

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA  
(ORGANIZAÇÃO)

# ESTADO, DEMOCRACIA E CIDADANIA

PERSPECTIVAS TEÓRICAS  
E CRÍTICAS

ESTADO,  
DEMOCRACIA  
E CIDADANIA

PERSPECTIVAS TEÓRICAS  
E CRÍTICAS



**UNIVERSIDADE  
FEDERAL DA PARAÍBA**

**REITORA** MARGARETH DE FÁTIMA FORMIGA MELO DINIZ  
**Vice-Reitora** BERNARDINA MARIA JUVENAL FREIRE DE OLIVEIRA

**Pró-Reitora PRPG** MARIA LUIZA PEREIRA DE ALENCAR MAYER FEITOSA



**EDITORA UFPB**

**Diretora** IZABEL FRANÇA DE LIMA  
**Supervisão de Administração** GEISA FABIANE FERREIRA CAVALCANTE  
**Supervisão de Editoração** ALMIR CORREIA DE VASCONCELLOS JÚNIOR  
**Supervisão de Produção** JOSÉ AUGUSTO DOS SANTOS FILHO

**CONSELHO EDITORIAL**

ADAILSON PEREIRA DE SOUZA (CIÊNCIAS AGRÁRIAS)  
ELIANA VASCONCELOS DA SILVA ESVAEL (LINGUÍSTICA, LETRAS E ARTES)  
FABIANA SENA DA SILVA (INTERDISCIPLINAR)  
GISELE ROCHA CÔRTEZ (CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS)  
ILDA ANTONIETA SALATA TOSCANO (CIÊNCIAS EXATAS E DA TERRA)  
LUANA RODRIGUES DE ALMEIDA (CIÊNCIAS DA SAÚDE)  
MARIA DE LOURDES BARRETO GOMES (ENGENHARIAS)  
MARIA PATRÍCIA LOPES GOLDFARB (CIÊNCIAS HUMANAS)  
MARIA REGINA VASCONCELOS BARBOSA (CIÊNCIAS BIOLÓGICAS)

NEWTON DE OLIVEIRA LIMA  
(ORGANIZAÇÃO)

# ESTADO, DEMOCRACIA E CIDADANIA

PERSPECTIVAS TEÓRICAS  
E CRÍTICAS

Editora UFPB  
João Pessoa  
2019

Direitos autorais 2019 – Editora UFPB

Efetuada o Depósito Legal na Biblioteca Nacional, conforme a Lei nº 10.994, e 14 de dezembro de 2004

**TODOS OS DIREITOS RESERVADOS À EDITORA UFPB**

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do autor  
Impresso no Brasil. *Printed in Brazil*

Projeto Gráfico **Editora UFPB**  
Editoração Eletrônica e Design da Capa **Alexandre José Barbosa da Câmara**

Catálogo na publicação  
Seção de Catalogação e Classificação

E79	Estado, democracia e cidadania: perspectivas teóricas e críticas / Newton de Oliveira Lima (organizador). - João Pessoa: Editora UFPB, 2019. 314 p.  ISBN 978-85-237-1458-1  1. Política e direito. 2. Democracia. 3. Cidadania. 4. Filosofia do direito. 5. Direito – Filosofia Kantiana. I. Lima, Newton de Oliveira. II. Título.
UFPB/BC	CDU 32+34

**EDITORA UFPB**

Cidade Universitária, Campus I, Prédio da Editora Universitária, s/n.

João Pessoa – PB

CEP 58.051-970

<http://www.editora.ufpb.br>

E-mail: [editora@ufpb.br](mailto:editora@ufpb.br)

Fone: (83) 3216.7147

**Editora filiada à:**



Associação Brasileira  
das Editoras Universitárias

*Livro aprovado para publicação através do Edital Nº 4/2017-2018, financiado pelo Programa de Apoio à Produção Científica - Pró-Publicação de Livros da Pró-Reitoria de Pós Graduação da Universidade Federal da Paraíba.*

## PREFÁCIO

### É POSSÍVEL UM PROJETO DE DESENVOLVIMENTO SOBERANO?

A coletânea *Estado, Democracia e Cidadania* propõe três conceitos constitutivos da Filosofia Política que influenciaram a trajetória dos Estados nacionais ocidentais. O Estado ocidental é a estrutura que se configurou, ao longo do tempo, enquanto nações independentes, ou seja, tendo a soberania como uma das suas marcas identitárias. A constituição política dos Estados Nacionais, segundo o espaço físico, no centro e na periferia, tem mais ou menos a participação dos cidadãos. Ora, é exatamente a capacidade de os cidadãos deliberarem sobre o Estado que o torna mais ou menos democrático e, portanto, soberano.

O problema da soberania nacional é um tema relevante, face aos cenários de globalização. Por isso, propomos neste Prefácio à coletânea *Estado, Democracia e Cidadania*, uma reflexão sobre a soberania. É possível fazer uma inserção soberana no sistema internacional? Ou somos condenados a continuar na condição de economia reflexa, que busca estratégias oportunistas e algumas vantagens residuais? Quais as condições para implementar um projeto de desenvolvimento nacional e tomar decisões para uma inserção soberana no sistema internacional? Trata-se de explicitar as possibilidades de um projeto de desenvolvimento soberano dentro de um cenário de economia globalizada. Para elucidar esta análise reconstruímos o texto “Brasil se transformou em uma nação de vontade fraca” de César Benjamin<sup>1</sup>.

#### **Economia internacional assimétrica**

Até a 1ª guerra mundial as economias usavam como padrão de referência o ouro. Ou seja, as instituições financeiras de cada país adotavam uma taxa fixa para suas moedas em relação ao outro estado. Então, as negociações comerciais respeitavam essa taxa fixa, evitando que alguns estados mudassem sua taxa de câmbio para aumentar suas exportações e reverter os déficits comerciais. Isto garantia a estabilidade da economia. Os desequilíbrios nas economias eram corrigidos com a política monetária (aumento ou queda de juros) ou fiscal (alterações de impostos) e não através de câmbio que era mantido fixo.

Porém, com o início da 1ª guerra, em 1914, o padrão ouro entrou em crise devido aos desequilíbrios entre as economias dos estados nacionais. Apenas na 2ª guerra mundial adotou-se na conferência de Bretton Woods, 1944, o dólar como padrão. O objetivo foi restabelecer uma nova ordem econômica para restabelecer o capitalismo mundial. Nesta conferência criaram-se duas instituições para monitorar a economia mundial:

---

<sup>1</sup> César Benjamin. “Brasil se transformou em uma nação de vontade fraca”. Folha de S. Paulo, 07.01.2018. Caderno Ilustríssima. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1948250-brasil-precisa-de-lider-com-projeto-de-desenvolvimento-diz-cesar-benjamin.shtml>>

o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), hoje chamado de Banco mundial. Este regime de câmbio fixo vinculado ao dólar durou até o início da década de 1970. O desencadeador final foi o choque do petróleo em 1973, que abandona o regime de câmbio fixo pelo câmbio flutuante. Agora, é o mercado e a intervenção do governo e os seus interesses diante das contas externas, que determinam a cotação das moedas frente ao dólar. Então, um país que está com déficit comercial, tenderá a adotar política de desvalorizar sua moeda, para exportar mais e corrigir esse déficit. O que irá provocar uma disputa entre os estados para corrigir seu desequilíbrio comercial e a balança de pagamentos através da desvalorização da moeda.

A economia mundial passa a operar na ausência de um regime monetário internacional, o que provoca instabilidade monetário-financeira, desajustes comerciais e crises no mercado. O sistema monetário internacional que deveria ser regulado pelo FMI e o Banco mundial é ineficaz em suas políticas e processo decisório, mostrando seu comprometimento de recursos com os países desenvolvidos. O processo de globalização financeira dos capitais privados provoca desajustes na balança de pagamentos, crises localizadas que tem efeito de contaminar a economia mundial com risco sistêmico, escapando ao controle dos bancos centrais. O mundo ingressou num sistema de economia globalizado, tornando todos os estados nacionais vinculados em relações de poder econômico assimétrico.

1ª assimetria - padrão monetário: O atual estágio da economia é comandado pelo padrão dólar, isto é, esta moeda é a referência em torno da qual o mundo gira. Não há instituições multilaterais que regulam a emissão de tal moeda. A ausência de regulamentação provoca instabilidade, uma vez que um único Estado tem a soberania sobre o resto do mundo.

Essa composição monetária e financeira delegou aos agentes econômicos um poder que lhes permite viver desconectados da economia real. Trata-se do capitalismo gestor de dinheiro, porque este sistema não precisa mais de diretores de indústrias, mas de gestores de ativos líquidos. A carteira dos fundos de investimentos varia diariamente, pois, aposta-se em tudo: “no valor relativo das moedas, nos preços das commodities, nas ações em Bolsa, em pequenas variações das taxas de juros, sempre operando em mercados futuros, inexistentes” (Benjamin, 2018). Esse modelo de economia cria, incessantemente, novos produtos financeiros que se conectam com paraísos fiscais e realizam transações que movimentam bilhões, sem entrega física de algum bem, porém, tem lucros crescentes.

Os operadores deste sistema globalizado são os chamados ‘investidores internacionais’. A economia globalizada tem um espaço financeiro homogêneo, isto é, um espaço que não tem mais fronteiras nacionais; e um tempo instantâneo que tem esta contradição: a finança global comunica-se através de uma moeda única mundial – o dólar, porém, esta moeda continua nacional. Os países que aderiram a

este sistema de espaço contíguo e tempo instantâneo virtual e volátil, protegem-se através de reservas em títulos do Tesouro norte-americano. Assim, os Estados Unidos são financiados pelo mundo. Por isso, eles podem manter déficits, endividamentos públicos e privados, fazer guerras, cortar impostos, ampliar o crédito e aumentar o consumo: “Essa incrível combinação só é possível porque a dívida ‘externa’ do país e os preços dos produtos que importa estão expressos na moeda que ele mesmo fabrica” (Benjamin, 2018). A assimetria entre os estados decorre da maior ou menor submissão ao padrão monetário internacional, o dólar.

2ª assimetria - controle dos processos de inovação: A segunda assimetria ocorre nos sistemas produtivos, por meio do controle dos processos de inovação. O país estrutura sua economia em atividades que geram um ganho diferenciado, acima da média e que não permitem grande concorrência. Essas atividades mudam rapidamente. Por isso, apenas se mantém na liderança deste processo de inovação incessante, aqueles países que tiverem a capacidade de criar permanentemente novas combinações produtivas, novos processos e novos produtos. Então, a liderança de um país não está mais vinculada, a longo prazo, ao controle de um setor, de uma técnica ou de uma mercadoria, mas da capacidade de ter a dinâmica da inovação na economia real.

O fenômeno da globalização repercutiu de maneira diferente no centro e na periferia. Os países desenvolvidos articulam a economia, a técnica e a tomada de decisões políticas através de um vínculo entre grandes empresas e Estados fortes. Nos países periféricos as cadeias produtivas estão fragmentadas, pois os Estados são fracos e incapazes de articular estratégias econômicas de base nacional.

### **Incapacidade de controlar o processo de desenvolvimento**

Aplicando, em particular, esta dupla assimetria no caso do estado brasileiro, porém, pode-se aplica-la, em geral, a outros estados, temos o seguinte diagnóstico: (1) O Brasil aprofunda seu status de país periférico, pois opta por se inserir no processo de globalização através dos fluxos financeiros, isto é, através de uma economia reflexa que apenas responde e se adapta aos ciclos do sistema internacional. Perdeu-se a capacidade de controlar o processo de desenvolvimento e de realizar negócios que reforcem a autonomia, uma vez que os capitais errantes ultrapassam e dominam a sociedade nacional tornando-a fraca e dependente. (2) As consequências deste fenômeno são, primeiro, a incapacidade da sociedade de controlar a voracidade de acumulação do capital; e, segundo, a radicalização da dinâmica reflexa que implica ajustes passivos aos ciclos internacionais. Disso decorre a incerteza e a instabilidade, pois a natureza especulativa do capital, exige alta rentabilidade em curto prazo. A rentabilidade é própria de um sistema aberto e desregulamentado que segue a lógica da riqueza líquida, trocando a moeda melhor (o dólar) pela pior, no caso brasileiro, o real. Isso funciona através dos juros reais atrativos, “que sejam um múltiplo da taxa básica paga no sistema internacional aos ativos denominados em dólar, o que penaliza

permanentemente a atividade produtiva”, que tem como resultado, “a enorme certeza no curto prazo é a contrapartida exigida diante da incerteza estrutural, de longo prazo, que ronda a nossa economia” (Benjamin, 2018).

### **Inserção soberana no sistema internacional**

Diante deste diagnóstico é possível fazer uma inserção soberana no sistema internacional? Ou somos condenados a continuar na condição de economia reflexa, que busca estratégias oportunistas e algumas vantagens residuais? Ou se quer constituir um projeto de desenvolvimento nacional e tomar decisões para uma inserção soberana no sistema internacional?

1ª) Adaptação subalterna: Constata-se no caso brasileiro a opção pela adaptação subalterna. A história mostra que essa opção conduz a impasses estruturais. O exemplo de experiências de países periféricos, como os Estados Unidos no século 19 e a China no século 20, apenas saíram desta condição quando romperam a lógica de adaptação subalterna à ordem internacional de seu tempo. Eles fizeram, afirma Benjamin, reformas internas e alteraram seus sistemas de poder e superaram a condição periférica.

2ª) Planejamento e mercado: O desenvolvimento não acontece por acaso, mas depende de um processo de combinação de muitas variáveis, por exemplo, a produtividade do trabalho, diversificação da estrutura produtiva, maiores níveis de justiça social, crescimento econômico etc. O mercado ajuda no funcionamento do sistema econômico, porém, ele é incapaz de organizar a distribuição da riqueza, pois, ele apenas “impulsiona as atividades produtivas que geram rentabilidade para o setor privado” (Benjamin, 2018). Muitos bens e serviços essenciais não são ofertados a população, porque não tem uma renda monetária para estimular a produção. Por isso, o desenvolvimento exige decisões e planejamento além do mercado, com visão estratégica de conjunto e de longo prazo, que não significa estatizar a economia. Para isso o Estado não precisa controlar a base produtiva do país para conduzir reformas estruturais, tais como, controlar as variáveis macroeconômicas, prover bens e serviços coletivos, induzir a distribuição de renda e riqueza, estruturar e apoiar conglomerados estratégicos de base nacional, estabelecer o modelo de uso dos recursos não renováveis, proteger o meio ambiente, promover o progresso científico e tecnológico, regular o intercâmbio internacional e defender a soberania.

Para Benjamin, a sociedade deve combinar planejamento e mercado, na forma de uma economia mista, ou seja, diversos tipos de propriedade e de organização da produção, propriedade estatal, pública não estatal e privada, empreendimentos de porte pequeno e médio, cooperativas e economia solidária.

Ao contrário, a opinião neoliberal entende que o mercado deve ser soberano e o governo age apenas para garantir as condições macroeconômicas a fim do mercado operar. Então, o neoliberalismo opõe-se a metas democraticamente definidas, planejamento de processos econômicos e sociais. A alocação de recursos realiza-se pelo “livre jogo das forças de mercado”.

No entanto, na economia mundial moderna, os países que melhoraram suas condições de bem-estar, distribuição de renda e riqueza acima da média não seguiram o projeto neoliberal, mas adotaram um projeto de inserção soberana no sistema internacional, com desenvolvimento industrial e serviços de alta tecnologia.

3) De lugar intermediário ao periférico: Segundo Benjamin, o Brasil no século 20, ocupou um lugar intermediário nesta relação de forças entre centro e periferia. Porém, atualmente, vem perdendo sua capacidade de articulação de um projeto nacional de desenvolvimento, pois está se desindustrializando e exportando apenas produtos primários. Vivemos a sociedade do conhecimento e as economias absorvem cada vez mais trabalho qualificado, atividades de pesquisa, atividades dedicadas ao conhecimento e à informação: “Mesmo sem realizar atividade manual, essa inteligência coletiva adensa as cadeias produtivas e multiplica a produtividade social do trabalho. As economias desenvolvidas do século 21 são economias do conhecimento” (Benjamin, 2018).

Para o autor, o lugar natural do Brasil no sistema-mundo é periférico, pois, este quer “de nós soja e outros alimentos, minério de ferro e outros minérios e, talvez, petróleo bruto”. Conclui Benjamin (2018): “Tornamo-nos uma nação de vontade fraca, que aceita o lugar periférico que lhe foi designado. Esse é o pano de fundo da nossa infundável crise política e dos estéreis debates em macroeconomia”.

Portanto, diante da questão: “É possível fazer uma inserção soberana no sistema internacional? ”, a resposta está condicionada ao grau de participação da cidadania na deliberação democrática do Estado nacional.

*Agemir Bavaresco*<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Professor do PPG Filosofia PUCRS. E-mail <abavaresco@puers.br> Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6597683266934574>



## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	11
<i>Newton de Oliveira Lima</i>	
<b>O CONCEITO DE ESTADO EM KANT E SUA RELAÇÃO COM A “LIBERDADE CRÍTICA” COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO</b> .....	17
<i>Newton de Oliveira Lima</i>	
<b>OS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NAS ESCOLAS</b> .....	27
<i>Fernando Joaquim Ferreira Maia</i>	
<b>A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA CRÍTICA AO ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 466.343/SP</b> .....	47
<i>Emanuel de Melo Ferreira - Ulisses Levy Silvério dos Reis</i>	
<b>O ESTADO DE DIREITO E A POLARIZAÇÃO NA DEMOCRACIA: OS OBSTÁCULOS ÀS POLÍTICAS AMBIENTAIS SOB O CONSUMOCENTRISMO</b> .....	65
<i>Cleide Calgaro - Aloisio Ruscheinsky - Agostinho Oli Koppe Pereira</i>	
<b>ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA EN AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA</b> .....	83
<i>Álvaro Sánchez Bravo</i>	
<b>CIDADANIA MÍNIMA: APONTAMENTOS SOBRE A CIDADANIA DA AUTONOMIA PERDIDA</b> .....	93
<i>José Flôr de Medeiros Júnior</i>	
<b>JUSTIFICATIVA DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA NA FILOSOFIA OCIDENTAL: DA ANTIGUIDADE AO ILUMINISMO</b> .....	111
<i>Rômulo Rhemo Palitot Braga - Marcelo D'Angelo Lara</i>	
<b>A CIDADANIA COMO PILAR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO</b> .....	125
<i>Reginaldo Gonçalves Gomes - Frederico de Carvalho Figueiredo</i>	
<b>BIOPOLÍTICA, DEMOCRATIZAÇÃO DOS CENTROS DE DECISÃO SOBRE A VIDA E LUTA PELO ACESSO À MACONHA MEDICINAL: DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE FOUCAULT E HABERMAS PARA UMA CRÍTICA DO SABER-PODER BIOMÉDICO</b> .....	133
<i>Lucas Lopes Oliveira</i>	
<b>LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER EN LA DEMOCRACIA URUGUAYA</b> .....	151
<i>Luis Maria Delio Machado</i>	

<b>A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS A PARTIR DA CONCEPÇÃO DA TEORIA DO DISCURSO .....</b>	183
<i>Ana Virgínia Cartaxo Alves</i>	
<b>CRISE, CONFLITO E CIDADANIA: SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS E SEU EXERCÍCIO NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	201
<i>Rebeca Resende de França Rodrigues</i>	
<b>CIUDADANOS Y DECISORES, LA DEMOCRACIA Y EL AGUA EN CONTEXTOS DE CRISIS .....</b>	215
<i>Marta Biagi</i>	
<b>EDUCAÇÃO AMBIENTAL, DIREITOS HUMANOS E RESÍDUOS SÓLIDOS: TEM TUDO A VER .....</b>	225
<i>Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros - Rosana Vasconcellos Brusamarello</i>	
<b>A ECOLOGIA POLÍTICA COMO O PARADIGMA EMERGENTE DA JUSTIÇA AMBIENTAL VIABILIZADA PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS .....</b>	239
<i>Mauro Gaglietti - Natália Formagini Gaglietti</i>	
<b>O CONSENSO SOBREPOSTO (OVERLAPPING CONSENSUS) EM RAWLS COMO FERRAMENTA PARA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DE UMA CONCEPÇÃO POLÍTICA DA JUSTIÇA .....</b>	257
<i>Juvêncio Almeida - Gustavo Rabay</i>	
<b>DIREITO À MORADIA PARA POPULAÇÕES SEGREGADAS EM PORTO ALEGRE: ESTUDO DE CASO SOBRE A OCUPAÇÃO LANCEIROS NEGROS E A LUTA POR GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONTRA A OPRESSÃO INSTITUCIONALIZADA NAS INSTÂNCIAS JUDICIAIS BRASILEIRAS .....</b>	277
<i>Henrique Mioranza Koppe Pereira - Diogo Silveira dos Santos - Gabriela Maggioni</i>	
<b>A INFLUÊNCIA DA INTERNET NA DEMOCRACIA .....</b>	295
<i>Nara Suzana Stainr Pires - Liton Lanes Pilau Sobrinho</i>	
<b>POSFÁCIO.....</b>	311
<i>Elcio Nacur Rezende</i>	

## APRESENTAÇÃO

Este livro, coletânea, que se apresenta à comunidade científica com o título: **“ESTADO, DEMOCRACIA E CIDADANIA: PERSPECTIVAS TEÓRICAS E CRÍTICAS”** possui vínculo direto às linhas de pesquisa FILOSOFIA KANTIANA DO DIREITO e FILOSOFIA DOS VALORES JUSPOLÍTICOS do Grupo de Pesquisa FILOSOFIA DO DIREITO E PENSAMENTO POLÍTICO (UFPB-CNPQ), cujo líder é o organizador do livro, Prof. Dr. Newton de Oliveira Lima, professor adjunto III da UFPB, atuando na graduação e na pós-graduação em Direito da UFPB. O grupo de pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político visa uma análise do fundamento político e axiológico das correntes de pensamento jurídico e o pensar crítico sobre os valores políticos e jurídicos à luz de metodologias que englobam o kantismo e suas consequências teóricas (habermasianismo, liberalismo “crítico” e uma visão em geral dialética entre substancialismo e procedimentalismo no Direito constitucional). Um dos fundamentos mais relevantes para o problema dos valores se dá, portanto, no âmbito de pesquisa jusfilosófico-política na recepção crítica ao positivismo e seus diversos matizes (normativismo, formalismo, tecnicismo) e numa perspectiva reconstrutiva da pauta de valores que informam o conteúdo (substância do Direito) e suas formas procedimentais de manifestação, o que passa pela análise da relação entre Estado e cidadania na construção do Estado democrático de Direito.

No âmbito do PPGCJ da UFPB, além do GP Filosofia do Direito e Pensamento Político, a coletânea conta com artigo escrito em co-autoria do Prof. Dr. Gustavo Rabay Guerra, do grupo de pesquisa JUSTIÇA & POLÍTICA (UFPB-CNPQ), ao qual pertence a linha de pesquisa Constitucionalismo, democracia e ativismo jurídico, que visa a análise de processos sociais que conduzem ao ativismo jurídico na nova percepção do Direito e do constitucionalismo como diálogo entre grupos e instituições, ampliando a ideia de democracia. A coletânea conta também com artigo do Prof. Dr. Rômulo Rhemo Palitot Braga, escrito em co-autoria com seu orientando no PPGCJ da UFPB, Marcelo Lara (doutorando, hoje já doutor).

A coletânea também se vincula à pesquisa “A (in) efetividade dos direitos humanos e ambientais na crise do capitalismo a partir da América Latina” também desenvolvida junto ao PPGCJ, no Grupo de Pesquisa - Núcleo Multidisciplinar de Pesquisa em Direito e Sociedade na América Latina, liderado por Fernando Joaquim Ferreira Maia, professor adjunto IV da UFPB, Doutor em Direito e professor da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. O Núcleo Multidisciplinar de Pesquisa em Direito e Sociedade na América Latina é um grupo de pesquisa interinstitucional, de crítica/ação contra-hegemônica, com atuação na Universidade Federal da Paraíba e na Universidade Federal Rural de Pernambuco. Está cadastrado no Diretório dos Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico/CNPq e tem por objetivo desenvolver ações inovadoras de ensino, pesquisa e extensão, marcadas

pelo diálogo contra-hegemônico, multi e transdisciplinar entre saberes jurídicos e não jurídicos. Basicamente atua nas linhas de pesquisa articuladas entre a questão agrária, os saberes ambientais e os direitos urbanos, buscando analisar criticamente a realidade no Brasil, investigando como a natureza do capitalismo compromete a regulação jurídica sobre os diversos aspectos da sociedade.

Ao mesmo tempo a coletânea incorporou as pesquisas dos grupos “Direito Socioambiental e o Constitucionalismo Democrático Latino Americano” e “Ética socioambiental e o constitucionalismo latino americano para construção de uma democracia socioecológica na sociedade consumocentrista” (este financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS) que está sendo desenvolvida junto ao Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica - CNPQ, vinculado ao Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Caxias do Sul – UCS, cuja vice-liderança é da Profa. Dra. Cleide Calgaro, que possui artigo na presente coletânea, professora adjunta da UCS, atuando na graduação e na pós-graduação em Direito. Quanto às instituições e professores que fazem parte do grupo destaca-se: Dr. Agemir Bavaresco e Dr. Draiton Gonzaga de Souza (PPGFil – PUCRS); Dr. Ingo Wolfgang Sarlet e Dr. Carlos Alberto Molinaro (PPGDir – PUCRS); Dr. Délton Winter de Carvalho, Dr. Leonel Severo Rocha e Dr. Wilson Engelmann (PPGDir – UNISINOS); Dr. Elcio Nacur Rezende e Dr. Magno Federici Gomes (PPGDir – Escola Superior Dom Helder Câmara); Dr. João Martins Bertaso (PPGDir – URI); Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (PPGDir – UNIVALI e UPF); Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo (PPGDir – UPF); Dr. Rafael Lazzarotto Simioni (PPGDir – Faculdade Sul de Minas); Dr. Michele Carducci (UNISALENTO – Itália, atuando na linha de pesquisa Constitucional do GP Metamorfose Jurídica).

O escopo da presente obra é de apresentar ao debate da comunidade científica estudos, ensaios teóricos, debates conceituais sobre a temática voltada a temas Estado, democracia e cidadania envoltos numa perspectiva teórica e crítica.

O livro não apresenta resultados das pesquisas, vez que as mesmas não se encontram concluídas. O grupo de pesquisadores sentiu a necessidade de agregar, numa obra, opiniões e entendimentos de pesquisadores de distintas instituições sobre o tema pesquisado, possibilitando, assim, a ampliação das discussões sobre tanto na área do Direito como das Ciências Sociais e da Filosofia, sendo que o livro articula pesquisadores de diversas universidades do Brasil e do exterior.

Destaca-se que a contribuição e os textos da presente obra, são tanto de mestrandos, doutorandos, doutores e pós-doutores, momento em que o conhecimento pesquisado é socializado perante a comunidade acadêmica permitindo o debate e a apresentação de possíveis soluções a problemática apresentada.

Nessa conjuntura, a coletânea ora apresentada, possui seus textos relacionados a linha de pesquisa “Direito Ambiental e Novos Direitos” do programa de Mestrado e Doutorado em Direito Ambiental da Universidade de Caxias do Sul- UCS. E nas linhas de pesquisa “Filosofia Kantiana do Direito”, “Filosofia dos valores juspolíticos”, “Os saberes

ambientais e o pensamento jurídico contra-hegemônico da América Latina”, “Direitos humanos e pensamento contra-hegemônico” e “Constitucionalismo, democracia e ativismo jurídico”, vinculadas ao programa de Mestrado e Doutorado da Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

O livro conta em especial com a contribuição dos seguintes docentes estrangeiros: Dr. Michele Carducci (UNISALENTO – Itália, atuando na linha de pesquisa Constitucional do GP Metamorfose Jurídica); Luis Maria Delio Machado (Universidad de la República-Uruguay, instituição na qual desenvolve a linha de pesquisa: Historia Institucional de la Facultad de Derecho y cultura política.); Dr<sup>a</sup>. Marta Biagi (Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires-UBA, onde pesquisa na linha de Sociologia ambiental). E o Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo, professor da Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, tendo como linha de pesquisa Direitos humanos e meio ambiente. As linhas de pesquisa são vinculadas a uma visão mais ampla do problema da cidadania e do Estado democrático, os artigos produzidos refletem isso, elas são uma forma de análise do problema do ponto de vista da plurimetodologia jurídica, que foi a opção metodológica adotada nesta coletânea.

Como se pode observar, pelos títulos dos capítulos e suas exposições, todos estão articulados sobre o tema central, temas de direito socioambiental, de Direito constitucional e de “Direito Político” que envolvem a democracia e permeiam com a discussão ética e jurídica na sociedade moderna no que se refere a questões voltadas democracia, a ética, a cidadania no Estado Constitucional de Direito brasileiro.

Do mesmo modo, espera-se que, com a presente obra, se possa outorgar à comunidade acadêmica, material crítico sobre o tema da pesquisa, capaz de construir novos caminhos e avultar novas soluções para as problemáticas apresentadas na sociedade democrática brasileira, onde a democracia e a cidadania são pilares e fundamentos constitucionais para o Estado.

*João Pessoa, Outubro de 2019.  
Newton de Oliveira Lima<sup>1</sup>.*

---

1 Professor Adjunto III da UFPB, lotado no Departamento de Ciências Jurídicas do Centro de Ciências Jurídicas. Professor permanente do Programa de Pós Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB (PPGCJ). Vice-coordenador do PPGCJ. Líder do Grupo de Pesquisa FILOSOFIA DO DIREITO E PENSAMENTO POLÍTICO (UFPB/CNPQ).



# O CONCEITO DE ESTADO EM KANT E SUA RELAÇÃO COM A “LIBERDADE CRÍTICA” COMO CRITÉRIO DE LEGITIMAÇÃO DEMOCRÁTICA DO DIREITO<sup>1</sup>

*Newton de Oliveira Lima<sup>2</sup>*

‘Só há um direito inato. A liberdade (a independência ao arbítrio compulsivo de outrem), na medida em que pode coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal, é este o direito único, originário, que corresponde a todo homem em virtude da sua humanidade.’ Immanuel Kant (2005, p.56).

## 1 Introdução

A legitimidade do Direito pode ser pensada a partir da moral, o respeito às normas jurídicas realizado pelo cidadão como analogia com as leis morais e o uso de sua capacidade valorativa e produtora de normas, mas a analogia com a moral exige do sujeito a capacidade de publicizar seus próprios juízos de valor reflexivos sobre o Direito, o que somente se justifica à luz do pensamento kantiano dentro da publicidade das máximas de sua motivação de agir. O exercício do juízo reflexivo sobre o Direito implica na capacidade de uma liberdade “crítica” ao Estado, na medida em que possa favorecer a construção de uma dialogicidade do espaço público e da possibilidade de propor instrumentos de linguagem que legitimem discursivamente a adesão ao Direito no uso público da razão, revalorizando o papel crítico do sujeito como cidadão da democracia constitucional kantiana e seu compromisso com o Estado de Direito.

## 2 Perspectivas de legitimação do Direito: a analogia com a moral

A defesa de valores políticos relativos ao sujeito e a primazia de uma liberdade qualificada racional e eticamente na tradição política kantiana, buscam mostrar que o conceito kantiano de liberdade política é o de uma racionalidade qualificada, inserido no contexto da tradição liberal, mas dialogando na medida de sua apropriação crítica e normativista com a tradição republicana de política estatal e de valores políticos coletivos.

A “liberdade crítica” é uma proposição que representa a radicalização e ampliação do sentido kantiano de que a liberdade inata é o único direito que antecede o Estado. Essa proposição é uma hipótese para direcionarmos o papel de fundamentação da liberdade do indivíduo no Estado de Direito kantiano. A partir da hipótese da “liberdade

<sup>1</sup> Artigo publicado originalmente na coletânea “Estudos em homenagem a Juan Bonaccini”. Hernan Pringe e Fernando Raul Neto (Orgs.). Recife: Editora da UFPE, 2018.

<sup>2</sup> Professor Adjunto III do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Doutor em Filosofia (UFPB). Bolsista CAPES PPCP-MERCOSUL (2014), modalidade Doutorado Sandwich junto à Universidad de Buenos Aires. Professor e vice-coordenador do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB.

crítica” se desenvolverá nossa argumentação de reconstrução da autonomia do cidadão perante o ordenamento jurídico na linha de Kant aqui proposta.

Inicialmente devemos colocar as perguntas: o que é o Estado para Kant; e se em Kant existe um Estado de Direito. Numa interpretação direta do §45 *RL* (KANT, AA 06:313), pode-se conceber que para Kant a reunião de um conjunto de pessoas sob leis jurídicas remete ao conceito de contrato formador do Estado; um contrato entre os indivíduos e sua capacidade de projetar fins exteriores, prático-rationais com sentido político, deliberativo, sobre a vida de uma dada comunidade.

O que os indivíduos projetam como acordo racional antes do Estado é o contrato, a forma exterior de um acordo de vontades, o que necessariamente remete ao conceito fundamental de que a fonte desse acordo é tão somente a vontade exterior individual discursivamente acordável, uma pura possibilidade da razão em vista de um fim externo que é o contrato político. O contrato se vincula ao conceito de Direito: um querer (individual) limitado e regulado pela lei prática universal.

A finalidade do Direito é a proteção da liberdade política dos contratantes, que são todos os que se colocam como aderentes pela razão à lei fundada por uma dada comunidade. A lei prática dessa comunidade vale em um sentido interno (imanente ao sistema normativo) para todos os que anuíram ao contrato e num sentido externo (transcendente ao sistema normativo) a todos os que ela dispor que a devam respeitar, mesmo que seja a todos os indivíduos em um sentido universal (*erga omnes*), como é o caso em geral do direito à propriedade.

A lei da razão pura prática é acordada externa e publicamente, e todo o Direito só existe mediante uma forma pública “todas as máximas que necessitam da publicidade (para não fracassarem no seu fim) concordam simultaneamente com o direito e com a política” (KANT, AA 08:386), que é a exteriorização institucional do Direito através da lei, que mediante sua aplicação gerará estabilidade na sociedade (KANT, 2004, p.52):

Com efeito, se tão-só pela publicidade elas podem alcançar o seu fim, devem então adequar-se ao fim universal do público (a felicidade), e a tarefa própria da política é a consonância com esse fim (fazer que o público esteja contente com a sua situação). Mas se este fim só pela publicidade, isto é, através da eliminação de toda a desconfiança quanto às máximas, se pode alcançar, então estas devem estar também em concordância com o direito do público, pois só no direito é possível a união dos fins de todos. – O desenvolvimento e a explicação subsequentes deste princípio deixá-los-ei para outra ocasião; digo apenas que é uma fórmula transcendental e que se deve depreender a partir da eliminação de todas as condições empíricas (da teoria da felicidade) enquanto matéria da lei, e partir da simples consideração da forma da legalidade em geral.

Então se pode conceber que a lei jurídica universal passe a ser aquilo que transcendentemente é posto somente a partir do contrato, o Direito nesse processo de formação construtivo é algo que independe de qualquer fato moral prévio à racionalidade do pacto (RAWLS, 2005, p.279).

A política em Kant deve ter um fim que é a obtenção da paz, mas trabalhando com o conflito dentro do exercício dos direitos no procedimento jurídico autorizado para tal, e a ideia de uma publicidade como princípio jurídico-moral (através do qual há a concordância do direito com a política) norteador das ações envolvendo qualquer relação com o setor público.

O que Kant chama “eliminação de desconfiança sobre as máximas” é a ideia de que não se pode faltar com a verdade nas relações contratadas, a procedimentalização ético-jurídica das demandas subjetivas com motivações de ação (máximas) que devem ser efetivadas mediante procedimentos não escusos ou enganadores, o dever de cumprir os pactos e a ideia de uma publicidade (esclarecimento discursivo) do que for acordado para conhecimento de todos (“Toda a pretensão jurídica deve ter a possibilidade de ser publicada”, KANT, 2004, p. 46).

Não existe conteúdo do Direito anterior ao contrato racional, produto da reflexão dos indivíduos que fundam o Direito. Assim, qualquer pretensão de fundar a juridicidade antes do contrato público e racional não vinga: moral (em um sentido de práticas de regulação de conduta e não de reflexão racional sobre a lei moral), política ou cultura não podem fundamentar o Direito.

A possibilidade de um Direito positivo decorre do conceito racional de Direito, produzir normas significa aplicar a forma conceitual do Direito como instrumento regulador da produção jurídica, só é Direito aquilo que segundo uma lei cogente respeitar as liberdades em uma relação recíproca. Por esse raciocínio a relação do imperativo jurídico com o imperativo ético deve ser de separação e não de dependência do Direito para com a ética. O raciocínio que funda o Direito não depende da racionalidade prática que fundamenta a obrigação moral universal (o imperativo ético categórico).

O Direito como produto do acordo sobre normas é racional e formal. Nada assegura seu conteúdo para além da justificação racional e sua forma pública. Em Kant, o conceito de Direito está sempre a nortear qualquer compreensão sobre a ontologia (natureza) do Direito: acordo de arbítrios em vista a uma lei universal de liberdade. A natureza do Direito é sua forma pública que emerge do contrato racional firmado livremente como campo de acordo dos indivíduos através do exercício externo de uma liberdade pressupostamente inata.

Para Bonaccini (2009, p.117), o conceito de liberdade ética em Kant se subdivide em liberdade negativa, quando o indivíduo não se inclina às suas paixões, e positiva, quando a essa independência se acresce a consciência racional de se conceder um motivo universalmente válido para agir, sendo assim um indivíduo autônomo. Só podemos avaliar uma ação se a observarmos empiricamente e universalizarmos o motivo da conduta.

Mas podemos julgá-la moralmente se utilizarmos o princípio universal do imperativo categórico, uma voz da consciência interna capaz de ouvir a razão e preservar nossa autonomia (BONACCINI, 2009, p.117). A lei moral obriga, pois, nossa consciência internamente, como consciência ética. Já a lei jurídica obriga de um ponto de vista externo, na medida em que o Direito coordena arbítrios externos em função de uma lei (externa) universal de liberdade (BONACCINI, 2009, p.136).

A base moral do direito é o dever de reciprocidade universal, mas com liame obrigacional garantido externamente pela coerção exercida com base na lei (pública) jurídica (BONACCINI, 2009, p.140). O Direito é comparado a uma lei natural de ação e reação por Kant na Introd. da *RL*, *um sujeito age em um sentido e pode sofrer uma reação no mesmo âmbito em sentido contrário, o que reduz o âmbito moral da liberdade, quando juridicamente considerada, a uma classe específica de arbítrios coordenados entre si ligados a obrigações externas garantidas coercitivamente, que é o Direito* (BONACCINI, 2009, p.140).

Creemos, portanto, utilizando o uso da analogia no pensamento jurídico kantiano proposto por Bonaccini, que a consideração moral individual não deixa de existir em absoluto no âmbito do Direito, que é cumprido como norma jurídica, mas em analogia com um “direito moral”, cumprindo o direito como se fosse um ato moral. Isso remete ao próprio fundamento processual da justiça kantiana: garantia de procedimentos legais a fim de se buscar igualdade e liberdade dentro da lei e o uso de um juízo de valor por um juiz se inspirando, se quiser, na moral para decidir, mas fundamentando a decisão nas normas do sistema jurídico do qual faz parte seu poder de decidir.

É possível cumprir o Direito moralmente, com analogia moral na deliberação decisória, mas utilizando a norma jurídica como parâmetro específico da decisão.

Todavia, qualquer obrigação puramente moral universal (uma virtude absoluta ou universal) que pudesse ser tomada como superior à obrigação jurídica estatal, não poderia interferir na relação interna de validade do Direito que se estabelece somente com a normatividade jurídica fundada por uma dada comunidade (KERSTING, 2009, p.169).

Essa obrigação moral universal poderia ser pensada como uma exigência mundial por respeito aos direitos humanos, e teria que contar com a anuência de uma moralidade universal pensada do mesmo modo por todos os povos (BIELEFELDT, 2000, p.32), ou seria a criação de uma meta-norma jurídica para além dos Estados nacionais, o que Kelsen (2005, p. 248ss) já observou que careceria de coercibilidade jurídica universal, aliás concordando com Kant, pois este defendeu um Direito Cosmopolita tendo como fonte um acordo de vontades através de uma “federação de nações” entre Estados.

Nada asseguraria a possibilidade de tal coerção moral universal, a não ser um costume moral que não susteria um Direito como produto da razão universal e produtor de uma racionalidade universal enquanto validade jurídica normativa.

O que justifica moralmente uma ação é na perspectiva kantiana o significado prático-racional da mesma e não seu conteúdo, não existe conteúdo moral antes dos procedimentos racionais de construção da moralidade, a qual se dá como perspectiva da fundamentação racional da ação moral do sujeito.

O procedimento moral se constrói pela utilização de nossa reflexão racional (RAWLS, 2005, p.273). A auto-autenticação da razão depende do conjunto de membros que enquanto serem racionais se pronunciam publicamente sobre questões de interesse coletivo, inclusive com reflexões sobre a moral política. A razão pública de uma sociedade é constituída na publicidade do uso dos juízos particulares e pelo exame

crítico de suas perspectivas de fundamentação, ou seja, de projeção de normas de conduta em um espaço público criticável por todos (RAWLS, 2005, p.300).

A razão no Direito se apresenta como ordenação pública de normas, onde o indivíduo atua como ser introdutor de proposições racionais e mantém vivo o pacto racional de criação do Estado. Ele o faz de modo direto no voto e aceitação das decisões normatizadoras do parlamento. Através da “liberdade crítica” ao Estado, de modo reflexivo enquanto cidadão. Tal publicismo é concebido no âmbito do Direito Racional de Kant.

Para Habermas (1997, p. 44), Kant coloca na igual liberdade pré-política inata o fundamento da política. Em Kant, o Estado cria condições de tutela da política, do exercício do poder sobre as pretensões de legitimação dos sujeitos. O Estado de Direito existe por causa da liberdade e da forma de organização do conjunto normativo, que se organiza a partir da razão.

A teoria do Direito de Hans Kelsen, partindo do formalismo do Direito kantiano, dele se afasta *a posteriori*, pois pensou um Direito igual ao Estado, querendo controlar a política através do Estado de Direito (HELLER, 1998, p.84), por seguir uma fundamentação a-histórica, tecnicista, onde se aprova o estatuto estatal sem uma discussão sobre a manutenção da legitimidade do Estado.

Para Kervégan (1992, p. 34), querer controlar a política através da ordem estatal e pressupor a pureza do Direito na autopoiese dessa ordem, significa querer fixar a própria realidade que o circunda pela construção de um Direito estático, que realiza decisões através de seus agentes ao pressupor uma realidade política estável. Na prática, Kelsen se aproxima de Schmitt: é um decisionista que busca pôr ordem em uma sociedade que é tudo, menos estática (KERVÉGAN, 1992, p.34).

Para Kervégan, a decisão é a condição primeira de validade jurídica: uma linha de interpretação política da fundamentação da *Grundnorm* (norma fundamental) de Kelsen. Existe o ‘fato da força’ promovido pela autoridade soberana decisionista, a qual para se impor como soberana decide com a lei, mas não em favor da lei – portanto, não favorável ao bem comum e sem pressupor um contrato racional.

Kelsen fundamenta o Estado na força coercitiva asseguradora da norma fundamental. Já Kant fundamenta o Direito na liberdade inata com capacidade racional anterior ao Estado. Quando o povo não possui a última palavra sobre a legitimidade, pois o Direito não decorre da sua liberdade, mas da autoridade abstrata da norma garantida pela força coercitiva, toda interpretação e decisão política sobre o Direito é possível, até mesmo as antidemocráticas.

### **3 Da legitimação jurídica: da analogia com a moral à força da autonomia jurídico-política do sistema jurídico**

A fundamentação do Estado em Kant se dá em um desdobramento do direito inato à liberdade objetivando racionalizá-lo com a justificação contratualista, segundo Kersting (2009, P. 404): “a lei do Direito racional de Kant é uma lei formal universal da liberdade de ação.” A articulação do Direito kantiano afasta pretensões substancialistas de fundo

ético ou político e confere a função da liberdade aos sujeitos e seus mecanismos de acordos racionais de vontades políticas.

O importante em Kant na fundamentação do Direito é manter sua legitimidade política, portanto, a reconstrução do entendimento livre entre os indivíduos em prol da formação de um consenso jurídico coativo assegurado por normas jurídicas universais. Kersting aponta um problema nessa perspectiva, como conciliar liberdade de ação e lei universal de liberdade, que é o próprio princípio de existência do Direito?

