigosos interagindo com condições de exposição, vulnerabilidade e capacidade, levando a um ou mais dos seguintes: perdas e impactos humanos, materiais, econômicos e ambientais. (UNISDR, 2009, p. 9).

Especificamente em relação aos riscos de catástrofes biológicas, estes são considerados como processos de origem orgânica ou veiculados por vetores biológicos, incluindo a exposição a microrganismos patogênicos, toxinas e substâncias bioativas que

possam causar perda de vidas ou ferimentos, danos à propriedade, perturbação social e econômica ou degradação ambiental (UNISDR, 2009). Assim, ao se observar os danos decorrentes da sindemia de Covid-19, considerando-se o conjunto de consequências, a exemplo das perdas de vidas humanas, do colapso dos sistemas de saúde (na Europa e nas Américas, na África e em alguns países asiáticos), das perdas econômicas, da desestabilização do trabalho remunerado, do aumento do desemprego e da fome, evidencia-se uma perda da capacidade de enfrentamento em termos de gestão pública e privada, de planejamento e de comportamentos sociais de risco, dentre outros fatores.

O efeito sintetizador da sindemia de Covid-19 promoveu e, ao mesmo tempo, aprofundou a divisão social com base na riqueza, na raça e em muitas outras maneiras segregadoras. Mesmo antes da catástrofe, cerca de 19 países do Hemisfério Norte já apresentavam algumas frentes de discussão, a fim de debater sobre as pressões crescentes do envelhecimento populacional sobre os serviços públicos; a redução de aposentadorias e pensões, assim como a fragilização do acesso ao emprego seguro durante os anos de trabalho, em razão do processo apelidado de ‘uberização do trabalho’; as crescentes lacunas de geração em termos de oportunidades de acesso à moradia própria; as normas e práticas de papéis de gênero ao longo do curso de vida; e o reconhecimento de que o consumo insustentável pelas gerações atuais prejudicará as futuras (LLOYD-SHERLOCK, 2021).

Nos países periféricos do Sul, a degradação de conquistas sociais modernas é mais profunda, refletindo os impactos nefastos da sindemia. A gestão da catástrofe criou outras catástrofes, por conta de decisões sem aconselhamento científico nem planejamento e de respostas políticas altamente desestabilizadoras. Esse complexo emaranhado de omissões, agregado à alta vulnerabilidade de vários grupos sociais, revela a imersão na crise, mesmo considerando-se os avanços em conhecimentos científicos sobre o SARS-CoV-2, suas formas mais comuns de contágio e medidas preventivas como a vacinação. De outro lado, a produção e distribuição de vacinas não está se traduzindo em uma expansão da produção e distribuição de frascos em todo o mundo, especialmente nos países mais empobrecidos (BELARDELLI, 2021).

O fato de as catástrofes serem fenômenos de alta complexidade, causas multifacetadas e consequências graves demonstra a

necessidade de serem assimiladas pelo Direito. São eventos provenientes de circunstâncias naturais, tecnológicas ou sociopolíticas, e essa combinação de fatores exógenos e endógenos ao sistema social é capaz de ocasionar a perda de sua estabilidade sistêmica. O comprometimento dessa estabilidade repercute na quebra das rotinas coletivas inerentes às comunidades e impõe a necessidade de decisões urgentes (e, geralmente, não planejadas) para restabelecer a situação (CARVALHO, 2020a).

A desestabilização é um processo de irradiação e retroalimentação das causas e dos efeitos dos desastres (econômicos, políticos, jurídicos e científicos), cuja definição internacional remete à compreensão de que esse tipo de evento acarreta a perda da capacidade de resposta em face de uma desestabilização sistêmica (CARVALHO, 2020b).

Na esteira do sistema normativo internacional, o Brasil adota um conceito de desastres que leva em conta a inteiração entre os três elementos retrodescritos (causas, consequências e estabilidade). A perda da estabilidade sistêmica é representada pela decretação de atos como o Estado Constitucional de Defesa (por grave e iminente instabilidade institucional ou calamidade pública) pela União, assim como da Situação de Emergência ou do Estado de Calamidade Pública por Estados e Municípios (CARVALHO, 2020a, p. 4). Desse modo, é inevitável que a síndrome causada pelo novo coronavírus se constitua em verdadeiro desastre, tendo desencadeado uma desestabilização social sistêmica, o que redundou em decretações generalizadas (em nível nacional, estadual e mesmo municipal) de excepcionalidades institucionais.

Por seu turno, o ‘código genético’ de um desastre resulta da equação do estudo do risco enquanto produto social e da vulnerabilidade, que se traduz no fato de uma comunidade estar desproporcionalmente exposta a determinado risco. Nesse contexto, sabe-se que uma catástrofe como a Covid-19 atingirá muitos, mas afetará de modo mais grave os mais vulneráveis, pois os riscos catastróficos não são homogêneos, mesmo que globais (CARVALHO, 2020a). Os fatores de vulnerabilidade são variados, traduzindo-se em vulnerabilidades físicas, decorrentes, por exemplo, da constatação de incidência e agravamento da infecção por SARS-CoV-2 em determinados grupos etários e portadores de comorbidades. Outro fator é a vulnerabilidade social, que se relaciona à injustiça social dos desastres, em que características demográficas

como classe social, raça, local de moradia e mobilidade urbana influenciam em maior ou menor grau a exposição à infecção. Este fator de vulnerabilidade mostra-se, ao final, determinante para o agravamento da síndrome e para a magnitude de seus danos, como é o caso de perdas de vidas humanas. O Brasil apresenta, nesse sentido, uma vulnerabilidade social mais intensa se comparado aos países desenvolvidos. Já a vulnerabilidade informacional ou tecnológica diz respeito à falta de informações ou à sua inadequação, aumentando ainda mais a exposição de comunidades e indivíduos ao risco de infecção.

Por fim, um terceiro cenário conceitual refere-se ao papel do Direito como um sistema social capaz de aglutinar e estimular os diversos ramos do conhecimento a apresentarem respostas à catástrofe da Covid-19 cujo horizonte de sentido seja o de reduzir as vulnerabilidades, o que, necessariamente deve ser operacionalizado: i) por planejamento e adaptação na gestão da catástrofe, por meio de normas internacionais coordenativas; ii) pela existência de instituições resilientes; iii) por produção legislativa interna coesa; e iv) por decisões judiciais de contextualização da catástrofe e de responsabilização de pessoas ou grupos por ações ou omissões que contribuíram para os resultados de agravamento das vulnerabilidades e do cenário catastrófico.

Em termos de planejamento e a título exemplificativo, somente no final do mês de fevereiro de 2020, quando o Brasil já registrava oficialmente os primeiros casos da doença, o governo federal, por meio do Ministério da Saúde, editou seu Plano Nacional de Contingência, o que denota a ausência de planejamento, haja vista que o planejamento deveria ser anterior, pois, desde dezembro de 2019, a OMS já reconhecia a possibilidade concreta de uma pandemia de Covid-19 (BRASIL, 2020a). O que se observou depois foram apenas ações de adaptação passiva ao sistema público de saúde já existente no País, como a ampliação da capacidade de leitos de alta complexidade e mudanças na forma de atendimento, mas sem estratégias para evitar e/ou mitigar os efeitos do colapso sanitário no atendimento aos infectados, especialmente os que evoluíram para as formas mais graves da doença. Os resultados acabaram por demonstrar que não houve coordenação minimamente ativa por parte da União e que prevaleceram apenas as ações assimétricas dos demais entes federativos, Estados e Municípios, na edição de medidas restritivas para minimizar o avanço do contágio.

Já a produção legislativa denota, por consequência, a ausência de planejamento e a edição de uma série de legislações sem uma estrutura coordenativa sistemática entre si, que ora tratavam da crise econômica, ora da adaptabilidade de condições do trabalho subordinado, ora da decretação do estado de emergência sanitária e dos auxílios sociais. A elaboração e a edição de leis não seguiram uma sincronidade, a fim de reduzirem as vulnerabilidades mais prementes.

Assim, a identificação da natureza jurídica da catástrofe causada pela Covid-19 e sua caracterização como sindemia permitem ao Direito a assimilação de uma função interpretativa da norma e construtiva de decisões judiciais que reduzam vulnerabilidades de pessoas e grupos considerados em suas peculiaridades, no sentido de garantir isolamento ou distanciamento social, uso de máscaras, condições de higienização e, sobretudo, medidas preventivas como a vacinação.

Na delimitação deste estudo, destacam-se, nos cenários conceituais aqui investigados, a população carcerária nacional e os servidores que trabalham nas instituições prisionais, grupo sob uma perspectiva peculiar de vulnerabilidade social, que requer a análise reflexiva da gestão da sindemia em termos de planificação e preparação para o enfrentamento do desastre como função do Direito, especialmente o alcance normativo internacional e a tutela constitucional de garantias fundamentais, como se infere da reflexão a seguir.

4 Vulnerabilidade dos encarcerados diante do contágio por Covid-19 e mortalidade no Sistema Prisional brasileiro

O Sistema de Informações Estatísticas do Sistema Penitenciário Brasileiro (Infopen) aponta que, em 2019, o Brasil possuía uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade, em todos os regimes, número que a colocava como a terceira maior do mundo (BRASIL, 2019). A maioria dessa população é composta de homens, jovens, não brancos, desempregados à época da prisão ou trabalhadores em atividades de baixa remuneração, levando a crer que a criminalização é inerente à pobreza, crença que alimenta e retroalimenta o preconceito contra os excluídos socialmente, os quais Bauman (2005) acertadamente nomeou de “refugo humano”. A situação a que se sujeita a população encarcerada no Brasil é exemplo

do que aponta Andrade (2012), para quem a seletividade é a real função do sistema penal em sociedades capitalistas patriarcais, com controle seletivo classista, sexista e racista. Seletividade sabidamente intrínseca ao sistema penal e que afronta o princípio constitucional da igualdade, como salientam Callegari e Wermuth (2010).

Do total de encarcerados no Brasil, cerca de 33% são presos provisórios, cuja permanência nas instituições prisionais contribui para a superlotação dos presídios, que, em 2019, superava em 166% a capacidade normal, chegando a mais de 200% em muitos Estados da federação. A população carcerária com mais de 60 anos, de acordo com dados do Infopen, girava em torno de dez mil indivíduos e, da totalidade dos presos, mais de 230 mil tinham algum tipo de problema de saúde (BRASIL, 2019).

Não é demais lembrar que, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 (BRASIL, 2016), diante da caótica situação do sistema prisional brasileiro, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” em que se encontravam e ainda se encontram os estabelecimentos penais brasileiros, o que levou o País a sofrer represálias internacionais, em razão do descaso para com a população carcerária. Na ementa, o STF destacou:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. (BRASIL, 2016, p. 61).

É fato que a superlotação do sistema prisional se tornou uma fonte de proliferação de doenças infectocontagiosas, havendo uma correlação direta entre a quantidade de presos e a qualidade de vida dentro das prisões. Nesse sentido, os dirigentes da Organização das Nações Unidas (ONU) já se manifestaram sobre a vulnerabilidade aumentada para Covid-19 de detidos e outros casos de confinamento, exortando os governos a “[...] tomarem todas as medidas de saúde pública apropriadas [...]” para mantê-los protegidos da doença mortal (TAKE..., 2020, tradução nossa).

Destaca a agência da ONU que a superlotação em locais de detenção diminui a higiene, a saúde, a segurança e a dignidade

humanas, “[...] causando um obstáculo intransponível para prevenir, preparar ou responder à Covid-19” (TAKE..., 2020, tradução nossa). Em vista disso, recomenda que os legisladores limitem a privação de liberdade como medida de último recurso, com o fim de reduzir a superlotação, devendo cada país garantir a saúde e a dignidade humana das pessoas privadas de liberdade e das pessoas que trabalham em locais de detenção, além de “Melhorar as medidas de prevenção e controle em ambientes fechados, bem como aumentar o acesso a serviços de saúde de qualidade” (TAKE..., 2020, tradução nossa). Para isso, solicita que os líderes políticos tomem atitudes para garantir que a preparação e as respostas à Covid-19 em ambientes fechados sejam identificadas e implementadas em conformidade com os direitos humanos fundamentais.

No que diz respeito especificamente às balizas sanitárias, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS, 2021) divulgou o informativo *Preparação, prevenção e controle da Covid-19 em prisões e outros locais de detenção*, publicação destinada às autoridades penitenciárias e aos funcionários e prestadores de cuidados de saúde que trabalham nas prisões. A publicação, surgida em território europeu, cujos países têm prisões em melhores condições do que as instituições prisionais brasileiras, baseou o alerta no fato de que

Pessoas privadas de liberdade, por exemplo, detentos em presídios e outros locais de detenção, podem estar mais vulneráveis a doença do coronavírus (COVID-19) quando comparadas à população em geral, devido às condições de confinamento em que vivem com outras pessoas por períodos prolongados. Além disso, a experiência mostra que prisões, cadeias e locais semelhantes onde as pessoas estejam reunidas próximas entre si podem agir como fonte de infecção, amplificação e propagação de doenças infecciosas dentro e fora das prisões. (OPAS, 2021, p. 1).

Com a emissão da Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020 (BRASIL, 2020c), por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), desembargadores, membros do Ministério Público e defensores públicos foram orientados a promover medidas de redução dos riscos epidemiológicos. Também houve a recomendação aos tribunais e magistrados para que reduzissem o fluxo de ingresso no sistema prisional, com novas ordens de prisão só em casos de “máxima excepcionalidade”, bem como para que suspendessem as audiências

de custódia por noventa dias, passando o controle da detenção a ser feito pela análise do auto de prisão em flagrante. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH) emitiu carta de reconhecimento à Recomendação CNJ nº 62/2020, enaltecendo a importância da adoção de medidas preventivas à propagação de Covid-19 para a garantia dos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Brasil (ACNUDH, 2020).

O STF também ecoou preocupação com o tema, na voz de alguns ministros, sugerindo a concessão de liberdade condicional a encarcerados suscetíveis de agravamento com o contágio pela Covid-19, a exemplo de idosos, e a adoção do regime domiciliar às gestantes e lactantes, aos soropositivos para HIV, aos diabéticos e aos portadores de tuberculose, câncer, doenças respiratórias, cardíacas, imunodepressoras, dentre outras. Os beneficiários da medida seriam os presos por crimes cometidos sem violência. O órgão também recomendou a substituição da prisão provisória e do flagrante por medida alternativa nos casos de delitos mais leves, além da progressão antecipada da pena aos que estão no regime semiaberto.

Como medida de apoio, os Grupos de Monitoramento e Fiscalização (GMF) do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas, sob a coordenação do CNJ, passaram a produzir boletins de monitoramento da Covid-19 dentro dos sistemas prisional e socioeducativo. A partir desse banco de dados, podemos analisar os índices de mortalidade carcerária em razão da Covid-19 e o desempenho estatal no enfrentamento dessa catástrofe sindêmica.

É nesse quadro de ocupação de espaços de vulnerabilidades que acontecem as mortes dos presos em números impactantes. Na Figura 1, abaixo, torna-se perceptível o alarmante número de casos de contaminação por Covid-19 e de óbitos em encarcerados no sistema prisional brasileiro, bem como de óbitos dos servidores públicos do Departamento de Administração Prisional (Deap), que, somados, totalizam 514 óbitos e 87.420 casos confirmados de contaminação até junho de 2021:

Figura 1 – Covid-19 no sistema prisional brasileiro



Fonte: Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Medidas Socioeducativas (BRASIL; ONU, 2021). Dados de 29 de junho de 2021.

Os dados acima mostram que o isolamento em função do encarceramento, mesmo com as visitas de familiares suspensas, não tem sustentação sanitária, pois este grupo já está inserido em um ambiente completamente lesivo à saúde. Além dos encarcerados, ainda convivem no mesmo ambiente os agentes prisionais/penitenciários, que circulam e permanecem enclausurados em uma estrutura precária, superlotada e com celas úmidas, sem a ventilação necessária e com o dobro de pessoas do que o normal, ou seja, uma caixa de concreto perfeita para a proliferação do vírus.

Como qualquer tema que diga respeito ao sistema punitivo, o fenômeno do encarceramento em massa e das mortes de presos custodiados pelo Estado é complexo e envolve inúmeras variáveis, muitas vezes até conflitantes. Em outros termos, o cenário de encarceramento massivo nos permite levantar inúmeras possibilidades explicativas para a compreensão do fenômeno, contudo não se pode negar que a seletividade da pobreza, cruzada com as vulnerabilidades do encarceramento, da superlotação, da falta de circulação de ar adequada, das condições de higiene degradantes e, sobretudo, da veiculação do caso pela imprensa como espetáculo, contribuíram para que a sociedade legitimasse o poder e o controle do Estado sobre a vida e a morte das populações encarceradas.

Assim, dada a vulnerabilidade peculiar desse grupo, a hermenêutica constitucional lhe atribui garantias e direitos fundamentais protetivos, que possibilitam a construção de decisões que responsabilizem o Estado, na qualidade de tutor provisório e responsável pela liberdade individual, sempre que houver uma ameaça à vida dos encarcerados, destacadamente em um desastre como o da Covid-19.

5 A saúde e a vida como direitos fundamentais e a reflexão sobre o papel do Direito na gestão do desastre

A pesquisa feita pelos CMFs revelou que, até o final de junho de 2021, 87.420 pessoas foram contaminadas e 514 pessoas morreram em decorrência da Covid-19 nas instituições prisionais brasileiras (BRASIL; ONU, 2021), dentre as quais encarcerados e servidores do sistema prisional brasileiro. E onde há mais acúmulo de vulnerabilidades do que no sistema prisional? Em vista das deficiências nos sistemas prisionais, ambientes superlotados e insalubres, com precárias condições de limpeza e higiene e sem meios de manter o distanciamento social, constata-se que se trata de um ambiente altamente nocivo perante a grave crise sanitária causada pela Covid-19.

O cuidado com a saúde e a vida do encarcerado não é escolha do Estado ou discricionariedade do governante. Trata-se do cumprimento de disposições constitucionais, pois são direitos fundamentais de todos os humanos, *ex vi* do *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, no qual consta a inviolabilidade dos direitos à vida, à igualdade e à segurança (BRASIL, 1988). A ineficiência do Estado, que ocasiona a morte de detentos recolhidos no sistema prisional, gera a responsabilidade estatal, uma vez que é dever do Estado custodiar a pessoa mantida aprisionada, que, apesar da situação, mantém todos os direitos e as garantias facultados pela Constituição Federal.

Em 2014, foi instituída a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Pessoa Privada de Liberdade (PNAISP), cujo objetivo é dar atendimento às pessoas privadas de liberdade, criando equipes e ações de saúde prisional (BRASIL, 2014). Percebe-se a precariedade dos encarcerados nas prisões brasileiras, onde a prevenção deveria ser considerada o tratamento mais efetivo para a síndrome de Covid-19,

bem como a higiene individual, os ambientes ventilados e o isolamento social.

Dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal proíbe as penas cruéis (BRASIL, 1988, art. 5º, XLVII) e garante ao cidadão preso o respeito à integridade física e moral (BRASIL, 1988, art. 5º, XLIX). Compulsando-se os enunciados do Código Penal, constata-se que “O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” (BRASIL, 1940, art. 38).²⁷ A Lei de Execução Penal (LEP), Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984), reguladora dessa matéria, reforça o conteúdo do artigo 38 e, em capítulos posteriores, enumera os deveres e direitos dos presos.

É certo que, diante dessa realidade dramática, o Ministério da Justiça, associado ao Depen, veiculou algumas recomendações direcionadas às medidas de enfrentamento ao Covid-19, mas que mais parecem ilusões de ótica, levando-se em conta os resultados vagos e incertos e a situação de omissão das autoridades em relação aos presídios. Anote-se por oportuno que o STF já considerou que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios brasileiros são cruéis, desumanas e afrontam diversos dispositivos constitucionais (BRASIL, 1988, art. 1º, III; art. 5º, III, XLVII, XLVIII, XLIX e LXXIV; art. 6º), além de normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas e Cruéis, Desumanos e Degradantes; e a Convenção Americana de Direitos Humanos) e normas infraconstitucionais como a LEP e a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994 (BRASIL, 1994), que criou o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen).

Além dos dispositivos constitucionais e da legislação infraconstitucional, os direitos dos detentos também estão presentes em leis e tratados internacionais baseados no princípio da dignidade humana ou naqueles que lhes sejam equivalentes e cuja aplicação tenha eficácia e aplicabilidade imediatas.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 73), a dignidade humana constitui-se em

²⁷ Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984 (BRASIL, 1984).

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A superação da intolerância, da discriminação, da exclusão social, da violência e da incapacidade de aceitar o diferente representam a dignidade humana e, nessa esteira, mantêm uma estreita relação com a liberdade, com os valores de espírito e com as condições materiais de subsistência da pessoa (BARROSO, 2003).

No que se refere ao cenário conceitual da função do Direito, em que a planificação e a preparação para o enfrentamento da catástrofe sanitária no ambiente prisional implicam decisões de ação, e não de omissão, cabe ao Poder Executivo o gerenciamento das prisões e a responsabilidade pela segurança e a saúde de encarcerados e agentes prisionais, com medidas preventivas não farmacológicas, como a testagem ampla, a garantia de isolamento para os infectados, o distanciamento seguro em celas e ambientes prisionais de uso compartilhado, a higienização e o uso de máscaras. Contudo, o País não contou com um plano nacional de gestão da Covid-19 para o sistema penitenciário, à exceção da inclusão do grupo dos apenados e agentes penitenciários nas prioridades do cronograma de vacinação. As políticas públicas de saúde, porém, não tiveram ações específicas e integrativas voltadas a esse grupo, conforme se observa no Plano de Contingência Nacional (BRASIL, 2020a), diversamente do que ocorreu com as populações indígenas, que também são objeto de tutela constitucional específica por parte do Estado (BRASIL, 2020b).

5 Conclusão

Três cenários conceituais norteiam a fundamentação da natureza jurídica da catástrofe de Covid-19, a saber: a) causas; b) consequências altamente complexas, o que implica a descrição de fenômenos de grande repercussão nos sistemas sociais, que, por sua

vez, requerem necessariamente a c) reflexão do papel do Direito na gestão do desastre.

Uma das descrições deste fenômeno altamente complexo diz respeito à forma de observá-lo enquanto uma catástrofe que, necessariamente, precisa ser gerida em nível planetário, por organizações internacionais e também por normas internas estatais.

É nesse contexto que a Covid-19 precisa começar a ser analisada não mais como uma pandemia, e sim como uma sindemia, compreendida como o resultado da interação de uma doença infecciosa aguda com outras não transmissíveis, incorporando a noção de fatores biopsicossociais à exposição e/ou ao agravamento da patologia em determinados indivíduos ou grupos.

A identificação da natureza jurídica da catástrofe causada pela Covid-19 e sua caracterização como sindemia nos permitem compreender a função construtivista do Direito em termos de normatização e de decisões judiciais que reduzam vulnerabilidades. Tais vulnerabilidades, como a física, a social e a informacional, necessitam ser associadas aos grupos particularmente expostos.

A Covid-19 é uma doença infecciosa e de fácil transmissão, capaz de causar problemas respiratórios de diferentes níveis. Embora a disseminação seja democrática, ou seja, a contaminação se dá independentemente da condição econômica, verifica-se que as taxas de mortalidade não o são. A contaminação pode se disseminar muito rápido, por isso este estudo reflete sobre a vulnerabilidade das pessoas encarceradas, que estão sujeitas a maiores riscos. Os habitantes do sistema prisional brasileiro, dentre os quais encarcerados e funcionários, compõem um grupo social muito vulnerável à sindemia de Covid-19, em decorrência das condições de confinamento por longos períodos de tempo, da superlotação, da falta de ventilação, da testagem tardia, do distanciamento e das condições de higiene inadequadas, ampliando fatores de contaminação por doenças contagiosas, especialmente nas condições atuais desta catástrofe. Não obstante, as organizações políticas nacionais não planejaram a gestão da Covid-19 para o sistema prisional, o que agravou os índices de contágio e ampliou o risco à vida daqueles que estão sob sua custódia. A omissão demonstra desrespeito à proteção de direitos fundamentais dentro de nosso Estado Democrático de Direito.

Referências

- ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS – ACNUDH. **Recomendação nº 62 do CNJ sobre prevenção do Covid-19 nos sistemas de justiça penal e socioeducativo**. Santiago, 1º abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3er1LmY>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *In*: BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 108-134.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vidas desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.
- BELARDELLI, Giulia. Colpisce di più poveri e deboli, ecco perché quella del Covid è una sindemia. **Huffpost**, [S. l.], 27 abri. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2VVf7lb>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- BONILLA, Juan Miguel Hernández. Diretora de Meio Ambiente da OMS: “70% dos últimos surtos epidêmicos começaram com o desmatamento”. **El País**, [S. l.], 6 fev. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3wJXIsm>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 2391, 31 dez. 1940. Disponível em: <https://bit.ly/3BfzvNN>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, p. 1, 5 out. 1988. Disponível em: <https://bit.ly/3xOHOhq>. Acesso em: 13 maio 2021.
- BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 1, 13 jul. 1984. Disponível em: <https://bit.ly/2Ti2rnp>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994. Cria o Fundo Penitenciário Nacional - Funpen, e dá outras

- providências. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, p. 289, 10 jan. 1994. Disponível em: <https://bit.ly/3wKGpYa>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Gabinete do Ministro. Portaria Interministerial nº 1, de 2 de janeiro de 2014. Institui a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS). **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, Seção 1, p. 18-21, 3 jan. 2014. Disponível em: <https://bit.ly/3BbsPjT>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional nº 347. Requerente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Intimados: União e outros. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 9 set. 2015. **Diário Eletrônico da Justiça**: Brasília, n. 31, p. 61-62, 19 fev. 2016. Disponível em: <https://bit.ly/3BenzMc>. Acesso em: 19 abr. 2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: Infopen, 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. Ações contra a Covid-19. Painel de monitoramento dos sistemas prisionais. **Gov.br**, Brasília, [2020 ou 2021]. Disponível em: <https://bit.ly/3rh3rEP>. Acesso em: 8 jul. 2021.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil. **Classificação e Codificação Brasileira de Desastres**. [S. l.: s. n.], [2020?]. Disponível em: <https://bit.ly/3wFv4Zn>. Acesso em: 8 jun. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública COE-Covid-19. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (Covid-19)**. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, fev. 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2TehdLI>. Acesso em: 9 jul. 2021.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial de Saúde Indígena. **Plano de Contingência Nacional para Infecção Humana pelo Novo Coronavírus (Covid-19) em Povos Indígenas**. Brasília: Ministério da Saúde, mar. 2020b. Disponível em: <https://bit.ly/36IwszC>. Acesso em: 9 jul. 2021.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Recomendação nº 62, de 17 de março de 2020. Recomenda aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 – no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo. **Diário de Justiça Eletrônico**: Brasília, DF, n. 65, p. 2-6, 17 mar. 2020c. Disponível em: <https://bit.ly/3wFPam8>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. **Registros de contágios/óbitos**. [Brasília]: CNJ, 29 jun. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3kzTocq>. Acesso em: 2 jul. 2021.
- CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2010.
- CARVALHO, Délton Winter de. A natureza jurídica da pandemia Covid-19 como um desastre biológico: um ponto de partida necessário para o Direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1017, p. 1-20, jul. 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/2VREwfq>. Acesso em: 16 abr. 2021.
- CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua regulação jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020b.
- CENTER FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION. Healthy Places Terminology. **CDC**, Atlanta, 15 out. 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3hLupRM>. Acesso em: 2 nov. 2020.
- HORTON, Richard. Le Covid-19 montre une faillite catastrophique des gouvernements occidentaux. **Le Monde**, Paris, 20 juin 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3xLAcMO>. Acesso em: 8 jul. 2021.
- HORTON, Richard. Offline: COVID-19 is not a pandemic. **The Lancet**, New York, v. 396, n. 10255, p. 874, 26 set. 2020b. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32000-6](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32000-6). Disponível em: <https://bit.ly/3z3qjdC>. Acesso em: 8 jul. 2021.
- JOHNS HOPKINS UNIVERSITY – JHU. **COVID-19 Dashboard by Center for Systems Science and Engineering (CSSE)**. Baltimore, 2021. Banco de dados em tempo real sobre casos de

- Covid-19 em escala mundial. Disponível em: <https://bit.ly/3ihzdgS>. Acesso em: 8 jul. 2021.
- LIMA, Carlos Eduardo Pacheco. As mudanças ambientais e a saúde humana: impactos da degradação ambiental sobre surtos de doenças infecciosas. **Embrapa**, Brasília, 20 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kqzwsL>. Acesso em: 5 jul. 2021.
- LLOYD-SHERLOCK, Peter. Time to rethink generational justice. **The Lancet**, New York, v. 397, n. 10268, p. 21-22, jan. 2021. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)32547-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)32547-2). Acesso em 13 abr. 2021.
- ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Preparação, prevenção e controle da Covid-19 em presídios e outros locais de detenção**. Orientação provisória. 8 de fevereiro de 2021. Brasília, DF: Opas, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2VRcFvT>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SINGER, Merrill. **Introduction to syndemics: a critical systems approach to public and community health**. San Francisco: John Wiley & Sons, 2009.
- SINGER, Merrill; BULLED, Nicola; OSTRACH, Bayla; MENDENHALL, Emily. Syndemics and the biosocial conception of health. **The Lancet**, New York, v. 389, n. 10072, p. 941-950, 4 mar. 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(17\)30003-X](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(17)30003-X). Acesso em: 8 jul. 2021.
- SURTO de coronavírus é reflexo da degradação ambiental, afirma PNUMA. **Unep**, [S. l.], 3 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3hIw0I0>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- TAKE 'all appropriate public health measures' to protect detainees from coronavirus, UN urges. **ONU**, [S. l.], 13 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3z65sqa>. Acesso em: 3 maio 2021.
- UNITED NATIONS INTERNACIONAL STRATEGY FOR DISASTER REDUCTION –UNISDR. **Terminology on disaster risk reduction**. Geneva: ONU, maio 2009. Disponível em: <https://bit.ly/3eu1eR9>. Acesso em: 27 abr. 2021.
- UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN. The International Disaster Database (EM-DAT). **Base de Dados**, [S. l.], 24 maio

2020. Disponível em: <https://bit.ly/3xYMphr>. Acesso em: 22 mar. 2021.

VEYRET, Yvette; RICHEMOND, Nancy Meschinet de. *In*: VEYRET, Yvette (org.). **Os riscos**: o homem como agressor e vítima do meio ambiente. Tradução de Dilson Ferreira da Cruz. São Paulo: Contexto, 2007. p. 11-21.

Constitucionalismo e democracia plural na América Latina

MILENA PETTERS MELO²⁸

1 Introdução

Nas últimas décadas do século passado, sob o impulso dos movimentos de abertura democrática, a estreita conexão entre o processo de (re)democratização, a constitucionalização dos sistemas jurídicos, a previsão de amplos catálogos de direitos fundamentais e o compromisso no sentido de desenvolver formas idôneas de garantia e de justiça constitucional, denotaram indubitavelmente uma nova fase da história constitucional e política na América Latina, que passou a ser caracterizada por sistemas orientados à tutela dos direitos fundamentais. Dentre as tendências e inovações introduzidas pelas constituições latino-americanas a partir da década de 1980, uma das mais significativas é o pluralismo que aponta para a uma reapropriação do Estado Constitucional, revisitando de forma crítica e criativa suas promessas não cumpridas e premissas não consideradas.

Mirando à tutela dos direitos fundamentais no direito constitucional comparado, o objetivo deste capítulo²⁹ é fazer uma breve análise das principais tendências do constitucionalismo latino-americano nas últimas décadas, em particular do pluralismo contemplado pelos novos textos constitucionais, e oferecer subsídios teóricos para a reflexão sobre estes temas que abrem novos caminhos para a democracia constitucional.

2 Constitucionalismo e transição democrática na América Latina

²⁸ Professora Titular de Direito constitucional e Direitos Humanos e Sustentabilidade, FURB. Professora de Teoria da Constituição e Políticas Constitucionais, Linha 1, Mestrado em Direito PPGD, FURB. Coordenadora do Núcleo de Pesquisas em Constitucionalismo, Cooperação e Internacionalização – CONSTINTER/FURB. Doutora em Direito pela UNISALENTO, Itália. Email: milenapetters@fubr.br

²⁹ O percurso de ideias constantes neste capítulo sintetiza e atualiza o resultado de estudos e pesquisas desenvolvidas no Centro di Ricerca sulle Istituzioni Europee – CRIE, UNISOB, Itália, 2009, publicados em parte no texto *Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina*. (MELO, 2011).

A partir dos anos 80, na trilha do processo de transição democrática, a maior parte dos países da América Latina promulgou novas Constituições ou realizou importantes reformas constitucionais. Neste período de reconstrução institucional, mesmo nas especificidades históricas, políticas e jurídicas de cada país, podem ser identificados elementos comuns, relativos ao processo de positivação constitucional e as matérias privilegiadas nos novos textos constitucionais – ou seja, o conteúdo dos direitos constitucionalmente assegurados – que marcam um momento de sintomática expansão do direito constitucional na região e alimentam o debate sobre um “novo constitucionalismo latino-americano” (WOLKMER; MELO, 2013).

No que concerne ao processo de positivação constitucional – processo constituinte ou de reforma constitucional – e o respectivo cenário sócio-político no qual estas experiências constituintes ganharam espaço, pode-se afirmar que o atual constitucionalismo latino-americano é fruto de transições democráticas, favorecidas pelo auspiciado pacto político estabelecido entre os diferentes partidos, setores e movimentos sociais, ao fim de legitimar e promover as escolhas constituintes.

Nesta direção, analisando as Constituições latino-americanas, Ortiz-Alvarez e Lejarza (ORTIZ-ALVAREZ; LEJARZA, 1997) as classificam do ponto de vista cronológico em quatro períodos. No primeiro período se encontra a *Constitución Política de los Estados Mexicanos* (1917) e a *Constitución Política de Costa Rica* (1949). No segundo período, que corresponde aos anos 1960 e 1970, figuram a *Constitución de la República de Venezuela* (1961), a *Constitución de la República Dominicana* (1966), a *Constitución de la República Oriental del Uruguay* (1966), a *Constitución Política de Bolivia* (1967), a *Constitución Política de la República de Panamá* (1972) e a *Constitución de la República de Cuba*, (1976). Um terceiro período, relativo aos anos 1980, compreende a *Constitución de Chile* (1980), a *Constitución de la República de Honduras* (1982), a *Constitución de la República de El Salvador* (1983), a *Constitución Política de la Guatemala* (1985), a *Constitución Política de la República de Nicaragua* (1987) e a *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). No quarto período, concernente à década de 90, encontra-se em gestação as modernas tendências do constitucionalismo latino-americano, com Constituições mais progressistas, como a *Constitución Política de Colombia* (1991), a *Constitución de la República de Paraguay* (1992), a *Constitución Política de Perú* (1993), e a *Constitución Política de la República de Ecuador* (1993, com reformas em 1996). No quarto período, que, segundo estes autores, corresponde ao “constitucionalismo avançado” latino-americano, podem ser enquadradas também as Constituições dos três períodos anteriores que

se “modernizaram” através de emendas e reformas constitucionais significativas.

Nos últimos anos, porém, alguns países promulgaram novas Constituições e em muitos países as revisões constitucionais são frequentes; no Brasil, a exemplo, fala-se de uma “compulsão” do poder de reforma constitucional (BARROSO, 2009). É oportuno ter presente, portanto, o contínuo movimento de atualização ou aperfeiçoamento, e mesmo as retrações, destas democracias constitucionais e a instabilidade político-institucional que caracterizaram os processos da abertura democrática, que se consolidaram em alguns países da região com maior sucesso que em outros.

Assim, adotando a terminologia amadurecida na doutrina constitucional hodierna, é possível afirmar que já no final dos anos 1990 o constitucionalismo latino-americano se caracteriza por uma difusa adesão à forma de “Estado constitucional” (HÄBERLE, 2005; VALADÉS; CARBONELL, 2006), social e democrático de direito, radicada na idéia de força normativa da Constituição (HESSE, 1993), que supera a concepção semântica da Constituição como documento predominantemente político e programático e propende pela sua imediata e direta aplicação.

Que nesta perspectiva o Estado democrático de direito é, antes que um modelo abstrato, um paradigma de administração, planificação e promoção da vida social – que encontra os seus delineamentos (de forma e conteúdo) na Constituição (CANOTILHO, 1998), na tutela dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e na promoção da justiça social, do desenvolvimento e do pluralismo democrático – emerge com clareza nos diversos preâmbulos das Constituições e nas específicas disposições constitucionais relativas à organização dos Estados, à ordem econômica e social e aos direitos e deveres dos cidadãos. O que leva à afirmação de uma concepção alargada de cidadania (MELO, 2002; 2010) – tanto no que toca os direitos quanto os sujeitos tutelados –, a uma redefinição do espaço público e, portanto, a uma interação mais acentuada entre Estado e sociedade civil.

No âmbito específico dos direitos fundamentais da pessoa, as constituições latino-americanas apresentam inovações, que em certos casos constituem formas de autêntica vanguarda constitucional se comparadas aos sistemas europeus, no sentido em que são potenciados instrumentos de garantia voltados à substancial efetividade dos direitos reconhecidos e ao mesmo tempo em que se afirma o valor da liberdade junto com a dignidade se enriquece o princípio de igualdade de novos significados. Afirma-se assim o paradigma da “*liberdade-igual*”, no qual, à igualdade

entendida como proibição de tratamento desarrazoadamente diferenciados, acompanham-se normas específicas contra discriminações e o reconhecimento de ações positivas (PIOVESAN, 2021) finalizadas a melhorar a situação de grupos, setores e sujeitos, de fato desfavorecidos pelo sistema social.

3 Principais tendências do constitucionalismo latino-americano

É possível afirmar que nos anos 1980 e 1990 grande parte dos países da América Latina seguiram as principais tendências do constitucionalismo contemporâneo, sobretudo a partir de duas operações fundamentais: de um lado a expansão do catálogo dos direitos humanos e dos direitos fundamentais consagrados nas Constituições (alargando os bens e os sujeitos tutelados), de outro a incorporação de novas garantias e institutos de controle jurisdicional e administrativo.

Nesta ordem de idéias, a tendência latino-americana consiste em assegurar a operacionalidade dos direitos e das garantias que a Constituição estabelece. A eficácia, a qual o sistema se predispõe, coliga-se a uma concepção normativa e realista da Constituição. Neste novo espírito constitucional os direitos são adjetivados de modo a reforçar e qualificar-lhes a efetividade – as Constituições tratam expressamente de “igualdade real”, “tratamento eqüitativo e digno”, “distribuição eqüitativa e solidária” – mirando a uma clara hierarquia de princípios e à sua aplicabilidade direta e imediata. Visto que, como observa Roberto Dromi, a operacionalidade e as formas jurídicas do automatismo de alguns direitos, constituem a melhor garantia para o seu exercício a pleno direito, pois que não exige a incidência de outras vontades (DROMI, 1995).

A atenção dada à força normativa da Constituição e a previsão da aplicabilidade direta – na medida em que se reconhece a imediata preceptividade das disposições constitucionais – impulsionaram uma progressiva jurisdicionalização do direito constitucional, com a criação de institutos *ad hoc* e órgãos competentes para assegurar o primado da Constituição sobre as outras fontes do direito; dando vida, assim, a sistemas peculiares de controle de constitucionalidade e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, caracterizados pela variedade e originalidade das disciplinas.

Já no final dos anos 1990, portanto, é possível identificar, entre as principais tendências do moderno constitucionalismo latino-americano: 1. A ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a proteção dos direitos humanos; 2. O aperfeiçoamento da tutela jurisdicional; 3. O

garantismo constitucional, individual, coletivo e difuso; 4. A introjeção de órgãos institucionais vigilantes dos direitos dos cidadãos e de controle da responsabilidade do Estado em tema de direitos humanos e direitos fundamentais; 5. A Constituição econômica, que reserva ao Estado a possibilidade de intervir e decidir as regras do jogo econômico na qualidade de Estado interventor e prestacional que, ao fim de realizar os objetivos da justiça social e do desenvolvimento socioeconômico, administra, planifica, controla e subvenciona a economia através de uma administração “*dirigente*”; 6. O Pluralismo político, cultural, social e multiétnico; e 7. O fortalecimento dos direitos e deveres dos cidadãos como agentes co-responsáveis pela defesa da Constituição.

4 O “novo constitucionalismo latino-americano”

Mas é sobretudo no novo milênio que o constitucionalismo na América Latina recebe nova linfa da promulgação das Constituições da Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Alguns autores, a propósito, sustentam que estas três Constituições formaram as bases do “novo constitucionalismo latino-americano” (MARTÍNEZ DALMAU; VICIANO PASTOR, 2012; VIEIRA, 2010).

Nesta nova fase, conhecida também como “Constitucionalismo andino”, os textos constitucionais são elaborados por assembleias constituintes participativas, sendo posteriormente objeto de aprovação popular através de referendums. As cartas constitucionais são mais amplas, complexas e detalhadas, radicadas na realidade histórico-cultural de cada país e, portanto, declaradamente comprometidas com os processos de descolonização. Ao mesmo tempo, as novas Constituições conjugam a integração internacional à ‘redescoberta’ de valores, tradições e estruturas locais e peculiares, e estimulam, assim, um novo modelo de integração latino-americana, de conteúdo marcadamente social, mirando superar o isolacionismo intercontinental de origem colonial e enfatizar a solidariedade neste novo contexto da integração.

Observa-se que se comparadas ao constitucionalismo europeu, as novas Constituições avançam sobretudo no que se refere ao pluralismo, a proteção da diversidade sociocultural, à inclusão social e participação política e à proteção ambiental, em um novo desenho que valoriza as expressões comunitárias, a interculturalidade, a solidariedade, e abrem um novo paradigma constitucional que se relaciona com as cosmovisões indígenas e o bem-viver.

Neste sentido, as novas Constituições do Equador e da Bolívia

atribuem um valor fundamental à biodiversidade e à sociodiversidade, reconhecidas constitucionalmente como bens da comunidade e das coletividades e como prerrogativas para o futuro. O que representa desafios significativos e estimulantes, tanto para a hermenêutica, a interpretação e aplicação das disposições constitucionais, quanto para as políticas constitucionais e para a redefinição das relações sociais no âmbito de um novo paradigma de sustentabilidade socioambiental que, pela primeira vez na história da América Latina, mas também como uma grande inovação para a teoria constitucional, parte dos princípios da “cosmovisão indígena” que concebe os recursos e a própria estrutura social como bens comuns, expressões da *Pachamama*. De modo precursor à natureza é atribuída, ou reconhecida, uma própria subjetividade jurídica.

Forma-se, assim, um quadro inovador, que busca equilibrar o uso dos recursos econômicos e proteção dos bens ambientais e valorizar a diversidade histórico-cultural em favor de um modelo socioeconômico voltado a uma melhor qualidade de vida; o *ben vivir*, ou *sumak kawsay* (Constituição do Equador) e *suma qamaña* (Constituição da Bolívia).

A este escopo é garantido o poder de intervenção pública na economia, em oposição ao modelo privatista e neoliberal – ‘sugerido’ pelas organizações econômicas internacionais e pelo capital estrangeiro e ‘preferido’ pelas classes historicamente dominantes na região. Dos textos constitucionais resulta clara, portanto, a opção por um novo modelo de ordem econômica e social, inclusiva, participativa e solidária, em oposição à história que se desenvolveu dos primórdios da colonização aos dias atuais, que excluiu dos benefícios da produção econômica, social, cultural e política a grande parte dos cidadãos latino-americanos.

O novo modelo de Estado que se perfilha promove a recuperação e uma releitura da categoria “soberania popular”³⁰, no sentido de ‘refundar o Estado’ (SOUSA SANTOS, 2010), promovendo a participação direta dos cidadãos e da sociedade civil organizada na elaboração e aprovação da Constituição, bem como no controle e na gestão da administração. Assim, a subjetividade histórico-política e do ‘povo’, do conjunto heterogêneo de cidadãos, é enfatizada: como comunidade aberta de agentes constituintes, os cidadãos decidem os delineamentos efetivos do pacto social, ‘contratam’ e consentem o modo de governo do Estado, no Estado.

³⁰ A soberania também é adjetivada, como “soberania energética”, “soberania alimentar”. Especificamente sobre a soberania alimentar, consultar MELO; BURCKHART; MARCHIORI (2021).

5 O Pluralismo: contextualizando os direitos fundamentais e descolonizando o Estado

Uma das principais tendências do constitucionalismo latino-americano contemporâneo consiste no reconhecimento jurídico e na tutela da diversidade e do pluralismo que caracteriza estas sociedades multifacetadas, mestiças, multiétnicas e interculturais, que em muitos casos constituem efetivamente exemplos de Estados plurinacionais. Este novo caráter pluralista do Estado se manifesta em alguns países na previsão de um regime especial que protege os direitos das culturas ancestrais e aplica os postulados fundamentais dos direitos dos povos indígenas. Em outros países o pluralismo das origens serve como princípio para reforçar a democracia contemporânea e, portanto, a herança cultural, nos seus aspectos materiais e intangíveis, é protegida expressamente pelo texto constitucional, tanto em relação aos povos indígenas quanto aos afrodescendentes e as diferentes raízes européias da colonização.

Como se sabe, tradicionalmente o modelo de Estado nas Constituições latino-americanas representou formas de organização totalmente *alienígenas* em relação à realidade cultural, social, econômica e territorial dos povos latino-americanos.

Nos diversos textos constitucionais se consolidou uma tradição que consagrava um modelo de Estado, centralizado ou federal, como ordenamento territorial e administrativo que não considerava os diferentes fatores étnicos, sociais, culturais, o *modus vivendi* dos povos originários do continente. Povos que desta forma foram subordinados por um império de instituições pertencentes a outras realidades típicas das sociedades dominantes (WOLKMER, 2011).

Este conceito de Estado e instituições alienígenas faz ressoar na memória as palavras de Sérgio Buarque de Holanda, na abertura da obra clássica “Raízes do Brasil”, de 1936. Nesta obra o autor trata da origem da sociedade brasileira, mas a perspectiva das idéias e instituições “fora de lugar” (SCHWARZ, 2014), que levam o cidadão a se sentir estrangeiro na própria terra, é uma lente que pode ser usada para ampliar o olhar sobre o panorama social e institucional que caracterizou a região latino-americana desde a “conquista” espanhola ou o “descobrimento” português.

A tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em conseqüências. Trazendo de países distantes nossas formas

de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e teimando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra. Podemos construir obras excelentes, enriquecer nossa humanidade de aspectos novos e imprevistos, elevar à perfeição o tipo de civilização que representamos: o certo é que todo o fruto de nosso trabalho e de nossa preguiça parece participar de um sistema de evolução próprio de outro clima e de outra paisagem. (HOLANDA, 1995, p. 31)

O novo constitucionalismo, seguindo a onda de democratização da região, procurou inverter esta caracterização “colonizada”, e colonizadora, do Estado, que passou a assumir delineamentos “mestiços” com fundamento na idéia de uma cidadania plural.

Muitos Estados latino-americanos, portanto, proclamaram constitucionalmente o pluralismo na base da sua organização social, cultural e política. Nesse sentido, a valorização da diversidade social, étnica e cultural leva a uma transformação do esquema organizacional, subvertendo os princípios e as clássicas formas do Estado (homogêneo, centralizado, monista e historicamente elitista) e democratizando a participação política a partir de uma dinâmica dialógica entre igualdade e diversidade, que protege o direito de *ser igual* quando a diferença inferioriza, e o direito de *ser diferente* quando a igualdade descaracteriza. Esta tendência começa a ganhar corpo, em termos de abertura da democracia a novos direitos e novos sujeitos de direitos, entre o final dos anos 1980 e o início dos anos 1990, com a promulgação da Constituição brasileira (1988) e as Constituições da Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), e com as reformas atuadas na Bolívia (1994), Nicarágua e Panamá (1995); consolidando-se como característica principal do novo constitucionalismo andino ou sul-americano – em particular com as novas Constituições do Equador (2008), e da Bolívia (2009) que reconduzem o Estado à sua condição “natural” em diversos territórios da América Latina, ou seja, reconhecem e incrementam um modelo peculiar de *Estado plurinacional e comunitário*.

Os direitos dos povos indígenas são garantidos com artigos específicos nas Constituições da Argentina (art.75 ord.17), Brasil (231-232)³¹, Colômbia (art.7, 10, 63, 67, 72, 96, 246, 329, 330), El Salvador (art. 62, 70), Guatemala (art. 66. 70), Honduras (art. 173), México (art. 4), Nicarágua (art. 5, 121, 181), Panamá (art. 86, 104), Paraguai (art. 62-67), Peru (art. 2

³¹ A propósito e para aprofundamentos, vide MELO; BURCKHART (2020).

ord 19º, 48, 89, 149).

Em alguns países, como no Brasil por exemplo, é reconhecida também a herança africana, mas os efeitos jurídicos desta afirmação constitucional concernem predominantemente à valorização e a proteção do patrimônio cultural que lhe deriva. Esta proteção do pluralismo cultural se insere, assim, nas normas relativas à proteção dos bens culturais, que são asseguradas por previsões constitucionais: no Brasil (art. 5, 215, 216), Colômbia (art. 63, 70,72), Costa Rica (art. 89), El Salvador (art. 63), Guatemala (art. 57-56), Honduras (151, 172-176), México (art. 3 e 4), Panamá (art. 76-83), Paraguai (art. 81-83), Peru (art. 2 ord. 8 e 21), República Dominicana (art. 101), Uruguai (art. 34).

Outros países avançaram ainda mais no reconhecimento do valor da herança dos povos ancestrais, como no caso do Paraguai (talvez o precursor desta tendência) que na Constituição reflete em maneira autêntica a “cosmovisão” indígena, consagrando de modo explícito a preexistência de tal cultura, anterior à formação do Estado (art.62) e reconhecendo, como conseqüência fundamental da identidade étnica, o direito a aplicar livremente o sistema originário de organização política, social, cultural e religiosa, e o respeito voluntário das normas consuetudinárias que regulam a convivência nas comunidades indígenas (art. 63), ou seja, a adesão voluntária por parte dos sujeitos ao direito consuetudinário indígena, bem como o direito de propriedade coletiva da terra “en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida” (art. 64).

Nesta perspectiva, a proteção constitucional da diversidade étnico-cultural e a valorização do patrimônio sociocultural dos povos indígenas comporta uma ineludível reformulação dos ordenamentos jurídicos, dado que o seu reconhecimento como “povo” implica o reconhecimento de uma sua particular identidade jurídica, política e social. De conseqüência, emerge a reivindicação do direito à autonomia dos territórios indígenas, concebidos como capacidade de autodeterminação ou autogoverno e ao mesmo tempo uma efetiva participação no governo central.

Além disso, esta afirmação incide diretamente sobre o modelo de desenvolvimento econômico e o projeto de país desenhado na Constituição. Como resulta claro das disposições constitucionais no Equador e na Bolívia, que representam hoje sem dúvida, um modelo avançado, criativo e ambicioso, de Estado constitucional pluralista e ecologicamente responsável. Um modelo de Estado e de desenvolvimento que contempla o desafio de enfatizar a responsabilidade compartilhada em repensar e reequilibrar as relações do ser humano e das comunidades com

a mãe natureza em uma perspectiva ecológica e biocêntrica. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a referência à Pachamama, remetendo às cosmovisões dos povos ancestrais, recupera a sacralidade da natureza e de cada sua expressão de vida, incluindo a humana, impulsionando, portanto, uma revisitação crítica das rupturas perpetradas pela modernidade ocidental.

Estas são questões de peculiar complexidade no território latino-americano visto que os textos constitucionais, na maior parte dos casos, foram muito além da realidade social, econômica e política de cada país. O reconhecimento formal dos direitos dos *povos ancestrais* atende ainda uma real eficácia social na região e as experiências dos países que tentam “levar a sério” (DWORKIN, 1978) estas disposições constitucionais têm encontrado não poucas resistências internas e internacionais. Trata-se de um problema que toca especialmente a região amazônica (que cobre uma área geográfica de dimensão superior à Europa ocidental), onde os direitos constitucionais dos povos indígenas e a proteção ambiental devem fazer as contas com os projetos de desenvolvimento econômico e os interesses do capital nacional e estrangeiro. Nesta sede é importante sublinhar que não se trata de um *gap* apenas do direito constitucional de cada país: também no direito internacional, o direito à autodeterminação dos povos é expressamente garantido, e mesmo assim a comunidade internacional não viabiliza o exercício deste direito de modo eficaz por parte dos povos indígenas.

Contudo, o reconhecimento e a valorização do pluralismo abriu uma estrada que leva a uma evolução progressiva do constitucionalismo e a uma democratização da democracia constitucional, demonstrando que na América Latina (ao menos do ponto de vista constitucional-formal, o que é já um início) a diversidade étnico-cultural e as *consuetudes* das culturas ancestrais são uma realidade que “não se contrapõe ao direito positivo interno, mas ao contrário o enriquece”, tanto segundo a perspectiva “universalista” (TRINDADE, 2001) dos direitos humanos (na sua necessária contextualização e em consonância com a proteção da diversidade cultural também salvaguardada no plano internacional) quanto do ponto de vista do direito constitucional.

6 Conclusão

Do estudo dos textos das Constituições latino-americanas se observa o delineamento de um novo estágio do Estado Constitucional que se abre a novos direitos e novos sujeitos de direitos, numa transição em direção a

uma democracia constitucional plural e intercultural, ecologicamente responsável.

As inovações introduzidas pelas constituições latino-americanas seguem no sentido de enriquecer o “patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo” (ONIDA, 2008), avançando onde o constitucionalismo europeu parou, especialmente no que tange a proteção da natureza, o reconhecimento e valorização das diversidades étnicas e socioculturais e novas formas de participação política e fiscalização democrática do Estado (MELO, 2013).

O pluralismo previsto nos textos constitucionais latino-americanos envolve portanto novos significados se comparados com o pluralismo proclamado no constitucionalismo europeu, que é predominantemente considerado como pluralismo de idéias e posições políticas (HÄBERLE, 1994), protegido em prol da democracia representativa, da qual se encontra excluída a maioria dos estrangeiros que vivem nos países da união européia (BALIBAR, 1993) e que no entanto representam parte significativa da população e da cadeia de produção – uma população marginalizada e que se alarga exponencialmente à medida que crescem os conflitos sócio-políticos, econômicos e ecológicos que induzem os fluxos migratórios na trilha dos processos de globalização.

Ao mesmo tempo o pluralismo, desenhado sobretudo nas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009), chama a atenção para o fato de que uma efetiva inclusão social não se dá apenas no sentido da abertura do jogo a novos sujeitos e da democratização do acesso aos bens materiais produzidos pela sociedade. A redistribuição da riqueza econômica não produz legitimidade se não é acompanhada pela redistribuição do poder político e cultural, através do reconhecimento da diferença, dos diálogos interculturais, e nos casos de Estados plurinacionais também através da autonomia e do autogoverno. Por esta razão o processo político hoje na América Latina tem necessariamente um horizonte mais amplo porque seus resultados não são independentes dos direitos coletivos e difusos que incorporam transformações econômicas, políticas, culturais, ambientais, de mentalidades e de subjetividades.

Certo que estas observações partem da teoria e dos textos constitucionais, porém é necessário ter sempre presente que a comparação constitucional é um estudo de textos e contextos. Nesse sentido, a linguagem dos direitos fundamentais na América Latina, como na Europa, é sempre mais uma linguagem comum. No entanto a grande distância entre os direitos constitucionalmente proclamados e os direitos materialmente conquistados é uma característica comum a todos os países

latino-americanos e é exatamente por isso que a questão das políticas constitucionais para a concretização constitucional e a eficácia social dos direitos e garantias direcionadas a promover e assegurar uma efetiva democratização da vida política, econômica, social, cultural e plural, assume especial relevância neste contexto.

Referências

- AMIRANTE, Carlo. **Dalla Forma Stato alla forma Mercato**. Torino: Giappichelli, 2008.
- _____. **Unioni Sovranazionali e riorganizzazione costituzionale dello Stato**. Torino: Giappichelli, 2001.
- BALIBAR, Etienne. **Le frontiere della democrazia**. (trad. it. Andrea Catone). Roma: Manifestolibri, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. In Walber de Moura Agra (org.). **Retrospectiva dos 20 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- DROMI, Roberto. *Contenido e interpretación de los derechos constitucionales*. In AAVV. **Interpretando la Constitución**. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. London: Duckworth, 1978.
- HÄBERLE, Peter. **Lo Stato costituzionale**, (trad. it. F. Politi e S. Rossi). Roma: Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 2005.
- _____. I diritti fondamentali nelle società pluraliste e la Costituzione del pluralismo. In LUCIANI, Massimo (org.) **La democrazia alla fine del secolo: diritti, eguaglianza, Nazione, Europa**. Roma-Bari: Laterza, 1994, pp. 94-173.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição** (*Die normative Kraft der Verfassung*) (trad. Gilmar Ferreira Mendes). Porto Alegre: Fabris, 1993.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MARTÍNEZ DALMAU, Rúben; VICIANO PASTOR, Roberto. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando (ed.) **Política, Justicia y**

- Constitución.** Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012. p. 157-186.
- MELO, Milena Petters. Constitucionalismo, Pluralismo e Transição Democrática na América Latina. **Revista da Anistia Política e Justiça de Transição.** Ministério da Justiça, n. 4, jul/dez 2011, p. 140-155.
- _____. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, 2013, p. 74-84.
- _____. A concretização-efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais como elemento constitutivo fundamental para a cidadania no Brasil. **Revista IIDH.** Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, vol. 34-35, jan/jun 2002, p. 211-241.
- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago. Direitos de Povos Indígenas no Brasil: o “núcleo essencial de direitos entre diversidade e integracionismo. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 15, n. 2, 2020, p. 1-28.
- MELO, Milena Petters; BURCKHART, Thiago; MARCHIORI, Antonio Carlos. A soberania alimentar como política constitucional e garantia do direito fundamental à alimentação. In MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado; GODINHO, André. (coord.). **Diálogo Ambiental Constitucional e Internacional.** Vol. 18. Brasília: Editora OAB, 2021.
- ONIDA, Valerio. **La Costituzione ieri e oggi.** Bologna: Il Mulino, 2008.
- ORTIZ-ALVAREZ, Luis A; LEJARZA, Jacqueline. **Constituciones latinoamericanas.** Caracas: Academia de Ciencias políticas y sociales, 1997.
- PIOVESAN, Flávia, **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 19º ed. São Paulo: Max Limonad, 2021.
- SCHWARZ, Roberto. **As ideias fora do lugar: ensaios selecionados.** São Paulo: Companhia das Letras, 2014.
- SOUSA SANTOS, Boaventura. **Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una Epistemología del Sur.** Buenos Aires: Antropofagia, 2010.
- TRINDADE, Antônio A. Cançado. **El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI.** Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001.
- VALADÉS, Diego e CARBONELL, Miguel (org.). **El Estado constitucional contemporáneo: culturas y sistemas jurídicos comparados,** Tomo I. México D. F: Universidad Nacional de

México UNAM, 2006.

- VIEIRA, José Ribas. **Refundar o Estado: O novo constitucionalismo latino-americano**, material didático do curso de Teoria do Estado – UFRJ, disponível em [Uhttp://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano](http://pt.scribd.com/doc/24243799/UFRJ-Novo-Constitucionalismo-Latino-Americano), consultado em 10.12.2010.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e Constitucionalismo**, conferência no Seminário Internacional “Culture giuspublicistiche e società nell’America Latina di oggi”, Universidade do Salento, Brindisi – Itália, 28 e 29.01.2011.
- WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters. **Constitucionalismo Latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

Constitucionalismo democrático e reserva de justiça

JOSÉ ADÉRCIO LETTE SAMPAIO³²
CHRISTIANE COSTA ASSIS³³

1 Introdução

A relação entre constitucionalismo, justiça e direitos fundamentais decorre de uma construção histórica que evidencia a necessidade de resguardar os núcleos fundamentais desses direitos nas Constituições. O constitucionalismo nasce com o signo do liberalismo, ou seja, trata-se de uma Constituição mínima de um Estado de Direito igualmente mínimo. Transformações ocorridas após mais de cem anos levaram ao constitucionalismo do Estado Social que foi submetido no final do século XX à crítica neoliberal, fazendo emergir a proposta de superação de suas dificuldades pelo Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho tem como objetivo apresentar as bases fundamentais do constitucionalismo democrático consubstanciado no Estado Democrático de Direito para então analisar a necessidade da reserva de justiça institucionalizada na Constituição norteada pela segurança jurídica teoricamente oferecida pela positivação dos direitos fundamentais. No aspecto metodológico adotou-se o método de pesquisa dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 Constitucionalismo democrático e Estado Democrático de Direito

O termo “Estado Democrático de Direito” passou a ser empregado, especialmente no Brasil, como uma espécie de selo único

³² Pós-Doutor em Direito pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor da Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas) e da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC). Procurador da República. E-mail: joseadercio.contato@gmail.com

³³ Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Professora da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG). Coordenadora do Grupo de Pesquisa Crise Federativa e Narrativas Democráticas (CNPQ). E-mail: assischris@gmail.com

de legitimidade e de correção dos rumos do viés liberal e social do Estado de Direito. O debate quase sempre confunde a dimensão normativa (ideal) e a dimensão empírica, como se a proclamação do artigo 1º da Constituição de 1988 no sentido de que a República Federativa do Brasil *constitui-se* em Estado democrático de direito bastasse por si. Muito além dessa perigosa confusão, ainda se parte do pressuposto de que se trata de um termo de sentido unívoco. Sem embargo, há pelo menos três concepções de Estado Democrático de Direito a se discutir. Uma pouco exigente e puramente formal; outra material ou forte. Entre elas, uma terceira orientação, por isso mesmo, dita intermediária.

A concepção débil se contenta com a universalidade do voto em acréscimo aos princípios do Estado de Direito (legalidade, separação de poderes e direitos fundamentais), convertido, portanto, em “Estado de Direito Democrático”. Nada além. Débil a concepção, frágil sua defesa, pois não se trata, com a nova designação, de se somar ao garantismo do Estado Liberal de Direito um ingrediente democrático apenas, mas, sem abandoná-lo como peça do museu político, compatibilizá-lo com as demandas de uma sociedade hipercomplexa, plural e assimétrica. A concepção do Estado Democrático e de Direito haverá de alcançar, no mínimo, um “garantismo social”, acompanhada de níveis razoáveis de controle da atuação estatal e de grupos de poder, como forma e garantia de sua própria existência.

A orientação intermédia não se contenta com a universalidade do voto, demandando, pelo menos, o enriquecimento dos três princípios clássicos do Estado de Direito. A legalidade ou superlegalidade, também denominada de “juridicidade” (CANOTILHO, 1992, p. 361 e ss.), incorporaria um elemento adicional de legitimação pela ampliação das oportunidades de participação dos indivíduos nos processos deliberativos institucionalizados, uma legitimação pelo procedimento reforçada pelo bem comum ou interesse público como finalidade do agir estatal; uma legitimação teleológica que não se basta com a mera proclamação como antes se fazia, mas com um compromisso de verdade com a “república”, com uma responsabilidade e responsabilização pelos meios e resultados, pela transparência e bem-estar geral, sem preconceitos e discriminações por critérios subjetivos e arbitrários.

A separação dos poderes dá ênfase em especial à independência do Judiciário e dos juízes. Não se trata de uma função ou de uma

autoridade independente, mas de um poder que detém competências mais dilatadas para fiscalizar os atos dos demais poderes públicos, chegando a pontos que se punham fora de sua avaliação como a discricionariedade administrativa e as questões políticas. Não haveria, entretanto, uma autorização para que o juiz pudesse substituir o administrador ou o governo, caberia a ele antes avaliar se a finalidade do ato era legítima e pública, e se os meios escolhidos eram aptos para promovê-la com menores custos para sociedade e para os indivíduos.

As decisões administrativas e políticas teriam que passar por um teste de proporcionalidade ou de razoabilidade, a misturar justiça, equidade e eficiência, o que, ao fim, pressupunha a Constituição como parâmetro de todo agir estatal e, em seguida, um processo de constitucionalização de todos os ramos do direito e, no limite, da vida (BINENBOJM, 2006, p. 109 e ss.). Há uma flexibilidade maior do “*checks and balances*” (freios e contrapesos) na direção de um controle das decisões por meio de disciplina, algumas vezes, principiológica, influência e supervisão (FEELEY; RUBIN, 1998, p. 350; PETTIT, 1997, p. 176). A distinção entre Estado e sociedade continua a existir tanto no sentido de controles recíprocos, quanto no de superação das tensões ou da relação de “inimizade” entre eles na direção de um agir cooperativo. Os direitos fundamentais são redefinidos não apenas para ampliar o seu elenco, de acordo com as necessidades e valores de cada tempo, mas também para nivelar todas as suas espécies. Não haveria, assim, direitos de segunda categoria, mas uma indivisibilidade de pretensões jusfundamentais.

A concepção mais forte vai além das exigências formais da orientação intermediária. A primeira grande mudança se dá na migração do foco das enunciações para a prática, da norma à realidade, da potência à ação, à efetividade. De acréscimo, há uma republicanização da democracia: cidadão e cidadania deixam de ser vistos apenas como a qualidade do eleitor ou dos direitos de sufrágio, ativo e passivo, mas com a qualidade de ser humano portador de dignidade e titular efetivo de direitos. Não de direitos de papel, mas de direitos na vida real (SEN, 2006, p. 47-48; FAUNDEZ, 2010, p. 180 e ss.). Direitos liberais, sim; direitos sociais, econômicos e culturais, também; direitos de fraternidade, inclusive; além dos direitos políticos. Todos a compor um só núcleo e ideograma. Não há liberdade sem igualdade e democracia. Nem democracia sem liberdade e igualdade como a igualdade também depende das outras

duas. Mas qual o significado de democracia? Político, econômico e social. De novo, às explicações.

Os direitos políticos não são uma espécie de direitos liberais ou direitos defensivos, mas um direito-dever de participação da vida política, de procura engajada do bem comum. A sociedade deixa de ser o lugar *apenas* da cultura privada, da economia, do ócio, do lazer, dos amores e da felicidade individual como projeção das liberdades clássicas, pois deve incorporar uma rede de solidariedade e de militância como espelho dos direitos políticos. É ela que preenche ou define a esfera pública não estatal, criando e redefinindo agendas políticas, atuando com e apesar do Estado. Em face dos agentes públicos, ela controla e interage, discute e propõe alternativas para os problemas comuns. É, nesse sentido, que se fala em “republicanização” da democracia. E é também por isso, por não sucumbir toda dimensão do conceito na lógica e no discurso puramente jurídico (pelo menos de um tipo de direito formalista e abstêmio da realidade), que o Estado de direito se diz democrático.

Os cidadãos não *recebem* de seus representantes as soluções e prestações de serviços, dando-lhes a resposta, de apoio ou reprovação, no período eleitoral, mas são co-partícipes de um projeto de vida, votando e permanecendo politicamente ativos entre uma e outra eleição. A democracia política se complementa, assim, com uma democracia social e econômica. A igualdade material de oportunidades é condição para a liberdade. E vice-versa. É óbvio que há necessidade de reformulação das bases formais do Estado de direito. A lei não pode ser cega aos seus destinatários, quer dizer, a sua generalidade não pode ser uma condição do Estado de Direito. Não é só a lei da liberdade dos modernos, mas também a lei da igualdade e, ao mesmo tempo, a lei da democracia deliberativa. A legitimidade e racionalidade que extraía somente do processo legislativo exigem, se não um deslocamento de eixo, pelo menos um entroncamento entre os ritos parlamentares institucionalizados (de estudos e elaboração das normas) com uma rede ampla do debate estabelecido no âmbito de uma sociedade pluralista (HABERMAS, 1996, p. 382 e ss.). Ademais, a legitimidade não se esgota na gênese democrática da lei, mas requer um ingrediente de efetividade normativa: lei que existe, mas não é eficaz tampouco é válida.

A separação de poderes que, no modelo social, já havia rompido com a distinção entre Estado e sociedade, reforça a inter-relação, tensa, mas necessária, entre eles. Há, por outro lado, uma

revalorização do juiz constitucional, a ponto de admitir-se o controle de constitucionalidade mesmo das definições orçamentárias e das políticas públicas, embora, no fundo, reconheça-se que a restauração do parlamento como centro decisório em conexão com uma administração pública entre legalista e dialógica, mas sempre programada e eficiente, seja o meio mais adequado de realização duradoura e consequente das finalidades emancipacionistas do Estado democrático (HABERMAS, 1996, p. 313; 333 e ss.). Essa tarefa do juiz constitucional é, no fundo, um paradoxo: para restaurar a democracia (notadamente seu efeito socialmente redistributivo), autoriza-se um grupo pequeno, seletivo e não eletivo de agentes públicos a corrigir ou mesmo impor o projeto de governo. Um falso paradoxo, todavia, pois se resolve com a intervenção de uma sociedade militante que seja capaz de interferir na agenda política de modo efetivo, ampliando o lastro de legitimidade e de poder relativo do parlamento. Trata-se, nitidamente, de um modelo prescritivo de Estado.

Não se cuida, todavia, de um projeto de “*joint venture*” entre presentes apenas, mas também com o futuro. O bem-estar não é apenas uma finalidade de agora e aqui, mas um processo que traz os cidadãos do amanhã para um diálogo ou, faticamente, como se representados estivessem. Eis por que o Estado Democrático de Direito é também um Estado intergeracional, econômica e socialmente sustentável. E um Estado da cultura. As demandas ecológicas não são externalidades ou custos adicionais às decisões de momento, mas um dever de respeito e consideração ao próximo com ou ainda sem rosto. A natureza e suas reações são os elos entre o que “fomos, somos e o que seremos”. Por isso, o Estado Democrático deve ser um Estado ambientalmente comprometido (SAMPAIO, 2003).

Há, por outro lado, críticas à conjugação entre Estado de Direito e Estado Democrático. Entre a soberania do Direito (ou da Constituição) e soberania popular, entre “constitucionalismo” e “democracia”. Um pressupõe *todos* os poderes constituídos e, portanto, limitados pela Constituição ou pelo direito. Não há um povo fora deles. Outro defende a primazia da vontade popular, um querer prévio a toda institucionalidade e fonte dela mesma. Essa tensão entre a política e o direito se projeta internamente (para dentro do direito) nos debates jurídicos entre os limites e competências dos poderes, notadamente entre a “vontade da Constituição”, acessível ao

Judiciário, e a “vontade dos representantes do povo”, manifestada nas leis (McGUIRE, 1993; WARD; CASTILLO, 2005).

Mas existe entre eles, se não uma má vontade recíproca, produto das ideologias enraizadas, um mal-entendido. A vontade popular não é uma vontade empírica, aferível em pesquisa de opinião, sem uma discussão aprofundada e séria sobre o seu conteúdo, nem uma vontade despótica ou tirânica: o povo pode tudo. O povo é plural e, por isso mesmo, conflituoso, de modo que não há um querer popular absoluto. Nenhuma vontade se legitima sem respeitar a expressão e a integridade do outro ou das outras vontades. Vontade sem limite é violência. A fórmula encontrada, para convivência, foi o Estado Democrático e de Direito, em que a pluralidade convive com a unidade e a unidade deve promover a pluralidade, num equilíbrio móvel, mas sempre necessário, entre direito e política.

Direito sem política é contrafação, é engodo formalista, esconderijo de dominação. Política sem direito é arbítrio, autoritarismo e dominação pura. Direito com política e política com direito são formas da coexistência humana possível, de procura de justiça e de liberdade, de co-originalidade dos contrários ou simplesmente diferentes num processo contínuo de questionamento dos próprios instrumentos de dominação ou de estabelecimento dos princípios e valores da vida em comum. O Estado Democrático e de Direito é o *locus* desse processo.

3 A reserva de justiça em defesa dos direitos fundamentais

As discussões acerca da justiça são resultados das diversas visões particulares de mundo e decorrem da falta de acordo sobre os princípios que poderiam servir como ponto de partida para a elaboração das regras de justiça (PERELMAN, 1996, p. 59). Entretanto, há um ponto de convergência entre as diversas opiniões: a Constituição, uma vez que ela consiste em forma de justiça institucionalizada. Uma das principais funções da lei constitucional é a revelação normativa do consenso fundamental de uma comunidade política sobre princípios, valores e ideias-diretrizes que lhe servem como padrão de conduta política e jurídica (CANOTILHO, 2003, p. 1438).

Uma Constituição pode ser vista como um sistema operacional básico pelo qual mecanismos políticos e jurídicos de uma sociedade são estruturados (KREIMER, 1999, p. 640). Também pode ser vista

como uma série de concepções que constituem a melhor descrição dos ideais morais pelos quais a sociedade deve ser guiada ou ainda pode ser considerada como um elemento que define a identidade nacional (KREIMER, 1999, p. 640). Cada um desses modelos tem um lugar no Direito Constitucional, sendo que diferentes disposições podem ser interpretadas com ênfase em diferentes modelos (KREIMER, 1999, p. 640).

A ideia de Constituição como reserva de justiça ganhou força com a necessidade de afirmação das normas constitucionais como garantidoras de direitos emergenciais para solucionar justamente os problemas de uma sociedade carente de inclusão (CANOTILHO, 2003, p. 1358/1359). Dessa forma, ocorreu a positivação dos direitos fundamentais “[...] por meio da consagração dos direitos nos textos jurídicos, antes projetados apenas no plano da filosofia política” (SAMPAIO, 2010, p. 191).

Os direitos fundamentais são inseridos na Constituição como resultado da luta pelo reconhecimento e reivindicações constantes por parte da sociedade em determinado momento histórico. Nesse contexto, a Constituição deve transpor/superar as perspectivas temporais, colocando no lugar do passado a abertura para o futuro, pois o velho direito se torna facilmente obsoleto em face do novo direito previsto na Constituição (LUHMANN, 1990, p. 15). A abertura para o passado significa considerar qualquer argumento histórico pelo qual seja possível afirmar direitos ou provar que determinada regra jurídica vale desde tempos imemoriais. Já a abertura para o futuro significa que o direito prevê sua própria modificabilidade limitando-a juridicamente especialmente mediante disposições procedimentais, mas também mediante a abertura da legislação à influência política (LUHMANN, 1990, p. 15).

Em meio ao direito intertemporal³⁴ o sistema constitucional resulta de tensões entre valores de permanência e valores de mudança (SAMPAIO, 2005, p. 339). A permanência se traduz na confiança, previsibilidade e segurança, mas também estabiliza distúrbios sistêmicos como, por exemplo, a desigualdade social crônica, impedindo transformações emancipadoras (SAMPAIO, 2005, p. 339). A mudança, por sua vez, atualiza os consensos, mantendo uma

³⁴ Direito intertemporal é o direito que lida com o conflito de leis no tempo, buscando solucionar os problemas decorrentes da sucessão de normas ao definir a esfera de incidência de cada uma delas (SARMENTO, 2012, p. 1945).

identidade democrática entre as decisões sociais e a vontade popular, mas gera um clima de incertezas, demagogias e retraimento social (SAMPAIO, 2005, p. 339).

A garantia do direito adquirido corresponde ao momento de permanência, pois trata dos direitos como confiança, mas também como bloqueio a mudanças (SAMPAIO, 2005, p. 340). A cláusula de proibição do retrocesso social também se conjuga com a permanência, mas mitiga o sentido reacionário das transformações por admitir apenas mudanças que alarguem o postulado da igualação de oportunidades, tratando dos direitos como bloqueio a retrocessos sociais (SAMPAIO, 2005, p. 340).

A partir do Século XVIII, além de regras de organização dos poderes públicos, as Constituições passaram a conter os princípios fundamentais norteadores da atuação estatal enunciados nas declarações de direitos que caracterizavam a natureza e os fins do Estado (PÉREZ-LUÑO, 1999, p. 114). Dessa forma, as declarações de direitos positivaram nas Constituições o discurso dos direitos naturais. Dentro do processo de positivação quatro características se destacam: fundamentação, titularidade, alcance espacial e natureza jurídica. Na fundamentação, “[...] o jusracionalismo substituiu uma certa tradição imemorial, consuetudinária e histórica das liberdades por uma base racional” (SAMPAIO, 2010, p. 191), de modo a atribuir “[...] segurança aos direitos, pois em lugar de sua evidência ou dedução racional apenas, impunha-se a certeza de uma declaração expressa” (SAMPAIO, 2010, p. 191). Concomitantemente, a realização ou efetividade dos direitos “[...] ao invés de derivar de sua ínsita racionalidade, passou a decorrer do grau positivo de vinculação dos poderes públicos a exigir efetividade” (SAMPAIO, 2010, p. 191).

A titularidade dos direitos fundamentais inicialmente se referia a “todos os homens” de forma abstrata e o alcance espacial estava limitado às fronteiras do Estado-Nação (SAMPAIO, 2010, p. 191). No tocante à natureza jurídica sua formulação se iniciou em declarações que precederam as Constituições (França – 1791, 1793 e 1795), abrindo discussão sobre sua força jurídica ou, sem qualquer discussão a esse respeito, resultantes de emendas constitucionais anexas ao texto original (Estados Unidos – 1791) ou ainda em artigos integrantes do corpo da Constituição (Espanha – 1812, França – 1814, Brasil – 1824) (SAMPAIO, 2010, p. 191).

Com a positivação dos direitos fundamentais na Constituição, aumentou-se a responsabilidade do direito constitucional e

intensificou-se a pressão da reflexibilidade sobre ele, pois a problemática das expectativas de justiça deixou de se concentrar sobre todo o sistema social para se deslocar obsessivamente para a lei fundamental (CANOTILHO, 2003, p. 1359). Nesse contexto, a teoria da constituição buscou apoio nas teorias da justiça e nas teorias do discurso sem, entretanto, ser substituída por estas (CANOTILHO, 2003, p. 1359; 1361).

Na leitura de alguns autores a reserva de justiça levou à introdução de normas constitucionais qualificadas pela previsão de imutabilidade total ou relativa dos núcleos de sentido da justiça constitucionalmente positivados. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 apresenta um processo simplificado para a reforma constitucional, o que permite a constante atualização do texto por meio de emendas constitucionais (VIEIRA, 1999, p. 28). Entretanto, tal flexibilização poderia fragilizar os elementos fundamentais da Constituição, sendo necessário, portanto, construir um grupo de cláusulas superconstitucionais inalteráveis. Dessa forma, formou-se um núcleo constitucional material dentro do documento formal da Constituição que, juntamente com as limitações materiais ao poder de reforma, funciona como barreira ao poder constituinte reformador (VIEIRA, 1999, p. 29).

As cláusulas superconstitucionais se prestam a salvaguardar valores nucleares e fundamentais da Constituição, além de auxiliarem a interpretação constitucional “[...] suprindo as dificuldades e tensões interpostas pela desformalização do direito constitucional que acompanham a implementação de uma Constituição tão vasta como a brasileira” (VIEIRA, 1999, p. 29). Porém, uma má formulação, compreensão ou interpretação dessas cláusulas pode implicar em uma barreira de proteção a favor de privilégios ou instituições incompatíveis com as necessidades historicamente impostas (VIEIRA, 1999, p. 29). Assim sendo, as cláusulas superconstitucionais “[...] devem assegurar proteção especial àqueles direitos, princípios e instituições que, além de essenciais à formação de uma vontade democrática, constituem verdadeira reserva constitucional de justiça” (VIEIRA, 1999, p. 29/30).

A legitimidade das cláusulas superconstitucionais não repousa apenas sobre sua origem em uma Assembleia Constituinte, mas também sobre seu conteúdo, uma vez que essas cláusulas devem ser passíveis de justificação racional como pressupostos essenciais de um processo de associação política fundado na igualdade e na autonomia

dos indivíduos (VIEIRA, 1999, p. 30). Tais cláusulas são, concomitantemente, instrumentos de preservação e limitação da democracia, favorecendo a manutenção dos avanços já alcançados e possibilitando novos avanços:

Se concebidas como paradigmas de justiça constitucional, adequadamente interpretadas e aplicadas pelo Judiciário, as cláusulas superconstitucionais podem se tornar um mecanismo que habilita e fortalece a igualdade e a autonomia, fundamentos e elementos essenciais à própria existência de um regime democrático. Ao retirar do âmbito de deliberação majoritária aqueles direitos, princípios e instituições que constituem a reserva de justiça da Constituição, as cláusulas superconstitucionais transformam-se em legítimo instrumento de preservação da democracia, paradoxalmente, ao limitá-la (VIEIRA, 1999, p. 30).

Quanto às cláusulas pétreas constitucionais, não se pode proibir de forma absoluta que as gerações futuras deliberem sobre determinadas questões, pois dessa forma elas seriam privadas da capacidade de escolherem seus próprios caminhos (SARMENTO, 2008, p. 06). Porém, essas cláusulas se revestem de força normativa e são necessárias para salvaguardar determinados valores fundamentais que não podem ficar expostos nem mesmo à vontade das maiorias qualificadas como capazes de alterarem a Constituição (SARMENTO, 2008, p. 06). Lado outro, a petrificação da ordem constitucional em excesso é um mal, mas no caso brasileiro esse problema pode ser evitado pelo intérprete no momento da definição da extensão e profundidade das cláusulas pétreas (SARMENTO, 2008, p. 06). Nessa ocasião, deve-se atentar para o princípio democrático que tem papel essencial na discussão sobre tal matéria (SARMENTO, 2008, p. 06).

A Constituição deve cumprir seis grandes funções: de legitimação, de estabilização do poder, de consagração de um mínimo de valores e princípios que sejam compartilhados ou compartilháveis por todos; de pedagogia político-constitucional; de juridificação e de racionalização do processo político (SAMPAIO, 2013, p. 115). A democracia entendida como governo efetivo do povo exige que todos sejam respeitados em direitos e sejam considerados como agentes capazes de deliberação (SAMPAIO, 2013, p. 116). Nesse contexto, “[...] os ocasionais derrotados em suas teses e propostas devem ter

participado do processo decisório, mesmo que contrafactualmente, e sua capacidade de agentes deliberativos não pode ser questionada ou posta em risco pelo resultado da maioria” (SAMPAIO, 2013, p. 116).

A democracia envolve quase sempre o conflito, mas desde o início há reiteradamente um projeto normativo de consenso provisório em relação ao conteúdo e duradouro em relação à forma e procedimento (SAMPAIO, 2013, p. 116). O processo democrático “[...] também importa o desarme dos espíritos e das mãos na procura da melhor alternativa possível, o que maximiza o reconhecimento e aceitação da decisão adotada” (SAMPAIO, 2013, p. 116/117). Assim sendo, esse processo consiste no meio mais hábil de pacificação coletiva (SAMPAIO, 2013, p. 117).

Apesar das objeções, mesmo em uma sociedade plural há um denominador comum de crenças e concepções de mundo que compõem o núcleo axiológico duro da consciência histórica como a paz, a dignidade humana, o Estado de Direito e a democracia (SAMPAIO, 2013, p. 116). É possível se argumentar, por exemplo, que tais valores são predominantemente ocidentais, especialmente no que tange às formas de Estado (SAMPAIO, 2013, p. 116). Porém, “[...] o Estado de Direito, com suas bases lançadas sobre o limite do poder e da legalidade, não encontra adversário paradigmático no estágio atual das coisas políticas” (SAMPAIO, 2013, p. 116), pois “[...] mesmo o mais liberal dos Estados de Direito promove com mais eficácia a paz e a dignidade humana” (SAMPAIO, 2013, p. 116).

A pedagogia constitucional se relaciona com a “cultura da Constituição” e com as formas de propaganda de valorização do texto constitucional existente que, diariamente, tentam renovar o consenso em torno dele, abrangendo seu simbolismo e a axiologia dos princípios que contém (SAMPAIO, 2013, p. 116). A juridificação do processo político consiste na disciplina da formação, desenvolvimento e decisão da vontade política e ainda da mediação de conflitos entre as diferentes propostas de governo (SAMPAIO, 2013, p. 115/116). Ela estabelece regras que garantem pelo menos um sentido fraco de racionalização, mas não é fechada e sim aberta e flexível. Apesar de ser mais procedimental, a juridificação não desconsidera a garantia das outras finalidades constitucionais (SAMPAIO, 2013, p. 116).

As funções constitucionais, entretanto, não escapam de críticas. Frequentemente há o uso e a manipulação de expressões políticas e constitucionais esvaziadas de sentido visando legitimar estados de

dominação (SAMPAIO, 2013, p. 117). A democracia política então “[...] se exerce e se expressa como um ‘local vazio’, onde há apenas encenações dos atores políticos, movidos por interesses próprios, e a ilusão de um povo autorrepresentado e legislador” (SAMPAIO, 2013, p. 117). A retórica “[...] recheada de termos expressivos e significativamente nulos, como ‘Estado de Direito’ e ‘dignidade humana’, funciona na verdade como uma grande máscara dos poderes efetivos reinantes, alienando os dominados e oprimidos” (SAMPAIO, 2013, p. 117). Nesse contexto, a legitimidade política é um simulacro de texto e más intenções (SAMPAIO, 2013, p. 117).

A solução para a questão implica em “[...] desmascarar os encenadores e retomar o projeto irrealizado da modernidade na busca da máxima igualdade e liberdade para todos” (SAMPAIO, 2013, p. 117). Apesar de deturpadas pelo uso, as palavras não perderam o seu sentido original e teoricamente emancipador (SAMPAIO, 2013, p. 117). Assim sendo, a primeira grande tarefa da pragmática é reconstruir a semântica renunciando aos essencialismos para, posteriormente, adotar o símbolo da transformação social e, por fim, se direcionar para as práticas que proporcionam um autogoverno real, que objetiva um mundo livre e igual (SAMPAIO, 2013, p. 117).

Retomando-se a função de consagrar um mínimo de princípios e valores compartilhados ou compartilháveis por todos, a Constituição positivou o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, que é identificado como um valor transindividual, social ou comunitário (SAMPAIO, 2013, p. 582). Além de criarem direitos subjetivos para seus titulares, as normas de direito fundamental se irradiam pela ordem jurídica como “valores positivados” ou “princípios superiores do ordenamento jurídico”, inspirando a produção normativa em todos os setores do Direito e criando deveres fundamentais para o Estado (de realização, promoção e proteção), para os demais agentes privados (de respeito ou submissão) e para o próprio titular do direito (de indisponibilidade e exercício não abusivo ou inespecífico) (SAMPAIO, 2013, p. 582). Nesse contexto, os direitos fundamentais são uma “ordem objetiva e concreta de valores” que deve ser promovida pelo legislador, pelo juiz e pela Administração Pública, cada um deles em sua respectiva tarefa constitucional (SAMPAIO, 2013, p. 583).

Como resultado do consenso acerca desses princípios e valores, a Constituição institucionalizou a noção de justiça geral compartilhada pela sociedade, constituindo ela mesma uma reserva de justiça. Essa

reserva de justiça geral se desdobra em diversos direitos e garantias, entre os quais se situa a segurança jurídica. Trata-se de reserva porque contém o núcleo de justiça que está acima de qualquer discussão positiva acerca do conteúdo da justiça institucionalizada, e também porque ela está apartada das deliberações ordinárias do poder reformador.

A Constituição incorporou a linguagem dos direitos naturais e trouxe para dentro do texto a ideia de justiça não só material (a lei não pode violar direitos), mas também no sentido processual (procedimentos). Entretanto, seu conteúdo não é estático no tempo, ou seja, não se encontra parado no momento de sua elaboração, pois além das emendas formais também podem ocorrer emendas interpretativas – daí a necessidade das aberturas da Constituição. Dessa forma, busca-se evitar elementos exteriores ao Direito, possibilitando um auto-referenciamento deste e também preservando seu código binário.

A norma constitucional, por ser também norma positiva, reaproxima o Direito e a justiça, pois é uma norma que contém conceitos de valor que pedem uma atuação criativa e suscetível de adequar-se às mutações inevitáveis do próprio “valor” (CAPPELLETTI, 1984, p. 130). Referida norma é uma tentativa – ainda que talvez impossível, mas profundamente humana – de transformar em direito escrito os “valores supremos”, ou seja, de definir o que não se pode definir (CAPPELLETTI, 1984, p.130). A justiça constitucional é a garantia dessa definição, mas é também o instrumento para torná-la aceitável, adaptando-a às exigências concretas de um destino de perene mutabilidade (CAPPELLETTI, 1984, p. 130). Para essa definição (positivação) o engenho criativo do homem descobriu precisamente na justiça constitucional o instrumento mais refinado e aperfeiçoado, embora sujeito a erros, variações e defeitos como todos os instrumentos humanos (CAPPELLETTI, 1984, p. 130). O Direito positivo estabelecido tende a se impor com incondicional validade e obrigatoriedade independentemente até mesmo de sua justiça, porém a Constituição condiciona não só a sua validade, mas também certas exigências acerca de seu conteúdo (SILVA, 2005, p. 16). A Constituição tem como missão assegurar a vigência e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se centram todas as outras demais manifestações dos direitos fundamentais do homem (SILVA, 2005, p. 16).

Direito seguro não é sinônimo de Direito justo, pois na história existem exemplos de ordenamentos positivos injustos, como o nazifascista, o regime militar brasileiro³⁵ e outros sistemas autoritários (SILVA, 2005, p. 16). Em regra, um Direito inseguro é também um Direito injusto por não assegurar o princípio da igualdade e, assim sendo, a segurança legítima do Direito é aquela que significa a garantia contra a arbitrariedade e contra as injustiças (SILVA, 2005, p. 16). O Direito seguro legítimo deve o ser para todos, ou seja, a segurança não deve ser apenas garantia de tranquilidade das classes dominantes, mas igualmente e na mesma proporção deve ser garantia de vida digna para as classes menos favorecidas (SILVA, 2005, p. 17).

A reserva de justiça não tem como objetivo engessar o Direito tornando-o imutável, mas resguardar os direitos fundamentais colocando-os a salvo das vontades cambiantes do poder. Dessa forma, a Constituição mantém seus compromissos com o presente mantendo-se aberta ao futuro.

4 Conclusão

A combinação entre Estado de Direito e Estado Democrático evidencia os desafios para o equilíbrio dinâmico entre a unidade e a pluralidade. Nesse cenário, a Constituição reveladora do consenso fundamental institucionalizou a reserva de justiça que recai sobre os direitos fundamentais. A necessidade dessa reserva institucionalizada emerge da relação histórica entre constitucionalismo e justiça e ainda entre Direito e Política que, dentre tensões e distensões, buscam conviver harmonicamente. Lado outro, embora constitucionalmente positivados, a trajetória da concretização dos direitos fundamentais ainda carece de segurança jurídica em função dos tropeços na efetividade, sendo necessário acompanhar o resultado prático dessa reserva de justiça.

Referências

³⁵ Explica José Afonso da Silva que o regime militar brasileiro “[...] continha o máximo de segurança jurídica por meio de uma ordem jurídica excepcional voltada para sua própria garantia, sem consideração alguma para com o princípio da justiça” (SILVA, 2005, p. 16).

- BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra: Almedina, 1992.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado.** 2ª ed. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- FAUNDEZ, Julio. *Rule of Law or Washington Consensus: The Evolution of the World Bank's Approach to Legal and Judicial Reform?*. In: PERRY-KESARIS, Amanda (ed). **Law in the Pursuit of Development.** London: Routledge 2010.
- FEELEY, Malcolm M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America's Prisons.** New York: Cambridge University Press, 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Fatti e Norme.** Contributi a uma Teoria Discorsiva del Diritto e della Democrazia. A cura de Leonardo Ceppa. Milano: Guerini e Associati, 1996.
- KREIMER, Seth F. Invidious comparisons: some cautionary remarks on the process of constitutional borrowing. **University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law** 1, nº3, p.640-650, 1998/1999. Disponível em: <http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1173> Acesso em: 15 jul. 2021.
- LUHMANN, Niklas. **A Constituição como aquisição evolutiva.** Trad. Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele de Giorgi. 1990. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/31253250/LUHMANN-Niklas-A-constituicao-como-aquisicao-evolutiva>> Acesso em 15 jul. 2021.
- McGUIRE, Kevin T. **The Supreme Court Bar: Legal Elites in the Washington Community.** Charlottesville: University Press of Virginia, 1993.
- PERELMAN, Chaïm. **Ética e direito.** São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PÉREZ-LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, estado de derecho y constitucion.** 6ª ed. Madrid: Tecnos, 1999.

- PETTT, Philip. **Republicanism: A Theory of Government**. Oxford: Clarendon Press, 1997.
- SAMPAIO, José Adércio L. Constituição e Meio Ambiente. *In*: SAMPAIO, José Adércio L.; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio. **Princípios de Direito Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos fundamentais: retórica e historicidade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. Expectativa de direito e direito adquirido como franquias e bloqueios da transformação social. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 265-344.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da constituição e dos direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, nº 12. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, dez./jan./fev. 2008.
- SEN, Amartya. What is the Role of Judicial Reform in the Development Process? **The World Bank Legal Review: Law Equity and Development**, v. 2, 2006, p. 33-51.
- SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *In*: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Org.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. 2ª ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p.15-30.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- WARD, Kenneth D.; CASTILLO, Cecilia R. (eds). **The judiciary and American Democracy: Alexander Bickel, the Countermajoritarian Difficulty, and Contemporary Constitutional Theory**. Albany: State University of New York Press, 2005.

A sustentabilidade e o constitucionalismos latino-americano para a minimização dos problemas socioambientais na sociedade consumocentrista

CLEIDE CALGARO³⁶
TALISSA TRUCCOLO REATO³⁷

1 Introdução

O objetivo geral desta pesquisa está em analisar a sustentabilidade e os seus principais pilares – econômico, social e ambiental – na sociedade consumocentrista para fins de minimizar os problemas socioambientais atuais. Para isso, utiliza-se o constitucionalismo latino-americano como sendo um dos caminhos para efetivar, de forma real, referida sustentabilidade.

Nesta investigação está empregado o método analítico, o qual permite um estudo das referências acerca da temática que se propõem. O trabalho se divide em duas partes: em um primeiro momento se estuda a sustentabilidade e alguns dos problemas socioambientais na sociedade consumocentrista atual; posteriormente, analisa-se o constitucionalismo latino-americano e os seus principais pressupostos para que se tenha uma alternativa em prol da efetivação da sustentabilidade.

Entende-se que o modelo capitalista hodierno é predatório e não concretiza a sustentabilidade e os seus pilares básicos, o que gera e

³⁶ Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Doutora em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Atualmente é Professora da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - em Direito na Universidade de Caxias do Sul - UCS. É Líder do Grupo de Pesquisa “Metamorfose Jurídica” vinculado a Universidade de Caxias do Sul-UCS. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

³⁷ Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2016/2018). Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim. Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica do PPG-Direito da UCS. E-mail: talissareato@hotmail.com

não minimiza os problemas socioambientais na sociedade consumocentrista. Deste modo, o constitucionalismo latino-americano traz uma nova perspectiva para se buscar uma nova racionalidade para a sociedade que se vive.

2 O tripé da sustentabilidade e os problemas socioambientais na sociedade consumocentrista

A sociedade está vivendo uma crise, a qual é advinda da forma com que se administram as relações de progresso e o capital. Este sistema predatório somente beneficia alguns em detrimento de muitos e do meio ambiente. O ser humano, na atualidade, a partir de uma visão antropocêntrica, acarreta uma série de problemas socioambientais. Problemas esses divididos em sociais, como a desigualdade social, a pobreza, etc. e ambientais, como a poluição, a extinção de espécies, as mudanças climáticas, etc.

De acordo com Carvalho (2003, p. 16),

a visão antropocêntrica, panteísta, está profundamente arraigada em nosso universo mental e deita raízes nas origens de nossa civilização atual. Os nossos valores culturais vêm insistindo, praticamente sem interrupção, no decurso histórico, na predominância absoluta do ser humano sobre a natureza e sobre os demais seres.

Esse tipo de visão não permite que o ser humano enxergue o seu lugar no planeta e, às vezes, nem na sociedade. Ademais, Carvalho demonstra ainda que a “ideia de domínio total impõe, numa categoria de dever moral, a subjugação do não-humano. Dominar, impor, transformar, criar novas realidades materiais parece ser uma determinação inelutável ligada ao destino de ‘ser humano’” (CARVALHO, 2003, p. 16). Mencionado domínio cega o ser humano e o dessubjetifica em nome da ânsia de dominar tudo e todos.

Observa-se que a ideia antropocêntrica acaba por resultar na exploração da natureza e dos seus ciclos vitais, com o objetivo de beneficiar a humanidade, sem que se faça uma reflexão sobre como realmente implementar os principais pilares da sustentabilidade para minimizar os problemas socioambientais. Por outro lado, esse tipo de percepção permite que as pessoas sejam exploradas e vivam em condições de pobreza e de desigualdade social, sobretudo em nome do progresso, do capital e do consumo.

Desta forma, a partir da constatação que a humanidade se rende ao sistema capitalista e ao progresso, aparece uma visão consumocentrista, onde o consumo é o centro da sociedade, não havendo uma reflexão necessária e também plena sobre os problemas socioambientais. Por conseguinte, pode-se dizer que a implementação dos principais pilares da sustentabilidade é prejudicada, pois, em que pese sejam criadas estratégias para um desenvolvimento com sustentabilidade, estas se rendem ao poder econômico e, muitas vezes, não se perpetuam.

Lévy (2001, p. 49-50) questiona os motivos pelos quais os seres humanos se tornaram regentes do mundo: “a vida só quer uma coisa, reproduzir-se, e porque o homem é o único vetor possível da vida que pode permitir-lhe propagar-se em outros planetas?”. Sendo assim, é possível inferir que esta pode ser considerada uma das “missões da humanidade: permitir à vida, à consciência, conquistar o universo. A cultura humana é o órgão sexual da biosfera, o DNA da vida, que lhe permitirá, talvez, duplicar-se mais longe, e prosseguir a evolução”. É importante que se pense no papel que se exerce na sociedade e na natureza, para se refletir se realmente é esse caminho que se almeja. Caminho esse fadado ao fracasso e à devastação.

Leff (2001, p. 15) aconselha sobre essa visão do ser humano e sua ligação com o progresso e o desenvolvimento econômico, especialmente ao afirmar que a “visão mecanicista da razão cartesiana converteu-se no princípio constitutivo de uma teoria econômica que predominou sobre os paradigmas organicistas dos processos da vida”, fator que autenticou o falso conceito de “progresso da civilização moderna”. O autor continua demonstrando que “a racionalidade econômica banuiu a natureza da esfera da produção, gerando processos de destruição ecológica e degradação ambiental”.

Assim sendo, torna-se cada vez mais necessário buscar um equilíbrio entre crescimento econômico e conservação da natureza, isso porque

a possibilidade de mobilizar o potencial ecotecnológico, a criatividade cultural e a participação social para construir formas diversas de um desenvolvimento sustentável, igualitário, descentralizado e autogestionário, capaz de satisfazer as necessidades básicas das populações, respeitando sua diversidade cultural e melhorando sua qualidade de vida (LEFF, 2001, p. 87).

Como se observa, o ser humano acaba endeusando o progresso que, por sua vez, coisifica a alma, através do consumo, o qual dociliza e também adestra as suas percepções, não permitindo que se possa ver além do progresso e do crescimento econômico.

Bauman (2001, p. 152, grifo do autor) entende que o progresso “não representa qualquer qualidade da história, mas a *autoconfiança do presente*”. Assim sendo, “o sentido mais profundo, talvez único, do progresso é feito de duas crenças inter-relacionadas – de que ‘o tempo está do nosso lado’, e de que ‘somos nós que fazemos acontecer’”. Portanto, “as duas crenças vivem juntas e morrem juntas – e continuarão a viver enquanto o poder de fazer com que as coisas aconteçam encontrar sua corroboração diária nos feitos das pessoas que as professam”.

Na ótica de Klabin, numa entrevista à Aragão (2010, p. 1), Klabin afirma que há uma diferença entre desenvolvimento e sustentabilidade, que basicamente é: o “desenvolvimento econômico, que visa melhorar as condições de vida humana, implica impacto sobre a natureza. Já a sustentabilidade se assenta em uma visão de equilíbrio e de conservação do meio ambiente”. Dessa forma, existe “um conflito entre o equilíbrio ambiental e a ação do homem sobre o meio ambiente. O próprio conceito de sustentabilidade nos leva a uma reflexão mais profunda”.