Para Kant, o domínio do direito de propriedade é o paradigma central de como se pode garantir a liberdade civil, enquanto pretensão de agir autorizada legalmente para a defesa de interesse particular, “a autorização da coerção como permissão para defesa de domínios universalmente compatíveis com a liberdade é um elemento constitutivo do conceito de Direito (KERSTING, 2009, p.415).”

Para Kersting (2009, p.417), se não existir possibilidade de defesa do poder individual através do Direito, não existirá propriamente Direito, pois o poder de conferir a ação jurídica ao cidadão é o que assegura a existência do próprio Direito, e se configura na posição de um direito subjetivo à propriedade como corolário externo defesa da individualidade – sem direito à propriedade não haverá direito subjetivo defensável.

Para Kersting, existe um direito natural à propriedade conectado diretamente à liberdade como uma garantia e instrumentalização da mesma. Frisa Kersting que “o direito da razão, fundamento na liberdade, exige a propriedade privada (KERSTING, 2009, p.417)”.

Uma doutrina que negue tal consequência jurídico-racional é possivelmente comunista, porque não assegura a propriedade do indivíduo, abrindo a possibilidade teórica de se pensar um “não-direito” à propriedade (KERSTING, 2009, p.417). Para Kersting, Kant é “anticomunista” e frisa a capacidade de autotutela do proprietário como etapa de consolidação do Direito Racional. Se existe apropriação e ela se legitima com a formalização jurídica e se estabiliza pela concessão do título de propriedade (KERSTING, 2009a, p.415), é preciso que se possa defendê-la com os mecanismos do próprio Direito. É o que se expressa nos §1 ao §23 da *RL* (KANT, AA 06: 245-277) como sistema de proteção aos direitos patrimoniais.

Agora, saber de uma justiça pública sobre a propriedade com consequências distributivas, depende de uma distribuição dos direitos e deveres que foge ao sistema de determinação formal do Direito. É uma questão política e de governo a escolha sobre como aplicar o Direito e limitar o uso da propriedade. Não dependeria diretamente do sistema jurídico pensado racionalmente por Kant. Nesse sentido, Kersting (2009, p. 179) proclama:

A ordem de liberdade da razão jurídica e o mecanismo recíproco de coerção indicam os mesmos momentos estruturais da igualdade e da reciprocidade. A coerção recíproca é o meio racional no qual se apresenta a ordem de liberdade da razão do Direito, através do que ela se torna realidade.

Podemos concordar com Kersting em que o sistema do Direito racional contratualista de Kant se baseia na concessão de um direito de defesa à propriedade e da garantia de titularidade da mesma através do sistema jurídico. Mas no campo do Direito Público a defesa da cidadania republicana apresenta outra dimensão, que é a dimensão normatizadora jurídica da vontade política do cidadão.

Pensando na linha de reflexão kantiana é preciso implementar os valores republicanos através do sistema de direitos subjetivos (explicitados no §1 ao §23 da *RL*, KANT, AA 06: 245-277) como sistema de proteção aos direitos patrimoniais; nos § 24 ao §30 da *RL* (KANT, AA 06: 277-278) como sistema de proteção ao direito familiar; e nos §31 ao §40 da *RL* (KANT, AA 06: 284-305) como sistema de proteção aos direitos contratuais, esses setores seriam de proteção a direitos privados; implementando também valores republicanos no campo publicista: proteção da cidadania no §50 e o ‘direito das gentes’ (KANT, AA 06: 337-338), no § 53 e seguintes da *RL* (KANT, AA 06: 343-344).

Afora o direito de votar, ser votado, ir e vir e expressar-se publicamente (§43 ao §49 da *RL*, KANT, AA 06: 331-337) cabe, ainda, como corolário do Direito racional, a perspectiva da liberdade em um sentido crítico como uso da razão pelo próprio cidadão. Como frisa Maus (2008, p. 278), Kant não se rendeu ao poder estabelecido, ele sempre pensou que o sentido do ‘Direito da Razão’ é a *res publica noumenon*, o Direito como ideal de autonomia de defesa de direitos. Como se mostrou acima, o sistema de direitos autoriza seu uso crítico por parte dos cidadãos: “Kant pressupõe cidadãos ativos que não compreendem a comunidade dissociada deles: estes tomam consciência de seu direito ao participar do processo decisório geral (MAUS, 2008, p. 278).”

Para Maus (2008, p. 278), a teoria de Georg Jellinek de um *status* ativo (votar e ser votado, se manifestar e ir e vir) e um *status* passivo (respeitar a ordem jurídica pública), deve ser criticada de uma perspectiva kantiana: não existe uma forma de poder institucionalizado que possa negar ao cidadão o direito de se insurgir mesmo contra o legislativo, porque as formas de poder são instituídas pelo próprio Estado (MAUS, 2008, p. 280).

O §46 da *RL* (KANT, AA 06: 313-314) *define a cidadania a partir da capacidade de voto*. Kant não pensou em uma acepção de democracia análoga ao direito revolucionário francês do séc. XVIII (MAUS, 2008, p. 280) com uma desconfiança ampla no executivo. Aceitamos a posição de Maus no referente a uma possível contestação ao legislativo “na ideia de Kant, de que somente o próprio “povo” pode fazer frente à vontade do legislador (MAUS, 2008, p. 280)”, mas acreditamos mais em vias racionais reformistas e institucionais de cidadania. Diz Kant (AA 06:313-314) na *RL*, §46:

O poder legislativo só pode caber à vontade unida do povo. Uma vez que dele deve decorrer todo o Direito, não pode ele causar com a sua lei injustiça a absolutamente ninguém (...)

Os membros de uma tal sociedade (*societas civilis*), quer dizer, de um Estado, reunidos para legiferar chamam-se cidadãos (*cives*) e os seus atributos jurídicos

incindíveis de sua natureza como cidadãos são : liberdade legal de não obedecer a nenhuma outra lei senão aquela a que deram consentimento; a igualdade civil, quer dizer, não reconhecer no povo nenhum outro superior senão aquele em relação ao qual ele tenha a mesma faculdade moral que ele em relação a si tem de obrigar juridicamente; em terceiro lugar, o atributo da independência civil que consiste em dever sua própria existência e conservação não ao arbítrio de outro no povo mas aos seus próprios direitos e capacidades como membro da comunidade, por conseguinte, a personalidade civil, que consiste em não poder ser responsabilizado por nenhum outro nos assuntos jurídicos.

Só a capacidade de votar qualifica o cidadão como tal; mas essa capacidade pressupõe independência daquele que, no povo, não quer ser meramente parte da comunidade (...) <sup>3</sup>

Para Maus, sempre é possível pensar e agir em prol da democratização do Estado; essa responsabilidade pertence a todos, mesmo a quem delegou seu poder de legislar ao parlamento, e ao judiciário cumpre controlar a aplicação da lei pelo executivo.

O argumento de Maus (2008, p. 280), todavia, é que para Kant esse controle seria mais eficaz se fosse exercido institucionalmente pelo próprio povo, e não através da instância judicial, mas para isso é preciso frisar a participação cidadão no processo legislativo, apenas com essa garantia as finalidades liberais e republicanas do Estado kantiano podem ser asseguradas (MAUS, 2008, p.311):

o legislador se legitima através da observância dos dispositivos procedimentais da Constituição, assim como através da vontade popular atual anterior a ele, mas não através de leis ordinárias que ele mesmo coloca.

#### **4 Breve Conclusão: apontamentos para uma teoria da autonomia do sujeito político em Kant**

O problema de uma autonomia do sujeito e dos valores construídos a partir da interpretação que o sujeito realiza da vida política, projeta valores que pretendem legitimar uma sociedade democrática assegurada por um Estado de Direito, que Kant denomina de República no §45 da *RL*, um conjunto de leis de liberdade que regem indivíduos autônomos que deram consentimento a esse ente estatal e erigem uma Constituição, que possui como cerne a ideia de autonomia como liberdade política e de igualdade como base de legitimação dos fins de um Estado, nos quais devem estar presentes os valores da paz, igualdade, liberdade, bem comum e segurança <sup>4</sup>.

O parlamento assume a função da soberania e busca estabelecer uma lei pública que reforce o compromisso contratual. A lei é um produto da vontade indireta do povo e direta

<sup>3</sup> Adiante na *Rechtlehre*, Kant excluirá da cidadania ativa os que não podem votar por incapacidade jurídica ou natural, portanto, não independentes: mulheres, aprendizes de artesãos ou de comerciantes, os menores, os serviçais em geral, aqueles que não possam prover ao seu sustento, Kant os define como cidadãos passivos, sujeitos às leis, mas com direito à liberdade e a igualdade como seres humanos que no seu conjunto constituem o povo (KANT, 2005, p.180-181).

<sup>4</sup> Em Kant, a liberdade política juridicamente exercida fundamenta um liberalismo de base contratualista, em que o direito racional à liberdade é condição a priori de constituição de todo Direito e que a relação de força que protege as normas surgidas da liberdade são aplicadas somente com autorização legal, portanto, de acordo com o próprio conceito de Estado como ente coercitivo.

do parlamento, que está sujeito ao jogo dos interesses políticos, por isso diz Kant (2004, p. 35): “quem alguma vez tenha nas mãos o poder não deixará que o povo lhe prescreva leis”.

A prática da política deve se limitar a princípios racionais, e isso não cessa com o Estado de Direito já estabelecido. Ao contrário, neste deve haver uma política moral que se desenvolva dentro dos princípios do Direito e não um “moralismo político” (interesses particulares em busca do poder), como diz Kant (2004, p. 36).

Dessa dissociação prática entre o ideal legal-constitucional e o pragmatismo da ação política, emerge a necessária recomposição da legitimidade jurídica pela ação cidadã de exercitar juízos reflexivos sobre a Constituição e possivelmente contra o Estado. Daí pensarmos um modelo de cidadania jurídico-contestatória a partir dos princípios do Direito Racional de Kant.

## **5 Referências**

BIELEFELDT, H. **Filosofia dos direitos humanos**. Tradução Dankwart Bernsmüller. Porto Alegre: Unisinos, 2000.

BONACCINI, J. A. Kant e o problema da analogia na avaliação das ações humanas. *In*: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). **Kant e o Direito**, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009.

HABERMAS, J. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, vol.1.

HELLER, H. **Teoría del Estado**. Tradução Luis Tobío. Cidade do México: FCE, 1998.

KANT, I. (AA 06), **RL, A Metafísica dos Costumes. Princípios metafísicos da doutrina do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

\_\_\_\_\_. (AA 08), **ZeF, A paz perpétua e outros opúsculos**. Lisboa: Edições 70, 2004.

KELSEN, H. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KERSTING, W. O fundamento de validade da Moral e do Direito em Kant. *In*: TRAVESSONI GOMES, A. (Org.). **Kant e o Direito**, Belo Horizonte, Mandamentos, 2009.

\_\_\_\_\_. *Política, liberdade e ordem. A Filosofia Política de Kant*. *In*: GUYER, P. (Org.). **Kant**, Aparecida, Ideias & Letras, 2009a.

KERVÉGAN, J. F. **Hegel Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité**. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.

MAUS, I. **Teoria da Democracia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

RAWLS, J. **História da Filosofia Moral**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.



# OS INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS NAS ESCOLAS

*Fernando Joaquim Ferreira Maia<sup>1</sup>*

## **1 Introdução: uma nova abordagem dos direitos humanos na escola a partir de Althusser e Paulo Freire**

Nesta intervenção serão tratadas as questões relativas à efetividade dos direitos humanos na escola, mediante os mecanismos de participação social, buscando um olhar, a partir de Althusser e Paulo Freire, das questões emergentes para este assunto: protagonismo infantil e juvenil; relações étnico-raciais; discussões sobre gênero, sobre sexualidade, orientação sexual, bullying e violência escolar.

Considero importante estimular discentes e docentes a se apropriarem dos conhecimentos dos mecanismos de participação social, postos no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal c/c Decreto Federal nº 8243/14 (que explica a política nacional de participação social-PNPS) e com as várias disposições municipais, estaduais e federais sobre a matéria, auxiliando-os na reflexão sobre a importância destes mecanismos e a sua contribuição para o exercício da cidadania e dos direitos humanos e para a discussão, a fiscalização e a proposição de políticas públicas nas escolas, tendo por base as temáticas emergentes. Particularmente, considero que na escola, as temáticas emergentes estão relacionadas às questões de Direitos Humanos. Temas como protagonismo infantil e juvenil; relações étnico-raciais; discussões sobre gênero, sobre sexualidade, orientação sexual, bullying e violência escolar possuem interrelações com problemáticas do currículo escolar e podem ser objeto de efetivação via instrumentos de participação social. Este processo tende a elevar o nível de conhecimento dos discentes das escolas.

Parte-se da tese fundamental de Althusser (1970, p. 49): nenhuma classe pode duravelmente deter o poder de Estado sem exercer simultaneamente a sua hegemonia sobre e nos Aparelhos Ideológicos de Estado, sendo a escola o principal deles. Daí o papel fundamental da escola na promoção da cidadania na concretização dos direitos humanos, entendida, nessa perspectiva, como a inclusão efetiva do indivíduo nas tomadas de decisão referentes aos rumos das políticas públicas, dialogando com o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2013).

---

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco-UFPE, Especialista em Direito Processual Civil pela UFPE, Prof. Adjunto do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-UFPB, Prof. Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba-PPGCJ/UFPB, Ex- Prof. Adjunto do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal Rural de Pernambuco-UFRPE, Ex-Prof. Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Educação, Cultura e Identidades da Universidade Federal Rural de Pernambuco/Fundação Joaquim Nabuco-PPGECI/FUNDAJ-UFRPE. Email: fernandojoaquimmaia@gmail.com

A principal hipótese que vou defender passa pelos seguintes questionamentos: é possível a existência/desenvolvimento de mecanismos formais e não formais de participação social nas escolas, além dos tradicionais (Conselhos de pais e mestres, Grêmios estudantil, sindicato de professores e de funcionários)? Em que medida os espaços tradicionais, de fato, se comportam como mecanismos de participação social na escola? Qual a verdadeira dimensão e alcance material dos direitos humanos na escola?

Se eu pretendo analisar os instrumentos de participação social na efetividade dos direitos humanos nas escolas, qual caminho devo seguir?

O atual cenário potencial dos litígios que ocorrem na escola exige, na minha opinião, a combinação de vários métodos de investigação científica. Tomo como base um pensamento dialético, heterogêneo e histórico, de um ponto de vista de classe, a partir das teses de Paulo Freire, postas na pedagogia do oprimido, e das teses de Althusser sobre os aparelhos ideológicos do Estado, para compreender se realmente os mecanismos de participação social podem efetivar os direitos humanos na escola.

Entendo que a investigação científica é um relato do presente, feito a partir de concepções ideológicas que atendem a interesses de classe específicos e atuais. Envolvem, segundo Pierre Bourdieu (1989), um campo de poder, com disputas internas entre dominantes e dominados para a manutenção de um *status quo* por parte dos seus operadores, e com elementos simbólicos. Ressalte-se que esta formulação de Bourdieu é retirada do próprio Marx (1985) na sua análise feita sobre os bastidores do poder político, por meio da metáfora do teatro e da teatralização do suposto consenso que mascara a movimentação das pessoas que não aparecem, mas estão a manipular os cordéis das marionetes e são, de fato, as verdadeiras detentoras do poder e do relato histórico vencedor.

Entendo também que a base da estrutura jurídica é erigida pelo modo de produção. As leis econômicas não só condicionam aspectos ou processos isolados da economia, mas todos os aspectos e processos adjacentes a esse desenvolvimento, inclusive a consciência social aplicada ao direito.

Desde os seus primórdios, o direito é convertido em ideologia estatal, reproduzidor das ideias da classe social dominante. Althusser (1970) afirma que todo modo de produção exige uma produção jurídica normativa correlata e alinhada à classe dominante.

Esse processo de disseminação da ideologia é retórico e segue o padrão estabelecido por João Maurício Adeodato (2009b) (2011) (2009a), pelo qual a retórica vai além da persuasão e envolve a ação do homem na realidade em que vive, é agir comunicativo. A realidade histórica só existe retoricamente. Isto se processa em três níveis principais para a retórica: a retórica dos métodos, a retórica metodológica e a retórica metódica. O primeiro nível é material, envolve a comunicação humana cotidiana, em si, despretensiosa, mas a partir de relatos vencedores, passa pela compreensão da retórica no ambiente humano, no caso, a descrição dos acontecimentos (ADEODATO, 2011, p. 2-3, 5, 20, 42). A ação do sujeito é comunicativa e baseada no relato dominante. O segundo nível corresponde à necessidade do uso da retórica, de forma estratégica, para

influenciar o relato estabelecido na retórica de primeiro nível e a defender objetivos escolhidos pelo sujeito em relação à sua posição no contexto em que está inserido, o que equivale às várias teses sobre os relatos históricos. Já o terceiro nível passa pela compreensão dos mecanismos de desconstrução da retórica de segundo nível, é analítico. Trata-se da desconstrução das estratégias de influência do sujeito-retor utilizadas na retórica metodológica sobre a retórica dos métodos.

A retórica assim entendida é um instrumental da ideologia, é um “veículo” destinado a modelar o ordenamento jurídico e como estratégia de proteção e reprodução do poder político vigente. O relato dominante, constituído retoricamente pelo direito, fetichiza a relação jurídica. As relações de produção implicam na reprodução de relações internas de dominação social, ideológicas, instrumentalizadas pelo Estado mediante o uso do direito e da retórica.

Essa lógica, para fazer uma analogia com Engels (1987b, p. 254, 263, 265), força um redimensionamento da *episteme* na pesquisa no âmbito dos direitos humanos, que não pode ser encarada a partir de círculos fechados, estanques, mas de forma dinâmica, dialética, em constante mutação, em que novo e velho se revezam, se reinterpretam e se reconstróem variavelmente, e no qual cada processo social engendra as condições de um novo processo social e assim sucessivamente. Paulo Freire (1987) afirma que a desconstrução do mundo da opressão ocorre pela crítica, pela instauração da dúvida permanente, o que gera um processo de transformação que deve ser feito, conjuntamente, pelo educador e pelo povo. Isto significa conceber a natureza como plena de incongruências internas ditadas pelas contradições que ocorrem no processo de produção de riquezas, envolvendo elementos negativos e positivos, do passado e do futuro, todos desaparecendo e se desenvolvendo ao mesmo tempo (STÁLIN, 1979, p. 14-15, 19).

Desta maneira, fazendo uma analogia com Paulo Freire (SCHNORR, 2010, p. 92-93), a análise dos fenômenos sobre a participação social na efetividade dos direitos humanos na escola deverá ser feita de forma holística, com a interação entre parte e todo, partindo do povo, à base dos condicionantes sociais, econômicos, políticos e históricos em que a mesma se constitui dentro do contexto da luta de classes. Isto significa, também, considerar os fatos, os fenômenos e os processos que envolvem a construção do sistema jurídico em sua dinâmica, substancialmente sujeitos a transições, concatenações, fluxos e refluxos. Esta é a direção de Paulo Freire ao considerar o ser humano nas suas múltiplas relações ontológicas, antropológicas, éticas, políticas e gnoseológicas, a partir da consciência de sua história, para superar a sua desumanização (SCHNORR, 2010, p. 68). É uma práxis de libertação e implica compreender a dialética na ação-teoria-ação, na realidade-sujeiro-realidade, opressor-oprimido e indivíduo-sociedade.

## **2 Os instrumentos de participação social como mecanismos de fiscalização, de discussão e de formulação de políticas públicas**

Althusser (1970, p. 21, 22, 69) afirma que a escola objetiva não só qualificar a força de trabalho na sociedade, mas também submeter a força de trabalho à ideologia dominante e, ao mesmo tempo, otimizar o uso da ideologia pela classe social dominante. Neste sentido, ela aparece como superestrutura ideológica do Estado, encarregada de despolitizar as classes sociais subalternas em relação aos seus interesses de classe e, ao mesmo tempo, politizar as classes oprimidas em relação aos interesses da classe social dominante. A escola seria um aparelho ideológico do Estado. Pelo fato da luta de classes ser alimentada na escola, a escola apresenta-se como o ambiente propício para o desenvolvimento da consciência de uma cultura de valorização da inclusão social, com ênfase na participação política dos jovens em suas comunidades. Nesse contexto, o diálogo sobre a participação social na fiscalização, na discussão e na formulação de políticas públicas é retórico e dialético, pois permite uma dialogicidade com as camadas sociais da população fora do capital, o que vai na direção do pensamento de Paulo Freire (SCHNORR, 2010, p. 70) na sua desconstrução do mundo da opressão pela instauração da dúvida permanente e na ampliação do espaço político, antes reservado à burguesia, para outras parcelas da sociedade que, até o presente momento, exerciam o modesto papel de serem assistidas por órgãos e por organizações que sempre estiveram à frente das tomadas de decisão referentes às questões que envolvem a sociedade.

Com o intuito de transformar esta realidade, o Brasil estabeleceu, na sua Constituição Federal, art. 1º, parágrafo único, a participação direta da sociedade no Estado, como consequência de uma preocupação crescente sobre a democratização da gestão das políticas públicas. O Decreto Federal nº 8243/14 não cria nada de novo, apenas explica práticas democráticas de gestão pública que já existiam, a exemplo, dos conselhos, das ouvidorias, das audiências públicas e das conferências nacionais e com o objetivo de regulamentar o sistema de participação social (BRASIL, 2014). Portanto, sua rejeição pela Câmara dos Deputados em nada muda o desenvolvimento desses mecanismos. Ressalte-se que o Decreto ainda está sendo examinado pelo Senado Federal.

De qualquer forma, independentemente da sua rejeição ou não pelas duas casas do Congresso Nacional, toma-se o referido Decreto como referência teórica nesta parte da exposição.

O Decreto reúne um conjunto de princípios, objetivos, instrumentos, diretrizes, metas e ações já adotadas pelas diversas esferas governamentais municipais, estaduais e federais, isoladamente ou em regime de cooperação com Estados, Distrito Federal, Municípios ou particulares, com vistas à gestão integrada e ao gerenciamento de políticas públicas (BRASIL, 2014).

A participação social pode ser definida, de acordo com a PNPS, conforme o seu art. 1º, parágrafo único, como “a intervenção democrática da sociedade civil, em conjunto com a administração pública, na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública” (BRASIL, 2014).

Em relação à sociedade civil, o Decreto prevê uma série de tipologias dispostas no art. 2º, inciso I: “Para fins deste Decreto considera-se sociedade civil - o cidadão, os coletivos, os movimentos sociais institucionalizados ou não institucionalizados, suas redes e suas organizações” (BRASIL, 2014). E no art. 1º entende-se que serão considerados os objetivos e as diretrizes da PNPS.

Dentre as diretrizes da PNPS (art. 3º, I), destaca-se o “reconhecimento da participação social como direito do cidadão e expressão de sua autonomia”. Essa diretriz embasa a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social (art. 3º, III da Constituição Federal).

Essa diretriz embasa a solidariedade, a cooperação e o respeito à diversidade de etnia, raça, cultura, geração, origem, sexo, orientação sexual, religião e condição social, econômica ou de deficiência, para a construção de valores de cidadania e de inclusão social (art. 3º, III).

A PNPS determina que os órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta deverão, respeitadas as especificidades de cada caso, considerar as instâncias e os mecanismos de participação social para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação de seus programas e políticas públicas.

Outra diretriz que merece destaque é a valorização da educação para a cidadania ativa e a autonomia, livre funcionamento e independência das organizações da sociedade civil (BRASIL, 2014).

Neste sentido, a PNPS, sob o art. 4º, instituiu, como objetivos e método de gestão pública o aprimoramento da relação do governo com a sociedade civil, respeitando a autonomia das partes e a promoção da articulação das instâncias e dos mecanismos de participação social.

O governo, além de tomar estas medidas necessárias para assegurar a participação democrática da sociedade, deve, como disposto no art. 4º:

- consolidar a participação social como método de governo;
- promover e consolidar a adoção de mecanismos de participação social nas políticas e programas de governo federal;
- desenvolver mecanismos de participação social nas etapas do ciclo de planejamento e orçamento;
- incentivar o uso e o desenvolvimento de metodologias que incorporem múltiplas formas de expressão e linguagens de participação social, por meio da internet, com a adoção de tecnologias livres de comunicação e informação, especialmente, softwares e aplicações, tais como códigos fonte livres e auditáveis, ou os disponíveis no Portal do Software Público Brasileiro;
- desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis;
- incentivar e promover ações e programas de apoio institucional, formação e qualificação em participação social para agentes públicos e sociedade civil

A política de participação social envolve também o estímulo à participação dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

As instâncias e os mecanismos de participação social são:

- I - conselho de políticas públicas;
- II - comissão de políticas públicas;
- III - conferência nacional;
- IV - ouvidoria pública federal;
- V - mesa de diálogo;
- VI - fórum interconselhos;
- VII - audiência pública;
- VIII - consulta pública; e
- IX - ambiente virtual de participação social.

Desta maneira, todas as camadas sociais envolvidas possuem graus de participação e podem de alguma maneira intervir na gestão pública. Os estudantes, por exemplo, diante de um conflito urbano podem, conforme o art. 2º e o 14º da PNPS, montar uma mesa de diálogo para debater e negociar com o governo a prevenção, a mediação e a solução do conflito.

Considera-se que na base das políticas de participação social está o processo permanente de divisão do trabalho e da produção pelo capitalismo, que gera contradições e interesses inconciliáveis entre as classes sociais. A mesma base do pensamento de Paulo Freire (FREIRE, ADRIANO, 1989, p. 16).

Althusser (1970, p. 67) mostra claramente que o Estado burguês tenta dissimular o papel da escola de reprodução da ideologia dominante atribuindo a esta suposta pretensão de neutralidade, de realização da moralidade, da liberdade e da responsabilidade perante a sociedade. Na prática, envolve uma pedagogia do opressor, materializada pela disseminação da ideologia dominante e no esvaziamento de qualquer consciência de classe às camadas sociais menos favorecidas (FREIRE, 1987, p. 42). Paulo Freire tenta desconstruir a suposta neutralidade da escola e defende uma escola que pense uma sociedade civil alternativa ao capitalismo que forme o ser humano para o livre desenvolvimento das suas faculdades. Volta-se para a práxis mediante uma radicalização da dialogicidade. Por isso, para que a escola cumpra uma função contra-hegemônica, para o funcionamento adequado e eficiente desses instrumentos de participação social é essencial o conhecimento e a inclusão dos estudantes. Só assim, a dialogicidade educadora poderá adquirir a criticidade e a libertação necessária, visto que será feita com os estudantes num ambiente de problematização mútua (SCHNORR, 2010, p. 69, 74). Cita-se Althusser (1970, p. 49):

Esta última nota permite-nos compreender que os Aparelhos Ideológicos de Estado podem ser não só o alvo, mas também o local da luta de classes e por vezes de formas renhidas da luta de classes. A classe (ou a aliança de classes) no poder não domina tão facilmente os AIE como o Aparelho (repressivo) de Estado, e isto não só porque as antigas classes dominantes podem durante muito tempo conservar

neles posições fortes, mas também porque a resistência das classes exploradas pode encontrar meios e ocasiões de se exprimir neles, quer utilizando as contradições existentes (nos AIE), quer conquistando pela luta (nos AIE) posições de combate.

Os instrumentos de participação social não deixam de constituir um espaço de poder político. Deve-se ocupar, mediante o aprofundamento da criticidade, e sem sectarismo. É um processo de afirmação histórica. Paulo Freire (1987, p. 25, 41) afirma a inserção crítica do povo na história a partir do diálogo e da luta política contra o capitalismo. Num primeiro momento se desconstrói o capitalismo e num segundo momento os homens assumem seu papel de transformação permanente da sociedade. Este processo é coletivo, dialético e revolucionário, nunca o contrário, e só pode ser operado pelas classes sociais excluídas do capital (FREIRE, 1987, p. 43).

### **3 Os instrumentos de participação social, a educação e a politização dos estudantes**

Como investigar a inclusão desses jovens no debate público sobre a participação social nas políticas públicas sem uma boa formação nessa temática? De quais instrumentos legais eles estariam munidos para o enfrentamento dessas questões? Considerando-se a informação como essencial para a garantia e o exercício de direitos, defende-se a clara necessidade da valorização de um conteúdo específico dos direitos humanos que parta da participação dos alunos e seja direcionado ao exercício da cidadania sobre a gestão pública. Com a implementação desse suporte teórico nas escolas, para o exercício da cidadania, têm-se as condições necessárias para pensar as estratégias mais viáveis a fim de promover a autonomia dos estudantes ante as questões relacionadas às políticas relativas aos direitos humanos, por exemplo, e aos assuntos da sociedade em geral. Visa-se investigar a participação política e o grau de politização dos estudantes, em relação ao potencial dos mecanismos de participação social, bem como verificar, desde cedo, a sua ação para o exercício de direitos.

Contudo, diante da proposta de promover a participação política dos estudantes na discussão, na fiscalização e na formulação de políticas públicas, com ênfase nos instrumentos de participação social, faz-se necessário reconhecer a relação existente entre os estudantes e os órgãos e as organizações integrantes do Sistema de Garantia de Direitos. Ao invés de um foco específico no papel exercido pelas entidades sobre os estudantes, ou de um provável desinteresse desses estudantes no trabalho dessas entidades, a proposta aqui apresentada chama a atenção para a politização, e não empoderamento, da juventude como protagonista ativo nessas instâncias.

O empoderamento estabelece um diálogo com as formas de aquisição de poder e sobre como estas agem em relação aos recursos necessários ao desenvolvimento de uma região ou qualquer outro tipo de espaço. Aqui, faz-se uma diferença entre politização e empoderamento. O empoderamento, inserido no debate de direitos em torno do desenvolvimento (ROMANO, 2002, *in passim*), por exemplo, atua para o

fortalecimento de pequenos grupos informais, como associações e cooperativas, que passam a exercer diferentes papéis em todo o processo de produção e constitui um importante fator que pode interferir nas diferentes dinâmicas de desenvolvimento. Essa autonomia significa um agir social alicerçado no interesse comum da coletividade, que valoriza sua identidade e sua capacidade de interação e conexão com a sociedade e a economia. A politização, ao contrário, implica na análise dos fenômenos a partir dos condicionantes históricos e materiais em que estão inseridos do ponto de vista da conquista do poder político. O discurso do empoderamento é conservador, exclui a crítica ao capitalismo e a sua substituição por outra sociedade. Neste sentido, Paulo Freire (1996) afirma:

O discurso da globalização que fala da ética esconde, porém, que a sua é a ética do mercado e não a ética universal do ser humano, pela qual devemos lutar bravamente se optamos, na verdade, por um mundo de gente. O discurso da globalização astutamente oculta ou nela busca penumbrar a reedição intensificada ao máximo, mesmo que modificada, da medonha malvadez com que o capitalismo aparece na História. O discurso ideológico da globalização procura disfarçar que ela vem robustecendo a riqueza de uns poucos e verticalizando a pobreza e a miséria de milhões. O sistema capitalista alcança no neo-liberalismo globalizante o máximo de eficácia de sua malvadez intrínseca.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2013), lançado em 2006, prevê um conjunto de ações para cinco áreas de atuação, entre as quais se destacam o reconhecimento da educação não formal como espaço de defesa e promoção dos direitos humanos e a inclusão da temática da educação em direitos humanos na educação não formal.

Ao se combinar o referencial de Althusser com o de Paulo Freire, defende-se uma formação continuada da comunidade escolar na construção da cidadania, bem como na elevação do acesso universal aos espaços de poder, como um direito humano democrático fundamental, fatores que devem ser entendidos como necessários à produção e à otimização das políticas públicas. A realização desta condição exige um pacto com o mundo do trabalho, representado na ação dialética entre educador-liderança e educador-mundo do trabalho (SCHNORR, 2010, p. 76). Combate-se a pedagogia do opressor, posta na escola enquanto aparelho ideológico do Estado, pela qual a ação é antidialética, sem a problematização dos condicionantes históricos e materiais que envolvem a classe dominante e a classe oprimida. A escola, ao se comportar como aparelho ideológico do Estado, tenta garantir a hegemonia da burguesia mediante o falseamento da realidade, a divisão das classes oprimidas e a invasão cultural (materializada pelo desprendimento entre conteúdo e realidade (FREIRE, 1987, 132, 139-140, 150). Nesse sentido, a nova governança local, criada pela Constituição de 1988, estimula a utilização das práticas de educação não formal e o envolvimento das comunidades locais no processo decisório e de controle da implementação de políticas públicas, a politização de segmentos da comunidade e a promoção da responsabilidade dos gestores públicos.

O principal problema enfrentado deve-se à dificuldade da construção de uma cultura participativa nas políticas públicas com base na realidade da comunidade escolar. Defende-se a formação da cidadania a partir da realidade local, pois só dessa forma podem-se desenvolver valores sociais, conhecimentos, atitudes e competências; estimula a reflexão sobre os mecanismos de participação social como forma de politizar a comunidade escolar no processo de transformação das relações de poder existentes; descreve um meio de construção de um futuro possível, capaz de mobilizar as energias dos estudantes para a luta por direitos nos planos local, nacional e internacional.

Em pesquisa promovida para fazer um balanço crítico da educação em direitos humanos nos anos 1990 na América Latina (período 1999-2000), o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (IIDH) da Costa Rica considerou, como referência e horizonte de sentido para a educação em direitos humanos, três componentes prioritários: formar sujeitos de direito, favorecer processos de empoderamento e educar para os processos de transformação.

Vera Maria Candau (2012) elucida os aspectos pertinentes a essas prioridades para a educação latino-americana, contextualizando-as de acordo com a realidade em questão. No que tange à formação de sujeitos de direitos, tem-se como referência o caráter paternalista e autoritário da cultura latino-americana, em que os cidadãos têm pouca consciência de que são sujeitos de direitos. Paradoxalmente, isso estimula o processo de “empoderamento”. Em nível individual, defende-se o potencial que o indivíduo tem para ser sujeito de sua vida e ator social; na dimensão coletiva, favorece-se o reconhecimento e a valorização dos grupos socioculturais excluídos e discriminados. Por isso Paulo Freire (1987, p. 43) afirma que a superação da opressão só pode ser feita pelas camadas sociais oprimidas. Sem o papel ativo das camadas sociais oprimidas não pode haver transformação. Um dos objetivos da PNPS é justamente desenvolver mecanismos de participação social acessíveis aos grupos sociais historicamente excluídos e aos vulneráveis (art. 4º, VII). Surge a necessidade de se educar para os processos de transformação necessários à construção de sociedades verdadeiramente democráticas e humanas. Desses processos, Candau (2012) destaca o resgate da memória histórica, o que a autora chama de educar para o nunca mais: “romper com a cultura do silêncio e da impunidade que ainda está muito presente em nossos países”.

Ao assumir o compromisso de atender a esses requisitos necessários a uma eficaz educação para os direitos humanos, o educador amplia seu raio de atuação, antes mais especificamente fixado no ambiente educacional, para a sociedade como um todo; incorpora o papel de agente cultural, descrito pela autora Suzana Sacavino (2012) como aquele que se situa em uma ótica contra-hegemônica, desenvolvendo processos críticos de compreensão e ação sobre a realidade, reforçando o compromisso com a democracia e com a cidadania ativa. Por cidadania ativa compreende-se, além do direito ao voto, o comprometimento com a construção da cidadania planetária via participação dialógica e crítica. Neste sentido, Paulo Freire (1987, p. 56) muito bem coloca:

Não há outro caminho senão o da prática de uma pedagogia humanizadora, em que a liderança revolucionária, em lugar de se sobrepor aos oprimidos e continuar mantendo-os como quase “coisas”, com eles estabelece uma relação dialógica permanente.

Essa necessidade de estender o processo de formação educacional escolar ao diálogo com a sociedade civil, ressaltando a promoção da cidadania, apoia-se também no texto constitucional brasileiro (BRASIL, 2012), o qual, em seu artigo 205, afirma: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”. Este princípio constitucional fundamenta os princípios do Estatuto da Criança e do Adolescente, que por sua vez estabelece que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, agentes que devem participar como protagonistas de sua realidade histórica e social (BRASIL, 1990). Mas existe uma retoricidade aqui que se comunica com o pensamento de Paulo Freire (1987, p. 78) quando este diz que:

A existência, porque humana, não pode ser muda, silenciosa, nem tampouco pode nutrir-se de falsas palavras, mas de palavras verdadeiras, com que os homens transformam o mundo. Existir, humanamente, é *pronunciar* o mundo, é modificá-lo. O mundo *pronunciado*, por sua vez, se volta problematizado aos sujeitos *pronunciantes*, a exigir deles novo *pronunciar*.

Algumas ações, no entanto, afirmam-se como estratégias viáveis para a efetivação das políticas de participação social na escola. Sacavino (2012) destaca três aspectos considerados essenciais nos processos de formação: 1) a utopia, que representa o horizonte de sentido; 2) a participação, como a maneira de fazer; e 3) a cidadania, como a forma de ser. Sobre esse modo de atuação, a autora afirma: “Participar também significa ajudar a perceber as estruturas dominantes de poder; propiciando a desmontagem do sistema hierárquico, excludente e opressor, com vistas a construir um sistema incluyente que use do bem comum” (SACAVINO, 2012). Isto nos leva à ação dialética freiriana como a descoberta da razão de ser das coisas, a recusa do autoritarismo, do processo educativo como simples transmissor do conhecimento e da invasão cultural (FREIRE, 1987, p. 123).

Com a efetiva participação da sociedade civil, organizada em movimentos sociais no processo de redemocratização do Estado brasileiro, inicia-se a “era da política conselhistas” no Brasil.

Apoiados na Constituição Cidadã de 1988, em seu art. 1º, parágrafo único, que dispõe que a democracia brasileira pode e deve ser exercida também diretamente, os conselhos passaram a ocupar os espaços participativos abertos em diversas áreas das políticas públicas. Ressalte-se que esses conselhos são entes estatais de natureza especial, criados pelo Poder Legislativo mediante proposta de lei de iniciativa do Poder Executivo. Possuem autoridade formal sobre a matéria de seu campo e perfil de seus membros. Também têm atribuições consultivas e deliberativas. Sua composição é orientada pelo princípio da paridade e serve como espaço de gestão compartilhada.

Os conselhos não são os únicos órgãos colegiados da PNPS. Temos a comissão de política pública, a conferência, a mesa de diálogo, o fórum interconselho, a audiência pública e a consulta pública.

Entretanto, essa ampliação do espaço democrático também contribuiu para a fragmentação do movimento social, comprometendo a força de atuação militante em ambientes caracterizados pela paridade entre governo e sociedade civil.

De qualquer forma, os conselhos são esferas descentralizadas de governança que impactam o empoderamento dos segmentos sociais, a exemplo dos Conselhos de Desenvolvimento Rural Sustentável. O surgimento dessas instâncias decisórias implica a proposição, fiscalização e execução de políticas públicas, nas quais o Estado diz o que quer e o que não quer fazer. Os conselhos, então, devem ser vistos como instrumentos de proposição, de gestão da administração. Na prática, são extensão das políticas públicas do Estado; eles mesmos constituem as próprias políticas públicas do Estado.

Esses novos instrumentos, instituídos pelo direito, podem contribuir para a gestão de políticas públicas educacionais, para os diagnósticos sobre a realidade empreendida pelos membros dos conselhos, para a estimação de valores monetários para bens e serviços educacionais, para a elaboração de indicadores, para a mensuração da disponibilidade da sociedade em arcar, ou não, com a educação pública, para a designação de ativos, matérias-primas e produtos educacionais.

Ao se refletir sobre a atuação de conselhos, tem-se como naturalizada a expectativa por práticas orgânicas e reivindicativas. Entretanto, essa realidade apresenta-se de maneira desarticulada, a ponto de membros dos conselhos (dentro ou fora da escola) não reconhecerem-se uns aos outros, como afirma Estela Scheinvar (2007, p. 150) em *A política conselhistas na escola*:

De maneira geral, são as pessoas mais próximas à administração (ou aos administradores) dos espaços as que são chamadas a compor os conselhos e, nessa medida, as que acabam tomando conhecimento de sua existência. Assim, além de prevalecerem grupos com certa homogeneidade ou com certas alianças com os dirigentes da educação na composição dos conselhos, as deliberações são pouco consideradas, caso desagrem os interesses do grupo no poder executivo, em detrimento das estruturas legislativas ou de formulação de políticas. (2007, p. 150).

Além da composição e (des)estrutura dos conselhos, para um melhor entendimento sobre a relação entre estes e o ambiente educacional, faz-se necessário compreender o posicionamento da escola diante da política conselhistas. Traçando um paralelo entre realidades de diferentes Estados brasileiros, constatam-se certas semelhanças, por exemplo, no modo como escola e os conselhos tutelares relacionam-se. Esse é o caso das pesquisas realizadas por Scheinvar (2007) nos Conselhos Tutelares de Niterói e de São Gonçalo (cujos resultados são tratados em *Conselhos tutelares e a escola: a individualização de práticas políticas*) e das percepções obtidas a partir do contato com professores, diretores e militantes dos direitos humanos no projeto *Curso de capacitação sobre os novos direitos humanos: as ações de concretização de direitos*

*fundamentais na educação pelos professores no município de Escada/PE.* Em ambos os casos, torna-se evidente que as demandas da escola em relação aos conselhos tutelares revelam uma atuação assistencialista diante de reivindicações que se limitam à falta de infraestrutura na escola, o encaminhamento de alunos que não acompanham o processo pedagógico, mães reclamando de filhos que não obedecem – em geral casos não contextualizados com a estrutura que facilita tais condições. Ou seja, a percepção cidadã, pela ótica da escola, não dialoga com as estruturas que a envolvem, quer na política governamental, no cenário econômico local ou, até mesmo, nos movimentos sociais (LIMA; MAIA, 2013). Paulo Freire é muito claro ao defender a interconexão da realização dos direitos humanos com a ruptura das estruturas econômicas, políticas, sociais, éticas e educativas da sociedade burguesa, o que implica, neste artigo, na própria ruptura do capitalismo (SCHNORR, 2101, p. 82-83).

Esse aparente desentrosamento entre a escola e os conselhos diante da estrutura na qual se inserem os mecanismos a serem instrumentalizados para a participação social na gestão das políticas públicas remete à formação cívica da sociedade civil como um todo que, tendo como referencial a educação escolar, não se restringe ao tripé escola, aluno, família. Além da não organização e mobilização de seus agentes em prol dos desafios que se impõem na discussão, fiscalização e formulação de políticas públicas, a escola também peca na própria formulação teórica de seus conteúdos, que não acompanham o processo de transformação social. Em 2007, entrou em vigor a lei nº 11.525, conhecida como “ECA vai à escola” (2010), que determina a obrigatoriedade no currículo do ensino fundamental de conteúdos que trabalhem os direitos das crianças e dos adolescentes, tendo como base o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2008). O que se constata, porém, é a desinformação e o desinteresse do corpo docente pelo conteúdo deste Estatuto, segundo Maria das Mercês Cavalcanti Cabral (2011, p. 44):

17,5% dos profissionais da educação, de 4.150 instituições de ensino, admitem não ter interesse pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, e esses profissionais, quando procuram os Conselhos Tutelares, não se sentem acolhidos, relatando experiências negativas. Esses dados fazem parte da pesquisa que contou com parceria da Unicef, desenvolvida pelo Centro de Referência às Vítimas de Violência (CNRVV), do Instituto Sedes Sapientiae de São Paulo, no período de 2004 a 2006.

O desconhecimento e desinteresse em relação ao Estatuto, por parte dos docentes e profissionais da educação, ainda é muito grande. Esta realidade foi constatada através de um estudo publicado em 2008 pelo Instituto da Criança e do Adolescente (ICA), que faz parte da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). O referido estudo aponta para a necessidade de sensibilização desses profissionais a respeito do Eca como um ponto imprescindível para que a Escola consiga cumprir seu papel de formação cidadã, garantindo o respeito e o cumprimento do ECA.

Com base em uma análise microfísica do poder, constata-se a despolitização da educação formal, desde os tempos em que era monopolizada pelo clero, a partir da imposição de categorias de pensamento que inviabilizam a produção de um discurso contra-hegemônico. Considera-se que, mesmo no contexto da subjetividade hegemônica

(historicamente construída), os mecanismos de participação social na gestão de políticas públicas, inclusive na escola, podem servir de campo para a contestação dos valores, incorporados sob a forma de verdades universais, da ordem capitalista. Obviamente, volta-se ao método freiriano. Freire (1987, p. 59, 67) tenta enfrentar a escola como instrumento de dominação, o que ele chama de educação bancária, mediante a ação e a reflexão das camadas sociais subalternas sobre a sua condição e para transformar a sua realidade. A “condição” das camadas sociais subalternas é a busca permanente pelo livre desenvolvimento das faculdades humanas, busca negada pelo capitalismo (SCHNORR, 2010, p. 88). Sustenta-se que a tese freiriana é anticapitalista, pois passa pela negação do exacerbamento de valores individualistas, baseados na relação eutu, o que não pode ser realizado nos marcos do capitalismo (SCHNORR, 2010, p. 89). A ação educativa freiriana só pode ser problematizada a partir da consciência das classes sociais oprimidas. Estas irão produzir e transformar ideias em ação política. Este fazer é sempre coletivo e, neste artigo, passa pela desconstrução do capitalismo como condição para a superação deste sistema econômico-social (SCHNORR, 2010, p. 93-94).

Os problemas inerentes à própria estrutura interna dos movimentos sociais são reflexos da má formação cívica, que não prepara os cidadãos para ocuparem os espaços democráticos garantidos pela Constituição. Do atual cenário político nacional, Valéria Nepomuceno Teles de Mendonça (2010, p. 137) destaca dois desafios impostos à atuação coletiva pela garantia de direitos enquanto movimentos sociais:

O primeiro é a posição conflituosa em que o movimento se coloca, quando se relaciona com governos do campo progressista e de esquerda. As cobranças realizadas pelos que assumem o executivo (velhos conhecidos das lutas sociais) terminam por impedir que o movimento seja propositivo e provocativo e quase sempre passa a atuar de forma reativa a propostas de tais governos. Outro risco recorrente é a saída dos melhores quadros do movimento para assumirem postos nos governos. A perda de quadros e especialmente de suas lideranças mais expressivas termina por fragilizar o movimento, exigindo um tempo demasiado longo para que ele se recomponha. Além disso, a relação com os que deixam o campo do movimento social e passam para a esfera do executivo termina por colaborar com aquelas situações conflituosas na relação movimento e governos.

Desse modo, impõe-se a velha questão colocada por Karl Marx (2012) em uma de suas teses sobre Feuerbach: “Quem educará o educador?”

Defende-se a preparação do aluno para a sociedade civil organizada, dissertando e disseminando práticas democráticas bastante praticadas no Brasil, desde o orçamento participativo, imprescindíveis para a reformulação dos espaços de poder. Uma boa formação escolar constitui um instrumento fundamental para o fortalecimento dos movimentos sociais. Nota-se o necessário reconhecimento de uma correlação de complementaridade entre esses dois espaços que, por ora, estendem-se um ao outro, convergem em um ponto de intercessão que precisa ser alcançado, preenchido e formalizado como eixo estruturador para o fortalecimento da rede de garantia de direitos.

#### **4 Conclusão: a escola como espaço crucial para a concretização de políticas públicas acerca da efetivação dos direitos humanos**

O artigo se debruça sobre políticas públicas de impacto social. É assim que considera a escola como espaço de disputa para a concretização de políticas públicas acerca da efetivação dos direitos humanos.

O artigo segue linhas inter, multi e transdisciplinares e defende ações no campo do ensino, da pesquisa e da extensão relacionadas aos direitos humanos no âmbito institucional e extrainstitucional, tendo como referência a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado (1918), a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Programa Nacional dos Direitos Humanos, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos.

A partir desse pressuposto, denuncia as mais diferentes formas de violação dos Direitos Humanos, reconhecendo a luta pela efetivação dos direitos humanos e da cidadania, no sentido de efetivar a inclusão da temática dos Direitos Humanos na escola.

Defende a integração das ações com a sociedade civil e o Estado, entendendo estes segmentos como elementos fundamentais para a busca de soluções dos problemas relacionados à questão dos direitos humanos e sociais no Brasil. Ao mesmo tempo, procura entender as demandas da sociedade com vistas ao planejamento e desenvolvimento de ações conjuntas na área de formação e pesquisa em direitos humanos.

Tomadas as questões que compõem o desafiador cenário da PNPS, cabe agora uma reflexão sobre os caminhos possíveis para a efetivação de uma educação cidadã que contemple a participação ativa e integrada de todos os segmentos que compõem o sistema de garantia de direitos. Como afirma Bobbio (1992, p. 43), “o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de efetivá-los. Trata-se de um problema não apenas filosófico, mas político”.

O sistema de participação social se baseia na articulação e na integração das instâncias públicas governamentais e da sociedade civil e envolve os conselhos de políticas públicas, as comissões de políticas públicas, as conferências nacionais, as ouvidorias públicas, as mesas de diálogo e os fóruns interconselhos, sem prejuízo da integração de outras formas de diálogo entre a administração pública e a sociedade civil. Busca também propor pactos para o fortalecimento da participação social aos demais entes da federação. Como já dito, terreno fértil para a aplicação do método da educação libertadora de Paulo Freire.

O artigo coloca as políticas públicas na perspectiva de classe, aqui, do mundo do trabalho. Defende um processo de reconstrução social, com a participação efetiva de segmentos sociais emancipadores, um processo de construção coletiva, em que, a partir do enfrentamento às temáticas emergentes na escola (protagonismo infantil e juvenil; relações étnico-raciais; discussões sobre gênero, sobre sexualidade, orientação sexual, bullying e violência escolar), prevaleçam as necessidades e as expectativas do mundo do trabalho. Essas necessidades e expectativas envolvem a investigação das diversas formas de politização da comunidade escolar e da sua conscientização em relação ao

controle e à fixação de políticas públicas mediante a ocupação dos espaços de poder em órgãos colegiados independentes e autônomos em relação ao Estado, do que fazem parte os Conselhos de Políticas Públicas.

Os Conselhos de Políticas Públicas, postos no art. 1º da Constituição Federal e explicados no Decreto nº 8243, de 23 de maio de 2014, são órgãos estatais de natureza especial, criados pelo Poder Legislativo mediante proposta de lei de iniciativa do Poder Executivo. São instâncias colegiadas de temática permanente, instituída por ato normativo, de diálogo entre a sociedade civil e o governo para promover a participação no processo decisório e na gestão de políticas públicas (BRASIL, 2014). Silvino Neto (2011, p. 235) afirma: “possuem natureza de órgãos estatais especiais, isto é, são instâncias públicas essencialmente colegiadas e estão conceituados juridicamente no inc. II do art. 204 da Constituição Federal e no inc. II do art. 88 da Lei Federal nº 8.069/90”.

Uma vez aprovada a lei pelo legislativo, o Conselho será formado por representantes do poder público e da sociedade civil, indicados pelo chefe do Executivo respectivo. Não apenas os assentos devem ser compostos por cidadãos e por representantes das organizações da sociedade, mas também por entidades empresariais, de organizações governamentais, estudantis, etc. O seu papel de fórum de empoderamento também permite que a população adquira as condições necessárias para identificar seus problemas e sugerir as soluções adequadas. Abre espaço para ações de politização, principalmente, o conselho tem a capacidade de representar mudança no “ambiente institucional”.

O seu papel inclui a participação na definição, na implantação e na avaliação das políticas e projetos para o desenvolvimento local, visando aumentar produção, emprego, renda e qualidade de vida, com o respeito ao meio ambiente.

Além de exercer o controle na formulação, na execução, no monitoramento e na avaliação de programas e políticas públicas e no aprimoramento da gestão pública (BRASIL, 2014), os Conselhos têm como principais competências: a definição das prioridades das ações que contribuam para o desenvolvimento do Município; o acompanhamento da elaboração e da aprovação do Plano Municipal; o controle e a avaliação da política pública municipal; a difusão de informações sobre o Plano Municipal.

Os Conselhos de Políticas Públicas compõem também a nova governança local, além da gestão de recursos, atuam no envolvimento das comunidades locais no processo decisório e de controle da implementação de infinitas políticas públicas, empoderam segmentos da comunidade e promovem a *accountability* dos gestores públicos.

Apesar de poder desfrutar desses dispositivos para o exercício da cidadania, a sociedade permanece alheia a esses mecanismos, pois, além de não lhe terem sido apresentados, toda estrutura é “contaminada” por um mecanicismo exacerbado que reflete nossa formação excessivamente positivista, tornando impossível uma percepção da realidade para além da ótica cartesiana, o que condiciona a manutenção da serialização que ordena as ações do sistema de garantia de direitos.

Uma das alternativas adotadas para complementar a educação em direitos humanos tem sido a estratégia da disseminação desses valores pela educação não formal. Para essa modalidade de educação, o Programa Nacional de Direitos Humanos estabelece:

A educação não formal em Direitos Humanos é orientada pelos princípios da emancipação e da autonomia, configurando-se como processo de sensibilização e formação da consciência crítica. Desta forma, o PNDH-3 propõe inclusão da temática de Educação em Direitos Humanos nos programas de capacitação de lideranças comunitárias e nos programas de qualificação profissional, alfabetização de jovens e adultos, entre outros. Volta-se, especialmente, para o estabelecimento de diálogo e parcerias permanentes com o vasto leque brasileiro de movimentos populares, sindicatos, igrejas, ONGS, clubes, entidades empresariais e toda sorte de agrupamentos da sociedade civil que desenvolve atividades formativas em seu cotidiano. (BRASIL, 2013).

Reconhece-se a importância de fomentar a participação social. Cabem aqui os seguintes questionamentos: por que não “usar” essa prioridade também no ensino formal? As diretrizes PNPS podem contribuir para a superação da estrutura “engessada” que impõe uma tímida projeção de transformação do espaço escolar?

Tais indagações justificam-se na percepção do sistema como reproduzidor de “conceitos” de uma má formação cidadã. Por sua vez, reproduz as tendências dessa rígida estrutura na perpetuação de um ciclo conservador de práticas antiquadas para o exercício da cidadania. Agregar valores humanos à mecânica dessa relação é tarefa que exige um “pacto de compromisso” entre ambas as partes. Para Paulo Freire implica, antes de tudo, no reconhecimento da utopia de um capitalismo humanizante e na rejeição deste sistema (SOUZA, 2010, p. 34).

Estimular a reflexão do sistema nacional de participação social em uma nova dinâmica, tendo como ponto central o ambiente escolar, é um desafio que possibilita à escola construir uma postura proativa no que se refere aos objetivos do sistema educacional e em relação às demais políticas públicas, mais especificamente, as questões relacionadas à cidadania e aos direitos humanos. Antecipando-se às demandas que a obrigam a aderir a determinadas diretrizes, a escola passa do papel de assistida ao de propositora de políticas públicas, juntamente com a comunidade e os movimentos sociais, no processo de tomada de poder político da burguesia, principalmente o do Estado para a construção de uma nova sociedade civil e na formação cívica de sujeitos de direitos. Em outras palavras, para a pedagogia freiriana a escola deve exercer papel político de transformação social (FREIRE, 1987, p. 42).

Uma revolução de tamanha envergadura não se faz do dia para a noite, pois se sabe que a naturalização do contexto do atual cenário, como o conhecemos, é construída historicamente há tempos. Entretanto, medidas práticas, como a que se propõe a ser adotada, pode ser a garantia de um espaço para pensar as estratégias, a partir da perspectiva educacional cidadã, de enfrentamento das questões que envolvem a época atual.

A instauração de foros colegiados para discutir a participação social nas políticas públicas, via promoção da cidadania para os estudantes, contempla a ação integrada da

escola, da sociedade civil organizada e do Estado (governo, prefeitura, poder público em geral). Nesse cenário, defende-se, tanto a atuação interna que, voltada para o interior da escola, visa à quebra de paradigmas como estratégia para a transformação do ensino de base, como a atuação externa em parceria com as comunidades para a conquista do poder político e a transformação social.

Por fim, é essencial entender a atual Política Nacional de Participação Social, inclusive para dirimir as críticas vindas do grande capital privado lobista, que não quer que a sua relação com o poder público seja fiscalizada pela sociedade, para assim realizar e incentivar práticas que gerem impactos positivos nas dimensões econômica, ambiental e social, e desta forma contribua para a boa governança das políticas públicas.

## 5 Referências

ABRAMOVAY, Ricardo. **Conselhos além dos limites**. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v15n43/v15n43a11.pdf>. Acesso em 16 ago. 2012.

ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica**: para uma teoria da dogmática jurídica. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.a

\_\_\_\_\_. **A retórica constitucional** (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo). São Paulo: Saraiva, 2009.b

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos do Estado**. Lisboa: Presença, 1970.

ANDRADE, M. Educar em direitos humanos: estratégias metodológicas. 2008. Disponível em: <[http://www.novamerica.org.br/DDHH/ddhh2008\\_07julhoP1.pdf](http://www.novamerica.org.br/DDHH/ddhh2008_07julhoP1.pdf)>. Acesso em: 20 jun. 2012.

BOBBIO, N. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CABRAL, M. das M. C. **Estatuto da criança e do adolescente e a garantia dos direitos à educação**. Recife: UFPE, 2011.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – Conanda. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 9069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm)>. Acesso em: 17 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 8243, de 23 de maio de 2014.** Institui a Política Nacional de Participação Social - PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social - SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm)>. Acesso em: 21 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 11.525, de 25 de setembro de 2007.** Acrescenta § 5º ao art. 32 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir conteúdo que trate dos direitos das crianças e dos adolescentes no currículo do ensino fundamental. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Lei/L11525.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11525.htm). Acesso em: 04 set. 2010.

\_\_\_\_\_. Programa Nacional de Direitos Humanos. **Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009.** 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm)>. Acesso em: 17 jan. 2013.

CANDAU, V. M. **Educação e direitos humanos, currículo e estratégias.** Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/pbunesco/v\\_02\\_educacaodir.html](http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/pbunesco/v_02_educacaodir.html)>. Acesso em: 30 jun. 2012.

ENGELS, Friedrich. Introdução à dialética da natureza. In: MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Obras escolhidas.** São Paulo: Alfa-Ômega, 1987, v.2, p. 249-266.b

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido.** 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

FREIRE, Paulo; NOGUEIRA, Adriano. **Teoria e prática em educação popular.** 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1989.

LIMA, João Paulo de Azevedo; MAIA, Fernando Joaquim Ferreira Maia. A formação do conselho de direitos humanos na escola: o espaço educacional como ambiente integrador da comunidade nas pautas de discussões que envolvem as políticas públicas. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 13(25), jul.-dez. 2013, p. 139-156.

MARX, K. **O capital.** 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

\_\_\_\_\_. **Teses sobre Feuerbach.** Disponível em: <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1845/tesfeuer.htm>>. Acesso em: 25 ago. 2012.

MENDONÇA, V. N. T. de. **Os movimentos sociais pela promoção e garantia dos direitos humanos das crianças e dos adolescentes.** Recife: UFPE, 2010.

ROMANO, J. O. Empoderamento: enfrentaremos primeiro a questão do poder para combater juntos a pobreza. In: **International Workshop Empowerment and Rights Based Approach in Fighting Poverty Together**, 2002, Rio de Janeiro, Brazil, 4th to 6th September 2002.

SACAVINO, S. **Fundamentos educativos metodológicos da educação em direitos humanos.** Disponível em: <[http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca\\_on\\_](http://www.redhbrasil.net/documentos/biblioteca_on_)

line/modulo4/mod\_4\_susana\_formacaoedh.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHEIVAR, E. A política conselheira na escola. **Cadernos de Educação**, Pelotas, n. 28, p. 139-152, jan.-jun. 2007.

\_\_\_\_\_. **Conselhos tutelares e escola: a individualização de práticas políticas**. Disponível em: <<http://www.infancia-juventude.uerj.br/pdf/estela/conselhostutelareseescola.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2012.

SCHNORR, Giselle Moura. Pedagogia do oprimido. In: SOUZA, Ana Inês (ORG.). **Paulo Freire: vida e obra**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 67-95.

SILVINO NETO, S. J. do N. **Estrutura e funcionamento dos Conselhos de direitos e tutelares em Pernambuco**. Recife: UFPE, 2011.

SOUZA, Ana Inês. Educação e atualidade brasileira: a emersão do povo na história. In: SOUZA, Ana Inês (ORG.). **Paulo Freire: vida e obra**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010, p. 33-65.

STÁLIN, J. **Materialismo dialético e materialismo histórico**. 2. ed. São Paulo: Global Editora, 1979.



# A SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL: UMA CRÍTICA AO ATIVISMO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 466.343/SP

*Emanuel de Melo Ferreira<sup>1</sup>*  
*Ulisses Levy Silvério dos Reis<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial, proliferaram-se tratados e órgãos voltados à proteção dos direitos humanos em nível internacional. Na Europa, destaca-se especialmente a atividade do Conselho da Europa e a força normativa da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (1950), cujo intérprete máximo é a Corte Europeia de Direitos Humanos; na América, o principal órgão responsável pela proteção regional dos direitos humanos é a Organização dos Estados Americanos (OEA), a qual se socorre para tanto (principalmente, mas não exclusivamente) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), documento que tem como principais monitores a Comissão (ente político) e a Corte (ente judicial) Interamericanas de Direitos Humanos.

O Brasil ratificou a Convenção Americana por meio do Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Após isso, não houve particular atenção do legislador brasileiro acerca de alguns pontos nos quais o texto do tratado conflitasse com a ordem jurídica brasileira, como é o caso da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, proibida na convenção, mas permitida constitucionalmente. Some-se a isso uma indefinição constitucional acerca da posição hierárquica dos tratados de direitos humanos no sistema jurídico brasileiro, uma vez que a dicção do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 não menciona expressamente qual seja tal *status*. Posteriormente, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, tentou-se resolver tal problema criando um procedimento de “constitucionalização” dos tratados de direitos humanos por meio da sua apreciação no Congresso Nacional pelo quórum equivalente ao da aprovação das emendas constitucionais, mas a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), ratificada anos antes, não foi aprovada à luz deste rito.

Confrontado com a incongruência normativa sobre a (im)possibilidade de prisão civil

---

1 Doutorando e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Professor da Faculdade Uninassau. Procurador da República. E-mail: emanueldemelo@msn.com.

2 Professor Assistente da Universidade Federal Rural do Semiárido (UFERSA). Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC). Membro do Grupo de Pesquisa em Filosofia do Direito e Pensamento Político (UFPPB) e do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional e Constitucionalismo (UFERSA). E-mail: ulisses.reis@ufersa.edu.br.

do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal (STF) modificou a sua jurisprudência quando do julgamento do Recurso Extraordinário (RE) n. 466.343/SP. A corte apresentou uma interpretação de que os tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 terão hierarquia infraconstitucional, mas supralegal, haja vista veicularem normas de proteção aos direitos fundamentais positivadas em sede internacional, consoante o § 2º do mesmo artigo. Este entendimento favorece a aplicabilidade do princípio *pro homine*, segundo o qual, em caso de conflitos nos quais as normas doméstica e internacional apresentem diferentes graus protetivos, deve ser aplicada aquela que mais amplie o gozo dos direitos humanos fundamentais.

Tal entendimento jurisdicional, no entanto, não traz balizas seguras a fim de se definir qual(is) o(s) nível(s) de proteção dos direitos humanos exigido(s) para se optar por uma norma doméstica ou internacional no tocante à aplicação do princípio pró-humanidade. A partir de tais premissas e do caso concreto mencionado, este artigo pretende responder à seguinte pergunta: a hierarquia de supralegalidade conferida aos tratados de direitos humanos não aprovados à luz do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988 decorreu de leitura que respeitou a Constituição ou, na verdade, foi fruto de ativismo judicial, merecendo, portanto, crítica doutrinária?

A pesquisa é relevante porque busca descortinar o potencial lesivo de um entendimento jurisdicional perfilado pelo Supremo Tribunal Federal. Embora se entenda a necessidade de garantir-se o gozo dos direitos fundamentais aos indivíduos, um mínimo de segurança jurídica é indispensável para que não se caia no arbítrio judicial toda vez em que normas de abrangência material similar sejam confrontadas, o que pode ocasionar decisões com resultados diversos, a depender da inclinação mais internacionalista ou doméstica do intérprete. A pesquisa é atual, pois a crítica pode subsidiar futura mudança de entendimento jurisprudencial.

O trabalho adotará o método dedutivo e se valerá especialmente da análise dos argumentos apresentados pelos ministros do STF no RE 466.343/SP para apontar os problemas de insegurança jurídica oriundos da opinião majoritária nele perfilada. Buscou-se apoio nas fontes literárias (obras monográficas, artigos etc.) e normativas (textos legais internacionais e domésticos e jurisprudência). A atenção recairá nos votos dos ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, pois foram eles quem mais desenvolveram ideias acerca da internacionalização do direito. Dentre eles, o voto do segundo será o mais escrutinado, pois sua tese central é, justamente, a supralegalidade criticada neste texto.

A pesquisa está dividida em três subseções. Num primeiro momento, será desenvolvida a argumentação dos ministros do STF no julgamento que definiu a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988; em seguida, serão apresentadas as categorias necessárias à compreensão do trabalho, tais como “judicialização”, “ativismo e discricionariedade judiciais”, o que servirá para definir o

que se considera como práticas jurisdicionais saudáveis numa democracia constitucional pautada nos direitos humanos fundamentais; no terceiro instante, será desenvolvida e criticada a argumentação dos ministros do STF no julgamento que definiu a hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos não aprovados pelo Congresso Nacional sob o rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988; conclusivamente, serão apresentadas as deficiências decorrentes do entendimento prevalecente em tal caso concreto para fins de coerência da aplicação do ordenamento jurídico, sem deixar de se apontar qual o caminho mais adequado a ser seguido pelo Estado em sua tarefa de harmonização doméstico-internacional da tutela dos direitos humanos.

Apesar das críticas a seguir esboçadas, em nenhum momento se põe em dúvida a necessidade de integração do Brasil à ordem internacional dos direitos humanos. Não obstante, é essencial para tanto que todas as funções do Estado cumpram as suas obrigações, pois, quando isso não é feito, a atividade jurisdicional se vê excessivamente acionada e comumente responde com pouca margem de segurança.

## **2 A hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos a partir do julgamento da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel e a insegurança jurídica**

Desde a década de 1970<sup>3</sup>, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considerava que os tratados ratificados pelo Brasil, independente da matéria neles versada, possuíam equivalência normativa equivalente à da legislação ordinária. Mesmo os julgamentos realizados após a promulgação da Constituição Federal de 1988 acerca da (im)possibilidade de prisão civil do depositário infiel consagraram igual entendimento, o que modificou-se com a apreciação do RE 466.343/SP.

O cerne deste processo consistiu em irresignação do Banco Bradesco S/A contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que, embora julgando procedente ação de depósito relacionada a contrato de alienação fiduciária em garantia, entendeu por inaplicável a cominação de prisão civil do devedor em caso de descumprimento da entrega do bem. No entendimento da instituição financeira, era-lhe lícito requerer esse tipo de medida em razão da permissibilidade jurídica contida na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, LXVII), no Código Civil de 2002 (art. 652) e no Decreto-Lei n. 911/1969 (art. 1º).

Assim, a questão central deste artigo parte da interpretação dos dispositivos constitucionais que: i) admite a inclusão de direitos e garantias fundamentais não expressamente previstos na Constituição, mas constantes, por exemplo, de tratados de direitos humanos celebrados pela República Federativa do Brasil (art. 5º, § 2º); ii) equipara tais tratados às emendas constitucionais, quando aprovados com as mesmas formalidades destas (art. 5º, § 3º); iii) atribui competência ao Congresso Nacional para

<sup>3</sup> Para ficar em alguns exemplos, pode-se mencionar os Recursos Extraordinários 71.154/PR, relatado pelo Min. Oswaldo Trigueiro, e 80.004/SE, relatado pelo Min. Xavier de Albuquerque, ambos julgados, respectivamente, em 04/08/1971 e 01/06/1977.

deliberar sobre tratados (art. 49, I), uma vez celebrado tal acordo pelo Presidente da República (art. 84, VIII); e iv) permite a declaração de inconstitucionalidade sobre tratados, ao reconhecer tal situação como hipótese para interposição de recurso extraordinário (art. 102, III, “b”). É a partir, portanto, da análise de tais dispositivos constitucionais que será possível analisar o acerto ou não da tese firmada pelo STF no RE 466.343/SP, ao estipular que tratados de direitos humanos referendados pelo Congresso Nacional possuíam, automaticamente, a qualidade de normas supralegais.

Embora o voto do Min. Cezar Peluso (relator) tenha se limitado a discutir os aspectos normativos do contrato de depósito<sup>4</sup>, o caso figura como um dos mais emblemáticos da jurisprudência do STF em razão das manifestações dos ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello, que, em longos votos, polarizaram o debate acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na ordem jurídico-constitucional brasileira. Para eles, esta tarefa fez-se necessária em razão da proibição contida na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) de qualquer prisão civil, salvo a do devedor inescusável de pensão alimentícia (art. 7º(7))<sup>5</sup>.

Na visão do Min. Gilmar Mendes (majoritária ao fim do julgamento), existem 04 posições acerca da hierarquia dos tratados de direitos humanos na literatura e no direito constitucional estrangeiros<sup>6</sup>: a supraconstitucionalidade (i)<sup>7</sup>, a hierarquia constitucional (ii), a infraconstitucionalidade/supralegalidade (iii) e a hierarquia legal (iv). Até a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, a dicção do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988 deixava dúvidas acerca do patamar hierárquico dos tratados de direitos humanos na ordem doméstica, pois, embora explicitasse o texto a fundamentalidade dos direitos humanos previstos em tratados ratificados pelo Brasil, era silente quanto à sua hierarquia normativa. Foi a inclusão do § 3º ao art. 5º que buscou sepultar a cizânia ao estabelecer quórum diferenciado de aprovação dos tratados de direitos humanos para que recebam eles hierarquia constitucional<sup>8</sup>.

No que tange aos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45, entendeu o Min.

---

4 O relator sustentou que, para o deslinde da causa, considerou dispensável adentrar no debate jurídico acerca da proibição contida no direito internacional dos direitos humanos da impossibilidade de prisão civil do depositário infiel, pois o caso referia-se ao contrato de alienação fiduciária em garantia e não propriamente ao de depósito.

5 O Min. Gilmar Mendes chegou a mencionar proibição similar contida no art. 11 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (1966), mas o cerne do debate gravitou em torno do tratado regional.

6 No voto, o ministro utiliza a expressão “direito comparado”. Como o exercício interpretativo por ele feito no julgamento foi apenas de análise superficial dos textos normativos, optou-se aqui por substituir tal locução por “direito estrangeiro”, mais consentânea com o trabalho desenvolvido no caso.

7 A ideia da supraconstitucionalidade, logo descartada pelo ministro, não encontra eco na Constituição Federal de 1988, embora, à época do julgamento, existissem autores que a sustentassem no tocante aos tratados que constituem órgãos internacionais de alcance global (GOMES; MAZZUOLI, 2009). Esse trabalho, não obstante, contém imprecisões teóricas, como a qualificação “supranacional” dada a órgãos internacionais (Corte Internacional de Justiça, Tribunal Penal Internacional etc.) e a criação de uma classificação entre tratados “centrípetos” e “centrífugos” não encontrável na literatura especializada.

8 Até o momento, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007) e o seu Protocolo Facultativo, promulgadas internamente pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, receberam este patamar qualificado.

Gilmar Mendes que, dado o efeito paralisante das suas normas perante o direito doméstico com elas incompatível, a solução mais viável seria emprestar-lhes hierarquia infraconstitucional, porém supralegal. Para chegar a tal conclusão, o Ministro se utilizou de parâmetros interpretativos, dentre outros textos, extraídos das constituições da França e da Alemanha.

No outro polo da discussão figurou o Min. Celso de Mello. Revisando o seu posicionamento anterior<sup>9</sup> e amparado nas leituras de Cançado Trindade, Flávia Piovesan e José Francisco Rezek, aderiu ele à corrente internacionalista brasileira que empresta aos tratados de direitos humanos, qualquer que tenha sido a sua forma de aprovação no Congresso Nacional, hierarquia constitucional. Para contornar a exigência do procedimento qualificado de votação do § 3º, sustentou o julgador que dividem-se em duas categorias estes atos normativos: os formal e materialmente constitucionais, aprovados sob o rito qualificado de equivalência às emendas constitucionais (i), e os apenas materialmente constitucionais, consistentes nos tratados de direitos humanos aprovados sob o padrão da legislação comum (ii)<sup>10</sup>.

Como adiantado, o posicionamento do Min. Gilmar Mendes sagrou-se majoritário ao fim do julgamento<sup>11</sup>. Ambos, no entanto, apresentam inconsistências interpretativas capazes de prejudicar a segurança jurídica. Apresentam-se aqui diversos questionamentos, aprofundados na última subseção: i) no RE 466.343/SP era realmente necessária a abordagem acerca do *status* dos tratados de direitos humanos?; ii) a doutrina, por si só, pode influenciar na alteração da jurisprudência mesmo contra a Constituição?; iii) as constituições de outros Estados podem justificar a mudança jurisprudencial?; e iv) os dispositivos da Constituição Federal mencionados são suficientes para fundamentar a

9 O ministro pontuou que a modificação do entendimento do STF não implica em dizer que, anteriormente, as suas decisões estavam “erradas”, haja vista a tarefa de “atualização” da leitura constitucional aos “novos tempos”.

10 Nesse ponto, o ministro se afasta de Cançado Trindade (2003) e Piovesan (2013), que, baseados numa interpretação dita sistemática da Constituição Federal de 1988, veem em qualquer tratado de direitos humanos (o primeiro) e mesmo nos aprovados sob o rito da legislação comum pré-Emenda Constitucional n. 45 (a segunda) índoles formal e materialmente constitucionais. A crítica de Galvão (2015, p. 192) segue sentido similar: “Considerar os tratados de direitos humanos ratificados antes da exigência do quórum qualificado pela EC n. 45/2004 com status supralegal é negar a essência destes tratados. A determinação deste quórum especial, de votação em dois turnos, por três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional (§ 3º, artigo 5º, CF), revela afronta ao princípio *ius cogens* dos acordos internacionais de direitos humanos. O dispositivo foi acrescentado ao texto constitucional pelo poder do constituinte derivado. Mesmo a posição jurisprudencial considerada mais avançada, na verdade, não o é. O entendimento do Ministro Celso de Mello revela-se insatisfatório. Este falso avanço, na compreensão dos tratados de direitos humanos, aponta para a concepção dos direitos humanos em formais e materiais. Afinal, o que justifica a divisão dos direitos humanos em materiais e formais? O que faz dos tratados de direitos humanos declaratórios é o fato de que eles simplesmente reconhecem direitos materialmente fundamentais. A menção aos direitos humanos formalmente fundamentais serve tão só para demonstrar que, às vezes, as constituições podem positivar algo que não seja materialmente fundamental, isto é, que não esteja ligado às exigências humanas. Todavia, é certo que um direito humano materialmente fundamental, por corresponder aos direitos humanos, não pode ser limitado ao conceito de direito formalmente fundamental, porquanto possui natureza primaz.”

11 De acordo com Sarlet (2013), o STF criou “direitos humanos de segunda classe”. Sustenta o autor que a condição de fundamentalidade dos direitos humanos não permite que eles sejam colocados à disposição do legislador ordinário para reforma. Embora enxergue evolução na jurisprudência que considerava os tratados de qualquer natureza em paridade com a legislação ordinária, considera ele que a corte poderia ter avançado mais na matéria no sentido da constitucionalidade de tais normas, no que foi impedida pela Emenda Constitucional n. 45.

conclusão acerca da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos e da consequente “eficácia paralisante” deles?

No contexto da insegurança jurídica a partir da utilização do princípio de interpretação *pro homine*, citado na decisão, é pertinente suscitar cenário conflitivo com a possibilidade de suspensão dos direitos políticos em virtude de condenação judicial. Com escoro no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, o legislador inseriu no rol de penalidades do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) a suspensão dos direitos políticos. No entanto, o art. 23(2) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) determina que este tipo de pena somente pode derivar de uma condenação, por juiz competente, em processo penal.

Num caso desta natureza, ao se confrontar um dispositivo da legislação ordinária brotado do texto constitucional com uma norma suprallegal, qual deles deve prevalecer? Não se pode aqui socorrer-se do argumento do Min. Celso de Mello usado no caso da prisão civil do depositário infiel de que a Constituição Federal de 1988 apenas “autorizou” a regulamentação, mas não a “impôs”. O texto constitucional (art. 37, § 4º), não dá margem de manobra punitiva em casos de cometimento de ato de improbidade administrativa, matéria de índole não-penal (as repercussões cíveis/administrativas e criminais desta atuação são julgadas em processos distintos).

A hierarquização da infraconstitucionalidade/suprallegalidade dos tratados de direitos humanos não aprovados sob o rito das emendas constitucionais continuará gerando tensões jurisprudenciais. A interpretação do Supremo Tribunal Federal serviu para dirimir o caso da prisão civil do depositário infiel, no qual estavam sendo discutidos direitos patrimoniais disponíveis. Uma discussão sobre a suspensão dos direitos políticos em sede de condenação por improbidade administrativa, se travada num país cujo clamor pela punição dos crimes de corrupção contra a administração pública vem cada vez mais recebendo atenção popular, pode gerar resultado contraditório com o que restou decidido nos autos do RE 466.343/SP. Não é que a corte esteja impedida de revisar a sua jurisprudência, mas fazê-lo em períodos tão curtos demonstra a falta de reflexão na leitura do órgão responsável pela uniformização interpretativa da Constituição Federal de 1988, o que fragiliza o ideal de segurança jurídica.

Possível solução para tais incoerências passa pela regulamentação do procedimento de aprovação dos tratados de direitos humanos pelo Congresso Nacional (i) e pela reanálise dos instrumentos desta natureza aprovados antes da promulgação da Emenda Constitucional n. 45 (ii). Ou seja: pela atuação do Poder Legislativo e não através da jurisdição.

### **3 Judicialização, ativismo e discricionariedade judiciais na tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos**

Qual a relação entre a discussão acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos e os conceitos de judicialização, ativismo e discricionariedade judiciais? É realmente necessário abordá-los? A tese sustentada neste artigo, já elencada na introdução, aponta que a ideia acerca da supralegalidade é fruto de leitura pós-positivista da Constituição, no sentido de que buscou-se, a partir de recurso a certa compreensão dos princípios jurídicos, justificar a superação de regras igualmente constitucionais que apontam com segurança que a qualidade de tais tratados, quando internalizados sem as formalidades típicas das emendas constitucionais, é de nível legal. Ora, para entender tal raciocínio desenvolvido pelo STF, então, deve-se compreender em que consiste adotar uma postura ativista, posição desenvolvida neste caso.

O ativismo judicial não deve ser confundido com a mera judicialização (OLIVEIRA; FARIA; CURTOLO; TEODORO; VELUDO; PEREIRA, 2011). A judicialização corresponde à provocação feita perante o Poder Judiciário para que ele exerça jurisdição sobre determinada questão. Como corolário do direito fundamental de ação e levando em conta que a Constituição brasileira é analítica, regulamentando diversas questões, bem como a quantidade de leis sobre os mais variados assuntos, tem-se que a judicialização é uma consequência lógica de tal estado de coisas. No caso em análise, o Banco Bradesco S/A judicializou questão buscando a prisão de indivíduo que celebrara contrato de alienação fiduciária em garantia, defendendo que tal contrato poderia ser equiparado ao contrato de depósito justamente para se admitir tal prisão, nos termos do art. 5º, LXVII, da Constituição. Perceba-se que, por si só, a judicialização não é prática que viola a Constituição, muito pelo contrário.

O ativismo, por outro lado, corresponde ao ato de vontade de juízes em decidir a questão judicializada sem o necessário respeito ao direito positivo, seja em nível legal ou constitucional. Trata-se, portanto, de postura que vai influir na fundamentação da decisão judicial e na sua consequente conclusão e, ao criar direito contra a norma jurídica posta, viola, necessariamente, diversos dispositivos constitucionais, tais como aqueles que elencam: i) a separação de Poderes (art. 2º); ii) a competência do Presidente da República (art. 84); e iii) a competência do Congresso Nacional (art. 49). No caso em análise, o STF firmou a tese acerca da supralegalidade mesmo sem qualquer dispositivo constitucional nesse sentido, contrariando regras que muito mais claramente apontam o caráter legal de tais tratados. Logo, houve judicialização e ativismo.

A discricionariedade judicial, por sua vez, será abordada com mais detalhes adiante. Neste momento, deve-se delimitar seu sentido para sustentar que se trata de postura através da qual os juízes criam direito quando as normas jurídicas assim admitem, tendo em vista a textura aberta delas (quando utiliza, por exemplo, expressões vagas como “razoável” ou “justo”). Através desse poder discricionário, o juiz recorre a padrões não jurídicos para resolver uma questão posta. Este texto sustenta que o ativismo

judicial não é causado pela discricionariedade no sentido aqui explicitado, mas sim pelo mero arbítrio judicial. O arbítrio é a tomada de decisão pelo juiz criando direito mesmo quando não há textura aberta.

É necessário esclarecer o conceito de direito para que se tenha a correta compreensão do que se afirmou no parágrafo anterior acerca do ativismo. A afirmação antes posta, no sentido de que o ativismo viola a Constituição porque a fundamentação da decisão judicial não leva em conta o direito posto, demanda, necessariamente, a caracterização do que se entende por direito e por normas jurídicas. Eis a permanente questão fundamental acerca do fenômeno jurídico: o que é direito? É a partir do enfrentamento breve desta questão que será possível esclarecer a relação entre ativismo judicial e discricionariedade.

Nino (2015) aponta, didaticamente, a importância acerca da compreensão sobre o conceito de direito ao apresentar caso hipotético envolvendo três juízes que deveriam julgar nazistas após a Segunda Guerra Mundial. No exercício proposto: i) o juiz com maior inclinação positivista absolve; ii) aquele com visão mais jusnaturalista condena; e iii) e o terceiro, com postura que alguns chamariam de “pós-positivista”, igualmente condena, mas utilizando fundamentos diversos dos anteriores, criticando, em parte, ambas as concepções pretéritas. Eis a importância prática de tal estudo teórico, ainda mais quando se está diante, como no presente texto, de uma crítica justamente às decisões judiciais.

O conceito de direito explorado neste texto é positivista. Partindo-se da compreensão de que direito é a união de regras primárias e secundárias, sendo as primeiras normas de conduta (“não matar”, por exemplo) e as segundas normas que dispõem sobre as primeiras, elencando como elas são criadas, modificadas e aplicadas judicialmente, reconhece-se que somente uma fonte social pode criar direito. Por fonte social entenda-se a atuação de legisladores ou juízes a partir da aceitação de uma norma secundária denominada por Hart como “norma de reconhecimento”. É através dela que o direito pode ser identificado, diferenciando-se normas jurídicas de normas de outros ordenamentos, como a moral (HART, 2012).

Mas juízes não podem dizer qualquer coisa sobre as normas jurídicas. É importante ressaltar que mesmo um positivista como Hart não adota postura cética em relação às normas jurídicas, pois repele padrões típicos do realismo jurídico, os quais compreendem o direito como aquilo que os tribunais dizem que é (HART, 2012). O que Hart admite é que as normas jurídicas, necessariamente e em algum momento, apresentaram o que denominou de textura aberta, no sentido de que expressões linguísticas vagas tais como “justo”, “razoável” ou “manifestamente” devem, realmente, serem preenchidas através da discricionariedade judicial. Perceba-se, assim, que não se trata da admissão de um nível de criação judicial como aquele sustentado por Kelsen no seu famoso escrito sobre interpretação, já que, para este, o juiz poderia até ultrapassar a moldura normativa (KELSEN, 2006).

Algum nível de discricionariedade e criação judiciais do direito, assim, são inevitáveis levando em conta a própria vagueza da norma jurídica e do trabalho do Poder Legislativo. Logo, não se pode concordar com Dworkin quando este sustenta que, através dos princípios jurídicos, seria possível superar a discricionariedade judicial. Dworkin desenvolveu influente ataque ao positivismo de seu antigo mestre, sustentando que o Direito não era levado a sério pelos positivistas precisamente por concebê-lo como um modelo de regras. Um dos seus ataques refere-se, justamente, à admissão da discricionariedade judicial por parte das correntes positivistas (DWORKIN, 2010).

Para Dworkin, é autoritária a visão de que o juiz pode criar obrigações jurídicas recorrendo a padrões que não seriam jurídicos, como admitem os positivistas no caso, pelo menos, das normas de textura aberta. Dworkin disserta sobre três manifestações da discricionariedade, apontando que só há razão de ser na sua análise a partir da constatação de situações em que uma autoridade precisa decidir algo tendo alguma norma ou ordem superior que busque, de algum modo, regulamentar a decisão a ser tomada. Num primeiro sentido, que elenca como “fraco”, a discricionariedade seria de algum modo mitigada a partir de alguma restrição posta na ordem superior. Por exemplo, ordem dada por superior para que subordinado escolha seus cinco homens mais experientes para determinada missão. Perceba-se que a opção, apesar de aberta, possui algum nível de restrição relacionada à experiência. Num segundo sentido, igualmente caracterizado por ele como “fraco”, há discricionariedade quando uma autoridade decide por último determinada questão sem possibilidade de revisão por outrem. É o que ocorre, por exemplo, com decisões de última instância nos tribunais. É num terceiro sentido reputado como “forte”, no entanto, que Dworkin concentra seu ataque, caracterizando tal manifestação da discricionariedade a partir da ausência daquela restrição na ordem emanada. Ocorreria, por exemplo, quando o superior determinasse que seu subordinado escolhesse somente cinco oficiais de sua livre escolha para a tarefa. Ausente o limite em torno da experiência, haveria discricionariedade no sentido forte (DWORKIN, 2010).

Para Hart, seria o caso de se recorrer aos padrões não jurídicos para resolver a questão, já que a norma em si, ante sua textura aberta, não regulamentaria o conflito. Para Dworkin, a decisão é jurídica, devendo o juiz recorrer aos princípios que fazem parte do direito. Como superar a divergência?

Joseph Raz, orientando de Hart na Universidade de Oxford, foi um dos primeiros que controverteu com Dworkin após este lançar sua primeira crítica ao positivismo hartiano. Raz aponta que um dos equívocos de Dworkin é supor que, através dos princípios, a discricionariedade judicial seria superada, não havendo, portanto, um teste típico como aquele demandado pela regra de reconhecimento para se fixar os limites do Direito, delimitando-se o que seria jurídico daquilo que não seria. Os princípios não teriam a capacidade de superar a discricionariedade judicial, pois, pelo contrário, eles pressuporiam a existência dela, servindo como um guia e direção para a melhor decisão possível:

O que é “injusto” ou “para o bem geral” é uma questão de opinião e as cortes ou agentes públicos respectivos são instruídos pelo direito a agir de acordo com suas próprias perspectivas. O direito não impõe sua própria visão de justiça ou bem comum. Ao invés disso, deixa a questão à discricionariedade das cortes e de tais agentes. Muitos dos princípios governando a ação das cortes e do executivo são princípios discricionários. Tais princípios, longe de provarem a ausência de discricionariedade judicial, são manifestações de uma política jurídica através da qual se confia e se utiliza a discricionariedade judicial e administrativa a fim de que se aumente a flexibilidade do direito e se aprimore os procedimentos para sua constante revisão ao se deparar com mudanças nas circunstâncias e nas opiniões. Devemos concluir que os princípios jurídicos não excluem a discricionariedade judicial; eles pressupõem sua existência para direcioná-la e guiá-la (RAZ, 1972, p. 847).<sup>12</sup>

Perceba-se que mesmo um positivista como Raz admite a possibilidade de existência de princípios num determinado sistema jurídico. Na sua visão, até mesmo formulações como a de John Austin, através da qual o Direito seria ordens de um soberano, não seriam capazes de excluir os princípios, pois a ordem emitida poderia expressar tal padrão normativo (RAZ, 1972). Além disso, os princípios, como padrões também dotados de vagueza, não poderiam, por isso mesmo, superar a discricionariedade.

Nessa linha esclarecedora, Raz aponta que admitir a discricionariedade judicial não é o mesmo que reconhecer o arbítrio do juiz. Ele reconhece que muitos outros pensadores, não só positivistas, exageraram no foco da discricionariedade judicial ao não conferirem a devida atenção ao papel que os princípios desempenham no direito. Mesmo diante da discricionariedade em sentido forte, os juízes não devem agir arbitrariamente, eis que vinculados aos atos que eles julgam serem os melhores de acordo com suas crenças e valores. Decidir esses casos simplesmente jogando uma moeda, isso sim, seria arbitrariedade (RAZ, 1972).

Seria possível objetar que, ao admitir a discricionariedade nestes termos, uma teoria positivista assim formulada contribuiria enormemente para o ativismo judicial. Afinal, como sustentado anteriormente: i) admite-se a discricionariedade ante normas de textura aberta, segundo Hart; e ii) mesmo diante a discricionariedade em sentido forte, o juiz poderia decidir com base naquilo que considerasse o mais correto de acordo com suas crenças e valores, segundo Raz, sendo esta uma vinculação meramente retórica para impedir o arbítrio.