Com base nisso,

a ideia de desenvolvimento autossustentado deve ser estabelecida de acordo com os limites dos recursos naturais. Para ser efetivamente alcançado, o desenvolvimento sustentável depende de efetivo planejamento e do reconhecimento de que os recursos naturais são finitos (KLABIN apud ARAGÃO, 2010, p. 1).

Por estas razões se torna essencial que se implemente a sustentabilidade. Observa-se que as Nações Unidas constituíram pilares para a sustentabilidade, por meio do desenvolvimento sustentável, quais sejam: econômico, social e ambiental. Referidos pilares devem caminhar juntos no intuito de que os seres humanos, a natureza e o desenvolvimento econômico sejam em prol de todos.

Quando se discorre acerca do pilar econômico, além de se produzir sem poluir, as empresas devem buscar tecnologias que permitam a produção mais limpa possível, além de haver uma preocupação com uma mão de obra justa e que não seja explorada

por alguns na sociedade. A pergunta que se faz é: será que todas as empresas realmente querem investir seu capital em nome da natureza e dos seres humanos? Será que o progresso e o capital não serão fatores que imperam na sociedade consumocentrista?

Na visão de Scruton (2016, p. 165-166), os mercados fracassam na questão moral: os “consumidores estariam dispostos a pagar a fim de proteger os bens ambientais, ou estariam dispostos a aceitar regulamentações. Esta é a origem da ‘economia ambiental’”.

No pilar social, entende-se que as atividades econômicas permitem que todas as pessoas tenham acesso aos produtos, não sendo o mesmo um privilégio de alguns na sociedade. Mas a pergunta que se faz é: todos terão acesso aos produtos, de forma indistinta, na sociedade de hoje? Como se pode permitir a inclusão de todos para que se tenha uma sociedade livre, justa e solidária?

Por fim, no pilar ambiental deve-se respeito à natureza e aos seus ciclos vitais, sendo que a gestão de resíduos e o uso de tecnologias limpas gerariam menos impacto na sociedade, mas o questionamento que se coloca seria: os países desenvolvidos enviam aos países em desenvolvimento a conta e o prejuízo da degradação ambiental? Como não degradar se os recursos naturais são fonte de renda e riqueza na sociedade consumocentrista?

Na visão de Enrique Leff (2002, p. 92), a natureza acaba sendo um objeto da racionalidade econômica, uma vez que

não só aparece como objeto das ciências naturais; para conhecer a dinâmica de transformação dos sistemas ecológicos é preciso considerar a superdeterminação que sobre eles exercem as práticas produtivas geradas pela racionalidade econômica.

Neste sentido, pode-se dizer que tanto os processos ecológicos como também os “fenômenos naturais emergem como formas produtivas, o que implica a necessidade de articular suas condições de produtividade e regeneração - e todo um conjunto de legalidades dos processos naturais”, isso porque, sobretudo, liga-se “ao desenvolvimento das forças produtivas, bem como sua integração nos instrumentos de planejamento ambiental e do desenvolvimento sustentável” (Leff, 2002, p. 92).

Assim, as questões acima nos permitem refletir se, na atualidade se busca realmente implementar os principais pilares da sustentabilidade ou se está atrelado a um modo capitalista e consumocentrista que

degrada o meio ambiente e que, além disso, permite a pobreza e a desigualdade social no mundo.

A sociedade consumocentrista pode ser entendida como o consumo no centro da mesma, onde o aparentar ter e aparentar ser impera no seio da mesma. Na visão de Pereira, Calgaro e Pereira (2016, p. 267) o consumo se coloca no centro de “todas as decisões que envolvem o indivíduo, pois o mesmo perde sua identidade como ser que participa das decisões sociais para se transformar (apenas) em consumidor heteronomamente guiado.”

Referidos autores ainda denotam que já se ultrapassou a chamada sociedade “híperconsumista, dando azo a uma sociedade consumocentrista. Nesse viés, o consumo passa a ser o elemento principal das atividades humanas, deslocando o ser para o ter e, posteriormente, para o aparentar” (PEREIRA; CALGARO; PEREIRA, 2016, p. 267). Assim sendo, “o consumo se torna o centro da sociedade contemporânea, onde o consumidor vai buscar todas as possibilidades de sua nova razão de viver. Consumir é existir”. (PEREIRA; CALGARO; PEREIRA, 2016, p. 267).

Para se atingir a sustentabilidade na sociedade consumocentrista e minimizar os problemas socioambientais há a necessidade de educação e conscientização de nosso lugar no planeta. Sendo assim, a sustentabilidade deve ser vista como uma ligação sistêmica, com a finalidade de procurar a preservação da natureza e seus ciclos vitais, mas, não somente isso, também buscar o equilíbrio social, reduzindo as desigualdades, a pobreza e outras dificuldades motivados pela ação humana. Também deve-se ater a questão econômica, com o objetivo de reduzir a poluição e as mudanças climáticas, por exemplo. É necessário uma mudança de racionalidade e uma conscientização de nosso papel na sociedade e no planeta, como já exposto.

Para Nalini (2001, p. 138-139, grifos do autor), a sustentabilidade “importa em transformação social, sendo conceito integrador e unificante”. O autor propõe a “celebração da unidade homem/natureza, na origem e no destino comum e significa um novo paradigma. Não há necessidade de se renunciar ao progresso para a preservação do patrimônio ambiental”. E, vai adiante demonstrando que “serviu-se a humanidade da natureza como se fosse um supermercado gratuito. Tudo estava a serviço e à disposição do *senhor da Terra*”, também, destaca que mencionada “irresponsabilidade está prestes a chegar ao fim. Depois de verificar a

finitude dos bens naturais, o comprometimento e a deterioração daquilo que restou, o ser pensante precisa se reciclar”.

Destarte, é importante compreender que a sustentabilidade não é um conceito acabado, mas sim em constante construção. Na visão de Veiga (2010, p. 165), a sustentabilidade “não é, e nunca será, uma noção de natureza precisa, discreta, analítica ou aritmética, como qualquer positivista gostaria que fosse”. Portanto, “tanto quanto a ideia de democracia – entre muitas outras ideias tão fundamentais para a evolução da humanidade –, ela sempre será contraditória, pois nunca poderá ser encontrada em estado puro”.

Por isso, a sustentabilidade vai além de não se degradar o meio ambiente, mas incorpora em seu bojo, questões de qualidade de vida, de progresso, de consumo, de tecnologias, de corporativismo, de gestão de resíduos, de diminuição da pobreza e desigualdade social, de uso racional do solo e dos recursos naturais finitos, de responsabilidade social e empresarial, entre outros fatores.

Deste modo, há necessidade de se equacionar o progresso e o capital com a sustentabilidade, a fim da mesma ser um direito de todos e que seus pilares sejam realmente efetivados na sociedade consumocentrista atual. Igualmente, existe uma necessidade de que os seres não humanos sejam respeitados para que possam viver no planeta de forma plena. Para isso é fundamental uma grande mudança de racionalidade e pensamento, a qual o constitucionalismo latino-americano pode nos proporcionar, como se aborda no fragmento seguinte.

3 Análise das bases do constitucionalismo latino-americano em prol da efetivação da sustentabilidade

Na sociedade hodierna, faz-se fulcral buscar alternativas para os problemas socioambientais presentes na sociedade consumocentrista e, com isso, quase que se forma automática, procuram-se alternativas para implementar os principais pilares da sustentabilidade (econômico, social e ambiental). A partir de tal ideia, é possível que seja avultado o conhecimento basilar para que a sociedade consumocentrista e o sistema capitalista predatório tomem outra face.

Nesta perspectiva, o movimento constitucionalista da América Latina a partir de 1982 (FAJARDO, 2011) é um dos caminhos para uma mudança de perspectiva, de visão, sobretudo a partir de uma

reconexão da humanidade com a Mãe Terra. Referido constitucionalismo tem sido qualificado como um

constitucionalismo sin padres, se diferencia respecto del constitucionalismo anterior, en el campo de la legitimidad, por la naturaleza de las asambleas constituyentes. Desde las constituciones fundacionales latino-americanas –que, por otro lado, fueron más cercanas al liberalismo conservador que al revolucionario– América Latina había carecido de procesos constituyentes ortodoxos –esto es, plenamente democráticos– y, en cambio, había experimentado en multitud de ocasiones procesos constituyentes conducidos exclusivamente por las élites y alejados de la naturaleza democrática propia del auténtico poder constituyente. La evolución posterior del constitucionalismo latinoamericano del siglo XX, anterior a las nuevas constituciones, se fundamentó en el nominalismo constitucional y, con ello, en la falta de una presencia efectiva de la Constitución en el ordenamiento jurídico y en la sociedad. En general, las constituciones del viejo constitucionalismo no cumplieron más que los objetivos que habían determinado las élites: la organización del poder del Estado y el mantenimiento, en algunos casos, de los elementos básicos de un sistema democrático formal (VICIANO PASTOR; MARTÍNEZ DALMAU, 2012, p. 167).³⁸

Além desta importante característica, a qual diferencia o constitucionalismo latino-americano das Cartas Políticas anteriores, é fundamental que seja destacada a ênfase que o movimento concede para com os cuidados com natureza. Assim, o constitucionalismo latino-americano, entre outras propulsões, avulta as práticas das populações originárias, ou seja, dos povos indígenas que, por sua vez,

³⁸ Tradução livre: “constitucionalismo sem pais, difere-se do constitucionalismo anterior no campo da legitimidade, pela natureza das assembleias constituintes. Desde as constituições latino-americanas fundadoras - que, por outro lado, eram mais próximas do liberalismo conservador do que do liberalismo revolucionário - a América Latina carecia de processos constituintes ortodoxos - isto é, totalmente democráticos - e, por outro lado, havia experimentado em muitos ocasiona processos constituintes conduzidos exclusivamente pelas elites e longe do caráter democrático do autêntico poder constituinte. A evolução subsequente do constitucionalismo latino-americano do século XX, anterior às novas constituições, baseou-se no nominalismo constitucional e, com ele, na falta de uma presença efetiva da Constituição no ordenamento jurídico e na sociedade. Em geral, as constituições do antigo constitucionalismo não cumpriam mais do que os objetivos que as elites haviam determinado: a organização do poder do Estado e a manutenção, em alguns casos, dos elementos básicos de um sistema democrático formal.”

são ações que possuem uma conexão muito forte de respeito com o meio ambiente.

Dentro do constitucionalismo da América Latina, as Constituições do último ciclo (Equador e Bolívia) são as que mais evidenciam esta questão, uma vez que trazem em seu bojo os ideais do bem viver (viver bem)³⁹ e da natureza na condição de sujeito de direitos. Em termos específicos, as Constituições do Equador e da Bolívia propuseram uma refundação do Estado a partir do reconhecimento explícito das raízes milenares dos povos indígenas. Os povos não são reconhecidos tão somente como culturas diversas, mas como nações originárias dotadas de autodeterminação (FAJARDO, 2011).

A partir da identificação de uma crise, a população, em geral, reclamava por direitos sociais e por um papel ativo diante do poder das transnacionais, por exemplo. Referida demanda se traduziu em novos direitos que incorporaram o ponto de vista indígena, como a constitucionalização do direito ao bem viver. A Carta do Equador, inclusive, incorpora direitos para novos sujeitos, como é o caso da Pachamama, isto é, Mãe Terra (FAJARDO, 2011).

De tal modo, o constitucionalismo latino-americano, a partir deste olhar que traz um zelo para com o meio ambiente, aciona a percepção de que há demasiada exploração na natureza na região, uma vez que são exportadas vultosas quantias de matéria-prima (como minerais, por exemplo) para que outros países, fora da América Latina, industrializem e, assim, alimentem a sociedade consumocentrista.

De acordo com Gudynas (2009, p. 15), consoante as ideias clássicas acerca do desenvolvimento,

³⁹ “Para muitas comunidades ameríndias, isso se expressa nas formulações *gaman a* (aymara), *sumak kawsay* (quéchua), *küme mogen* (mapudungun), *teko porã* (guarani) – que podem ser vagamente traduzidas para o português como “viver bem” e que em espanhol vêm sendo traduzidas por expressões/conceitos como “*vivir bien*” ou “*buen vivir*”. Dizemos vagamente, pois “viver bem” não é apenas um conceito, uma ideia ou algo simplesmente traduzível. O “viver bem” nos remete a ontologias pré-coloniais, pré-americanas, pré-capitalistas. O “viver bem” é, antes de mais nada, um engajamento ético-existencial coletivo, uma implicação cosmopolítica, e por que não dizer também cosmopoética: algo que deve ser praticado e vivido, diuturnamente, em comunidade. O “viver bem” pode ser uma maneira de pensar a comunidade para além do humano, para além do que é estritamente perceptível e imediatamente presente, e nisso é também uma projeção, uma invenção de mundos futuros possíveis.” (GOETHE INSTITUT, 2021).

siempre se sostuvo que la riqueza en recursos naturales era una condición clave para permitir alcanzar mejores niveles de vida. En América Latina, muchos repetían que la abundancia en minerales, suelos fértiles, agua dulce y otros recursos bastaba para asegurar el camino a la prosperidad y el bienestar. Sin embargo, los países del continente, y entre ellos Ecuador, siguen sufriendo serios problemas sociales; persiste la pobreza y la desigualdad es evidente. Es como si esa riqueza se escurriera entre nuestras manos para perderse más allá de las fronteras, alimentando los ríos del comercio internacional, pero sin desencadenar un salto cualitativo en el desarrollo nacional.⁴⁰

Deste modo, em que pese o constitucionalismo latino-americano ainda seja de transição, estando em uma fase experimental, muito já se despertou em matéria de proteção ambiental em virtude da crescente ótica dos povos originários no corpo textual constitucional, afirmando a valorização do local. Este novo panorama permite que se migre de paradigma e faz com que as reflexões e atitudes consumocentristas sejam, ainda que timidamente, substituídas, a partir do reconhecimento da crise civilizatória experimentada para solidificar os principais pilares da sustentabilidade (*triple bottom line*).

Evidente que não se trata de uma mudança simples e instantânea, trata-se de um grande desafio. Eugenio Raúl Zaffaroni (2011, p. 136) é claro ao dizer que “[...] nuestra imaginación es pobre, porque nos movemos aún dentro del paradigma que niega derechos a todo lo no humano.”⁴¹ Esta visão antropocêntrica enraizada na sociedade consumocentrista, aos poucos, está sendo modificada na América Latina, entre outros motivos, por causa do constitucionalismo latino-americano, de tal modo que este movimento auxilia na compreensão da importância e da maneira de se promover a sustentabilidade.

⁴⁰ Tradução livre: “sempre foi defendido que a riqueza em recursos naturais era uma condição fundamental para alcançar melhores padrões de vida. Na América Latina, muitos repetiram que a abundância de minerais, solos férteis, água doce e outros recursos eram suficientes para garantir o caminho para a prosperidade e o bem-estar. No entanto, os países do continente, entre eles o Equador, continuam sofrendo graves problemas sociais; a pobreza persiste e a desigualdade é evidente. É como se aquela riqueza escorregasse por nossas mãos para se perder além das fronteiras, alimentando os rios do comércio internacional, mas sem desencadear um salto qualitativo no desenvolvimento nacional.”

⁴¹ Tradução livre: “nossa imaginação é pobre, porque ainda nos movemos dentro do paradigma que nega direitos a tudo que não é humano.”

Neste sentido, este movimento constitucional, de acordo com Aníbal Quijano (2005), faz parte de uma revolução da América Latina, a qual está aprendendo a se libertar do espelho eurocêntrico para deixar de ser o que não é. De tal modo, tem-se que o constitucionalismo latino-americano é, de fato, um dos caminhos para que seja efetivada a sustentabilidade, pois os “fundamentos do cenário latino-americano contribuem, inevitavelmente, para cenários de diálogo multicultural”, sendo assim, “[...] o olhar para raízes dos povos indígenas originários é o melhor caminho para o futuro, já que o paradigma do Buen Vivir ou Vivir Bien já trilha no horizonte da Sustentabilidade muito antes de conhecer a referida palavra.” (FORTES, 2017, p. 1361).

Como se pode observar o constitucionalismo latino americano, em sua perspectiva pode ser um dos caminhos para se vislumbrar a sustentabilidade na sociedade consumocentrista e, com isso, reduzir os problemas socioambientais existentes na atualidade.

4 Conclusão

Observou-se que o sistema social em que se vive é predatório e devastador, o capitalismo e o consumocentrismo permeiam as entranhas da sociedade eivando os seres humanos, que já não possuem uma real preocupação com a natureza e seus ciclos vitais e com os demais seres humanos e não humanos que compõem o planeta. A visão sistêmica, o se colocar no lugar do outro e no lugar da natureza já não é algo tão importante. Por esse motivo, os pilares que foram propostos para a efetivação da sustentabilidade acabam não se concretizando.

O constitucionalismo latino-americano vem como uma retomada de padrões, como a valorização do local, da ecologia, da Mãe Terra e do bem viver. A ruptura com o modelo predatório e a valorização das comunidades tradicionais dos povos originários se apresenta como um dos caminhos para se entender como se deve ser implementada a sustentabilidade.

Assim, a sustentabilidade e, por decorrência, a minimização dos problemas socioambientais na sociedade consumocentrista requer uma mudança de atitude e de percepção de qual é o caminho que se está seguindo e de quem se é dentro do planeta. Por isso a visão sistêmica é essencial.

Conclui-se que é cada vez mais importante assumir um compromisso para com a sustentabilidade, uma vez que a partir das críticas apontadas da sociedade consumocentrista e da visão do constitucionalismo latino-americano, nota-se que é urgente repensar o progresso, o capitalismo, os problemas socioambientais, bem como a sociedade consumocentrista sob pena de um cenário próximo ser fadado a muitos desastres.

Referências

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. **O que é Direito Ambiental: dos descaminhos da casa à Harmonia da Nave**. Florianópolis: Habitus, 2003.
- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coordinador). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI**. 1ª ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.
- FORTES, Larissa Borges. **A sustentabilidade e o pluralismo jurídico como principais elementos do novo constitucionalismo latino-americano**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017.
- GOETHE INSTITUT. **Bem viver ou viver bem**. Episódios do Sul. Disponível em: <
<https://www.goethe.de/ins/br/lp/prj/eps/epd/pt15153498.htm>> Acesso em: 24 mai. 2021.
- GUDYNAS, Eduardo. A modo de prologo. El buen vivir más allá del extractivismo. In: ACOSTA, Alberto. **La maldición de la abundancia**. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 15-16.
- KLABIN, Israel. Entrevista concedida por Israel Klabin, presidente da Fundação Brasileira para o Desenvolvimento Sustentável (FBDS) a Cristina Aragão. In.: SANSEVERINO, Eleonora Riva; SANSEVERINO, Raffaella Riva. VACCARO, Valentina. **Smart Cities Atlas**. Western and Eastern Intelligent Communities. Cham, Switzerland: Springer Tracts in Civil

- Engineering. Library of Congress Control Number: 2016952913, 2017.
- LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental**. Tradução Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2002.
- LEFF, Enrique. **Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade e poder**. Tradução Lúcia M. E. Orth. Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- LÉVY, Pierre. **A conexão planetária**. O mercado, o ciberespaço, a consciência. Tradução Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001.
- NALINI, José Renato. **Ética Ambiental**. Campinas: Millennium, 2001.
- PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide; PEREIRA, Henrique Mioranza Koppe. **Consumocentrismo e os seus reflexos socioambientais na sociedade contemporânea**. Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 6, p. 264-279, 2016.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: CLACSO, Consejo. **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, 2005.
- SCRUTON, Roger. **Filosofia verde: como pensar seriamente o planeta**. Tradução Maurício G. Righi. 1. ed. São Paulo: É realizações, 2016.
- VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.
- VICIANO PASTOR, Roberto; MARTÍNEZ DALMAU, Rubén. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: ÁVILA LINZÁN, Luis Fernando, ed. **Política, Justicia y Constitución**. Ed. 1a reimp. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La Pachamama y el humano. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **La naturaleza con derechos: De la filosofía a la política**. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, mayo de 2011.

Democracia e sociedade de informação: riscos e possibilidades

ILZVER DE MATOS OLIVEIRA⁴²

WILLIAM TIMÓTEO⁴³

1 Introdução

“As leis não bastam, os lírios não nascem das leis” é uma das frases de Carlos Drummond de Andrade mais reproduzidas por movimentos sociais que, mais do que o encanto que uma bela poesia gera, vêm expressos nesse jogo de palavras os anseios dos grupos que, crenes na ideia de que a mera criação de leis abstratas, de ficções jurídicas, não seria suficiente para garantir-lhes maior consideração social, reconhecimento, no melhor sentido honnethiano⁴⁴ e mais direitos, exigem justiça social, histórica e cognitiva reais⁴⁵.

É nesse contexto que se insere o presente artigo, fruto de reflexões sobre a ideia de que os direitos humanos, mais do que um dado em si, mais do que frutos do trabalho do legislador, são

⁴² Pós-doutor em Direito (UFBA). Doutor em Direito (PUC RIO). Mestre em Direito (UFBA). Mestre Sanduíche em Direito e Sociologia (Universidade de Coimbra). Bacharel em Direito (UFS). Professor do Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos e Políticas Públicas da PUC/PR. Presidente da Comissão da Verdade Sobre a Escravidão Negra da Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Sergipe (OAB/SE). Recebeu o Prêmio Direitos Humanos 2018, do Ministério dos Direitos Humanos. E-mail: ilzver.oliveira@pucpr.br

⁴³ Mestrando em Direitos Humanos (PUC/PR). Especialista em Direito do Trabalho (PUC Minas). Bacharel em Direito (UNIT/SE). Membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Proteção aos Direitos Humanos - UNIT/CNPq e do Grupo de Estudos e Pesquisa Constituição, Democracia e Direitos Fundamentais. Advogado. E-mail: williamtimoteo@hotmail.com.

⁴⁴ Axel Honneth, filósofo alemão, elabora a sua teoria do reconhecimento, originária filosoficamente na obra de Hegel, na obra “Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais” onde o reconhecimento é visto como uma forma de maior consideração dos sujeitos, pois o apporto levaria ao conflito social.

⁴⁵ Boaventura de Sousa Santos defende no seu pensamento pós-colonial que a superação dos ranços coloniais, ainda persistentes na nossa cultura, sociedade e política, exigem a superação de uma série de injustiças dentre elas a injustiça social, a histórica, a racial, de gênero e a cognitiva.

resultados de lutas sociais, assim como afirmam os teóricos críticos dos direitos humanos Joaquim Herrera Flores⁴⁶ e outros.

Nesse debate ainda inserimos a sociedade da informação, que como novo paradigma técnico-econômico, trouxe consigo inúmeras promessas que merecem uma reflexão mais aprofundada, pois, assim como o paradigma da modernidade, que, dentre tantas outras, fez promessas como o controle da natureza, a paz perpétua, a construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, também o novo paradigma se propôs a ampliar as possibilidades de vivência coletiva e individual, mas, como o paradigma anterior, as promessas do novo paradigma, sob pena de não se cumprirem, não podem ignorar os obstáculos técnicos, sociais, econômicos, políticos, normativos aos seus propósitos, sobretudo quando se relacionam a grupos vulnerabilizados histórica, social e cognitivamente.

Partindo desses pressupostos e diante do fato de que o surgimento da sociedade da informação tem suscitado a necessidade de repensar importantes aspectos relativos à justiça, à democracia, à liberdade, à privacidade e à tecnologia, nossa proposta é, a partir de experiências oficiais e dos movimentos sociais nas temáticas do acesso à informação, transparência e controle da despesa pública, apresentar uma espécie de relatório e, ao mesmo tempo, contra-relatório, sobre como pode ser avaliada a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Acesso à Informação, pois, cremos ser fundamental um outro olhar⁴⁷ sobre essa problemática, para que o Estado, mas também a sociedade civil, possam aprimorar e especializar cada qual a sua atuação.

Para isso, no texto inicialmente apresentamos os marcos constitucionais e legais sobre transparência e acesso à informação, com destaque para as normas que em Sergipe tornaram possível a materialização de uma política pública de acesso à informação pública e que oportunize o controle dos gastos públicos pela sociedade.

⁴⁶ É autor da obra “A (re)invenção dos direitos humanos” nos convoca para a construção de uma nova compreensão de direitos humanos que abandone a ideia de que são concessões estatais nacionais ou internacionais e assume a visão de que são fruto de lutas sociais, processos de lutas, resultados provisórios de lutas sociais diante das dificuldades verificadas diante do desejo de acesso a determinado bem vital.

⁴⁷ Para os teóricos da teoria crítica o mundo não pode ser reduzido ao que se sabe do mundo, pois, há inúmeras outras possibilidades.

Em seguida, levantamos e analisamos alguns dos principais instrumentos de transparência e controle que emergiram oficialmente em Sergipe após a Lei de Acesso à Informação, especificando sua base legal, estrutura, mecanismos de funcionamento, dados de eficiência e outros elementos capazes de demonstrarem como tais instrumentos interferem na nossa sociedade e tentado localizar o estado de Sergipe no contexto nacional, de modo a permitir um estudo comparativo com vistas à elaboração de planos e projetos para o futuro dessas ações, programas e políticas de acesso à informação pública na nossa região.

Por fim, apresentamos três experiências fora do Estado, para pensar os problemas do acesso à informação pública na democracia brasileira: a experiência do “Projeto de Jornalismo sobre Corrupção e Crime Organizado”, a experiência da organização “Artigo 19” através da análise do seu estudo “Identidade revelada: entraves na busca por informação pública no Brasil” e a experiência de controle social do orçamento público no tema dos direitos da infância e da adolescência através da atuação do Fórum dos Direitos da Criança e do Adolescente.

2 Marcos constitucionais e legais sobre transparência e acesso à informação

A Constituição utiliza o termo “transparência” uma única vez. É no Art. 236-A, parágrafo 1º, inciso IX, que a expressão é alçada ao status de princípio constitucional orientador do Sistema Nacional de Cultura.

Porém, é fato que mesmo não explícita em outras partes do texto constitucional, a transparência é amplamente reconhecida pela doutrina jurídica nacional como gênero do qual são espécies outros princípios como publicidade, moralidade, eficiência, legalidade, insertos no Art. 37⁴⁸, dentre outros dispersos pela constituição que tratam, por exemplo, de democracia, participação popular e dignidade humana⁴⁹:

⁴⁸ Segundo o Art. 37 são princípios da administração pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

⁴⁹ Segundo o Art. 1º da Constituição Federal a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. E no seu parágrafo único, que todo o poder

Mesmo que não conste na literalidade como princípio da Administração Pública [...] tem-se que o mesmo deriva da interpretação sistêmica da Carta Magna e que a existência de regras e subprincípios relativos à transparência indicam-no, também, como princípio regente da Administração Pública pátria. [...] Ele é considerado mais amplo que o princípio da publicidade e dessa construção jurídica é que exsurge a conclusão de que na Administração a transparência é a regra, enquanto o sigilo a exceção. (ARRUDA NETO, 211, p.84-86).

E foi assim que o Art. 163⁵⁰ mandou e a Lei Complementar nº 101/2000 estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e fez emergir entre nós a Lei de Responsabilidade Fiscal.

É no Capítulo IX, Seção I, que a lei destaca o tema da transparência da gestão fiscal, lista seus instrumentos, ordena sua ampla divulgação e estabelece o uso das novas tecnologias para garantia do seu acesso público. Efetivamente os instrumentos inicialmente listados são: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos. Mas, a própria lei não limita nesses os instrumentos possíveis para a garantia da transparência e destaca a obrigatoriedade de União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sob o risco de penalizações, assegurar: 1) a participação popular e das audiências públicas durante os processos de elaboração e discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos; 2) a disponibilização pública de informações detalhadas sobre execução orçamentária e financeira em meios eletrônicos; e 3) a adoção de sistema integrado de administração financeira e controle. (BRASIL, 2000, s.n.).

Além das derradeiras determinações:

emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁵⁰ É o artigo que inaugura o Capítulo II do Título VI, da Constituição Federal, traçando normas gerais sobre finanças públicas.

Art. 48-A. Para os fins a que se refere o inciso II do parágrafo único do art. 48, os entes da Federação disponibilizarão a qualquer pessoa física ou jurídica o acesso a informações referentes a: I – quanto à despesa: todos os atos praticados pelas unidades gestoras no decorrer da execução da despesa, no momento de sua realização, com a disponibilização mínima dos dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa física ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado; II – quanto à receita: o lançamento e o recebimento de toda a receita das unidades gestoras, inclusive referente a recursos extraordinários.

Art. 49. As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade. (BRASIL, 2000, s.n.).

Essas definições da Lei de Responsabilidade Fiscal encontraram eco também na Lei de Acesso à Informação – Lei 12.527/2011 – que dispõe sobre os procedimentos a serem observados pelas entidades componentes da República Federativa do Brasil, com o fim de garantir o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º⁵¹, no inciso II do § 3º do art. 37⁵² e no § 2º do art. 216⁵³ da Constituição Federal. (BRASIL, 2011, s.p.).

A Lei de Acesso à Informação definiu que os procedimentos para esse acesso deveriam seguir os princípios básicos da administração pública e a diretrizes específicas da própria legislação: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V -

⁵¹ Esse artigo distingue a informação pública da informação personalíssima, além de definir o que é cláusula de sigilo.

⁵² O dispositivo constitucional define norma de aplicabilidade mediata e eficácia limitada que exigia, para sua plena eficácia, a regulamentação do acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo. Essa norma regulamentadora veio em 2011 (Lei 12.527) conforme explicita o texto.

⁵³ Diz que “§ 2º Cabem à administração pública, na forma da lei, a gestão da documentação governamental e as providências para franquear sua consulta a quantos dela necessitem”.

desenvolvimento do controle social da administração pública. (BRASIL, 2011, s.p.).

Além disso, a Lei de Acesso à Informação firmou conceitos necessários à boa aplicação da norma, tais como, informação, documento, informação sigilosa, informação pessoal; tratamento da informação, disponibilidade, autenticidade, integridade, primariedade e prescreve que é dever do Estado garantir o direito de acesso à informação mediante procedimentos objetivos, ágeis, transparentes, claros e em linguagem de fácil compreensão. (BRASIL, 2011, s.p.).

No Governo de Sergipe o acesso a documentos e informações públicas, nos termos da Lei Federal nº 12.527, foi regulamentado inicialmente através da Instrução Normativa Conjunta n.º 001/2012 – PGE/CGE/SECG e posteriormente através do Decreto n.º 30.947/2017. (CGU, 2018; TRANSPARÊNCIA SERGIPE, 2018).

No âmbito do Tribunal de Justiça a exigência de cumprimento da Lei de Acesso à informação é suplementada pela Resolução 215/2015 do Conselho Nacional de Justiça, com apoio da Resolução 30/2015 e da Resolução 15/2004 do Tribunal (TJSE, 2018; TRANSPARÊNCIA SERGIPE, 2018).

O Ministério Público do Estado de Sergipe tem nas Portarias 1549/2015 que regulamenta o acesso à informação e cria o Serviço de Informação ao Cidadão - SIC no âmbito do órgão e a Portaria 1550/2015 que disciplina o fornecimento de informação ao cidadão através de cópias físicas de documentos, seguindo determinações da Resolução 86/2012 do Conselho Nacional do Ministério Público (TRANSPARÊNCIA SERGIPE, 2018).

A Assembleia Legislativa informa no seu portal que aplica a Lei de Acesso à Informação e que pratica a transparência desde 2008, mesmo antes da legislação específica. (ALESE, 2018).

Destacamos que não localizamos em Aracaju e, em nenhum outro município do estado, legislação específica sobre acesso à informação. Cremos que esse fato guarda conexão com a existência de controvérsia judicial sobre o tema, como estampado no estudo “A Lei de Acesso à Informação nos Tribunais brasileiros” que aponta que no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 17 ações diretas de inconstitucionalidade foram manejadas por prefeitos inconformados com leis de acesso à informação aprovadas pelas Câmaras de Vereadores. Destas, treze foram deferidas e 4 indeferidas. (TEIXEIRA, 2017, p.19).

As leis tiveram os mais variados temas, desde obrigar o município a divulgar nos portais de transparência informações sobre servidores, unidades e postos de serviços municipais, sobre alvarás de funcionamento de estabelecimentos comerciais, sobre programas de bolsa para atletas, sobre lista de pacientes que aguardam consultas, exames e cirurgias no sistema público municipal, sobre relação de medicamentos em estoque, até obrigação de divulgação em loco, através da fixação de cartazes, de cardápio da merenda escolar, de informações sobre crimes como pixação e pedofilia. O intuito sempre o mesmo: efetivar o dever de transparência na gestão pública. As prefeituras, porém, pediram na justiça a declaração da inconstitucionalidade de tais leis sob o argumento de que: i) invadiam a competência exclusiva do chefe do executivo para tratar de tema da administração pública, violando o princípio da separação dos poderes; e ii) criavam despesas orçamentárias sem a indicação de sua fonte de custeio. (TEIXEIRA, 2017, p.19).

Assim, Constituição, traçando o plano geral de deveres, direitos e garantias, definindo regras, princípios e postulados, demandando a ação estatal e a produção legislativa, conjuntamente com o trabalho do legislador infraconstitucional, atendendo às demandas da letra da constituição, saindo da inércia e cumprindo o seu dever de afastar a síndrome da inefetividade das normas constitucionais, doença que comumente acomete o legislador brasileiro que, mesmo diante de comandos normativos obrigatórios permanece silente, inerte ou trabalha ineficazmente, conformaram-se os aportes para a ampliação da nossa experiência com o controle social da atividade pública.

Porém, como dissemos na abertura desse estudo e tornamos a repetir, assim como alerta Norberto Bobbio (2004) o maior problema das democracias atuais não é a falta de leis, não é a ausência de direitos, é, sim, não reconhecê-los.

3 Instrumentos de transparência e controle em Sergipe

O postulado de que a governança pública contemporânea exige participação social direta, na construção e execução de políticas públicas, ou indireta, na fiscalização da sua implementação pelos órgãos estatais, está estampado na apresentação do Observatório de Sergipe. (OBSERVATÓRIO DE SERGIPE, 2018, s.n.).

Os mecanismos de participação podem incluir audiências públicas, conselhos e conferências setoriais, parcerias com o Terceiro Setor, eleições e contempla também diversos tipos de mídias, com destaque para as disponibilizados via internet. Além disso, quaisquer que sejam os meios de participação social e de gestão do Estado, o acesso a dados e informações é inerente e crucial ao planejamento governamental, à tomada de decisão e ao ciclo de políticas públicas, que engloba a elaboração, o monitoramento e a avaliação de políticas públicas. Atualmente, a dinâmica cada vez mais complexa, interdependente e baseada em tecnologias de informação da sociedade contemporânea, impõe ainda mais que o acesso à informação seja tempestivo, acessível a toda a sociedade e alinhado às inovações tecnológicas. No Brasil, leis como a da Transparência (Lei nº 131/2009) e do Acesso à Informação (Lei nº 12.527/2011) incentivam, cada vez mais, uma postura de transparência ativa e de dados abertos por parte do Estado. (OBSERVATÓRIO DE SERGIPE, 2018, s.n.).

O Observatório surge como instrumento de atuação da Superintendência de Estudos e Pesquisas – SUPES – integrante da estrutura organizacional da Secretaria de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão – SEPLAG. (OBSERVATÓRIO DE SERGIPE, 2018, s.n.).

A SUPES tem o papel de desenvolver e manter sistemas de dados e informações gerais sobre o estado, abrangendo a elaboração de estudos, pesquisas, estatísticas, levantamentos geográficos, cartográficos e de geoprocessamento aplicados às políticas públicas. O desafio institucional é formar bases de conhecimento nessas áreas para subsidiar o planejamento governamental, o desenvolvimento e a gestão de políticas públicas, condições fundamentais para o desenvolvimento social e econômico de Sergipe, além de permitir que a população sergipana possa conhecer melhor o seu estado. (OBSERVATÓRIO DE SERGIPE, 2018, s.n.).

Assim, o Observatório de Sergipe tem como premissas fundamentais a modernização tecnológica e a disseminação da informação suas premissas fundamentais “para enfrentar os desafios do novo ciclo de gestão, calcado na integração das políticas públicas, na consolidação da participação popular e na modernização da gestão pública”. (OBSERVATÓRIO DE SERGIPE, 2018, s.n.).

O trabalho do Observatório, cuja missão institucional é a de “consolidar e difundir o sistema de dados e de informações socioeconômicas do estado, contribuindo para a gestão, o planejamento governamental, a democratização do acesso à informação e o desenvolvimento de Sergipe”, é desenvolvido a partir da articulação interdisciplinar do trabalho de estudos e análises de 3 núcleos: 1) o Núcleo de Estatística que “coleta, agrupa e disponibiliza informações estatísticas, sociais e econômicas sobre Sergipe, com vistas a subsidiar o planejamento estadual e atender a solicitações da sociedade”; 2) o Núcleo de Geografia e Cartografia que “coordena a produção e o geoprocessamento de informações geográficas e cartográficas, realizando estudos geográficos sobre Sergipe que subsidiem políticas governamentais, além de disponibilizar as informações produzidas à sociedade”; e o Núcleo de Estudos e Pesquisas que “coordena a elaboração de pesquisas, diagnósticos, estudos econômicos, sociais, conjunturais, demográficos, setoriais, municipais e territoriais, com vistas à formulação e avaliação de políticas e dos resultados de intervenções governamentais”. (OBSERVATÓRIO DE SERGIPE, 2018, s.n.).



(OBSERVATÓRIO DE SERGIPE, 2018, s.n.).

No portal do Observatório é possível acessar informações em 3 abas específicas: “Pesquisas e Estudos”, “Estatística” e “Geografia e Cartografia”.

Na aba “Pesquisas e Estudos” são publicizadas informações sobre os seguintes temas: 1) PIB (Estadual e Municipal); 2) Panorama da Economia Sergipana (PES); 3) Notas Técnicas; 4) Estudos Especiais; 5) Indicadores de Desenvolvimento Sergipano (IDS); 6) Enciclopédia dos Municípios Sergipanos; 7) Panorama Energético de Sergipe; 8) Radares (do Emprego e do Comércio Exterior).

A seguinte aba, “Estatísticas”, temos: 1) Sergipe em números; 2) Base de dados (Dados Estaduais – Dados demográficos e Dados econômicos e sociais); 3) Projeções e estimativas populacionais; 4) Tábuas de mortalidade.

Por fim, a última aba, “Geografia e Cartografia” os dados são apresentados em: 1) Base Cartográfica de Sergipe; 2) Dados Geoespaciais; 3) Mapas e Cartogramas; 4) Publicações de Geografia e Cartografia.

É, como podemos verificar, rica e diversificada a base de dados e análises do Observatório e sua potencialidade de ampliar seu espectro de análise para temas outros, tais como, o que ora abordamos nesse texto, que não está presente em nenhum dos estudos expostos no portal, como pudemos registrar a partir da busca individual em cada aba e através do instrumento de busca do próprio portal.

É efetivamente no portal “Transparência Sergipe” e na aba de serviços do portal do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe em “Quadro de indicadores municipais” que encontramos informações mais específicas que permitem ao cidadão o acompanhamento da execução orçamentária e financeira dos programas de governo.

O portal “Transparência Sergipe”, mesmo antes de todos os relatórios financeiros, de despesas e receitas, das informações sobre pessoal, sobre licitações e contratos, repasses federais, transferências aos municípios e aos poderes, e do fornecimento de acesso livre e digital ao plano plurianual, à lei orçamentária e à lei de diretrizes orçamentárias, exalta a definição de transparência pública que o sustenta, pois ela:

[...] transcende o princípio da publicidade porque não se satisfaz com a simples publicação dos atos de gestão em veículo oficial de imprensa, pois é mais completa, mais exigente e deve informar e comunicar-se com a sociedade. Portanto dar transparência da gestão

é compartilhá-la e democratizá-la com os cidadãos, na busca contínua do seu aperfeiçoamento. (TRANSPARÊNCIA SERGIPE, 2018, n.p.).

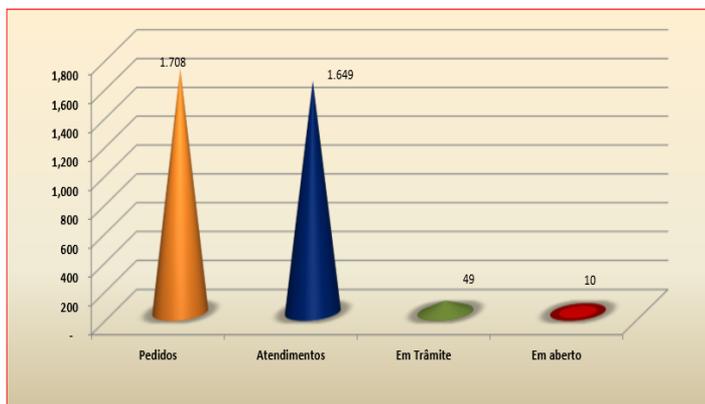
E prossegue dizendo que a transparência instrumentaliza o exercício da cidadania e o controle social da Administração Pública, pois, “ao tornar-se transparente a gestão submete-se à crítica e ao exame da população e, por conseguinte, contribui para o fortalecimento do Estado democrático de direito e ao controle social”. (TRANSPARÊNCIA SERGIPE, 2018, n.p.).

No portal é possível identificar ainda o e-SIC - Sistema Eletrônico do Serviço de Informações ao Cidadão – que permite que qualquer pessoa, física ou jurídica, encaminhe pedidos de acesso à informação pública para os órgãos e entidades do Poder Executivo Estadual, acompanhe o pedido, consulte a resposta e recorra. (TRANSPARÊNCIA SERGIPE, 2018, n.p.).

O portal contém, ainda, um levantamento de dados sobre os pedidos de informação e respostas registrados no e-Sic, reproduzimos abaixo os principais.

Acesso à Informação Pública - Transparência Passiva
Estatística Mensal de Atendimento - Art. 30, III, da Lei nº 12.527/2011
Ref.: MAIO/ 2018

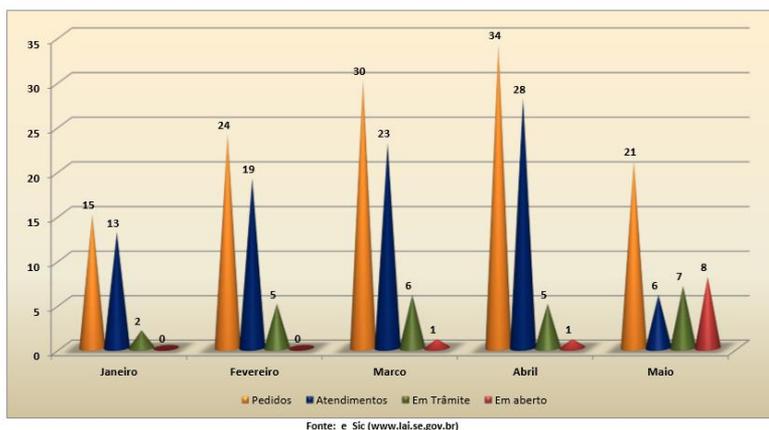
Gráfico 1: Acompanhamento Geral dos Pedidos - Maio 2012 a Maio/2018



Fonte: e_Sic (www.lai.se.gov.br)

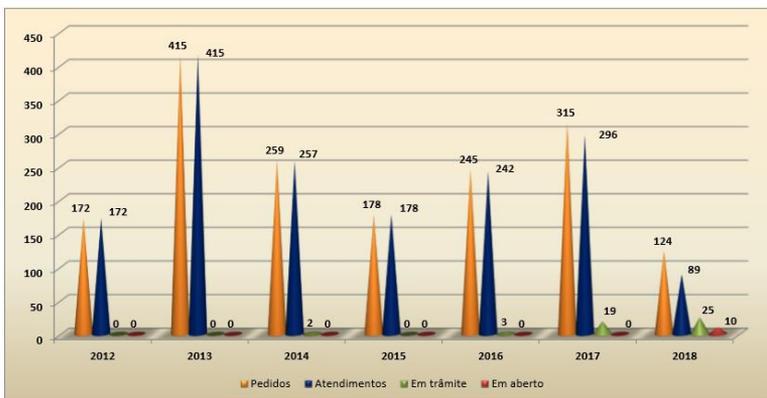
Inicialmente são expostos os números gerais de acompanhamento de pedidos no período de vigência da Lei de Acesso à Informação. Em Sergipe esses números alcançam 1.708 pedidos. Comparando-se aos estados que estão no mesmo ranking que Sergipe, temos: a) Goiás teve em 2017 um total de 5.012 pedidos, e em entre janeiro e maio de 2018 são 1.776 pedidos; b) Mato Grosso teve entre 2012 e 2018 ao todo 1.210 solicitações; c) Minas Gerais em 2017 teve 4.201 pedidos e em 2018 não há informações; d) Piauí teve 1.091 pedidos entre 2013 e 2017 e em 2018 não há dados. Então temos estados com mesma nota de avaliação e variações consideráveis na quantidade de pedidos que têm processado. Com o auxílio do Gráfico 7, apresentado abaixo, que traz dados sobre os demais estados, temos um panorama visual que permite analisar os aspectos envolvidos nesse desequilíbrio e vários outros aspectos, tais como a espacialidade e os contrastes que regionalmente podem ser identificados nos pedidos de acesso à informação.

Gráfico 2: Exercício 2018 - Acompanhamento Mensal dos Pedidos



Os Gráficos 2, 3 e 4 nos permitem analisar a evolução mensal, anual e acumulada dos pedidos, dos atendimentos, além dos pedidos em trâmite e dos pedidos abertos. O Gráfico 2 apresenta essa evolução nos meses de janeiro a maio de 2018.

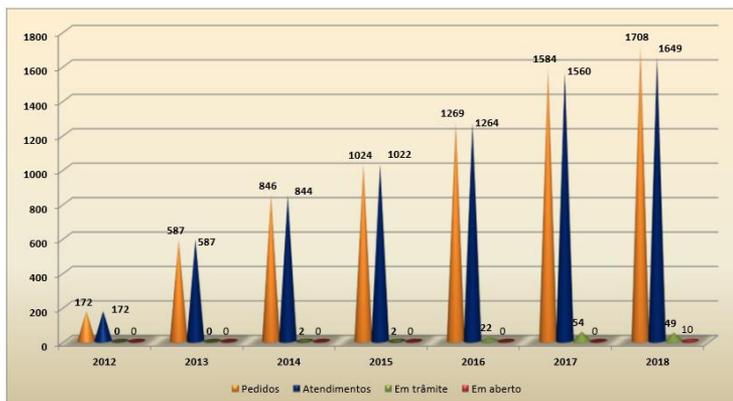
Gráfico 3: Acompanhamento Anual dos Pedidos – Período Maio/2012 a Maio/2018.



Fonte: e_Sic (www.laj.se.gov.br)

O Gráfico 3 mostra as variações anuais dos pedidos, dos atendimentos, dos pedidos em trâmite e abertos e o Gráfico 4 nos permite visualizar como que o panorama aponta um crescimento desses dados, de modo que nos atenta para a especialização no trato com esses dados e com suas conseqüências.

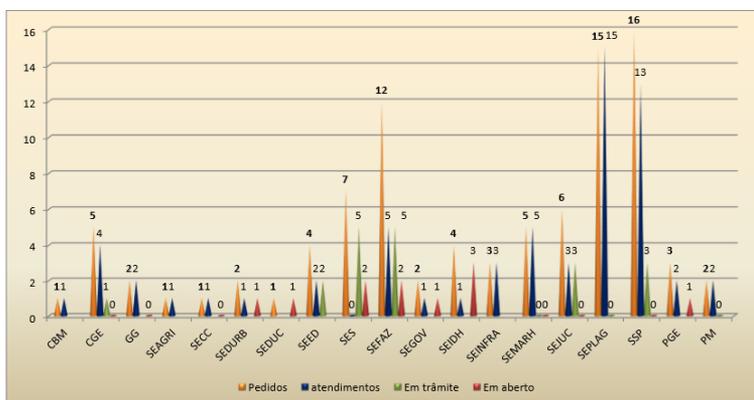
Gráfico 4: Acompanhamento Anual Acumulado dos Pedidos – Período Maio/2012 a Maio/2018



Fonte: e_Sic (www.laj.se.gov.br)

Os Gráficos 5 e 6 apresentam a distribuição da demanda de pedidos entre os órgãos da administração direta e indireta e como eles processam essas solicitações do ponto de vista numérico.

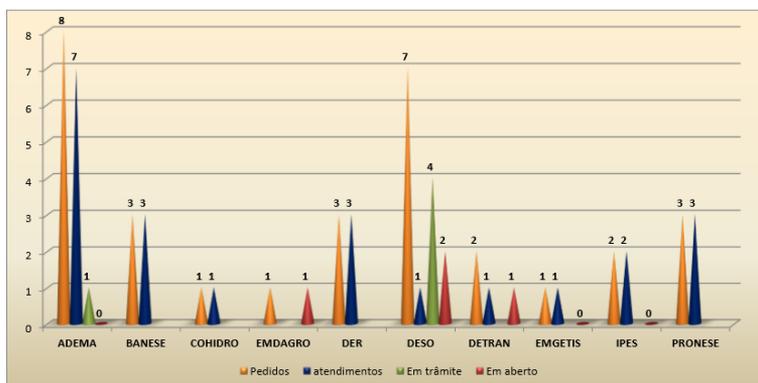
Gráfico 5: Pedidos por Órgão da Administração Direta – Maio/2018



Fonte: e_Sic (www.laj.se.gov.br)

O destaque entre os órgãos da administração direta vai para a Secretaria de Segurança Pública, a Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão e para a Secretaria da Fazenda, que são os mais demandados.