A ideia aqui defendida busca inverter a ordem de tal argumentação, no seguinte sentido. Em se reconhecendo que: i) o direito não apresenta uma única resposta certa para cada questão, tendo em vista, por exemplo, a vagueza e a indeterminação de suas expressões linguísticas; ii) juízes, mesmo assim, são obrigados pela regra de

---

<sup>12</sup> No original: “What is ‘unjust’ or ‘for the general good’ is a matter of opinion and the courts or officials concerned are instructed by law to act on their own views. The law does not impose its own views of justice or the common good. Rather, it leaves the matter to the discretion of the courts or the officials. Many of the principles governing the action of the courts and the executive are principles of discretion. Such principles, far from proving the absence of judicial discretion, are a manifestation of a legal policy to rely on and make use of judicial and administrative discretion in order to increase the flexibility of the law and improve the procedures for its constant review to meet changes in circumstance and opinion. We must conclude that legal principles do not exclude judicial discretion; they presuppose its existence and direct and guide it”.

reconhecimento a aplicar as normas jurídicas, não sendo correta a tese em torno do ceticismo; e iii) que os princípios podem guiar tal atuação, mas, uma vez que eles próprios também são vagos, não garantem a superação da discricionariedade, deve-se apostar cada vez mais na segurança em torno das regras jurídicas para que, somente quando estas realmente manifestarem sua textura aberta, buscar-se resolver a questão através de princípios.

Em outras palavras: levando a discricionariedade judicial à sério, reconhecendo que ela é um fato e que o direito tem limites, tem-se, na verdade, uma restrição ao ativismo judicial, pois juízes somente deveriam recorrer aos padrões não jurídicos na sua argumentação em última instância, evitando-se saltos interpretativos rapidamente efetivados quando, simplesmente, determinado juiz não concorda com o conteúdo de regras jurídicas legitimamente postas até mesmo pelo constituinte originário e aplica princípios em casos nos quais não há discricionariedade. É este salto interpretativo que caracteriza o arbítrio judicial, não a mera discricionariedade.

No próximo tópico, a afirmação acima posta será devidamente provada, demonstrando-se como o recurso aos princípios e não às regras jurídicas foram decisivos para a prolação de decisão ativista, sem qualquer respaldo na Constituição. O modelo de princípios, e não o modelo de regras, favoreceu a arbitrariedade judicial.

#### **4 O desprezo às regras constitucionais e o recurso a princípios como forma de usurpação da competência do constituinte reformador na tese da supralegalidade dos tratados de direitos humanos**

O presente texto, como dito, apresenta uma crítica à decisão do STF proferida no RE 466.343/SP, sustentando-se que a Constituição não admite a tese acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Em tal recurso, analisava-se se o contrato de alienação fiduciária em garantia poderia ser equiparado ao de depósito inclusive para fins de admissão da prisão por dívida. Não se tratava, portanto, de um típico contrato de depósito.

Há certa dificuldade em comentar criticamente a jurisprudência do STF tendo em vista a quantidade de fundamentos às vezes divergentes elencados por ministros, mesmo quando chegam a uma mesma conclusão. De todo modo, o voto mais influente a ser analisado é do Min. Gilmar Mendes, pois: i) enquanto o relator, Min. César Peluso, ateu-se às necessárias diferenciações entre os contratos de alienação fiduciária em garantia e depósito, foi o primeiro quem primeiro apresentou as considerações em torno do caráter supralegal; e ii) os demais ministros, de um modo geral, seguiram brevemente as considerações do Min. Gilmar, sem apresentar maiores fundamentações, com exceção do Min. Celso de Melo, que defendia a tese em torno da constitucionalidade de tais tratados.

Eis um breve roteiro dos argumentos lançados no voto do Min. Gilmar Mendes: i) introdução doutrinária e jurisprudencial acerca dos possíveis *status* dos tratados de direitos humanos; ii) necessidade de mudança jurisprudencial no STF tendo em vista “a abertura cada vez maior do Estado constitucional a ordens jurídicas supranacionais”,

recorrendo-se à doutrina de Peter Härbele e às diversas constituições de outros países para justificar sua tese; iii) menção aos arts. 4<sup>a</sup>, 5<sup>o</sup> §§, 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> e 4<sup>o</sup> da Constituição Federal de 1988 como premissas para o entendimento acerca da supralegalidade e da mudança jurisprudencial; iv) análise da prisão civil do devedor fiduciante à luz do “princípio” da proporcionalidade; e v) conclusão, apontando a tese já citada e a necessária revisão da jurisprudência.

As questões a serem suscitadas, como já apontado, são: i) no RE 466.343/SP, era realmente necessária a abordagem acerca do *status* dos tratados de direitos humanos?; ii) a doutrina, por si só, pode influenciar na alteração da jurisprudência mesmo contra a Constituição?; iii) as Constituições de outros Estados podem justificar a mudança jurisprudencial?; e iv) os dispositivos da Constituição Federal mencionados são suficientes para fundamentar a conclusão acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos e da consequente “eficácia paralisante” deles? A análise detalhada de tais pontos demonstrará se a judicialização da questão foi resolvida de modo ativista ou não.

Em relação ao item “i”, deve-se lembrar que o caso em estudo dizia respeito ao contrato de alienação fiduciária em garantia, não propriamente ao contrato de depósito, segundo a própria ementa e esclarecimentos no voto do relator. Esta foi a razão para o Min. César Peluso não fundamentar seu voto a partir do debate acerca do *status* dos tratados de direitos humanos. Para ele, corretamente, a questão cingir-se-ia à análise acerca da natureza jurídica do contrato de alienação fiduciária em garantia e se a equiparação ao depósito efetivada pela lei respectiva poderia ter como consequência a prisão civil do “depositário” infiel. Como ele concluiu que a equiparação era inconstitucional para esses fins, interpretando estritamente o art. 5<sup>a</sup>, LXVII, da Constituição, a questão foi assim resolvida, tomando por base, unicamente, o ordenamento doméstico.

Claramente, não estava em discussão na corte o *status* dos tratados de direitos humanos. Ao avançar no ponto, a partir do voto do Min. Gilmar, o STF manifesta ativismo ao não se ater aos limites da postulação elencada no recurso extraordinário. Se não havia necessidade de se recorrer às teses acerca do *status* dos tratados de direitos humanos, a introdução dessa fundamentação foi fruto de puro ato de vontade da corte, sendo lícita a indagação, portanto, em torno da necessidade do próprio processo constitucional e do papel das partes, já que o órgão judicial pode decidir o que quer em qualquer situação, independentemente dos limites postos no caso. A causa de pedir aberta, caso se queira incluir tal tese no bojo do recurso extraordinário, não pode justificar tal postura: através dela tem-se como possível a invocação de fundamentação diversa daquela postulada para resolver o caso judicializado, não outro.

Em relação ao item “ii”, tem-se que a doutrina pode ser considerada como fonte indireta do direito no sentido de que influencia na tomada de decisões pelo Poder Judiciário ou mesmo na confecção das leis pelo Poder Legislativo (DIMOULIS, 2014). O problema ocorre quando as doutrinas citadas defendem teses não compatíveis com a Constituição e são usadas não pelo Poder Legislativo, quando este propõe determinada

reforma constitucional, mas sim pelo próprio Poder Judiciário, o qual, como se sabe, não está constitucionalmente autorizado a realizar mudanças formais na Constituição. É o caso da citação da obra de Peter Hårbele feita pelo ministro: lá, diferentemente do sistema jurídico brasileiro, há norma constitucional admitindo expressamente a supralegalidade dos tratados de direitos humanos. Logo, a lição do autor alemão tem muito mais pertinência naquele contexto.

Parcialmente, o Min. Gilmar Mendes reconhece a incompatibilidade de certas teses elencadas com a Constituição Federal de 1988, como aquela que sustenta o caráter automaticamente constitucional dos tratados de direitos humanos, tendo em vista o disposto no art. 5º, § 3º. No entanto, as demais teses, igualmente contrárias ao texto constitucional, foram por ele acolhidas. A contrariedade ficará mais clara quando da análise do item “iv”.

Sobre o item “iii”, é claro que as citações a outras ordens constitucionais realizadas pelo ministro podem ser interpretadas como mero argumento de reforço. Mesmo assim, é lícito indagar se tal postura é adequada quando há incompatibilidade entre as constituições confrontadas. Como ele mesmo ressalta, muitos dos outros textos constitucionais são expressos na atribuição da qualidade supralegal aos tratados de direitos humanos, como se tem com a Constituição da Alemanha. Ora, em não havendo norma correspondente no Brasil, cai por terra a comparação, já que sistemas jurídicos estrangeiros não são fonte do direito brasileiro.

O item “iv” é central para o desenvolvimento das ideias deste texto. Propõe-se uma leitura séria dos dispositivos constitucionais, não recusando uma aplicação a eles simplesmente porque não se concorda com seu conteúdo. Nessa linha, deve-se indagar se os arts. 4ª, 5º, § 2º, § 3º e § 4º da Constituição Federal são suficientes para sustentar a supralegalidade dos tratados de direitos humanos.

O art. 4º elenca os princípios que a República Federativa do Brasil deve observar nas relações internacionais. É claro o intuito de promover cada vez maior integração e de propiciar a prevalência dos direitos humanos. Os diversos princípios lá elencados, indiscutivelmente, apontam para essas metas. É possível, no entanto, derivar de cláusulas tão abertas o caráter supralegal dos tratados ora em estudo? Nenhum dos dispositivos lá elencados trata, nem mesmo lateralmente, sobre o tema. A prevalência dos direitos humanos pode ser interpretada no sentido de que a República Federativa do Brasil deve buscar aderir aos tratados respectivos e promover contínua busca por sua efetividade. Nada diz acerca do status de tais tratados: o caminho é muito longo para juízes concluírem diferentemente a partir de tal norma.

O art. 5º, § 2º, da Constituição Federal é também utilizado pela doutrina que defende não somente o caráter supralegal, mas mesmo constitucional, dos tratados de direitos humanos. Como se sabe, o dispositivo elenca que os direitos e garantias previstos na Constituição não excluem outros previstos, por exemplo, nos tratados celebrados pela República Federativa do Brasil. A partir de tal norma é possível sustentar, automaticamente, o caráter supralegal dos tratados?

O que significa apontar que os direitos e garantias “expressos nesta Constituição não excluem” outros? Significa que há um rol de direitos não previstos na Constituição que, nem por isso, deixam de ser direitos exigíveis judicialmente. Eles podem ser judicializados, mas seu *status* deve obedecer às regras constitucionais que preveem o procedimento para sua internalização pelo Congresso Nacional e até mesmo a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade. Sustentar que os tratados de direitos humanos têm *status* legal não nega vigência ao art. 5º, § 2º, pois ele, igualmente, nada diz acerca de tal qualidade. De igual modo, quando um direito previsto em tratado de direitos humanos é aplicado promovendo, por exemplo, a revogação de lei ordinária anterior que não previa tal direito, tem-se uma clara demonstração de como os direitos previstos na Constituição não excluíram outros previstos em normas internacionais. Novamente, tem-se a questão recorrente: sem uma norma constitucional expressa acerca da supralegalidade automática dos tratados de direitos humanos, não há como o intérprete chegar a essa conclusão.

Poder-se-ia acrescentar, ainda, que tal dispositivo constitucional deve ser lido como mais uma forma de proteção do indivíduo contra o Estado no sentido de que este não poderia fundamentar eventual restrição aos direitos escudando-se em pretensa omissão constitucional, já que há outros direitos além dos lá elencados. Nessa linha é a sustentação de Dimoulis e Martins:

O principal argumento constitucional a favor dessa proposta encontra-se no art. 5º, § 2º, da CF, interpretado como proibição de limitar os direitos garantidos em tratados internacionais mediante normas infraconstitucionais. O argumento decorre de uma interpretação extensiva da referida disposição que não convence. O artigo só determina que o rol dos direitos explicitamente garantidos na Constituição não deve ser interpretado no sentido de presunção de competência a favor do Estado, excluindo direitos decorrentes de fontes além do próprio texto constitucional. Nesse sentido, a falta de garantia explícita de um direito na Constituição não permite ao intérprete recorrer ao argumento a contrário, pois a enumeração dos direitos fundamentais na Constituição é indicativa e não limitativa. Tem-se aqui uma clássica presunção a favor da liberdade do indivíduo e contra o poder estatal.

Com isso, a Constituição não determinou, expressamente e em dispositivo específico (como fez, por exemplo, o constituinte alemão no art. 25 GG) a relação hierárquica entre as leis brasileiras e os tratados internacionais. Por intermédio de uma interpretação sistemática, a resposta a esse problema é dada pelos arts. 102, III, b, e 105, III, a, os quais situam o tratado e a lei na mesma posição hierárquica, pois de acordo com os mencionados dispositivos o Supremo Tribunal Federal resolve, mediante recurso extraordinário, problemas de inconstitucionalidade “de tratado ou lei federal” e o Superior Tribunal de Justiça resolve, mediante recurso especial, os problemas de violação de “tratado ou lei federal”.

(...)

A tradicional equiparação entre lei interna e tratado internacional é confirmada pelo fato de nenhuma outra norma constitucional prever a competência do Poder Judiciário para avaliar a violação de tratado por lei ou vice-versa. Isso demonstra que o constituinte não desejou instituir uma hierarquia entre ambos como o fez, conforme já aludido o constituinte alemão (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 34-35).

A única ressalva que pode ser feita ao ensinamento transcrito diz respeito à utilização do art. 102, III, “b”, como fundamento para afastar a tese acerca da supralegalidade. Diz-se isso porque, mesmo quem defende tal tese, admite que se declare a inconstitucionalidade do tratado de direitos humanos, uma vez que este viole a Constituição. Logo, o mencionado artigo constitucional serve para afastar a tese acerca da equiparação constitucional de tais tratados, como, aliás, defendem os próprios autores citados. No entanto, nada diz contra a tese da supralegalidade. Argumentação semelhante pode ser feita em relação à utilização do art. 105, III, “a”.

Ainda mais claramente pode-se defender a inadequação do uso do art. 5º, §§ 3º e 4º, para sustentar a jurisprudência do STF. O § 3º aponta que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional com as mesmas formalidades das emendas constitucionais se equiparam a estas. Nada diz, portanto, acerca dos tratados que não forem aprovados sob tal rito. A outra norma se limita a indicar que a República Federativa do Brasil se submete à jurisdição da corte penal internacional a que aderir; nenhuma palavra, contudo, acerca da hierarquia normativa dos tratados de direitos humanos.

Outros dispositivos constitucionais, no entanto, apontam com muito mais segurança para o caráter legal de tais tratados. É o caso do art. 49, I, da Constituição, o qual elenca a competência do Congresso Nacional para decidir sobre os tratados, referendando-os após celebração pelo Presidente da República, conforme art. 84, VIII. Tais dispositivos não apontam o quórum necessário para tal aprovação congressual nem o *status* de tais tratados. No entanto, a dúvida é prontamente dissipada pela regra constante no art. 47 da Constituição, a qual aponta que: “Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações de cada Casa e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presente a maioria absoluta de seus membros”.

Ora, não há disposição constitucional em contrário apontando qual o quórum necessário para fins do art. 49, I. Logo, a deliberação deve ser tomada por maioria de votos, como normalmente faz o Congresso Nacional, salvo se queira aplicar o procedimento do art. 5º, § 3º. Em não agindo assim, o tratado vai ser internalizado com as mesmas formalidades da lei ordinária. Logo, seu *status* só pode ser legal. Percebe-se, assim, como há clara regra constitucional regulamentando a questão, não sendo lícito ao jurista, que deve recorrer às fontes oficiais do direito, alterar tais disposições como se pudesse emendar a Constituição.

Também carece de fundamentação constitucional a pretensa consequência jurídica em torno da supralegalidade, que seria o efeito paralisante desses tratados. Através de tal efeito, as leis infraconstitucionais que contrariem o tratado, tais como o art. 652 do Código Civil, teriam eficácia paralisada. Ora, qual a fonte jurídica para tal conclusão? A Constituição regulamenta a suspensão de eficácia no bojo competência legislativa concorrente entre União e Estados, nos termos do art. 24, § 4º, admitindo que “a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”. De modo semelhante, o art. 52, X, admite que o Senado Federal suspenda a eficácia de lei declarada inconstitucional pelo STF. Finalmente, o art. 36, §

3º, admite a suspensão de atos normativos como medida para se evitar a deflagração da intervenção federal, em sendo suficiente tal medida. Como já é possível constatar, nenhum desses dispositivos apresenta qualquer relação com efeitos relacionados ao caráter supralegal dos tratados, o que serve para demonstrar, mais uma vez, como a Constituição nunca cogitou em atribuir-lhes tal *status*.

Percebe-se, portanto, como os dispositivos constitucionais elencados pelo Min. Gilmar Mendes não são suficientes para fundamentar a tese acerca da supralegalidade. É ela fruto de ativismo judicial incompatível com a Constituição.

## 5 Conclusão

A entendimento judicial acerca da supralegalidade dos tratados de direitos humanos é inconstitucional. O presente texto buscou fundamentar adequadamente tal conclusão, recorrendo às fontes oficiais do direito, quais sejam, as normas constitucionais que apontam para o status em torno da legalidade ordinária de tais tratados. O texto apresentou uma crítica consequente à argumentação lançada especialmente no voto do Min. Gilmar Mendes no sentido de que o recurso aos princípios para superar regras constitucionais demonstra postura incompatível com o Estado de Direito e a separação de poderes.

A insegurança jurídica está duplamente manifestada no caso a partir: a) do ativismo judicial com criação de jurisprudência contrária à Constituição; b) do ativismo judicial propiciado por tal decisão, ao admitir a utilização de princípios abertos de interpretação tais como o *in dubio pro homine*, o qual potencializa o subjetivismo do julgador.

A insegurança jurídica somente pode ser superada a partir do respeito à Constituição por parte do próprio Poder Judiciário, o qual, neste caso, atuou como verdadeiro constituinte reformador. Como demonstrado anteriormente, das premissas em torno dos princípios da ordem internacional previstos no art. 4º da Constituição, como a prevalência dos direitos humanos ou mesmo a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional (art. 5º, § 4º), não se pode concluir com segurança acerca do caráter supralegal dos tratados de direitos humanos. Há, na verdade, diversas outras disposições constitucionais que apontam para a tese acerca da legalidade ordinária.

Desse modo, a argumentação desenvolvida pelo STF para sustentar sua tese teria utilização muito mais adequada pelo Parlamento, cabendo a este alterar formalmente a Constituição e elencar um dispositivo expresso semelhante àqueles citados em diversas constituições exemplificadas pelo STF, as quais preveem o *status* de tais tratados. Este foi outro erro argumentativo demonstrado neste texto: utilização de doutrina e “direito” estrangeiro em franca oposição às fontes formais do sistema jurídico brasileiro.

Nessa linha, caberia também ao Poder Legislativo regulamentar a forma e as oportunidades sobre como os tratados de direitos humanos devem ser submetidos ao rito do art. 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Isso contribuiria para emprestar maior racionalidade na tarefa de equiparação destes documentos às emendas constitucionais. Do modo como atualmente se desenvolve o assunto, sem preocupações quanto à sua

sistematicidade, apenas as circunstâncias de ocasião podem determinar às casas legislativas a adoção de tal parâmetro diferenciado, sendo este mais um fator de estímulo à insegurança jurídica.

## **6 Referências**

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, DJU de 04/06/2009.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. vol. III. - Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2003.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**. – 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. Tradução de Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GALVÃO, Vivianny Kelly. A Construção Crítica do Núcleo de Direitos Humanos em Face do Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos. Tese (Doutorado). – Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. João Pessoa, 2015.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Tratados Internacionais: valor legal, supralegal, constitucional ou supraconstitucional? Revista de Direito, vol. XII, n. 15, 2009, p. 07-20.

HART, H. L. A. **O conceito de Direito**. Trad. de Antônio de Oliveira Sette-Câmara. – São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. – São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. – São Paulo: Martins Fontes, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; FARIA, Bruno Costa de; CURTOLO, Cristiane Maria de Lima; TEODORO, Leandro; VELUDO, Michele Seixas; PEREIRA, Joaquim Eduardo. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 10., 2012, Curitiba. **Anais do X Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Brasil: Academia Brasileira de Direito Constitucional (ADBConst), 2012, v. 01, p. 266-306.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. - 14ª ed., rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 2013.

RAZ, Joseph. Legal principles and limits of law. **The Yale Law Journal**, vol. 81, n. 05, 1972. pp. 823-854.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição Federal de 1988, os tratados internacionais

de direitos humanos e o assim chamado controle de convencionalidade dos atos normativos internos analisada à luz do caso dos direitos sociais, econômicos e culturais. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.). **Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo direito público.** - Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 779-800.

# O ESTADO DE DIREITO E A POLARIZAÇÃO NA DEMOCRACIA: OS OBSTÁCULOS ÀS POLÍTICAS AMBIENTAIS SOB O CONSUMOCENTRISMO

*Cleide Calgaro<sup>1</sup>*  
*Aloisio Ruscheinsky<sup>2</sup>*  
*Agostinho Oli Koppe Pereira<sup>3</sup>*

## 1 Introdução

No presente trabalho analisa-se do ponto de vista interdisciplinar os problemas socioambientais causados por relações sociais ancoradas na inserção social amparada pelo consumo de bens, porquanto em tensão com as fundamentais exigências do Estado de Direito. A polarização dos posicionamentos sociais, culturais e políticos rabisca a legitimidade do exercício da democracia reafirmando e inovando os obstáculos para as políticas ambientais.

Inicialmente, se apontam problemas socioambientais causados pelo desenvolvimento na sociedade consumocentrista brasileira, verificando os problemas e os impactos dos mesmos. As circunstâncias neste âmbito se apresentam paradoxais, pois se associam mais direitos reconhecidos do ponto de vista legal a mais circulação de mercadorias; mais prosperidade e concentração ou acumulação com maior reprodução de desigualdades e problemas ambientais. Numa sociedade da mercadoria também pode crescer a ilusão da ideologia de que os caminhos jurídicos são uma solução inabalável.

Após é analisado a polarização de posicionamentos no interior dos mesmos segmentos sociais, os traços da democracia cambaleante e os conflitos profundos que existem no uso dos bens ambientais. Numa reflexão preliminar se poderia imaginar que neste âmbito não existe espaço para a exclusão do outro, uma vez que se reconhece o direito universal aos bens naturais.

Num terceiro momento é examinado o Estado de Direito ou capturado e quais os obstáculos às políticas ambientais. Ao final são apontadas as condicionalidades das práticas democráticas, como considerar os bens naturais como uma alteridade em face do humano, como uma forma de minimizar os impactos e conflitos socioambientais causados pelos confrontos de interesses, por vezes excludentes.

1 Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Mestra em Direito e em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul - UCS. Atualmente é Professora e pesquisadora no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado - e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: [ccaigaro1@hotmail.com](mailto:ccaigaro1@hotmail.com)

2 Professor Titular do PPG Ciências Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Coordenador do grupo de pesquisa "Sociedade e ambiente: atores, conflitos e políticas ambientais".

3 Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco UFPE. Professor e pesquisador no Mestrado e Doutorado e na Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul. Coordenador do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica". CV: <http://lattes.cnpq.br/5863337218571012>. E-mail: [Agostinho.koppe@gmail.com](mailto:Agostinho.koppe@gmail.com)

O método utilizado para o presente estudo é o analítico onde se analisa a atual conjuntura brasileira nas questões socioambientais e busca-se apontar soluções viáveis para os referidos questionamentos. Conclui-se que existe a necessidade da prevenção para evitar as causas comuns dos conflitos socioambientais que ocorrem na sociedade brasileira. Para tal, a observância das regras do jogo democrático constitui uma possível forma para que haja a participação dos cidadãos, onde os mesmos se sintam pertencentes ao jogo de poder em curso e possam participar da tomada de decisões e da criação de políticas ambientais.

## **2 Os problemas socioambientais no Brasil com desenvolvimento da sociedade consumocentrista**

Inicia-se a explanação tratando da sociedade consumocentrista e de sua influencia na disseminação dos problemas socioambientais. Esses últimos perfazem cada dia mais a sociedade dita moderna, calcada na ideia de democracia e de cidadania. Deste modo, a esta realidade pode ser definida como aquela em que o consumo se torna o centro das relações sociais, onde os problemas aludidos, em grande parte, se instauram pelo fato de que tudo gira em torno da mercantilização de todas as suas dimensões. Na concepção de Pereira *et. al.*:

A sociedade vivenciou uma série de teorias ao longo do tempo, o que faz com que as condutas humanas fossem dirigidas por certas teorias/ doutrinas/ideias/ ideologias, que levavam a mudanças sociais e individuais. Pode-se destacar, de modo exemplificativo, dentro do contexto que se está abordando, o cosmocentrismo (o cosmos é o centro de tudo); o teocentrismo (Deus se torna o centro); o antropocentrismo (tudo gira em torno do homem). Na sociedade moderna contemporânea que já está sendo denominada de pós-moderna, conforme se pretende demonstrar aqui, se insere o consumocentrismo, como elemento dominante para onde se dirigem o pensamento e as atividades do cidadão moderno, fazendo com que o mesmo seja levado a consumir, pois, através desse ato, ele se realiza como ser individual e social, pois que ele somente é se consumir. (PEREIRA; CALGARO; PEREIRA, 2016, p. 267).

Com isso se observa que as relações entre indivíduos e grupos sociais são dinâmicas, porquanto a sociedade passa por várias fases, onde se considera a inevitabilidade de conflitos e sempre se impõe algo ou alguém como centro dela. Entrementes, para uma conexão de sentido, cabe alertar-se para que não se sacrifique as tensões diacrônicas ou sincrônica do real. Cabe alargar o nosso imaginário para compreender como as configurações sincrônicas encontram-se conectadas com a diacronia, ambas relevantes para captar o momento e o movimento da realidade em conflito.

A assimetria no exercício do poder não foi eliminada por uma constituição cidadã, nem mesmo superada a luta de classes ou a imperiosa luta pela inclusão social via acesso ao consumo. Desta forma, “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”. (PEREIRA; CALGARO; PEREIRA, 2016, p. 267). Outro fator que incide diretamente nesta

conjuntura são os avanços da revolução tecnológica em curso onde está patente que os empregos vêm em um declínio decisivo ou, por outra se tornarão cada vez mais raros. A ideia do consumo como centro das relações sociais está de alguma forma em conflito com a crescente substituição de trabalhadores humanos pelos processos de robotização<sup>4</sup> e, portanto, desemprego estrutural e menor poder aquisitivo. Alguns autores passam a defender renda básica universal como ponto de partida para refundar o modelo do Estado social, cuja base é uma proposta de remuneração mínima independente do emprego, já que a sociedade salarial está em franco declínio.

Reconhecendo as contradições em curso, os mesmos autores continuam a delinear a emergência de novas relações sociais, adicionando que:

(...) Nesse viés, entende-se que se ultrapassou a denominada sociedade hiperconsumista, 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. Dessa forma, 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).

Portanto, para Calgare e Pereira definem que: “O consumocentrismo se concretiza no próprio arcabouço social moderno, emergindo, lentamente, da complexidade criada com essa nova sociedade. Para entender essa gestação é importante que se verifique os pressupostos e ideias centrais da sociedade moderna” (CALGARO; PEREIRA, 2016, p. 57). Pode-se destacar que para a presente abordagem o dilema indivíduo que se confronta com a sociedade continua a ser fundamental, sem perder de vista que a condição de ser sujeito requer a inserção numa coletividade com seus pressupostos. As relações interpessoais, os direitos universais efetivados ou sacrificados, os processos políticos e culturais e as estruturas de apropriação ou de distribuição, bem como de dominação ou poder permanecem ativos sob nossos pés e nossos olhos se quisermos entender a trama e a tragédia das relações sociais, os espaços de realização da liberdade, ao lado das condições da opressão e subjugação. E, os autores citados continuam afirmando que se encontram associados a subjugação à lógica alheia e a ilusão da liberdade de escolha:

O sujeito desloca-se do social em uma busca individual que lhe traz a ideia de liberdade. Sem se dar conta do que está acontecendo o sujeito vive uma vida de aparências, vez que essa sociedade visa expandir os seus tentáculos de cultura consumista do ‘aparentar’, onde o modo de produção e circulação de mercadorias é feito para disciplinar, docilizar e mesmo vigiar o sujeito, fazendo com que o mesmo compre para se sentir “alguém”, mesmo que ele não necessite daquilo que é adquirido. O sujeito adestrado vive em um mundo aparente, em um mundo onde a realidade se esconde atrás de um espelho que reflete apenas o que o mercado deseja mostrar como possível, mas, que na realidade se desdobra em uma felicidade inalcançável, por ser efêmera, dentro de um mundo de “faz de conta” que é transitório. (CALGARO; PEREIRA, 2016, pp. 64-65).

---

<sup>4</sup> Conferir o artigo de Tatiana Roque “Revolução tecnológica exige novo Estado social” publicado por Folha de S. Paulo, 18-02-2018. Disponível em <http://www.ihu.unisinos.br/576177-revolucao-tecnologica-exige-novo-estado-social>.

A partir do exposto se observa que a sociedade cresce e se desenvolve, mas surge uma série de problemas sociais e ambientais, os quais necessitam de uma solução urgente. As mudanças climáticas, a poluição, entre outros são alguns problemas ambientais. Já, a desigualdade social e a pobreza estão na esfera dos problemas sociais. Importante salientar que esses problemas não são separados, mas convivem juntos, quando há mudanças climáticas surgem os refugiados do clima; quando há a poluição, os cidadãos ficarão doentes; quando há pobreza falta o mínimo existencial, sendo provável que as pessoas viviam em condições análogas, sem saneamento básicos, entre outros perfazendo uma série de problemas ambientais; as doenças causadas por desigualdades sociais e pela pobreza. Portanto, apesar das iniciativas de planejamento urbano e rural, a ausência de infraestrutura para a educação ambiental e mesmo social, a seletividade quanto ao planejamento e o investimento governamental e, apesar do amparo legal, uma fragilidade das políticas públicas tanto ambientais como sociais, entre outras situações agravam os problemas socioambientais. Desta forma, se observa uma série de problemas, porém as medidas são, acima de tudo, mitigadoras, pois as políticas patinam no que se compreende como substantivo.

Embora discutida em certos círculos acadêmicos e governamentais há mais de vinte anos, a Avaliação Ambiental Estratégica (AAE) pouco avança no país. São conhecidos cerca de 40 AAE, mas seus resultados são pífios, se considerada sua influência sobre processos decisórios. A AAE não deveria estar limitada a planos, programas ou políticas de setores cujos principais projetos já são objeto de licenciamento ambiental, mas voltada primordialmente para políticas públicas cujas consequências socioambientais são hoje amplamente ignoradas, a exemplo das macroeconômicas. Para avançar, é preciso evidenciar as vantagens da AAE para os tomadores de decisão e encontrar formas de superar a desconfiança que tem os políticos, em todos os níveis de governo, de um processo que percebem como redutor de sua margem de discricção e poder decisório. Inevitavelmente, a AAE exige maior transparência e melhor governança. Esse é o grande obstáculo à sua adoção no Brasil (SÁNCHEZ, 2017, p. 167).

As palavras do autor circunscrevem os entreveros em que se situam os dilemas ambientais num regime democrático formal e ao mesmo tempo a força propulsora de estratégias consumeristas. Com isso existe uma conjugação pois os problemas sociais se agravam juntamente com os problemas ambientais. Porém, não há uma paralisia, pois ao contrário movimentos do real são persistentes e cujas direções as análises sempre pretendem elucidar. A transformação do cidadão em consumidor dessubjetiva o sujeito, fazendo com que ocorra um direcionamento do seu pensamento para, unicamente, acalantar as necessidades materiais. Se consumir é viver, então temos o ponto em que a democracia começa a ser desnaturada e deslegitimada como um mecanismo fundamental para a cidadania. Democracia, participação popular e cidadania são deixadas de lado, vez que surge um novo ser humano, paradoxalmente individualizado e dessubjetivado, pois ele se torna submisso, um autômato controlado.

A dessubjetivação ocorre para retirar o cidadão de sua inserção social, vez que ele se individualiza na busca de seu “crescimento” pessoal e paradoxalmente ingressar

em camadas sociais onde ele possa demonstrar suas possibilidades de desfrutar dos centros de compras. Durante o desenvolvimento do presente trabalho se poderá verificar que com essa individualização a democracia e os aspectos socioambientais perdem o sentido para esse ser humano que pretende ser pós-moderno.

Todavia, se é possível reconhecer setores sociais que identificam problemas socioambientais no Brasil a partir das consequências do desenvolvimento da sociedade da mercadoria, então pode-se afirmar processos e estratégias de contestação, além da resignação. A abordagem destes problemas implica, com efeito, em reconhecer que está em jogo também uma ação cultural, ou seja, aumentar o capital social dos cidadãos, qualificando-os, no âmbito do próprio movimento de contestação, para um processo de deliberação sobre suas vidas e sobre os dilemas de sua nação. Apesar da força avassaladora da cultura do consumo é impossível usurpar todos os espaços de liberdade e de ação. Assim sendo, há quem aposte em movimentos oriundos das redes sociais, onde as tecnologias são vistas pela ótica da apropriação de mecanismos que permitem mobilização contra o poder instituído e em prol do Estado de Direito.

Os movimentos sociais em rede, como todos os movimentos sociais da história, trazem a marca de sua sociedade. São amplamente constituídos de indivíduos que convivem confortavelmente com as tecnologias digitais no mundo híbrido da realidade virtual. Seus valores, objetivos e estilo organizacional referem-se diretamente à cultura da autonomia que caracteriza as novas gerações de um novo século. Não poderiam existir sem a internet. Mas seu significado é muito mais profundo. Eles são talhados para o papel de agentes da mudança na sociedade em rede, num contraste agudo com as instituições políticas obsoletas herdadas de uma estrutura social historicamente superada. (CASTELLS, 2013, p. 174-175).

Um outro aspecto, ou melhor, um imenso desafio, consiste em transitar da indignação à esperança, à ação política e cultural pragmática. A democratização da manifestação como uma lógica que a rede social possibilita, ainda não equivale à construção de novos caminhos de democracia que permitam suscitar uma ocasião impar para renovar o modelo de representação política.

As inovações tecnológicas cumprem um papel fundamental como uma nova dinâmica política, mas por suas ambiguidades não pode proporcionar uma solução nem para o consumo expandido de forma diametralmente desigual, nem para a profunda crise de credibilidade da democracia. As questões socioambientais ganharam um novo aliado com os novos paradigmas da comunicação entre os cidadãos, mesmo que os efeitos e características sejam imprevisíveis na demarcação de territórios. A dialética da revolução tecnológica está transformando aos poucos o usuário não somente em consumidor, mas também produtor de conteúdo e reproduzidor de informação. A contribuição da análise dos problemas socioambientais ultrapassa as questões de gestão e de política ambiental, porém existe um desafio em desenhar as alternativas de descentralização com participação ou espaços adequados à democracia ambiental.

### **3 A polarização, democracia e o conflito do uso dos bens ambientais**

Outro aspecto para dar conta do escopo do presente texto refere-se a considerações sobre o fenômeno da polarização e questões paradoxais adjacentes. No campo político da democracia e da sustentabilidade ambiental pode-se verificar que as opiniões muitas vezes se negam, frequentemente, de forma a priori: alguns se declaram progressistas ou desenvolvimentistas e outros ambientalistas; alguns defendem o agronegócio, outros a agroecologia. Como se sabe, a polarização produz, entre outros, efeitos colaterais que impedem a reflexão, o discernimento e a racionalização, limitando as decisões sobre a busca de interesses particulares, ou direcionados para grupos econômicos específicos.

Uma nota metodológica, antes tarde do que nunca. O fato de insistir numa abordagem que retrate a polarização vigente não significa a adoção do dualismo como mecanismo analítico. Acima de tudo e apesar deste fenômeno social em curso se compreende a realidade como movimento, como processo e nos quais é possível destacar as contradições. A percepção da democracia e dos conflitos socioambientais está diretamente correlacionada com cultura política e capital social e que na atualidade de alguma forma são acionados pelas redes sociais. Utiliza-se a noção de capital social como definido pelo conjunto de recursos, oportunidades e de poderes efetivamente utilizáveis, mas cuja distribuição é desigual e dependente da capacidade de apropriação pelos indivíduos dentro de diferentes grupos sociais (BOURDIEU, 2007). Já a noção de cultura política compreende a visão de mundo referida às relações de poder.

Em certo sentido, avança a polarização como contraposição de projetos, valores, crenças, visão de mundo, que diz respeito às funções, também às interrogações, do Estado de direito<sup>5</sup>, da vigência de direitos humanos, das políticas distributivas. Isto ficou muito evidente na discussão controversa da reforma do código florestal. Ser democrático rima intimamente com o fato de ser ético e combater a degradação dos meios fundamentais da vida, ao mesmo tempo ser justo e combater as desigualdades. Ora, parece evidente aos olhos do leitor que um regime será tanto mais robusto do ponto de vista democrático na medida em que se estender pelos campos do político ao econômico, cultural e ambiental. Sob a lógica dos direitos de cidadania estes fundam aspectos a serem politicamente mobilizadas no âmbito de uma nação que preza qualidade de vida como dignidade na condição de ser universal. Todavia, grupos de poder ou de pressão podem articular-se e promover projetos que nem sempre são éticos, com intuítos democráticos e nem sempre são socialmente justos. É paradoxal que a polarização produza um movimento para contestar pontos de vista opostos com quaisquer argumentos, ao mesmo tempo em que produz um alinhamento de posições como se contemplasse a realidade toda dos conflitos socioambientais.

Numa sociedade plural e democrática as identidades múltiplas se mobilizam e podem incluir convicções políticas apaixonadas, seja em defesa da lógica do mercado, dos valores tradicionais, da fatalidade do progresso, da punição dura aos marginalizados e

---

<sup>5</sup> Sobre as interrogações se de fato estamos num efetivo exercício de um Estado democrático, consultar Giuseppe Tosi. O que resta da ditadura? Estado democrático de direito e exceção no Brasil. Cadernos IHU ideias. Ano XV, nº 267, v. 15, 2017.

criminosos, da flexibilização da legislação ambiental e perdão aos devedores de impostos, seja em defesa dos bens naturais, da vida com parcimônia, da solidariedade, dos direitos da natureza, dos direitos de afrodescendentes e indígenas<sup>6</sup>, de mulheres e da livre opção sexual, entre outros. Este não é um dilema exclusivo de brasileiros, que alinham entre a descrença no presente e a esperança no futuro, como afirma Ruediger, et al. (2017, p. 16)

Nos últimos anos, isso é observado de forma reiterada pela FGV/DAPP no debate em redes sociais, com a substituição de grupos fragmentados, de distintas coletividades relativamente independentes em relação às demais (quanto aos assuntos e às posições), por uma forte divisão em dois grandes lados, com modulação a partir de preferências eleitorais que se estendem às visões gerais sobre democracia, gestão pública e pautas sociais.

A partir de uma visão otimista quanto aos novos processos atinentes às inovações tecnológicas e diante da exposição acima poderia se conjecturar que as redes sociais serviriam de mecanismos de socialização em prol da democracia, de alargamento da cidadania e de alavancar os cuidados com os bens ambientais.

Embora de forma não homogênea as redes se constituem em um mecanismo socializador no âmbito do político, ambiental, ideológico e cultural, bem como oportunidades para movimentos inovadores uma vez que experiências singulares podem viralizar. A inserção ou adesão às redes abre leques para alterar ou confirmar a apatia política em face de temas da sustentabilidade e os interesses consumeristas difundidos pela publicidade. Neste domínio de trocas simbólicas, a percepção de polarização de opiniões pode desembocar num discurso de ódio e de intolerância reforçando uma cultura política autoritária (MORAES, 2017), detestando tudo que não condiz com sua visão de progresso; igualmente não estão obstruídas as vias para outros níveis de capital social de encantamento com as lutas ambientais, com a biodiversidade como uma alteridade com a qual se estabelece interfaces vitais. Esta é nitidamente a condição em que se encontram os comitês de bacia hidrográfica.

As possíveis inovações das novas tecnologias para a resolução negociada dos conflitos socioambientais e as consequências para a democracia representativa ainda estão num processo em curso, onde incertezas parecem estar em questão. O principal argumento que se possa oferecer é que as redes sociais são ferramentas que talvez possibilitem superar algumas limitações do processo democrático, porém depende de efetiva organização de novos arranjos sociais, bem como se tais instrumentos serão apropriados democraticamente pelos cidadãos e endossados pelo sistema político. A novidade com o surgimento do instrumental tecnológico é que este permite a expressão pública, independentemente do mérito das suas propostas: de um lado, como uma maneira maciça como um conflito público pela ampliação do universo democrático, de outra por formas autoritárias, seja o hacker virtual, seja a demanda

---

<sup>6</sup> A população urbana com muita frequência desconhece a relevância da diversidade étnica num mesmo território nacional. No caso brasileiro o processo civilizatório produziu efeitos deletérios às culturas distintas. Os povos indígenas são portadores de outra visão de mundo em que todos os elementos da natureza possuem um significado singular, distinta da nossa perspectiva mercantil.

pelo Estado mínimo. Estas últimas soam diretamente contra o Estado de Direito e em prejuízo aos setores empobrecidos que requerem políticas públicas para sua dignidade.

Os resultados quanto ao empenho para uma solução democrática dos conflitos socioambientais quando se confirmam encontram-se associados com o tipo de cultura política e os níveis de capital social. Para elucidar o processo de polarização política e ideológica, instituindo-se como bandeira de mobilização de segmentos sociais, Dornelles (2017, p. 163) desenha aspirações e requisitos para a vida numa sociedade democrática e sob o Estado de Direito.

O ambiente nesse quadro acirrado de polarização e estranhamento tem produzido práticas de violência e ódio, impossibilitando o diálogo entre os diferentes, colocando barreiras às práticas democráticas. Pensar a democracia tem como condições o reconhecimento do outro, a aceitação da diferença, a construção social dialógica, a pluralidade de vozes e de sujeitos, o convívio pacífico, a solidariedade social na diversidade, o esforço comum no sentido da integração e o respeito comum às diferenças e especificidades, a confrontação dialógica de ideias, a ampliação de direitos, o respeito aos direitos dos bens comuns.

Uma perspectiva transversal às relações sociais assimétricas também enseja ou reforça a polarização ou um tipo de separatismo: uma parte do setor mais rico que constrói zonas ou ilhas de suposta segurança restrita, porém ignora a grande maioria que a sofre cada vez menos proteção pública. Nesta crescente polarização parece que as relações sociais denunciam propósitos menos democráticos e solidários. Uma ótica menos democrática não se instaura de forma automática com queda de direitos de cidadania, porém ambos são frutos de desigualdades múltiplas. A ironia é que poderosos da economia e tecnoburocratas imaginam que também auferiram um poder pelo qual se poderão se proteger sozinhos dos impactos das mudanças climáticas e dos conflitos socioambientais, como se protegem contra os pobres em um condomínio de luxo.

Apesar de curta a experiência democrática em terras brasileiras no pensamento da elite há uma suposição completamente falsa de que só se pode ser moderno e desenvolvido se sobrepujado pelo absolutismo do lucro. É significativo que na ceifa de custos e irracionalidades do sistema econômico não se ceife os excessos da degradação dos bens naturais, ou o uso descabido do demasiado que dá aos que mandam estilos e modos de senhores feudais.

#### **4 O Estado de Direito ou capturado e obstáculos às políticas ambientais**

De acordo com diversas circunstâncias vive-se uma virada brutal em alguns setores de organização social que pareciam sólidas: desconstrução da esfera pública<sup>7</sup>, o ressurgimento de desigualdades e epidemias que pareciam coisas do passado, o declínio da legitimidade da democracia como valor universal<sup>8</sup>, a perda de segurança

7 Tarso Genro, jornal Folha de São Paulo, 03-07-2011, assim se expressa: "O "desgaste" da esfera política como espaço de conflito e negociação vem centralmente desta contradição: a sociedade civil, com seus meios diretos de articulação, sem a mediação dos partidos, está em conflito com a "sociedade política" realmente existente".

8 De acordo com a pesquisa de Ruedinger et al (2017), 42,4% dos brasileiros discordam parcial ou totalmente que a democracia é o melhor sistema de governo.

no trabalho ou flexibilização, os riscos socioambientais imponderáveis e imprevisíveis, o desemprego estrutural, o questionamento sobre a isonomia do Judiciário em relação aos indivíduos (RUEDIGER, 2017), e não por último, ainda a queda dos mecanismos da solidariedade e de sustentação de um pacto social.

Importante reconhecer que os alicerces do Estado de Bem-Estar, que rima com direitos de cidadania e “desmercadorização”, se sustentam na interface de um tripé: Estado, mercado, sociedade civil (SPING-ANDERSEN, 1991). O autor também analisa as reações contra o bem-estar com dimensão universal. Além disto, este nexos não é estável no tempo da história, senão vive de uma tensão que permeia tais relações. Neste sentido, a propósito de pensar uma trajetória auspiciosa para a democracia é preciso reconhecer os obstáculos e condicionamentos em vigor num momento singular da história. Um Estado capturado encontra-se na perspectiva inversa ou de restrição dos direitos humanos e é retratado por Dornelles (2017, p. 156) por algumas de suas características ou consequências.

O primeiro ciclo de retrocesso ocorreu no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais – consequência das políticas de austeridade e reorganização global da economia capitalista – e no campo dos direitos civis e políticos, com as restrições das liberdades democráticas ... Abriu-se o caminho para uma concepção de “cidadania de mercado”, excludente, restrita aos incluídos do modelo hegemônico neoliberal.

O contexto da crise do Estado de Direito, ou um alinhamento com o Estado capturado pela lógica do mercado e de forças políticas reacionárias, de acordo com o autor vem acompanhado por mobilizações antidemocráticas, de criminalização ampliada da pobreza e de protestos por movimentos populares, pela expansão de demandas por punição dos outros vistos como ameaça e aumento de rigor da lei para os pobres e pela reação à universalidade dos direitos sociais. Alguns nomeiam isto de Estado de exceção, como o controle do cidadão à semelhança da ação dos hackers, pela criminalização e punição seletiva, incluindo a banalização da violência. Por ironia da história, o direito efetivo à cidadania passa a ser entendido mais restrito do que o direito de consumir.

A referência aos conflitos socioambientais implica em compreender que toda dimensão social possui algo de conotação ambiental, bem como as questões ambientais possuem sempre uma incidência social. Assim, se apresentam distintas e interconectadas ao mesmo tempo, seja numa perspectiva dialógica, seja sistêmica. Nesta perspectiva dentro do ideário ambientalista se assentam as críticas ao antropocentrismo. Desta forma conclui-se de que há incidências ambientais no que segue sobre a condição de universalização dos direitos de cidadania numa nação que possui os direitos humanos como espinha dorsal de sua lei Magna.

A peculiar preocupação do Judiciário com a agenda pública tem conotações de um Estado capturado, ao lado da dimensão de zelar pelo Direito. Por isto, incide pouco sobre a queda das desigualdades multidimensionais, mas convive com o aprofundamento da concentração de riqueza (COMPARATO, 2015). De que exemplos se falam: juizes que

ganham acima do teto, auxílio-moradia e filhos recebendo auxílio educação, entre outros privilégios materiais e imateriais, sem entrar no mérito das sentenças e liminares. É constitucional e ético? Se Corte Máxima do Judiciário não prima pela ética quanto às suas prioridades, em quem se vai depositar esta confiança? Para ficar claro: O auxílio moradia é quase 5 vezes mais e o auxílio educação 8 vezes mais do que nesta nação ganha mensalmente a maioria dos trabalhadores. No conjunto da obra apresenta-se como um esteio destas perversidades. Ora, se fazem isto com os seres humanos, que são seus concidadãos, o que dirá de suas inquietações com os bens naturais, a sustentabilidade ambiental e a biodiversidade. Outro dilema para a democracia: quem faz a lei e para quem; se a lei existe, entretanto nem tudo o que é legal é ético.

O ativismo judicial de muitos juízes representa algo paradoxal ou uma faca de dois gumes: ou se confunde com a militância política que soa como corporativista, quando não ainda invade as competências dos outros poderes por interesses no campo político, ou acata um desempenho em prol das dimensões universais contidas na lógica dos direitos ou progressiva proscricção às contundentes assimetrias, isto é, quanto mais universal ou republicano, mais ético e democrático. Em outros termos, este debate integra o que pode-se denominar de ancoragem do pacto social: que no presente caso parece estar sendo enfraquecido pela excessiva polarização e pela queda da legitimidade do exercício do poder pela elite no poder.

O empenho de setores da sociedade civil e do Estado pela resolução dos conflitos socioambientais representa uma oportunidade para promover a democratização da democracia, para que esta tome a sério a sensatez quanto ao uso dos bens ambientais finitos. O inverso é a fragilidade ou retrocesso de direitos que embala um tipo de reforma pelo mercado, que desta feita de alguma forma implica captura ao Estado de Direito. As energias da sociedade civil, que expressam as aspirações de participação na esfera pública e nas decisões políticas são fundamentais à democracia ambiental<sup>9</sup>. Os ambientalistas de diversas matizes compreendem como central a revolta contra um tipo de Estado, capturado pela dívida pública, escravo das agências de risco e dos aparatos burocráticos e subordinado, orientado, senão apropriado, pelo capital financeiro especulativo. A trajetória contestadora do consumismo e do desperdício, da devastação e da degradação parece que se trancou, como uma construção individual e coletiva. A realidade dos constrangimentos cominados, de acordo com Ianni (1990, p. 95),

envolve o indivíduo e a coletividade, as relações de coexistência e sequência, diversidades e antagonismos. Diz respeito a seres dotados de vontade, querer, devir, ideais, ilusões, consciência, inconsciente, racionalidade, irracionalidade. Os fatos e acontecimentos sociais são sempre materiais e espirituais, envolvendo relações, processos e estruturas de dominação ou poder, e apropriação ou distribuição.

---

<sup>9</sup> Isto lembra um texto dos anos 1990 em que Giovaninni (1997) se interroga se “a democracia é boa para o meio ambiente” uma vez que o inverso é amplamente reconhecido, ou seja não tem-se argumentos de que o ambiente tem oferecido limites aos arranjos democráticos.

O descompasso entre consumo e cidadania possui, portanto, uma respectiva racionalidade e uma sentida irracionalidade, uma construção de sentido e as suas ilusões associadas. Parece, neste sentido, estar em curso uma crise sociocultural que implica em um esgotamento das energias utópicas<sup>10</sup> diante das diversas questões que aqui se está apontando. O Estado de Direito parece tão paralisado em suas ações estratégicas, em particular, ante às mudanças climáticas, à preservação da biodiversidade na bacia amazônica, entre outras urgências como o cuidado com a água potável. As pessoas, que acreditavam que cada qual fazendo a sua parte ter-se-ia meio caminho andado para debelar os riscos ambientais, se convenceram de que o sistema capitalista, a lógica da concentração, e da adesão à cultura do consumo, está tão corrompido que pouco há o que fazer diante da cegueira ante o desastre climático. Considerando que o pessimismo não consolida uma alternativa, de fato, há um desafio ao discernimento: o que é inevitável, o que é irreversível?

A promoção de políticas públicas ambientais requer a presença do Estado como mecanismo de articulação e de alguma forma remete ao planejamento estratégico, à intervenção na economia, inclusive para além da cobrança de impostos. Esta, contudo, é questão controvertida e consiste em uma das muitas polarizações na atualidade e para melhor explicitar e compreender este fenômeno cita-se uma pesquisa empírica.

A análise do levantamento sugere que a população não está disposta a abrir mão de conquistas sociais alcançadas, mesmo diante da percepção de que os efeitos negativos da crise ainda estão em curso. O papel do Estado neste processo de retomada é visto como fundamental para a maioria. Para conter a crise, 56,8% dos entrevistados afirmam que é necessária a interferência do Estado na economia. O percentual chega a 63% de concordância total ou parcial com a afirmativa na faixa etária entre 45 e 54 anos e a 60,8% entre os que ganham até um salário mínimo. O tema apresenta maior acirramento de opiniões nos recortes da região Sul (com 52,7% declarando-se a favor, 22%, neutros, e 21,4%, contra) e de ensino superior (com 52,1% declarando-se a favor, 27,1%, neutros, e 18,8%, contra) (RUEDINGER et al, 2017, p. 40).

De outro ponto de vista, pode-se introduzir a noção de confiança como categoria sociológica na medida em que está adequado como um recurso de prognóstico eficiente para medir expectativas e dificuldades, obstáculos e escopos. Ainda mais se pode proceder associando essas variáveis às expectativas do brasileiro a respeito da confiança do futuro esperado para o consumidor e para a sorte da sustentabilidade e da biodiversidade, para o próprio indivíduo e para a sociedade.

Além de tudo isto, sem dúvida, um dos grandes desafios no campo da democracia e da cidadania consiste em desvendar os caminhos de espriar tal confiança, bem como lutar contra um sentimento de fracasso ou da incredulidade, uma vez que o colapso ambiental não é irreversível, nem a economia possui a última palavra.

---

<sup>10</sup> Habermas (1987) utiliza esta expressão diante do que entende seja o advento da crise do estado de bem-estar social na Europa naquele momento histórico

## **5 A Democracia e o Estado de Direito como forma de minimização dos conflitos socioambientais**

A democracia é um dos pilares do Estado constitucional de direito brasileiro, onde o povo pode participar dos rumos políticos e sociais do país. Deste modo, através do art. 1, § único da CF/88 vive-se num sistema representativo onde o povo escolhe seus representantes, perfazendo a democracia que convive com uma distância extraordinária entre eleitores e eleitos. Contudo, no art. 14 e em outros da CF/88 tem-se a abertura para a democracia participativa onde o povo pode atuar na sociedade por meio de plebiscito, referendo, iniciativa popular, voto e ação popular. Entretanto, no Brasil, observa-se uma inércia dos cidadãos comuns em relação aos problemas socioambientais engendrados por fatores múltiplos e isto decorre ou traz múltiplas dimensões para o exercício das regras do jogo da democracia.

Toda a democracia representa uma tentativa de combinar a eficiência e o controle popular. Os governos democráticos variam, com o aumento ou redução da pressão das circunstâncias, a busca de uma ação rápida e eficiente. Uma forma de assegurar que o governo não agirá contra a vontade do público é dar a este as oportunidades de veto àquilo que o governo pretende fazer. Isso significa que o governo pode ser impedido, praticamente, de fazer coisas muito erradas. (LINDSAY, 1964, p.99)

A democracia consiste em múltiplas perspectivas e uma expressão polissêmica. Neste sentido, cabe indagar as ambiguidades e contradições quanto ao significado da democracia, pois diversas práticas políticas polarizadas e excludentes encontram justificação para sua vigência. Ainda mais, trata-se tanto de assumir uma definição quanto perceber a sua natureza política nas relações sociais do cotidiano. Dentro da ótica da cultura de consumo pode operar-se uma concepção que leva a demonstrar uma desestruturação da democracia como projeto político destinado ao bem-estar de todos, pois “perde esta tensão constitutiva entre liberdade e igualdade e passa a ser uma questão de liberdade: as pessoas devem ser livres, devem ter garantidas suas liberdades e os governos devem garantir estas liberdades” (PINTO, 2004, p. 23). A tensão entre estas duas dimensões, entre outras, tem sido explorada no processo de construção da cidadania.

A democracia não pode ser definida através de um princípio central – ela não é um modo de existir da sociedade inteira – mas necessita primordialmente da autonomia da sociedade política e cumpre um papel mediador entre Estado e sociedade civil [...], a primeira condição da democracia é o reconhecimento da sociedade civil (Cademartori, 2006, p. 94-95).

A democracia é o regime político onde a soberania de um país é exercida pelo povo, com isso, o povo pode controlar as ações políticas e sociais existentes, ou seja, o povo consegue dar legitimidade a quem governa ou não. Com isso determinadas ações governamentais podem ser questionadas pelo povo, onde o mesmo pode retirar a legitimidade desse governante haja vista que, pela teoria, todo o poder emana do povo.

Desta forma, a democracia representativa precisa ser completada pela democracia participativa, visto que não basta o cidadão escolher seus representantes, mas precisa participar. Assim sendo, tem-se dois direitos fundamentais, estabelecidos no art. 5 da CF/88, a liberdade e a igualdade, que representam dois polos da democracia. A liberdade individual permite que as pessoas possam discordar ou mesmo aderir a ideologias diversas, mas na outra ponta se tem a igualdade entre todos os cidadãos que de uma forma socializante limita a liberdade individual frente aos direitos dos outros. São dois Direitos Fundamentais que coexistem de forma a não se chocarem dentro da ideia de democracia.

A sociedade brasileira pautada na ideia consumocentrista está com a percepção do valor da democracia em crise, vez que a publicidade e a ideologia dominante traduzem o pensamento dos cidadãos na esfera do consumo, sendo deixadas em segundo plano do ponto de vista das prioridades as questões socioambientais. Estas relações sociais, dominadas pela idolatria do mercado, são cruéis tanto para os relegados pelas desigualdades, quanto com os bens ambientais que são o seu sustento.

Nesse contexto a participação popular é mínima e as decisões dos seus representantes, estão mais para beneficiar os interesses das grandes corporações – que bancam suas campanhas – do que para resolver os problemas socioambientais, sendo que as políticas públicas se tornam ineficazes tanto para proteger o bem ambiental quanto para proteger o bem social.

A cada momento se obstaculiza a criação de políticas que permitam que a sociedade seja mais equitativa e o meio ambiente preservado. As maiores preocupações se dão com as questões econômicas e com o progresso tecnológico que, sem sombra de dúvida merecem atenção, porém estes elementos precisam ser coadunados com as demais questões que são essências à dignidade humana de toda sociedade brasileira. Se faz necessário que a cidadania seja consolidada, pois, na visão de Corrêa, esta é a realização da democracia na sociedade. Corrêa demonstra que:

A cidadania, pois, significa a realização democrática de uma sociedade, compartilhada por todos os indivíduos ao ponto de garantir a todos o acesso ao espaço público e condições de sobrevivência digna, tendo como valor-fonte a plenitude da vida. Isso exige organização e articulação política da população voltada para a superação da exclusão existente (2006, p.217).

Já para Gorczewski e Martin, a cidadania acaba pressupondo a democracia, liberdade de manifestação e respeito a todas as pessoas que integram a sociedade, respeitando à diversidade de crenças, os valores e as culturas. Para os autores:

A cidadania pressupõe democracia, liberdade de manifestação, de contestação, respeito a todos integrantes da comunidade, aos seus credos, aos seus valores, às suas culturas. Mas não somente os regimes autoritários inibem o exercício da cidadania. Mesmo nas democracias, o assistencialismo, o paternalismo e a tutela do Estado aceitos que são pela maioria das pessoas por comodismo, tampouco permitem o desenvolvimento de uma cidadania plena, porque a cidadania plena não pode dar-se ou outorgar-se, somente se alcança pela participação, pela luta e pela empenho dos próprios indivíduos interessados (2011, p.110).

Contudo a cidadania é algo que pode ser considerado como uma construção em curso ou implica uma longa trajetória de aprimoramento de relações sociais<sup>11</sup> ou um movimento persistente dos que dela usufruem. De acordo com a dinâmica da história, para a construção da cidadania, necessita-se de dois elementos conjugados: “[...] participação política e ao pertencimento em comunidade” (QUIROGA, 2006, p.111). Na imaginação dos desiguais (pobres e excluídos), ainda se encontra acesa a fagulha que ambiciona um objetivo honesto por meio de travessias ou de fugas da submissão para tornar-se “sujeito de direitos”. Em outras palavras, significa ser protagonista da própria história, construtor de relações solidárias e democráticas, rejeitando a condição de vítima colateral ou um cidadão subsumido no consumidor no palco da globalização neoliberal. Em outros termos, para o mesmo autor “a cidadania é o conceito de participação política. Este é um direito que permite aos indivíduos tomar parte no processo de deliberação e de decisão política. A participação política converte o homem em cidadão” (QUIROGA, 2006, p.111). Nesta ótica, a realidade social é um objeto em movimento, bem como todas as dimensões agregadas.

Dentro desse contexto pode-se afirmar que, no Brasil, o cidadão precisa entender seu verdadeiro lugar na democracia onde se sinta pertencente e saiba que suas decisões serão ouvidas e respeitadas uma vez que, a cidadania pressupõe pessoas que sejam razoáveis e racionais e saibam que as demais irão cooperar. Isso quer dizer, que todos cooperam, pois sabem que os demais também irão fazer o mesmo, que pode ser dito como um grande contrato social. Para isso a educação contribui para uma conscientização sobre capacidades coletivas e uma sensibilização para o exercício tanto da cidadania quanto da democracia. De acordo com Manzine Covre (2002), ser cidadão é ter direitos e deveres, ser súdito e soberano, ou seja, é um ser paradoxal<sup>12</sup>. Dependendo das condições históricas a lei mesmo que sustenta a democracia pode contribuir para emancipar ou para alienar o outro, quando não eliminar dentro da perspectiva da polarização.

O autor vai além, denotando que ser cidadão: “é direito de todos poder expressar-se livremente, militar em partidos políticos e sindicatos, fomentar movimentos sociais, lutar por seus valores” (MANZINE-COVRE, 2002, p. 09). Assim sendo, para que a cidadania se efetive, a mesma corresponde ao que usualmente se expressa pelo direito de ter uma vida digna, ou direito a ter direitos, que na sociedade brasileira passa pelo acesso às políticas públicas, entre outros requisitos. Entende-se que, de acordo com Gorczewski e Martin, “cada um deve fazer sua parte e todos devem participar” (2011, p. 110). Ao mesmo tempo cada qual fazer a sua parte é também algo fundamental

---

11 Afirmar que os movimentos da Primavera Árabe, largamente descritos por Castells (2013) procuravam, sobretudo, instaurar processos democráticos hoje parece bastante emblemática, uma vez que a suposta pretensão não obteve o efeito esperado devido a um conjunto de fatores históricos, entre eles o amadurecimento de relações de solidariedade e de democracia.

12 Na realidade também na democracia parece existir um resultado que não poderia soar mais paradoxal, apesar de toda legislação benemerente, pois parece que se está chegando ao abandono de empobrecidos e de analfabetos múltiplos como não mais capazes de exercer “aqui e agora” o seu direito à autodeterminação.

e insuficiente, pois que questões coletivas se impõe como mais largas, profundas e substantivas, como é o caso da formação de conselhos, da democracia e do Estado. Desta forma, é importante que se crie espaços coletivos e múltiplos para deliberações e participações da sociedade, onde:

Uma participação democrática que se impõe passo a passo cria com o status de cidadania uma nova dimensão da solidariedade mediada juridicamente; ao mesmo tempo, ela revela para o Estado uma fonte secularizada de legitimação. (...) É só com a transição ao Estado democrático de direito que deixa de prevalecer esse caráter de concessão que se faz ao indivíduo, de que ele possa integrar uma organização, para então prevalecer a condição de membro integrante do Estado conquistada agora (ao menos pela anuência implícita) por cidadãos participantes do exercício da autoridade política (HABERMAS, 2002, p.128-129).

Com isso as condições de cooperação social e mesmo de solidariedade se fundamentam. Com isso as decisões governamentais no âmbito das políticas ambientais orientam-se por critérios estabelecidos para o bem-estar socioambiental, a dignidade de todos/as e as identidades coletivas. Além disso, não se pode esquecer de ações que visem a proteção da “casa comum”<sup>13</sup> que é o meio ambiente como o espaço de realização da democracia como condição de relativização dos obstáculos às políticas ambientais. A ideia de solidariedade e cooperação não é algo estranho à sociedade brasileira, mas está inserida no art. 3 da CF/88, que pressupõe como objetivo a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, entre outros objetivos fundamentais.

As políticas sociais e ambientais são consideradas estratégias de Estado para minimizarem os problemas que a atual sociedade se encontra, principalmente na mitigação das desigualdades e na questão socioambiental. Deste modo, políticas bem elaboradas e consistentes podem refazer a estrutura democrática no país. Também uma gestão político/econômica/social pautada na ideia de uma responsabilidade socioambiental pode vir a ser uma das possíveis soluções. Já que se vive numa sociedade consumocentrista, se tanto as empresas quanto todas as esferas de poder se pautarem numa ideia de responsabilidade é possível atingir a sustentabilidade tanto ambiental quanto social.

---

13 Conforme o PAPA FRANCISCO na Carta Encíclica *Laudato Si'*.

## **Considerações finais**

Entende-se que as políticas ambientais e sociais permitem que haja uma minimização dos conflitos socioambientais na sociedade consumocentrista brasileira, mas, para que isso aconteça, existe a tarefa socialmente arraigada de uma ampliação do conceito de cidadania para a legitimação da democracia, onde os mesmos sejam efetivos e não somente um preceito constitucional. No exercício da cidadania, cujos obstáculos de alguma forma foram apontados, cabe entender o seu lugar na sociedade e como exercer efetivamente as regras sociais de um jogo na democracia. Pouco importa almejá-la em sua plenitude uma vez que a sua consistência decorre do processo em curso e das relações entre as forças sociais. Ora, dentro destas conjunções e somente dessa maneira se conseguirá minimizar a polarização e os obstáculos para os conflitos tanto ambientais como sociais, que assolam a sociedade brasileira na atual conjuntura.

Ora, por mais que seja de fundamental importância o consenso, a concessão ou a negociação para a vigência de um contrato social, o próprio Estado engendra mecanismos de conflito ambiental ou ele é parte do conflito. Os obstáculos à efetivação de políticas ambientais são concomitantes com a vigência do Estado de direito, que se situa entre a obrigação e a negação da representação política e a satisfação de necessidades - ainda que sempre parciais, incompletas - dos variados interesses de segmentos sociais. Neste sentido, tanto o Estado, quanto as políticas socioambientais se convertem ao mesmo tempo numa arena privilegiada das lutas culturais de nosso tempo. As políticas ambientais se articulam como condensação material dentro de uma correlação de forças, muitas vezes frações preponderantemente em disputa pelo espaço e tempo.

Diante dos resultados estamos acompanhando o processo em que a percepção da qualidade democrática e a confiança no processo político parecem em descenso. A percepção da democracia como um valor universal e da vigência de um Estado de direito não parece uma percepção altamente disseminada no tecido social. Na sociedade brasileira, altamente polarizada sobre diversos temas relevantes, parece que os cidadãos esqueceram o que é a democracia e a sua responsabilidade em participarem efetivamente em todas as fases desse processo, tendo em vista os seus deveres e no que tange ao governo. Entre os setores do andar de baixo não existe um consenso quanto ao que seja ou não um governo para todos ou de alguns e para alguns. É preciso combinar tanto a democracia participativa como a representativa para se possuir uma sociedade melhor e mais justa a todos.

Não deixa de ser paradoxal no âmbito das regras do jogo da democracia no caso brasileiro, que muitos “cidadãos de bem” que se vangloriam de promover a dignidade do ser humano também se esforcem por elaborar sofisticadas políticas de inclusão social com o objetivo, latente ou manifesto, de neutralizar subjetividades e capacidades, enquanto potencial de autodeterminação, reivindicação de espaço e subversão das desigualdades largamente estabelecidas e persistentes. Fatores como a polarização, que remete a abolição do debate efetivo, e a priorização das práticas consumistas,

entre outros, descentralizam a democracia vez que o poder se concentra na mão de “elites”, sejam elas políticas ou econômicas, em detrimento do todo social. Nesse viés da concentração da renda e do capital, esses desajustes interferem no processo democrático, fazendo com que o desenvolvimento social seja colhido apenas por uma parte da população. E isto se denomina de crescentes desigualdades, fundamentação de grandes dilemas nacionais.

Assim, por final, se almeja uma sociedade pautada na justiça, solidariedade e fraternidade, onde a casa comum seja respeitada e todos os brasileiros possam deter as oportunidades para desenvolver as suas capacidades como um requisito fundamental do Estado de Direito. Contudo, as perspectivas de mudanças no cenário brasileiro atual dependerão, entre outros fatores não menos decisivos, como a confiança num pacto social, em confiança num processo político pautado por regras menos assimétricas, por um Judiciário que cumpra com isonomia nos julgamentos, com a satisfação com a democracia porquanto mecanismo adequado a ampliar, a amparar e a assegurar os direitos adquiridos e inscritos na carta Magna da nação.

## 6 Referências

BOURDIEU, P. O capital social – notas provisórias, in: NOGUEIRA, M. A.; CATANI, A. (org) **Escritos de Educação**. Petrópolis: Vozes. 2007.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. **O diálogo democrático**. Curitiba: Juruá, 2006.

CALGARO, Cleide; PEREIRA, Agostinho Oli Koppe. A sociedade consumocentrista e a disciplina do sujeito na modernidade: Uma análise dos impactos socioambientais. In: BAHIA, Carolina Medeiros; CALGARO, Cleide. (Org.). **Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo**. Florianópolis: Conpedi, 2016, v. 01, p. 55-71.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *O poder judiciário no Brasil*. In: Cadernos IHU ideias. São Leopoldo, ano 13, n. 222, 2015.

CORRÊA, Darcísio. **A construção da cidadania: reflexões histórico-políticas**. Rio Grande do Sul: UNIJUÍ, 2006.

DORNELLES, João R. W. *Direitos humanos em tempos sombrios: barbárie, autoritarismo e fascismo do século XXI*. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**, v. 5, n. 2, p. 153-168, 2017.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 24, p. 85-116, 1991.

GIOVANNINI, Fábio. A democracia é boa para o meio ambiente? **Ambiente &**

**Sociedade**, v.1/1, p.103-115, 1997.

GORCZEWSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. **A necessária revisão do conceito de cidadania**: movimentos sociais e novos protagonistas na esfera pública. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. Estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

IANNI, O. A Crise dos paradigmas na sociologia: problemas de explicação. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 22, 1990, p.90-100

LINDSAY, Alexander Dunlop. **O estado democrático moderno**. Tradução de Waltencir Dutra. Rio de Janeiro: Zahar, 1964.

MANZINE COVRE, Maria de Lourdes. **O que é cidadania**. São Paulo: Brasiliense, 2002.

ORAIS, Jennifer A. **Cultura política e capital social**: os efeitos do uso da internet na socialização de jovens no Sul do Brasil. Tese de doutorado em Ciência Política, IFCH, UFRGS, 2017.

PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica Laudato Si'**. **Louvado sejas**: sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulus; Loyola, 2015.

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.

PINTO, C. R. **Teorias da Democracia**: diferenças e identidades na contemporaneidade. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.

QUIROGA, Hugo. Deficit de ciudadanía y transformaciones del espacio publico. In: Cheresky, Isidoro. **Ciudadanía, sociedad civil y participación política**. Argentina: Nino Dávila, 2006.

RUEDIGER, Marco A. et al. **O Dilema do Brasileiro**: entre a descrença no presente e a esperança no futuro. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017.

SÁNCHEZ, Luis Enrique. Por que não avança a avaliação ambiental estratégica no Brasil? **Estudos Avançados**, v. 31, n. 89, p. 167-183, 2017.

# ACCESO A LA JUSTICIA EN MATERIA EN AMBIENTAL EN LA UNIÓN EUROPEA.

*Álvaro Sánchez Bravo<sup>1</sup>*

## 1 Introducción

El inicio de una política europea en materia de medio ambiente se remonta a la conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno europeos celebrada en octubre de 1972, en la que se confirmó la necesidad de establecer una política común en este ámbito. Mediante el Acta Única Europea de 1987 se introdujo un nuevo título sobre medio ambiente en el Tratado de Roma, que constituyó el primer fundamento jurídico claro para la política comunitaria en materia de medioambiente. Posteriores revisiones de los Tratados reforzaron el compromiso de la Comunidad con la protección del medio ambiente y el papel del Parlamento Europeo en el desarrollo de la política medioambiental. El principal fundamento jurídico de la política medioambiental de la UE son hoy los artículos 191 a 193 del Tratado de Lisboa (anteriormente, artículos 174a y 176 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, TCE). La adopción del Tratado de Lisboa comporta una sola modificación significativa de la política de la Unión en el ámbito del medio ambiente, a saber, la inclusión del «cambio climático», considerado un asunto de especial preocupación. Según el artículo 191, apartado 2, la política medioambiental de la UE, se basa en los principios de cautela, acción preventiva, corrección de la contaminación en su fuente y “quien contamina paga”.

Por otro lado, los procedimientos de infracción establecidos en los artículos 258<sup>2</sup> y 260 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), constituyen una potente herramienta para abordar los problemas de aplicación. Las denuncias relativas a la aplicación de la legislación medioambiental a menudo adoptan la forma de preguntas escritas y peticiones dirigidas al Parlamento Europeo. Esto pone de manifiesto la preocupación de los ciudadanos de la UE por el estado del medio ambiente y los «resultados ecológicos» de los Estados miembros. En este contexto, es necesario desarrollar nuevos métodos de trabajo junto con los Estados miembros en todas las fases del ciclo de transposición legislativa.

Más del 75 % de los ciudadanos europeos consideran que la legislación medioambiental de la UE es necesaria para proteger el medio ambiente en su país, y casi el 80 % está

1 Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Director de los Encuentros Hispano-Brasileño de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Expert European Research Council Executive Agency (ERCEA). European Commission. Expert Water Lex - UNO. Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental.

2 “Si la Comisión estimare que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, emitirá un dictamen motivado al respecto, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. Si el Estado de que se trate no se atuviere a este dictamen en el plazo determinado por la Comisión, ésta podrá recurrir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

de acuerdo en que las instituciones de la UE deben tener la posibilidad de comprobar si esa legislación se está aplicando correctamente en su país<sup>3</sup>.

La política y la legislación de medio ambiente de la UE aportan ventajas indiscutibles: protegen, conservan y mejoran el medio ambiente para las generaciones actuales y futuras y preservan la calidad de vida de los ciudadanos de la UE. Cuando su aplicación es deficiente se generan elevados costes sociales, económicos y medioambientales y se crean condiciones de competencia desiguales para las empresas. La importancia de la correcta ejecución del acervo de la UE en materia de medio ambiente también se refleja en el Séptimo Programa de Medio Ambiente<sup>4</sup>.

La legislación ambiental de la Unión Europea incluye la legislación referente al logro de los siguientes objetivos de la política de la UE sobre medio ambiente<sup>5</sup>, establecidos en el art. 191TFUE:

- conservación, protección y la mejora de la calidad del medio ambiente, la protección de la salud de las personas,
- la utilización prudente y racional de los recursos naturales, así como
- el fomento de medidas a escala internacional destinadas a hacer frente a los problemas regionales del medio ambiente, y, en particular, a luchar contra el cambio climático.

La conservación, protección y mejora medio ambiental supone un valor compartido por los europeos, que impone, en el ámbito legislativo, un marco común de obligaciones para las autoridades públicas y de derechos para el público.

Para ello es necesario que se reconozca en el ámbito medioambiental, como hace la legislación europea, el acceso a la justicia que debe reflejar los derechos públicos afectados. No podía ser de otra manera en una estructura jurídico-política, como la de la UE, fundamentada en el Estado de Derecho, que incluye una tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el Derecho de la UE. Así los establece el art. 19.1 del Tratado de la Unión Europea (TUE) al establecer que *“los Estados Miembros establecerán las vías de recurso necesarias para a garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derechos de la Unión”*<sup>6</sup>.

A mayor abundamiento, la tutela judicial efectiva está directamente vinculada a una interpretación uniforme del Derecho de la UE por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), y la posibilidad, cuando no, obligación, de los que los jueces

3 Comisión Europea (2014): Eurobarómetro especial n.º 416, p. 26.

4 DOUE L 354. 28.12.2013.

5 Vid. Art. 37 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “Protección del medio ambiente. “En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al principio de desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad.

6 Vid. Art. 47 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. “Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

y tribunales nacionales planteen preguntas relativas a la validez e interpretación de actos de las instituciones y órganos de la UE al TJUE mediante cuestiones prejudiciales, conforme al art. 267 TFUE<sup>7</sup>. Ahora bien, si el acceso a la justicia nacional no es posible o es excesivamente difícil, el mandato comunitario sería inútil.

Por tanto, el acceso a la justicia en materia medioambiental es intrínseco a la legislación medioambiental de la UE y descansa en principios fundamentales del derecho de la UE reflejados en las disposiciones de los Tratados de la Unión, el Convenio de Aarhus<sup>8</sup> y el Derecho derivado interpretado en la jurisprudencia del TJUE.

Más allá del margen de aplicación del Derecho derivado, las actuales disposiciones legislativas de los Estados Miembros en materia de acceso a la justicia en materia ambiental difieren considerablemente<sup>9</sup>, siendo las deficiencias de aplicación más acuciantes las referentes a la gestión de residuos, naturaleza y biodiversidad, calidad del aire, y gestión y calidad del agua.

En esta materia, se identificaron una serie de problemas:

- los ciudadanos y las ONG se ven obstaculizadas al acceder a los órganos jurisdiccionales nacionales. Esto provoca una avalancha de cuestiones prejudiciales ante el TJUE. Igualmente, los ciudadanos se ven indirectamente afectados cuando la falta de acceso a la justicia impide el control de la aplicación de la normativa ambiental por parte de las administraciones públicas.

- Las administraciones públicas y los órganos jurisdiccionales nacionales asumen pesadas cargas derivadas de largos procesos relacionados con el acceso a la justicia.

- Para las empresas, los retrasos en la toma de decisiones administrativas, referentes a dilatados litigios, influyen negativamente; especialmente las pequeñas y medianas empresas. Igualmente pueden verse afectadas cuando el acceso ineficaz a la justicia determina que no pueda acceder al medio ambiente limpio del que dependen, o cuando los gobiernos no realicen inversiones favorables para la economía verde.

---

7 “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

a) sobre la interpretación de los Tratados;

b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad”.

8 The United Nations Economic Commission for Europe (UNECE). Convention on Access to Information, Public Participation in Decision-Making and Access to Justice in Environmental Matters.

<http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/documents/cep43e> DE LAS REGIONES. Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE: problemas comunes y cómo combinar esfuerzos para obtener mejores resultados. COM (2017) 63. Bruselas 03.02.2017..pdf

9 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Revisión de la aplicación de la normativa medioambiental de la UE: problemas comunes y cómo combinar esfuerzos para obtener mejores resultados. COM (2017) 63. Bruselas 03.02.2017.

Es por ello, que la efectivación del derecho de los ciudadanos al medio ambiente, no sería posible sin un reconocimiento, y reforzamiento, del acceso del público a la información relativa al medio ambiente, en su participación y acceso a la justicia en este ámbito, y en la difusión de la información, contribuyendo de este modo a ajustar la legislación de la UE, dando cumplimiento al Convenio de Aarhus.

## 2 El convenio de Aarhus

El “Convenio de la Comisión Económica para Europa de Naciones Unidas sobre acceso a la información pública, participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente” (Convenio Aarhus), fue elaborado el 25 de junio de 1998, estableciendo, en su Preámbulo que: *“para que los ciudadanos puedan disfrutar del derecho a un medio ambiente saludable y cumplir el deber de respetarlo y protegerlo, deben tener acceso a la información medioambiental, estar legitimados para participar en los procesos de toma de decisiones y tener derecho de acceso a la justicia cuando tales derechos sean denegados”*.

La Unión Europea, entonces Comunidad Europea, aprobó en 2005, mediante una Decisión<sup>10</sup>, el Convenio de Aarhus, que fue firmado por la Comunidad Europea y sus Estados miembros en 1998.

El Convenio, vigente desde el 30 de octubre de 2001, parte de la idea de que una mayor implicación y sensibilización de los ciudadanos con relación a los problemas medioambientales conduce a una mejor protección del medio ambiente. El Convenio tiene por objeto contribuir a proteger el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar. Para alcanzar dicho objetivo, el Convenio propone intervenir en tres ámbitos:

- garantizar el acceso del público a las informaciones sobre medio ambiente de que disponen las autoridades públicas;
- favorecer la participación del público en la toma de decisiones que tengan repercusiones sobre el medio ambiente;
- ampliar las condiciones de acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Las instituciones comunitarias responden a la definición de autoridad pública del Convenio, en igualdad de condiciones que las autoridades nacionales o locales.

Las Partes del Convenio se comprometieron a aplicar las disposiciones enumeradas, por lo que deben:

- adoptar las medidas legales, reglamentarias o de otro tipo necesarias;
- procurar que los funcionarios y las autoridades públicas ayuden y aconsejen a los ciudadanos para tener acceso a la información, participar en el proceso de toma de decisiones y recurrir a la justicia;

---

<sup>10</sup> Decisión 2005/370/CE del Consejo, de 17 de febrero de 2005, sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. DOUE L 124. 17.05.2005.

- favorecer la educación ecológica del público y concienciarlo respecto de los problemas medioambientales;
- conceder su reconocimiento y apoyo a las asociaciones, organizaciones o grupos que tengan por objeto la protección del medio ambiente.

El primer pilar del citado Convenio, que hace referencia al acceso del público a la información, fue aplicado a escala comunitaria mediante la Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medioambiental<sup>11</sup>. El segundo pilar, relativo a la participación del público en los procedimientos medioambientales, fue transpuesto mediante la Directiva 2003/35/CE<sup>12</sup>. Por último, un Reglamento<sup>13</sup> pretende garantizar la aplicación de las disposiciones y principios del Convenio a las instituciones y órganos comunitarios.

### **3 Acceso a la justicia en materia ambiental.**

En materia de acceso a la justicia, el Convenio de Aarhus, establece que el público podrá recurrir a la justicia en condiciones adecuadas, en el marco de la legislación nacional, cuando considere que sus derechos en materia de acceso a la información (solicitud de información ignorada, rechazada de forma abusiva o tenida en cuenta de forma insuficiente) han sido vulnerados.

Se garantiza asimismo el acceso a la justicia en caso de violación del procedimiento de participación previsto en el Convenio. Se admite, además, el acceso a la justicia para la solución de controversias vinculadas con actos u omisiones de particulares o de autoridades públicas que infrinjan las disposiciones medioambientales del ordenamiento jurídico nacional.

En el marco comunitario europeo, el primer intento de regulación de esta materia fue una propuesta de Directiva publicada en octubre de 2003<sup>14</sup> con el fin de transponer el tercer pilar del Convenio, que garantiza el acceso del público a la justicia en materia de medio ambiente, pero nunca pasó de la fase de primera lectura en el Parlamento Europeo. Esta institución deseaba que la Directiva estableciera un marco mínimo para el acceso a la justicia en materia de medio ambiente y que los Estados miembros tuvieran libertad para conceder un acceso mayor. Propuso algunas enmiendas que ampliarían el acceso a la justicia en este ámbito a las organizaciones de ciudadanos

---

11 Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo. DOUE L 41. 14.02.2003.

12 DIRECTIVA 2003/35/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo. DOUE L 156. 25.06.2003.

13 Reglamento (CE) nº 1367/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de septiembre de 2006, relativo a la aplicación, a las instituciones y a los organismos comunitarios, de las disposiciones del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación del público en el proceso de toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. DOUE L 264. 25.09.2006.

14 Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el acceso a la justicia en materia de medio ambiente. COM (2003) 624. Bruselas. 24.10.2003.

enfrentados a un problema ecológico concreto, y no limitado, como en la propuesta original, a las entidades medioambientales.

Tras considerar diversas opciones, y tras 14 años de espera, la Comisión Europea decidió que la mejor y más adecuada forma de abordar esta cuestión será mediante la elaboración de una Comunicación<sup>15</sup> interpretativa sobre la justicia en materia medioambiental, justificada en que “al reunir la abundante jurisprudencia existente del TJUE, y sacar cuidadosas conclusiones a partir de ella, se aporta una gran claridad y una fuente de referencia a las siguientes entidades: las administraciones nacionales responsables de garantizar la correcta aplicación de la legislación medioambiental de la UE; los órganos jurisdiccionales nacionales, que garantizan el respeto de la legislación de la UE y que tienen competencias para plantear preguntas sobre la validez e interpretación de dicha legislación al TJUE; el público, en concreto, las personas y las ONG de protección del medio ambiente, que ejercen una función de defensa de los intereses públicos; y los operadores económicos, que comparten un interés en que la aplicación de la legislación sea previsible. El procedimiento de adopción simplificado ayudaría a la Comisión a emprender una iniciativa efectiva a corto plazo”<sup>16</sup>.

Su ámbito de aplicación viene determinado por el acceso a la justicia en relación con decisiones, actos y omisiones de autoridades públicas de los Estados miembros, no aplicándose a litigios entre particulares, ni al control jurisdiccional de los actos de las instituciones de la UE. Dentro de estas propias limitaciones, dimanantes de la forma jurídica elegida por la Comisión para regular estas cuestiones<sup>17</sup>, se pretende aclarar como el público puede ampararse en los órganos jurisdiccionales nacionales, los cuales se encuentran en una mejor posición para identificar soluciones más adecuadas, al estar más cercanos a los hechos y el contexto en que se producen<sup>18</sup>.

Siguiendo lo establecido por la propia Comunicación, desglosaremos los contenidos que garantizarán el acceso a la justicia medioambiental en la Unión europea.

### *3.1 Intereses públicos, obligaciones y derechos pertinentes para el ejercicio de la tutela judicial*

El acceso a la justicia medioambiental, como señaló el TJUE<sup>19</sup>, representa un conjunto de derechos auxiliares que sirve a dos propósitos: permite a las personas y asociaciones ejercer el derecho que les otorga la legislación de la UE, y ayudar a garantizar el cumplimiento de los objetivos y obligaciones de la legislación medio ambiental.

15 Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental. DOUE C 275. 18.08.2017.

16 *Idem*, p.3.

17 Vid. GARDEÑES SANTIAGO, M. “Las Comunicaciones interpretativas» de la Comisión: Concepto y Valor normativo”, en <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs=-aWQ9MjgzMDImaWRlPTEwMzcmdXJsPTUmbmFtZT1SSUVfMDE5XzA wM18xNDUucGRmJmZpbGU9UklFXzAxOV8wMDNfMTQlLnBkZiZ0YWJsYT1 BcnRpY3VsbyZjb250ZW50PWFwcGxpY2F0aW9uL3BkZg==>. Consulta 09.01.2018.

18 *Idem*, p.4.

19 Asunto C-71/14 East Sussex, ap. 52, y Asunto C 72/95 Kraaijeveld, ap. 56.

La legislación medioambiental de la UE pretende garantizar intereses generales como un aire limpio, recursos hídricos seguros y adecuados y un buen estado de la biodiversidad. La participación activa del público supone un interés público medioambiental concomitante que apoya dichos intereses.

Por tanto, los intereses públicos y de otros tipos dispuestos en la legislación medioambiental de la UE y las obligaciones conexas impuestas a las autoridades públicas dan lugar a derechos procesales y sustantivos de los individuos y sus asociaciones, que deben ser protegidos por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En este ámbito, las ONG de protección medioambiental desempeñan un papel importante a la hora de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de la legislación medioambiental de la UE y disfrutan de amplios derechos para proteger el medio ambiente que los órganos jurisdiccionales nacionales deben defender. Por su parte, esa misma legislación confiere derechos sustantivos y procesales a las personas, referidos en particular a las obligaciones de las autoridades públicas de seguir un procedimiento correcto destinado a implicar al público, así como a las disposiciones en materia de salud de las personas y propiedad.<sup>20</sup>

### *3.2 Legitimación Activa*

La legitimación activa es el derecho a presentar un recurso judicial ante un órgano judicial u otro organismo independiente e imparcial a fin de proteger un derecho o interés del demandante relacionado con la legalidad de una decisión, acto u omisión de una autoridad pública. La legitimación activa puede variar dependiendo del objeto de la decisión, acto u omisión impugnada. Asimismo, puede variar dependiendo de si el demandante es una persona o una ONG de protección del medio ambiente reconocida.

Cualquier persona física o jurídica que presente una solicitud de información dispone de legitimación activa para impugnar una decisión, acto u omisión de la autoridad pública responsable de tramitar dicha solicitud. Los derechos a recibir información a través de la difusión activa también pueden permitir a las personas y las asociaciones presentar recursos judiciales.

Los requisitos de participación del público que se aplican a determinadas actividades concretas que pueden afectar al medio ambiente, confieren derechos a las personas afectadas y permiten a estas solicitar una revisión judicial de la decisión, acto u omisión en cuestión. En este ámbito, en el caso de las personas, la condición previa de tener que mostrar la “lesión de un derecho”; o un interés suficiente a fin de obtener legitimación activa para presentar un recurso en relación con una actividad concreta debe interpretarse y aplicarse a la luz de la obligación de conceder un amplio acceso a la justicia en materia medioambiental. Los derechos que pueden ser lesionados incluyen los derechos procesales de las personas que derivan de la legislación medioambiental de la UE (por ejemplo, derechos de participación del público) así como derechos sustantivos

---

<sup>20</sup> Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental, cit. pp. 6-9.

conferidos a la persona (por ejemplo, protección de la salud de las personas, derechos de propiedad). Respecto a las ONG, no deben establecerse requisitos excesivamente difíciles de satisfacer para obtener legitimación activa, debiendo prestarse especial atención a las pequeñas ONG locales. Igualmente no deben establecerse criterios discriminatorios respecto a las ONG extranjeras. Igualmente, no debe obviarse que, aunque no posean legitimación activa *de lege*, determinadas asociaciones, organizaciones y grupos pueden disfrutar de legitimación activa de la misma forma que las personas, conforme al derecho nacional de cada uno de los Estados.<sup>21</sup>

### *3.3 Alcance del Control Jurisdiccional*

El alcance del control jurisdiccional determina cómo evaluarán los órganos jurisdiccionales nacionales la legalidad de las decisiones, los actos y las omisiones que se impugnen. Tiene dos componentes. El primero de ellos está relacionado con los posibles fundamentos del control jurisdiccional, es decir, los órdenes jurisdiccionales y las consideraciones de derecho que pueden invocarse. El segundo se refiere a la intensidad del control (o criterios de control).