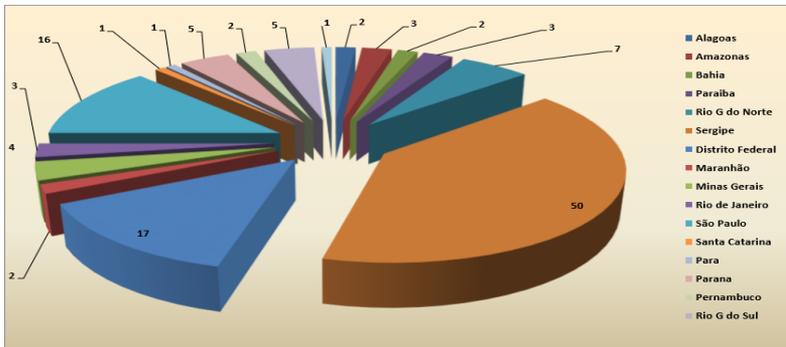
Gráfico 6: Pedidos por Entidade Órgão da Administração Indireta – Maio/2018



Fonte: e_Sic (www.laj.se.gov.br)

Os Gráficos 7, 8 e 9 trazem dados sobre a distribuição dos pedidos por unidade da Federação, por assunto e por tipo de demandante (personalidade jurídica e sexo), respectivamente. Os dados demonstram que Santa Catarina, Distrito Federal e São Paulo compõem a tríade de estados com maiores demandas.

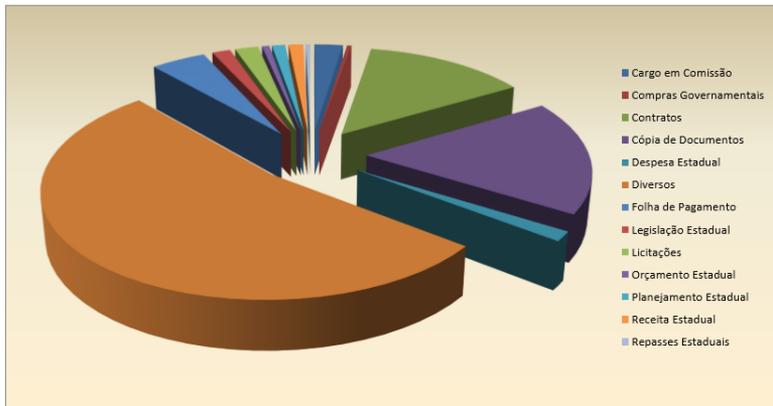
Gráfico 7: Pedidos por Ente Federativo – Maio /2018



Fonte: e_Sic (www.lai.se.gov.br)

Há um predomínio dos pedidos em três campos temáticos: receita, orçamento e contratos. Além disso, a maioria dos pedidos advêm de homens – 75% do total – contra 46% de mulheres.

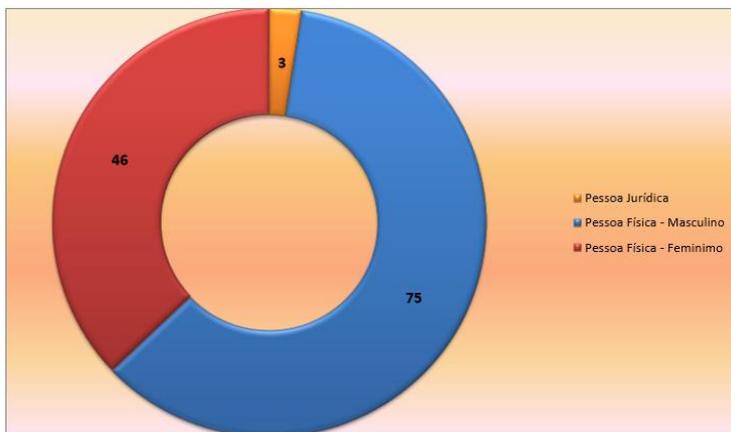
Gráfico 8: Pedidos por Assunto – Maio 2012 a Maio/2018



Fonte: www.lai.se.gov.br

Esses dados, em conjunto com análises qualitativas e etnográficas podem auxiliar na compreensão desse fenômeno, por isso a importância da promoção e do estímulo às pesquisas que tenham como foco essa temática.

Gráfico 9: Pedidos por Tipo de Pessoa – Maio 2012 a Maio/2018



Fonte: www.lai.se.gov.br

Além do portal da Transparência, na aba de serviços do portal do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe em “Quadro de indicadores municipais” a informação é sobre o ranking da transparência dos seguintes órgãos: Poder Executivo Estadual; Poder Judiciário Estadual (Tribunal de Justiça e Ministério Público); Poder Legislativo Estadual (Assembleia Legislativa); Poder Executivo dos Municípios; Poder Legislativo dos Municípios. (TCESE, 2018).

O ranking é apresentado a partir de mapas em cores que vão do vermelho (inexistente) ao verde (excelente), passando pelo laranja (crítico), amarelo (insatisfatório) e azul (satisfatório). (TCESE, 2018).

Analisando o portal percebemos que ausência total de informações sobre ranking referentes ao Poder Executivo Estadual e ao Ministério Público; informações apenas sobre ranking na Capital nos casos do Tribunal de Justiça, à Assembleia Legislativa e ao Tribunal de Contas; informações amplas sobre o ranking nos Poderes Executivo e Legislativo dos Municípios. (TCESE, 2018).

No caso do Tribunal de Justiça há uma seção no seu portal que traz os relatórios estatísticos da quantidade de pedidos de informação recebidos, atendidos e indeferidos, bem como as informações genéricas sobre os solicitantes em atendimento ao art. 30, inciso III, da [Lei n.º 12.527/2011](#) e art. 41, inciso III, da Resolução nº 215/2015 do CNJ. No relatório do ano de 2017, que abarca a análise do período entre 1º de janeiro e 31 de dezembro daquele ano, o levantamento de

dados quantitativos é feito com base em três objetivos: identificar qual a forma de contato utilizada para o pedido de informações; quem solicitou a informação e; o resultado da solicitação. Os dados, assim, apontam que foram recebidos vinte e dois pedidos de informação de 9 tipos de solicitantes distintos com dezoito deferimentos, conforme estatísticas que apresentamos abaixo:

TABELA 1 – Pedidos de informação – Forma de contato

Forma de contato	Quantidade
E-mail	04
Formulário eletrônico	17
Presencial	00
Telefone	01
TOTAL	22

O levantamento aponta na Tabela 1 o uso preferencial do formulário eletrônico, confirmando as exigências das normas regulamentadoras da matéria ao considerarem o uso dos meios de comunicação digital como cruciais no processo de concretização do acesso amplo à informação pública.

TABELA 2 – Pedidos de informação – Tipo de solicitante

Forma de contato	Quantidade
Parte	05
Cidadão	10
Estagiário	00
Servidor	00
Advogado	00
Magistrado	00
Prestador de serviço	00
Órgão externo	06
Anônimo	01
TOTAL	22

O levantamento distingue parte processual, de cidadão, fornecendo dados na Tabela 2 que apontam para uma prevalência de pedidos advindos dessa categoria. É um elemento interessante de análise, pois nos faz crer que as pessoas estão atentas à possibilidade de controle da administração e de seus órgãos, sobretudo com as facilidades proporcionadas pelas novas mídias no campo da comunicação. Destacamos, ainda, que órgãos outros, externos ao

poder público, também têm demandado significativamente através do sistema de acesso à informação pública.

TABELA 3 – Pedidos de informação – Resultado do pedido

Forma de contato	Quantidade
Recurso - Deferido	00
Recurso - Indeferido	02
Recurso – Não cumprimento dos prazos	00
Deferido	18
Indeferido – Art. 10 da Lei nº 12.527/2011 - Anônimo	01
Indeferido – Art. 11 da Resolução 15/2004 ⁵⁴ .	01
Indeferido – Classificada com Sigilo	00
Indeferido – Processo Judicial em segredo de justiça	00
Indeferido – Informação impossível	00
TOTAL	22

A Tabela 3, apesar de inicialmente aparentar inserir muito mais possibilidades de rejeição à demanda por informações que o desejo de concedê-las, numa análise geral faz emergir uma compreensão de que o cidadão, aquele que mais acessa o sistema, sabe exatamente que tipo de informação é passível de ser acessada para a garantia do seu direito constitucional. Nos dados apresentados vemos que apenas 2 solicitações foram indeferidas por incidirem em impossibilidades legais, enquanto 18 foram deferidas porque amplamente se enquadraram nos requisitos apontados nas leis vigentes sobre o tema.

Essa mesma estrutura e objetivos são observados nos relatórios dos anos anteriores, acessíveis no portal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, anualmente, desde 2012. De modo que verificamos que metodologias e análises que debatam esses dados e tragam outros elementos para a apreciação da efetividade da política de acesso à informação do órgão podem ser manejadas a partir da

⁵⁴ O Art. 11 da Resolução 15/2004 do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe foi crescendo pela Resolução 30/2015 do mesmo Tribunal para definir como insuscetíveis de atendimento os pedidos: I - que não possuam critérios objetivos e pedido definido; II - que solicitem informações cujo fornecimento não seja de competência da unidade ou do Tribunal; III - que sejam referentes a informações protegidas pelos sigilos fiscal, bancário e telefônico; IV - que ponham risco à vida, segurança ou a saúde da população; V - que sejam relativas a laudos médicos, avaliação de desempenho, estágio probatório e procedimentos disciplinares em andamento.

verificação de experiências de êxito empreendidas por outros órgãos oficiais ou por grupos e movimentos sociais organizados.

A Escala Brasil Transparente – EBT - é uma dessas metodologias de medição da transparência pública em estados e municípios brasileiros. Ela foi desenvolvida para subsidiar o Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União – CGU – no cumprimento das competências que lhes confiaram, dentre outras, a Lei de Responsabilidade Fiscal e Lei de Acesso à Informação. (CGU, 2018).

A EBT avalia o grau de cumprimento de dispositivos da Lei de Acesso à Informação (LAI). Suas três versões concentram-se na transparência passiva e por isso foram realizadas solicitações reais de acesso à informação aos entes públicos avaliados. A partir da EBT, a CGU pretende aprofundar o monitoramento da transparência pública e gerar um produto que possibilite o acompanhamento das ações empreendidas por estados e municípios no tocante ao direito de acesso à informação. (CGU, 2018, s.p.).

A primeira versão da Escala Brasil Transparente - EBT - foi realizada entre doze de janeiro e vinte e quatro de abril de 2015 – avaliação e revisão única no mesmo período - nos municípios com até 50 mil habitantes e entre trinta e um de março e 4 de maio de 2015 nos Estados e Capitais do país. Foram avaliadas 519 entidades ao todo: 465 municípios, as 27 capitais – incluindo Brasília – e, os 26 estados da federação, mais o Distrito Federal. (CGU, 2018).

Na EBT seguinte a avaliação – vinte e sete de julho de 2015 a quatorze de agosto de 2015 - foi seguida de duas revisões – primeira, entre quatorze de agosto e 1º de setembro de 2015 e a segunda, de 4 de setembro a 9 de outubro de 2015, diferenciando-se da primeira EBT nesse aspecto, já que na anterior foi realizada apenas uma revisão e no mesmo período da avaliação. Nessas etapas foram avaliadas 1.614 entidades: 1.560 municípios, todas as 26 capitais e Brasília e, Distrito Federal e os 26 estados membros. (CGU, 2018).

Entre vinte e sete de junho e vinte e seis de agosto de 2016 ocorreu a avaliação da terceira versão da Escala Brasil Transparente, cuja dupla revisão ocorreu entre vinte e nove de agosto e 7 de outubro de 2016 e entre 10 de outubro e dezesseis de janeiro de 2017. Foram avaliados 2.355 entes federativos: 2.301 municípios, as capitais, os estados, Brasília e o Distrito Federal. (CGU, 2018).

Nessa última versão da EBT, o panorama dos governos estaduais mostra que o estado de Sergipe está na décima nona posição no ranking com nota de avaliação 9,58, que corresponde à mesma nota dos estados de Goiás, Mato Grosso, Minas Gerais e Piauí, porém, diferenciando-se pelo fato de que Sergipe apresenta variação de + 7,50 em relação à 2ª avaliação, quando obteve nota 2,08, o que o coloca como o estado com maior variação entre as duas avaliações, juntamente com o Mato Grosso do Sul. (CGU, 2018).

É fato que, como notícia o Portal Transparência Sergipe, considerando que entre o 1º e o décimo segundo colocado a nota é máxima, compondo o grupo de estados nota 10,0, e que o décimo terceiro e o décimo quarto possuem a mesma pontuação, estados com nota 9,72, teríamos então Sergipe no grupo seguinte, de estados nota 9,58, o que o colocaria em tese numa 3ª posição no ranking, mas, oficialmente, no checklist dos estados, contido no portal da CGU, a posição do estado na EBT é apontada como a décima quinta, juntamente com todos os outros estados que obtiveram a mesma nota. (CGU, 2018).

A nota da EBT é alcançada a partir da coleta de respostas às seguintes 7 questões: 1) Foi localizada regulamentação da LAI? 2) Na regulamentação há previsão de recurso? 3) Foi localizada alternativa de SIC físico? 4) Foi localizada alternativa de SIC eletrônico? 5) Foi localizada possibilidade de acompanhamento dos pedidos? 6) Os pedidos foram respondidos no prazo? 7) A resposta correspondeu ao que foi perguntado?

Na segunda avaliação Sergipe teve resposta negativa em 5 dos 7 itens. As perguntas 3, 4, 5, 6 e 7 levaram o estado a alcançar a nota 2,08, fato que nos alerta para a urgência de se pensar o acesso à informação seriamente no contexto em que vivemos, evitando retrocessos e ampliando as possibilidades de aprofundamento e intensificação da nossa experiência democrática.

4 O acesso à informação como problema para as democracias de baixa intensidade⁵⁵

⁵⁵ Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer, na Introdução à obra “Democratiza a Democracia: os caminhos da democracia participativa”, descrevem e analisam práticas que levam a sério a aspiração democrática “recusando-se a aceitar, como democráticas, práticas que são a caricatura da democracia e, sobretudo, recusando aceitar como fatalidade a baixa intensidade democrática que o modelo hegemônico sujeitou a participação dos cidadãos na vida política” (2003, p.73), ou

Fevereiro de 2018, Bratislava, Eslováquia. A polícia investiga o paradeiro do jornalista eslovaco Jan Kuciak e de sua namorada. O sumiço do casal foi informado à polícia por seus parentes, angustiados com a falta de notícias. Após algumas horas, os corpos são encontrados com marcas de tiros na casa onde eles moravam em Velka Maca - 45 quilômetros a leste de Bratislava. Kuciak realizava uma matéria de jornalismo investigativo sobre um grupo mafioso italiano, infiltrado na Eslováquia, que desviava dinheiro público. (DURAN, 2017, p.10).

A narrativa acima poderia ser a sinopse de um novo filme de ação do Liam Neeson⁵⁶, o primeiro episódio de uma nossa série polêmica da Netflix, o enredo da nova novela das nove da Glória Perez, mas, não, é a mais crua realidade. Realmente no final de fevereiro de 2018, Jan Kuciak e Martina Kusnirova foram vítimas de um crime que gerou uma preocupação internacional sobre os riscos pelos quais passam aqueles que usam as leis nacionais de acesso à informação, por reconhecerem tal prerrogativa como um direito inalienável, mas, que são identificados e perseguidos simplesmente por isso⁵⁷.

Essa preocupação estampou no artigo intitulado “Liberdade de Direito da Informação: melhor amigo ou assassino do repórter?” publicado no portal do “Projeto de Jornalismo sobre Corrupção e Crime Organizado”⁵⁸ logo após a morte de Kuciak. A

seja, práticas democráticas de baixa intensidade. Para os autores, contra a democracia de baixa intensidade têm emergido práticas de intensificação e aprofundamento da democracia: reivindicações pela legitimidade da democracia participativa; pressão para que as instituições da democracia participativa sejam mais inclusivas; e buscando formar de complementaridade mais densas entre os modelos de democracia representativa e participativa.

⁵⁶ Ator irlandês conhecido pelos seus filmes de sobre máfia e violência, tal como a trilogia “Busca Implacável”.

⁵⁷ Após a morte da vereadora carioca Marielle Franco, a situação dos defensores de direitos humanos e os programas de proteção a esses defensores foram objeto de diversos debates no Brasil. O fato despertou a população para a fragilidade da proteção dada aos militantes sociais ou cidadãos engajados em construir um novo mundo possível.

⁵⁸ Em inglês *Organized Crime and Corruption Reporting Project – OCCRP* - é uma plataforma de reportagem investigativa formada por 40 centros de investigação sem fins lucrativos, dezenas de jornalistas e várias grandes organizações de notícias regionais em todo o mundo - Europa, África, Ásia e América Latina – que desde 2006 se reúne para elaborar relatórios investigativos transnacionais e promover abordagens baseadas em tecnologia para expor o crime organizado e a corrupção em todo o mundo.

matéria levantou para o grande público duas questões cruciais: Por que Jan Kuciak foi morto? Como seus assassinos sabiam que ele os estava investigando? (OCCRP, 2018, s.n).

Em relação à primeira pergunta pairavam poucas dúvidas, diz a matéria, pois a polícia e os próprios repórteres concordavam que Jan Kuciak foi morto por alguma das suas investigações passadas ou atuais. Porém, sobre a segunda indagação uma incredulidade angustiava os repórteres investigativos: seria possível que o direito de acesso à informação - tão caro para o jornalismo, para os movimentos sociais, para qualquer cidadão - esteja em risco em decorrência de vazamentos, por funcionários públicos, da identidade dos sujeitos solicitantes? (OCCRP, 2018, s.n).

Foi exatamente para responder essa questão que o documento “Identidade revelada: entraves na busca por informação pública no Brasil” lançado no mês de maio de 2018 em comemoração aos 6 anos da entrada em vigência da Lei de à informação, foi construído como uma das diversas publicações originárias das sólidas pesquisas realizadas pela organização social internacional londrina “Artigo 19⁵⁹”, através da sua filial brasileira. Dizemos isso porque seus antecedentes, os documentos “A lei de acesso à informação nos tribunais brasileiros” e “Os 5 anos da Lei de Acesso à Informação: uma análise de casos de transparência” - ambos de 2017 - já alertavam sobre algumas das principais dificuldades à implementação dos dispositivos da Lei de Acesso à Informação:

A falta de implementação adequada de sistemas eletrônicos de acesso à informação, ou por vezes a inexistência destes sistemas; a insuficiente capacitação de funcionários públicos para lidar com transparência e com o atendimento das demandas por informação; as irregularidades nas respostas dos pedidos de informação e na aplicação de sigilo; a ausência de órgãos de controle especializados para fiscalização da lei, principalmente no que diz respeito à esfera municipal; e a **insuficiência de práticas apropriadas de custódia, consolidação e tratamento de dados pessoais de requerentes de**

⁵⁹ O nome da organização Artigo 19 faz menção ao Art. 19 da Declaração Universal de Direitos Humanos: Todo o indivíduo tem direito a liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão.

informação dentro de órgãos públicos. (grifos nossos). (DURAN, 2018, p.7).

O documento “Identidade revelada: entraves na busca por informação pública no Brasil” é fruto de 24 entrevistas realizadas em 8 estados diferentes do Brasil com cidadãos que tiveram dificuldades em ter acesso à informação e não tiveram seus dados pessoais protegidos devidamente pelo agente público e com servidores públicos que trabalham ou trabalharam na gestão de informação ou com temas relacionados a acesso à informação. Dos 24 relatos foram selecionados 16 para compor a apresentação de casos do documento. Nesses casos são apresentadas sete categorias de violações ao acesso à informação: 1) constrangimento; 2) intimidação; 3) perseguição; 4) tramitação inadequada do pedido de informação; 5) tratamento inadequado a jornalistas; 6) identidade facilitou o acesso; 7) identificação excessiva. Procuramos aqui nesse trabalho agrega-las em categorias apresentadas nas tabelas que seguem. (DURAN, 2018, p.12-13).

Na primeira categoria, apresentada no Quadro 1, estão aquelas ofensas que têm como agentes servidores públicos e como resultado final o desestímulo ou dificuldade do acesso à informação pelo requerente.

Para o documento de Duran (2018, p. 11-12) esse tipo de relação entre servidor público e cidadão, seja ele de que categoria for, social, política, econômica, profissional, racial, étnica, religiosa, claramente termina, de forma mais direta, sem descartar outras, violações ao princípio da publicidade e do mesmo modo ao princípio da moralidade.

Duran (2018) elabora uma tríade para esse tipo de ofensa, elas vão desde o constrangimento, passando pelo sentimento de vergonha e incomodo, à intimidação que lhe gerou medo ou receio, e por fim, o ápice desse tipo de violação, a perseguição, caracterizada pela importunação insistente e frequente ao requerente da informação no órgão público. Vejamos como esses elementos são conceituados no quadro abaixo:

QUADRO 1

Constrangimento	Intimidação	Perseguição
O requerente se sentiu constrangido,	O requerente de informação sofreu	O requerente de informação foi

<p>envergonhado ou incomodado por ação de um ou mais servidores. A ação pode ter gerado impactos na vida pessoal ou profissional do requerente.</p>	<p>intimidação de um ou mais servidores de um órgão, isto é, se sentiu de alguma forma, ameaçado, receoso ou com medo antes, durante ou depois de fazer seu pedido de informação. Presume-se que ação do órgão teve a intenção de desestimular ou criar dificuldades ao requerente no exercício do seu direito de acesso à informação.</p>	<p>perseguido e importunado por um ou mais servidores públicos, que o buscaram insistentemente e/ ou com frequência. Presume-se que ação do órgão teve a intenção de desestimular ou dificultar o requerente no exercício do seu direito de acesso à informação.</p>
---	--	--

Fonte: DURAN (2018, p.11-12)

Nessa segunda categoria, exposta no Quadro 2, estão expostas violações aos postulados de acesso à informação perpetradas por servidores públicos e cujo resultado final é sempre um atendimento que desobedece, deliberadamente, o procedimento determinado pela Lei de Acesso à Informação, ou seja, ofendendo predominantemente o princípio da legalidade e o princípio da igualdade:

QUADRO 2

Tramitação Inadequada do Pedido de informação	Tratamento Inadequado a Jornalistas
<p>Os procedimentos tomados para o atendimento do pedido de informação não foram adequados segundo os parâmetros da LAI. Isto inclui: contato por parte do servidor ao requerente por vias informais ou não-autorizadas pelo requerente (telefone, rede social, e-mail diferente do disposto na solicitação de informação); desrespeito aos prazos estipulados na LAI; uso dos dados pessoais do requerente de maneira indevida (busca por</p>	<p>Em decorrência de sua identificação como jornalista, o requerente teve tratamento diferenciado por parte do órgão, seja no sentido de prover-lhe informações mais facilmente do que se esperava (o servidor temia que represando a informação o jornalista poderia tomar alguma providência, como noticiar essa falta de acesso) ou seja no sentido de negar-lhe ou dificultar-lhe o acesso. No segundo caso, os jornalistas com frequência foram encaminhados indevidamente à assessoria de imprensa, mesmo</p>

informações adicionais sobre a vida do requerente, compartilhamento e/ou transmissão dos dados do requerente para outros servidores), ligações marcando reuniões ou exigindo comparecimento presencial em prazos curtos, etc.	nunca tendo solicitado que isso fosse feito. Além disso, houve casos em que os servidores negaram o acesso à informação justamente por medo de que ela fosse noticiada por alguma mídia, especialmente nos casos em que se tratava de alguma informação sensível, que pudesse expor alguma grande irregularidade do poder público.
---	--

Fonte: DURAN (2018, p.11-12)

Nessa terceira categoria, exposta no Quadro 3, são apresentados dois modelos de atendimento por servidores públicos cujo resultado final é sempre uma prestação de serviço público que diferencia os requerentes, violando principalmente os princípios da impessoalidade e da igualdade.

QUADRO 3

Identidade facilitou o acesso	Identificação excessiva
a identificação do requerente facilitou seu acesso à informação. Isso se deve ao fato de que o servidor se sentiu mais predisposto a fornecer a informação por já conhecer o requerente pessoalmente ou por saber sua profissão e pensar nas possíveis consequências de não prover a informação. Isso consiste em quebra do princípio de impessoalidade da gestão pública.	o órgão solicitou documentos ou dados pessoais além do básico estipulado pela Lei de Acesso à Informação, que é o nome de uma pessoa física ou jurídica, uma forma de contato e um documento (RG, CPF OU CNPJ).

Fonte: DURAN (2018, p.11-12)

Faz tempo que organizações sociais produzem documentos e realizam atividades de capacitação da sociedade civil para o controle da despesa pública. Experiências como as do Instituto Nacional de Estudos Socioeconômicos - Inesc, do Centro de Cultura Luiz Freire - CCLF, em Olinda, do Instituto Pólis, em São Paulo, do Movimento Nacional de Direitos Humanos – MNDH, nas suas mais variadas articulações estaduais, inclusive em Sergipe, com destaque para o Instituto Braços - IB, formaram inúmeros grupos e cidadãos, na

teoria e na prática, para a intervenção no planejamento orçamentário e na definição das prioridades de gastos públicos:

Nesta mesma época, o Fórum DCA-SE realizou também as oficinas de orçamento público para adolescentes do semiárido, na tentativa de estimular o monitoramento no interior do Estado dos investimentos municipais para a infância incentivando o protagonismo dos adolescentes, ainda em parceria com o UNICEF. [...] Em 2007 foi realizado ainda, o seminário de qualificação do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), contando com a participação de vários representantes da sociedade civil e do poder público, entre eles, a coordenadora Estadual de Políticas Públicas de Sergipe, a primeira dama do Estado, e ainda a partir das participações nas discussões nacionais sobre o orçamento público, junto ao Fórum Nacional da Criança, Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República e Associação Nacional dos Centros de Defesa da Criança e do Adolescente (ANCED) e Instituto Nacional de Estudos Sociais e Econômicos (INESC), foi possível promover para os representantes da sociedade civil e assessores parlamentares, cursos sobre o orçamento público, contando com representantes de vários municípios de Sergipe que resultaram numa intervenção qualitativa no orçamento estadual fazendo no ano seguinte dobrarem os recursos do principal órgão de execução da política da infância no Estado - a Fundação Renascer. (ANJOS, 2010, p.173-174).

O trabalho de Anjos (2010) abriu espaço para reflexões sobre a histórica participação do Fórum Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente de Sergipe – Fórum DCA/SE no controle social das políticas públicas infanto-juvenis entre 2001 a 2009, mas, sem antes disto destacar o trabalho precursor do Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua em Sergipe - MNMMR/SE, da Associação dos Moradores do Bairro América - AMABA, da Sociedade de Afrosergipana de Estudos e Cidadania – SACI - e do Centro Sergipano de Educação Popular – CESEP. (p.168).

É assim que Sergipe tem, além do trabalho desenvolvido pelos órgãos públicos, contribuído para o aprofundamento da nossa experiência democrática, com a colaboração dos debates, pesquisas, intervenções da sociedade civil organizada.

4 Conclusão

Reforçando a importância da necessidade de aprofundamento da experiência democrática brasileira, fizemos aqui um percurso breve em dois níveis, estado e sociedade civil, e em três estações, a Constituição, a Lei de Responsabilidade Fiscal e a Lei de Acesso à Informação, para refletir sobre como são necessários novos olhares sobre os fenômenos da transparência e do controle dos gastos públicos.

Esse novo olhar foi abordado a partir de duas perspectivas: a primeira, oficial, apresentando, analisando e criticando as inovações estatais no trato com a informação pública e sua disponibilização, sobretudo em plataformas digitais de amplo acesso à população e, a segunda, dos movimentos sociais organizados que, assumindo o compromisso de fiscalização da atuação do estado, nos seus mais diversos níveis do trabalho público, investigaram, participaram, produziram e formaram para a mudança.

Ilustrativamente foram apresentadas quatro experiências estatais: O “Observatório de Sergipe”, o portal “Transparência Sergipe”, o “Quadro de indicadores municipais” do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe e a “Escala Brasil Transparente – EBT”.

E três experiências não-estatais:

A experiência do “Projeto de Jornalismo sobre Corrupção e Crime Organizado”, que é uma plataforma de reportagem investigativa formada por 40 centros de investigação sem fins lucrativos, dezenas de jornalistas e várias grandes organizações de notícias regionais em todo o mundo - Europa, África, Ásia e América Latina – que desde 2006 se reúne para elaborar relatórios investigativos transnacionais e promover abordagens baseadas em tecnologia para expor o crime organizado e a corrupção em todo o mundo. O Projeto sofreu uma grande perda recente com o assassinato do jornalista Jan Kuciak, caso abordado nesse trabalho como uma grave violação ao direito ao acesso à informação, mas, também, como um estímulo ao debate e à mobilização para mudanças nos processos de concessão de informações, processos que precisam estar mais conectados com a necessidade de proteção dos requerentes e cada vez mais afastados dos ranços que ainda hoje consideram o cidadão um inimigo do Estado.

No Brasil a experiência do “Artigo 19” é exposta a partir do documento “Identidade revelada: entraves na busca por informação

pública no Brasil” que traz o relato de 16 casos em que cidadãos tiveram violado o seu direito de acesso à informação por servidores públicos, por constrangimento, intimidação, perseguição, tramitação inadequada do pedido de informação, tratamento inadequado a jornalistas, identidade facilitou o acesso ou identificação excessiva.

Em Sergipe a experiência de controle social do orçamento público no tema dos direitos da infância e da adolescência exemplifica como que a sociedade civil organizada sergipana tem um histórico de atuação decisiva nos destinos dos gastos públicos. Fruto da parceria de organizações sociais sergipanas com outras atuantes no Nordeste, tais como o Movimento Nacional de Direitos Humanos e o Centro de Cultura Luiz Freire, o histórico de atuação do Fórum dos Direitos da Criança e do Adolescente abre um espaço de debate sobre a necessidade de consideração, tanto da sociedade quanto dos órgãos públicos, da importância que esse tipo de atuação tem na concretização de postulados básicos dos direitos humanos, tais como, o exercício da cidadania e da participação.

Desse modo, o texto trouxe algumas contribuições para se pensar como que o tema do acesso à informação está intimamente relacionado com a garantia de que esse acesso se dê sem entraves ilegítimos, pois, normas internacionais e nacionais, como apontado, garantem a todo cidadão, independentemente de seus status profissional, condição econômica, política, social, pertencimento étnico, racial ou religioso, o direito de receber informações públicas e, além disso, que elas estejam disponibilizadas com celeridade.

O debate franco, com honestidade intelectual e democrático, exige que em todos os espaços sejam consideradas as diversas vozes, os diversos fatores reais de poder, as mais variadas epistemologias, hegemônicas ou contra-hegemônicas, precisam ser postas em diálogo na mesa para que as soluções sejam fruto de decisões representativas, só assim teremos a transformação social progressista que almeja a nossa Constituição, já tão calejada, mas, persistente.

Referências

ANJOS, Lídia Carla Araújo dos. Participação e controle social: o Fórum Estadual de Defesa da Criança de Sergipe e as estratégias de educação. **Revista Tempos e Espaços em Educação**, v. 5, p. 167-178 jul./dez. 2010.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SERGIPE.
ALESE. TRANSPARÊNCIA. Disponível em:<
<https://al.se.leg.br/transparencia/>> Acesso em: 12 jun. 2018.

BALCÃO, Nilde; TEIXEIRA, Ana Claudia (Org.) **Controle social do orçamento público**. São Paulo, Instituto Pólis, 2003. 112p.

BRASIL. **Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000**.

Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 24 maio 2000. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm>
Acesso em: 15 mai. 2018.

BRASIL. **Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Legislativo, Brasília, DF, 18 nov. 2011.

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm> Acesso em: 15 mai. 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. tradução Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. — Nova ed. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. — 7ª reimpressão.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA GERAL. ESCALA BRASIL TRANSPARENTE. Disponível em:<

<http://www.cgu.gov.br/assuntos/transparencia-publica/escala-brasil-transparente/escala-brasil-transparente>>
Acesso em: 19 mai. 2018.

CONTROLADORIA GERAL DO ESTADO DO MATO GROSSO. CGEMT. **CGE Divulga balanço dos seis anos da Lei de Acesso à Informação**. Disponível em:<

<http://www.controladoria.mt.gov.br/-/9831875-cge-divulga-balanco-dos-seis-anos-da-lei-de-acesso-a-informacao>> Acesso em: 12 jun. 2018.

DURAN, Sabrina. **Identidade revelada: entraves na busca por informação pública no Brasil** [livro eletrônico] São Paulo: Artigo 19 Brasil, 2017.

GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ. **E-SIC do governo do Piauí tem 98% de pedidos de informação atendidos**.

Disponível em:< <http://www.pi.gov.br/materia/cge/em-4>

- anos-e-sic-reune-mais-de-1-mil-pedidos-de-informacao-2532.html> Acesso em: 12 jun. 2018.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A reinvenção dos direitos humanos**. Tradução de: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. de Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003
- NÓBREGA, Camila. **Os 5 anos da Lei de Acesso à Informação**: uma análise de casos de transparência. [livro eletrônico] São Paulo : Artigo 19 Brasil, 2017.
- OBSERVATÓRIO DE SERGIPE. Disponível em: <<http://www.observatorio.se.gov.br/>> Acesso em: 21 mai. 2018.
- OCCRP - Organized Crime and Corruption Reporting Project. **Freedom of Information Law: Reporter's Best Friend or Killer?** Disponível em:< <https://www.occrp.org/en/amurderedjournalistslastinvestigation/freedom-of-information-law-reporters-best-friend-or-killer>>. Acesso em: 10 mai. 2018.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. Introdução: para ampliar o cânone democrático. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Orgs). Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; 2002.
- TEIXEIRA, Pedro Eurico de Souza Cruz. **A lei de acesso à informação nos tribunais brasileiros** [livro eletrônico] -- São Paulo: Artigo 19, 2017.
- TRANSPARÊNCIA GO. GOIÁS TRANSPARENTE. Disponível em: <<http://www.transparencia.go.gov.br/portaldatransparencia/relatorio-de-pedido-acesso-a-informacao>> Acesso em: 12 jun. 2018.
- TRANSPARÊNCIA MG. Disponível em:<<http://www.transparencia.mg.gov.br/dados-abertos>> Acesso em: 12 jun. 2018.

TRANSPARÊNCIA SERGIPE. LAI. Disponível em:
<<http://lai.se.gov.br/transparencia/>> Acesso em: 15 mai.
2018.

TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. TCE.
INDICADORES MUNICIPAIS. Disponível em:<
<https://www.tce.se.gov.br/IndicadoresMunicipais/mapa?area=1>> Acesso em: 10 jun. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SERGIPE. TJSE.
TRANSPARÊNCIA. Disponível em:
<<http://www.tjse.jus.br/portal/component/k2/item/157-transparencia>> Acesso em: 19 mai. 2018.

Uma antiga advertência liberal como solução para problemas atuais: os tratados sobre a tolerância de Locke e Voltaire e a liberdade de expressão no século XXI

BIANCA TITO⁶⁰

RAFAEL ALEM MELLO FERREIRA⁶¹

1 Introdução

A pluralidade de ideias e de opiniões é uma marca das sociedades contemporâneas, o que, ao mesmo tempo em que permite as mais distintas convicções de vida adentrarem no debate público, faz também com que pessoas e/ou grupos que se posicionam contrariamente a algumas dessas enxerguem nisso uma enorme dificuldade de convivência. A questão revela-se um problema paradoxal, pois, com o *status* de garantias fundamentais a que foram alçados os direitos de igualdade e de liberdade de expressão, surge a dúvida se seria possível que, em Estados Democráticos de Direito, algumas pessoas, vistas como de opiniões “contraditórias”, sejam silenciadas para que outras possam ter a sua vez de falar.

Dentro desse debate, um argumento que passa a receber especial atenção é o da tolerância. No entanto, o próprio conceito desse princípio é algo que apresenta inúmeras divergências a depender da

⁶⁰ Mestra em Direito, com ênfase em Constitucionalismo e Democracia, pela Faculdade de Direito do Sul de Minas - FDSM. Especialista em Direito de Família e das Sucessões pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Advogada (OAB/MG) e pesquisadora. Integrante do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq “Direito e Democracia: tecnologia, inteligência artificial e fake news” do PPGD/FDSM. E-mail: biancaberaldo_tito@outlook.com.

⁶¹ Mestre e Doutor em Direito. Professor da graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. Professor da graduação e pós-graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Coordenador do curso de Direito da PUC Minas, *campus* Arcos. Coordenador do Grupo de Pesquisa vinculado ao CNPq “Direito e Democracia: tecnologia, inteligência artificial e fake news” do PPGD/FDSM. E-mail ramfmg@hotmail.com.

linha teórica da qual partimos. O que faz com que ele possa ser usado tanto para defender a ideia de que contra os intolerantes se age com intolerância, como, também, para alegar que a intolerância é um obstáculo a ser combatido com tolerância. Sobre isso, a partir de um recorte bibliográfico específico, utilizamos dos tratados sobre a tolerância desenvolvidos por John Locke e Voltaire, ainda nos séculos XVII e XVIII, para abordarmos essa que continua a ser uma discussão extremamente relevante e permanentemente atual⁶².

Nosso objetivo central é analisar a aplicabilidade desse princípio, conforme a interpretação proposta por esses dois filósofos, no que diz respeito ao exercício da liberdade de expressão no século XXI. Pretende-se compreender se mesmo nas sociedades de hoje, nas quais a multiplicidade de visões de mundo se faz tão presente e desafiadora, a tolerância poderia se constituir em uma solução para lidarmos com os desafios que essa realidade nos traz. À vista disso, o problema de pesquisa que guia a nossa investigação foi construído com o propósito de questionar acerca da possibilidade de aplicarmos as propostas de Locke e Voltaire sobre a tolerância para os problemas que envolvem o exercício da liberdade de expressão na atualidade.

Buscando respondê-lo, é realizada uma pesquisa de caráter descritivo e explicativo. Eis que, através da primeira, há a possibilidade de uma abordagem descritiva das teorias desenvolvidas pelos marcos-teóricos do trabalho; enquanto com a segunda nos propomos a encontrar, a partir desses autores, uma explicação para o problema de pesquisa. Cumpre destacar que para tanto tem-se como metodologia a da pesquisa bibliográfica, nos utilizando de materiais que, tratando sobre a nossa temática, já se encontram previamente elaborados. Em relação a esses, é dada especial atenção para os tratados sobre a tolerância escritos pelos dois filósofos, bem como de demais autores que tenham se dedicado a interpretá-los.

⁶² Faz-se isso dada a existência de outros textos, inclusive anteriores aos Tratados de Locke e Voltaire, que também apresentam interpretações importantes sobre esse princípio e que, igualmente, são apontados como norteadores para discussões como a que aqui se realiza. É o caso, por exemplo, da presença da ideia de tolerância ainda na Antiguidade. Não obstante, nosso recorte bibliográfico parte da compreensão de tolerância religiosa a partir de John Locke e Voltaire, pois foram os textos por eles desenvolvidos que se transformaram em importantes argumentos em favor da liberdade individual (notadamente a liberdade de expressão) dos cidadãos. De forma que continuam a ser compreendidos como o primeiro forte argumento a ser desenvolvido em favor dessa garantia.

A pesquisa, tida como pertinente dada a inerente importância de estudos sobre essa temática, apresenta o seu desenvolvimento em duas seções consideradas necessárias à sua realização. Primeiramente, são apresentados os argumentos encontrados em Locke e Voltaire, para que possamos compreender como esses autores defendiam que o princípio da tolerância fosse aplicado. Em um segundo momento, a partir de tais argumentos, analisamos o exercício do direito à liberdade de expressão diante de alguns dos desafios encontrados no século XXI e que foram trazidos pela diversidade cada vez maior de ideias e opiniões. Por meio disso observaremos se a proposta de tolerância encontrada nesses autores ainda é capaz de ser aplicada para problemas tão atuais.

2 Locke, Voltaire e um princípio liberal clássico: a tolerância como essência da liberdade de expressão

John Locke (1632-1704) e François-Marie Arouet, Voltaire (1694-1778), são autores até hoje compreendidos como duas dentre as principais referências sobre o princípio da tolerância. De modo que, ao discutirmos esse tema, independentemente do viés adotado e seja para criticar as suas teorias ou com elas concordar, torna-se bastante difícil (ou, ao menos, desvalorizado) não os abordar. Esses dois filósofos, reconhecidos pela defesa que fazem das liberdades individuais, “foram pioneiros em dedicar seus esforços para fundamentar esse princípio que possibilitou o desenvolvimento dos demais ideais democráticos” (ASSAF, 2019, p. 54).

Razão pela qual é possível dizer que esse conceito possui uma relação histórica com a garantia da liberdade de expressão, sendo considerado uma “origem” (ou berço) para as discussões que, no futuro, se transformariam justamente nas discussões sobre o exercício dessa liberdade e das suas limitações. O que faz da tolerância ainda atualmente um dos mais utilizados argumentos para uma ampla defesa desse direito fundamental (TITO, 2021, p. 197-200). Nota-se então que Locke (2019) e Voltaire (2017) foram, cada qual com os seus respectivos textos, dois filósofos que defenderam a imposição de limites para o poder estatal, considerando ilegítimo que o Estado agisse no sentido de controlar o que as pessoas pensam.

Em relação a isso, ambos os autores vivenciaram momentos históricos que contribuíram sobremaneira para a formulação de seus textos, influenciando as suas ideias. Isso porque ainda que a Reforma

Protestante⁶³ tivesse dado a cada fiel a possibilidade para que “interpretasse a Bíblia por si mesmo”, isso trouxe como consequência o surgimento de “vertentes do cristianismo diferentes do Catolicismo”. Tendo tal pluralismo religioso desencadeado “uma onda de intolerância na Europa a partir do século XVI” (MEDRADO, 2018, p. 25). Inseridos nesse contexto, esses filósofos se sentiram impulsionados a argumentar por uma maior tolerância religiosa⁶⁴. Em que os conflitos da época fortaleceram a defesa pela liberdade de pensamento.

De maneira que “o rompimento com a centralidade do Catolicismo consagrou a liberdade de consciência” (SÁ, 2020, p. 30) e foram Locke e Voltaire dois importantes autores que, nesse momento, “perceberam que o princípio da tolerância era imprescindível para a coordenação das diversas crenças e das diversas concepções de bem que surgiam” (ASSAF, 2019, p. 23). Em que “o movimento de emancipação do pensamento em relação à Teologia, notadamente durante os séculos XVI e XVIII”, pode ser apontado como “um dos eventos importantes para o fortalecimento das raízes jurídicas da liberdade de expressão” (SÁ, 2020, p. 29).

No que diz respeito a *Carta sobre a tolerância*, originalmente escrita por John Locke em 1689, quando questionado acerca de sua opinião sobre a tolerância⁶⁵, o filósofo disse considerá-la “a principal marca

⁶³ Ocorrida na Europa durante o século XVI, em um contexto de diversas transformações políticas, sociais, culturais e econômicas, a chamada Reforma Protestante refere-se a um movimento reformista religioso provocado tanto por razões religiosas, como políticas. Seu principal líder foi Martinho Lutero e teve como motivação a insatisfação com as práticas e princípios teológicos praticados pela Igreja.

⁶⁴ Vale destacar que a leitura dos textos de Locke e Voltaire não pode ser realizada sem que se observe a existência de uma limitação sobre o conceito de religião. Isso porque hoje quando falamos sobre tolerância e liberdade religiosa parte-se da ideia de uma multiplicidade dessas. No entanto, no cenário desses autores, a tolerância é referente ao cristianismo, sendo, portanto, um universo bastante restrito.

⁶⁵ Em relação a isso, logo na primeira sentença de sua Carta o autor destaca que o questionamento que lhe foi feito se refere a “tolerância mútua entre cristãos em suas diferentes confissões religiosas” (LOCKE, 2019, p. 5). Deixando claro que, conforme destacado pela presente pesquisa (ver nota de rodapé nº 4), há uma limitação para o conceito de religião adotado na época. Ainda assim, em diversas partes de sua Carta o filósofo fala sobre a adoção da tolerância também para com os não cristãos. De todo modo, mesmo que as discussões sobre a tolerância tenham se expandido desde então, dando abertura para outras questões, a tolerância religiosa sob a perspectiva de Locke, e, também, de Voltaire, continua a ser invocada como uma relevante

distintiva da verdadeira igreja” (LOCKE, 2019, p. 5). Isso porque, para ele, as pessoas devem agir diante de toda a humanidade com caridade, humildade e boa vontade, incluindo nisso até mesmo aqueles que não sejam cristãos. Caso isso não se realize, a pessoa não seria digna de denominar-se cristã, pois estaria aquém daquilo que significa ser um verdadeiro cristão. É por isso que em sua Carta a religião não se configura em um mecanismo de obtenção de poder ou de exercício de uma força coercitiva, mas sim uma forma de regulação da vida das pessoas a partir de regras que, considerou Locke, seriam de virtude e piedade.

Aqueles que agem contrariamente a isso, perseguindo as opiniões diferentes, estão incorrendo em erro e comportando-se de modo intolerante, mesmo quando o fazem sob a alegação de que estariam procurando “salvar” essa pessoa do que compreendem ser um erro (com isso ele aponta para a intolerância religiosa tão presente na sociedade da época). Se assim agem, vão contra o Evangelho e traem seus próprios argumentos. Para Locke (2019) aquele que faz isso não está tentando trazer luz para a vida dos dissonantes, mas sim agrupar pessoas que pensem igual a ele. No entanto, em sua interpretação, ao contrário do que supõem, é a prática da tolerância com os que pensam distintamente que está em consonância com o Evangelho de Jesus Cristo e com a genuína razão humana.

Ao autor aparentava monstruoso que existissem homens que não pudessem perceber na tolerância tamanha vantagem e necessidade. E que, cegos disso, fizessem uso da força para compelir as pessoas a pensar igual a eles. Para o filósofo inglês, essa só poderia ser utilizada, e apenas pelos magistrados, representantes do poder civil e autorizados para tanto, em relação aos interesses civis, mas não sobre os juízos internos que os cidadãos formam sobre as coisas. Isso porque compreendia não ser possível obrigar as pessoas a alterarem suas crenças, mesmo que sob ameaças, confiscando seus bens ou até os torturando (LOCKE, 2019).

Por essa razão que, para o autor, o poder do magistrado não poderia ser estendido ao que as pessoas pensam, sendo através de argumentos e do ensino que o pensamento pode ser modificado, pois “uma coisa é persuadir e outra ordenar, assim como uma coisa é induzir por meio de argumentos e outra fazê-lo por meio de

justificativa para que o direito à liberdade de expressão seja amplamente assegurado para todos (TITO, 2021, p. 201).

punições” (LOCKE, 2019, p. 12). Logo, todos tem o direito de tentar persuadir uns aos outros, desde que não o façam por meio da lei⁶⁶. Até mesmo porque as punições não são realmente capazes de fazer alguém mudar algo em que verdadeiramente acredita, ao menos não em seu interior, visto que “somente a clara luz pode mudar as opiniões dos homens, e essa luz de modo algum pode advir do sofrimento do corpo ou de outras penas exteriores” (LOCKE, 2019, p. 12).

Nisto, vê-se a defesa feita pelo filósofo de uma ideia que se transformaria em um dos fundamentos da liberdade de expressão, que é a de que as pessoas devem ser persuadidas por meio de palavras. Nota-se então que o autor se dedicou a responder um grande desafio que estava diante da modernidade, qual seja o de combate à intolerância religiosa. Considerado o pai do liberalismo clássico, ele estava preocupado com a existência de um poder soberano que fosse legítimo, em que, para tanto, o governo civil e a religião assumem funções diversas. Tendo estabelecido as fronteiras entre esses (as quais determinou como fixas e imutáveis) e, se isso não fosse observado, seria impossível acabar com as divergências entre pessoas de posicionamentos diferentes (TITO, 2021, p. 203-208).

Podemos, portanto, compreender que “apesar do viés claramente religioso presente na *Carta sobre a tolerância* de John Locke é visível que, sob todas as coisas, o autor defendia a liberdade e a tolerância religiosa” (TITO, 2021, p. 206). Em suma, ele achava que a tentativa de persuasão através da força se revelaria, ao fim, uma atitude insuficiente, eis que se a pessoa a qual essa se impõe não estiver realmente crente em tal doutrina, não há como garantir que essa será seguida. Sendo certo para o autor que religião nenhuma poderá ser útil ou verdadeira para as pessoas se essas não acreditarem nela como a correta. E, assim, de nada adiantará se converterem a ela se isso não se der por sua própria vontade (LOCKE, 2019, p. 31-34).

Nos termos apontados pelo autor, não é finalidade das leis “proporcionar a verdade das opiniões, mas a segurança e proteção da comunidade, e da pessoa e dos bens de cada homem particular. E

⁶⁶ Sobre isso, em sua Carta, Locke (2019) demonstra preocupação em determinar que o uso da força só poderia se dar pelo magistrado e mais ninguém além dele, exceto nos casos em que aquele que dela faça uso tenha como razão a autodefesa em face de violência injustamente sofrida. Por isso que para o filósofo os “assuntos religiosos” ou, igualmente, “assuntos das almas” deveriam ser resolvidos por meio das palavras e do convencimento.

assim deve ser. Porque a verdade de fato seria bem-servida se lhe permitissem mudar por si mesma” (LOCKE, 2019, p. 45). Ou seja, mais uma vez ele deixa evidente a necessidade de convencer as pessoas por meio de argumentos e não de censura e ameaças, não cabendo a tutela estatal para intervir nessas questões. As matérias religiosas, a que chamou de “cuidados da alma” e “assuntos espirituais de cada homem”, não são de competência do Estado, mas exclusivas de cada indivíduo (LOCKE, 2019, p. 49).

Apesar disso, imprescindível destacar que em sua Carta o filósofo inglês acaba por traçar um limite para a tolerância e determinar que no caso dos que não creem em Deus, os ateus, e negam a sua existência, não deveriam esses ser tolerados. Por acreditar que, no caso deles, não há motivos para que seja aplicado o privilégio da tolerância. Para o autor, “a supressão de Deus, mesmo que apenas em pensamento, a tudo dissolve” (LOCKE, 2019, p. 53). Não obstante, as suas lições foram essenciais para que um ideal de tolerância geral viesse a ser formulado e impulsionasse maior defesa pela liberdade individual de cada um. Por essa razão, podemos dizer que John Locke foi “um dos primeiros a perceber que, para compatibilizar a diversidade religiosa e os mais diversos planos individuais que emergiam no florescer da modernidade, a liberdade de expressão e a tolerância eram imprescindíveis” (ASSAF, 2019, p. 49).