Respecto a los fundamentos del control jurisdiccional deviene especialmente importante en aquellas jurisdicciones que únicamente consideran legítimas las denuncias en aquellos casos en los que se ha producido una vulneración de los derechos del demandante. En estos casos, los posibles fundamentos del control jurisdiccional suelen limitarse a las disposiciones jurídicas en las que se prevén los derechos individuales que sustentan la legitimación procesal que se haya invocado. Este aspecto también es importante en el caso de las restricciones cuyo objetivo es obligar a los demandantes a utilizar exclusivamente argumentos planteados en procedimientos administrativos previos (preclusión), o evitar que los demandantes abusen de los procesos judiciales al realizar alegaciones jurídicas irrelevantes.

Respecto a las actividades específicas sujetas a requisitos de participación pública, y en lo tocante a las personas físicas, cuando un Estado miembro condicione la admisibilidad de los recursos judiciales presentados por personas físicas a la vulneración de un derecho individual, dicho Estado también está autorizado a prever que la anulación de una decisión administrativa por parte de un órgano jurisdiccional nacional requiera la violación de un derecho individual del demandante. Por su parte, las ONG medioambientales reconocidas no están sujetas a limitaciones en cuanto a los motivos de derecho que pueden aducir, y pueden invocar todas las disposiciones de la legislación ambiental de la UE.

En lo relativo a la preclusión, el alcance del control llevado a cabo por un órgano jurisdiccional nacional no podrá quedar limitado a las objeciones que ya se hayan presentado dentro del plazo concedido en el procedimiento administrativo. No obstante, los órganos jurisdiccionales pueden declarar la inadmisibilidad de argumentos presentados que resulten abusivos o de mala fe.

---

<sup>21</sup> Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental, cit. pp. 11-19.

Pero no vale ni es admisible cualquier tipo de control jurisdiccional, por el contrario los Estados miembros deben garantizar un control jurisdiccional efectivo de la legalidad tanto del fondo como del procedimiento de cualquier decisión, acto u omisión que se incluya en el ámbito de aplicación de estas disposiciones, incluso cuando el Derecho derivado de la UE no incluya referencias explícitas a un criterio de control que abarque estos dos aspectos de la legalidad. Cuando resulte necesario, debe ampliarse el control a la legalidad de actos legislativos y reglamentarios en caso de que reduzcan o vulneren derechos procesales y sustantivos.<sup>22</sup>

### *3.4 Tutela Judicial Efectiva.*

Como requisito general, todos los organismos de un Estado miembro deben eliminar las consecuencias ilícitas de las vulneraciones de la legislación ambiental de la UE. Los Estados miembros también deben abstenerse de tomar medidas que puedan suponer un peligro grave para el logro de un resultado previsto en la legislación ambiental de la UE.

A tenor del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro determinar la regulación procesal concreta aplicable, siempre que tal regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la UE (principio de efectividad).

La tutela judicial efectiva puede decaer en los casos de vicios procedimentales leves o irrelevantes, siempre que pueda demostrarse, sin coste alguno para la parte que solicite el control judicial de esos vicios, que los mismos no fueron relevantes para la toma de decisión impugnada.

Por otro lado, la tutela judicial se garantizará en las jurisdicciones nacionales cuando las mismas dispongan de mecanismos para adoptar medidas generales o específicas, incluidas las provisionales, ante incumplimientos de la legislación ambiental de la UE, y que pueden consistir en la suspensión, revocación o anulación de las decisiones o actos ilícitos, así como en los supuestos de inaplicación de actos legislativos o reglamentarios.

Pero estas medidas no serían eficaces, si las mismas no vinieran acompañadas de medidas para reparar los daños ilícitos causados, que deben abarcar, tanto la compensación por los daños económicos, como la reparación por los daños ilícitos por el medio ambiente.<sup>23</sup>

### *3.5 Costas Procesales*

Los Estados miembros deben garantizar que los procedimientos de control jurisdiccional no tengan un coste prohibitivo, que impida la impugnación de un asunto ante un órgano jurisdiccional nacional. A este respecto, el requisito de que el costo de los procedimientos de control jurisdiccional no sea prohibitivo está sujeto

<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental, cit. pp. 19-27.

<sup>23</sup> Comunicación de la Comisión relativa al acceso a la justicia en materia medioambiental, cit. pp. 27-31.

a interpretación a escala de la UE. Está relacionado con todos los costes que genera la participación en un procedimiento, incluidas las garantías financieras que debe presentar el demandante, y resulta de aplicación para todas las fases del proceso judicial. Los demandantes tienen derecho a una previsibilidad razonable en lo relativo a los gastos procesales a los que se exponen. En aquellos casos en los que el órgano jurisdiccional nacional esté capacitado para determinar el costo que deberá asumir un demandante cuyas alegaciones hayan sido desestimadas, podrían tenerse en cuenta cuestiones subjetivas relacionadas con el demandante, al tiempo que se garantiza que los gastos procesales no son objetivamente desmesurados.<sup>24</sup>

#### **4 Conclusiones**

La regulación del acceso a la justicia ambiental constituía una regulación inaplazable. Si bien, el instrumento jurídico utilizado carece de la fuerza de obligar inherente a otros productos normativos comunitarios, al menos aporta elementos interpretativos que permite configurar un marco uniforme para el acceso a la justicia en materia medioambiental.

Máxime en un momento en que la Unión europea se encuentra en la encrucijada de reforzar el Estado de derecho<sup>25</sup>, ante el euroescepticismo, la vuelta de los nacionalismos exacerbados y el deterioro de la posición de la UE en la geopolítica mundial.

La política ambiental comunitaria sólo puede ser adecuada y eficaz si está basada, no sólo en el conocimiento científico y en los procedimientos técnicos, sino en una “democracia ambiental”; en el reconocimiento del derecho de los ciudadanos europeos a participar, cuestionar e impugnar aquellas políticas y decisiones que les afectan, también en el ámbito ambiental.

La Europa de los ciudadanos, y el derecho de acceso a la justicia, junto a los derechos de acceso a la información y participación deben manifestación de compromiso democrático manifestado en su texto fundacional.

Debemos seguir, por tanto, reivindicando el estatuto ciudadano nuestro derecho a ser oídos y a participar. En una Europa sumida en la crisis, no sólo económica, sino de valores, no queda otra solución que la profundización en la democracia real, en la recuperación del papel de los ciudadanos en el proceso de reconstrucción europea, en la bandera de la dignidad del ser humano frente a la economía.

---

24 *Ídem*, pp. 31-34.

25 Vid. Sánchez Bravo, A., “Afianzar el Estado de Derecho en la Unión europea”, en la obra colectiva, edición de A. Sánchez Bravo, *Derechos Humanos, Ciudadanía y Globalización*, PuntoRojo Libros, Sevilla, 2017, pp. 170-186.

# CIDADANIA MÍNIMA: APONTAMENTOS SOBRE A CIDADANIA DA AUTONOMIA PERDIDA

*José Flôr de Medeiros Júnior<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

O presente artigo objetiva apresentar reflexões sobre a cidadania, se praticada ou não, no interior do tecido social e jurídico pátrio como forma de discutir a crise de representação do Estado que, em nosso entendimento, tem uma relação direta com a ausência da prática cidadã. Isto posto, é necessário compreender que a Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88) possui como um de seus fundamentos a cidadania. Tal construto teórico faz parte do Título I, intitulado Dos Princípios Fundamentais e encontra-se alocado no Art. 1º da Carta Magna, II.

No esteio dos alicerces do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é imperioso discutir a cidadania ampliada, mas sem que possamos ter a mesma enquanto participação do homem na vida política do Estado. Ocorrendo, assim, um distanciamento entre o prescrito no texto constitucional e a concretização do fundamento constitucional constante do Art. 1º, II/CRFB/88.

Urge, desta forma, a discussão, o debate necessário, sobre uma cidadania acéfala de participação política na vida do Estado brasileiro e o quanto é indispensável ao Estado, para legitimação de seu conjunto decisório, do desenvolvimento de uma cidadania autônoma e participativa por parte dos que estão a compor o papel de cidadão. A utilização do termo papel é em referência direta à máscara que usamos diariamente nos diversos papéis sociais que desempenhamos. Lição herdada dos gregos.

A temática perpassa, então, pelo questionamento: é possível afirmarmos a existência de uma cidadania autônoma dentro da sociedade brasileira? O que nos obriga a um segundo questionamento: Sem o exercício pleno da cidadania em solo brasileiro seria correto falarmos da predominância de uma cidadania mínima?

Problema que se impõe pela própria força do termo Direito e ganha espaço quando vem à tona existência de um direito à cidadania a ser discutido dissociado de práticas cidadãs, ou da cidadania enquanto construto teórico. Percebe-se, no ponto em questão, o embate a ocorrer no terreno legal e doutrinário à necessária materialização dos princípios postos na condição de alicerces do texto constitucional brasileiro em

---

1 José Flôr de Medeiros Júnior, mestre em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/ UFPB e em Direito e Desenvolvimento pelo PPGD / Unipê, Pós-Graduado em História do Nordeste pela UEPB; Graduado em História pela UEPB e em Direito pela Facisa; Membro dos Grupos de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/6401692737146440>) Estudos de Saberes Ambientais em Homenagem a Enrique Leff - Sustentabilidade, Impactos, Racionalidades e Direitos (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/2637545055336725>) e do Grupo de Estudos em Sociologia da Propriedade Intelectual (<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/1205190698193402>). E-mail: [jfmjmedeiros@gmail.com](mailto:jfmjmedeiros@gmail.com)

relação ao desenvolvimento pleno, autônomo e participativo da cidadania no interior da sociedade brasileira.

Postas estas notas preliminares sobre o tema e objeto de estudo, lê-se como objetivo geral deste o de analisar o quanto à cidadania mínima é danosa ao Estado Democrático de Direito e afeta o desenvolvimento da sociedade que termina por ficar, nesta caminhada, a depender do Estado e de uma cidadania sem autonomia, acéfala e sem seu cunho mais claro, o participativo.

Para tanto os objetivos específicos do texto em construção: investigar a cidadania mínima enquanto prática política comum no interior da sociedade brasileira; avaliar qual o impacto político da ausência de participação política na sociedade brasileira como caminho a um fortalecimento do Estado.

Este encontra-se localizado no diálogo necessário entre a Cidadania, a Filosofia, a Sociologia, a Ciência Política, o Direito Constitucional e os Direitos Fundamentais. O caminho metodológico traçado objetivando a realização deste construto é o da pesquisa bibliográfica e documental enquanto espaço à construção de uma análise a partir do método hermenêutico fazendo uso da interpretação judicial-histórica com a utilização de dados que serão coletados no trabalho de leitura no terreno da doutrina correlata à temática. Ou seja, na interlocução entre o Direito à Cidadania e a cidadania enquanto prática política propriamente dita.

No concernente à relevância teórico-acadêmica o trabalho procura (re) estabelecer novos diálogos de forma a construir caminhos na elaboração de (novas) respostas aos (novos) problemas advindos do tecido social e que estão de décadas a questionar a filosofia política, o pensamento político, a ciência política e o mundo jurídico. Procurando, assim, estabelecer nova reflexão sobre o tema desterritorializando-o dos saberes construídos ao longo do tempo no Direito e dos limites jurídicos impostos à cidadania.

Por fim, este artigo tem como um de seus alicerces o debate mediado pela necessária prática cidadã como esteio ao desenvolvimento do homem, na condição de cidadão, em, e na, sociedade. Percebe-se, assim, ser este o caminho para o restabelecimento à cidadania em seu sentido pleno do termo para que assim possamos encaminhar o homem à realização da prática política, fundamento constitucional posto. Visto hoje estarmos diante de uma cidadania com autonomia perdida e sem participação no sentido literal da palavra participar.

## 2 Da cidade como locus da liberdade à cidadania perdida: o distanciamento do cidadão da participação política na sociedade contemporânea.

Refletir sobre cidadania nos impõe um caminhar pela cidade constituída como espaço de participação desde os gregos antigos com o advento da *pólis*, locus do debate, da discussão e da argumentação, mesmo considerando o conjunto de limitações impostas e que terminava por excluir a maior parcela dos habitantes da pólis do debate. As cidades foram modificadas e novos conjuntos políticos e jurídicos foram construídos de forma a limitar a participação nas decisões cotidianas.

No concernente à cidade alude Argan (2005) de que “por cidade não se deve entender apenas um traçado regular dentro de um espaço, uma distribuição ordenada de funções públicas e privadas, um conjunto de edifícios representativos e utilitários.” (ARGAN, 2005, p.43). Dentro da cidade residem, para além dos traços matemáticos e geométricos, as elaborações políticas pensadas ao longo do tempo e postas como exercício, em tese, de uma prática política cidadã que se perdeu no tempo e no espaço.

Enquanto que para Coulanges (2009) “a cidade era a reunião daqueles que tinham os mesmos deuses protetores e que executavam o ato religioso no mesmo altar.” (COULANGES, 2009, p. 119). Vemos em Coulanges a preocupação com a identidade do habitante da cidade para com o espaço religioso, espaço público por excelência à época. Identidade perdida na sociedade global e do imediatismo onde o local, entendido aqui como o Estado, perde espaço nas discussões políticas contemporâneas.

Argan e Coulanges, por caminhos distintos, reconhecem no espaço cidade um elemento construtor do que viríamos a chamar de cidadão. Este ponto em comum reside na identidade do habitante do espaço com o espaço habitado. Situação a ser abordada, em momento histórico diverso, por Santos (1997) ao aludir de que “na transição do feudalismo para o capitalismo, quando as terras pertencem aos senhores feudais, a cidade aparece como o lugar do trabalho livre.” (SANTOS, 1997, p. 52). Naquele momento a cidade é o próprio símbolo da liberdade, possível de um exercício de cidadania, pelo menos quando comparada ao mundo do feudo.

O espaço habitado pelo homem, agora cidadão<sup>2</sup>, expunha a possibilidade de participar no conjunto de decisões que afetavam sua vida cotidianamente. E nesta linha de raciocínio Santos (1997) expõe que “a cidade, aparece, então, como uma semente de liberdade” (SANTOS, 1997, p. 53) e sendo o local para o nascimento de um novo homem, o cidadão. As sementes estavam plantadas apenas não foram irrigadas. Importante lição nos é ensinada por Coulanges (2009) de que “a participação no culto trazia consigo a posse dos direitos. Como o cidadão podia assistir ao sacrifício que precedia a assembleia, podia aí também votar. Como podia fazer os sacrifícios em nome da cidade, podia ser prítane e arconte.” (COULANGES, 2009, p. 161).

Percebe-se na leitura de Coulanges das obrigações impostas ao cidadão no exercício de sua cidadania. A participação antes e depois, aliada ao direito de discutir o conjunto

---

2 O habitante da cidade. A utilização da expressão não guarda relação com cidadania.

legal, desde que em nome da cidade, afinal a coisa pública deveria ser posta em primeiro plano em relação aos interesses privados, particulares. Havia, para tanto, a identificação do habitante da cidade com a cidade e, portanto, com a cidadania.

De espaço ao exercício da liberdade a cidade evoluía assistindo a um processo de coisificação do homem e, por consequência, o desaparecimento do cidadão à medida que abria espaço para o surgimento do indivíduo. O processo de coisificação, precificação, foi percebido, e analisado, por Benjamin (2015) que, em Baudelaire e a modernidade discorre, e questiona, sobre a capacidade da miséria humana afirmando que

os trapeiros começaram a aparecer em grande número nas cidades quando o lixo passou a ter certo valor, devido aos novos processos industriais. Trabalhavam para intermediários e representavam uma espécie de indústria doméstica situada na rua. O trapeiro fascinou sua época. Os olhares dos primeiros investigadores do pauperismo recaíam sobre ele com a pergunta muda: Até onde irão os limites da miséria humana? (BENJAMIN, 2015, p. 21)

Os trapeiros de Benjamin (2015) não podem ser considerados cidadãos em nenhum sentido da palavra, embora habitassem o espaço nominado de cidade. Continuaram a existir com a diferença de que sua vida passava a ser regulada<sup>3</sup> jurídica e socialmente, onde o exercício da cidadania deles residia cada vez mais distante à medida que o processo de pauperização aumentava. A ausência de liberdade não deixava existir a autonomia. Eram cidadãos, habitantes da cidade, não cidadãos apenas por habitarem a cidade.

A transformação do espaço cidadão ao longo do tempo trouxe consequências para o homem, na condição de habitante da cidade, e dentre elas reside a perda de sua cidadania enquanto capacidade de participação na vida política do espaço por este habitado. E neste sentido estamos a acompanhar o raciocínio de Aristóteles (2003) de que “o que não consegue viver em sociedade, ou que não necessita de nada porque se basta a si mesmo, não participa do Estado; é um bruto ou uma divindade.” (ARISTÓTELES, 2003, p. 15) ou no exposto pelo mesmo autor ao afirmar ser

evidente, portanto, que a cidade participa das coisas da natureza, que o homem é um animal político, por natureza, que deve viver em sociedade, e que aquele que, por instinto e não por inibição de qualquer circunstância, deixa de participar de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Esse indivíduo é merecedor, segundo Homero, da cruel censura de um sem-família, sem leis, sem lar. Pois ele tem sede de combates e, como as aves rapinantes, não é capaz de se submeter a nenhuma obediência. (ARISTÓTELES, 2003, p. 14)

Vê-se não ser possível afirmar que o homem moderno, a viver às transformações da cidade, não soubesse do conjunto de modificações de qual era vítima quando devia ser partícipe. O problema reside em sua ausência, por escolha própria, de participação na vida pública e, por conseguinte, da prática cidadã. Por este diapasão o homem moderno deveria ser um bruto ou uma divindade, no sentido aristotélico do termo.

---

<sup>3</sup> A palavra regulada aqui deve ser lida como um limite ao exercício da cidadania. Não guardando, em nenhum aspecto, relação com a regulação dos mercados.

Entendemos que o processo de coisificação do homem no concernente às relações de trabalho à época industrial cria um diferencial na classificação proposta pelo pensador grego e termina por construir um cidadão portador de direitos, mas não no exercício da cidadania. Situação impensável à época de Aristóteles.

A alienação em relação ao mundo do trabalho, muito bem discutida por Marx e Durkheim por olhares distintos, se aplicava, também, ao mundo político, social e cultural. Por este ângulo Habermas (2016) alega da importância de sabermos se “impõe-se a questão de saber se a tecnicização da natureza humana altera a autocompreensão ética da espécie de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos.” (HABERMAS, 2010, p. 57)

É indiscutível a importância das transformações advindas com a modernidade e com o avanço tecnológico. O problema, portanto, não reside no progresso, mas nas condições políticas construídas a partir dele e, ou como consequência de tais modificações, de uma individualidade que não permite ao cidadão perceber ser ele o agente das mudanças políticas, e não o inverso. Se não mais podemos ser vistos como livres, considerando as palavras de Habermas, não podemos ser cidadãos no sentido lato da expressão.

Afinal, o exercício da cidadania precede de uma capacidade de exercício da liberdade por parte do homem, de forma ética, na construção de uma sociedade que atenda a todos e não apenas a um conjunto de particulares interesses. A arte da política, se assim podemos considerar a mesma, não pode ser técnica, mas fruto da reflexão humana.

Passa, então, a existir o bruto, como sendo aquele que sempre se bastou a si próprio; a divindade, sendo aquele que foi alçado à condição de representante, e ou governante, dos demais dentro de um universo de relações jurídicas. Lê-se, portanto, ser a concessão de direitos por parte do Estado um caminho a criar uma massa de homens, denominados de cidadãos e que, simplesmente, não participam da vida pública do Estado visto que se encontram com os seus direitos concedidos e passam a entender não ser necessário lutar por estes. Uma forma política do Estado regular a cidadania política pela via jurídica.

Terminando, assim, por abdicar do maior dos direitos de um cidadão que vem a ser o de participar. Segundo Silva (2014) é “um signo de nosso tempo que a cidadania se tenha convertido em um conceito de moda em todos os setores da política.” (SILVA, 2014, p. 37), mas que nem sempre apresenta o seu real valor na condição de abrir espaço para que o homem, único capaz de exercer a cidadania, assim o faça. Todos hoje falam em cidadania, poucos sabem o que é e um número menor ainda exerce o direito de participar.

Percebe-se, ainda, que o termo moda usado pelo autor em comentário guarda relação direta com o atual momento onde assistimos a uma crise da cidadania. Consoante Carvalho (2002) “não se diz mais “o povo quer isto ou aquilo”, diz-se “a cidadania quer”. Cidadania virou gente.” (CARVALHO, 2002, p.7). A reivindicação passou a ser feita pelo conceito, cidadania, e não por quem é detentor dos direitos de participação, no caso, o povo.

Isso posto, temos um individualismo crescente na modernidade, a ocupar ainda mais espaço na sociedade contemporânea, de forma a ser um elemento a somar para que identidade do cidadão com a cidadania resida inexistente. O cidadão se identifica com os direitos (con) cedidos pelo Estado, não mais por direitos conquistados.

Por este caminhar, portanto, é interessante perceber a leitura realizada por Dupas (2014) de que o indivíduo suplantou o cidadão quando afirma que o “indivíduo é o inimigo número um do cidadão. Tocqueville dizia que o cidadão procura seu bem-estar pelo bem-estar de sua cidade, enquanto o indivíduo não acredita na causa comum ou na sociedade justa; para ele, bem comum é cada um se virar ao seu modo. “(DUPAS, 2014, p. 91)

Lê-se, portanto, a importância posta aos valores atrelados à propriedade, enquanto bem a ser defendido pelas forças do ente público e onde o interesse comum não mais prevalece. O domínio político é exercido pelas forças políticas agrupadas em torno dos indivíduos, e não em torno da *res publica*. Onde tal situação não deixa que o cidadão tenha espaço perante as conquistas individuais, e individualizadas, postas em primeiro plano no mundo da privatização, no sentido político, do espaço público. Estamos a assistir a falência da *Ágora*, do debate político, da perda de espaço da cidadania política, da ampla participação entre pessoas livres e iguais para cedermos espaço a uma cidadania jurídica, limitada, regulada, normatizada pelo Estado.

A construção patrimonial presente no direito como um todo favorece a ausência de discussões com foco no espaço público. O crescimento do indivíduo no espaço político antes sob controle do cidadão é abordado, ainda, por Bauman (2000) ao discutir a perda da liberdade nas sociedades moderna e pós-moderna a partir da derrota do cidadão. Alega o autor em comento que ser “um indivíduo não significa necessariamente ser livre. A forma de individualidade disponível no estágio final da sociedade moderna e na sociedade pós-moderna, aliás comuníssima nesta última, é a da individualidade privatizada, que significa essencialmente uma antiliberdade. (BAUMAN, 2000, p. 70)

À medida que o cidadão é reduzido à condição de indivíduo a habitar o espaço urbano a cidadania vai sendo transformada em um conjunto de discussões apolíticas, distantes da preocupação com a cidade enquanto espaço público e como espaço de liberdade onde, consoante Bauman (2000), “o público foi despojado de seus conteúdos diferenciais e ficou sem agenda própria – não passa agora de um aglomerado de problemas e preocupações privados.” (BAUMAN, 2000, p. 71). Ou seja, o espaço público, como utilizado hoje, atenta contra a cidadania em defesa de questões individuais, particulares.

Acrescente-se, para que não possa pairar dúvidas, de que não estamos a considerar cidadão apenas quem tem, pelo condão jurídico-sociológico, a condição de participar via o exercício dos direitos políticos, em especial, o do voto<sup>4</sup>. Entendemos, entretanto,

---

4 Sobre a diferença entre a participação e detentor de direitos políticos ver nosso escrito relacionado ao tema. MEDEIROS JÚNIOR & ALMEIDA, Laryssa Mayara Alves de. **A ausência da prática cidadã no processo eleitoral brasileiro: a questão participação x voto**. In MELO, Ezilda Cláudia. (Coordenação). **Direito Eleitoral: sociedade, política e poder**. Campina Grande, AREPB, 2014.

como cidadãos todos os homens e mulheres partícipes, direta ou indiretamente, da vida do Estado e onde tal exercício seja realizado de forma autônoma. Situação que, ao nosso olhar, parece ser a característica da cidadania idealizada na sociedade brasileira.

### **3 A cidadania no Brasil: a construção histórica, política e social de uma cidadania sem participação do cidadão.**

No concernente à sociedade brasileira é necessário olhar para a Constituição Federal de 1988 que esculpiu como um de seus fundamentos a cidadania, consoante o disposto no Art. 1º, II/CRFB/88. Ocorre, entretanto, a necessidade de observar a evolução da história da cidadania no Brasil, como esta foi sendo construída, concedida e regulada pelo Estado brasileiro, independente dos momentos políticos, que conforme expõe Carvalho (2002) se tornou “costume desdobrar a cidadania em direitos civis, políticos e sociais. O cidadão pleno seria aquele que fosse titular dos três direitos. Cidadãos incompletos seriam os que possuíssem apenas alguns dos direitos.” (CARVALHO, 2002, p. 9).

Devemos, antes de mais nada, considerar que a cidadania na Carta de 1988, consoante Silva (2014), “está aqui posta num sentido mais amplo do que o de titular de direitos políticos.” (SILVA, 2014, p. 106). O fundamento constitucional, se realizado fosse, estabeleceria uma noção de participação política no cotidiano das decisões da vida da sociedade brasileira. Entretanto, o que vemos ocorrer é o dito por Carvalho (2002) acima citado.

Ou seja, temos cidadãos e não-cidadãos, o que termina por ser uma negação da cidadania como prática política e de como está escrito na Carta Magna. Seria o equivalente ao relatado por Coulanges (2009) de que “o estrangeiro, ao contrário, é aquele que não tem acesso ao culto, aquele que os deuses da cidade não protegem e que não tem, inclusive, o direito de invoca-los, já que esses deuses nacionais só desejam receber orações e oferendas do cidadão.” (COULANGES, 2009, P. 159)

Necessário enfrentar o problema da cidadania pelo olhar da participação política, da autonomia da vontade e da liberdade. Com a ausência de tais situações existe uma impossibilidade concreta de realização da cidadania, enquanto prática, no Brasil ou em qualquer outra sociedade. Ao tempo que os detentores de direitos civis, políticos e sociais, ou mesmo de uma parte de tais direitos, continuam a achar ser a cidadania aquilo concedido pelo Estado, esta termina por perder espaço político. Um dos pilares da democracia reside na participação política e não somente em ter, sem o exercício, os direitos políticos.

A diferença reside que é possível, juridicamente, possuir direitos políticos e, simplesmente, não fazer da prática política uma atividade cotidiana. Por esta estrada passamos a ter um fortalecimento do Estado e um enfraquecimento, cada vez maior, da cidadania. O problema reside que o enfraquecimento do cidadão, e por consequência da cidadania, vem a ser um sinal de crise do próprio Estado Democrático de Direito e da democracia como um todo. Para

compreensão de tal situação é necessário perceber onde está alocada a democracia. De acordo com Silva (2014) a

democracia, em verdade, repousa sobre dois princípios fundamentais ou primários, que lhe dão a essência conceitual: (a) o da soberania popular, segundo o qual o povo é a única fonte de poder, que exprime pela regra de que todo o poder emana do povo; (b) a participação, direta ou indireta, do povo no poder, para que este seja efetiva expressão da vontade popular; no que casos em que a participação é indireta, surge um princípio derivado ou secundário; o da representação. (SILVA, 2014, p. 133)

Vê-se, portanto, que a ausência de participação política, crise da cidadania, coloca em questão a democracia em seus pilares. A não participação transforma a soberania popular em refém de uma vontade estatal que se fortalece com o abandono da vida pública por parte dos cidadãos que, paradoxalmente, detém direitos civis, políticos e sociais. Enquanto a representação se dilui em vontade de uma minoria devido a maioria entender como ser dever do Estado a concessão de direitos, mas não percebe a obrigação/dever de participar na construção de tais direitos.

Segundo Lipovetsky (2016) no caminho que segue a cidadania “surge uma cidadania mínima, sem deveres nem obrigações, light.” (LIPOVETSKY, 2016, p. 269) para afirmar que “desde os anos 1980, em todas as democracias ocidentais, houve um aumento da abstenção, bem como uma maior volatilidade eleitoral.” (LIPOVETSKY, 2016, p. 271) onde, ao mesmo tempo que representa uma crise no sistema democrático, demonstra um sinal de fortalecimento do Estado como o que concede direitos criando, desta forma, cidadãos dependentes da estrutura estatal. Ainda segundo Lipovetsky (2016) estamos percebendo a existência de uma “onda de despolitização se acentuou e não poupou mais nenhuma categoria social.” (LIPOVETSKY, 2016, p. 270)

Percebe-se, por este olhar, a crescente apatia da população, dita cidadã, na participação da vida política do Estado e na discussão cotidiana a respeito dos problemas que atingem a sociedade contemporânea. Dentro deste raciocínio é que podemos entender a existência de “uma proporção significativa de cidadãos afirmar se sentir pouco envolvida pela vida política, sem interesse nos programas dos partidos nem confiança em nenhum deles para governar o país.” (LIPOVETSKY, 2016, p. 270)

O distanciamento da política vem a ser, na realidade, uma consequência da ausência de cidadania como prática política. O próprio fenômeno da despolitização somente pode ser considerado a partir da existência, anterior, de uma politização, de uma prática política. Divergimos dos defensores do voto enquanto exercício da cidadania.

Não conseguimos perceber, ao nosso olhar, o exercício do voto enquanto cidadania. O exercício do voto não passa, na realidade, da materialização de um direito, o sufrágio. A ausência da cidadania como prática política, esta sim, representa a real despolitização. Portanto, nem o sufrágio nem o voto configuram cidadania. São, na realidade, direitos políticos que residem no mundo jurídico.

A postura de entender o ato de votar como sendo cidadania não é, entretanto, de todo errado. O problema reside quando se enxerga apenas este ato, o de votar, como

exercício cidadão, pois tal fato diminui o prescrito no próprio texto constitucional em relação à cidadania. Afinal, a não realização da cidadania é, ainda, o atributo, equivocado, de não usar a própria liberdade.

Situação sobre a qual Rawls (2016) nos alertou ao discorrer sobre o princípio da participação, afirmando que em relação ao “valor da liberdade política, a constituição deve tomar providências para reforçar o valor dos direitos iguais de participação para todos os membros da sociedade.” (RAWLS, 2016, p. 277) criando um ambiente de justiça para todos os cidadãos habitantes do Estado.

Neste esteio, portanto, ancoramos nosso raciocínio em Rawls (2016) ao afirmar que “é preciso que as liberdades da cidadania igual sejam integradas à constituição e por ela protegidas. Essas liberdades incluem a liberdade de consciência e de pensamento, a liberdade individual e a igualdade de direitos políticos.” (RAWLS, 2016, p. 242). Ocorre, porém, que o exercício desta liberdade e desta igualdade a qual faz referência Rawls, segundo o próprio autor, necessita de um “sistema político, que presumo ser alguma forma de democracia constitucional, não seria um procedimento justo se não incluísse essas liberdades.” (RAWLS, 2016, p. 242).

Afinal, não é razoável falar em liberdade, muito menos em igualdade, na ausência de um conjunto normativo constitucional a garantir o funcionamento da democracia. Rawls (2011) ajuda-nos a entender que “em uma cultura democrática, esperamos e, mais do que isso, desejamos que os cidadãos se preocupem com suas liberdades e oportunidades básicas.” (RAWLS, 2011, p. 91)

No caso da cidadania, não exercida no Brasil, temos as liberdades postas na Lei Maior, de consciência e de pensamento, e mesmo assim não conseguimos construir uma cidadania a partir do processo de participação política enquanto princípio basilar à democracia. Na Lei Maior somos todos iguais conforme Art. 5º, Caput/CRFB/88. Entretanto, a maior parte dos iguais juridicamente não participam da vida política do Estado. Isto decorre do fato de que colocar em prática as liberdades supra nos encaminha à imperiosa necessidade do exercício da autonomia<sup>5</sup> da vontade no sentido kantiano. Consoante Kant (2016) a

*autonomia* da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conformes a essas leis: toda *heteronomia* do arbítrio, ao contrário, não somente não funda nenhuma obrigação, mas é além disso oposta ao princípio da obrigação e da moralidade da vontade. É precisamente na independência de toda a matéria da lei (a saber, de um objeto desejado) e também, ao mesmo tempo, na determinação do arbítrio pela mera forma legislativa universal, da qual uma máxima tem de ser capaz, que consiste o único princípio da moralidade. Mas essa *independência* / é a liberdade em sentido negativo, ao passo que essa *legislação própria* da razão pura e, enquanto tal, prática, é a liberdade em sentido positivo. Portanto, a lei moral não exprime nada além do que a autonomia da razão prática pura, isto é, a liberdade, e esta *autonomia* é, ela própria, a condição formal de todas as máximas, unicamente sob a qual elas podem entrar em consonância com a lei prática suprema. (KANT, 2016, pp. 32/33)

5 Interessante esclarecer que a autonomia em Rawls tem um conteúdo político e em Kant um conteúdo ético.

Lê-se, portanto, da existência de uma impossibilidade concreta ao exercício da cidadania sem considerar a vontade racional visto que não seria vontade, mas mera atitude emocional ou um ato individual com presença de valores exógenos ao ser. Neste sentido, seria um exercício de prática política formado por um valor estranho ao detentor dos direitos políticos. A cidadania com ausência da razão, com ausência da autonomia da vontade termina por ser a negação da própria vontade, do próprio ser político. Portanto, não conseguindo configurar uma cidadania por não representar a vontade de forma autônoma do homem, juridicamente, detentor dos direitos.

A cidadania deve ser vista como um valor universal construtor da liberdade do homem dentro do tecido social, político, cultural e econômico. A participação na vida do Estado, não regulada, deve ser, sempre, posta de forma ética no sentido apontado por Kant (2016) de que “aja de modo que a máxima de sua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.” (KANT, 2016, p. 49) o que presume a existência de direitos de participação iguais a todos os homens livres e iguais no interior do Estado.

A liberdade, portanto, somente pode ser entendida enquanto um exercício da razão humana a partir de sua vontade individual em relação aos atos e atitudes. Ocorre que o homem no caso em comento, cidadão detentor de direitos políticos, ao não usar da faculdade da razão fez a escolha pela perda de sua própria liberdade cidadã, colocando à margem o uso da liberdade política para paulatinamente ir perdendo a mesma.

Por este olhar inexistente cidadania sem as liberdades apontadas por Rawls e sem a autonomia da vontade kantiana. De acordo com Rawls (2016) devemos perceber que todos “os indivíduos têm liberdade para fazer alguma coisa quando estão livres de certas restrições, quer para fazê-la, quer para não fazê-la, e quando o ato de fazê-la ou não fazê-la está protegido contra a interferência de outras pessoas.” (RAWLS, 2016, p. 248).

O não exercício da liberdade por parte dos cidadãos termina por anular a própria liberdade como um direito entre pessoas em condições livres. Para Rawls (2011) a autonomia é um valor político, não ético como o é em Kant. Rawls aduz de que esta “se realiza na vida pública pela afirmação dos princípios políticos de justiça e graças à proteção proporcionada pelos direitos e liberdades fundamentais.” (RAWLS, 2011, pp. 92-93), existindo a possibilidade de se realizar também “pela participação nos assuntos públicos da sociedade e pelo compartilhamento de sua autodeterminação coletiva ao longo do tempo.” (RAWLS, 2011, pp. 92-93)

Se os cidadãos não participam da vida da República, aqui no sentido de coisa pública, passa a existir um comprometimento da participação e uma negação à existência da cidadania como força propulsora do Estado Democrático de Direito como um garantidor das liberdades. Ou seja, temos as liberdades e possibilidades de participar e interferir de forma direta na vida política, social e cultural em seu cotidiano e com a não prática política da cidadania terminamos por abrir espaço à injustiça política.

O que nos obriga a refletir sobre o princípio da participação onde “a extensão do princípio da participação é definida como a medida em que o procedimento da regra

(pura) da maioria é limitado pelos mecanismos próprios do constitucionalismo.” (RAWLS, 2016, pp. 282-83) de forma que a maneira de participar, embora seja uma obrigação do cidadão livre, deve ser limitada para que não haja conflitos entre as várias liberdades com as de um outro cidadão, livre e igual, e que teria sua liberdade afetada pelo exercício, ou não, da liberdade do outro. Afinal, como expõe o próprio Rawls (2016) “o princípio básico é estabelecer uma constituição justa que garanta as liberdades da cidadania igual.” (RAWLS, 2016, p. 271).

Vê-se, entretanto, que não adianta, apenas, o estabelecimento de uma Constituição justa se os cidadãos não fizerem o uso do direito/dever de participação política na vida do Estado e, assim, exercerem a cidadania em sua plenitude. Como bem alega Dworkin (2016) de que “um sistema político não-igualitário não se torna justo simplesmente porque todos acreditam equivocadamente que é justo.” (DWORKIN, 2016, p. 22) e que vem sendo um, dos vários, equívocos quando se fala de cidadania.

Percebe-se, assim, que não é porque todos os cidadãos possuem o direito de votar, por exemplo, que estamos diante de um sistema político a fornecer condições de liberdade e igualdade. Entretanto, as pessoas acreditam na ideia de igualdade pelo simples fato de todos terem condições jurídicas, e não políticas, do exercício do voto.

No esteio de discutir a cidadania pelo olhar da liberdade, da participação, da democracia e sem perder o olhar constitucional Silva (2014) aduz “da necessidade de reelaborar o conceito de “cidadania”. (SILVA, 2014, p. 37) onde concordamos com o autor por não ser possível aceitar o deslocamento da cidadania em relação à democracia.

Considerar a ausência de participação política por parte dos próprios cidadãos significa transferir o conjunto decisório a residir nas mãos dos cidadãos para os braços do Estado. Estaríamos, assim, dentro de um processo de “refeudalização da esfera pública.” (HABERMAS, 2014, p. 419) na feliz expressão habermasiana e onde a liberdade se esvai como água a correr por entre os dedos das mãos.

A ausência de participação do cidadão na política contemporânea, em especial no caso do Brasil, destrói desde valores individuais de liberdade e participação, para construir uma ideia falseada de que existem cidadãos melhores que outros, visto sermos todos pessoas livres e iguais na acepção de Rawls. A cidadania, concedida e regulada pelo Estado, não considera o princípio da participação e nem as liberdades individuais, muito menos a autonomia da vontade nem o exercício racional do ato de escolha por parte do homem.

Pelo contrário, aprisiona o cidadão aos interesses estatais desconsiderando o direito à participação. Em outras palavras, nem todo direito concedido pelo Estado aos seus cidadãos tem referência com o que estes mesmos cidadãos poderiam conquistar no exercício da participação política, da prática na *Ágora*. Aquilo com aparência de ser um direito pode ser um dever. Em outra oportunidade discorreremos sobre esta distância homem/cidadão e naquele momento afirmávamos que

no caso em tela o ausente é o povo ao não usufruir do espaço legal a ele concedido no texto constitucional adentrando, assim, em um processo de isolamento em relação às decisões por parte do Estado e caminhando para deixar de ser considerado homem político para ser apenas homem. A discrepância entre o homem, que deveria ser cidadão, e a prática cidadã cria um abismo a reforçar o poder estatal frente aos governados...dos outros. (MEDEIROS JÚNIOR e ALMEIDA, 2014, p. 90)

Saliente-se, assim, ser a não participação política um contínuo processo crescente, saliente-se, onde o homem, tratado de forma individual e visto apenas na condição de indivíduo e assim tratando os demais, termina por ser mais valorado, podemos chamar de importância, que o cidadão. No caso do Brasil, o que temos é a permanência do cidadão com direitos políticos, civis e sociais sem o exercício da cidadania. Não significando, em hipótese alguma, exercício da cidadania no sentido político, filosófico e sociológico.

#### **4 A cidadania mínima: reflexões sobre cidadania e a não participação cidadã na vida política brasileira**

A existência, permanente, de uma cidadania mínima, permitida e não conquistada, construiu problemas para o Estado brasileiro e que não vem a ser o caso de relatar todos neste escrito. Iremos nos deter, especificamente, de que a cidadania concedida, regulada, como citamos linhas acima cria uma dependência do habitante do Estado em relação a quem, falamos quem e não Estado, concedeu a ele direitos.

A cidadania como hoje existe no Brasil desconsidera a dignidade da pessoa humana ao não considerar a autonomia da vontade, a liberdade e o direito de escolha política. A afirmativa, que sabemos ser forte, mas necessária de ser dita. O nascedouro da mesma reside que o conjunto de direitos postos, não conquistados, ao cidadão faz com que o Estado o veja enquanto coisa e, portanto, na condição de preço e não um homem que contém, em si, valor, como exposto por Kant (2008) ao alegar que

no reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente: por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não se admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. O que diz respeito às inclinações e necessidades do homem tem um preço comercial; o que, sem supor uma necessidade, se conforma a certo gosto, digamos, a uma satisfação produzida pelo simples jogo, sem finalidade alguma, de nossas faculdades, tem um preço de afeição ou de sentimento (Affektionspreis): mas o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. (KANT, 2008, p.65)

A cidadania mínima trabalha o cidadão como objeto, precificando-o. Se o cidadão não cumpre com sua obrigação política, entenda-se o ato de votar, posso retirar dele o direito concedido (escola, posto de saúde, transporte) e transmitir tais direitos, humanos e fundamentais que são, para um outro grupo de cidadãos. Tal prática, comum em nossa sociedade, (de) limita bem o quanto é danosa a existência da cidadania

concedida/regulada/mínima aos habitantes do Estado. O cidadão ao invés de discutir questões inerentes à participação política, ao que percebe como direito necessário, passa a esperar as definições daqueles que estão a exercer o governo do Estado.

A título de exemplo temos que, embora com previsão constitucional, os cidadãos praticamente não fazem uso do disposto no Art. 14, III/CRFB/88, ou seja, do direito de iniciativa popular que, acarretaria participação, de forma ativa, na vida do Estado. O não uso de um dispositivo constitucional que o chama ao direito/dever de atuar na vida pública do Estado demonstra o quanto o cidadão brasileiro espera pelo, e do, Estado.

Tal situação pode ser visualizada no exposto por Lipovetsky (2016) da existência de uma diminuição da confiança nos partidos políticos tradicionais. Alude o referido autor no concernente à temática que a “confiança nos partidos está em queda, mas as associações de diversos tipos multiplicam-se, assim como as lutas coletivas centradas na defesa dos direitos humanos, da escola, do casamento para todos, e da proteção ao meio ambiente.” (LIPOVETSKY, 2016, p. 274)

A cidadania como categoria política não pode ser reduzida somente ao ato de escolha de um candidato que passa a representar a sociedade a partir de determinado período e em um determinado espaço. A cidadania requer do homem a participação cotidiana, de forma clara e objetiva, na vida do Estado. E aqui reside mais um fator de crise: é possível a existência de uma prática cidadã na sociedade técnico-visual-imagética global? Entendemos que a resposta a indagação posta tem de ser negativa.

A cidadania como categoria política não pode ser reduzida somente ao ato de escolha de um candidato que, em caso de eleito, passa a representar a sociedade a partir de determinado período, dentro de um determinado espaço. A cidadania requer do homem a participação cotidiana, de forma clara e objetiva, na vida do Estado. E aqui reside mais um fator de crise: é possível a existência de uma prática cidadã na sociedade técnico-visual-imagética global? Entendemos que a resposta a indagação posta deve ser negativa.

Devemos aqui abrir espaço para entendermos que os partidos políticos não detêm mais o espaço na esfera pública, como bem alega Habermas (2014) ao expor que “os partidos são instrumentos de formação da vontade, mas não estão na mão do público, e sim daqueles que determinam o aparato partidário.” (HABERMAS, 2014, p. 434) e tal situação pode ser visualizada de forma clara quando olhamos para a relação partido político e sistema eleitoral, que de forma obrigatória põe em discussão a cidadania no Brasil. Os partidos políticos no Brasil terminam por ser um espaço de exercício da coerção e não de participação política.

A transparente sociedade técnico-visual-imagética demonstra seu lado autoritário construindo uma cultura, cada vez mais rápida, de apagamento de rastros. Devemos considerar, ainda, que “se eu puder perguntar à rede diretamente, não quero nenhum mediador” (BAUMAN, 2016, p. 82).

Tal fato demonstra que o acesso, quase ilimitado, ao mundo virtual permite que através de redes sociais ou de portais oficiais, da transparência, por exemplo, o habitante

da sociedade técnico-visual-imagética faça a postagem de sua pergunta ou opinião sem necessariamente precisar do homem público. O que pode parecer bom, não é, devido à inexistência da participação política na *res publica*. Em sua obra *O Estado Sedutor: as revoluções midiológicas do poder*, o autor, que não analisou o mundo das redes sociais por não conhecer sua existência alegava de que “com o vídeo, a atualidade tornou-se cotidiana.” (DEBRAY, 1994, p. 31)

Percebe-se a clareza do pensamento em um período distante da sociedade técnica-visual-imagética que estamos a viver. Para demarcar a crise de prática cidadã que estamos a viver torna-se imperioso a compreensão de outro ponto posto por Debray ao expor que “uma passeata com 50 pessoas não é um acontecimento. Uma câmera T.F.1 encontrava-se no local e, durante um minuto, são mostradas imagens no jornal das 20h: vira um acontecimento.” (DEBRAY, 1994, p. 157).

Vamos transpor o exemplo do Debray para o mundo atual e teremos que uma pessoa, não uma passeata, com acesso à rede mundial de computadores e que saiba trabalhar com redes sociais pode promover mais do que um acontecimento. Ela pode elaborar uma petição digital e, em menos de um minuto, (tempo/espço do Debray) irá correr o país pelo Facebook, Twitter, Instagram, grupos de Whatsapp. Ou seja, milhares irão assinar a petição elaborada sem discutir o conteúdo e a modificação que, em tese, seria democrática visto ter sido construída por uma pessoa cidadã. Isso é possível? Não somente é possível como é realizado todos os dias pelo mundo.

A sociedade contemporânea tem por fundamento a cultura centrada no indivíduo, no individualismo, diferentemente de uma cultura centrada no cidadão, na participação política, no existir em sociedade. Tal situação cria a “impossibilidade de conviver com a diferença.” (PINHEIRO, 1998, p. 17). Pelo simples fato de que “raramente tenta-se inverter o olhar e entender a irracionalidade do olhar que exclui, tortura, mata.” (PINHEIRO, 1998, p. 17).

Por este ângulo, mesmo os cidadãos completos, aqueles detentores dos direitos civis, sociais e políticos, nas palavras de Carvalho (2002) não passariam de cidadãos incompletos quando olhados pelo prisma da (não) participação política na vida pública. A judicialização da cidadania esqueceu de que a mesma é um fundamento político necessário ao funcionamento da democracia, sendo a ausência da cidadania, um sinal de crise no sistema democrático a termina por colocar em questão o Estado Democrático de Direito.

## **5 Considerações finais**

O término do presente texto teórico fortaleceu a convicção da impossibilidade concreta da realização da cidadania na sociedade contemporânea, com especial tratamento ao caso do tecido social brasileiro. Devemos partir da premissa de que construir uma real participação cidadã, trabalhar com cidadania, não vem a ser coisa fácil em um território onde a participação política, essencial à democracia, fundamento constitucional, foi relegada a um plano secundário.

Optamos, entretanto, por começar o texto falando da cidade, da cidade enquanto espaço de liberdade para demonstrar que nem sempre tivemos uma cidadania amorfa, regulada, mínima, controlada, como a atual cidadania. A cidadania hoje, paradoxalmente, caracteriza-se pela força jurídica, e não política, pela não participação do cidadão contemporâneo, estabelecendo uma dependência do cidadão em relação ao Estado.

Expusemos que os problemas apresentados guardam relação direta com a inexistência de uma cidadania autônoma dentro da sociedade brasileira. Tornando irrealizável o exercício da cidadania em um tecido social de cidadãos dependentes do Estado.

Apresentamos, então, se seria correto falarmos de uma existência mínima no Brasil em predominância a real cidadania e apontamos que, infelizmente, a conclusão terminou por ser positiva, retratando uma imagem negativa da atual cidadania. O conflito social é característico da cidadania quando realizada em sua plenitude e, para que isso ocorra se faz necessário o reconhecimento do valor da dignidade da pessoa humana e da autonomia da vontade no pensamento kantiano, e da liberdade e do princípio da participação no pensamento de John Rawls.

Expusemos, ao longo do texto, ser o espaço da cidade um espaço de liberdade, à cidadania, embora saibamos que o habitante das áreas não urbanas podem ser, também, um cidadão, ou não. À ótica da política a cidadania deve ser exercida/realizada de forma livre e autônoma dentro do universo de pessoas livres e iguais, como exposto por Rawls.

No esteio do fundamento da dignidade da pessoa humana, elaboração teórica de base kantiana que foi esculpida como alicerce da Lei Maior Pátria, ficou clarificado que a cidadania hoje praticada está mais à ótica do preço, onde pode ser trocado por outro cidadão, ao valor inerente ao homem. Demonstrou-se, de forma legal e doutrinária, que não existe cidadania como a mesma foi pensada por Aristóteles, discutida por Coulanges, refletida por com o olhar para a ética e para a liberdade em Kant e do princípio da participação e das liberdades em Rawls.

Comprovou-se a hipótese posta de que existindo cidadania, e prática cidadã, não se faz necessário a existência da regulação da cidadania por parte do Estado. Discutiu-se, ainda, que a cidadania, como hoje é praticada, termina por negar o cidadão e reside mais próximo de um clamor popular, na expressão de Rawls alusiva aos julgamentos, do que uma prática cidadã, no sentido político do termo.

Comprovou-se, neste diapasão, da impossibilidade de avançarmos na superação da do atual modelo de cidadania sem que a liberdade de todos agindo em favor de

todos. Para tal, se faz necessário superar o individualismo contemporâneo, estabelecer uma distância do Estado como ente a conceder cidadania, procurando recuperar, aos poucos, o espaço político de que a real cidadania vem a ser a conquistada por quem detém direitos civis, políticos e sociais.

Por fim, se faz imperioso que os cidadãos contemporâneos percebam seu papel no tecido social, político e cultural e não se deixem limitar pelo mundo jurídico enquanto regulador, aqui posto no sentido de estabelecer limites à prática cidadã. A prática da liberdade, de forma autônoma, e sustentada no binômio direito/dever ou liberdade/responsabilidade, como nos ensina Rawls, é o caminho à cidadania.

Como desafio fica, ao intelectual contemporâneo, o ato de refundar a Ágora, de recuperar o debate, o embate, o diálogo. De estabelecer espaços de conversação entre os seres humanos, entre os cidadãos, de reconstruir, como bem expôs Silva (2014), o conceito de cidadania. Acima de tudo, de diminuirmos a distância da cidadania em relação à democracia como caminho a diminuir a crise no Estado Democrático de Direito.

À guisa de conclusões nos resta a obrigação de refundar o processo de socialização na busca de recuperar a liberdade perdida, da igualdade que se esvaiu, da autonomia da vontade posta à margem, em uma sociedade técnica-visual-imagética onde todos, de forma indistinta, sabem o seu papel como cidadão. A sociedade do não-lugar afirma o lugar em que cada um de nós está neste exato momento.

## 6 Referências

ARGAN, Giulio Carlo. **História da arte como história da cidade**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo, Martin Claret, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da república federativa do brasil**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Assuntos Técnicos, 2008.

BENJAMIN, Walter. **Baudelaire e a modernidade**. Belo Horizonte, Autêntica Editora, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo, Malheiros, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

COULANGES, Fustel de. **A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia antiga e de roma**. 4ª Ed. São Paulo, Edipro, 2009.

DEBRAY, Régis. **O estado sedutor: as revoluções midiológicas do poder**. Petrópolis, Vozes, 1994.

DUPAS, Gilberto. **Desafios da sociedade contemporânea**. São Paulo, Unesp, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo, Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana**.

HABERMAS, Jurgen. **O futuro da natureza humana**. São Paulo, Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **Mudança estrutural da esfera pública**. São Paulo, Editora da UNESP, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo, Martin Claret, 2008.

\_\_\_\_\_. **Crítica da razão prática**. Petrópolis, Vozes, 2016.

LANDA, Eva. **O preconceito como violência do pensamento: espaço narcísico e imagem do outro**. In HARDAN, Francisco Foot. (Org.) **Morte e progresso: cultura brasileira como apagamento de rastros**. São Paulo, Unesp, 1998.

LIPOVETSKY, Gilles. **Da leveza: rumo a uma civilização sem peso**. Barueri, Amarilys, 2016.

MEDEIROS JÚNIOR & ALMEIDA, Laryssa Mayara Alves de. **A ausência da prática cidadã no processo eleitoral brasileiro: a questão participação x voto**. In MELO, Ezilda Cláudia. (Coordenação). **Direito Eleitoral: sociedade, política e poder**. Campina Grande, AREPB, 2014.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo, Martins Fontes, 2016.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. São Paulo, Martins Fontes, 2011.

\_\_\_\_\_. **Justiça como equidade: uma reformulação**. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

SANTOS, Milton. **Metamorfoses do espaço habitado**. São Paulo, Editora Hucitec, 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros Editores Ltda., 2014.

\_\_\_\_\_. **Comentário contextual à constituição**. São Paulo, Malheiros, 2014.



# JUSTIFICATIVA DA PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA NA FILOSOFIA OCIDENTAL: DA ANTIGUIDADE AO ILUMINISMO

*Rômulo Rhemo Palitot Braga<sup>1</sup>*

*Marcelo D'Angelo Lara<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

O presente texto visa realizar um estudo sobre a evolução da filosofia ocidental, especificamente no que tange as disposições jurídicas de proteção da propriedade privada, usando como recorte temático o período compreendido entre a antiguidade clássica e o período iluminista. Toma como premissa principal o papel de destaque que a proteção da propriedade privada assume na regulamentação das relações nas sociedades civis, servindo de parâmetro para o acesso à participação política e para o exercício de direitos, mormente os individuais.

A interrogação tem como norte o fato de distintas estruturas de pensamento filosófico, a despeito da evolução do pensamento metafísico ao longo das eras, manterem bases muito semelhantes para as causas de justificação das disposições que protegem os direitos individuais por meio da propriedade privada. Do mesmo modo a consideração de que, ainda que a evolução da filosofia conduzisse o pensamento especulativo a um distanciamento entre os direitos tangíveis e intangíveis do homem, os ideais de paz social permaneceram orbitando em torno da proteção da propriedade privada como um elemento basilar de ordem na sociedade civil.

Traçada a problematização, o construto visa analisar as principais elucubrações acerca da relevância da proteção da propriedade privada na filosofia clássica, período em que, aparentemente, ocorreu a simbiose entre o direito de propriedade e os ideais de cidadania e ordem pública.

Em sequência, será analisada a filosofia medieval, dividida entre precoce (canônica) e tardia (renascentista). A primeira seção busca a compreensão de como a filosofia canônica tentou amainar a contradição entre o ideal de igualdade de todos os cidadãos e a sedimentação de uma ordem social estratificada; a segunda analisa como, mesmo diante da exacerbação do pensamento antropocentrismo na renascença, a proteção da propriedade privada foi mantida como um elemento indispensável de manutenção da ordem social.

Por fim, a análise de indicadores na filosofia iluminista, demonstrando que ainda que as massivas evoluções no campo do racionalismo e da metafísica mitigassem a valoração dos direitos materiais e das relações diretas de apropriação, a necessidade de manutenção da ordem pública na sociedade civil exigiu instrumentos efetivos de proteção da propriedade privada, integrando-os às sistemáticas jurídicas positivadas.

---

1 Professor da graduação e pós-graduação da UFPB. Advogado.

2 Doutor em Direito pelo PPGCJ da UFPB. E-mail: marcelodlara@hotmail.com.

O texto pretende demonstrar que a valoração da propriedade privada como um dos instrumentos elementares da ordenação social pôde gradativamente conferir ao direito de propriedade um caráter de valor transcendental do Direito, até que fosse integralizado no rol de garantias fundamentais da maior parte das constituições ocidentais.

Trata-se de uma pesquisa explicativa, baseada em fontes bibliográficas, analisando os escritos dos principais pensadores dos períodos apontados, bem como trabalhos de filósofos laureados que ofereceram suas interpretações sobre os eventos e fontes trabalhadas na pesquisa.

Ao final, o trabalho demonstra que as elucubrações filosóficas nos períodos estudados se mostraram indispensáveis tanto para a sedimentação da propriedade privada como um valor transcendental do Direito, quanto para o estabelecimento dos parâmetros de organização política e ordem social da modernidade.

## **2 Direito e propriedade privada: fundamentos inaugurais da ordem social ocidental**

A organização jurídica e social ocidental sofreu uma profunda influência da antiguidade, sobremaneira dos modelos grego e romano, respectivamente, nos campos da cidadania e Direito. O modelo estabelecido através da primeira revolução humana, ou a passagem da vida nômade para a sedentária (COMTE, 1988, p. 286), definiu um dos parâmetros basilares para o desenvolvimento da civilização ocidental: a definição de um modelo jurídico que estendia uma visão protecionista à propriedade privada, bem como um ideal de cidadania ligado à manutenção do *status quo* social sob um conceito de ordem pública.

Desta forma, desde os primórdios das civilizações clássicas a concepção de paz pública arvorou-se tanto na proteção dos direitos privados quanto no apaziguamento de tensões entre direitos desta natureza. A despeito da existência de um *jus publicum* que regulamentava as relações entre particulares e o Estado, o caráter oligárquico – e, não seria exagero afirmar, plutocrático – do poder político no período clássico inviabilizou o desenvolvimento de relações jurídicas que se desenvolvessem em um modelo de bilateralidade atributiva. Em virtude disso, a experiência antiga deu à posteridade uma sistematização arraigada na proteção de direitos de propriedade, que serviram como fundação para o *jus commune* romano.

A estruturação jurídica clássica trazia como pilares, no campo jurídico, a proteção da propriedade privada por meio da instituição e proteção de privilégios (*privus-lex*) e, no campo da cidadania, um modelo censitário de participação na vida política. Naturalmente, tal metodização não seria possível sem uma estrutura de pensamento e conscientização social que reafirmasse os valores normativos propostos.

A estrutura de valoração cultural que permeou o período clássico, em que a construção de um ideal de ordenação jurídica se instituiu em torno da defesa da propriedade privada, encontra estreita relação com o desenvolvimento da filosofia. A filosofia ocidental, notadamente, foi a grande responsável tanto por revoluções culturais que remodelaram parâmetros jurídicos e políticos, quanto por estabelecer estruturas de pensamento que serviram como base para sistemas de justificação e manutenção da propriedade privada como um dos valores transcendentais do Direito.

Com a evoluções das civilizações ocidentais, a filosofia manteve seu papel de principal fomentadora das estruturas de pensamento que se traduziam em regulações jurídicas, de forma a se firmar como um dos pilares de sustentação do modelo protecionista da propriedade privada. Diante desta colocação, cabe analisar como a filosofia atuou na manutenção da propriedade privada como um valor transcendental do Direito.

### 3 Filosofia na antiguidade

A filosofia teve imensa relevância na organização política da antiguidade. Fustel de Coulanges (1975, p. 251) aponta que foi a filosofia a responsável pela derrocada da velha política, “removendo o irremovível” e transferindo para a consciência humana a responsabilidade dos regramentos que, até então, eram construídos pelo sentimento religioso.

O estabelecimento do ideal de existência de uma consciência humana, capaz de ordenar naturalmente a vivência social e a política, foi inicialmente proposto por Anaxágoras<sup>3</sup>. (CURD; MCKIRAHAN, 2011, p. 101). Entretanto, sua descrença nas divindades cultuadas pelas lideranças locais, aliada ao seu hábito de esquivar-se dos deveres de cidadão culminou com o banimento de Anaxágoras de Atenas, fazendo com que suas elucubrações caíssem em relativo esquecimento.

Aristóteles, em sequência, estipula o *dikaion politikón* – traduzido em latim como o *jus civile* -, reconhecendo que o direito tem a política como substância essencial, tornando-se inútil no ambiente doméstico ou em relações entre cidades ou cidadãos de *polis* diversas (VILLEY, 2007, p. 56). Desta forma, o direito era posto como um sistema de regulamentação de relações interpessoais em determinada cidade e, assim, representava a manifestação máxima da política.

Zenão de Cítio, posteriormente, funda a escola estoica, dissonante do pensamento aristotélico por considerar a existência de uma lei comum, que serve como liame para todos os homens, quaisquer sejam seus países (PLUTARCO, 2007, p. 312). O estoicismo fornece bases para a construção de um pensamento que conjuga a prática política a essência do Direito. Em primeiro lugar, por trazer para o campo das relações jurídicas uma justificativa dogmática para os pormenores da ordenação social, de forma que eventuais injustiças decorrentes das previsões jurídicas sejam tomadas

---

<sup>3</sup> Filósofo da escola Jônica, que viveu aproximadamente em 500 a.c. Defendia a existência de uma substância eterna não organizada, que teria o caos de sua ordem primitiva ordenada por uma inteligência, ou *nous*.

como uma consequência natural da ordenação do próprio universo. Em segundo lugar, por estabelecer como virtude plena o acatamento das leis da natureza, tais como se apresentam ao indivíduo (RUSSEL, 2013, p. 254). A natureza seria a soma de todas as coisas em um sistema singular, que encerraria a divindade como a alma do universo, contra cuja sabedoria não caberia indignação ou discordância.

As construções filosóficas romanas caminharam no mesmo sentido. Certamente, pela massiva influência na escola estoica no império romano, ao menos até o fechamento das escolas de filosofia pagã por Justiniano, em 529 d.c. (MURRAY, 1915, p. 25).

O ideário jurídico romano, entretanto, teve o caráter de universalização da justiça relativizado por uma visão particular de autonomia de direito, mormente nas relações instituídas no âmbito do *domus*<sup>4</sup>. Tal visão conferiu autonomia plena ao chefe de família, relegando ao Direito a função de regulamentar outras modalidades de interações sociais. Essas interações ocorriam, comumente, entre patrícios, ou entre patrícios e plebeus, de forma que se tornou imperativo zelar pela manutenção dos estamentos política e culturalmente determinados.

Assim, a ideia de Direito em Roma foi embasada no que se traduz pelo brocardo *suum cuique tribuendi*, conforme teria preconizado Ulpiano no Digesto Justiniano (1904, I; I; 10) estabelecendo obrigações oponíveis a terceiros. Esta oposição de direitos a terceiros pressupõe, naturalmente, a concretização anterior de um direito individual a ser protegido, relacionando o dever-ser a um título, ou algo que é devido ao titular do direito pelos demais cidadãos.

Conforme preceitua Javier Hervada (2008, p. 140), a satisfação deste título na forma de direito seria caracterizada intrínseca e extrinsecamente por uma garantia ou previsão de um domínio de fato e, conseqüentemente, pela proteção deste domínio. Em suma, a ideia de Direito seria precedida pela apropriação de um determinado título e, após essa apropriação, pela proteção do título em proveito de seu detentor. Nesse sentido, se avultou a dissociação feita pelos romanos entre o direito de propriedade e o sentido vago e indeterminado da posse (ANDERSON, 1984, p. 72), posicionando a propriedade privada como o elemento central da ordenação jurídica do lácio.

O Direito, por este motivo, somente poderia ser visto como relação, e não como substância, estando estritamente ligado a uma relação de suidade. Nesse sentido, o fundamento do direito não seria o título em si, mas o que fundamenta a relação de suidade, a qual garante ao sujeito a possibilidade de possuir o título (HERVADA, 2008, p. 159).

A constituição deste modelo jurídico fomentou o estabelecimento de uma relação direta entre a vivência da cidadania e o ideal de liberdade intrinsecamente ligado à proteção do patrimônio. A ordem jurídica, portanto, não possuía o intento de promover justiça ou prever atribuições de forma equânime, mas sim de operar na manutenção do *status quo*. Os próprios conceitos de propriedade privada, privacidade e intimidade transmitidos pelo pensamento romano à cultura medieval reforçavam esta metodologia de valoração.

---

4 Denominação do espaço de convivência familiar romana, sob domínio absoluto do *pater familias*.

Notadamente, as construções expostas representavam uma contradição, traduzida num posicionamento dicotômico entre direito privado e interesse público. A aparente solução encontrada pelos romanos foi a criação de uma ideia de liberdade inteiramente ligada ao conceito de cidadania, conceituação esta de natureza completamente proclamativa, derivada da *Lex Julia de civitate Latinis danda*, aprovada por Júlio César em 90 a.c.; e do Édito de Caracala<sup>5</sup>, ambas regulamentações que estendiam a cidadania romana a todos os súditos do império, estabelecendo a diferenciação entre o *homo humanus* e o *homo barbarus* (DOUZINAS, 2011, p. 4). Mais adiante Justiniano, em seu *Corpus Juris Civilis* (529-534 d.c.), sedimentaria a divisão da população romana entre cidadãos e escravos.

O que a experiência romana produziu, em sentido filosófico, foi uma supervalorização do direito privado que, conforme preconizou Kant (1993, p. 88), reproduzia um estado de natureza, sem opor-se a condição social dos indivíduos. Tal estrutura jurídica, ainda que tivesse sido estabelecida sem um comum acordo entre todos os envolvidos (LOCKE, 1998, p. 42), se fez legítima através da convalidação pelos organismos jurídicos à época estabelecidos.

O resultado de tais construções filosófico-jurídicas foi a estruturação do Estado como um organismo que visava a proteção dos que detinham posses contra o que nada possuíam (ENGELS, 2009, p. 194). A instituição da lei canônica no império de Constantino, através do Primeiro Concílio de Niceia (325 d.c.), sedimentou finalmente a estrutura de pensamento vigente, constituindo o direito das gentes como uma derivativo da razão natural, comum a todos os povos (RODRIGUES, 1879, p. 10).

#### 4 Filosofia medieval

A realidade imposta pelo pensamento romano traçou um panorama de proteção das liberdades individuais vinculado a uma ideia de manutenção de direitos em consideração às viabilidades de posse dos cidadãos protegidos. Os direitos individuais na idade média se distribuíram em esferas: a primeira delas, a proteção dos direitos garantidos a todo povo – no sentido empregado por Justiniano à expressão<sup>6</sup> –, como a vida, integridade corporal ou a liberdade de locomoção; a segunda, pela proteção dos privilégios da nobreza e do clero, como os direitos sobre as terras e direitos políticos; e a terceira e última, na proteção do *status quo*, em que o Direito buscava manter o equilíbrio nas relações interpessoais através da manutenção dos títulos jurídicos previamente estabelecidos.

Na forma da última esfera de proteção mencionada, o estabelecimento do Direito enquanto meio de manutenção do *status quo* poderia ser visto como forma de igualdade, uma vez que a distribuição ou atribuição conforme a lei promoveria, nas palavras de Tomás de Aquino (2001), o *adaequatio* (adequação) ou *commensuratio* (ajustamento),

5 Também chamada de Constituição Antonina, foi um édito publicado pelo imperador Marco Aurélio Antonino em 212 d.c.

6 As institutas de Justiniano classificavam a população de Roma diferindo povo (conjunto de toda população), de plebe (conjunto de cidadãos, excluídos os senadores e patrícios).

trazendo o equilíbrio que a justiça busca produzir nas relações humanas. O Direito então representaria o equilíbrio entre as relações de obrigatoriedade e domínio que regem as inter-relações humanas de forma a, fundamentalmente, manter a relação entre um direito e seu titular.

O desafio filosófico decorrente dessas construções notadamente repousou na contradição entre a ideia de igualdade de todos os cidadãos, e a realidade de concentração dos direitos de propriedade nas mãos dos privilegiados. Sobretudo quando a expansão das normatizações jurídicas passou a abranger e prever uma série de limitações ao poder do Estado gozáveis, somente, por quem era detentor de posses<sup>7</sup>. Coube ao direito canônico trabalhar essas contradições filosóficas, estabelecendo a dogmática jurídica que serviu como principal elemento de justificação da doutrina jurídica medieval.

#### 4.1 Filosofia canônica, ou medieval precoce

A doutrina escolástica, ao aliar-se ao estoicismo helênico, bem como ceder às influências neoplatônicas, não prestou melhor serviço para a construção de uma ideologia de existência de direitos individuais dissociados do direito à propriedade. Inicialmente, através de Agostinho de Hipona (1995, p. 41), ao estabelecer a existência de uma lei eterna, intrinsecamente ligada a uma razão suprema - ou o *nous*, remetendo ao pensamento de Anaxágoras -, e uma lei temporal, esta última capaz de proteger o ser humano no campo das coisas temporais, salvaguardando a ordem e a paz social. Agostinho sustentava que a real liberdade era a libertação do pecado, ou manutenção do caminho da retidão, de forma que o respeito à lei temporal se tornava condição elementar para a satisfação dos ditames da lei eterna.

A construção escolástica se mostra evasiva ao negar a incidência da equanimidade estoicista nas leis temporais, limitando-se a conclusão de que a verdadeira igualdade repousa no campo do espírito. Não divergiu Tomas de Aquino (2001, p. 279), ao afirmar que o ser humano tem direitos que fazem parte de sua natureza, pois lhe foram dados por Deus, o que coaduna com a tese aristotélica de que os homens são dispostos, por natureza, entre livres e escravos.

Neste período, avultou-se o fenômeno que Michel Villey (2007, p. 140) observou na baixa idade média, através do qual se deu a perda das distinções feitas pela filosofia clássica, alçando a metafísica como precedente da física e da moral, de forma que os princípios da lei natural se tornassem oriente dos princípios da razão.

A doutrina eclesiástica preocupou-se em viabilizar a construção de uma dogmática própria das leis mundanas, em que o sentido de suas regulamentações repousa em seus fundamentos de aplicação prática, de forma a desonerar a dogmática religiosa de responsabilidade sobre a inexistência de igualdade entre os homens. A existência de eventuais contradições, como foi posteriormente explicitado por Gottfried Wilhelm

---

<sup>7</sup> Como exemplo cabe indicar a *Magna Carta* inglesa de 1215 que, embora estabelecesse uma série de direitos e de limitações do *imperium* real, beneficiava exclusivamente os barões feudais e demais proprietários de terras.

Leibniz no seu princípio da razão suficiente (PRUSS, 2006), deriva diretamente dos ditames da natureza, que “não realiza saltos” em seus processos evolutivos (LEIBNIZ, 1996, IV, 16), de forma que os desígnios divinos sempre se manifestam da maneira mais proveitosa para a humanidade.

Esta visão não representaria um problema para o desenvolvimento da ordem jurídica ocidental, exceto pelo fato de a formação dos sistemas jurídicos do oeste europeu no segundo milênio sofrer influência massiva do Direito Canônico.

#### 4.2 Filosofia renascentista ou medieval tardia

No período mais avançado da idade média, com o advento da renascença, o humanismo renascentista, proposto por Francesco Petrarca, trazia como elemento central uma visão antropocêntrica do universo (PFEIFFER, 1981, p. 18). A nova estrutura de pensamento trouxe o homem como o centro do pensamento filosófico, representando um importante passo para o rompimento com a ideia de existência de um determinismo metafísico que regulava as relações jurídicas de atributividade.

Entretanto, o caminho tomado por Petrarca e demais renascentistas convergiu para o estudo de estruturas culturais, filosóficas e jurídicas instituídas pela historicidade das civilizações. Isto fez com que o pensamento da antiguidade se tornasse a principal fonte através da qual o pensamento filosófico ocidental foi reconstruído. Posteriormente, o Direito ocidental sofreu alterações trazidas pela reaproximação com o Digesto Justiniano, de forma que o direito civil estabelecido através das regras do *jus commune* romano se instaurou como a base das sistemáticas jurídicas do oeste europeu.

A atuação de Coluccio Salutati – um dos principais discípulos de Petrarca -, como Chanceler de Florença promoveu o afastamento da filosofia humanista da filosofia canônica (WITT, 2000, p. 305). Salutati apoiou um dos primeiros seguidores imediatos de Petrarca, Leonardo Bruni, que estabeleceu o *studia humanitatis*, sedimentando o humanismo e traduzindo para o latim os principais escritos de filosofia grega (BURKE, 1908). Este fato, aliado a uma exacerbada valorização dos escritos de Cícero, posicionou definitivamente o ideário patrimonialista proposto pelo direito civil romano como elemento central da ordenação jurídica, ainda derivativo de uma estruturação que elevasse os direitos de propriedade a categoria suprema de direitos, cumpre destacar. O sentido de ordem jurídica, por meio da manutenção do *status quo* como pressuposto de paz social, foi o que permeou os construtos filosóficos-jurídicos daquele período.

Na esteira da gênese humanista um outro pensador, Poggio Bracciolini, sedimentou-se um conceito que traduz como o pensamento adotado na instituição do *jus commune* romano foi reproduzido no modelo legal renascentista, ao reconhecer que as leis são impostas pelos mais fortes para manter a coesão do estado, de forma a reproduzir um pensamento próprio do maquiavelismo antes do próprio Maquiavel (WALSER, 1974, p. 258).

O desenvolvimento deste pensamento conduziu paulatinamente a Europa ocidental para o que foi denominado humanismo cívico (BIGNOTTO, 2013, p. 113), consistente na reformulação do pensamento político medieval. Decerto que o principal expoente deste novo modelo de pensamento filosófico foi Nicolau Maquiavel, que se dedicou a analisar os pormenores e as consequências do novo processo evolutivo de organização política das cidades-estados europeias.

Como o humanismo defendia os ideais de liberdade do indivíduo, a organização social embasada no determinismo metafísico que predispunha as relações patrimoniais e reclamava a sua cega proteção tornou-se inconciliável com a construção filosófica de que o homem era livre e autônomo por sua natureza. Foi necessário, portanto, estabelecer um novo caminho.

Os passos iniciais traçados pelo renascentismo conduzem a Europa ao Republicanismo clássico, em que se observam relevantes evoluções no que se refere à ordenação social. Os governos passaram a ser organizar em sociedades civis que, por sua vez, cultuavam a virtude civil como liame das civilizações organizadas, cercadas pela barbárie (HALE, 1995). Tal evolução, certamente, conferiu ao indivíduo maior autonomia, por meio do afastamento da concepção que a sua condição seria um derivativo de uma ordenação inata e imutável.

Nesse sentido tomou vulto a visão de Maquiavel, de que a proteção da ordem política - respeitando a liberdade e as peculiaridades do homem -, não perpassava a distribuição de riquezas, nem tampouco reclamava um redimensionamento das relações de atributividade no Direito Civil. Ao contrário, repousaria no Direito Público a responsabilidade pela manutenção da ordem social, uma vez que a classe desprovida de riquezas, a qual representava a maioria absoluta da população de um estado, preocupava-se mais em ser protegida dos abusos daqueles que ocupavam o poder que propriamente em tomar parte em seu exercício (BIGNOTTO, 2003, p. 43).

Isto fez com que o Direito da idade média tardia reiterasse os moldes de proteção patrimonial do direito romano, ainda que sobre outra roupagem. O *jus publicum* passa a tomar gradativo destaque, conciliando sobre o ideal de manutenção da ordem pública o interesse das classes abastadas em proteger suas posses, e o das classes menos favorecidas de limitar o *imperium* do Estado. Esta tradição foi transmitida às colônias por meio de suas ordenações, pulverizando o pensamento jurídico romano e o humanismo cívico em todo ocidente.

Vencida esta etapa, a autonomia do indivíduo proposta pelo antropocentrismo humanista gerou uma nova gama de tensões sociais, que foram melhor trabalhadas por meio da filosofia iluminista.

## **5 Filosofia iluminista**

O advento da filosofia moderna, sobretudo sobre influência da obra de René Descartes, provocou uma revolução no pensamento humano (RUSSEL, 2013, p. 511). O pensamento cartesiano, voltando para a valorização da racionalidade e para a expansão do conceito de liberdade, deu à filosofia a metafísica moderna, bem como estabeleceu as bases definitivas para a antropologia (HEIDEGGER, 1977, p. 70-76).

Inicialmente, se estabeleceu o racionalismo, que colocou em segundo o plano as preocupações com a proteção patrimonial, assim como a percepção do direito como um instrumento de regulação de relações de atributividade. O pensamento filosófico tratou de investigar o comportamento humano tendo como objetivo a proteção do bem comum, de forma que as experiências humanas seriam mais úteis ao se voltarem para a evolução do próprio homem.

A partir deste marco, a despeito das revoluções e insurgências motivadas pelo pensamento iluminista – que não cabem a este trabalho esmiuçar –, surgiu concomitantemente uma preocupação em justificar as estruturas que regulam a ordem social, a fim de evitar o estabelecimento de modelos caóticos de reorganização civil.

A primeira estrutura de pensamento a ser preservada foi a de que o Direito se desenvolvia, e assim deveria permanecer sendo visto, como uma forma de relação (VILLEY, 2007, 1963). Desta forma, o pensamento iluminista conduziu o racionalismo à compreensão de que, a despeito da liberdade de que é dotado todo homem, os direitos de natureza próprios de cada indivíduo deveriam ser ordenados na forma de direitos comuns, provendo uma cooperação comunitária que, na forma de Estado, garantia segurança a todos os seus (DE SPINOZA, 2009, p. 19). O mesmo Spinoza (2009, p. 21) ampliaria o seu conceito, ao estabelecer que o consenso comum estabeleceria as regras que, seguidas por cada indivíduo, garantiriam a ordem social e manteriam a duradoura relação entre direito e vontade social. Inobstante, as elaborações filosóficas de Spinoza tendem mesmo a justificar eventuais elaborações acerca da injustiça nas relações de atributividade, arrazoando que as disposições que parecem absurdas ao indivíduo, o são por incompreensão da coerência da natureza (DE SPINOZA, 2009, p. 16).

Essa estrutura de pensamento converge para a manutenção das relações de atributividade que provocam a organização social e, naturalmente, a mantém. Desta forma, indiretamente, serve à perpetuação do modelo patrimonialista que reúne em virtude de interesses mútuos o detentor de propriedade privada e aquele que do primeiro depende para a sua subsistência. Assim se manifesta o modelo de conflito dialético hegeliano (HEGEL, 1992, §190), em que a relação de dependência entre sujeitos gera a relação de atributividade que confere vida ao Direito, fazendo do Estado a realidade da ideia moral.

Sedimentando esta visão John Locke (1998, p. 35) apresentou visão um tanto mais ponderada, ao reconhecer que o poder político se ordena no sentido de regulamentar e preservar a propriedade, valendo-se da forma necessária para a manutenção das relações de atributividade e, com elas, a paz social. Locke (1998, p. 69) apontou que a

reunião em sociedade, ainda que reclame um tributo de liberdade de cada indivíduo, é a todos proveitosa por promover a salvaguarda da vida, liberdade e patrimônio, em contraste às incertezas da vivência em estado de natureza. Em sequência, elucubra a necessidade de coerência entre as leis mundanas e as leis morais universais (LOCKE, 1998, p. 72) o que, mais uma vez, reforça a valoração filosófica da propriedade privada como um valor transcendental do Direito.

Um dos mais incipientes pensadores influenciados por Locke, David Hume (2009, III, 3, 2) reafirmou a ideia de que a propriedade privada é a base da ordenação social, e a própria razão das leis e do governo.

A filosofia iluminista, no que se refere ao Direito, encontra em Immanuel Kant o seu mais relevante expoente. Em um momento em que o avanço da modernidade provoca a irreversível crise do modelo jusnaturalista teológico, a necessidade de reconsideração da política como uma obra humana (LIMA, 2017, p. 75) demanda reflexão sobre os valores basilares do Direito.

No que se refere ao estabelecimento de Direitos individuais, Kant (1993, II, I, XLIX) conceitua o direito de propriedade como o primeiro direito passível de aquisição, porém sob um prisma de existência de um poder do Estado (*dominus territorii*), dividido entre os cidadãos que sobre ele exercem direitos reais, de forma distributiva. Desta forma, reconhece a propriedade privada como uma das primeiras conveniências de um povo em seu processo de regulação social<sup>8</sup>.

Esta estrutura de pensamento viria a contrariar diretamente qualquer estabelecimento jurídico embasado num viés teológico uma vez que a aquisição preemptória de direitos somente seria possível no estado social, em oposto da aquisição meramente provisória do estado de natureza (KANT, 1993, II, I, XV).

No que se refere às relações de posse e propriedade, Kant (2003, p. 107) observou que as relações de suidade não estabelecem direitos entre pessoas e coisas, mas sim entre pessoas, de forma que o direito de propriedade não configura um direito natural ou elementar de um indivíduo sobre um objeto, mas sim de uma obrigação moral entre indivíduos, que respeitam as relações predispostas de apropriação. Em defesa dessas relações jurídicas moralmente estabelecidas, Kant vincula a ideia de coerção como uma reação contra um exercício de liberdade contrária aos direitos previamente estabelecidos como necessária e justa (KANT, 2003, p. 77).

Por fim, estabelece Kant (2003, p. 154) que a coerção serve como um refreamento à malevolente tendência dos seres humanos de atacarem a si próprios de forma que o direito existe, também, como um importante instrumento de refreamento de violências recíprocas. O autor ainda aduz que, embora o estado de natureza não configure, de *per si*, uma condição de injustiça, seria sempre dotado de injustiça, enquanto incapaz de delimitar a graduação de força de cada um dos seus indivíduos.

---

<sup>8</sup> Cabe ressaltar que Kant não conceitua a propriedade privada como um direito de gênese e pressuposto elementar da organização jurídica uma vez que, no mesmo escrito, excetua os povos nômades, admitindo a sua organização jurídica e a construção de seus valores morais, independente da apropriação de algum quinhão de solo.

O pensamento kantiano marca a redefinição do direito de propriedade na lógica iluminista, indicando o rompimento com o sistema inicial de valoração da antiguidade, bem como com as predisposições estoicistas de propriedade. Entretanto coroa o ideário que, de forma marginal, atuou de maneira constante durante o avanço das disposições jurídicas e filosóficas nos dois milênios entre a antiguidade e o iluminismo, no sentido de que a proteção da propriedade privada é um pressuposto elementar de manutenção da ordem social.

Diante deste quadro evolutivo, o direito de propriedade – especificamente na forma de proteção da propriedade privada –, passa a integrar o rol de direitos elementares da grande maioria das constituições que, paulatinamente, passam a surgir no ocidente, sedimentando definitivamente a propriedade privada como um valor transcendental do Direito, demandando a sua proteção pelo arcabouço coercitivo do Estado.

## **6 Considerações finais**

A estipulação da propriedade privada enquanto um dos direitos individuais precedentes marca sobremaneira o estabelecimento e a evolução das sistemáticas jurídicas ocidentais. Não por considerar que a preocupação premente de qualquer civilização da antiguidade era estabelecer a distribuição da propriedade privada e sua subsequente proteção, o que seria um erro. Mas sim em virtude de um desdobramento óbvio da evolução política da humanidade, provocada pela criação de um modelo político participativo, e decorrente do senso comum de que seria impossível a consideração de uma nação pertencente a todos os seus cidadãos, em que caberia ao soberano a propriedade e o controle de todas as coisas.

Desde a passagem do modelo de estado natural para o de sociedade civil, inicialmente por meio da apropriação da terra, o homem passa a buscar outros títulos de apropriação na forma de direitos oponíveis a terceiros. Estabelecidos estes títulos, sobre sua propriedade e visando sua proteção vão se construindo relações e tensões sociais, que passam a ocupar relevante espaço na ordenação das sociedades.

A propriedade privada surge na antiguidade mais como o primeiro espaço de limitação do poder público – configurando um espaço de isenção nas relações de subordinação –, que propriamente um direito precedente. Inicialmente como um direito de controle, por parte daquele que integra determinada sociedade, de uma parcela do território ocupado por sua civilização, que se rege de acordo com suas regras pessoais, porém sempre a serviço de um bem maior, a manutenção do próprio Estado.

Essa construção filosófica corresponde ao primeiro parâmetro de liberdade e paz da antiguidade: a manutenção da urbe que serve ao cidadão tanto como espaço de convivência, quando de proteção contra eventuais usurpações bárbaras. Desta deriva o estágio inicial de significação da propriedade privada como um valor basilar nas civilizações vetustas, transformando-a no próprio liame que conduz a comunhão de interesses dos seus cidadãos. O fenômeno se reforça, inicialmente, por meio de uma

visão de cidadania exclusiva aos proprietários de terras; em sequência, torna-se ainda mais forte em virtude das relações de clientelismo progressivamente estabelecidas.

Posteriormente, a sedimentação dessa estrutura de pensamento, na forma do *suum cuique tribuendi*, garante ao indivíduo a manutenção do seu *status quo*, de forma que a ideia de ordem social é absorvida como a exata manutenção da realidade de determinada sociedade. Tal elucubração encontra tanto amparo metafísico – uma vez que o senso geral instituído é que a distribuição de posses obedece a uma ordem natural superior –, quanto lógico, uma vez que a contrariedade aos regramentos instituídos poderia conduzir a sociedade a um outro estado social, mais precisamente um *status quo ante pacem*.

No mesmo diapasão, a conversão do clientelismo em vassalagem no período medieval preserva os liames de dependência na vivência social dos feudos, ao tempo em que a estratificação social imposta naquele momento histórico concentra o poder político nas camadas mais abastadas, fazendo com que a regulamentação das relações de atributividade tenha como parâmetro principal a manutenção do domínio preestabelecido sobre bens.

Em virtude dessa visão logicamente estabelecida, a evolução do pensamento jurídico ocidental manteve como liame a necessidade de guarda de um valor inalterável: a preservação da paz social o que, em sentido jurídico, correspondia a salvaguarda das relações de atributividade já instituídas.

Não só isso: no período medieval tardio e na idade moderna correspondentes ao período em que se instaurou a filosofia renascentista e iluminista, quanto mais as relações embasadas no direito público se tornavam inconstantes, em virtude de diversos fatores de conflagração, tanto mais as civilizações buscavam sustentar as relações civis que pareciam servir de base para a ordem jurídica.

Neste período a propriedade privada assume um valor simbólico, tomando vulto junto a outros valores substanciais do Direito, tais como liberdade, honra, dignidade e privacidade. Uma vez inserida neste arcabouço de valores, a propriedade privada passa a integrar uma disposição retórica que insinua uma ligação inseparável entre a sua proteção e a manutenção da ordem pública.

Estabelecido o liame emergem, também, novos sentidos para atos atentatórios à disposição jurídica da propriedade privada, uma vez que esta não é mais vista como objeto de distribuição inata por uma ordem universal, nem tampouco adquirida como substrato de ações consecutivas de apropriação e usurpação ao longo da história, mas sim como um título oponível a todos os cidadãos de determinada sociedade por meio das disposições legais e do consenso geral que compõe o contrato de formação daquele próprio estado. Além disso, o universalismo dos direitos proposto pelo pensamento racional iluminista projeta o simbolismo proposto à esfera de direito inalienável.

A partir deste modelo de pensamento, eventuais turbações ao direito de propriedade passam a ser vistas tanto quanto ofensas aos parâmetros morais que permeiam as relações de atributividade, quanto como fator de geração de tensões sociais capazes de colocar em risco os ideais propostos de ordem pública. Tensões consideravelmente mais sensíveis uma vez que, dado o caráter material de seu objeto de proteção, não

raramente prescindem de mensuração metafísica de sua potencialidade lesiva, ao oposto de atentados a outros direitos inalienáveis, como a liberdade, a honra e a privacidade, em torno dos quais nem sempre é possível predispor instrumentos efetivos de defesa.

Diante de tais tensões, a proteção dos títulos jurídicos previamente estabelecidos em relações de coordenação tornou-se um fator essencial de organização das sociedades políticas, de forma que a propriedade privada assumisse o papel de valor transcendental do Direito. Assim, a filosofia contemporânea, seguida pelas cartas constitucionais que foram aos poucos se proliferando após o período iluminista, sedimentaram a visão de que a função precípua do Estado é manter a paz social e o respeito aos direitos individuais de seus cidadãos, entre os quais se encontra com relativo destaque o direito de propriedade.

## **7 Referências**

ANDERSON, Perry. **Linhagens do estado absolutista**. Lisboa: Afrontamento, 1984

AQUINO, Tomás de. **Suma teológica**. Tradução de Aimom-Marie Roguet et al. São Paulo: Loyola, v. 1, 2001.

BIGNOTTO, Newton. **Maquiavel**. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

\_\_\_\_ (Org). **Matrizes do Republicanismo**. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

BURKE, Edmund. Leonardo Bruni. **The Catholic Encyclopedia**, v. 3, 1908.

COMTE, Auguste. **Curso de filosofia positiva; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista**. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. **A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma**. Tradução de Jonas Camargo Leite e Eduardo Fonseca. São Paulo: Hemus, 1975.

CURD, Patricia; MCKIRAHAN, Richard D. **A Presocratics reader: selected fragments and testimonia**. Indianápolis: Hackett Publishing, 2011.