Posteriormente a Locke, no ano de 1763, na França, igualmente inserido em um contexto de intolerância religiosa, pela qual foi inclusive perseguido, o filósofo iluminista conhecido pelo pseudônimo de Voltaire elaborou o seu *Tratado sobre a tolerância* com o objetivo de defender que as pessoas pudessem manifestar as suas religiões. Sobre o referido texto, Voltaire (2017) se viu especialmente inspirado por uma situação real que, ocorrida na França do século XVIII, em 1762, abalou o país. Essa diz respeito ao caso da família Calas, na cidade tradicionalmente católica de Toulouse, no qual um homem protestante, Jean Calas, que mais tarde viria a ser declarado inocente, foi condenado à morte pelo assassinato de seu filho, Marco Antônio, bem como o restante da família, que foram presos como cúmplices.

Considerado culpado pelo suicídio do filho, os juízes responsáveis pelo caso entenderam que Jean Calas o teria estrangulado como forma de agradar a Deus. Porém, após o episódio e a morte do pai, acabaram por descobrir que o suicídio teve como motivação a intolerância religiosa sofrida por Marco Antônio, dado que, desejando

exercer a profissão de advogado, não lhe foi concedida a autorização para tanto, pois eram exigidos certificados de catolicidade, os quais não possuía. Tendo, por isso, decidido por dar fim à própria vida (VOLTAIRE, 2017). Disso, podemos perceber que “ironicamente, foi a mesma intolerância religiosa que fez com que seus familiares fossem juridicamente perseguidos pela sua morte” (TITO, 2021, p. 211).

Tais fatos foram a principal motivação para que o autor escrevesse seu Tratado, levando-o a defender uma interpretação segundo a qual o esclarecimento dos homens só poderia ser alcançado através da tolerância, sendo a prática da intolerância incompatível com um objetivo como esse. Para tanto, apontou que ao longo da história e em diferentes localidades existem exemplos concretos que demonstram isso e comprovam os seus argumentos, visto que a tolerância nunca foi a responsável por causar guerras e a morte das pessoas, enquanto, contrariamente, a “intolerância cobriu a terra de carnificinas” (VOLTAIRE, 2017, p. 35).

Para Voltaire (2017, p. 42), seria óbvia a compreensão de que, como cristãos, os cidadãos deveriam tomar uns aos outros como irmãos, algo que considerava aplicável mesmo aos que professassem outras fés. Logo, com base em seu Tratado, seria a razão (junto ao riso) não só o melhor caminho para que o esclarecimento viesse a ser atingido por todos, mas também o único legítimo. De modo que deveria essa ser dirigida inclusive as pessoas que optassem por agir a partir do fanatismo. O que deveria se dar no lugar da censura e da intolerância, combatendo-as, posto serem essas formas insuficientes de modificar o pensamento alheio. Isso significa que para esse filósofo a ação de ser tolerante é uma ação fundamentada na razão.

Motivo pelo qual compreendeu que todos os cidadãos deveriam ser livres para acreditarem naquilo que desejam, desde que por causa disso não causem perturbação na ordem e os costumes de sua pátria sejam respeitados. É notável que, partindo da situação ocorrida com a família Calas, Voltaire (2017) tenha conseguido defender que a liberdade religiosa e o exercício da tolerância seriam mecanismos mais eficientes para evitar que episódios como aquele ocorressem. Transformando o princípio da tolerância, nesse cenário específico utilizado para as discussões sobre liberdade religiosa, em uma questão extremamente relevante para a modernidade.

Posto isso, e conforme já apontado pela presente pesquisa, constata-se que as discussões decorrentes desse que é um princípio

tão caro ao liberalismo acabaram por servir como um fundamento para aquilo que no futuro se transformaria em uma defesa pelo direito à liberdade de expressão igualmente assegurado para todos os cidadãos. Não obstante, mais de duzentos anos depois dos Tratados de Locke e Voltaire, a tolerância continua a ser objeto de profundas discordâncias dentre aqueles que se dedicam ao tema. Algo que se dá desde a forma de colocá-la em prática e os seus limites até o seu significado para a vida das pessoas (SCANLON, 2009).

3 Da tolerância religiosa ao século XXI: o exercício do direito à liberdade de expressão nas sociedades contemporâneas

Diversos são os autores e filósofos a se debruçarem sobre o conceito de tolerância, buscando encontrar para ele alguma definição. Dentre esses, o filósofo norte-americano T. M. Scanlon (2009, p. 31) aponta para a tolerância como uma “atitude complexa que implica encontrar a justa medida entre uma aceitação absoluta e uma oposição imoderada”. Por isso, o que esse princípio requer das pessoas é que elas aceitem as demais, seus concidadãos, e que sejam capazes de tolerar as suas práticas ainda que as desaprovem fortemente. O que não elimina o fato de ser esse um princípio revestido por distintas tensões internas, de maneira que a tolerância se constitui em uma política que traz riscos e põe em xeque vários valores, algo perceptível mesmo em democracias constitucionais estáveis, nas quais, em tese, os direitos fundamentais são assegurados.

E isso ocorre porque a partir desse princípio entende-se que até mesmo os cidadãos que apresentem ideias minoritárias e/ou contraditórias deverão continuar a ter os seus direitos políticos e civis protegidos, os quais não poderão lhes ser negados. Ou seja, não está o Estado autorizado a escolher quem deseja privilegiar na distribuição dessas prerrogativas e benefícios. Apesar disso, ainda que a tolerância signifique que todos devem ser tratados como iguais, não é possível que tal igualdade seja resumida apenas aos direitos políticos e fundamentais, devendo também ser estendida para além desses (SCANLON, 2009).

Notamos, então, que os limites e as exigências que envolvem o debate acerca da tolerância permanecem apresentando controvérsias e sendo muito discutidos, o que se dá tanto em razão de sua ambivalência, como por ser esse um conceito que ocupa papel de destaque dentro do discurso político contemporâneo (FORST, 2009).

Assim, com a apresentação e descrição das compreensões sobre o princípio da tolerância conforme foram formuladas por Locke e Voltaire, percebemos que ambos estavam preocupados em refletir quanto a imposição de limitações ao poder estatal, tendo feito isso com o objetivo de dar proteção aos direitos individuais, dentre eles as liberdades de expressão, consciência e religião (MEDRADO, 2019).

De maneira que percebemos ser “no conflito entre as religiões que se fortalecem as ideias da liberdade de pensamento, havendo a possibilidade de manifestar uma visão sobre as escrituras diferente das adotadas ortodoxamente” (SÁ, 2020, p. 30). Isso significa que “em um contexto de efervescência dos ideais modernos em que uma nova mentalidade se formava, a tolerância exerceu um papel essencial na formação política das sociedades” (ASSAF, 2019, p. 43). Porém, a realidade existente à época foi modificada e outras questões que não só as religiosas passaram a ser também consideradas centrais para a vida das pessoas. Vive-se hoje em uma sociedade que é extremamente plural, fato notável não só ao observarmos diferentes países e regiões, mas, inclusive, dentro de um mesmo cenário, por pessoas inseridas em contextos que, teoricamente, são semelhantes.

As pessoas possuem gostos, ideias, opiniões, crenças e perspectivas de vida as mais diversas. E, em razão disso, acabam por surgir embates acerca de um suposto modo “correto” de viverem. Questiona-se se não deveriam determinados cidadãos ou grupos terem a sua liberdade de expressão limitada, sendo restringida, pois fazem uso dela para manifestar ideias vistas como degradantes e repulsivas, ou até mesmo odiosas para alguns. Em síntese, o que se está em pauta é a tolerância. Quão tolerantes devemos ser com os que pensam diferente de nós? Ou tudo deve ser permitido em nome da liberdade de expressão? O núcleo dessas perguntas (que se refere ao que significa o direito à liberdade individual de cada um) já podia ser encontrado nos Tratados de Locke (2019) e Voltaire (2017), sendo tomadas como importantes para os dois filósofos, ainda nos séculos XVII e XVIII.

Todavia, no século XXI, sem ignorar os inegáveis particularismos trazidos por um novo momento histórico, elas continuam a ocupar um lugar de destaque na maioria das discussões realizadas sobre a liberdade de expressão. O que faz com que os textos desses autores, utilizados na concretização de nossa pesquisa, sejam bastante atuais e capazes de demonstrar que, na tolerância religiosa ou em outros temas, o ato de ser tolerante revela-se uma difícil atitude para muitos

seres humanos. Sobre isso, na segunda metade do século XX e início do século XXI um autor a advogar a seu respeito e tomá-la como fundamento para uma igual e maior liberdade de expressão para todos foi o filósofo norte-americano, também de matriz liberal⁶⁷, Ronald Dworkin.

Segundo ele, a tolerância é uma atitude “com a qual as pessoas já não têm tanta paciência” (DWORKIN, 2019, p. 383), estando mais dispostas a se arriscarem por um projeto que agora lhes aparenta ser de maior importância (o de silenciar os que possuem opiniões que lhes aparentam repulsivas, sob a alegação de que ao agirem nesse sentido estariam sendo democráticos) do que uma aplicação igual desse princípio para todos. No entanto, o problema presente em uma atitude como essa é que se for dado ao Estado, ou uma maioria, o poder de definir quais são as pessoas que, de tão corruptas, violentas ou radicais, não poderão fazer parte “da vida moral informal do país, teremos dado início a um processo que termina, como aliás já aconteceu em tantas outras partes do mundo, por tornar a igualdade algo a ser temido e não louvado, um eufemismo ‘politicamente correto’ da palavra tirania” (DWORKIN, 2019, p. 383).

Isso demonstra a conexão existente entre os conceitos de tolerância e liberdade de expressão, não só em seu sentido histórico, como vem sendo aqui destacado, mas também porque a percepção que se tem acerca da primeira acaba por influenciar de modo direto na forma como a segunda é interpretada. Ou seja, muitas vezes os limites que são impostos para o exercício da tolerância são, na prática, limitações sobre a liberdade de expressão dos cidadãos. Se algo não deve ser tolerado, então a pessoa que desejar expô-lo não terá a liberdade garantida para tanto. Logo, a demarcação de limites entre o que pode ou não ser tolerado é uma demarcação dos limites entre o que pode ou não ser manifestado.

⁶⁷ Insta salientar que embora a tolerância se refira a um princípio que dispõe de concordância dentre os autores adeptos ao liberalismo, dada a grande abstração que esse conceito envolve, ainda é possível encontramos divergências entre alguns deles no que diz respeito aos limites que são impostos ao Estado quanto a prática desse princípio e sua aplicabilidade para com a liberdade de expressão dos cidadãos sob sua responsabilidade. Apenas a título de exemplificação, Ronald Dworkin e Jeremy Waldron são dois importantes jusfilósofos liberais contemporâneos que apresentam divergências em suas respectivas teorias no que se refere a relação entre tolerância e democracia, especialmente no caso dos discursos de ódio (CONSANI, 2015).

Sobre isso, precisamos entender que, seja em maior ou menor grau, a depender das especificidades que envolve, a liberdade de expressão é um direito indispensável para que a democracia, adotada como regime político, seja legítima. Isso quer dizer que se esse direito não restar garantido para todos os cidadãos, então não há como um Estado considerar-se legitimamente democrático (MEDRADO, 2019). É por essa razão que as discussões sobre a liberdade de expressão são, conseqüentemente, discussões sobre a tolerância, sendo impossível não a trazer ao debate, sob o risco de desvalorizá-lo. Se compreendemos que para determinados discursos não deve ser dada a liberdade para que adentrem no debate público, não estamos então agindo com intolerância em relação a eles?

Nas sociedades plurais desde o século XX (e não que elas já não o fossem, ao seu modo, quando à época de Locke e Voltaire, mas agora isso se encontra em maior evidência), a liberdade de expressão conquistou o status de garantia fundamental, estando assegurada pelos ordenamentos jurídicos de países democráticos, como o Brasil. Mas, além disso, está também prevista em documentos internacionais e é um direito humano universal. Isso ocorreu a partir de um importante processo histórico, especialmente após os fenômenos sociais e políticos gerados pela Segunda Guerra Mundial, que influenciou na construção de uma compreensão segundo a qual são os direitos humanos um “mecanismo de defesa” de que dispõem os cidadãos contra os abusos que venham a ser cometidos contra eles pelo Estado (BARRETO, 2013).

Nesse cenário, a liberdade, enquanto gênero que abarca diversas espécies, como a liberdade de expressão, adquire especial importância, pois revela-se necessária para qualquer pessoa a existência de “liberdade política e de todos os direitos que asseguram ao homem o pleno exercício de uma vida política” (BARRETO, 2013, p. 66). Porém, mais que isso, ela é indispensável para a autodeterminação dos indivíduos, ou seja, “a liberdade – entendida como possibilidade de definir o próprio destino – é o atributo essencial da condição humana, que nos une e iguala numa empreitada coletiva” (BINENBOJM, 2020, p. 14). A liberdade é, portanto, essencial para que os indivíduos possam colocar em prática os seus planos de vida, por mais diversos que esses sejam.

Isso significa que, consoante ao que vem sendo apontado nesta pesquisa, “a visão da liberdade como essencial à humanidade do homem traduz-se, na tradição liberal, pela sua proclamação como

valor fundante dos direitos individuais e da dignidade humana” (BINENBOJM, 2020, p. 14). De modo que essa traduz-se no reconhecimento que é dado a cada pessoa para que tenha a sua própria maneira de conceber o que é bom ou ruim e, a partir disso e sem interferências externas, estabelecer o sentido de sua vida da maneira que lhe aparente melhor, ainda que “estranha” aos olhos alheios.

A liberdade de expressão é um direito que possibilita as pessoas serem autênticas para com as suas perspectivas de vida, isto é, de viverem de acordo com aquilo em que acreditam verdadeiramente, seja em sua religião, identidade de gênero, orientação sexual, posição política, gostos e preferências pessoais nos mais distintos assuntos. Pois todas essas questões, as quais inegavelmente fazem parte de quem elas são, englobam um aspecto da sua liberdade individual, como a liberdade de expressão. Cabendo ao Estado ser tolerante e respeitá-las, evitando uma atitude paternalista e, assim, não intervindo de modo subjetivo nelas. A esse cabe o papel de tratar os cidadãos (maiores e capazes) como suficientemente responsáveis para decidir qual o melhor modo que pretendem viver as suas vidas e escolherem, sozinhos, aquilo que consideram como importante em tal exercício (DWORKIN, 2019).

O problema proveniente da intolerância é algo que ainda no século XXI, infelizmente, não foi resolvido. As pessoas possuem dificuldade em conviver com aquilo que consideram inadequado ou, muitas vezes, apenas “diferente”. Nesse cenário, a liberdade de expressão revela-se fundamental para que todas as formas de vida possam adentrar o debate público e ser igualmente respeitadas, mesmo aquelas com as quais nós não concordamos. Pois é somente assim que uma real, e igual, liberdade pode ser garantida. E é para que isso se torne uma realidade que a tolerância se faz indispensável.

Sendo assim, o princípio da tolerância, nos moldes propostos por Locke e Voltaire, revela ser uma boa sugestão de antídoto para o subjetivismo, os particularismos e a intolerância ainda muito presentes em nossa realidade. Sem dúvidas que os seus Tratados precisam ser atualizados dentro de um novo contexto ao qual hoje a liberdade de expressão se faz presente, diferente daquele vivenciado pelos autores. Não obstante, mesmo quase 300 anos depois, a essência de suas teorias permanece extremamente atual e se faz necessária, merecendo aplicabilidade em sociedades tão plurais e nas

quais precisamos combater a intolerância, em todas as suas formas, e lutarmos em prol da democracia.

4 Conclusão

Na presente pesquisa nos propomos a analisar a aplicabilidade do princípio da tolerância, conforme interpretado por John Locke e Voltaire, no que se refere ao exercício do direito à liberdade de expressão no século XXI. Com isso, buscamos compreender se mesmo hoje, em sociedades tão múltiplas, a tolerância, de acordo com a proposta desses filósofos, poderia ser uma solução eficaz para lidarmos com os desafios trazidos por essa nova realidade. Fez-se isso porque mesmo depois de tantos anos desde que os seus textos foram escritos, esses autores continuam a ser uma referência para as discussões sobre o tema da liberdade de expressão, de modo que as suas formulações exercem grande influência em um debate como o nosso. À vista disso, em um primeiro momento, foram descritos e analisados os Tratados sobre a tolerância dos dois autores.

Em Locke, com um viés fortemente religioso, vimos que a própria ideia de tolerância foi concebida como um exercício de características cristãs. Isso é, para esse autor, a prática de ser tolerante para com os demais é um ato de humildade e bondade, daquele que é caridoso e tem respeito pelo próximo como se fosse um irmão. Por isso que em sua Carta ele se empenhou em defender que tal tratamento deveria ser direcionado a todos e não só para aqueles que possuem pensamentos semelhantes aos nossos. Locke criticou os que fazem uso da palavra cristã para agirem contrariamente ao que o Evangelho prega. De maneira que, estando a Igreja e o Estado separados, como deveria ser, esse não poderia intervir nos assuntos referentes àquela.

Através disso, o pai do liberalismo defendeu a tese segundo a qual o poder estatal não pode ser utilizado para punir as pessoas pelo que elas pensam e desejam professar. Sendo apenas por meio de palavras e argumentos que crenças e ideias podem ser verdadeiramente modificadas, sem o uso da força. Apesar disso, ele estabeleceu uma exceção para tal tolerância, a qual não deveria ser estendida para aqueles que não creem em Deus. O que acaba por demonstrar que, embora a sua Carta seja tão importante e tenha, em certa medida, revolucionado o conceito até então existente para esse princípio, a sua teoria também traz marcas de subjetivismo e falha ao tentar defender igualmente e para todos a mesma noção de tolerância.

Já no Tratado sobre a tolerância de Voltaire, vimos que o autor não estava tão preocupado em defender a liberdade religiosa porque acreditava que as pessoas deveriam se converter a alguma religião por conta própria, sem intervenção estatal, como no caso de Locke. Mas sim porque, de acordo com ele, a intolerância religiosa estava sendo a causa de guerras e levando muitos cidadãos à morte, tanto através de sentença judicial como pelo suicídio, sendo ambas as situações fruto da perseguição religiosa da época. Ao abordar em seu texto o caso envolvendo a família Calas, Voltaire demonstrou que aquela era apenas mais uma dentre tantas outras situações semelhantes que poderiam ocorrer. De modo que a intolerância e o fanatismo precisavam ser combatidos, o que deveria ser feito por meio da razão.

Portanto, em Voltaire, não é a religião que deve ser freada, mas sim o ato de juntá-la ao Estado e entendê-los como se fossem sinônimos. Para ele, as leis devem ser respeitadas e esse é um exercício que cabe inclusive a Igreja, que também precisa estar submetida ao poder estatal. Ele entendia que, com isso, seria possível a existência de uma tolerância social. Logo, para esse autor, a sociedade deveria ser conduzida não pela religião, cegamente adotada, mas nas luzes da razão. Isso não significa que a religião não seja importante e possa auxiliar os cidadãos em diversos aspectos de suas vidas, mas ela não pode ser utilizada como uma forma de determinar sobre a vida das pessoas e os seus futuros.

Assim, podemos perceber que embora tenham sido escritos em uma época bastante diferente da que nos encontramos hoje, os textos desses autores, em essência, revelam um importante argumento que almeja validade nas sociedades contemporâneas. E este é o de que não cabe ao Estado escolher quais as opiniões que estarão abrangidas pela sua proteção e quais não a receberão. Isso porque não é papel da tutela estatal intervir nessas questões. Por mais complexas que elas sejam, em que as discussões sobre o exercício da liberdade de expressão que são levantadas hoje testam os nossos argumentos em favor da democracia enquanto regime político, ainda precisamos nos esforçar e agir de modo tolerante.

Dessa maneira, conclui-se que, ainda que provenientes de quase três séculos atrás, os Tratados desses autores são aplicáveis como solução eficaz para problemas muito atuais, como no caso da liberdade de expressão, objeto de nossa pesquisa. Entendemos isso porque contra visões contraditórias e que nos causem desagrado, não lutamos com intolerância e censura, mas com a prática da tolerância,

da livre troca de ideias, da apresentação de nossos argumentos e na utilização da razão. Conseguindo transportar as ideias de Locke e Voltaire para o presente, e aplicá-las em observância ao atual momento vivido, vemos nelas uma antiga advertência liberal que pode ajudar a lidarmos com questões que são urgentes para o século XXI.

Referências

- ASSAF, Matheus. **Liberdade de expressão e discurso de ódio: Por que devemos tolerar ideias odiosas?** Belo Horizonte: Dialética, 2019.
- BARRETO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e outros Temas.** 2 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. **Liberdade igual: o que é e por que importa.** Rio de Janeiro: História Real, 2020.
- CONSANI, Cristina Forani. Democracia e os discursos de ódio religioso: o debate entre Dworkin e Waldron sobre os limites da tolerância. **ethic@ - An internacional Journal for Moral Philosophy**, Florianópolis, v. 14, n. 2, p. 174-197, maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ethic/article/view/1677-2954.2015v14n2p174> Acesso em: 01 jul. 2021.
- DWORKIN, Ronald. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana.** Trad. Marcelo Brandão Cipolla. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2019.
- FORST, Rainer. Os limites da tolerância. Trad. Mauro Victoria Soares. **Novos Estud. – CEBRAP**, São Paulo, n. 84, p. 15-29, jul. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/qn3hSHZzYJdr6tv9Xq44spG/?lang=pt> Acesso em: 30 jun. 2021.
- LOCKE, John. **Carta sobre a tolerância.** Trad. Adail Sobral. Petrópolis: Vozes, 2019.
- MEDRADO, Vítor Amaral. **A liberdade de expressão e a justiça brasileira: tolerância, discurso de ódio e democracia.** 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Dialética, 2019.
- SÁ, Mariana Oliveira de. **O discurso de ódio, o silêncio e a violência: lidando com ideias odiosas.** Belo Horizonte: Dialética, 2020.

- SCANLON, Thomas M.. A dificuldade da tolerância. Trad. Mauro Victoria Soares. **Novos Estud. – CEBRAP**, São Paulo, n. 84, p. 31-45, jul. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/nec/a/tcWjLPGJr3wTy8sChrG5gGM/?lang=pt> Acesso em: 30 jun. 2021.
- TITO, Bianca. **O direito à liberdade de expressão**: o humor no Estado Democrático de Direito. Belo Horizonte: Dialética, 2021.
- VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. Trad. Antônio Geraldo da Silva. São Paulo: Lafonte, 2017.

A crise do estado social e a morosidade da prestação jurisdicional no Brasil

TÁSSIA A. GERVASONI⁶⁸
RAFAELA ROVANI DE LINHARES⁶⁹

1 Introdução

Como é consabido, o projeto de bem-estar social no Brasil, especialmente no contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, contempla uma série de abrangências e ambições na forma de promessas e direitos. Todavia, não tardou para que esse modelo de Estado apresentasse limites a sua efetivação, o que tem representado uma disputa entre as necessidades sociais crescentes e os recursos financeiros limitados.

Na medida em que os direitos consubstanciados pela Constituição são reconhecidos como prestações estatais, a ausência de sua realização tem potencial de acarretar uma demanda judicial. Por esse motivo, a temática reservada a esse trabalho relaciona as crises e os limites do Estado Social no Brasil à morosidade da prestação jurisdicional. Na tentativa de uma melhor compreensão entre essa relação, os temas da crise do Poder Judiciário e da judicialização da política também serão tangenciados no decorrer da pesquisa.

Tendo em conta esses pressupostos, a pesquisa problematiza de que forma a crise do Estado Social no Brasil repercute sobre a prestação jurisdicional. Dessa forma, o trabalho objetiva analisar a morosidade processual no Brasil e relacioná-la com os limites e a crise do Estado Social, sobretudo no que se refere ao déficit de prestação dos direitos sociais no Brasil. Para tanto, o texto divide-se em dois

⁶⁸ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com período sanduíche na Universidad de Sevilla (Espanha) - Bolsa CAPES PDSE. Mestre e Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Professora do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado na Faculdade Meridional - IMED. Coordenadora do Grupo de estudos e pesquisas em Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPq. E-mail: <tassiagervasoni@gmail.com>.

⁶⁹ Mestre e Graduada em Direito pela Faculdade Meridional – IMED. Integrante do Grupo de estudos e pesquisas em Direitos Fundamentais, Democracia e Desigualdade, vinculado ao CNPq. Advogada. E-mail: <rafaelarovani@hotmail.com>.

momentos: no primeiro será realizada uma análise sobre o problema da morosidade processual no Brasil; no segundo ponto, a pesquisa examinará as insuficiências do Estado Social no país e sua relação com a morosidade na prestação jurisdicional.

No que diz respeito aos aspectos metodológicos, o trabalho será desenvolvido por meio do método de abordagem dedutivo, pois partirá da análise de categorias gerais para, no decorrer da pesquisa e aprofundamento do estudo dessas categorias, especificá-las e inseri-las em perspectivas mais concretas. Como método de procedimento, adotar-se-á o método monográfico, tendo em vista um recorte de tema rigorosamente delimitado desde o início. Por fim, a técnica será a documentação indireta, por meio da pesquisa bibliográfica.

2 A morosidade da prestação jurisdicional no Brasil

No Brasil, o exercício da função jurisdicional desde algum tempo tem sido objeto de críticas, sobretudo no que diz respeito à demora da prestação jurídica, por isso inúmeras discussões se formam em torno da problemática conhecida como morosidade processual⁷⁰. Tãmanha é a notoriedade adquirida em face dessa discussão que a lentidão na obtenção de uma decisão judicial definitiva é percebida como a dificuldade mais grave do Judiciário.

Verdadeiramente, as atuais inflexões da jurisdição aparecem rotuladas na forma de problemas como explosão de litigiosidade, sobrecarga da legislação, acúmulo de processos, e assim por diante. Nesse sentido, a tão almejada celeridade processual se faz necessária desde o momento em que se dimensionam todos os problemas do Judiciário brasileiro à lentidão e à ineficiência que se faz sentir pelas partes que, mesmo não conhecedoras do procedimento, têm a impressão de que a jurisdição não as responde de forma adequada (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 58).

Antes de avançar no tema da morosidade, é necessária a compreensão das situações de crise enfrentadas pelo Estado, como instituição central da modernidade, que passa por um processo de erosão de suas estruturas em razão de uma multiplicidade de fatores,

⁷⁰ Para fins de compreensão, a função jurisdicional pode ser entendida como a atividade mediante a qual “o Estado, sobretudo por meio dos juizes, aplica o direito vigente na solução jurídica dos mais variados conflitos e controvérsias” (ARGUELHES; FALCÃO; SCHUARTZ, 2006, p. 80).

como a globalização e a financeirização do capitalismo. Como reflexo desse enfraquecimento do Estado, a complexidade das crises transfere-se às suas instituições, atingindo de maneira particular ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, as dificuldades que colocam a jurisdição em crise devem ser contempladas desde um ponto de vista das crises do Estado. Isso porque, em razão de sua criação moderna, a jurisdição é revestida de certa racionalidade formal e integridade lógica e, assim como o Estado, tem sua estrutura abalada pelo avassalador fenômeno da globalização, complexo e multifacetado. Como decorrência desse processo, observa-se a relativização de alguns dos conceitos, princípios e categorias do Estado atingidos por mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais ocorridas à margem das estruturas jurídicas, dos mecanismos judiciais, das engrenagens institucionais e dos procedimentos democráticos⁷¹ (FARIA, 2004, p. 7).

De todo modo, a crise da jurisdição, a partir da crise do Estado, pode ser observada pela sua gradativa perda de soberania, sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais, a fragilidade de suas estruturas democráticas, enfim, sua quase total perda na exclusividade de produzir e aplicar o Direito. Os descompassos decorrentes da chamada desterritorialização e da transnacionalização dos mercados desafia a efetividade do Judiciário enquanto estrutura fortemente hierarquizada e fechada que se viu diante do desafio de alargar seus limites, modernizar suas estruturas organizacionais e rever seus padrões funcionais para sobreviver como um poder autônomo e independente (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 64)

Diante de tais circunstâncias, é preciso ter clareza quanto às dificuldades da jurisdição em relação à aplicação do Direito, uma vez que a própria estrutura funcional do Estado é confrontada pela sua perda de centralidade e exclusividade de atuação, o que, inúmeras

⁷¹ Em complemento, as anotações de Faria referem que “toda essa engrenagem institucional forjada em torno do Estado-nação e o pensamento jurídico construído a partir dos princípios da soberania, da autonomia do político, da separação dos poderes, do monismo jurídico, dos direitos individuais, das garantias fundamentais, do judicial review e da coisa julgada é que têm sido crescentemente postos em xeque pela diversidade, heterogeneidade e complexidade do processo de transnacionalização dos mercados de insumo, produção, capitais, finanças e consumo” (FARIA, 2004, p. 23).

vezes, impossibilita a realização da prestação jurisdicional. Nessa perspectiva, Bolzan de Moraes explica que a crise funcional do Estado é principalmente sentida pelos órgãos incumbidos do desempenho de funções estatais, aos quais são atribuídas tarefas que lhes são inerentes ao modelo tripartite. Diante disso, percebe-se que, além de uma mudança clássica das funções estatais produzida pela transformação do Estado, cada vez mais essas instituições se veem substituídas por outras a partir de sua incapacidade de monopolizar os processos (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 56-57).

No contexto do Judiciário, por exemplo, a tendência de se desenvolverem mecanismos de resolução de conflitos alternativos aumentou significativamente em nome da celeridade processual, por isso a arbitragem e a mediação aparecem como meios informais e rápidos de obtenção de uma resposta, como solução à chamada morosidade da prestação do Estado, o que, ao final, só vem a representar a perda do monopólio da jurisdição pelo Estado como reflexo da perda da exclusividade da atuação estatal. Por essas razões é que não há como compreender as dificuldades em que o Judiciário se encontra inserido sem adentrar, minimamente, na discussão das crises que assolam o Estado⁷².

Compreendidos esses pressupostos, necessário assinalar a íntima ligação entre a crise da jurisdição e o problema da morosidade. Na medida em que o Poder Judiciário se vê confrontado por uma gama enorme de novas ações e diferentes litígios, como resultado de uma estrutura social cada vez mais complexa, é sobrecarregado pela própria incapacidade do Direito em acompanhar todas as

⁷² “Em síntese, as crises que afetam a jurisdição também podem ser entendidas numa multidimensional perspectiva, similar a anteriormente apresentada e relativa ao Estado de forma mais geral. Uma crise da dimensão estrutural (1) que diz respeito ao seu financiamento, a seus recursos materiais, tais como instalações, funcionários, infraestrutura, bem como, ao custo despendido em razão do alongamento das demandas no contexto de afogamento do Judiciário, o chamado custo diferido. A dimensão objetiva ou pragmática (2) que se refere à lentidão dos procedimentos, à burocratização e à linguagem técnico-formal utilizada, que também culmina no acúmulo de demandas. A subjetiva (3) associada à incapacidade tecnológica de construção de novos instrumentos legais e de reformulação de mentalidades, para que os operadores do direito possam adaptar-se à nova realidade fática, pois o modelo atual não atinge as soluções buscadas para resolver os conflitos contemporâneos. A crise paradigmática (4), por fim, que diz respeito ao direito aplicável para o tratamento pacífico dos conflitos” (MOURA; BOLZAN DE MORAIS, 2017, p. 182).

modificações dessa mesma sociedade globalizada que exige resultados de forma muito mais veloz. Como consequência dessa complexidade, somam-se as deficiências da estrutura física judiciária (a exemplo do número de juízes, servidores, das ferramentas de trabalho muitas vezes ultrapassadas). Dessa forma, ao mesmo tempo em que há uma explosão de litigiosidade não somente pelo número de novas ações, como também pela demanda qualitativa desses processos, o Judiciário é sempre requisitado de maneira mais ampla e isso reflete diretamente nas críticas à demora dessa prestação estatal.

A partir das ideias de Garapon, sublinha-se que o elevado número de demandas judiciais se relaciona com a validação da ação coletiva numa perspectiva muito mais processual do que política. Quer dizer, há um redirecionamento da confiança no “político” que, pouco a pouco, transferiu suas expectativas em direção à justiça, logo a opinião pública dirige aos juízes seus pedidos de decisão. Nas palavras do autor, “a justiça encarna, hoje em dia, o espaço público neutro, o direito, a referência da ação política, e o juiz, o espírito público desinteressado” (GARAPON, 1996, p. 42). Diante dessas circunstâncias, o cidadão comum tende a depositar mais confiança no Judiciário (a quem parece ter sido atribuída a função de “protetor” dos direitos), o que concentra toda a ação e protagonismo do Estado em um dos seus órgãos de poder (o Judiciário). Paralelamente, esses fatores desencadeiam, além da perda de confiança em relação aos poderes Executivo e Legislativo, a própria descrença na democracia e, conseqüentemente, no exercício dos direitos políticos⁷³.

De acordo com os dados mapeados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), somente em 2019, em todo o Poder Judiciário, ingressaram 30,2 milhões de processos. Se forem consideradas apenas as ações judiciais efetivamente ajuizadas pela primeira vez em 2019,

⁷³ Sobre essa relação, em especial, destacam-se as considerações de Ferrajoli (2015, p. 179), no sentido de que a crise da política (sua impotência, subalternidade em relação à economia e seu divórcio com as expectativas da sociedade) se traduz no descrédito da democracia representativa e dos partidos, o que acaba gerando o desinteresse, a indiferença e a rejeição em relação às instituições de representação democráticas. Dessa forma, cresce na maioria dos países o número de cidadãos, principalmente os mais pobres, que se absterem nas eleições e não têm confiança na política. Nas últimas eleições brasileiras, no ano de 2018, por exemplo, dados do Tribunal Superior Eleitoral revelam uma elevada taxa de abstenção dos eleitores, totalizando 31,3 milhões de cidadãos que não compareceram às urnas para votar. O segundo turno das eleições presidenciais teve a maior abstenção já registrada desde 1998, representando 21,3% do eleitorado brasileiro (SENADO FEDERAL, 2018).

sem computar os casos em grau de recurso e as execuções judiciais, tem-se que ingressaram 20,2 milhões de ações originárias em 2019, 3,3% a mais em comparação ao ano anterior⁷⁴. Assim, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação (CNJ, 2020, p. 93).

Impossibilitado de responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara, o Judiciário sucumbe perante a inovadora carga de tarefas a ele submetidas. Esse descompasso entre a oferta e a procura gera uma frustração geral, decorrente da morosidade e da percepção que se tem acerca da pouca eficiência dos serviços judiciais. Em relação aos segmentos desfavorecidos da população, o cenário é ainda mais dramático, já que ainda precisam lidar com a diferença entre a singela concepção de justiça que possuem e a burocracia na forma dos ritos processuais. A conjugação desses fatores implica diretamente no descrédito do cidadão comum à justiça e na crítica à ineficiência do Judiciário (SPENGLER; SPENGLER NETO, 2011, p. 64).

A desconexão entre o aparelho judicial e o rito do processo na forma do tempo percorrido pelo procedimento, tradicionalmente longo, é traduzida na falta de celeridade das decisões que, afinal, implicam a conotação de que o processo é moroso. Na esteira do que evidenciam Bolzan de Moraes e Brum, o Brasil tem enfrentado situações paradoxais no que diz respeito ao tema do rearranjo funcional da ação estatal, desde um crescimento do recurso à jurisdição refletindo diretamente sua incapacidade de dar conta em sentido qualitativo daquilo que lhe é apresentado como pretensão, até ao ponto de fazer avançar uma reforma do Poder Judiciário, diante da inviabilização quantitativa de responder ao ingresso de demandas (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016, p. 65).

Como resultado dessa incessante busca por celeridade processual e, inspirada em um viés eficientista neoliberal⁷⁵, a Emenda

⁷⁴ Segundo dados do CNJ, apesar de terem sido baixados 35,4 milhões de processos (com aumento dos casos solucionados em 11,6%), houve crescimento dos casos novos em 6,8%. Tanto a demanda pelos serviços de justiça como o volume de processos baixados atingiram, em 2019, o maior valor da série histórica (CNJ, 2020, p. 93).

⁷⁵ Não poderia deixar de ser mencionada, nesse sentido, a crítica de Moura e Bolzan de Moraes, para quem a Emenda Constitucional n. 45 demonstra a contaminação do Poder Judiciário no Brasil pelo ideário neoliberal eficientista. A relação estabelecida pela crítica é no sentido de que, alinhando-se a uma expectativa do neoliberalismo

Constitucional n. 45 promoveu uma série de reformas no Judiciário brasileiro, contemplando a expectativa de que suas alterações pudessem implementar uma efetividade quantitativa ao sistema judiciário nacional, a exemplo da inclusão do inciso LXXVIII, ao artigo 5º da Constituição Federal, que passa a assegurar a razoável duração do processo. Na verdade, conforme apontado por Spengler, tal medida pode ser entendida apenas como “uma das tentativas (não a primeira e, com certeza, nem a última) de buscar celeridade através da alteração/introdução de legislação que tenha por objetivo estimular a eficácia quantitativa das decisões” (SPENGLER, 2008, p. 58).

Sem deixar de considerar os diversos aspectos polêmicos da EC/45, muitos dos quais objetos de ampla discussão, pode-se mencionar, especialmente, as críticas direcionadas à mensuração da razoável duração do processo. Na ausência de uma fixação legal da quantificação de um tempo razoável entre o início e o fim de um processo judicial (compreendida também tamanha dificuldade), sabe-se que a média de duração dos processos no Brasil atualmente se encontra, provavelmente, acima da razoabilidade estabelecida pelo dispositivo constitucional.

A saber, de acordo com o diagrama do tempo de tramitação do processo realizado pelo CNJ, nas varas estaduais do primeiro grau, um processo de conhecimento tem duração média de 2 anos e 5 meses da inicial até a sentença. Em relação ao período que compreende da inicial até a baixa do processo, o tempo médio de duração estipulado é de 3 anos e 7 meses. Já a duração média de processos que permaneciam pendentes pelo menos até o final de 2019 (assim considerados como acervo) é de 4 anos e 2 meses. Além disso, especificamente na fase de execução verificam-se as maiores faixas de morosidade, a exemplo da Justiça Federal, em que o tempo médio de duração dos processos pendentes é de 7 anos e 8 meses, e

global, as modificações introduzidas pela Emenda constituem uma estratégia de reforma desde as orientações do Banco Mundial, no documento técnico n. 319 de 1996, que preconizou discussões acerca de uma prestação jurisdicional eficiente, célere e transparente. O problema é que, ao incorporar essa lógica da eficiência à Constituição, corre-se o risco de transformar o Estado em uma empresa, na qual a tal eficiência é compreendida pelas determinações do chamado custo-benefício, o que diverge, e muito, das expectativas da prestação jurisdicional pública que, em tese, é preocupada com um modelo democrático de efetivação dos direitos (MOURA; BOLZAN DE MORAIS, 2017, p. 191).

da Estadual, em que essa média é estimada em 6 anos e 9 meses (CNJ, 2020).

Admitidas as dificuldades que o tema apresenta, principalmente no que se refere à adequada interpretação da expressão “razoável duração do processo”, assinala-se que as imbricações entre a tutela jurisdicional e o tempo ou a morosidade são visíveis especialmente quando uma resposta estatal é vista sob o ângulo das expectativas sociais e normativas, como uma forma importante de proteção de indivíduo. Nesse sentido, quando a tutela jurisdicional ocorre “a destempo”, essas imbricações tornam-se débeis, na medida em que o tempo, assim como perpetua situações de litígios e corrói direitos que não são tutelados de forma adequada “a tempo”, tem o poder de inferir na concepção processual, uma vez que se torna “grande controlador da máquina judiciária” (SPENGLER, 2008, p. 47).

Para além dessas complexidades, compartilha-se a percepção de Lopes Jr. que, essencialmente preocupado com a relação entre tempo-direito do acusado no processo penal, disserta sobre a necessidade de se observar “o choque entre o tempo absoluto do Direito e o tempo subjetivo do réu, no que se refere ao seu direito de ser julgado num prazo razoável e à (de)mora judicial enquanto grave consequência da inobservância desse direito fundamental”. As explicações do autor inserem-se na substancial diferença entre o princípio da celeridade processual no âmbito do processo civil e do processo penal pois, neste último, tal princípio deve ser interpretado à luz da epistemologia constitucional do direito do réu que se revela na subjetividade processual no indivíduo. Nessa perspectiva, a (de)mora jurisdicional remete ao conceito da “mora”, na medida em que existe uma injustificada procrastinação do dever de adimplemento da obrigação da prestação do Estado quando a duração do processo supera o limite da duração razoável e, em decorrência disso, desencadeia danos irreversíveis ao acusado (LOPES JR, 2018, p. 451-460).

Resta claro que a centralidade das discussões acerca da morosidade da prestação jurisdicional no Brasil é resultado, dentre outros fatores, de um Judiciário que é sobrecarregado pelo número crescente de demandas, pela incapacidade da administração judicial em lidar de forma imediata com a complexidade das demandas da sociedade globalizada, pelo descompasso entre as expectativas em relação ao tempo dessa tutela jurisdicional e a efetiva demora, bem como pelas demais dificuldades decorrentes de uma instituição estatal que é confrontada por situações de crises. Compreendidas essas

questões, pretende-se analisar no próximo ponto do trabalho a forma como a crise do Estado Social repercute na demora da prestação jurisdicional.

3 Crise do Estado Social e morosidade processual: sobre promessas descumpridas

Boa parte das discussões que envolvem o tema das crises do Estado Social relaciona os descompassos existentes entre realização do projeto de bem-estar social nos termos postos pelo Constitucionalismo Contemporâneo e o desconforto ante as promessas não cumpridas e as constantes novas demandas das sociedades atuais. Sobre a base da igualdade jurídica, ao acrescentar-se um conteúdo social ao modelo estatal, o surgimento do chamado Estado de bem-estar social significou, ainda no século XIX, a responsabilidade da instituição estatal pelo provimento dos meios sem os quais determinados direitos sociais não podem ser realizados⁷⁶ (GERVASONI, 2020, p. 154).

De fato, o modelo social de Estado trouxe consigo inúmeros desafios teóricos e práticos devido à atribuição e responsabilização dos poderes públicos de proporcionar a todo cidadão prestações necessárias e serviços públicos ao seu pleno desenvolvimento, abarcando efetivamente a intervenção estatal nas condições de vida e relações sociais. Esse aspecto torna-se vinculativo a partir da constitucionalização dos chamados direitos fundamentais de caráter econômico, social e cultural, designados comumente como direitos sociais (PÉREZ LUÑO, 1995, p. 224).

Se, por um lado, ao Estado cabe o papel de assegurar a realização dos direitos de cada cidadão, mediante prestações que se concebem como deveres estatais, por outro, a noção de que os direitos sociais estariam vinculados a normas programáticas acabou relativizando o

⁷⁶ É importante destacar a inexistência de uma ruptura entre o Estado Liberal (aqui compreendido como o modelo estatal anterior) e o Estado Social de Direito, já que o segundo é considerado um passo a mais em relação ao primeiro, todavia, não se perde completamente a linha liberal, tanto que, apesar de algumas variantes, o Estado Social tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal, agregado pela convencionalmente nominada questão social. Nesse quadro, os problemas próprios do desenvolvimento das relações de produção e os novos conflitos emergentes da sociedade permeiam a construção de uma nova ordem jurídica (DÍAZ, 2010, p. 105-106).

dever de atuação do Estado nesse âmbito e consubstanciando um dos grandes entraves à efetivação desses direitos até os dias de hoje. Ocorre que, mesmo constitucionalizados, os direitos sociais encontram resistência e vêm sendo encarados como uma espécie de “promessa” completamente desprendida de prazos e modos de atendimento pelo ente estatal (GERVASONI, 2017, p. 99-100).

Nesse viés, ao passo em que se projetou uma nova finalidade ao Estado, foi possível concluir pela existência das ações estatais como verdadeiras prestações direcionadas aos cidadãos que se tornaram efetivos credores de intervenções estatais voltadas à promoção e proteção de seu bem-estar social. Conforme afirmam Bolzan de Moraes e Copelli, nesse enredo de ações positivas, há um evidente protagonismo do Estado, na medida em que “os direitos sociais não podem ser usufruídos pelo cidadão sem a manifestação estatal, eis que cobram uma ação positiva do Estado” (BOLZAN DE MORAIS; COPELLI, 2020, p. 5).

Contudo, para que a realização do bem-estar social seja conduzida efetivamente à finalidade do Estado Social, há uma série de obstáculos. Nesse sentido, como observado por Bolzan de Moraes, o Estado de bem-estar social está no centro de uma crise estrutural do Estado, dividida em três vertentes. A primeira delas caracteriza a chamada crise fiscal-financeira, pela fragilização das estruturas políticas e econômicas do modelo social, as quais pressupõem um rearranjo sustentável e carecem dessa condição principalmente pela limitação dos recursos públicos, o que impede que boa parte das prestações sociais sejam realizadas, em razão de uma estrutura estatal insuficientemente aparelhada para cumprir as promessas do bem-estar social⁷⁷. Além disso, a segunda dessas conformações trata da crise ideológica, pela qual questionam-se as formas de organização e gestão adotadas pelo Estado de bem-estar social (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 42-48).

Como terceira condição, aponta-se a crise filosófica que atinge os fundamentos sobre os quais se assenta o modelo de bem-estar social e se traduz na incapacidade de consolidação do projeto de Estado

⁷⁷ Aliás, sobre o tema, é preciso destacar os argumentos de Holmes e Sustain, no sentido de que mesmo os direitos ou liberdades individuais dependem de uma prestação pública por parte do Estado para sua efetivação. Quer dizer, também a liberdade dos indivíduos é afetada pela ausência dos recursos, ou seja, todos os direitos são considerados positivos e dependem da atuação estatal (HOLMES; SUSTEIN, 1999).

social, pela desagregação de sua base, essencialmente na construção insuficiente das estratégias de políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais, assim como coloca em xeque o fundamento da solidariedade sob o qual está calcado o Estado Social (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 42-48). Nesse contexto, deve-se referir que a ação positiva do Estado por meio das prestações sociais é estreitamente relacionada com as políticas públicas, assim compreendidas como mecanismos de ação estatal por excelência, já que se concebem na forma dos meios adequados e abrangentes para a realização dos direitos fundamentais dos indivíduos (BUCCI, 2002, p. 241).

É nessa seara que ganha relevância discutir a judicialização da política como consequência inescapável a um Estado que se apresenta como de bem-estar e como um dos fatores que agravam o problema da morosidade processual no Brasil. A fragilização do Estado pelos seus limites, suas crises e desestruturação diretamente relaciona-se com uma série de promessas não cumpridas, ensejando o surgimento de inúmeras demandas judiciais. Significa afirmar, em certa medida, a correlação entre as promessas do bem-estar social não cumpridas pelo Estado e a atribuição de um papel de destaque à função jurisdicional, o que corresponde a uma proliferação de demandas em torno de direitos sociais inalcançados.

Como decorrência das crises do Estado Social, projeta-se uma transposição do debate político para o interior do Poder Judiciário. Essa realidade pode ser consubstanciada como decorrência tanto da expectativa de sucesso no sentido de ampliação do acesso à justiça, quanto pelo resultado do déficit de satisfação em torno a pretensões ligadas a políticas públicas veiculadas pelo projeto de bem-estar, submetido a influxos decorrentes da nova era global do neoliberalismo (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016, p. 63-64).

Sobre esse segundo aspecto, há que se destacar o fato de que as promessas não efetivadas, nos dias atuais, parecem se expandir em razão de que, sobrecarregados pelas enormes dívidas públicas, os Estados têm aprovado inúmeras políticas de austeridade (na forma de reformas estruturais, como a reforma trabalhista e previdenciária no Brasil) que, no fim das contas, representam menores investimentos em recursos sociais e, por óbvio, diminuição das prestações públicas em saúde, educação, moradia, dentre outras. É exatamente nesse contexto entre os desconfortos ante as promessas incumpridas e das constantes novas demandas, além do aumento de custos decorrentes

tanto do sucesso das políticas sociais como das crises da economia capitalista, que ganha força o recurso à jurisdição, na expectativa de que esta assuma as funções de governo e possa garantir a satisfação dos direitos (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 60).

De um modo geral, a falta de efetivação do projeto constitucional brasileiro, bem como a democratização do acesso à jurisdição atribuíram um papel de relevância ao Poder Judiciário, pois se observa uma quantidade significativa de demandas em torno de direitos sociais inalcançados, além de pleitos acerca de conteúdos não ofertados pela gestão pública (o direito à saúde é um exemplo nesse sentido), a intervenção em decisões políticas por variados fundamentos e a própria a resignificação do texto constitucional (como o reconhecimento do casamento homoafetivo). Com isso, cada vez mais, questões que anteriormente eram ou deveriam ser demandas políticas, transformam-se em contendas judiciais, consolidando o fenômeno que ficou conhecido como a judicialização da política⁷⁸ (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016, p. 66).

Muito embora a regulação, na via constitucional, dos direitos sociais no Brasil seja sintomática de sua escassez histórica, não se pode pretender um controle judicial ilimitado da atividade do legislador com a intensa judicialização de demandas em torno de prestações estatais. Isso porque, tanto o juiz, quanto o legislador estão diretamente vinculados à Constituição, pois são parcelas representativas do poder político exercido dentro do Estado. Na verdade, os deveres de cunho genérico impostos ao legislador, tais como saúde, educação e cultura para todos os cidadãos esbarram numa limitação de cunho prático. Assim, a proposição de transferência ao Poder Judiciário das funções destinadas aos demais

⁷⁸ “No Brasil, diante da combinação dos inúmeros fatores abordados (com destaque para a ampliação dos direitos constitucionais e para a consagração de um modelo de Estado Providência – intervencionista – pela Constituição de 1988, inserido numa realidade neoliberal, que à época aqui se firmava), um descompasso começa a ganhar forma, pois inevitavelmente se alteram os conflitos e, corolário, as respostas que serão buscadas e fornecidas pela jurisdição constitucional, ficando cada vez mais difícil delimitar qual é, afinal, o seu papel nesse novo Estado. O quadro significa uma quebra de paradigma. Abandona-se a tradição jurídica individualista caracterizada pela prevalência do direito privado e em que o contrato fazia lei rígida entre as partes, verificando-se, de outra banda, um recrudescimento dos direitos fundamentais e da própria Constituição, um aumento dos conflitos coletivos e o reconhecimento dos deveres do Estado perante o cidadão, bem como de instrumentos aptos a exigir o cumprimento dessas obrigações” (GERVASONI, 2012, p. 77).

poderes do Estado é sintomática de uma crise de confiança no atual sistema, tal como mencionado anteriormente (APPIO, 2012, p. 154).

Por esses motivos, é possível analisar a morosidade processual no Brasil a partir desse cenário de crises do Estado, visto que a prestação estatal é reconhecida pelo projeto constitucional como direito, logo, quando não cumprida tem potencial de acarretar uma demanda. Para dar conta da forma como a judicialização da política acarreta números volumosos de processos, em pesquisa realizada na ferramenta de busca rápida do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, visualizou-se que tramitam no Estado cerca de 127.513 processos envolvendo o direito à saúde, 9.688 demandas acerca do direito à educação, além de 3.968 processos sobre direito à moradia (TJRS, 2020).

Perceba-se, nesse sentido, a exigência de uma jurisdição atuante, capaz de assegurar a observância à Constituição, ainda que precise impor determinadas decisões ao Estado. O que se tem, verdadeiramente, é uma Constituição repleta de direitos que, todavia, são negados a todo tempo pelo Poder que deveria assegurá-los. Dessa maneira, não são raros os casos em que se constata a necessidade de uma prestação por parte do Executivo para o cumprimento de decisões judiciais. Nesse ambiente, o Poder Judiciário, em meio a um turbilhão de críticas sobre sua atuação⁷⁹, acaba sobrecarregado pelas incontáveis demandas que exigem sua atuação o que, no fim das contas, agrava ainda mais o problema da morosidade processual no Brasil (GERVASONI, 2012, p. 77-78).

Nessa perspectiva, parece existir no Judiciário uma disputa pela efetivação de direitos, sobretudo os sociais, como uma das marcas da contemporaneidade. Conforme lição de Bolzan de Moraes, experimenta-se “um rearranjo organizacional na forma estatal da modernidade, fruto das próprias dificuldades do Estado Social e se percebe um embate do Estado com ele mesmo – da construção

⁷⁹ Nesse caso, não se podem ignorar as críticas acerca do problema do ativismo judicial no Brasil: “Se, por um lado, foi inegável a sua importância a concretização dos direitos fundamentais (judicialização da política); por outro, é de se questionar a legitimidade de seus excessos, consubstanciados no ativismo judicial. Além disso, se, como parte do Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário extrapola seus limites de ação – ativismo judicial -, ele mesmo contribui para a desestruturação dos sistemas de limites e garantias em que todos os poderes estatais se sustentam, na recomposição do ‘velho’ princípio da especialização das funções” (BOLZAN DE MORAIS; BRUM, 2016, p. 69).

legislativa de promessas à disputa por sua concretização”. Para além desses fatores, há ainda o âmbito administrativo, de um Poder Executivo envolto em projetos de reforma, desestruturação e desconstrução e, posteriormente, diante da insatisfação na sua (ir)realização, submetido aos limites da jurisdição, dessa vez pela busca “das promessas perdidas, submetidas, agora à exaustão das suas fórmulas” (BOLZAN DE MORAIS, 2011, p. 62).

Mesmo porque, não se pode deixar de mencionar tamanha importância que a atividade jurisdicional adquiriu desde algum tempo, como o lugar onde é direcionada a confiança popular. Quando se trata da condução de conflitos, a justiça tem aparecido como uma instituição que, sob a perspectiva de um terceiro neutro, auxilia as partes por meio de uma decisão objetiva, concreta e, portanto, justa (MAUS, 2000, p. 190). É também por essa razão que a jurisdição se vê imersa por confrontos de interesse e se torna o grande ambiente de se fazer valer os compromissos e promessas constitucionais dos projetos de bem-estar social.

De todo modo, interessante anotar que o problema da morosidade processual no Brasil nem sempre é atribuível aos juízes. Se levados em consideração os dados do CNJ, tem-se que, em 2019, em média 1.596 novas demandas foram distribuídas aos juízes do primeiro grau no Brasil. Contudo, os dados que tratam da produtividade indicam o constante aumento da produtividade dos magistrados desde 2010 (CNJ, 2020, p. 134-139). Dessa forma, não há como falar sobre a morosidade e as dificuldades da jurisdição no Brasil sem perpassar pelo menos algumas questões pontuais que determinam esse cenário, como é o caso da crise (em todas suas conformações) do Estado Social no país.

Por um lado, conforme abordado no decorrer da pesquisa, há uma série de demandas em torno dos direitos sociais no país, como reflexo das crises do Estado Social. Por outro, há ainda a contribuição do Poder Público em relação à sobrecarga dos juízes, sobretudo com questões previdenciárias e fiscais (ARGUELHES; FALCÃO; SCHUARTZ, 2006, p. 87). Sem deixar de considerar, ademais, todas as outras ações, das mais diversas naturezas, em trâmite no Poder Judiciário.

4 Conclusão

Com a proposição de um olhar sobre o problema da morosidade processual no Brasil relacionado às crises do Estado Social foi possível compreender que, inobstante exista uma série de fatores a serem considerados quando se investiga a mora na prestação jurisdicional, não há como ignorar a forma como a ausência de prestação de direitos pelo Estado repercute no número excessivo de demandas judiciais. Além disso, não se pode deixar de considerar a inviabilização estrutural do Poder Judiciário em responder ao crescente número de demandas, bem como a dificuldade de entregar uma resposta qualitativa quando se tem uma sociedade cada vez mais complexa.

Sobre a questão que se colocou na forma da problemática a ser enfrentada pelo trabalho, sugerem-se alguns aspectos pontuais e conclusivos. Primeiro, pode-se afirmar que o problema da morosidade processual não deve ser meramente atribuível aos juízes, tendo em conta que, apesar do expressivo número de demandas, a produtividade dos magistrados tem aumentado desde algum tempo. Também os déficits relativos às promessas não cumpridas de um Estado Social em crise repercutem nos vultuosos números de processos no Brasil. Se isso não bastasse, há uma transferência de confiança ao Poder Judiciário observada no crescimento do recurso à jurisdição, como sintoma da carência de confiança nas demais instituições estatais.

Sem esquecer de mencionar que dificilmente estar-se-ia diante das discussões sobre a ausência das prestações estatais no Brasil e o conseqüente número de demandas excessivas (que colaboram na demora dos processos) se não fossem todas as dificuldades de um Estado Social em crise que, além de ter um projeto ambicioso de bem-estar social travado pela carência de recursos financeiros para sua efetivação, é confrontado diariamente pelas imposições de uma agenda neoliberal globalizada.

Referências

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2012.
- ARGUELHES, Diego Werneck; FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando.

- Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 243, p. 79-112, jan. 2006. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/42550/41315>>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e Jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis; COPELLI, Giancarlo Montagner. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020. Disponível em: <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/1396>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2020**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em: 15 dez. 2020.
- DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática**. Madrid: Taurus, 2010.
- FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. **A Democracia através dos Direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Piaget, 1996.
- GERVASONI, Tássia A. **Estado e Direito em trânsito na pós-modernidade**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

- GERVASONI, Tássia A. A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial: a (auto)compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes – uma análise teórica e jurisprudencial. **Dissertação de Mestrado**. Santa Cruz: Unisc, 2012.
- GERVASONI, Tássia A. **Do Estado Social ao Constitucionalismo Contemporâneo e a vinculação do modelo estatal democrático com a realização de direitos**. In: STAFFEN, Márcio Ricardo; ZAMBAM, Neuro José. Direito, Democracia e Sustentabilidade. Anuário do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito da Faculdade Meridional. Cruz Alta: Ilustração, 2020.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York: Norton, 1999.
- LOPES Jr., Aury. **O direito de ser julgado em um prazo razoável na perspectiva einsteiniana da Teoria da Relatividade**. In: D'ÁVILA, Fabio Roberto [et al.] (Org.). Direito penal e Constituição: diálogos entre Brasil e Portugal. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2018.
- MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”**. Tradução de Martonio Mont’Alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: Novos Estudos, n. 58. São Paulo: CEBRAP, novembro de 2000.
- MOURA, Marcelo Oliveira de; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. O neoliberalismo “eficientista” e as transformações da jurisdição. **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, n. 1, p. 177-195, 2017. Disponível em: <<https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1565>>. Acesso em: 12 dez. 2020.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.
- SENADO FEDERAL. **Abstenção nas eleições: 31,3 milhões de eleitores não compareceram às urnas**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/videos>>

- /2018/10/abstencao-nas-eleicoes-31-3-milhoes-de-eleitores-nao-compareceram-as-urnas>. Acesso em: 14 dez. 2020.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Tempo, Direito e Constituição: reflexos** na prestação jurisdicional do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. **Scientia iuris**, v. 15, n. 2, p. 53-74, 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/8501>>. Acesso em: 17 dez. 2020.
- TJRS, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/novo/jurisprudencia-e-legislacao/jurisprudencia/>>. Acesso em: 14 dez. 2020.

A necropolítica e o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro

HELVÉCIO DAMIS DE OLIVEIRA CUNHA⁸⁰
PEDRO HENRIQUE ALMEIDA QUEIROZ⁸¹

1 Introdução

Hodiernamente, vive-se um cenário de violações massivas, contínuas e sistemáticas contra os direitos humanos e fundamentais no interior do sistema penitenciário brasileiro, subvertendo assim os valores constitucionais e democráticos próprios de um Estado Democrático de Direito (COELHO,2011).

Para além, constata-se uma omissão deliberada por parte dos Poderes Públicos, à medida que se constitui uma necropolítica marcada por discriminações estruturais, em que o aparato estatal corrobora com a desumanização e o extermínio de grupos historicamente vulneráveis, os mesmos que superlotam os presídios (BARCELLOS, 2010), aqueles que são invisíveis para a formulação de políticas públicas, mas são visados como os alvos prediletos da repressão estatal.

Sobreleva-se que o presente artigo se justifica em virtude da relevância da temática, já que intenta abordar o sistema penitenciário brasileiro — este sendo um tema recorrente no estado da arte das ciências criminais — a partir do Estado de Coisas Inconstitucional e a necropolítica vigente, os quais são conceitos que apesar de recentes, são de grande valia no âmbito da

⁸⁰ Doutor em Educação pela Universidad de La Empresa, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Professor e Diretor da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia. Coordenador docente do Grupo de Pesquisa e Extensão "Livre - Luta Integrativa Visando a Ressocialização dos Encarcerados: Estudos sobre encarceramento e racismo". E-mail: h.damis@ufu.br.

⁸¹ Graduando da Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis" da Universidade Federal de Uberlândia, Bolsista de Iniciação Científica (PIBIC/CNPq/UFU). Membro discente dos Grupos de Pesquisa e Extensão "Politeia: cultura política, teoria e identidade constitucional" e "Biodireito e Direitos Humanos". E-mail: pedro.queiroz@ufu.br.

pesquisa jurídica, cuja literatura especializada no que concerne a análise de tais institutos ainda resta escassa.

Além disso, vale ressaltar que este trabalho contribui para o progresso, sobretudo, dos conhecimentos atinentes ao direito penal constitucional, haja vista ser o campo de saber jurídico em que tais discussões se interseccionam.

Acerca da metodologia de pesquisa, tem-se que a investigação reporta ao caráter exploratório e bibliográfico. No que concerne ao método de abordagem foi o hipotético-dedutivo.

Ainda sobre a metodologia aplicada, vale ressaltar a abordagem transdisciplinar realizada, tendo em vista que o presente trabalho se alicerçou em fontes materiais e formais do Direito, fruiu de referenciais teóricos consolidados na literatura das ciências jurídicas, mas também reverberou artigos científicos de pesquisadores renomados nas Ciências Humanas e afins.

Por isso, reitera-se o valor da presente pesquisa, já que intenta transcender a discussão puramente jurídica, no azo de elaborar um estudo de maior legitimidade e com maior alcance.

Nesse sentido, a presente pesquisa intenta, a priori, analisar os elementos fundamentais da precariedade do sistema penitenciário brasileiro que possibilita reconhecê-lo enquanto Estado de Coisas Inconstitucional (ECI). Diante disso, empenha, a posteriori, averiguar a genealogia do ECI no âmbito dos presídios brasileiros.

Não obstante, registra-se que tal propósito, com efeito servirá como pretexto para discussões aprofundadas acerca de quais idiosincrasias culminaram na necropolítica que vigora no Brasil.

Assim sendo, dispõe-se a perscrutar a relação entre fenômenos como as discriminações estruturais e a formação dos ambientes desumanos — que são os presídios brasileiros.

2 O sistema penitenciário brasileiro: a lei existe atrás das grades?

Historicamente, o Brasil sofre com injustiças sociais, desde a colonização e intensificadas pela escravidão, marcadas pela negligência ante minorias sociais e grupos vulneráveis condenados à subcidadania e jamais incluídos devidamente no processo democrático.

A despeito disso, também se vivencia as consequências de subsequentes administrações sem investimentos substanciais em

educação, saúde e segurança, gerando, assim, um ciclo vicioso em que se institucionalizou as discriminações e as desigualdades (MACHADO, 2020), em que gerações de brasileiros são perdidas por falta de oportunidade de se desenvolver enquanto cidadãos e acabam fadados à precariedade, à subalternidade e à marginalidade.

A partir dessa conjuntura, justifica-se a situação precária dos presídios do país como corolário de uma violência estrutural da sociedade brasileira. Destarte, a desigualdade social aliada às práticas discriminatórias, racistas e classistas, engendra um quadro de violações constantes de direitos humanos e fundamentais, cujas demandas sociais são silenciadas pelo uso arbitrário da repressão estatal (BITENCOURT, 2001).

Pois então, a imagem dos presídios brasileiros é, nesse sentido, um reflexo da desigual distribuição de cidadania que culmina na subcidadania e da distância entre o povo e as instituições públicas (CALDAS; NETO, 2016), estas que perpetuam um Direito para nobres em um país subdesenvolvido.

Tem-se que a forma indiscriminada de aprisionar e de combater a violência com mais repressão, em que se aprisiona muito e mal, reverbera em um modelo de prisão que retroalimenta a própria crise dos presídios (CAMPOS, 2016). Visto que o encarceramento massivo se relaciona mormente com a guerra às drogas, na qual o pobre, negro e favelado está na linha de frente como inimigo, enquanto o jovem branco, que mora em áreas privilegiadas da cidade, é tido como usuário.

Verifica-se que os jovens pobres, negros e favelados que se aventuram com o tráfico de drogas em busca de retorno financeiros rápidos, acabam ingressando na dinâmica da necropolítica vigente, porquanto ao serem presos, são instados a se formarem como criminosos profissionais, ao invés de se ressocializarem.

À vista disso, na ausência de condições básicas de salubridade, os presídios deixam de cumprir sua função enquanto sistema progressivo, que visa ressocializar o autor de fato delituoso por meio do incentivo ao trabalho e estudo.

Por conseguinte, as facções criminosas encontram uma lacuna de poder para comandarem, se organizarem e cooptar mais pessoas, transformando as cadeias em escritórios de organizações criminosas e escolas para formação de criminosos profissionais.

Nesse sentido, afirma-se que “colocar uma pessoa numa prisão e esperar que ela aprenda a viver em sociedade é como ensinar alguém a jogar futebol dentro de um elevador” (ZAFFARONI, 1991, p. 137).

Logo, a ineficiência de se propiciar um ambiente estruturado em que se respeita os direitos básicos dos encarcerados e que haja atividades voltadas para a ressocialização do detento, demonstra também uma desarticulação entre os Poderes Públicos na implementação de políticas de segurança.

Além disso, é inconteste a responsabilidade do Estado perante a crise do sistema penitenciário brasileiro, uma vez que a função ressocializadora dos presídios não é eficaz, pelo contrário, as prisões prosseguem gerando criminalidade e fortalecendo o crime organizado (CALDAS; NETO, 2016). Já que com a superpopulação carcerária, a cadeia se inseriu na dinâmica um da venda e distribuição de drogas, mas também se tornou uma escola onde se organiza e se ensina o cometimento de diversos crimes hediondos.

Assevera-se que o Estado falha em garantir a integridade dos presos em muitas unidades prisionais. Ao passo que para se protegerem, os detentos se organizam em facções criminosas.

Porém, esses grupos evoluem criando redes de distribuição de drogas e obtenção de armas, formas de financiamento, recrutamento de jovens em situação de vulnerabilidade, de desempregados e de ex-detentos que não conseguiram se reinserir no mercado de trabalho devido à discriminação, elevando, portanto, o crime para patamar mais nocivo, em que a sociedade se torna vítima e refém do crime organizado (DIMOULIS, 2016).

Dessa forma, a sociedade brasileira enfrenta como um de seus maiores desafios sociais e econômicos, a precariedade do sistema carcerário brasileiro, cujas causas estão atreladas à falta de condições mínimas para a dignidade da pessoa humana subsistir, bem como à ineficiência da ressocialização (CAMPOS, 2016).

Para além, observa-se que na lacuna do Estado, surgem novas formas de poder e dominação, em que a negligência estatal fortalece o pluralismo, em detrimento da força normativa do Direito. Em razão disso, a atual realidade dos presídios exige medidas de urgência que solucionem ou minimizem o Estado de Coisas Inconstitucional que se consolidou.

Portanto, a conjugação de todos esses fatores acima mencionados, aliados à falta de segurança das prisões e atividades aos detentos,

resulta na violação de direitos humanos e fundamentais dos encarcerados.

Desse modo, o sistema penitenciário brasileiro, tem se mostrado falho, sendo visto como um depósito de indivíduos indesejáveis, uma vez que não há como se cogitar em ressocialização em um ambiente degradante como se vê na maioria dos presídios pelo Brasil afora (CHIES, 2013). Não existem direitos e nem dignidade humana no sistema prisional brasileiro. A despeito disso, a interação dos sentimentos e estados emocionais dos presos e dos integrantes do pessoal se processa em espiral ascendente de agressividade, brutalidade, violência, até às mais sérias consequências.

Ainda que os presos tenham dado real motivo para uma reação de contenção ou de repressão do pessoal, a insegurança do dito pessoal, resultante do seu despreparo e inerente medo, leva a reações inadequadas, despropositadas, abusivas, que deixam de ser força para ser violência (MIOTTO, 1983).

Em última análise, pondera-se que o sistema penitenciário está em crise e precisa de reformas urgentes por parte do Estado. Nessa conjuntura caótica, a sociedade deixa de acreditar na eficácia do sistema penitenciário, ao passo que se intensifica o Estado de Coisas Inconstitucional e a necropolítica vigente, como se verá a seguir.

3 A genealogia do Estado de Coisas Inconstitucional

A Colômbia é uma terra que sofreu e sofre muitos conflitos armados, marcadamente a guerra deste Estado contra as FARC (Forças Armadas Revolucionárias Colombianas), além do enfrentamento de intensa atividade do narcotráfico, escândalos políticos e recessões econômicas que aprofundam desigualdades sociais.

Nesse contexto que, em 1991, foi promulgada a atual Constituição Política, responsável pela inauguração de um modelo de Estado Social de Direito na pátria colombiana, que agora tinha na dignidade humana e na garantia dos direitos fundamentais o dever-ser do ordenamento jurídico (PÁEZ, 2012).

Nesse diapasão, a Colômbia apresenta diversas características semelhantes ao Brasil, dentre elas, pode-se exemplificar a experiência de uma Constituição recente, cujo projeto constitucional previu uma série de direitos e garantias fundamentais, contrastando assim com

uma sociedade marcada por desigualdades e a dificuldade dos Poderes Públicos em implementar políticas públicas efetivas e de qualidade.

Diante desse cenário, a Corte Constitucional Colombiana, em prol da efetivação dos direitos fundamentais, tem protagonizado enquanto um paradigma de ativismo judicial na América Latina (BETANCUR HINCAPIE, 2014).

Averigua-se que a Corte Constitucional tem decidido com posicionamento manifestamente favorável à efetivação de direitos fundamentais e ao progresso social, promovendo assim um ativismo judicial em nome da Constituição, mormente diante de controvérsias envolvendo grandes deficiências nos programas de políticas públicas (CANOSA, 2015).

Outrossim, o órgão de cúpula do Poder Judiciário colombiano concebe que o descumprimento do dever de legislar por inércia do legislador em criar condições necessárias para o gozo efetivo dos direitos fundamentais ou mesmo a falha ao deixar de afastar ou minimizar obstáculos que impedem ou limitem a fruição desses direitos, fez com que a sociedade colombiana estivesse se relacionando com falhas estruturais (CEPEDA-ESPINOSA, 2004), o que implicaria na violação massiva e contínua de seus direitos.

Doravante tal conjuntura, a Corte Constitucional Colombiana tomou uma medida extrema e inovadora, ao elaborar e reconhecer o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI).

À vista disso, a Corte Colombiana vislumbrou que a declaração de ECI seria um artifício necessário por parte do Judiciário para conduzir o Estado a observar a dignidade da pessoa humana e as garantias fundamentais (CAMPOS, 2016), uma vez que estava em curso graves violações a esses direitos por omissão dos Poderes Públicos.

Ademais, a origem do ECI na jurisprudência colombiana remonta à Sentencia SU-559/1997 (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 1997) que, no ano de 1997, reconheceu a inconstitucionalidade na realidade de quarenta e cinco professores dos municípios de Maria La Baja e Zambrano, cujo direito ao benefício previdenciário da categoria fora negado pelas autoridades locais ao argumento de insuficiência de recursos orçamentários.

Dessa forma, além de determinar a imediata filiação dos professores, a Corte Constitucional entendeu igualmente cabível notificar os entes federativos omissos sobre a declaratória do ECI dos docentes não-filiados. Iniciou-se, assim, a tese de que compete a

Corte Colombiana emitir ordens às autoridades públicas competentes para que adotem medidas necessárias à cessação de realidades inconstitucionais.

Acrescenta-se que o EIC é uma técnica jurisprudencial preordenada ao desfazimento de situações de bloqueio institucional ocasionadas por prolongadas omissões de diversos poderes estatais, tudo isto culminando em massivas e sistemáticas violações a direitos fundamentais (LAGE; BRUGGER, 2017).

Por intermédio dele, dita-se ordens aos poderes políticos e outros atores públicos para que exercitem suas competências no sentido de dismantelar o estado de coisas violador da constituição.

Segundo Libardo Ariza, esta decisão, em primeiro, consolidou a própria doutrina do ECI. Clareou-se, pois, que a técnica jurisprudencial é meio preordenado à promoção de uma reforma estrutural frente a situações de violações generalizadas e maciças de direitos fundamentais causadas por um bloqueio institucional (ARIZA, 2005).

Tem-se como possível, desde a Sentencia SU-559/1997, a Corte Colombiana decidir considerando que os diferentes órgãos estatais devem cooperar de forma harmônica para a consecução dos fins constitucionais e, em última instância, dismantelar os estados de coisas inconstitucionais.

Portanto, este inovador instituto adotado pela Corte Constitucional dispõe ao juiz constitucional uma posição de evidência no sistema, passando a desempenhar o papel de ordenador dos dois outros poderes para que exercitem suas competências tomando as medidas necessárias à normalização de um ECI.

Posteriormente, em 1998, inaugurou-se a utilização do ECI no que tange o sistema penitenciário. Uma vez que uma ação de tutela foi ajuizada (CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, 1998), devido a superlotação do Presídio Nacional de Bellavista, em Medellín, no qual o autor se encontrava privado de sua liberdade. Nesta ação, postulou-se a desconstituição das condições precárias no tratamento dos detentos.

Diante disso, a Corte Colombiana assentou que a situação de superlotação e as gravíssimas deficiências as quais atravessam o sistema penitenciário se ajustavam integralmente à definição de um ECI, daí se deduzindo flagrantes e sistemáticas violações aos direitos fundamentais dos detentos. Não obstante, a Corte Constitucional

ratificou o uso do ECI como ferramenta apta à tutela de situações revestidas de caráter geral e natureza estrutural.

No Brasil, a primeira aparição da doutrina do EIC perante o Supremo Tribunal Federal remete à ADPF nº 347 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015), cujo pretexto é o cenário bastante desumano das prisões brasileiras, com celas superlotadas, insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida de baixa qualidade, falta de água potável e de produtos higiênicos básicos, homicídios, espancamentos, tortura e violência sexual contra os presos são frequentes, praticadas por outros detentos ou por agentes do próprio Estado.

Em maio de 2015, tal ação constitucional foi ajuizada em face da União e de todos os vinte e seis estados da federação e o Distrito Federal, pelo Partido Socialismo e Liberdade, representado pelo advogado constitucionalista Daniel Sarmiento, cuja petição inicial se baseou em uma representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ.

Ademais, a supramencionada ação constitucional, foi proposta objetivando sanar as gravíssimas lesões a preceitos fundamentais da Constituição, ante o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais decorrentes de condutas comissivas e omissivas dos poderes públicos no tratamento da questão prisional do país (CAMPOS, 2016). Requereu-se, então, em medida cautelar, o reconhecimento do ECI do sistema penitenciário brasileiro.

Subsequentemente, a relatoria do caso coube ao Ministro Marco Aurélio, que após descrever a deplorável situação da população carcerária no Brasil, o relator confirmou que dela decorrem inúmeras violações de direitos fundamentais e humanos. Tais violações, inclusive, de acordo com o Ministro, não impactariam, tão somente, situações subjetivas individuais, mas afetariam toda a sociedade.

Logo, concluiu-se que, no Brasil, cárceres não servem à ressocialização. Por isso, entendeu cabível a ADPF e o reconhecimento de uma nova modalidade de inconstitucionalidade no Direito brasileiro, o ECI.

Evidencia-se que a responsabilidade por essa situação crítica no sistema penitenciário brasileiro recai sobre os três poderes, em todos os níveis da federação. Embora o cerne da abordagem do ECI não seja a formulação e implementação de políticas públicas, tampouco de interpretação e aplicação da lei penal, tem-se o enfoque, senão, na

falta de coordenação institucional para sua concretização (DANTAS, 2016).

Por conseguinte, o EIC deve ser operado em situações de inércia ou omissão dos Poderes Públicos que ocasionem problemas estruturais na concretização normativa da Constituição, e nada é feito para melhorar a situação.

À vista disso, prepondera-se que a ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos quanto a perpetuação e o agravamento da situação (DUARTE; NETO, 2016).

No caso da população carcerária, seriam dois os bloqueios institucionais, quais sejam: a sub-representação parlamentar, conquanto presos não podem votar ou receber votos, tal como a impopularidade dos indivíduos, porquanto não se privilegia os gastos públicos com encarcerados, no âmbito da formulação de política públicas.

Com efeito, a decretação de tal estado de coisas implicaria a determinação de medidas estruturais flexíveis a serem manejadas e monitoradas pela Corte, com o auxílio dos demais poderes, órgãos e pessoas afetadas. No entanto, transcorridos quase seis anos desde sua propositura, pouco ou nada mudou na realidade dos milhares de detentos submetidos, diariamente, a condições desumanas de encarceramento.

Já que, diante do quadro de superlotação carcerária, com a presença de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas, evidencia-se que a modificação desta crise humanitária depende, decerto, de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, planejadas e executadas em conjunto (PEREIRA, 2017).

No entanto, a intervenção judicial pode gerar prestações mais positivas e alterações institucionais para mudanças no sistema penitenciário em fase de avaliação, o que contribuirá para a minoração de alguns problemas recorrentes evidenciados no panorama caótico atual das prisões brasileiras e ampliará a efetivação dessa política.

Assim sendo, o Estado de Coisas Inconstitucional se apresenta como um artifício em prol da concretização das normas que garantem os direitos fundamentais dos acusados e das pessoas em privação de liberdade. Haja vista que o reconhecimento da gravidade e a

amplitude das violações de direitos e a necessidade de implementação de políticas públicas são o corolário que eleva o EIC a ser considerado como um instituto útil para salvaguardar os valores da democracia e da cidadania.

4 A necropolítica vigente: vidas negras importam?

A automação, a informatização e a mecanização das formas de trabalho e dos processos produtivos outrora existentes cada vez mais resultam em implicações sociopolíticas que incitam os processos contraditórios do capitalismo (MÉSZAROS, 2005), uma vez que os mecanismos de reprodução do capital ensejam na formação de uma massa sobrança.

Por conseguinte, observa-se o fortalecimento do desemprego estrutural, que sucede em uma série de adversidades que fomentam a regressão social, sobretudo, no que tange as minorias sociais e grupos vulneráveis.

Não obstante, evidencia-se que tal regresso em concomitância com o aparato de superencarceramento estatal culmina na institucionalização de uma necropolítica, em que o Estado, ao invés de promover políticas públicas visando reduzir as desigualdades e apaziguar as violências, pelo contrário, volta-se, máxime contra os negros, pobres e favelados, historicamente marginalizados (NASCIMENTO, 2016), com mais artifícios de exclusão, opressão e extermínio, em um verdadeiro genocídio negro.

À vista disso, nota-se uma transformação histórica, porquanto as minorias sociais e os grupos vulneráveis eram incluídos marginalmente enquanto trabalhadores submissos nas formas de trabalho e nos processos produtivos.

No entanto, o paradigma atual aguçado pelo desemprego estrutural é um desdobramento da eugenia e do higienismo, em que o aparato estatal institucionaliza a invisibilização dos sujeitos em situação de vulnerabilidade através do encarceramento em massa (ALEXANDER, 2017).

Para além do próprio genocídio negro, tem-se um extermínio social, que representa as nuances da crise do capitalismo e o esgotamento civilizatório (ADORNO, 1991).

Neste cenário, em que houve um abandono das funções de ressocialização, reinserção e readaptação do sistema penitenciário brasileiro, vigora a necropolítica na qual se busca reduzir os

encarcerados em estatísticas e destituir eles de quaisquer direitos e garantias (KARAM, 1991).

Desse modo, o cárcere foi deturpado enquanto ente de reeducação social para se tornar um instrumento de banimento de subcidadãos, em que se privilegia o extermínio daqueles considerados indesejáveis em uma sociedade branca e heteropatriarcal (DAVIS, 2019).

Formando-se, então, uma horda de indivíduos, cuja vida não importa tanto para a Economia, quanto para a Política, tampouco ao Direito burguês, que corrobora na perpetuação de discriminações estruturais ao se omitir perante as injustiças manifestas.

Ademais, complementa-se que a necropolítica, esta instituída com aporte estatal, subsiste em virtude também de discriminações estruturais. Nesta conjuntura, analisa-se o conceito de raça, que pelo viés biológico está relacionado com a aparência, porém, pelo viés antropológico, se identifica pela cultura produzida por uma determinada comunidade.

A despeito do viés de análise, o conceito de raça demonstra diferenças culturais e biológicas, mas sem o escopo de segregar e discriminar, no entanto, foi utilizado para justificar tais fins durante a trajetória das civilizações.

Fato é que a raça persevera influenciando na normalização de desigualdades, ao passo que sua forma sistemática que a apropria como fundamento é o racismo, que se apresenta de maneira consciente e inconsciente, gerando prejuízos ou privilégios aos indivíduos, de acordo com o grupo racial que estejam inseridos.

Com efeito, o racismo no Brasil é estrutural, tendo em vista que advém das relações sociais provenientes da formação da própria pátria, tanto que ela é observável nas dinâmicas econômicas, quanto culturais, perfazendo o senso comum do brasileiro médio.

Nesta conjuntura, em que o racismo não é exceção, senão regra, tem-se a divisão dos que dominam e são privilegiados e os dominados que são marginalizados.

À medida que o Estado não pode positivar e explicitar o extermínio dos indesejados pelo sistema capitalista, elabora-se formas sutis de “fazer morrer e deixar viver” (MBEMBE, 2017, p. 47), em que os presídios são um dos artifícios utilizados para perpetuar a dominação e a exclusão das raças marginalizadas.

Assim sendo, o sistema penitenciário brasileiro reverbera a raça como forma de controle social dos oprimidos, em que a violência é

um fim em si mesmo e a vida dos excluídos são insignificantes (GARLAND, 2008).

Outrossim, os responsáveis pelo sistema de justiça criminal são relevantes nesse cenário em que se opera a necropolítica, já que reproduzem as discriminações estruturais que distinguem quem deve viver e quem deve morrer (MBEMBE, 2018).

Ao passo que os encarcerados se uniformizam pelas condições desumanas e precárias de aprisionamento, pela supressão de direitos e garantias e pela incerteza de quando serão exterminados pelo próprio sistema.

Dessa forma, avulta-se a dimensão da necropolítica enquanto regime de distribuição desigual da morte pelo poder estatal. Neste sentido, a presença da morte é soberana, bem como define esse mundo arraigado de violência que é o sistema penitenciário.

Concebe-se, então, que o cidadão ao se tornar um presidiário, sofre praticamente uma morte civil, pois deixa de ser um sujeito de direitos, já que se torna indigna de fruir dos direitos e garantias de um ser humano, além de que a vida é desvalorizada ao ponto de se tornar nua de significância (MBEMBE, 2018).

Depreende-se que a discriminação que assolava as minorias sociais e grupos vulneráveis na forma da exploração do trabalho, aperfeiçoou-se para formas mais sutis de repressão e controle social que caracterizam a necropolítica vigente, a fim de perpetuar as desigualdades existentes.

Sendo assim, o aparato estatal, com poder de decidir acerca da vida e a morte ao desprover o *status* jurídico e político dos sujeitos indesejáveis ao progresso do capitalismo, foi organizado para consolidar, arbitrariamente, quem deve sobreviver no cotidiano cada vez mais automatizado, informatizado e mecanizado. Isto é, não interessa mais a intenção de controlar e explorar os grupos dominados e marginalizados, senão exterminá-los. Logo, a necropolítica é uma política que parte da exclusão para o desaparecimento daqueles que são inúteis ao sistema.

5 Conclusão

Em suma, o Direito deve evoluir enquanto instrumento de transformação social, a favor de diminuir a distância entre o povo e o conhecimento jurídico, a fim da mitigação de problemas estruturais que ainda persistem existindo.

A despeito disso, no que tange o sistema carcerário brasileiro, tem-se um cenário explícito de violações de direitos humanos e fundamentais, em que a lei não se aplica em favor dos encarcerados, estes que são, em sua maioria, pertencentes a grupos vulneráveis historicamente excluídos e invisibilizados.

Deste modo, verifica-se a urgência de se reverter o quadro de ECI e a necropolítica vigente, já que o Direito dentro dos presídios é ineficaz no que concerne a defesa e garantia de condições mínimas para subsistir a dignidade da pessoa humana.

Portanto, ultima-se que o sistema penitenciário brasileiro cumpre com os requisitos para ser reconhecido como ECI, bem como se observa que a necropolítica vigente tende a encarcerar e exterminar os mesmos grupos vulneráveis que sofrem com as discriminações estruturais, os quais são invisíveis para a formulação de políticas públicas, mas são visados como os alvos prediletos da repressão estatal.

Logo, o descompasso absoluto entre a realidade prisional e o direito deve terminar e o trabalho para o fim dessa barbárie só pode ser humanitário, partindo-se para medidas estruturantes que conduzam ao fim do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro e da necropolítica vigente.

Referências

- ADORNO, Sérgio. Sistema Penitenciário no Brasil: Problemas e desafios. *In: Revista USP*, Dossiê Violência, n. 9, São Paulo, 1991.
- ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. Pedro Davoglio (Trad.). São Paulo: Boitempo, 2017.
- ARIZA, Libardo José. La prisión ideal: intervención judicial y reforma del sistema penitenciario en Colombia. *In: BONILLA, Daniel; ITURRALDE, Manuel (Org.). Hacia un nuevo derecho constitucional*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2005, pp. 283-328.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *In: Revista de Direito Administrativo*, n. 254, 2010, pp. 39-65.

- BETANCUR HINCAPIE, Guillermo Leon. Activismo de la Corte Constitucional Colombiana: argumentos que lo justifican. *In: Nuevo Derecho*, v. 10, 2014, pp. 9-20.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.
- CANOSA, Eduardo Andrés Velandia. Control de Constitucionalidad en Colombia. *In: ROMBOLI, Roberto; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa (Org.). Justiça Constitucional e Tutela Jurisdicional dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, pp. 95-121.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CALDAS, Roberto Correia da Silva Gomes; NETO, Felipe Lascane. As condições das penitenciárias no Brasil e o estado de coisas inconstitucional. *In: Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição*, v. 2, n. 2, 2016, pp. 578-600.
- CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. Judicial Activism in a Violent Context: The Origin, Role, and Impact of the Colombian Constitutional Court. *In: Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, 2004, pp. 529-691.
- CHIES, Luiz Antônio Bogo. A questão penitenciária. *In: Tempo Social*, São Paulo, v. 25, n. 1, 2013, pp. 15-36.
- COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia T-153 de 1998**. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. **Sentencia SU.559 de 1997**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>>. Acesso em: 12 abr. 2021.
- DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais, direitos fundamentais e o estado de coisas inconstitucional. *In: Revista Constituição e garantia de direitos*, v. 9, n. 2, 2016, p. 155-176.
- DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?**. Marina Vargas (Trad.). 4. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.
- DIMOULIS, Dimitri. **Direito penal constitucional: garantismo na perspectiva do pragmatismo jurídico-político**. Belo Horizonte: Arraes, 2016.

- DUARTE, Júlia Karolline Vieira; NETO, Júlio Gomes Duarte. O estado de coisas inconstitucional (ECI): o remédio estrutural para a efetivação dos direitos fundamentais perante um diálogo entre os poderes da união. *In: Revista da ESMAL*, n. 1, 2016, pp. 298-321.
- GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea.** André Nascimento (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- KARAM, Maria Lúcia. **Dos crimes, penas e fantasias.** Niterói: Luam, 1991.
- LAGE, Daniel; BRUGGER, Andrey. Estado de coisas inconstitucional: legitimidade, utilização e considerações. *In: Revista Publicum*, v. 3, n. 2, 2017, pp. 193-240.
- MACHADO, Maira Rocha. Quando o estado de coisas é inconstitucional: sobre o lugar do Poder Judiciário no problema carcerário. *In: Revista de Investigações Constitucionais*, v. 7, n. 2, maio/ago. 2020, pp. 631-664.
- MBEMBE, Achille. **Políticas da Inimizade.** Marta Lança (Trad.). Lisboa: Antígona, 2017.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica.** Renata Santini (Trad.). São Paulo: N-1, 2018, p. 47
- MÉSZAROS, István. **Para além do capital: rumo a uma teoria da transição.** Paulo Cezar Castanheira; Sérgio Lessa (Trad.). São Paulo: Boitempo, 2005.
- MIOTTO, Armida Bergamini. **A violência nas prisões.** Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 1983.
- NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro: processo de racismo mascarado.** 4. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.
- PÁEZ, Nicolás Augusto Romero. La doctrina del estado de cosas inconstitucional en Colombia: novedades del neoconstitucionalismo y “la inconstitucionalidad de la realidad”. *In: Derecho Público Iberoamericano*, Santiago, n. 1, pp. 243-264, out. 2012. Disponível em: <<https://www.derechoiberoamericano.cl/wp-content/uploads/2018/04/RDPI-1.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- PEREIRA, Luciano Meneguetti. O Estado de Coisas Inconstitucional e a violação dos direitos humanos no sistema prisional brasileiro. *In: RIDH*, v. 5, n. 1, 2017, pp. 167-190.

- SOARES, Renata Araújo. O Estado de coisas inconstitucional e a calamidade do sistema penitenciário: diretrizes constitucionais para uma política transversal de segurança pública. Dissertação (Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26696/1/Estadocoisasinconstitucional_Soares_2018.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2021.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 347-MC/DF**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 14 abr. 2021.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Vânia Romano Pedrosa; Almir Lopez da Conceição (Trad.). Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 137

A política nacional de segurança pública e defesa social e sua relação com a promoção dos direitos humanos

JUAN RODRIGO CARNEIRO AGUIRRE ⁸²

TARSIS BARRETO OLIVEIRA ⁸³

1 Introdução

Para grande parte da população brasileira, a expressão *direitos humanos* está associada apenas a direitos de pessoas presas ou que respondem a ações penais, ou mesmo já condenadas criminalmente, ou seja, expressão vinculada a cidadãos que de algum modo estão inseridos no sistema de justiça penal, diminuindo em muito sua importância e amplitude. Esse atrelamento produz certa desconfiança em relação à terminologia que, em tempos de *lei e ordem* e intolerância, transformou-se em ínfima expressão relacionada apenas à *defesa de bandidos*, pessoas que, para o senso comum, sequer deveriam gozar de direitos. Estranhamente, não há movimento midiático para alterar essa realidade, ficando cada vez mais arraigada no imaginário popular.

Malgrado existam várias iniciativas do próprio Estado de Direito e também de organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e Organização Mundial da Saúde, os projetos, programas e ações desenvolvidos no intuito de promover os múltiplos direitos do ser humano, como educação, saúde, meio ambiente, habitação, alimentação, livre expressão do pensamento, inclusão de pessoas com necessidades especiais, não são associados

⁸² Mestrando no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* mestrado profissional em prestação jurisdicional e direitos humanos UFT/ESMAT (2019/2021). Pós-graduado em programa de pós-graduação lato sensu em Estado de Direito e Combate à Corrupção da Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) (ano/2019). Promotor de justiça no Estado do Tocantins (2004). E-mail: juancaraguirre@gmail.com.

⁸³ Doutor e Mestre em Direito pela UFBA. Professor Associado de Direito Penal da Universidade Federal do Tocantins. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Estadual do Tocantins. Professor do Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da UFT/ESMAT. Coordenador e Professor da Especialização em Ciências Criminais da UFT. E-mail: tarsisbarreto@uft.edu.br.

pelos meios de imprensa e também nas redes sociais aos denominados *direitos humanos*.

Os direitos humanos são construção caríssima à sociedade, sendo a primeira carta com âmbito internacional forjada após os massacres da primeira e segunda guerras mundiais, que privaram grande parte da população do gozo de direitos mínimos e essenciais para que fosse possível conduzir uma vida digna. Diversos países, que se organizaram posteriormente em prol da defesa da paz, reconheceram os absurdos e horrores das guerras, compreendendo que, com os olhos voltados para o futuro, a imprescindibilidade do respeito e defesa de determinados direitos do homem, como a vida, a saúde, a segurança, a alimentação, a moradia, a paz, o meio ambiente, entre diversos outros, deveriam ter amplitude universal.

Nesse contexto, em 1945 surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem, assinada por diversas nações, com a pretensão de atingir todos os cantos do globo terrestre e assim iniciar uma cultura da paz e respeito a direitos mínimos para todos. Com 30 artigos, destaca-se o artigo 3º “Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Registre-se que nesse primeiro momento não há destaque a direitos de pessoas presas, e sim apenas do *homem livre* que acabara de passar por todos os problemas advindos da guerra, direta (como a morte de milhares de cidadãos) ou indiretamente (escassez de água, comida, habitação, saúde). Ou seja, os direitos ali declarados assim o foram com a pretensão de que se estendessem a todos os seres humanos, devendo ser protegidos e promovidos pelas diferentes nações.

Assim, fácil perceber que *direitos humanos* é expressão ligada ao dia a dia do cidadão, relacionada a direitos que todos devem gozar e que o Estado tem por obrigação, senão prover, ao menos impulsionar ou estimular sua implementação, impossibilitando qualquer retrocesso. Há direitos que demandam um *não fazer* do Estado, e outros, *ações positivas*, como bem trabalhado na doutrina dos direitos fundamentais, que nada mais são que direitos humanos devidamente concretizados e reconhecidos na Constituição de cada Estado.

É nesse momento, quando se menciona a necessidade de medidas positivas estatais, que se torna possível reconhecer a segurança pública como direito/garantia essencial para o gozo dos direitos humanos, previstos em cartas internacionais ou mesmo aqueles reconhecidos na Carta Fundamental de cada Estado, na medida em

que visa, justamente, promover a ordem e garantir a incolumidade das pessoas.

Voltando os olhos para a realidade brasileira, percebe-se que vivenciamos índices de crimes e mortes violentas alarmantes, comparáveis a países que vivem situação de guerra. Se as cartas internacionais de direitos humanos, bem como o sistema interamericano de direitos humanos preveem expressamente a necessidade de preservação do direito à vida, cabe ao Estado proteger seu cidadão criando políticas públicas suficientes a diminuir índices de criminalidade, que atualmente estão fora de controle.

Infelizmente, grupos sociais vivem em constante conflito, sendo dever do Estado ao menos realizar políticas públicas que diminuam os índices de violência, protegendo seu próprio cidadão das enormes diferenças sociais, econômicas, culturais, e propiciando um ambiente de maior paz e segurança.

Para os fins desse trabalho pretende-se demonstrar a correlação entre a correta ou compromissada ação do Estado em segurança pública e a proteção do direito à vida, direito humano fundamental, sem o qual não há sequer mencionar os demais. Para tanto, parte-se da premissa que falar em segurança pública apenas com os olhos voltados para as instituições públicas responsáveis pela persecução penal, como polícias, guardas municipais, Ministério Público e Poder Judiciário é equívoco que precisa ser afastado, para buscar uma visão mais ampla, entendendo a importância da ordem e paz no contexto de realização dos direitos humanos.

Para o incremento ou proteção do direito à vida há necessidade de união de esforços entre a sociedade civil organizada e os órgãos de persecução, trabalhando em uma perspectiva de prevenção da criminalidade violenta para que ao menos se possa diminuir o assustador número de mais de 600 mil mortes nos últimos 10 anos no Brasil, fruto de ações violentas.

Exatamente nessa perspectiva, em 11 de junho de 2018 foi editada a lei 13.675, disciplinando a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; criando a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e instituindo o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP).

Vê-se que, logo em seus dois primeiros artigos, a lei ressaltou a importância da “atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social da União, dos

Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, em articulação com a sociedade” e ainda destacou que “a segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos”.

Para além de instituir órgãos responsáveis pela articulação de políticas públicas, determinar seus integrantes, a forma de funcionamento, a legislação mencionada, notadamente no capítulo II, trouxe normativas essenciais na tentativa de se promover uma revolução na forma de pensar e agir em relação à segurança pública, deixando clara sua vinculação e compromisso com a efetivação dos direitos humanos e busca pelo trabalho preventivo de repressão à violência.

O presente estudo se torna relevante em razão da recente publicação da lei, ainda com pouca efetividade e concretude dos órgãos criados. Nesse sentido, a temática mostra-se atual, uma vez que, sendo implementados os órgãos e mudando os paradigmas sobre a segurança pública é possível imaginar um reflexo no índice de criminalidade violenta com sua gradual diminuição, incrementando, assim, o principal direito humano: o direito à vida.

Para o desenvolvimento do trabalho, optou-se pelo método descritivo e comparativo, com análise de conteúdo. Busca-se, inicialmente contextualizar o estudo da segurança pública como direito humano, associando aos mecanismos de proteção internacional e a Constituição Federal. Em seguida, passa-se a análise dos dispositivos da lei e sua possível relação com as cartas internacionais, com análise de julgados sobre o tema. Ao final, far-se-á levantamento das críticas e fundamentos doutrinários sobre a problemática identificada e sua possível importância para o enfrentamento da violência no Brasil.

2 A segurança pública e o seu papel no incremento dos direitos humanos e fundamentais

A expressão *segurança pública* pode ser encontrada em textos de diversas áreas das ciências humanas e com definições variadas, todavia, sempre com um núcleo comum. A segurança pública está associada a deveres do Estado para garantir à sociedade uma ordem pública livre da ameaça da violência e criminalidade. Assim, pode-se destacar duas expressões fundamentais que decorreram do significado de segurança pública: deveres do Estado e violência/criminalidade.

Para Andrade (2019, p. 272) a segurança pública pode ser conceituada:

como um conjunto de processo, dispositivos e medidas de precaução, visa a, então assegurar à população prevenção e proteção de danos e riscos à vida e ao patrimônio. É portanto, uma associação de atitudes e competências políticas e jurídicas destinada a garantir a ordem pública na convivência pacífica de homens em sociedade.

Na mesma esteira, Silva (2019, p. 427-428), afirma que:

A segurança pública, conforme assentado por Valente, se apresenta como uma necessidade coletiva de ordem e tranquilidade, cuja prestação deve ser coerente e ininterrupta, ofertada por regulares mecanismos estabelecidos pelo ordenamento jurídico, respeitando a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental de todo o Estado de Direito.

Deixando inequívoca a importância da segurança pública na organização social do Estado, a Constituição do Brasil, pelo menos por três vezes e em capítulos diversos, menciona a expressão *segurança*, notadamente em seu artigo 5º, *caput*, 6º, *caput* e ainda no artigo 144, onde conceitua e obriga o Estado Brasileiro a implementar a segurança pública, afirmando que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...). (BRASIL, 2021).

Nessa linha, há norma constitucional afirmando ser dever do Estado proteger a incolumidade das pessoas e seu patrimônio. Sendo assim, não se trata de mera promessa ou intenção do constituinte, tratando-se de comando com alta densidade normativa e que deve ser priorizado pelo Estado.

Como é intuitivo, a noção de segurança pública, não raro, vem associada à ideia de *violência* e *criminalidade*. Ora, o dever do Estado de proteção da ordem pública e incolumidade das pessoas se interliga à ideia de prevenção e combate à violência, compreendendo diversas expressões como violência física, sexual, psíquica, moral, financeira, institucional e simbólica. (CARMONA, 2014, p. 131).

Para os fins deste trabalho, a violência será retratada como a violência física que resulta em delitos contra a vida, uma vez que é

dever do Estado proteger a incolumidade das pessoas que, evidentemente, devem ter assegurado seu direito essencial e precípuo: o direito de viver. Citando Canotilho, Novais (2018, p. 21-22) afirma:

(...) quando a constituição consagra o direito à vida, poder-se-á dizer que: 1) o indivíduo tem direito perante o Estado, a não ser morto por este (proibição da pena de morte legal); o Estado tem obrigação de se abster de atentar contra a vida dos indivíduos; 2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos: estes devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém”.

Em razão da grande concentração de pessoas e das diferenças sociais, culturais, econômicas, entre outras dela decorrentes, é nos centros urbanos que se destacam os altos índices de violência e criminalidade. Segundo se extrai de dados oficiais publicados no site da ONU⁸⁴, em fevereiro de 2019, 55% da população mundial vivia em áreas urbanas, sendo feita a perspectiva de que esta proporção chegue a 70% até o ano de 2050. Segundo o relatório mundial das cidades 2020 divulgado pela ONU habitat

O mundo continua em urbanização: é muito cedo para saber se a experiência pandêmica de 2020 levará a mudanças demográficas duradouras, mas as perspectivas a longo prazo continuam a indicar que o mundo continuará a urbanizar-se durante a próxima década, de 56,2% da população mundial atual para 60,4% até 2030. Espera-se que cada região se torne mais urbanizada nos próximos 10 anos, embora se espere que as áreas altamente urbanizadas tenham sua taxa de crescimento urbano reduzida. Noventa e seis por cento do crescimento urbano irá ocorrer nas regiões menos desenvolvidas da Ásia Oriental, Ásia do Sul e África, sendo três países - Índia, China e Nigéria - responsáveis por 35 por cento do aumento total da população urbana global de 2018 a 2050⁸⁵.

⁸⁴ Consoante divulgado pela ONU news: ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em 31/03/2021.

⁸⁵ De acordo com a ONU HABITAT: Relatório Mundial das Cidades 2020 The Value of Sustainable Urbanization. Disponível em https://unhabitat.org/sites/default/files/2020/11/key_messages_summary_portugu_ese.pdf. Acesso em 31/03/2021.

A concentração de pessoas nas cidades, como já mencionado, também trouxe os problemas a ela associados, sendo certo que a violência assumiu um papel importante, notadamente nos países latino-americanos, com especial destaque para o Brasil.

Informa a Organização das Nações Unidas (ONU) que no ano de 2017 a região das Américas registrou 17,2 mortes em cada 100 mil habitantes, a taxa mais alta registrada na região desde que começaram os registros confiáveis em 1990. Registrou-se ainda que o Brasil teve a taxa de 30,5 homicídios a cada 100.000, a segunda maior da região da América do Sul depois da Venezuela, com 56. Em valores absolutos, cerca de 1,2 milhão de pessoas perderam a vida por homicídio doloso no Brasil entre 1991 e 2017.⁸⁶

Em estudo bastante amplo e complexo o IPEA, em 2020, publicou o **Atlas da violência no Brasil**, divulgando, entre diversos outros dados relevantes, que entre 2008 e 2018 foram registrados 628 mil homicídios no Brasil. Em que pese tenha sido feito registro de tendência à diminuição de homicídios nos Estados do Sul e Sudeste no período decenal considerado, essa vertente é invertida nos Estados do Norte e Nordeste. Como exemplo, cita-se o Estado do Tocantins que, segundo as estatísticas, entre 2008 e 2018 registou um aumento no número de homicídios no percentual de 140,5% por cento, sendo o 5º maior incremento do país, ficando atrás apenas dos Estados do Acre (207,5%), Ceará (142, 7%), Rio Grande do Norte (155,6%), e Roraima (294,3%)⁸⁷.

Os dados estatísticos demonstram a ineficácia da atuação estatal em seu dever de garantir a ordem pública, pois não está sendo protegida a incolumidade física das pessoas, sendo certa a fragilidade da realização dos dispositivos constitucionais que garantem a segurança pública na definição prevista no artigo 144 da Constituição Federal.

Além do texto constitucional, o Brasil, por ser integrante do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, notadamente o sistema interamericano, assumiu compromisso com a comunidade

⁸⁶ Consoante divulgado pela ONU news: ONU: Brasil tem a segunda maior taxa de homicídios da América do Sul. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2019/07/1679241>. Acesso em 31 mar. 21.

⁸⁷ Os dados do IPEA estão divulgados na obra: **Atlas da violência 2020**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf> p. 19. Acesso em 31/03/2021.

global no sentido de promover a paz e garantir a segurança de seus cidadãos. Sobre o tema, Fischer (2019, p. 180) esclarece que:

São inúmeros os precedentes das cortes supranacionais a respeito da garantia dos direitos humanos no sentido de existir uma obrigação de as autoridades públicas responsáveis pela investigação /ou persecução penal conduzirem procedimentos adequados, completos e eficazes, na tentativa de responsabilização dos autores dos delitos (obrigação de meio). Em síntese, sempre estiveram em voga perante as cortes supranacionais (o que pouco se divulga) a proteção dos interesses das vítimas, seus parentes ou coletividade em geral. Isso não poderia, nem deveria causar maiores indagações, pois os direitos fundamentais a serem observados não estão, exclusivamente, na esfera daqueles relacionados com autores de infrações que atinjam interesses dos demais em sociedade. Deixamos bem expresso que essa perspectiva internacional gera efeitos significativos no quadro legal nacional (...).

Nessa linha, o Estado Brasileiro está sujeito a julgamento internacional pelas Cortes de proteção aos direitos humanos, por não promover a contento a segurança pública, sendo mister uma mudança de paradigmas na tentativa de alterar a realidade vivenciada.

A Corte interamericana de Direitos Humanos já julgou casos em que deixou assentada a importância da criação e implementação de mecanismos de combate à violência e promoção da segurança pública, reiterando a relevância desses deveres e sua forte conexão com o incremento dos direitos humanos.

No caso *Veliz Franco e outros vs Guatemala*, que, em síntese, julgou a inação do Estado da Guatemala no desaparecimento e posterior morte de Maria Izabel Veliz Franco, com 15 anos de idade, a Corte deixou assentado especialmente nos itens 233 e 234 da sentença publicada em 19 de maio de 2014 que:

233. A Corte considerou, em inúmeros casos, que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, a sua vez, vítimas. Neste ponto, a Corte entendeu como violado o direito à integridade psíquica e moral de alguns familiares das vítimas pelo sofrimento adicional padecido em função das circunstâncias particulares das violações perpetradas contra seus entes queridos e devido a posteriores atuações ou omissões das autoridades estatais referente aos fatos.

234. No caso sub judice, a Corte considera oportuno assinalar que estabeleceu a responsabilidade internacional do Estado pela falta de prevenção em relação à privação da vida e à integridade pessoal, bem como pela ausência de proteção e de garantias judiciais quanto à ausência da devida diligência nas investigações efetuadas. Em particular, foi demonstrado que o Estado teve conhecimento do risco corrido pela menina, a partir da denúncia, e não adotou as diligências para prevenir e evitar sua concretização, assim como as autoridades estatais não realizaram ações diligentes de modo oportuno para investigar, dentro de um prazo razoável, o homicídio de María Isabel Veliz Franco. (BRASIL, CNJ, 2021) **(grifo nosso)**.

O mesmo sentido restou assentado na sentença referente ao caso Rodríguez Vera e outros (desaparecidos do Palácio de Justiça) vs Colombia. O caso relacionava-se com o suposto desaparecimento forçado de Carlos Augusto Rodríguez Vera, Cristina del Pilar Guarín Cortés, David Suspes Celis, Bernardo Beltrán Hernández, Héctor Jaime Beltrán Fuentes, Gloria Stella Lizarazo, Luz Mary Portela León, Norma Constanza Esguerra Forero, Lucy Amparo Oviedo Bonilla, Gloria Anzola de Lanao, Ana Rosa Castiblanco Torres e Irma Franco Pineda durante a operação de retomada do Palácio da Justiça na cidade de Bogotá entre os dias 06 e 7 de novembro de 1985. Relacionava-se também com o suposto desaparecimento e posterior execução do Magistrado Carlos Horacio Urán Rojas, assim como a suposta detenção e tortura de Yolanda Santo domingo Albericci, Eduardo Matsón Ospino, Orlando Quijano e José Vicente Rubiano Galvis. A decisão foi publicada em 14 de novembro de 2014, impondo ao Estado da Colômbia diversas obrigações internacionais e para com os familiares das vítimas, deixando-se assentado nos itens 518 a 520 o seguinte:

518. O cumprimento das obrigações derivadas dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana, não só pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente ou submetida a tratamentos cruéis, desumanos, degradantes ou à tortura (obrigação negativa), mas que além disso requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar os direitos à vida e à integridade pessoal (obrigação positiva), conforme o dever de garantir o pleno e livre exercício dos direitos de todas as pessoas sob sua jurisdição. 519. A obrigação de garantir os direitos à vida e à integridade pessoal

pressupõe o dever dos Estados de prevenir as violações desses direitos. Esse dever de prevenção abarca todas aquelas medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e assegurem que as eventuais violações sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, assim como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais. É claro, por sua vez, que a obrigação de prevenir é uma obrigação de recursos e ações e seu descumprimento não é demonstrado pelo mero fato de que um direito foi violado.

520. A obrigação de garantir projeta-se mais além da relação entre os agentes estatais e as pessoas submetidas a sua jurisdição, abrangendo, inclusive, o dever de prevenir, na esfera privada, que terceiros violem os bens jurídicos protegidos. (Cf. Caso do "Massacre de Mapiripán" Vs. Colômbia. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C nº 134, par. 111; e Caso Luna López Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 10 de outubro de 2013. Série C nº 269, par. 120) (BRASIL, CNJ, 2021) (**grifo nosso**).

Em caso envolvendo diretamente o Brasil, não foi outra a decisão da Corte Interamericana, mais uma vez reiterando seu compromisso com a promoção dos direitos humanos, deixando assentada a obrigação do Estado de proteger o seu cidadão. No caso Herzog e outros vs Brasil, em que se debateu a responsabilidade internacional do Estado pela situação de impunidade da detenção arbitrária, a tortura e a morte do jornalista Vladimir Herzog, ocorrida em 25 de outubro de 1975 durante a ditadura militar, a Corte deixou assentado no item 371 da sentença condenatória publicada em 15 de março de 2018:

371. A Corte recorda que, no capítulo VII-1, declarou a violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, devido à falta de investigação, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos do presente caso. Levando em conta o exposto, bem como sua jurisprudência, este Tribunal dispõe que o Estado deve conduzir de maneira eficaz a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as respectivas responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha (CIDH, 2018).

Percebe-se, então, que é dever do Estado brasileiro adotar todas as medidas essenciais para que haja uma efetiva proteção na seara penal, bem assim que sejam adotadas providências para uma efetiva, célere, eficaz e eficiente apuração dos fatos noticiados, responsabilizando-se os agentes criminosos. (PEREIRA; FISCHER, 2021, p. 82)

Nesse viés, a segurança pública assume papel primordial na garantia dos direitos humanos e em seu incremento, na medida em que busca prevenir e combater a violência, deixando um ambiente de paz e tranquilidade para que se busque a felicidade e a dignidade, bens protegidos pela Constituição Federal. Assim, inexistem dúvidas de seu caráter de direito fundamental, criando obrigações ao Estado tanto na prevenção quanto no combate eficaz à violência e criminalidade. Nas precisas palavras de Silva:

As políticas de segurança pública guardam uma peculiaridade, eis que diversamente de outros direitos fundamentais que poderão ser exigidos de forma individual (saúde, educação, por exemplo), não há como o Estado garantir de modo efetivo ao cidadão o “direito de não ser assaltado”, mas sim que reduza a probabilidade de que os crimes ocorram, resguardando assim os bens jurídicos tutelados. Dessa forma, seguindo Siqueira, espera-se do Estado a fixação de uma política de segurança pública minimamente eficiente para a manutenção dos níveis de criminalidade dentro de ordem pública.

E em complemento de raciocínio afirma o mesmo autor:

A satisfação do direito fundamental à segurança pública exige do Estado, conforme acentua Siqueira, uma preocupação de caráter duplice: proibição de excesso e proibição de proteção deficiente. Isso significa que a atuação estatal deverá ser sempre programada e atrelada ao princípio constitucional da eficiência. Cabe ao Estado, na oferta pública de segurança pública, respeitar os direitos e garantias fundamentais, evitando os excessos, bem como almejar de modo planejado uma proteção suficientemente apta ao bem jurídico tutelado. (SILVA, 2019, p. 430-431)

Conforme demonstrado, o Estado Brasileiro, signatário do sistema interamericano de defesa dos direitos humanos, ao firmar compromissos internacionais, tem o dever de promover, com eficiência, políticas públicas para o implemento da segurança pública, sob pena, inclusive, de ser punido em esferas supranacionais.

Diante dos números apresentados no decorrer do texto, principalmente no tocante ao número de homicídios na última década no Brasil, acertadas as palavras de Andrade (2019, p. 269-284), quando expõe a necessidade premente de mudança de direção na condução da segurança pública no Brasil. Nessa toada, afirma que

Para mudar é preciso conhecer o que deve ser mudado. Nesse diapasão, reputa-se como salutar a adoção de práticas de gestão da segurança pública. Há tempos tao difundida no setor corporativo estas ferramentas se mostram imprescindíveis também na área pública. Planejamento, estratégia e governança eficazes são instrumentos que devem fazer parte da rotina no setor público, nele incluída a gestão em segurança pública. (ANDRADE, 2019, p. 278)

Justamente nesse sentido, foi publicada a lei 13.675/18, almejando uma mudança de paradigma na condução da segurança pública, para tentar alterar a realidade de violência que atinge todas as regiões do país.

3 A lei 13.675/18 e a política nacional de segurança pública e defesa social: possibilidades de avanço

Em 11 de junho de 2018 foi publicada a lei 13.678, instituindo o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) e criando a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, “com a finalidade de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio de atuação conjunta, coordenada, sistêmica e integrada dos órgãos de segurança pública e defesa social” de todas as esferas de governo em “articulação com a sociedade”. (BRASIL, 2018)

Fica claro, a partir da leitura dos dispositivos legais, que naquele ano de 2018 houve um esforço para se promover uma mudança radical, diante dos altos índices de criminalidade, sobre os rumos da segurança pública do país. O Governo Federal, ao encaminhar projeto de lei, depois devidamente encampado pelo Congresso Nacional, percebeu a necessidade de se implementar técnicas de planejamento, estratégia e governança eficazes para tentar cumprir o comando constitucional de promover a segurança pública no país.

Com efeito, a legislação é bastante inovadora e ousada, na medida em que, em diversas oportunidades, tem como princípios e diretrizes

que demandam a união de todos os atores responsáveis pela segurança pública no país, inclusive a sociedade civil, exigindo esforços conjuntos para diversas finalidades que seriam melhor conduzidas a partir de planos cujas diretrizes nacionais serviriam de norte para as demais esferas de poder.

Infelizmente, ao que se tem notícia, a referida legislação ainda não apresentou resultados concretos a partir da alternância de poder no Governo Federal, que fundiu o então Ministério da Segurança ao Ministério da Justiça, não se tendo notícias da efetivação das disposições legais, notadamente os Conselhos de Segurança Pública e Defesa Social, que seriam responsáveis pelo acompanhamento das metas traçadas pelos planos de ação.

A despeito disso, a legislação é marco importante de mudança de rumos e deve ser conhecida e estimulada sua observância entre os órgãos do Sistema único de segurança já instituído, tendo alto potencial para a melhoria dos dados relativos à ordem pública e violência. Outrossim, está em vigor o plano decenal referente a 2018 a 2028, publicado no DOU em 27 de dezembro de 2018, através do decreto 9.630, de 26 de dezembro de 2018.

Para além da criação do Susp que, sucintamente, trata de integração e forma cooperativa, sistêmica e harmônica de atuação dos órgãos de segurança pública listados no artigo 9º, §2º da lei, merece relevo e especial atenção a criação da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social. Isto porque, tem como principal inovação a implementação de uma efetiva política de segurança pública no país com o planejamento e metas instituídas nos denominados “planos de segurança”, elaborados a partir da Política Nacional de Segurança e defesa social.

Logo em seu artigo 4º a lei elencou os princípios da política nacional de segurança pública (PNSPDS), merecendo destaque os seguintes incisos:

Art. 4º São princípios da PNSPDS:

(...)

III - proteção dos direitos humanos, respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e da dignidade da pessoa humana;

IV - eficiência na prevenção e no controle das infrações penais;

(...)

VI - eficiência na prevenção e na redução de riscos em situações de emergência e desastres que afetam a vida, o patrimônio e o meio ambiente;

VII - participação e controle social;

VIII - resolução pacífica de conflitos;

(...)

X - proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente;

Nota-se que a expressão *direitos humanos* aparece associada ao respeito aos direitos fundamentais e promoção da cidadania e dignidade da pessoa humana, deixando para trás o vínculo com *direito de presos* ou que respondem a algum procedimento como infratores de normas penais. De maneira importante e relevante para que se supere, de uma vez, a visão equivocada, menciona expressamente o legislador os direitos humanos como princípio reitor de políticas públicas de combate à violência e desarmonia social, merecendo menção honrosa.

No mesmo sentido, acerta o diploma em posicionar como princípios, ou seja, normas fundantes e que orientaram todo o sistema por ela criado, a prevenção no controle de infrações penais; na redução de riscos em situação de emergência; e ainda a resolução pacífica dos conflitos, bem como a proteção da vida, do patrimônio e do meio ambiente.

Não há dúvida de que, diante do quadro de violência vivenciado, apenas o combate repressivo ou posterior ao crime é insuficiente, sendo, doravante norma legal, a necessidade de desenvolvimento de técnicas e planejamento para prevenir infrações penais.

Continuando com as inovações legislativas o artigo 5º da lei descreve de maneira ampla as diretrizes da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, valendo mencionar alguns dispositivos:

Art. 5º São diretrizes da PNSPDS:

(...)

II - planejamento estratégico e sistêmico;

III - fortalecimento das ações de **prevenção e resolução pacífica de conflitos**, priorizando políticas de redução da letalidade violenta, com ênfase para os grupos vulneráveis;

IV - atuação integrada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em ações de segurança pública e políticas transversais para a **preservação da vida**, do meio ambiente e da dignidade da pessoa humana;

(...)

V - coordenação, cooperação e colaboração dos órgãos e instituições de segurança pública nas fases de planejamento, execução, monitoramento e avaliação das ações, respeitando-se as respectivas atribuições legais e promovendo-se a racionalização de meios com base nas melhores práticas;

(...)

XII - ênfase nas ações de policiamento de proximidade, **com foco na resolução de problemas**;

(...)

XIV - **participação social** nas questões de segurança pública;

XV - integração entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no aprimoramento e na aplicação da legislação penal;

XVI - colaboração do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública na elaboração de estratégias e metas para alcançar os objetivos desta Política;

(...)

XIX - **incentivo ao desenvolvimento de programas e projetos com foco na promoção da cultura de paz, na segurança comunitária** e na integração das políticas de segurança com as políticas sociais existentes em outros órgãos e entidades não pertencentes ao sistema de segurança pública. (**grifo nosso**).

No artigo 6º, a lei traça seus objetivos, merecendo destaque os seguintes incisos:

Art. 6º São objetivos da PNSPDS:

I - fomentar a integração em ações estratégicas e operacionais, em atividades de inteligência de segurança pública e em gerenciamento de crises e incidentes;

II - **apoiar as ações de manutenção da ordem pública e da incolumidade das pessoas**, do patrimônio, do meio ambiente e de bens e direitos;

(...)

IV - **estimular e apoiar a realização de ações de prevenção à violência e à criminalidade**, com prioridade para aquelas relacionadas à letalidade da população jovem negra, das mulheres e de outros grupos vulneráveis;

V - promover a participação social nos Conselhos de segurança pública;

(...)

VIII - incentivar e ampliar as ações de prevenção, controle e fiscalização para a repressão aos crimes transfronteiriços;

(...)

XVIII - estabelecer mecanismos de monitoramento e de avaliação das ações implementadas;

(...)

XIX - promover uma relação colaborativa entre os órgãos de segurança pública e os integrantes do sistema judiciário para a construção das estratégias e o desenvolvimento das ações necessárias ao alcance das metas estabelecidas;

(...)

XXIII - **priorizar políticas de redução da letalidade violenta;**

(...)

XXIV - fortalecer os mecanismos de investigação de crimes hediondos e de homicídios;

(...)

XXV - fortalecer as ações de fiscalização de armas de fogo e munições, com vistas à redução da violência armada;

Parágrafo único. Os objetivos estabelecidos direcionarão a formulação do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, documento que estabelecerá as estratégias, as metas, os indicadores e as ações para o alcance desses objetivos (BRASIL, 2018).

Percebe-se, então, que a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) almeja integrar e coordenar não apenas os órgãos tradicionais do sistema de segurança, mas também a sociedade civil, buscando soluções de prevenção à violência. Trata-se de legislação vanguardista e com alto potencial para, se implementada, reduzir a sensação de insegurança existente no país.

Em seu artigo 7º a lei menciona que devem ser formuladas estratégias para implementação das diretrizes já mencionadas, demonstrando que as autoridades públicas possuem papel de destaque na medida em que devem eleger prioridades no combate à insegurança.

O artigo 8º descreve os meios para a implementação do PNSPDS, merecendo destaque o inciso I, que se refere aos planos de segurança a serem formulados pelas esferas estaduais e municipais. Ou seja, a partir de identificação das prioridades de atuação, as autoridades públicas devem atuar de maneira profissional, com elaboração de planos, e não de maneira desarticulada e pontual.

Do artigo 9º ao 18º a lei descreve a composição, o funcionamento do sistema único de Segurança Pública. Urge mencionar a elaboração

de metas de excelência a serem cumpridas pelos integrantes do Susp, inclusive seus parâmetros que vêm descritos no artigo 12. Pela relevância, citam-se alguns incisos do artigo 12:

Art. 12 . **A aferição anual de metas** deverá observar os seguintes parâmetros:

I - as atividades de polícia judiciária e de apuração das infrações penais serão aferidas, entre outros fatores, pelos **índices de elucidação dos delitos, a partir dos registros de ocorrências policiais, especialmente os de crimes dolosos com resultado em morte e de roubo**, pela identificação, prisão dos autores e cumprimento de mandados de prisão de condenados a crimes com penas de reclusão, e pela recuperação do produto de crime em determinada circunscrição;

(...)

III - as atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública **serão aferidas, entre outros fatores, pela maior ou menor incidência de infrações penais e administrativas em determinada área**, seguindo os parâmetros do Sinesp;

§ 1º A aferição considerará aspectos relativos à estrutura de trabalho físico e de equipamentos, bem como de efetivo.

§ 2º A aferição de que trata o inciso I do caput deste artigo deverá distinguir as autorias definidas em razão de prisão em flagrante das autorias resultantes de diligências investigatórias.

Do artigo 19 a 21 a lei trata dos Conselhos de Segurança Pública, que devem ser criados em cada esfera da federação, com composição ampla e envolvendo não apenas os tradicionais responsáveis pela segurança pública, como também a sociedade civil, que tem atribuições para propor diretrizes para as políticas públicas com vista à prevenção e repressão da violência à comunidade (art. 20, §5º).

O capítulo V da lei 13.675/18, que se estende dos artigos 22 até o artigo 32, trata da formulação do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, referindo-se aos planos na seção I, suas diretrizes gerais na seção II, as metas para acompanhamento e avaliação na seção III, a cooperação, integração e funcionamento harmônico dos integrantes do Susp na seção IV.

Pela inovação e potencial transformador merecem destaque o disposto nos parágrafos 1º e 3º do artigo 22 e ainda incisos II, IV, V e XII do artigo 24:

Art. 22. A União instituirá Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, destinado a articular as ações do poder público, com a finalidade de:

(...)

§ 1º As políticas públicas de segurança não se restringem aos integrantes do Susp, pois **devem considerar um contexto social amplo, com abrangência de outras áreas do serviço público, como educação, saúde, lazer e cultura, respeitadas as atribuições e as finalidades de cada área do serviço público.**

(...)

§ 3º As ações de **prevenção à criminalidade** devem ser consideradas prioritárias na elaboração do Plano de que trata o caput deste artigo.

Art. 24. Os agentes públicos deverão observar as seguintes diretrizes na elaboração e na execução dos planos:

(...)

II - **realizar a integração de programas, ações, atividades e projetos dos órgãos e entidades públicas e privadas nas áreas de saúde, planejamento familiar, educação, trabalho, assistência social, previdência social, cultura, esporte e lazer, visando à prevenção da criminalidade e à prevenção de desastres;**

(...)

IV - **desenvolver programas, ações, atividades e projetos articulados com os estabelecimentos de ensino, com a sociedade e com a família para a prevenção da criminalidade e a prevenção de desastres;**

V - **incentivar a inclusão das disciplinas de prevenção da violência e de prevenção de desastres nos conteúdos curriculares dos diversos níveis de ensino;**

(...)

XII - **fomentar estudos de planejamento urbano para que medidas de prevenção da criminalidade façam parte do plano diretor das cidades, de forma a estimular, entre outras ações, o reforço na iluminação pública e a verificação de pessoas e de famílias em situação de risco social e criminal.**

Vê-se que a lei, ao tratar de tema voltado à segurança pública, não deixou de lado, ao contrário, abarcou e consignou como tema próprio, a necessidade de se buscar a resolução dos conflitos em diálogos constantes com outras áreas, como saúde, cultura, esporte, lazer e principalmente a educação. De maneira louvável, o legislador inseriu como diretriz para o combate à violência a inclusão de disciplinas nos currículos escolares, levando para os estudantes o

debate e aprendizado, regra com altíssimo potencial transformador da realidade hoje vivenciada.

Destaca-se ainda o fomento a estudos sobre planejamento urbano para prevenir a criminalidade, deixando como diretriz específica o reforço na iluminação pública, buscando a diminuição de áreas potencialmente mais propícias ao cometimento de infrações.

Há anos vêm sendo desenvolvidos estudos em diversas áreas do conhecimento sobre como o ambiente urbano e áreas mais ou menos desenvolvidas afetam diretamente os índices de criminalidade, valendo como exemplo trecho de artigo publicado por Maricato (2021, p. 1):

Na periferia sem urbanização, a precariedade dos transportes e o alto preço são fatores que influem na baixa mobilidade dos moradores, frequentemente exilados em seus bairros precários. (Santos 1990). Não é de se estranhar que em tais situações de segregação territorial pode ocorrer o desenvolvimento de normas, comportamentos, mecanismos, procedimentos extra legais que são impostos à comunidade pela violência ou que são aceitos espontaneamente e até desejados.

Nesse sentido, a obrigatoriedade legal de que medidas de prevenção à violência façam parte do plano diretor previsto no Estatuto da Cidade e, assim, permitam a alocação de recursos de forma técnica e objetiva, é medida extremamente importante na linha de prevenção da violência e amplitude do tema.

Dos artigos 33 a 37 a lei dispõe sobre o controle e transparência dos órgãos, sendo relevante mencionar a criação do Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de rastreabilidade de armas e munições, de material genético, de digitais e de drogas (SINESP) com a finalidade de armazenar tratar e integrar dados e informações para auxiliar a política de segurança pública. A capacitação e valorização de profissionais em segurança é tratada entre os artigos 38 a 42, seguidas das disposições finais.

Sem perda de tempo, o Poder Executivo Federal, ciente da importância de se implementar a legislação lançou, ainda em 2018, o primeiro Plano Nacional de Segurança Pública, visando impulsionar as demais esferas da federação a seguir o exemplo e iniciar, de forma planejada e objetiva, o incremento do direito à segurança pública.

Merecem destaques trechos do documento que sintetizam seus objetivos e potencial de alteração na realidade de violência brasileira:

Em razão do contexto em que se insere, o **I Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social** constitui uma resposta, também, à necessidade de o Estado brasileiro fazer cumpridos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (“ODS”), iniciativa promovida pela Organização das Nações Unidas, que consolida conjunto de 17 objetivos e 169 metas que 193 países acordaram após dois anos de discussão e que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2016. 1.7 No âmbito dos ODS 16, como se sabe, o Estado brasileiro tem como missão implementar, em nível nacional, ações para promoção da paz, da igualdade de acesso à justiça, da efetivação do Estado de Direito e da garantia da boa governança das instituições democráticas. Além disto, **os ODS 3, 5,10 e 17 tratam, de forma integrada, das ações relacionadas com a prevenção e superação da violência e do crime:** da reintegração social, do acolhimento, do fortalecimento das vítimas e garantia de seu acesso à justiça; e, ainda, do pressuposto da atuação conjunta e coordenada entre os diversos setores para a efetiva implementação de propostas como as constantes do PNSP.1.8 **Para atingir tais objetivos e, conseqüentemente, reduzir os índices de criminalidade—particularmente as taxas de mortalidade violenta em cerca de 3,5% ao ano—, o Brasil precisa atuar de forma incisiva no combate ao crime organizado, aos fluxos de sua alimentação, dentre os quais o comércio ilegal de mercadorias e a corrupção. De fato, será somente mediante o atingimento de metas que se mostrem capazes de reverter, de forma significativa, a tendência e aceleração da curva de homicídios que o Brasil se mostrará capaz de garantir igualdade de acesso à justiça e segurança para todos e a eficácia das instituições do sistema de segurança pública e justiça criminal, promovendo assim a paz social.** Tais objetivos serão alcançados mediante a assunção do compromisso de elaboração e implementação de políticas baseadas em evidências, levadas a efeito por intermédio de ações enérgicas, mas sobretudo técnicas, realizadas, de forma integrada, por instituições transparentes, responsáveis e eficientes.

Destacando a necessidade de cumprimento dos objetivos principais, mormente a prevenção, o plano deixa claro o papel importante dos Estados e a necessidade contínua de diálogo e

alterações pontuais, sendo o documento uma constante construção para o incremento dos direitos humanos.

141.9 Com esses propósitos, o I Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social tem como foco a consecução de **14 objetivos principais, traduzidos em macroestratégias e em programas específicos de prevenção (social, serviços de bombeiro e policial) e de repressão policial qualificada e em mecanismos de pactuação, coordenação e indução de ações que serão estimuladas pelo Governo Federal para diminuição da violência de caráter estrutural ou institucional identificadas o país. Essas seriam fomentadas por meio do cofinanciamento da política de segurança e da mudança (que se pretende radical) da estrutura de governança da política nacional, a ser complementada e integrada pelas unidades da Federação por meio de planos locais de segurança pública e defesa social.**

1.10 Nesse contexto, este documento configura apenas um dos muitos passos necessários para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas, do patrimônio e do meio ambiente, e para o enfrentamento do crime e a superação do quadro de violência que se observa no país. Mas, a despeito disso, constitui providência essencial para viabilizar um projeto nacional de promoção da paz e do acesso à justiça. 1.11 O I Plano Nacional foi concebido, assim, para representar um trabalho em construção, sujeito, por isso mesmo, a revisões contínuas, efetuadas mediante processo igualmente contínuo de avaliação e validação, de forma a que represente uma permanente reflexão sobre as metas a serem perseguidas relativamente a cada objetivo, estratégia e programa de realização. 1.12 (...) (...) 1.14 Por tudo isso, o PNSP deve ser considerado um planejamento em desenvolvimento contínuo, voltado à completa mudança da forma de se gerir políticas de segurança pública no Brasil⁸⁸.

Guiados pela nova legislação, as autoridades públicas e notadamente o Ministério Público podem e devem contribuir para o avanço no combate à criminalidade e diminuição de índices de violência, sendo priorizadas ações, programas e planos de prevenção que de forma direta impactarão na melhoria de qualidade de vida e incremento aos direitos humanos.

⁸⁸ As referidas informações encontram-se presentes no site do Ministério da Justiça: https://www.justica.gov.br/news/copy_of_PlanoePoliticaNacionaldeSeguranaPblicaDefesaSocial.pdf

4 Conclusão

Diante dos números alarmantes da violência no Brasil, diversos Estados e instituições vinculadas ao sistema de justiça têm buscado, ao longo dos anos, a realização de planos, ações e medidas para a garantia de maior proteção de seus cidadãos, diminuindo a sensação de insegurança e precariedade no gozo de direitos fundamentais.

O direito à vida, marco e epicentro de toda a construção normativa da Constituição Brasileira e de Cartas internacionais de direitos, deve ser priorizado e incrementado, não podendo ser admitidos os índices atuais de mortes violentas no país. Os números demonstram a fragilidade das políticas públicas voltadas à promoção da ordem pública e da paz, sendo premente o enfrentamento sério e eficaz a essa questão.

A lei 13.675, de 11 de junho de 2018, é um marco normativo importante e com potencial modificador da realidade social, sendo traçadas diretrizes amplas capazes de direcionar os esforços dos entes federativos de maneira sistemática e organizada para que se promova uma verdadeira *guinada*, nos anos futuros, na segurança pública no país. Aliás, o direito à segurança pública, a partir da inovação legislativa, passa a ter alcance maior e mais completo para que seja possível atingir o objetivo de contenção das tensões sociais e diminuição da violência.

De forma louvável, o diploma legal fugiu do *lugar comum* de se tratar a segurança pública e o combate à violência apenas com incremento das forças policiais e das instituições voltadas para a repressão ao crime, englobando diversas outras medidas e incluindo a sociedade civil no auxílio desta árdua tarefa, tratando, pela primeira vez, de maneira uniforme e sistematizada, o direito à segurança pública.

A menção ao forte vínculo entre a segurança pública e a educação é comando normativo essencial, sendo mister que se promova uma cultura de proteção aos direitos humanos desde a mais tenra idade, bem como para que se afaste a ideia de *direitos humanos* associada tão somente a direitos de pessoas condenadas, presas ou inseridas no sistema de justiça penal. Convoca-se o cidadão, consciente de seus direitos e obrigações, a preocupar-se com a comunidade em que está inserido, passando a ser vigilante e propagador de boas normas de convivência, sempre no intuito de preservar seu direito à vida digna.

Atreladas a um olhar global, entendendo a complexidade do tema, sem desprezar a necessidade de repressão ao crime, a prevenção e a educação são medidas que de fato podem alterar a triste realidade brasileira, evidenciada na banalização do direito à vida.

A segurança pública é direito fundamental e deve ser priorizado, na medida em que promove direitos humanos em diversas vertentes, notadamente o direito à vida e à liberdade, uma vez que se busca a redução da violência e das desigualdades sociais, indo ao encontro de normativas internacionais. A lei 13.675/2018 é marco normativo essencial para a construção da *ponte para o futuro*, destacando a necessidade de atuação conjunta dos órgãos públicos e sociedade civil organizada para que se construa uma sociedade menos violenta e mais humana.

Referências

- ANDRADE, Luciana Gomes Ferreira de. A segurança pública no Brasil e o desafio de implementar mudanças: uma visão do Ministério Público. In: **Segurança pública: os desafios da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.
- BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 31 mar. 2021
- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/956a3ac32f95193db8aae1f7e5778f8b.pdf> acesso em 31/03/21.
- BRASIL. **Lei nº 13.675 de 11 de junho de 2018**. Disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 12 jun. 2018. Disponível em:

- http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm. Acesso em: 03 abr.2021
- BRASIL. GOVERNO FEDERAL. Disponível em https://www.justica.gov.br/news/copy_of_PlanoePoliticaNacionaldeSeguranaPblicaDefesaSocial.pdf
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana**. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf
- FISHER, Douglas. O direito fundamental à segurança pública, os postulados garantistas e as obrigações processuais penais positivas. In: **Segurança pública: os desafios da pós modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.
- IPEA. **Atlas da violencia 2020**. Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/3519-atlasdaviolencia2020completo.pdf> p. 19. Acesso em 31/03/2021.
- MARICATO, Ermínia. **A bomba relógio das cidades brasileiras**. Disponível em http://www.labhab.fau.usp.br/wp-content/uploads/2018/01/maricato_bombarelogio.pdf. Acesso em 03 de abr. 2021.
- NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá/MT: Carlini & Caniato, 2018.
- ONU news. **ONU prevê que cidades abriguem 70% da população mundial até 2050**. disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/02/1660701>. Acesso em 31/03/2021.
- ONU HABITAT. **Relatório mundial das cidades 2020 the value of sustainable urbanization**. Disponível em https://unhabitat.org/sites/default/files/2020/11/key_message_summary_portuguese.pdf. Acesso em 31/03/2021.
- ONU news. **ONU: Brasil tem a segunda maior taxa de homicídios da América do Sul**. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2019/07/1679241>. Acesso em 31 mar. 21.

- PEREIRA, Frederico Valdez. FISCHER, Douglas. As obrigações processuais penais positivas segundo os precedentes das cortes europeia e interamericana de direitos humanos. **Revista Acadêmica Escola Superior do Ministério Público do Ceará**. Disponível em <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/2019/07/ARTIGO-4.pdf>. Acesso em 31/03/21.
- SILVA, Rodrigo Monteiro da. O controle jurisdicional de políticas públicas e o dever do poder judiciário de garantia do direito fundamental à segurança pública. In: **Segurança pública: os desafios da pós modernidade**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2019.

Reflexiones a propósito de la agenda interdisciplinaria pendiente del derecho constitucional

JORGE ISAAC TORRES MANRIQUE⁸⁹

1 Introducción

El Derecho Constitucional se constituye en uno de los acontecimientos más importantes y trascendentes del milenio, sino en el mejor. Nunca antes se le había visto con tal ampulosidad, omnipresencia y capacidad de liderazgo y compromiso con los destinos de los ordenamientos jurídicos del orbe.

Y es que valgan verdades, el Derecho Constitucional que ya existía antes del Estado Constitucional de Derecho, no tenía ni por asomo dicho papel. Solo recordemos las hace treinta años, cuando el Estado de Derecho estaba en su apogeo, entonces era la Ley quien mandaba y comandaba y no así la Constitución política. En ese sentido, no exageramos al señalar que en esos tiempos el Derecho Constitucional estaba presente pero prácticamente sin estarlo, era considerada una materia menor. Al extremo, que en cierta manera era el Código Civil

⁸⁹ Consultor jurídico. Abogado por la UCSM (Arequipa). Doctorados en Derecho y Administración, por la UNFV (Lima). Presidente de la Escuela Interdisciplinaria de Derechos Fundamentales Praeeminentia Iustitia (Perú). Pesquisador Internacional del Grupo de Responsabilidad Civil e Processo Ambiental de la Escola Superior Dom Helder Câmara (Brasil). Miembro de la International Association of Constitutional Law- IACL (Serbia). Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional (Colombia). Miembro del Comité Científico Internacional del Instituto Jurídico Internacional de Torino (Italia). Miembro extranjero adjunto de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional (Argentina). Miembro Senior de la Asociación Colombiana de Derecho Procesal Constitucional (Colombia). Miembro del Instituto Vasco de Derecho Procesal (País Vasco). Par Académico Evaluador de las firmas editoras: Corporación de Estudios y Publicaciones (Ecuador) y Ediciones Jurídicas de Santiago (Chile). Autor y coautor de diversos libros y tratados en Derecho Constitucional, Penal, Administrativo. CoDirector de los Códigos Penales Comentados de Ecuador, Colombia. CoDirector de los Tratados: Lavado de Activos, Litigación Oral Estratégica, Derecho Probatorio, entre otros. E-mail: kimblellmen@outlook.com.

que hacía las veces de la Constitución Política. Eran los tiempos de la legalidad y no los de ahora, los de la constitucionalidad.

No obstante, el hecho que nos encontremos atravesando la etapa del Estado Constitucional de Derecho, no comporta ni por asomo que el mismo haya llegado a un desarrollo importante, necesario, esperado, *a fortiori* mucho menos que haya abrazado su consolidación, logrando con ello alcanzar la colmación sus fines y naturaleza, en beneficio de las sociedades.

En tal sentido, sostenemos que para lograrlo el Derecho Constitucional le compete asumir los desafíos que la historia le plantea.

Por lo cual, en la presente entrega determinamos y desarrollamos la agenda interdisciplinaria pendiente a la luz del Estado Constitucional de Derecho; esto es, de orden no solamente correspondiente a los predios del Derecho, como la Administración y Filosofía.

2 Acerca del derecho constitucional

El Derecho Constitucional reviste una importancia muy relevante y es la que rebasa la identificación que se pueda tener con dicha rama jurídica y se yergue por encima de todas las ramas del derecho. En ese sentido, el gran maestro Pérez Royo, una de las primeras voces autorizadas en el orbe del Derecho Constitucional, deja constancia que: “(...) *el Derecho Constitucional es el principio de igualdad y el principio de igualdad es el que gobierna el universo jurídico. Por eso todo el Derecho, todos los Derechos, tienen que ser explicados a partir del Derecho Constitucional. Pero, por eso también, el Derecho Constitucional tiene que ser explicado unitariamente a partir del principio de igualdad*”. (PÉREZ ROYO, 1996, p. 60)

La presencia y aplicación del Derecho Constitucional se debe entender, entonces, de manera transversal, por ende, el *pars construens* correspondiente, también deberá estar presente en cada rama del derecho, lo que desvirtúa de plano considerar, eventualmente, prescindir de él. Se debe tener presente que ello no implica, en virtud de lo señalado, que todos debemos ser especialistas en Derecho Constitucional, pero sí implica que se encuentra presente como basamento elemental e ineludible de todas las ramas jurídicas; por lo cual, no solamente los actores del sistema de justicia tienen el compromiso de conocer, al menos los fundamentos basilares del derecho constitucional.

3 ¿Qué debemos entender por estado constitucional de derecho?

El Estado Constitucional de Derecho se caracteriza por presentar una naturaleza recargada, de protección exacerbada de manera muy plausible. Y es que a diferencia de lo contemplado por el otrora Estado de Derecho, en el que era la ley que lideraba los designios de los sistemas jurídicos del orbe; el Estado Constitucional de Derecho aparece con alas y buen viento revitalizador postergando el reinado de la Ley, a la vez de enarbolar banderas de constitucionalidad. Esto es, colocando a la Constitución Política en la cúspide de los ordenamientos jurídicos de prácticamente la totalidad del orbe. Generando un cambio digamos que más ambicioso, esto es, una dimensión constitucional más plausible.

Así, en un Estado Constitucional de Derecho tenemos que la Constitución Política se yergue como un nuevo orden de valores. Empero, ello no se agota allí en razón que en consecuencia obliga a todas las ramas jurígenas a abrazar en sus postulados los principios y espíritu registrado por la misma.

Pero también, al Estado Constitucional de Derecho le compete adecuar su vigencia de acuerdo a lo sostenido por el Derecho Convencional. Lo que encuentra sustento en la normativa que a continuación precisamos.

En principio, respecto de la interpretación constitucional, resulta imperioso acotar que la Cuarta Disposición Final y Transitoria, de la Constitución Política enseña: *“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*.

A continuación, referir que el Art. V.-, del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, respecto de la Interpretación de los Derechos Constitucionales, juridiza: *“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”*.

En segundo lugar, respecto de la interpretación de las normas sobre derechos humanos, de conformidad a lo establecido en la Convención Americana de Derechos Humanos (que es un acuerdo

internacional sobre derechos humanos, ratificado por el Perú), es de resaltar que en el caso Almonacid Arellano vs. Chile, la Corte IDH ha ido precisando el contenido y alcance del concepto de control de convencionalidad en su jurisprudencia, para llegar a un concepto complejo que comprende los siguientes elementos (o: las siguientes características): a) Consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; b) Es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) Para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) Es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y e) Su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.⁹⁰

Al respecto, en la jurisprudencia referida se aprecia: “(...)el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Así tenemos, que el Inc. 1., del Art. 1., de la Convención Americana de Derechos Humanos, respecto de la obligación de respetar los derechos, juridiza: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

GOMES y de OLIVEIRA (2014, p. 48) sostienen que la obligación de “respeto” a los derechos humanos previsto en este artículo, excluye la aplicación del principio de reciprocidad

⁹⁰ V, S/a. *Control de convencionalidad*. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21, del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7

<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>, San José de Costa Rica, p. 06.

consagrado en el Derecho Internacional clásico, toda vez que los Estados Parte de la Convención tienen la obligación de respetar los derechos con independencia de que otro Estado Parte lo realice dentro de su jurisdicción; de donde deriva la naturaleza objetiva de las obligaciones internacionales relativas a derechos humanos.

Respecto de la “garantía” de los derechos, se debe tener en cuenta las garantías específicas, tales como: i) La obligación del Estado de asegurar el pleno goce y ejercicio de los derechos, ii) El deber de proteger a las personas frente a las amenazas de agentes privados o públicos en el goce de los derechos, iii) Adoptar medidas de prevención general frente a casos de violaciones graves de derechos, iv) Reparar a las víctimas y v) Cooperar con los órganos internacionales para que estos puedan desarrollar sus actividades de control. (GOMES y de OLIVEIRA, 2014, p. 49-52)

Por otro lado, corresponde traer a colación el principio *pro personae*, el que se encuentra contenido en el Inc. 1., del Art. 29, de la Convención Americana de Derechos Humanos, estableciendo: “*Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.*”.

Seguidamente, es de apreciarse lo establecido por el Inc. 2., del Art. 29, de la misma norma, que señala: “*No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamento o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*”.

Y así también, tenemos que La Convención Americana sobre Derechos Humanos, registra de manera genérica al deber de resolver. Así tenemos, que en el Inc. 1., del Art. 8., en referencia a las Garantías Judiciales, establece: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*”.

Entonces, en resumidos términos el Control de la Convencionalidad, sostiene que las legislaciones internas de cada país,

deberán adecuarse a los lineamientos establecidos en la Convención Americana de Derechos Humanos.

Consecuentemente, queda demostrado que los efectos que genera el Estado Constitucional de Derecho, comportan un radio de acción tanto a nivel interno del ordenamiento jurídico de cada Estado, como además a nivel internacional.

4 Justificación de los desafíos del derecho constitucional

Los desafíos que debe enfrentar el Derecho Constitucional se circunscriben en mérito: i) al cada vez más contundente protagonismo, desarrollo y en vías de consolidación, de la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, ii) a la cada vez evolucionante y cambiante del avance científico y tecnológico, iii) a la transversalidad del mismo, iv) a la naturaleza garante, de salvaguarda no solamente de los derechos fundamentales, sino a su vez, del sistema jurídico.

En tal sentido, al Derecho Constitucional resulta imperativo sintonizar con la vorágine del orbe en todo orden. Esto es, hacer aterrizar la efectiva realización de su quintaescencia, en la presente contemporaneidad, en beneficio además de los derechos y libertades de todas las personas.

5 Puntos en espera de ser atendidos

5.1 Nuevos derechos fundamentales.

Resulta muy urgente como insoslayable el reconocimiento constitucional de nuevos derechos fundamentales, *verbi gratia*:

5.1.1. Derecho a la desconexión digital.

El trabajo remoto o teletrabajo se ha impuesto mayoritariamente tanto en el sector público como en el privado. Subsecuente a ello la proliferación de diversas publicaciones de indicadores de medición de desempeño y monitoreo. En ese sentido, cabe señalar que resulta capital apuntalar en la misma línea de desarrollo de la presente entrega, esto es, la salvaguarda de los derechos fundamentales y en su caso, de mínima intervención.

Es entonces, que si antes de la pandemia el reparo de poner límite al abuso laboral de disponer del horario y labor del trabajador fuera

de horas de labor, *a fortiori* en la condición de teletrabajo. Amerita estar muy alertas que dicho comportamiento del superior laboral no haga presa de la circunstancia virtual laboral, para asumir erradamente que el trabajador se encuentra disponible no solo más allá de las horas de labor, sino incluso, las veinticuatro horas del día, fines de semana e incluso feriados.

5.1.2. Derecho a la ciudad.

El derecho a la ciudad se presenta jurídicamente desde tres facetas necesarias: (a) el usufructo equitativo de lo que la ciudad tiene para ofrecer a sus habitantes, (b) el mandato de construcción colectiva y participativa de los asuntos de ciudad y (c) el goce efectivo de los derechos humanos en los contextos urbanos. (CORREA MONTOYA, 2010, p. 147)

De lo señalado colegimos, que si bien resulta importante el reconocimiento del derecho a la ciudad, no obstante, es de precisar, que el mismo comporta básicamente a la protección a su propia naturaleza. Esto es, que no abraza a los sectores no urbanos, que no son considerados como ciudad.

En tal sentido, consideramos que la necesidad de su reconocimiento (en especial en el periodo de la pandemia del orbe), deviene en importante como incompleto. Ello, en razón a que dicho derecho comporta la debida salvaguarda a la totalidad de personas indistintamente del lugar de residencia. Ergo, ameritaría además el reconocimiento del derecho a la no urbanidad.

Por otro lado, cabe traer a colación la reciente expedición de una sentencia del Tribunal Constitucional peruano (TC), STC Exp. N° 00013-2017-PI/TC (9/06/20). En la misma, evaluó la posibilidad de establecer un nuevo derecho (el derecho a la ciudad) que incluya según los demandantes el goce de los espacios públicos de la ciudad y la participación gestión de esta. Al respecto, el Tribunal sostuvo que la consideración de nuevos derechos debe ser evaluado con mucha prudencia ya que resultará innecesario si este ya se encuentra implícito en otro derecho ya existente. Así, concluyó:(...)el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad, el derecho al libre tránsito y el derecho al disfrute del tiempo libre, todos reconocidos en el artículo 2 de la Constitución, aseguran que cualquier persona pueda gozar de los beneficios de la ciudad o de cualquier espacio público de libre acceso

en forma igualitaria, sin que sea necesario establecer un nuevo derecho que lo especifique. (f. j. 103).⁹¹

Al respecto, consideramos en sentido distinto que lo señalado por el TC. Ello, en razón a que el reconocimiento del derecho a la ciudad fortalecería a los derechos que abraza, posibilitando la realización de los mismos. Además, el argumento que esgrime resulta insuficiente, debido que si fuese válido se tendría que en su momento decidido de igual manera con el reconocimiento del debido proceso, en vista que es un derecho continente que engloba una pluralidad de derechos fundamentales del justiciable.

5.1.3. Derecho al acceso a Internet.

A nivel internacional, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través del Documento A/HRC/32/L.20 ha visibilizado la importancia del internet, reconociéndolo como derecho humano. En dicho documento se menciona el rol del internet como una fuerza que impulsa la aceleración del progreso, asimismo, hace hincapié sobre la necesidad de ampliar el acceso a internet y cerrar la brecha digital. Si bien esta resolución no es vinculante, constituye un documento relevante. Así también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a través de Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, ha reconocido la importancia de su incorporación como derecho fundamental. El derecho de acceso a internet se refiere a garantizar la conectividad y el acceso de manera universal. (ARBILDO PÉREZ, 2020, n/p)

Este derecho posee una doble dimensión: i) Dimensión subjetiva.- Consiste en asegurar el acceso universal, no solo a la infraestructura de Internet, sino a la tecnología necesaria para su uso y a la mayor cantidad posible de información disponible en la red (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), ii) Dimensión objetiva.- Consiste por un lado, en eliminar las barreras arbitrarias de acceso a la infraestructura, la tecnología y la información en línea; y por otro, establecer medidas de diferenciación positiva para permitir el goce

⁹¹ V. EDITOR GACETA CONSTITUCIONAL. *TC: Reconocimiento del derecho a la ciudad resulta innecesario ya que abarca aspectos esenciales de otros derechos.* En línea, recuperado en fecha 30/06/21 de: <https://gacetaconstitucional.com.pe/index.php/2020/07/08/tc-reconocimiento-del-derecho-a-la-ciudad-resulta-innecesario-ya-que-abarca-aspectos-esenciales-de-otros-derechos/>. Lima, 2020.

efectivo de este derecho a personas o comunidades que así lo requieran por sus circunstancias de marginación o discriminación. (ARBILDO PÉREZ, 2020, n/p)

En ese sentido, tomando en cuenta que el extendido periodo de cuarentena se viene extendiendo más allá de los cien días y que las diversas actividades se vienen desarrollando de manera virtual, ya sea para estudios y trabajo, principalmente, consideramos de capital como muy urgente necesidad la efectivización del derecho del acceso a Internet. Verbi gratia, del Decreto Legislativo N° 1465, que establece medidas para garantizar la continuidad del servicio educativo en el marco de las acciones preventivas del gobierno ante el riesgo de propagación del COVID-19.

No obstante, amerita que el derecho del acceso a Internet tenga un muy pronto reconocimiento constitucional. Ello, tomando como basamento los diversos derechos fundamentales que logran ser ejercitados, con posterioridad a la realización del derecho del acceso a Internet.

5.1.4. Derecho al olvido.

El antecedente, en *strictu sensu* del derecho fundamental al olvido de las personas naturales, es el derecho a la protección de datos personales o el derecho a la autodeterminación informativa, conocido también como: derecho a la protección de datos de carácter personal. Empero, se debe tener en cuenta que el segundo derecho nombrado (a diferencia del derecho al olvido), se encuentra referido a información que no se encuentre registrada en la Red.

El derecho al olvido se define de tres formas: “*i) un término ficticio cuyo núcleo es el derecho a acceder, rectificar y cancelar nuestros datos personales que estén en bases ajenas; ii) obligaciones especiales de eliminación de datos financieros y penales después de cierto tiempo; iii) la desindexación de información en buscadores, es decir, que no se elimine la información, sino que simplemente deje de aparecer en el buscador*” (PÉREZ DE ACHA, 2015, n/p).

Existe una naturaleza de oportunidad entre los derechos fundamentales a la privacidad y al olvido. En el primer caso, se ejercita principalmente *ex ante*, esto es, de manera anterior a la posible publicación de la información, a diferencia del segundo, donde siempre se manifiesta *ex post*, es decir, luego de haberse publicado, ya sea con el consentimiento o no del perjudicado.

Además, el derecho al olvido comporta la no republicación o redivulgación de hechos o acusaciones, aunque ciertas y ya conocidas, no resulten ser exactas o actualizadas, en razón a que ya fueron juzgados en su oportunidad y por ende, el sancionado ya habría quedado rehabilitado, pues, no por ello, tendría que merecer una condena *on line* de por vida, debido a la ya consabida capacidad de Internet, de no olvido cuasi perpetuo.

Así, postulamos que el derecho fundamental al olvido, proviene de un derecho más amplio, que el denominado derecho a Internet. A la vez, el derecho a la intimidad guarda estrecha relación con el derecho al olvido; existiendo entre ellos una relación de género y especie, respectivamente.

Sin embargo, a propósito de su denominación: “derecho al olvido”, somos contestes con su desacierto. Ello, en vista que el olvido resulta ser propio de la psicología de las personas naturales, como medida de protección de la memoria. No obstante, en primer término, la Red no cuenta con vida propia, ergo no puede olvidar. Así, su definición más acertada sería: “derecho a la desindexación de datos personales”. Pero, dado cuenta que la misma (“derecho al olvido”), viene siendo utilizada en casi la totalidad de Estados que lo abordan, importa poco la eventual empresa de cambio de denominación del mismo.

La vulneración del derecho al olvido, significa a su vez, el menoscabo del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad del afectado. Ello, en vista a que se limita su derecho de llevar una vida alejada de limitaciones, señalamientos o estigmatizaciones, que dicho sea de paso, conlleven a la vulneración de adicionales derechos, como por ejemplo, al trabajo, a la no discriminación, al honor, a la buena reputación, entre otros.

Resulta innegable que el derecho al olvido se encuentra reconocido de manera no expresa, esto es, bajo la naturaleza de números *apertus* de los derechos fundamentales reconocidos por el Art. 3º.-, de la Constitución Política, que preconiza: “*La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno*”.

Y es que, aunque suene contradictorio, es de reconocer que taxativa y reglamentariamente, el derecho fundamental al olvido no se registra de manera específica en la norma legal. (Salvo contadas excepciones: como Nicaragua⁹², Rusia, España).

Los principios jurídicos del derecho al olvido, no se encuentran establecidos. Ello, en razón a que consideramos que el derecho de protección de datos personales, contiene o resulta mas amplio que los alcances del derecho al olvido. Prueba de ello, es que los diversos pronunciamientos de los tribunales en casos sobre el derecho al olvido, han sustentado sus decisiones en algunos de los principios jurídicos básicos de protección de datos personales, si llegar a precisar principios propios o exclusivos del derecho al olvido. Así, tenemos: i) De Finalidad, ii) De Pertinencia, iii) De Veracidad y Exactitud, y iv) De Calidad.

Consideramos que, en el derecho fundamental al olvido existen ineludiblemente los siguientes actores, sin la totalidad de los cuales no podría configurarse o apelarse al mismo. Así tenemos: i) Internautas, ii) Buscadores, gestores o motores de búsqueda, en línea, iii) Páginas o portales web, iv) Enlaces web o links, v) Información del afectado publicada en la Red, devenida en anacrónica e inexacta, y vi) El afectado.

Comúnmente se entiende, que el buscador por excelencia y hasta monopolístico y único resulta ser el en apariencia, omnipresente Google en el orbe. Nada más alejado de ser cierto, debido a que existen otros buscadores que abarcan los lugares donde Google no llega y son: i) Bing, ii) Yandex, iii) Blippex, iv) Wolfram Alpha, v) Blekko, vi) Naver, y vii) Baidu. Por ende, es probable que, por ejemplo, que una vez conseguida la desvinculación de sus datos personales en el buscador Google, resulte que los mismos continúen figurando en otro buscador.

Lo que complicaría, el ejercicio del derecho fundamental al olvido, por decir lo menos. Mención aparte, merece el tema de la *Deep webb* o internet profunda, que contiene el 96% de lo publicado en la internet superficial, donde recientemente también corresponde hacer efectivo el derecho al olvido.

⁹² V. PÉREZ DE ACHA, (2015, n/p).

Experimentamos una transición del derecho al olvido, aunque existen ciertos avances, sobre todo en Europa (principalmente España), donde son básicamente en predios de jurisprudencia y doctrina. Dicho derecho, se encuentra destinado a salvaguardar los derechos *on line* de las personas físicas.

Ello no tendría por qué excluir a las personas morales o jurídicas. Definitivamente como en todo, el avance de la tecnología trae consigo sus bemoles, queda por lo tanto armonizar los derechos fundamentales, de manera preferente al escenario del la vigencia y desarrollo del derecho al olvido de los datos personales que figuran en la Red.

Queda pues, legislar y reglamentar el derecho fundamental al olvido, con el objeto de ampliar la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Mención especial merece el caso, del abogado que en el 2015 demandó a Google que elimine cualquier información o noticia relacionada con la materia de sobreseimiento. Ello, en vista que en el 2009 fue denunciado porque la policía encontró su computadora llena de pornografía infantil.

El demandante, que era profesor en la USMP, alega que en el 2012 se le declaró libre de toda culpa. Pero tenía un problema: cada vez que alguien googleaba su nombre, por supuesto, aparecía su caso en distintas webs periodísticas con pelos, señales y pedidos de detención incluidos. Producto de lo cual, Google Perú fue sancionado con una multa de más de 250 mil soles por una oficina del Ministerio de Justicia que responde al nombre de Dirección General de Protección de Datos Personales (DGPDP).

El presente caso, no ha tenido la trascendencia, ni la mediatez que obtuvo el caso emblemático de España referido. Sin embargo, lo que no deja a lugar a dudas, es que demuestra de manera contundente, el arribo del reconocimiento jurisprudencial del derecho fundamental al olvido en el Perú.

5.1.5. Derecho al deporte.

En principio, es de apostrofar de manera preocupante que el mismo no viene recibiendo la importancia que le corresponde. Ello se desprende de los muy pocos Estados que no solo lo han entendido, sino además, reconocido como derecho fundamental en sede

constitucional, esto es su Carta Magna. Ergo, dejamos constancia que Derecho al Deporte no solamente les asiste a los deportistas.

Identificar el núcleo o contenido esencial de este derecho en cada una de sus manifestaciones no es tarea fácil, para determinar su contenido y los alcances concretos del derecho al deporte se debe por una parte, revisar los instrumentos internacionales, su regulación constitucional, establecer sus alcances para determinar cuándo se viola este derecho e identificar la responsabilidad del Estado para cumplir con sus obligaciones en materia de deporte, así como el papel que le corresponde a los particulares para el ejercicio de este derecho. La determinación del campo semántico de los derechos nos sirve para fijar las obligaciones mínimas del Estado en relación con los derechos sociales. (FLORES FERNÁNDEZ, 2014, p. 107)

Esta cuestión cobra mayor interés cuando se trata de la positivización del deporte en los ordenamientos jurídicos y, a la vez, mucho más cuando se trata esta incorporación al derecho desde la perspectiva del reconocimiento del mismo como un derecho constitucional, tendencia novedosa que se aprecia notablemente en el contexto latinoamericano (Cuba, Nicaragua, Brasil, Colombia, Venezuela, Ecuador, Bolivia, Dominicana y, recientemente, México). (PACHOT ZAMBRANA, 2016, p. 120)

Se han supuesto en la doctrina comparada argumentos a favor de estimar implícitamente el reconocimiento del derecho al deporte en las Constituciones cuando se ha aludido al deber del Estado de fomentar, promover o proteger la actividad deportiva, o también cuando, tratándose de la protección de bienes jurídicos como la salud, la educación o el ocio se puede entender como una manifestación expresa de éstos al deporte. (PACHOT ZAMBRANA, 2016, p. 128)

Y es que nada como el reconocimiento constitucional expreso y textual al derecho fundamental al deporte, a efectos de otorgarle el llano como urgente camino para su articulación con miras a su efectiva materialización. Ello resulta infinitamente oponible a las voces vacías que sostienen infecundas que dicho derecho se encuentra registrado en las Constituciones Políticas del orbe, en el artículo que preconiza acerca de la naturaleza de *numerus apertus* de los derechos fundamentales.

A propósito, traemos a colación el Art. 14º, de la Constitución Política peruana, que prescribe: “*La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte(...)*”. Ello proporciona una clara lectura del

desinterés del legislador, por cuanto, que promover el deporte no resulta ser unimismable en extremo alguno al reconocimiento constitucional del derecho fundamental al deporte.

En tal sentido, en el escenario de lograrse su constitucionalización, queda claro que no solamente se garantizaría en dicha sede el correspondiente derecho fundamental, sino que además, los derechos a la paz y tranquilidad, al libre desarrollo de la personalidad, al sano esparcimiento, a la salud, por lo menos.

5.2. No solo para constitucionalistas.

El presente punto se constituye en capital, en vista que devela el real despliegue, influencia y presencia del Derecho Constitucional en absolutamente todos los confines del sistema jurídico.

En virtud a ello, es que podemos apreciar que a partir de la vigencia de la Constitución Política peruana de 1993 (y lo propio en los demás países), es que experimenta un cambio de giro en los diversos Códigos sustantivos y adjetivos, de cara a lo registrado por la Constitución Política que marca el inicio objetivo y formal de la vigencia del Estado Constitucional de Derecho.

En tal sentido, a partir de dicho momento dejan de tener vigencia las diversas ramas de manera aislada, con una autonomía mal entendida. Así, las mismas trocan de Derecho Civil, Derecho Corporativo, a Derecho Civil Constitucional, Derecho Corporativo Constitucional, entre otros.

5.3. Cuasi Estado constitucional de derecho.

En principio, tenemos que resulta de orden apostrofar el que conforme avanza la vorágine evolutiva de la ciencia y tecnología, el derecho constitucional también se desarrolla para ponerse a tono con la realidad contemporánea y no quedarse relegado a la saga. Así, es harto conocido, que en estos tiempos se habla, debate y publica, en diversos medios y destinos, acerca de las bondades e imperancia del Estado Constitucional de Derecho (en desmedro del otrora, Estado de Derecho).

En este nuevo modelo de Estado, la Constitución es vista como un documento irradiador del sistema jurídico, de ahí que coloquialmente se identifique este esquema estatal con el fenómeno de la constitucionalización del ordenamiento jurídico, cuyo análisis

exige citar la producción de Ricardo Guastini, quien sobre el particular aportó los elementos propios de dicho fenómeno y en consecuencia, las características estructurales del Estado Constitucional, que en su orden son: i) Existencia de una Constitución Rígida, ii) garantía jurisdiccional de la Constitución, iii) aplicación directa de la Constitución, iv) fuerza vinculante de la Constitución, v) sobreinterpretación de la Constitución, vi) interpretación conforme a la Constitución, vii) influencia de la Constitución en el debate político, y un último elemento propuesto por el profesor Celestino Del Arenal, cual es (viii) la circularidad e integración normativa. (HURTADO QUINTERO, 2018, n/p)

Así, consideramos que resulta imperativo señalar que como mínimo la totalidad de los presupuestos citados por Guastini, deben concurrir a efectos de dar lugar a la formación o establecimiento del Estado Constitucional de Derecho.

En ese sentido, resulta menester detenerse en el tercero, esto es, en la aplicación directa de la Constitución. Ello, en tanto que los demás puntos no ameritan mayor reparo, debido a su abierta como notoria plasmación.

La aplicación directa de la Constitución, comporta un desarrollo de la fuerza vinculante que debe tener la Constitución, y básicamente se diferencia en que si en ese punto se habló de instrumentos que pudiesen hacer efectiva la aplicación de las directrices constitucionales, en este campo, se reflejará respecto de la posibilidad que tenga la norma constitucional de ser aplicada directamente, bien sea ante un vacío –como en el caso de la sobreinterpretación- o cuando se necesite ampliar una disposición normativa inferior o inclusive, cuando se requiera dejar de aplicar una norma vigente por vulnerar los postulados constitucionales en un caso determinado. (HURTADO QUINTERO, 2018, n/p)

Ciertamente, es de verse que solo los sistemas jurídicos de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú prevén un proceso de aplicación directa, con matices diferentes. (MEDINACELI ROJAS, 2013, p. 105)

Lo señalado, deja en claro que los demás sistemas jurídicos, no reúnen las siete características estructurales del Estado Constitucional. Incluso, existe la probabilidad que incluso alguna otra característica corra igual suerte.

No obstante, el no contar con la aplicación directa de la Constitución no resulta ser un tema menor, más bien, uno capital, de su quintaesencia, *sine quanon*.

¿Serviría del algo para un sistema jurídico que se precie de ser tal, el que contemple la imposibilidad de aplicación directa de su Constitución Política?. Obviamente, no. Es más, si lo que pretende alcanzar es un Estado Constitucional de Derecho, dicho requisito deviene además en *a fortiori*.

Entonces, dichos sistemas jurídicos se encuentran en una etapa previa, anterior a su configuración como un Estado Constitucional de Derecho.

Consecuentemente, el sistema jurídico que registran no resulta ser unimismable con el Estado de Derecho, tampoco con el Estado Constitucional de Derecho. Así, la calidad que les corresponde viene a ser conteste con el que hemos denominado, Cuasi Estado Constitucional de Derecho.

El advenimiento del Cuasi Estado Constitucional de Derecho deviene en peligroso, en tanto que va más allá de lo que señalaba Kafl Loewenstein, respecto de las Constituciones Nominales, en razón a su incumplimiento o inobservancia. Puesto que, al encontrarse en una etapa anterior a convertirse en Estado Constitucional de Derecho, hace que la aplicación de la misma devenga en imposible en términos de inmediatez, desnaturalizándola.

Loewenstein, enseñó que la Constitución es nominal desde el momento en que se dan unos supuestos sociales y económicos que operan contra la concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder. La situación de hecho impide la completa integración de normas y vida política. (GONZÁLEZ CASANOVA, 1965, p.93)

Empero, resulta este “particular” Estado Constitucional de Derecho resulta también peligroso, puesto que en la apariencia de la vigencia de un verdadero Estado Constitucional de Derecho y no uno simulado, se pueden perpetrar las más grandes vulneraciones de los derechos y libertades fundamentales de las personas.

No obstante, es preciso dejar constancia que el destino del Cuasi Estado Constitucional de Derecho, no debe de otro que el de su muy pronta proscripción. Ello, en tanto que posterga no solamente la vigencia de un Estado Constitucional de Derecho, sino que a su vez, limita el desarrollo de los sistemas jurídicos y lo más importante, impide la realización de los derechos contenidos en su Constitución Política.

5.4. Proscripción de la egolatría y mesianismo.

Resulta sumamente preocupante la eventual consabida ligereza con que resultan ser asumidas las modificaciones o propuestas legislativas para la lucha contra la corrupción, a la luz de las correspondientes comisiones de reforma.

Ello ocurre cuando en principio, no necesariamente son convocados para ello a los verdaderos especialistas. Luego, que las propuestas y modificaciones terminan siendo producto de una coyuntura y no de una real necesidad legislativa. Lo referido aterriza en que antes de la creación de una comisión de reforma, increíblemente ocurre que las respectivas modificaciones y propuestas, simplemente no existían.

Mención aparte, merece referir a lo que Mario Castillo Freyre señala como “Tentaciones Académicas”. Esto es, que entre no pocos miembros de las comisiones de reforma observan el principio (“yo no opongo a tus propuestas de artículos para la ley y tú no te opones a las mías”). Luego, acuerdan que finalmente que vaya el paquete completo sin mayor debate y análisis, en atención a que en el Congreso de la República el legislador hará las observaciones y enmiendas correspondientes. Lo que ciertamente no siempre ocurre.

Como consecuencia, es que puede apreciar leyes aprobadas en las que su articulado no presenta la obligada sistematización interna y externa, y donde existen algunos en los que el texto presenta contenido repetido, incompleto, contradictorio.

Además, no se puede dejar de apostrofar el que no pocos dadores de una norma legal, resultan más preocupados por la permanencia de vigencia de una ley nociva o errada por contener una propuesta de su persona, en vista que no pueden concebir que su nombre deje de estar presente en la dación o propuesta de la misma.

Entonces, los mismos terminan oponiéndose por todos los medios posibles a la eventual modificación de la supuesta iluminada ley, que ellos fueron autores, gestores o promotores. Es el típico caso de aquellos que se consideran predestinados a trascender sin mayor o ningún mérito o fundamentación suficiente.

5.5. Derecho fundamental al juez natural.

En principio, es de precisar que los juzgados promiscuos son denominados así en: Puerto Rico (Juzgado Promiscuo del Circuito del

Puerto Rico, Caquetá), Colombia (Juzgado Promiscuo Municipal de la Argentina); por poner unos ejemplos.

Los mismos, se caracterizan básicamente por asumir la calidad de híbridos o mixtos (estos últimos como se les conoce en Perú). Asumen competencia en varias especialidades a la vez. No obstante, curiosamente no cuentan con especialidad definida o al menos una en las que asumen competencia.

Dicha denominación no debe llamar a reparos, en atención al significado que para los efectos de la presente entrega comporta. Esto es: “*Mezclado confusa o indiferentemente. Que tiene dos sentidos o se puede usar igualmente de un modo o de otro, por ser ambos equivalentes*”. (DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, 2020, n/p)

Seguidamente, a efectos de abrazar el planteamiento de la presente entrega, resulta menester precisar la naturaleza, supuestos y alcances del derecho al juez natural.

El tema es que al justiciable le asiste el derecho a no ser desviado a la jurisdicción predeterminada por ley, que subyace al derecho al juez natural, contenido en el Inc. 3., del Art. 139°.- de la Constitución Política, que respecto de la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, prescribe: “*Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación*”.

Por otro lado, cabe enfatizar que el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, al constituir una exigencia intrínseca derivada del derecho al debido proceso legal reconocido en el Inc. 3) del Art. 139° de la Constitución, es conceptualmente autónomo del derecho al juez natural. Y es que, si bien la determinación legal del juez asegura su imparcialidad, este derecho también se encuentra relacionado con la efectividad de otros derechos fundamentales y, en particular, con los de igualdad procesal o de defensa. (GARCÍA BELAUNDE, 2009, p. 388)

Ello, al margen que el Tribunal Constitucional peruano (en adelante TC) haya señalado en el Fund.6., del Exp. 1934-2003-AA/TC, que el contenido protegido por el Inc. 3) del Art. 139° de la Constitución Política, se basa en el empleo del *nomen iuris* “derecho al juez natural” no debe entenderse sino en el sentido que se le utiliza por la tradición por la que cuenta y la aceptación que tiene en la comunidad jurídica nacional. (GARCÍA BELAUNDE, 2009, p. 389)

No obstante, las propuestas de la doctrina en su calidad de fuente del Derecho siempre, no son pacíficas. Ergo, no tiene que

encontrarse necesariamente de acuerdo con lo señalado con el TC. Ello, en razón a que el mismo se encuentra situado en la constitucionalidad y nosotros, en el balcón en la legitimidad, justeza.

Así, consideramos que el derecho fundamental al juez natural se ve vulnerado, cuando por ejemplo un caso penal es derivado a un juzgado mixto, porque digamos es el competente y no existe un juzgado penal.

Ello, en tanto que el derecho fundamental al juez natural comporta: ser juzgado por un magistrado que no solo sea competente por el territorio y que cuente con una especialización, entre otros.

Y es que, a la calidad de especialidad o de especialista no se puede acceder por decreto. En todo caso, podrá concretarse en tanto la norma legal correspondiente abrace en estricto los requisitos que su naturaleza comporta.

Así, tenemos que la especialidad se define como los conocimientos teóricos o prácticos de índole genuino en una ciencia o arte. Intensificación del estudio o del ejercicio en alguna de las ramas concretas de la enciclopedia jurídica y de las actividades conectadas con ella. (TORRES MANRIQUE, 2019, p. 156)

Luego, se tiene que: i) Especialidad: “*Es la rama de una ciencia, arte o actividad, cuyo objeto es una parte limitada de las mismas, sobre la cual poseen saberes o habilidades muy precisos quienes la cultivan*”, ii) Especialista: “*Dícese del que con especialidad cultiva una rama de determinado arte o ciencia y sobresale en él*”, iii) Especialización es la “*Acción y efecto de especializar o especializarse*”; y iv) Especializar es, “*Cultivar con especialidad una rama determinada de una ciencia o de un arte*”. (DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA, 2020, CD)

Además, tenemos que, especialización quiere decir: “*Conocimientos o prácticas de un especialista*”, y que además, especializarse es “*dedicarse a estudios o ejercicios singularmente intensos para dominar más a fondo alguna materia*”; y así también, especialista es “*quien con intención y extensión cultiva una rama de cierta ciencia o arte. Jurista con conocimientos calificados en alguna de las ciencias privativas; como el mercantilista, el civilista, el penalista o el laboralista*”.

Por otro lado, tenemos que el término: especialización, es definido por como: “*Reducir una operación o tarea en actividades separadas, simplificadas e individuales*”. (ROSENBERG, 1983, p. 170) Así también, la especialización es entendida como sinónimo de organización, así: “*La especialización es consecuencia de la amplitud de los conocimientos técnicos y, por*

lo tanto, creciente". (RIBÓ DURAND, L. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, 1998, p. 613)

Entonces, es de verse que dicha medida termina siendo legal, pero ilegítima. *Verbi gratia*: el Art. 46° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que en relación a los juzgados especializados, establece: "(...) *La Corte Suprema, atendiendo a las necesidades del servicio judicial y a la carga procesal, puede crear otros juzgados de distinta especialidad a los antes señalados, definiendo su competencia. En los lugares donde no hay juzgados especializados, el despacho es atendido por un Juzgado Mixto, con la competencia que señale el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial*".

Entonces, no resulta ser razón suficiente el hecho que por una mera "necesidad del servicio" o "por sobrecarga procesal", el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, termine decidiendo que por ejemplo un juzgado especializado en una materia, termine convirtiéndose en otra.

Ello se puede apreciar, en lo contenido en el Artículo Primero.-, de la parte resolutive de la Resolución Administrativa N° 150-2019-CE-PJ de fecha 10/04/19, que establece: "*Convertir y reubicar, a partir del 1 de mayo y hasta el 31 de octubre de 2019, el Juzgado de Familia Transitorio del Distrito de San Juan de Lurigancho, Corte Superior de Justicia de Lima Este, a la Corte Superior de Justicia de Loreto como 2° Juzgado de Trabajo Transitorio de la Provincia de Maynas, para que atienda con turno abierto los procesos laborales de la subespecialidad Nueva Ley Procesal del Trabajo (NLPT)*".

Empero, el problema se complica, cuando se opta por el retroceso mayúsculo, esto es, por la desespecialización. Así tenemos el Artículo Quinto.-, de la citada resolución, que prescribe: "*Convertir y reubicar, a partir del 1 de mayo y hasta el 31 de octubre de 2019, el Juzgado de Paz Letrado de Familia Transitorio del Distrito de Chimbote, Provincia y Corte Superior de Justicia del Santa, como Juzgado de Paz Letrado Mixto Transitorio del Distrito de Nuevo Chimbote, de la misma provincia y Corte Superior; con turno cerrado y con igual competencia funcional del Juzgado de Paz Letrado Mixto Permanente de Nuevo Chimbote*".

Cabe dejar constancia, que no tenemos algún grado de animadversión con los señores magistrados que laboran en los correspondientes juzgados mixtos o promiscuos. Sólo que la estricta observancia de la especialidad, resulta ser además una garantía de la correcta administración de justicia.

La forma no puede prevalecer por sobre el fondo. Entonces, no se puede convertir válidamente juzgados a nuevas especialidades o sub

especialidades, para supuestamente poder acceder a una administración rápida y eficiente.

Sostenemos lo señalado, en mérito a que el cambio de etiqueta, ora del juzgado, ora del magistrado, ora del personal jurisdiccional, no logra convertirlos *ipso facto* en portadores de una nueva y distinta especialidad. A fortiori, arrebatarélos.

Queda pendiente la pronta implantación de las políticas de Estado (en las que el factor presupuestal y planificación, cobra capital importancia), para ir dejando sin efecto los diversos juzgados promiscuos del sistema de administración justicia y a la vez, sean reemplazados por los correspondientes juzgados especializados, cuyos miembros o personal que los comporta sean efectiva como oportunamente especializados en la materia correspondiente, esto es, vayan más allá de la denominación de especializados, por “coyuntura”.

5.6. Derecho fundamental a la mayor celeridad.

Es preciso dejar constancia de la salvaguarda del derecho fundamental a la mayor celeridad (que no resulta ser unimismable al derecho a la celeridad), con la finalidad que el Estado pueda asegurar la materialización y realización efectiva como oportuna de los derechos económicos y sociales señalados.

Y a propósito, amerita traer a colación que una de las causas de la crisis de la administración de justicia es la excesiva demora de la misma, lo que vulnera abierta como sistemáticamente el principio de celeridad. Por ello, lo que el Estado requiere en este estado emergencia sanitaria es el establecimiento y efectivización del principio de mayor celeridad. Ello, a efectos de la materialización de sus fines.

Así, es de referir el Fund. 28., de la sentencia del Exp. N ° 02214 2014-PA/TC, de fecha 07/05/15, del Tribunal Constitucional peruano (en adelante, TC), en relación a la mayor celeridad judicial en los casos de adultos mayores, enseña: “(...)considerando la aludida avanzada edad del actor (99 años), el tiempo transcurrido desde la interposición de la demanda de amparo (12 años, de los cuales 10 corresponden a la fase de ejecución) y que en el presente caso ya obran específicas liquidaciones de intereses legales, el Tribunal Constitucional estima necesario ordenar al juez de ejecución del presente caso, que resuelva y se asegure de que el demandante cobre efectivamente el monto que le corresponda por todos sus adeudos en materia previsional (incluidos

los respectivos intereses), en un plazo de 30 días hábiles (lo que incluye la realización de la nueva liquidación de intereses legales), tiempo que se computará desde el día de notificación de la presente decisión y que, una vez vencido dicho plazo originará las respectivas responsabilidades, debiendo remitir a este Tribunal las resoluciones que se hayan adoptado sobre el particular”.

Rematando muy plausiblemente el TC, con lo preconizado en el Fund. 30 del mencionado expediente: “(...)resulta inadmisibile desde todo punto de vista que una persona anciana de 99 años tenga que transitar por los despachos judiciales, durante más de 10 años, en la etapa de ejecución de sentencia, para cobrar una deuda que el Estado tiene con ella. En tal sentido, el Tribunal Constitucional debe establecer con criterio vinculante la siguiente exigencia: todos los órganos jurisdiccionales tienen la obligación de otorgar mayor celeridad a los procesos que involucren derechos de las personas ancianas cuanto mayor sea la edad de dichas personas, bajo responsabilidad”.

Y es que, la especial coyuntura que se enmarca en el derecho constitucional así lo reclama. Ergo, la población necesita dicha atención con la mayor premura posible, en tanto que, la particular y preocupante situación de quienes ven vulnerados sus derechos fundamentales. En tal sentido, consideramos que el principio de mayor celeridad debe tener vigencia en sede constitucional.

5.7. Especialización y capacitación.

El Derecho penal económico está alcanzando una sofisticación nunca vista en este sector jurídico, que demanda profesionales capacitados desde diversas perspectivas: especialistas forenses, abogados cualificados y una cada vez mayor importante labor de consultoría prejudicial. (BRUMA, 2019, n/p)

Sumado a ello, amerita asumir como pilar la decidida apuesta por la especialización de los magistrados y personal jurisdiccional. Además, de la creación de juzgados especializados en primera y segunda instancia, incluso en la Corte Suprema.

En lo que respecta a la capacitación de la totalidad los actores. La temática de la debida capacitación de la totalidad de los actores de la administración de justicia constitucional, deviene en imprescindible como insoslayable. Empero, la misma debe entenderse de manera vertical de arriba hacia abajo y no desde abajo hasta antes de los gerentes y directores.

Al respecto, no se debe perder de vista que la misma no solo debe estar encabezada por verdaderos especialistas en la correspondiente

materia en sede jurídica, sino además, que se tiene que considerar también, la administración. Esto es, una capacitación más allá del Derecho, interdisciplinaria.

Así también, el propósito de la capacitación no puede agotarse en el mero hecho de ser tal, sino más bien, en la asimilación, concientización y efectiva como eficaz puesta en práctica. De otro modo, no tendría razón de tal si es que es asumida únicamente para considerarla *per se*, como logro de un objetivo de gestión y la certificación correspondiente.

5.8. Ubicación en la escala evolutiva del Derecho.

Dejamos expresa constancia, que ciertamente el Derecho Deportivo no puede lograr satisfactoriamente sus fines, en tanto que el mismo se ajusta a unismancia de sistema jurídico imperante, esto es, el Estado Constitucional de Derecho, el mismo que no ser equiparable ni sinónimo de justicia. Esto es, que su filosofía resulta constitucional, pero injusta. Fundamentamos de referido en los siguientes términos:

En primer término a la Justicia Legal se le suele denominar de dicha manera, en razón a su abrace de conformidad a lo estipulado en la norma legal respectiva, esto es, cuando en sede judicial o administrativa se decide ajustándose a lo contemplado exclusivamente en la ley de la materia, para el caso concreto. O que también se invoque el otorgamiento de un derecho establecido en el texto expreso de la ley.

Seguidamente, se tiene en la Justicia Constitucional una definición que observa estrictamente los postulados de la Constitución Política. Entonces, queda claro que este tipo de justicia no es equiparable a la justicia legal.

A continuación, la Justicia Convencional es a la que se arriba tomando como premisa lo juridizado en la Convención Americana de Derechos Humanos: Su alcance o cercanía a la justeza es superior a la que ofrecen la justicia legal y la constitucional.

Luego, es de verse el significado de la Justicia Restaurativa se encuentra relacionado al espíritu que la restauración contempla para los sujetos ofendidos o agraviados. Si bien restaura a la totalidad de ofendidos o perjudicados, no necesariamente se le otorga lo que le corresponde a la víctima, sino, lo que subjetivamente considere la misma para quedar o saberse restaurada. No pocas veces el alto

contenido emocional, hace que lo que precise el ofendido, sea básicamente el otorgamiento de las sinceras como sentidas disculpas y satisfacciones del ofensor, con cargo de no volver a incurrir en la correspondiente ofensa u agravio. Con ello, la víctima se vería en cierta forma, por satisfecha. Entonces, la justicia restaurativa arriba a un peldaño más arriba que la justicia legal, constitucional y convencional.

Finalmente, tenemos a la Justicia, a la justicia propiamente dicha, la única equiparable a la legitimidad, a la justeza. Este tipo de justicia, es a la que se refiere con el dar a cada quien lo que le corresponde. Justiniano señaló al respecto: “La Justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho”. Así, la justicia no puede ser equiparable a la justicia restaurativa, ya que, a diferencia de esta última, la carga o necesidad emocional no se plasma, debido a que si el ofensor la robó al ofendido diez cabezas de ganado, pues, será justo o de justicia, que el ofendido reciba del ofensor el número completo y calidad (características) de lo robado y en extremo alguno, unas disculpas que puedan hacer las veces de bálsamo reductor del número y naturaleza de lo robado. Que no se nos malentienda, ya que no estamos en contra, demonizamos, rebajamos o desmerecemos a la justicia restaurativa, solo la comparamos con la justicia. Entonces, queda demostrado que la justicia, no es igual y es a la vez muy superior a la justicia legal, constitucional, convencional y restaurativa.

No obstante, es preciso dejar constancia que en *strictu sensu*, la única justicia válidamente existente, es la justicia propiamente dicha o justicia verdadera. Y es que, no se trata de erradamente pretender otorgar mayor significancia o supremacía utilizando nombres rimbombantes para “crear” diversos tipos de justicia, cuando la justicia es una sola, dicho de otro modo, la última de las analizadas.

A propósito, cabe hacer mención a la marcada gradualidad ascendente entre: legalidad, constitucionalidad, convencionalidad, restauratividad y justicia.

Para concluir y en mérito a lo desarrollado, cogimos que a lo que debemos aspirar como único norte inquebrantable e innegociable; es a la mención, defensa y plasmación de la justicia propiamente dicha, esto es, a la legitimidad, a la justeza, es decir, a la justicia verdadera.

No obstante lo desarrollado, sostenemos que no necesariamente tenemos que esperar a que algún día se encuentre el ansiado Estado de Justicia, puesto que desde ya podríamos abrazarlo premuniéndonos del principio de legitimidad.

Consecuentemente, en tanto ello no se materialice, se vulnera el derecho fundamental a la justicia en *strictu sensu*, que resulta correspondiente a una Administración que se precie de ser tal y de denominarse así, esto es, Administración de Justicia y no en puridad en una Administración de Constitución.

Finalmente, es de acotar que lo desarrollado otorga una clara lectura y ubicación del sistema jurídico actual. Entonces, a modo de ejemplo, resulta peligroso como preocupante conducirse en sede pública y privada a la luz de lo correspondiente a etapas superadas, como son el Estado de Derecho y más aún el Estado de Naturaleza.

5.9. Principios de la Administración

Así, se inobserva el valor público, el mismo que constituye una obligación para quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los cuales les pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública (sea derivada generada vía elección popular o no). Así, el valor público, busca de forma comprometida, un sistema que promueva un desarrollo eficaz, eficiente, equitativo y sostenible. Bajo esta perspectiva, se busca la creación de valor público por medio de una gestión estatal, la que tiene que contribuir significativamente a cuatro fines o principios fundamentales: i) Reducción de la desigualdad, ii) Reducción de la pobreza, iii) Fortalecimiento de estados democráticos, iv) Fortalecimiento de la ciudadanía.

Así, el valor público, asume en resumidos términos, que: “(...) *la gente tiene la capacidad y la libertad para expresar sus preferencias respecto a las actividades y resultados de la Administración Pública. También asume que las Administraciones Públicas tienen la voluntad y la capacidad para acomodar sus objetivos a las preferencias ciudadanas; y más que eso, asume que al entregar el valor público requerido, la gente estará dispuesta a pagar por él con dinero, con el voto, u ofreciendo su tiempo para colaborar con el gobierno*”. (BERTUCCI, 2005, p. 12)

Así también, corresponde dejar constancia de la indisoluble relación existente entre la gestión pública y los derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, es de verse el Fund. 9., del Exp. N° 2939-2004-AA/TC, del Tribunal Constitucional Peruano, que juridiza: *“(…)el principio interpretativo de la eficacia vertical de los derechos fundamentales, que exige que los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias den a los derechos fundamentales el carácter de verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial, reconociendo, asimismo, su capacidad de irradiarse en las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada”.*

Por su parte, se debe también tener presente el Principio de Buena Administración de la gestión pública.

Entonces, *“Se trata del principio de buena administración, cuyos brotes verdes empiezan a verse en la jurisprudencia y permitirá redefinir el modelo de relaciones entre el uso de la discrecionalidad por la administración y la justicia que la controla. El profesor Julio Ponce Solé, quien ya demostró ser un adelantado en mostrar la vía de la negociación de las normas en obras anteriores, ahora en su excelente trabajo titulado “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración” (REDA 175, Enero- Marzo 2016), postula el advenimiento de “un nuevo paradigma del Derecho del siglo XXI. El paradigma del buen gobierno y la buena administración.” Y distingue la idea de “buen gobierno” o modo en que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas, de la idea de “buena administración” que se refiere al modo de gestión administrativa, que se incumple con la gestión negligente o la corrupción”.* (CHAVES, 2016, n/p)

Lo curioso, es que con dos principios benéficos, la gestión pública sería irreprochable. El principio de buena administración, en la vertiente objetiva de prudencia, calidad, objetividad y justificación de las decisiones. Y el principio de buena fe, en la vertiente subjetiva de las intenciones. (CHAVES, 2016, n/p)

6. ¿Por qué los puntos desarrollados no son asumidos o no terminan siendo los esperados?

El presente punto resulta ser de particular importancia y trascendencia, puesto que en principio se ha podido observar que se ha legislado o asumido políticas de Estado, con una mirada o enfoque solamente desde las entidades públicas o privadas; dejando en el olvido a los administrados y justiciables, pero sobre todo la efectiva salvaguarda del orden económico.

Entonces, para empezar podemos reflexionar acerca del por qué de las decisiones insuficientes, parciales, incompletas, que se

manifiestan al no legislar correctamente por ejemplo el tema materia del presente trabajo.

A continuación, huelga a propósito, ocuparnos de responder a las basilares preguntas que a propósito caen de maduras: i) ¿Es únicamente responsabilidad del legislador?, ii) ¿Por qué resulta siendo una constante dicho accionar en cada cosa que deseemos llevar a cabo?, iii) ¿Por qué tan ajena y errática puede sernos la empresa de marras?, iv) ¿Por qué tiene o puede demorar tanto tiempo en alcanzarse lo que tanto supuestamente se busca y se tiene que buscar, sin terminar consiguiéndose?, v) ¿Por qué tanto tienen que padecer los justiciables y administrados para que puedan abrazar un trato más equitativo en el reconocimiento de sus derechos fundamentales?, vi) ¿Por qué no la tenemos clara de inicio?, vii) ¿Por qué no ocurre ello en Europa y aquí sí, por ejemplo?.

En ese orden de pensamiento, podemos ensayar una resolución a las mismas, achacando a nada menos que a motivos de naturaleza de una suerte de nuestro ADN latino.

Es así que la respuesta parece apuntar a razones muy profundas, a nuestra construcción, a algo que sencillamente no podemos evitar, pues, resulta siendo parte de nuestra propia naturaleza.

Así, analizando a fondo (o tal vez, realmente a fondo), tenemos que señalar que esa incapacidad de poder reflexionar que nos caracteriza como occidentales, no es producto de la casualidad, sino de la causalidad. Así, tenemos que tomar en cuenta que como peruanos (por ejemplo) presentamos inmensas fracturas, ya que no tuvimos las edades del “Renacimiento”, ni “Ilustración” (nos saltamos con garrocha de la edad Antigua a la Moderna). En tal sentido, carecemos de la capacidad de repensar, reflexionar, reaprender a pensar a partir de sí mismo y su entorno –o simplemente renacer-, así como la pérdida de fe en todo tipo de dogmas; que el Renacimiento le otorgó a la Europa en los siglos XI y XV.

He ahí la explicación de nuestra gran tara. A dichas fracturas tenemos que agregarles (en palabras el destacado jusfilósofo y gran docente Juan Carlos Valdívía Cano, en su revelador y agudo ensayo “la enfermedad del amor”), el hecho que somos mestizos hechos o resultantes de una suerte de *tutti frutti* de una cultura autóctona (Inca), moral cristiana, instituciones de poder romanas (Parlamento, Poder Judicial), y estructura mental griega; y griega es o significa (entre otras cosas) platónica. Lo que nos otorga la tendencia de definir las cosas por su objetivo o ideal y no por lo que éstas efectivamente o de

manera integral total o completa son (por ejemplo: cuando nuestra cultura occidental define la palabra amor lo hace idealísticamente única y unánimemente como algo, noble, sublime y maravilloso -amor platónico- y no por lo que realmente es en su totalidad, se olvida así de los celos, la traición, el tedio, la mentira, el poder, el desencuentro, la cachetada, el escándalo, el odio, la muerte.

Nuestra cultura, continúa Valdivia Cano, no entiende que finalmente el amor es un problema cronológico, es solo cuestión de tiempo. El amor es una enfermedad crónica (no es que los amantes estén enfermos, sino que Eros mismo lo está), y así, tarde o temprano (los celos siempre diligentes descifrarán los decepcionantes signos amorosos) el amante probará el avinagrado sabor de la lucidez (dicha lucidez está empedrada de desilusiones). Alguien dirá, ¿no hay o no existe el amor puro (o solo el de la parte bonita)?, “ese amor ando buscando, afirman frecuentemente no pocos”. Fernando Savater responde por cierto afirmativamente, pero refiere que solo el amor de King Kong (el más alto, grande, que todo lo espera y todo lo dá —a cambio de nada— único y “verdadero” amor que solo apareció en la pantalla grande), Así, no ser platónico es ir más allá de Platón, entonces, es aceptar que el Danubio no es azul, es sucio, marrón, agua con barro y aceite (por decir lo menos). Por eso, Valdivia Cano considera además, que en asuntos de amor mejor situado que Platón está Zarathustra (“amor: en los medios la guerra, y en el fondo odio eterno entre los sexos”).

Luego, a la luz de las carencias⁹³ occidentales y peruanas reseñadas, huelga citar a Ortega y Gasset (“el hombre no es tal, sino es él y sus circunstancias”), para tener en cuenta que todo lo que nos ocurrió como cultura, trajo como resultado lo señalado y lo cual no se puede salvar o pasar por alto así nomás.⁹⁴

⁹³ Carencias (de edades) y fracturas (culturales) que también pueden ser investigadas y analizadas por los ciudadanos de cada Estado o país occidental, respecto de su caso concreto; a efectos de poder realmente entender su propia naturaleza y acceder a al estado de lucidez que refiere Juan Carlos Valdivia Cano; para luego, realizar lo propio al respecto.

⁹⁴ A propósito, no podemos dejar de resaltar que siempre es bueno o saludable conocerse realmente a si mismo (ya sea como persona, como ciudadano, como nacional o como parte de una cultura). Sea cual fuere a la conclusión o verdad a la que arribemos. La verdad (simplemente), por cruda que sea, no mata, solo aturde un poco; pero luego, a partir de ella, podemos efectivamente empezar a ir en busca de nuestra propia solución o evolución. Así, acertadamente se sentencia “conócete, acéptate y supérate” y “para saber dónde dirigirte, primero debes tener conocimiento

Finalmente, dejamos constancia que solo planteamos un término como ejemplo, aparentemente sencillo (amor), con lo cual se pudo ver el desastroso “problema” que desencadenó (amor platónico); así, imaginemos lo que ocurre cuando se investiga, discute, analiza y “reflexiona” —reiteramos que reflexionar proviene de renacer/volver a pensar/aprender de los errores; es decir, del aprendizaje otorgado por la época del Renacimiento europeo, la misma que no tuvimos— acerca de temas jurídicos como lo es, verbigracia, la presente entrega en la que abordamos someramente las etapas de la evolución del derecho peruano.

7. Reflexiones finales

Los puntos planteados y desarrollados como agenda pendiente obstaculizan la efectiva como plena aplicación del derecho constitucional, lo que redundará en la limitación de sus efectos y compromiso con los sistemas jurídicos y los derechos y libertades de todas las personas.

8. Sugerencias

Los puntos de agenda desarrollados ameritan ser subsanados y superados en todos sus extremos, a efectos de lograr el pronto desarrollo y consolidación del Derecho Constitucional, a la vez de lograr abrazar su quintaesencia, esto es, que efectivamente logre materializar sus fines.

Referencias

ARBILDO PÉREZ, Natalia. **Derecho de acceso a internet: ¿debe reconocerse como derecho fundamental?**. En línea, recuperado en fecha 30/06/21 de: <https://lpderecho.pe/acceso-internet-derecho-fundamental/>. Lima, 2020.

acerca de dónde te encuentras”, además. En consecuencia, es falso como erróneo que alguien pretenda superarse sin previamente haberse conocido y aceptado, o que quiera ir o conseguir algo (la superación o el éxito, por ejemplo), sin tener la menor idea acerca de dónde y cómo se encuentra inicialmente.

- BERTUCCI, Guido. **Gobierno digital y valor público**. En línea, recuperado el 30/06/21, de Política Digital: http://www.politicadigital.com.mx/pics/edito/multimedia/418/filearton102_multimedia.pdf. México, 2005.
- BRUMA. **Los nuevos retos de la delincuencia económica, analizados por economistas y abogados**. En línea recuperado en fecha 30/06/21 de <https://lagacetadealmeria.es/los-nuevos-retos-de-la-delincuencia-economica-analizados-por-economistas-y-abogados/>. Almería, 2019.
- CHAVES, José Ramón. **Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad**. En línea, recuperado el 30/10/20, de: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>. España. 2016.
- CORREA MONTOYA, Lucas. **¿Qué significa tener derecho a la ciudad?. La ciudad como lugar y posibilidad de los derechos humanos**. En línea, recuperado en fecha 30/06/21 de: <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/territorios/article/view/1386/1303>. Bogotá, 2010.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. **Especialidad, especialista, especialización, especializar**. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21 de Cd-rom.
- DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. **Promiscuo, cua**. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21 de <https://dle.rae.es/promiscuo>. Madrid, 2020.
- EDITOR GACETA CONSTITUCIONAL. **TC: Reconocimiento del derecho a la ciudad resulta innecesario ya que abarca aspectos esenciales de otros derechos**. En línea, recuperado en fecha 30/06/21 de: <https://gacetaconstitucional.com.pe/index.php/2020/07/08/tc-reconocimiento-del-derecho-a-la-ciudad-resulta-innecesario-ya-que-abarca-aspectos-esenciales-de-otros-derechos/>. Lima, 2020.
- FLORES FERNÁNDEZ, Zitlally. **El Contenido esencial del Derecho al Deporte. Perspectiva constitucional en Latinoamérica**. En línea, recuperado en fecha 30/06/21 de:

- https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1104/884. SEVILLA, 2014.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo. **Diccionario de jurisprudencia constitucional**. Editora Jurídica Grijley. Lima, 2009, p. 388.
- GONZÁLEZ CASANOVA, J. A. **La idea de constitución en Karl Loewenstein**. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21 de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2048127>, Madrid, 1965.
- GOMES, Luiz Flávio y de OLIVEIRA MAZZUOLI, Valerio. **Comentários à Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**, 3a. ed., Sao Paulo, Editora Revista Dos Tribunais, 2010. Citado en: VV.AA. Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21, de http://www.kas.de/wf/doc/kas_38682-1522-4_30.pdf?140901164826, 2014.
- HURTADO QUINTERO, William Felipe. **Elementos del Estado constitucional**. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21 de <https://www.diariojuridico.com/elementos-del-estado-constitucional/>, Barcelona, 2018.
- MEDINACELI ROJAS, Gustavo. **La aplicación directa de la Constitución**. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21 de <http://repositorionew.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3836/1/SM134-Medinaceli-La%20aplicacion.pdf>, Quito, 2013.
- PACHOT ZAMBRANA, Karel Luis. **El derecho constitucional al deporte en la doctrina y el derecho comparado**. En línea, recuperado en fecha 30/06/21 de: <https://reader.elsevier.com/reader/sd/pii/S1405919318300040?token=9F35D6EDC779A67E7E9A4B4386064985415D8D99C0CA24502063F8A15F192AD1FF3BEDCFC0F5423AF3606B0F70A2A06D>. Ciudad de México. 2016.
- PÉREZ DE ACHA, Gisela. **Una panorámica sobre el derecho al olvido en la región**. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21 de Derechos Digitales América Latina <https://derechosdigitales.org/9324/una-panoramica-sobre-la-discusion-en-torno-al-derecho-al-olvido-en-la-region/>. Santiago de Chile, 2015.
- PÉREZ ROYO, Javier. (1996). **El derecho constitucional en la formación del jurista**. Recuperado en fecha 30/06/21 de Revista Española de Derecho Constitucional

<https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/56258/ElDerechoConstitucionalEnLaFormacionDelJurista.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. 1996.

ROSENBERG, J. M. **Diccionario de administración y finanzas**. Editorial Océano Grupo Editorial S. A., Barcelona, 1983.

RIBÓ DURAND, L. y FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. **Diccionario de derecho empresarial**. Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1998.

S/a. **Control de convencionalidad**. En línea: Recuperado en fecha 30/06/21, del Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7 <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>, San José de Costa Rica.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. **Elucubraciones de los derechos fundamentales**. Tomo I. Corporación de Estudios y Publicaciones –CEP. Quito, 2019.