DOUZINAS, Costas. **Os Paradoxos dos Direitos Humanos**. Trad. Caius Brandão. Anuário do Núcleo Interdisciplinar de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos, v. 1, n. 1, 2011.

ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Joinville: Clube de Autores, 2009.

HALE, John. **Civilization of Europe in the Renaissance**. Nova York: Simon and Schuster, 1995.

HEGEL, Georg W. F. **Fenomenologia do espírito, parte I**. Petrópolis: Vozes, 1992.

HEIDEGGER, Martin. The age of the world picture. *In: Science and the quest for*

- reality**. Londres: Palgrave Macmillan, 1977.
- HERVADA, Javier. **Lições propedêuticas de filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- HUME, David. **Tratado da natureza humana**. 2. ed. Edição. São Paulo: Unesp, 2009.
- JUSTINIAN I. **Digest**, Trad. Charles Henry Monro, M.A. London, C. J. CLAY & Sons, 1904, vol.1.
- KANT, Immanuel. **Doutrina do direito**. São Paulo: Ícone Ed., 1993.
- \_\_\_\_\_. **Metafísica dos costumes**. São Paulo: Edipro, 2003.
- LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **New Essays on Human Understanding**. Cambridge: University Press, 1996.
- LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.
- LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo civil**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MURRAY, Gilbert. **The Stoic Philosophy**. Nova York: Knickerbocker, 1915.
- PFEIFFER, Rudolf. **Historia de la filología clásica II: de 1300 a 1850**. Madrid: Gredos, 1981.
- PLUTARCO. Discursos I, II. Sobre la Fortuna o la virtud de Alejandro Magno, I, 6. In: PECES-BARBA, Gregório Martínez. **Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos**. Madrid: Espasa, 2007. p. 312.
- PRUSS, Alexander R. **The Principle of Sufficient Reason: A Reassessment**. Cambridge: Cambridge University Press. 2006.
- RODRIGUES, Antônio Coelho. **Institutas do imperador Justiniano**. V. 1. Recife: Typographia Mercantil, 1879.
- RUSSELL, Bertrand. **History of Western Philosophy: Collectors Edition**. Abingdon-on-Thames: Routledge, 2013.
- SANTO AGOSTINHO. **O Livre-arbítrio**. 3. ed. Tradução Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.
- SPINOZA, Baruch. **Tratado político**. São Paulo, Martins Fontes, 2009.
- VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- WALSER, Ernst. **Poggius Florentinus**. Nova York: Georg Olms Verlag, 1974.
- WITT, Ronald. **In the Footsteps of the Ancients: The Origins of Humanism from Lovato to Bruni**. Boston: Brill, 2000.

# A CIDADANIA COMO PILAR DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Reginaldo Gonçalves Gomes<sup>1</sup>  
Frederico de Carvalho Figueiredo<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

A cidadania é tema debatido desde a antiguidade até a contemporaneidade e se serviu de várias teorias. Serão abordadas neste artigo as várias concepções de cidadania. No entanto, opta-se pela concepção de Leal (2016a) que entende que cidadania é uma instituição e está em igualdade com o Estado, que também é uma instituição, e, ainda que a: “Cidadania é um deliberado vínculo jurídico-político-constitucional [...]” (LEAL, 2016a, p. 130). Outrossim, a cidadania participativa como concebida por Kant a partir de uma liberdade crítica está em consonância com a democracia tal qual se entende na contemporaneidade (LIMA, 2017).

O presente artigo adota como marco teórico a conclusão de Leal (2016a), que espousa o entendimento que cidadania é uma instituição tal qual é o Estado e, ainda, como método, opta-se pelo racionalismo crítico desenvolvido por Karl Popper. Defende-se neste artigo que a cidadania é o pilar do Estado Democrático de Direito.

Com finalidade de se alcançar os objetivos propostos, o artigo apresenta a introdução ao tema e os demais itens são estruturados da forma seguinte: Após esta breve introdução, será abordada a cidadania com base no status social; na seqüência, discute-se a cidadania com base no contrato social e na representatividade; será tratada também a cidadania como pilar do Estado Democrático de Direito objetivo maior deste trabalho, e, por fim, apresenta-se a conclusão.

## 2 Cidadania com base no *status social*

Ao longo dos séculos, não importando o regime de governo, a cidadania tem sido exercida pelos homens de alguma forma. Entre tiranias e oligarquias, ditaduras e plutocracias, a cidadania aparece com as restrições demandadas por cada um destes regimes, naturalmente. Mas somente na Democracia é que a cidadania terá como preceito, entre outros, a igualdade entre as pessoas.

1 Doutorando em Processo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade de Itaúna (2014). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Sete Lagoas (1999), Licenciado em Letras pela Faculdade de Letras da UFMG (1992). Grupos de pesquisa: 1) Núcleo de processo coletivo democrático em rede. Coordenador: Vicente de Paula Maciel Junior - PUC Minas. Direito 26/01/2017. Certificado; 2) Filosofia do direito e pensamento político. Coordenador: Newton de Oliveira Lima – UFPB. Direito 30/12/2017. Em preenchimento. Email: regisgomes@yahoo.com.br

2 Doutor em Gestão Urbana pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2014). Mestre em Administração pela Universidade Federal de Lavras (2010). Bacharel em Direito pela Faculdade Milton Campos (2006). Professor/pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Local do Centro Universitário UNA. Projeto de pesquisa: Cidade Digital Estratégica: modelos e experiências em municípios. Email: prof.frederico.figueiredo@gmail.com.

A democracia tem sido objeto de discussão desde a idade antiga, e como expressão dela, a cidadania. Na Grécia antiga, século V. a. C., O cidadão tinha de ter algum *status* na *polis* para participara da vida política (GOYARD-FABRE, 2003).

Na Grécia antiga, os cidadãos que tinham certos requisitos eram chamados para decidir assuntos da polis. Não havia uma autoinclusão do cidadão nos assuntos da polis, nem eram chamados à participação. A cidadania era concedida apenas aos cidadãos que detinham posses. Portanto, era um grupo pequeno de pessoas que podiam participar do espaço decisório lá existente. Ficavam de fora da participação os comerciantes, artesãos, mulheres, escravos e estrangeiros, os quais não eram considerados cidadãos. Daí já se nota que a democracia grega era bastante restritiva (GOYARD-FABRE, 2003).

Em oposição à democracia, havia o regime da oligarquia, que, entre outros aspectos, tinha como ponto a distribuição de cargos da Cidade-Estado por critérios de nobreza e riqueza.

A democracia grega era considerada por Platão como uma “autonomia com ausência de lei, liberdade com licença, e igualdade perante a lei com desordem” (POPPER, 2015, p. 67). Desse modo, a cidadania estava vinculada aos desígnios da coletividade (Estado). Não se podia extrair da cidadania quaisquer aspectos sobre a liberdade e igualdade dos cidadãos, vez que a individualidade do cidadão era sobreposta pelos fins da coletividade.

Popper (2015) afirma que, na verdade, Platão criticava os sustentáculos da democracia, cujo principal expoente foi Péricles, “que formulou o princípio da igualdade perante a lei e do individualismo político, e Heródoto, que foi bem recebido e aclamado na cidade de Péricles como autor de uma obra que glorificava esses princípios.” (POPPER, 2015, p. 230).

Interpretando a obra a “República” de Platão, Popper (2015) aponta a contestação platônica do individualismo (ou seja, democracia como expressão do individualismo), contrapondo-o com o coletivismo (identificado-o como o Estado soberano), o qual deve guiar o destino dos cidadãos. Para o autor, o programa político de Platão é identificado como uma espécie de totalitarismo (POPPER, 2015).

Não passaram despercebido por Bobbio (2017) os ataques de Platão à democracia ao afirmar que ele (Platão) era “antidemocrático” (Bobbio, 2017, p. 52) e, ainda,

[...]. Durante séculos, de Platão a Hegel, a democracia foi condenada como forma de governo má em si mesma, por ser o governo do povo e o povo, degradado a massa, a multidão, a plebe, não estar em condições de governar: o rebanho precisa do pastor, a chusma do timoneiro, o filho pequeno do pai, os órgãos do corpo da cabeça, para recordar algumas das metáforas tradicionais. (BOBBIO, 2017, p. 159).

Apesar das críticas de Platão à democracia, ela não desapareceu da Grécia antiga, ou mesmo da modernidade ou contemporaneidade. Eduardo Colombo (2006) afirma que esse modelo, sem infirmar sua importância, não serve para as sociedades modernas.

Naturalmente, a cidadania como expressão da democracia só passa a englobar a

liberdade e igualdade na modernidade. No entanto, só a partir de sua (des)construção<sup>3</sup> na antiguidade é que se entenderá cidadania na forma que se entende na contemporaneidade.

### **3 Cidadania com base no contrato social**

O debate democrático na modernidade é tratado por vários filósofos que defendem um conceito próprio de cidadania. Apesar dessa quantidade, ainda existe um hiato entre tal debate e a cidadania democrática que deveria ser contemporaneamente entendida.

Hobbes (2003), em sua obra “Leviatã”, defende que o soberano é o representante dos cidadãos para defendê-los de ameaças internas e externas, enquanto Jean-Jacques Rousseau desenvolve a tese de que a soberania vincula-se à vontade geral. Hobbes (2003) diz que:

[...] é conferir toda força e poder a um homem, ou a uma assembléia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. Isso quer dizer: designar um homem ou uma assembléia de homens como representante deles próprios, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele que os representa praticar ou vier a realizar, em tudo o que disser respeito à paz e segurança comuns. (HOBBS, 2003, p. 130).

Nessa teoria, a liberdade dos cidadãos e sua igualdade ficam comprometidas, pois o soberano tem poderes ilimitados. Percebe-se isso claramente quando Hobbes (2003, p. 160) afirma que “[...] a liberdade dos súditos, portanto, está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o soberano permitiu.”

Fica claro que a cidadania está, sob esta visão, umbilicalmente vinculada à vontade do soberano. É o soberano que dirá ao cidadão o que ele pode ou não fazer. Considerando, ainda, que as leis são feitas sem a sua participação não há como garantir efetiva atuação cidadã. Daí porque a teoria Hobbesiana não se perpetuou no tempo, já que afasta qualquer autoinclusão do cidadão na administração do Estado e na feitura das leis.

Por sua vez, Rousseau (2013) esposou uma teoria diferente ao preconizar que a soberania está vinculada à vontade geral, mas controlada por um governo e pelas leis (ROUSSEAU, 2013). Segundo Kelsen (2000), ao comentar a concepção de democracia direta de Rousseau, afirma que esse modelo somente favoreceria o cidadão se este votasse com a maioria (KELSEN, 2000). O conceito de soberania de Rousseau - diametralmente oposto àquele de Hobbes - entende que o povo transfere soberania ao príncipe, e é quem lhe dá o título de precursor do regime democrático. Entretanto, mesmo em Rousseau, quem vai dizer o que é vontade geral é o soberano.

Kant<sup>4</sup> (2006), por sua vez, entende que a razão é que deve governar o mundo.

---

<sup>3</sup> É possível que os ataques de Platão à democracia pensada por Péricles possam ter tido um efeito reverso, já que os regimes oligárquicos, tiranos e ditatoriais não deram a resposta que o povo esperava.

<sup>4</sup> “[...] É a única que deriva da idéia do contrato originário e sobre a qual devem fundar-se todas as normas jurídicas de um povo. A constituição republicana é, pois, no que diz respeito ao direito, a que subjaz a todos os tipos de constituição civil. Seria interessante perguntar-se se é também a única que pode conduzir à paz perpétua.” (KANT, 2006, p. 67-68).

É pela razão que se instituirá um contrato originário que conduzirá a sociedade a uma paz perpétua e “a constituição civil de todo Estado deve ser republicana” (KANT, 2006, p. 67). A cidadania para Kant está relacionada diretamente com o uso público da razão (LIMA, 2017).

Lima (2017) assevera que “a perspectiva da participação e do uso crítico da liberdade política dentro dos limites da Constituição são compromissos republicanos e liberais de Kant [...]” (LIMA, 2017, p. 147).

O mesmo autor (2017) aponta a possibilidade apresentada pelo modelo de cidadania Kantiano do exercício pelo cidadão de um papel crítico perante o Estado. Afirma o referido autor que: “[...] o conceito de Kant, a nosso ver, de uma liberdade de propor normas a partir da cidadania participativa, reconduz o Estado a instrumento de proteção à liberdade política contratada pelos cidadãos” (LIMA, 2017, p. 159).

Em todas essas concepções de cidadania, a interpretação da lei é transferida para a autoridade do soberano ou autoridade constituída, e isso pode conduzir a uma ditadura de interpretação, como de fato ocorreu, por exemplo, no regime nazista, uma vez que houve uma “sincronização do judiciário com o nazismo” (MAUS, 2010, p. 64).

A liberdade e igualdade do cidadão, que são princípios da democracia segundo Goyard-Fabre, foram deixadas para serem interpretadas pelo Executivo e do Judiciário, os quais atuam como aparelho repressor. Dessa forma, em razão da obediência à lei jurídico-positivista, o judiciário ficaria em “estado de obediência às ordens” provenientes do “legislador nazista” (MAUS, 2010, p. 64-65).

Em razão dessa valoração da lei dada somente pela autoridade, a cidadania participativa pode ser solapada de forma que os cidadãos jamais exercerão a liberdade e igualdade nos próprios limites da lei, enquanto povo destinatário de todo poder conferido ao Estado.

#### **4 Cidadania com base na representatividade**

O papel reservado ao cidadão enquanto povo, fonte do poder do Estado, não passa de uma quimera, vez que os cidadãos não têm mecanismos eficientes para o exercício dessa cidadania. O sufrágio universal, como direito fundamental do cidadão, apenas garante uma participação limitada.

A democracia representativa, conforme preconiza Bobbio (2017), na verdade, tem tolhido o cidadão do exercício de sua liberdade e igualdade perante o Estado em sua integridade, pois a representatividade não iguala a cidadania ao Estado, vez que este está em sobreposição àquela em razão das próprias leis que são aprovadas – e implementadas – sem a participação do cidadão. Naturalmente, não se advoga a democracia direta por ser inoperável (BOBBIO, 2017).

De fato, tem razão Schumpeter (2017) quando afirma que é difícil o cidadão participar da gestão do governo. O autor defende que somente nas “decisões mais importantes” haveria a participação do cidadão, através de referendo, enquanto em outras, por

intermédio de comissão. Ainda assim haveria uma dificuldade enorme em razão dos interesses individuais e, além disso, existe um despreparo do cidadão para a política (SCHUMPETER, 2017). E arremata pontuando que “[...] Democracia significa tão somente que o povo tem a oportunidade de aceitar ou rejeitar os homens que hão de governá-lo” (SCHUMPETER, 2017, p. 386). É impensável, no momento democrático atual, e com o desenvolvimento especialmente dos direitos humanos, aceitar o procedimentalismo de Schumpeter que estreita o conceito e apenas se importa com a definição dos líderes e a formação da elite política.

Leal (2016a) entende que cidadania é uma instituição concorrendo em igual com o Estado. O referido autor ainda afirma que a cidadania somente será exercida por meio do processo, já que este é o único instituto que pode garantir “a liberdade e igualdade do homem ante o Estado na criação e reconstrução permanente das instituições jurídicas [...]” (LEAL, 2016a, p. 62).

Leal (2016a) entende, portanto, que não há como existir cidadania participativa na *ágora*, pois nesse espaço não é impossível o exercício dos princípios fundamentais do contraditório e da ampla defesa, pois a liberdade e igualdade somente podem ser discutidas no espaço linguístico do processo (LEAL, 2016a).

Leal (2016b) elabora um modelo de participação do cidadão no nível instituinte, instituído e constituído do processo, de forma que se tem uma autoinclusão do cidadão para participar, e não existir somente como mero espectador, na construção da “Sociedade Jurídico-Política” (LEAL, 2016b, p. 130).

## **5 A cidadania como pilar do Estado Democrático de Direito.**

A cidadania está umbilicalmente ligada à noção de democracia, mas não a democracia pensada na Grécia antiga ou mesmo na modernidade. A noção de democracia na contemporaneidade está ligada à liberdade e igualdade, como forma de participação direta na administração do Estado, que é uma instituição tal qual é a cidadania, segundo Leal (2016a).

Para se entender o conceito e alcance do Estado Democrático de Direito, é necessário estudá-lo em suas duas dimensões: Estado de Direito e Estado Democrático.

No Direito inglês cunhou-se a expressão “*rule of law*” (Estado de Direito), que significa que todo o poder do governo está sujeito às normas gerais, regras gerais ou leis gerais (ALDER, 2009). Baracho (2006, p. 311) identifica como característica do Estado de Direito o “império da lei, o pluralismo político e a divisão dos poderes”. O referido autor acentua que a lei advém da vontade do povo e, portanto, os órgãos por ela criados devem ser independentes e imparciais (BARACHO, 2006).

Quanto ao Estado Democrático, deve-se, primeiro, compreender o que é democracia.

A Democracia, como regime, atinge seu ápice quando se dá liberdade plena ao povo, o qual tem direito de participação em igualdade nas atividades políticas do Estado. Segundo Bobbio (2000), a democracia da antiguidade e da modernidade não tem

muita diferença, exceto quanto ao modo de exercê-la, sendo certo que a democracia representativa é a que predomina na contemporaneidade.

O conceito de democracia modifica-se de acordo com a identidade da sociedade em cada época. Os sustentáculos da democracia tomam formas diferentes de acordo com a maturidade da sociedade.

Portanto, na democracia, a forma de governar deve obediência à soberania do povo perante o Estado por meio do império da lei. Essa lei, no Estado Democrático de Direito, toma a forma de uma Constituição, que traz em seu bojo os direitos e deveres do povo, e projeta as instituições, garantindo a temporalidade dos mandatos de todos os governantes.

E para garantir a soberania do povo, é mister a obediência a outros direitos de cidadania necessários para a implementação da participação – e da autoparticipação. Assim, é impossível desvincular a cidadania e os direitos humanos.

Enquanto norte filosófico, os direitos humanos orientam a criação de direitos inerentes aos cidadãos – aqui empregada em sentido amplo – sendo aqueles com a potência transformadora, possibilidade de atuar na forma, estrutura e decisões estatais. É impossível desvincular os direitos humanos e a cidadania. Seja a análise da cidadania como medida dos direitos humanos, como, por exemplo, a realizada por Arendt, ou a aplicação de direitos humanos como mecanismo de salvaguarda para os direitos de cidadania falhos (MORRIS, 2012), os ideais aí presentes determinam a própria cidadania, sem a qual a democracia se torna falha.

Assim, pode-se concluir que num Estado Democrático de Direito é imprescindível o respeito à cidadania, que decorre do ser humano existir como sujeito de direitos a si inerentes.

Desse modo, entende-se que o Estado Democrático de Direito encontra-se calcado no exercício da cidadania e esta implementa direitos humanos necessários à própria participação social nas definições estatais. Logo, a amplitude do conceito de cidadania se encontra muito além da mera atuação eleitoral; vai até a possibilidade de ter, exercer e demandar direitos que lhe permitem a autoparticipação nas decisões sobre as demandas coletivas.

Por isso, um governo democrático é aquele que, inicialmente, garante o exercício de direitos humanos, dos quais decorre a participação dos diferentes atores que o integram. Isto demonstra, conforme apontamento de Cattoni de Oliveira e Goyard-Fabre (2009; 2013), a interligação entre a cidadania e a democracia.

## **6 Conclusão**

Este artigo buscou realizar uma análise teórico-conceitual da cidadania como necessária ao Estado Democrático de Direito, entendida em um sentido mais amplo: além da participação política, o exercício de direitos humanos efetivados enquanto direitos do cidadão. Tal entendimento demanda a participação popular ativa no nível constituinte, demandando e determinando a existência destes direitos.

O exercício da cidadania é um dos maiores problemas na contemporaneidade, vez que a ampliação que o conceito obteve demanda a implementação de uma visão adequada aos direitos humanos. A existência de direitos de cidadania, pré-requisitos para o exercício da participação política, é importante acréscimo neste contexto.

Entende-se que somente com a participação do povo no nível instituinte da lei, no nível constituinte e nível constituído (LEAL, 2013) é que se pode implementar democracia com vistas à expandir liberdade e igualdade do povo como forma de fomentar sua autoinclusão. Deve-se anotar que é através do “*medium* linguístico-processualizado” que “os direitos de vida, dignidade, liberdade” se concretizam (LEAL, 2013, p.73).

## 7 Referências

ALDER, John. **Constitutional and administrative Law**. 7. ed. Palgrave Macmillan law masters. UK, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. [Http://www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br). Acesso em 17 de jan. 2018.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. A legitimidade democrática da Constituição da República Federativa do Brasil: uma reflexão sobre o projeto constituinte do Estado Democrático de Direito no marco da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: GALUPPO, Marcelo Campos (Coord.). **Constituição e democracia: fundamentos**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

COLOMBO, Eduardo. **La voluntad del pueblo. Democracia y anarquía**. 1. ed. Buenos Aires: Tupac Ediciones, 2006.

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução de Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2013.

KANT, Immanuel. **Para a paz perpétua**. Estudo introdutório de Joám Evans Pim. Tradução de Bárbara Kristensen – Rianxo: Instituto Galego de Estudos de Segurança Internacional e da Paz, 2006.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 13. Ed. Belo Horizonte, Fórum, 2016a.

\_\_\_\_. **Teoria processual da decisão jurídica**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016b.

LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MAUS, Ingeborg. **O judiciário como superego da Sociedade: Metodologia do Direito e Judiciário no Nazismo**. Rio de Janeiro: Lumens Júris Ltda., 2010.

MORRIS, Lydia. Citizenship and humans rights: ideals and actualities. **The British Journal of Sociology**, v. 63, p. 39–46, 2012.

POPPER, Karl. **A sociedade aberta e os seus inimigos. O sortilégio de Platão**. Tradução de Miguel Freitas da Costa. Portugal: Edições 70, 2015, vol.1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Ana Resende. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Tradução de Luiz Antônio Oliveira de Araújo. São Paulo: Unesp, 2017.

# **BIOPOLÍTICA, DEMOCRATIZAÇÃO DOS CENTROS DE DECISÃO SOBRE A VIDA E LUTA PELO ACESSO À MACONHA MEDICINAL: DIÁLOGOS POSSÍVEIS ENTRE FOUCAULT E HABERMAS PARA UMA CRÍTICA DO SABER-PODER BIOMÉDICO.**

*Lucas Lopes Oliveira<sup>1</sup>*

## **1 Aportes iniciais para uma leitura sobre biocidadania, biopolítica e ativismo pelo acesso à maconha medicinal**

Os discursos da técnica científica e a feiticização dos saberes sobre a vida impuseram mudanças políticas importantes ao longo dos últimos séculos. As revoluções científicas e dos grandes projetos de aperfeiçoamento técnico, a partir do século XVII, aliados às revoluções políticas dos séculos XVIII em diante, irão reconfigurar a forma de produção e reprodução da vida social. A antiga estruturação de um pensamento sobre o ser humano, de base teocrática, vai ser substituído pela ciência e pelas potencialidades explicativas inauguradas pela ciência moderna. É neste contexto que o discurso biomédico se tornou o saber oficial sobre o corpo na modernidade (LE BRETON, 2011). A construção dos discursos da modernidade e as práticas de poder baseadas na soberania, nas disciplinas e na biopolítica, apoiadas em saberes próprios, irão se interpenetrar na modelação das subjetividades pela constituição de copos dóceis e nas regularidades populacionais (FOUCAULT, 2013; 2014). O biopoder se caracteriza por um poder sobre a vida, focado no controle das regularidades das grandes massas populacionais e se caracterizará pela criação de dispositivos de controle dos processos vitais da população.

A visão da cidadania é tensionada pelas transformações biopolíticas. Segundo Nikolas Rose (2013), a narrativa da gradual incorporação no patrimônio jurídico dos indivíduos de prerrogativas e possibilidades que os tornam sujeitos de direito e cidadãos está presente desde o pensamento de Marshal (1967) em clássico ensaio publicado em 1950, que narra a realização da cidadania partindo desde os direitos políticos no século XVIII, passando pela cidadania política do XIX até a cidadania social do século XX. Esta visão se insere nos chamados “projetos de cidadania” que se relacionam sobre a forma em que o Estado reconhece determinados indivíduos como cidadãos (ROSE, 2013). Vemos que esta cidadania era fundamentalmente nacional e estatal, concepção tensionada pela ideia do multiculturalismo e pelo paradigma dos direitos humanos pós-Carta da Organização das Nações Unidas (ONU). Além destes fatores, Rose argumenta que outros impactam na concepção clássica de cidadania: são as transformações nas concepções biomédicas que modificarão as noções de corpo, indivíduo e cidadãos.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Políticas Públicas pelo PPGDH/UFPB. Doutorando em Ciências Jurídicas pelo PPGCJ/UFPB.

Nikolas Rose (2013) argumenta que a estrutura da biopolítica moderna concentrou as decisões sobre a vida nas mãos de expertises, dominantes do saber-poder da biomedicina, localizando as decisões nos comitês profissionais (CFM, CFF e etc.) e nos órgãos reguladores técnicos (como a ANVISA). Esta realidade deve ser alterada com o deslocamento deste centro de decisões sobre a vida para a esfera política com amplo debate social e popular. Desta forma o autor apresenta, em oposição à normalização da ética social da biopolítica atual – e já identificado por Foucault no agregamento do discurso médico com o jurídico no século XIX – uma democratização política das ciências médicas e das estruturas de poder sobre a vida.

Tendo uma forte influência Foucaultiana, Rose e Rabinow (2006) em seus estudos trouxeram reflexões para as questões que envolvem a política da vida atualmente. Assim, vemos como a expressão atual mais evidente da biopolítica, estruturada sobre três fenômenos: 1) a produção de discursos de verdade sobre o corpo e a vida e a atribuição de expertises competentes para sua produção e reprodução; 2) relações de poder que envolvem estes processos biológicos, caracterizadas por disputas e conflitividade; 3) a produção de subjetividades e/ou modos de subjetivação pelos quais os indivíduos se constituem e desenvolvem suas práticas de si, envoltos nestes discursos e nestas práticas de poder.

Destes processos tomamos especial atenção à subjetivação que a realidade atual, o contexto biomédico e a realidade da vida social impulsionam os indivíduos a participarem ativamente da vida política, conhecendo-se através de seus processos biológicos e agindo sobre o contexto político com potencial transformador na realidade das práticas discursivas e nas arenas políticas do biopoder. Na tentativa de superação de um processo de constituição de discursos biológicos de natureza eugênica que pensavam o indivíduo através do determinismo biológico naturalizando toda forma de preconceito como o sexismo, o racismo, a xenofobia e várias outras formas de desigualdades e que não problematizavam a realidade social também constitutiva das relações entre indivíduos – cuja expressão, no Brasil, foi descrito pela antropóloga Lilia Schwarcz (1993) ao analisar o impacto da recepção dos postulados racistas do positivismo no Brasil entre os anos de 1870 a 1930 – vemos então, após a virada linguística problematizar e inserir a dimensão social nas análises das políticas da vida, o reposicionamento dos discursos sobre o fenômeno biológico nas regulamentações biopolíticas. Assim, para o referido autor, reposiciona-se a biologia em um novo campo não mais racista e reacionário, mas que se centra na vida digna enquanto norte político, inserindo no discurso sobre os processos vitais elementos como cidadania, direitos humanos, dignidade humana, direito à saúde, reinterpretando a relação entre o biológico e a política (ROSE, 2014).

Como destaca Rose, a biologia da política raramente tem sido debatida à luz da cidadania. Assim, as mudanças na concepção de cidadania introduzidas pelas percepções a respeito da constituição dos seres humanos enquanto seres biológicos e sobre o impacto do biopoder. O termo biocidadania é assim utilizado para denominar as visões de cidadania a partir das mudanças de concepções introduzidas pelas novas concepções de corpo, saúde e indivíduos. Nestes termos, uma análise das potencialidades

da biocidadania não pode ser observada apenas nas estratégias para formar cidadãos, impostas de cima para baixo. Estas novas concepções aliado à luta pela cidadania também tem impactado nas formas com que as pessoas compreendem a si mesmo enquanto indivíduo biológico e cidadão político e as formas como se relaciona consigo mesmo e com os outros (ROSE, 2013).

Como exemplo desta luta pelo exercício da cidadania a partir dos processos de subjetivação postos em marcha pelas transformações biopolíticas, temos como exemplo a luta pelo acesso a maconha medicinal no Brasil. O processo de luta pelo acesso à maconha medicinal constitui-se como um exemplo de luta pela efetividade dos direitos humanos e do protagonismo dos pacientes. Quebrando a lógica da relação hierarquizada com as estruturas de saber-poder, onde o local do paciente esta em subordinação frente ao saber da medicina oficial, muitas famílias travaram batalhas judiciais e políticas de forma a conseguir o acesso à maconha medicinal.

Momento importante neste processo de convencimento a partir de atividades políticas, que reflete o exercício da cidadania ativa por parte de pacientes e familiares, foi a campanha “Repense” e o documentário “Illegal” de Tarso Araújo que trouxe ao debate político nacional a história da menina Anny Fisher, conscientizando a sociedade para os problemas de saúde de crianças com epilepsia refratária, que precisavam recorrer à ilegalidade para a obtenção de medicamentos a base de canabidiol (CBD). A popularidade também despertou o interesse de familiares que possuíam parentes com estas patologias. Assim, abrindo-se em rede de comunicações os usuários e seus familiares começaram a se comunicar trocar informações e traçar ações políticas. A mobilização aliada à judicialização de ações contra a ANVISA para permitir a importação de medicamentos a base de canabidiol, parada em virtude da antiga classificação que a autarquia impunha a este composto, foram momentos importantes nesta luta. Com uma série de derrotas judiciais a ANVISA se viu pressionada a reclassificar o CBD.

Também, a partir de uma decisão da Justiça Federal do Distrito Federal teve que reclassificar o THC (OLIVEIRA, 2017). Apesar destes importantes avanços, há uma necessidade ainda de se continuar a mobilização. Tendo, atualmente, como importante estratégia a luta através de *habeas corpus* para viabilizar o direito de auto cultivo para a produção de remédios fitoterápicos exigindo um não agir repressivo do Estado no sentido de não criminalizar as práticas de cura. Outra possibilidade aberta foi da autorização conseguida pela Associação Brasileira de Apoio Cannabis Esperança – ABRACE, associação que conseguiu o direito de plantar e produzir remédios para seus associados, por meio de liminar da Justiça Federal da Paraíba (BRASIL, 2017).

Neste sentido, vemos que as estratégias de mobilização e de ativismo para a legalização da maconha para fins medicinais passam por atuações políticas e por estratégias de judicialização. As estratégias políticas envolvem a atuação de forma a modificar o entendimento da sociedade sobre a maconha medicinal, conscientizando a respeito das potencialidades do uso terapêutico, das histórias de vida dos pacientes e da urgência de uma revisão das políticas de drogas no que diz respeito à proibição

da maconha para fins medicinais. Assim, envolve a conscientização a partir de mídias e expressões artísticas de maior capilaridade, eventos acadêmicos e etc. Tendo como exemplo de atuação política a Liga Canábica da Paraíba (OLIVEIRA, 2017) que luta por uma Política Pública Nacional de Cannabis Medicinal.

Já as estratégias jurídicas trabalham diretamente com a institucionalidade, com a pretensão de transformar o sistema jurídico a partir da lei ou da práxis jurídica dos operadores do direito. As estratégias de judicialização passaram pela luta pelas autorizações para importação, pelo fornecimento gratuito pelo SUS e com a recente guinada, haja vista os altos custos econômicos para a importação seja por parte do cidadão seja custeada pelo Estado, pela tentativa de auto cultivo de medicamentos de forma fitoterápica, seja individual seja coletivo efetivando o barateamento e a democratização do acesso ao medicamento.

Vemos, portanto, a emergência de uma demanda social e a articulação de redes importantes de grupos de ativistas em prol do direito a saúde de pacientes de maconha medicinal. Esta nova demanda aparece em um contexto biopolítico e permeado pelos discursos da biomedicina e de seu regime de verdade em diálogo com o discurso jurídico. Assim, traz novos desafios para o direito, ao ver-se obrigado a dialogar com a sociedade na busca da melhor compreensão deste fenômeno para o fornecimento de uma resolução para este problema social que demanda uma aplicabilidade do direito a saúde.

A noção de biocidadania proposta por Rose é uma visão otimista de possibilidade de agência por parte dos cidadãos dentro das estruturas do biopoder de modo a remodelar, a partir das estruturas internas do poder, modificar o complexo discursivo médico-jurídico impondo a oxigenação das vozes que constituirão o consenso dentro dos centros de decisões sobre a vida. A luta pela maconha medicinal constitui um bom exemplo de reconfiguração das estruturas do poder a partir do ativismo pelo direito a saúde.

Para enfrentar esta questão da luta pelo direito à saúde como expressão de uma cidadania ativa frente ao avanço da ciência, passamos a um diálogo entre Habermas e Foucault, na tentativa de crítica aos limites e possibilidades de desmistificação e politização dos centros de decisões sobre a vida na atualidade.

## **2 Uma crítica do discurso jurídico a partir da sociedade: aproximações entre teoria do direito e sociologia em Habermas**

Para pensar nesta questão que envolve cidadania, acesso à justiça e direitos humanos é necessário ter em mente a complexidade que envolve dialogar sobre os vários aspectos. Um ponto importante neste diálogo é a necessidade de não provocar um déficit de efetividade do direito à saúde, e conseqüente perda da normatividade do sistema jurídico baseado nos direitos fundamentais, bem como, estabelecer um diálogo com a facticidade social da realidade empírica das pessoas que vivem tal realidade. Neste sentido, há a necessidade de reconstruir a normatividade do direito à saúde abrindo-o ao recorte da constituição democrática das demandas da sociedade civil. Este problema sobre a construção da normatividade do direito à saúde e a necessidade de abertura

ao mundo da vida e às conexões discursivas com os atores sociais envolvidos, são demandas que desafiam a noção de democracia e de direitos humanos e formará um debate que iremos travar primeiramente em um diálogo com o pensamento da sociologia do direito de Habermas.

Em meio às tradições liberais que colocam os direitos fundamentais como pré-políticos e anteriores ao processo deliberativo democrático – através da construção dos direitos naturais inatos do qual os seres humanos fariam um pacto social para preservá-los – e a tradição republicana – que costuma subordinar os direitos fundamentais aos valores da comunidade política e das virtudes políticas – Habermas (1997a) tenta desenvolver uma argumentação de base procedimentalista e demonstra uma relação de maior imbricamento entre a democracia e direitos humanos.

Dialoga com Rawls (2000) ao tentar construir uma esfera pública longe das leituras materiais e da incorporação de valores substanciais monolíticos que excluiriam valores não referendados pelos valores hegemônicos na sociedade. Neste sentido, também é uma filosofia que abre-se ao pluralismo político na medida em que reconhece o pluralismo valorativo próprio da modernidade. Inclusive, a modernidade e suas promessas, em Habermas, diferente de outros teóricos da Escola de Frankfurt, mostra-se como uma possibilidade de efetividade, fugindo de visões mais pessimistas sobre estas promessas como observamos em Adorno, por exemplo.

Neste ponto, dois elementos poderiam, ante a fragmentação dos valores e a diversidade interpretativa, servirem de melhor fundamento para o fortalecimento do tecido social: os valores dos direitos humanos e da democracia, cujo nexos se daria, segundo Habermas em oposição a Kant e a Rousseau: “o visado nexos interno entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um *modo de exercício da autonomia política*, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da formação de leis gerais” (1997 a p.137) (grifo do autor). Sua oposição às formulações discursivas de Kant e Rousseau dar-se pela vinculação dos dois filósofos à *filosofia da consciência* cuja autonomia, a partir da aproximação entre razão e vontade, é expressa seja por um sujeito, seja um “eu” – através da crítica da razão prática – seja através de um “povo” – contrato social (HABERMAS, 1997a).

O direito constituía-se como um lugar privilegiado, pois os discursos viabilizados pelo arranjo comunicativo jurídico possibilitam a formação de uma vontade racional (HABERMAS, 1997a). Assim os atores jurídicos tem dentro desta formação comunicativa, que seria o sistema jurídico, a possibilidade de um possível consenso comunicativo entre as partes através da exposição de abordagens discursivas diversas sobre o assentimento ou não de posições dentro de uma controvérsia. Assim, o nexos entre as categorias democracia e direitos humanos ficaria por conta da viabilidade do sistema jurídico, de forma dialógica, funcionar como canal comunicativo. As ações judiciais, por envolver pluralidade de atores e falas, poderiam vir a viabilizar a formação de uma vontade racional através de sua dialogicidade. Assim, apenas o processo dialógico da democracia

permitiria a legitimidade dos direitos humanos, que não deveriam depender de critérios morais e pré-jurídicos, como observamos no jusnaturalismo.

Entretanto, Habermas discorda de Rawls em um ponto importante. Ao introduzir a tensão entre facticidade e validade, Habermas busca pensar um sistema jurídico que possa-se, além de possuidor de uma coerência interna, abrir-se para a realidade social da qual ele regula. De um lado a crítica de Habermas se direciona a estruturação de teorias de justiça e do direito que tende a abstratiza-ser e abster-se do diálogo com a realidade social a qual está intimamente vinculado, de outro Habermas pretende repensar o conteúdo normativo do direito. Na busca por se afastar de construções teóricas que abstratizam as análises dos princípios de justiça Habermas considera a necessidade de maior intercâmbio entre as construções teóricas do discurso jurídico e a realidade social, pois é esta última que se dará as condições de possibilidade de aplicação das teorias jurídicas. A ausência do diálogo próximo com a realidade social tornaria as teorias jurídicas apenas abstrações ideais. Neste sentido, busca uma dupla perspectiva: “de um lado levar a sério e reconstruir o conteúdo normativo do sistema jurídico a partir de dentro, e, de outro, descreve-lo como componente da realidade social” (1997a p.66). Esta dupla função será intentada a partir de uma teoria do discurso.

Suas críticas se direcionam entre estes dois modelos teóricos, tomando como exemplo de uma teoria normativa e abstrata, Habermas enfrenta Rawls através de uma crítica à sua lógica não histórica e distante da realidade social. A preocupação central de Rawls na formação de um pensamento que resolvesse o problema da legitimidade do direito acaba afastando-o do debate sobre a realidade social no qual o direito legitimado será inserido. Será na preocupação com o diálogo com a facticidade que repousará a crítica de Habermas a Rawls<sup>2</sup>.

Quanto ao segundo momento, em que há o encontro entre norma e a realidade, também são alvos de crítica do teórico de Frankfurt, pois suas reflexões, limitando-se a pensar a compatibilidade entre os princípios de justiça num contexto cultural pluralístico das sociedades contemporâneas, deixam de fora os processos decisórios realmente institucionalizados em sua *práxis* concreta, bem como, as tendências políticas e sociais que se mostrem incompatíveis com as instituições, com os direitos humanos e com o bom funcionamento do sistema democrático, por exemplo. A crítica de Habermas à argumentação de Rawls, tenta demonstrar o pouco apelo à facticidade da realidade social<sup>3</sup>. Habermas tece sua crítica a partir de duas preocupações, tanto sociológica, quanto jurídica, reposicionando sua análise de forma a tentar reconstruir a normatividade do direito sobre bases empíricas da sociedade de fato.

---

2 Assim, ao debater sobre a legitimidade da instituição constitucional dos princípios de justiça em abstrato, [...] “Rawls concentra-se em questões de legitimidade do direito, sem tematizar a forma do direito enquanto tal [...] Por isto também, a dimensão externa à pretensão de legitimidade do direito e a da facticidade social é captada de modo reduzido” (HABERMAS, 1997a p.93).

3 Deste modo, “uma teoria normativa, desenvolvida para a reconstrução do desenvolvimento do Estado de direito da sociedade concreta, poderia encontrar seu lugar pleno no contexto de uma descrição crítica dos processos políticos constatáveis” (HABERMAS, 1997a p.34-35)

É a partir deste intento que Habermas tenta unir direitos humanos e democracia de forma a aproximar o aspecto social da realidade com um fator normativo jurídico. Assim, democracia e direitos humanos seriam as categorias que trariam legitimidade ao direito<sup>4</sup>. Também é possível, através deles, o acoplamento com o sistema social e as instituições sociais em seu funcionamento real.

Essas categorias complementares, realizadas através da institucionalização de ferramentas que permitam o intercambio comunicativo por meio das estruturas legais, e mutuamente dependentes trariam a legitimidade do direito moderno. A preocupação com uma estrutura que permita um agir comunicativo dialógico pode, através deste direito (re)legitimado, estabelecer um contato mais próximo entre as estruturas jurídicas abstratas do direito e a facticidade social.

Habermas parte da ideia de consenso, como produto da *razão dialógica*, para prever a possibilidade dos indivíduos atuarem no sentido de modificação do espaço político. Assim, o indivíduo tem a possibilidade de influir na formação dos enunciados de verdade e no consenso social através de sua atuação dialógica e comunicativa. Um conceito fundamental em sua argumentação é o de racionalidade comunicativa. Neste conceito se afasta de um modelo de razão teleológica, chamada de instrumental, própria da modernidade, se aproximando de um modelo de racionalidade que abre-se para o processo comunicativo e que produza consensos sociais a partir de sua lógica (HABERMAS, 1999).

Para Habermas a verdade se dá através do consenso e da ideia de solidariedade. E este consenso, como vimos acima, seria produzido pela racionalidade comunicativa própria do mundo da cultura, da linguagem e dos processos de trocas comunicacionais. Esta produção do consenso pressupõe a capacidade de anuir sem coações, bem como, da necessidade de se dar oportunidades a todos os atores sociais de participarem do processo de formação do consenso. Assim, destaca Habermas, a possibilidade de haver falsos consensos que só poderiam ser superados através de uma prática comunicativa e democrática onde as falas dos indivíduos pudessem estar em condições de influir no espaço político. Neste ponto, alerta para a necessidade de igualdade de condições de fala (FREITAG, 1993). É importante a construção dualista preconizada por Habermas para diferenciar o sistema do mundo da vida, numa cisão entre a razão instrumental e a razão comunicativa. A complexificação cada vez maior dos sistemas geram autonomização que os afastarão cada vez mais do discurso popular e das formas de saber presentes na sociedade e que permitem a comunicação entre indivíduos. Assim, esta desigualdade de condições de fala se daria pela colonização do mundo da vida pela razão instrumental (HONNETH, 1999).

O problema será justamente a colonização do mundo da vida pela razão instrumental que, ao substituir os meios de entendimentos dialógicos por elementos não linguísticos como os bens econômicos, coloca os cidadãos em condições desiguais de fala que vão se

---

<sup>4</sup> “Os direitos humanos e o princípio da soberania do povo formam as ideias cuja luz ainda é possível iluminar o direito moderno, e isto não é mera casualidade” (HABERMAS, 1997a p.133).

refletir na impossibilidade de consensos verdadeiros e proliferação de falsos consensos a partir deste estágio de desigualdade de participação no processo comunicativo. Habermas prevê, apesar da crítica a este processo, uma possibilidade de superação das condições reprodutoras das desigualdades de fala com a superação dos falsos consensos, por consensos verdadeiros fundados na razão dialógica. Para isto seria necessário reestabelecer as condições de fala de forma equilibrada e equitativa.

Ao analisar as ações políticas da sociedade civil Habermas demonstra certo otimismo no potencial democrático das organizações civis e dos movimentos sociais no aperfeiçoamento da razão comunicativa com possibilidade de construções de pontes políticas importantes neste processo. A sociedade civil seria constituída, em seu núcleo institucional, a partir de “associações e organizações livres, não estatais e não econômicas, as quais ancoram as estruturas de organização das esferas públicas nos componentes sociais do mundo da vida” (HABERMAS, 1997 *b* p.99).

Neste sentido, seria composta por movimentos sociais, ONGs, associações e demais formas de organização da sociedade em forma não estatal ou de mercado e que teriam a finalidade de captar e interpretar os problemas sociais presentes nas esferas privadas das relações sociais não estatais e de mercado, bem como, de comunicar estes problemas e as demandas sociais para as esferas públicas<sup>5</sup>.

Esta potencialidade de trazer para o plano institucional as demandas da sociedade da uma grande potencialidade de transformação social aos novos movimentos sociais. Apesar da limitação frente à influência dos grupos econômicos e dos agentes burocráticos e partidários, deixando pouco espaço de atuação para a sociedade civil, ainda assim podem ser um importante instrumento para trazer ao debate público pautas não contempladas pela forma instrumental de agir dos agentes estatais e de mercado. Assim, são capazes de tentar significar suas experiências dentro do debate público capaz de influenciar a opinião pública.

O Estado na visão do autor não detém o monopólio dos saberes tendo que recorrer a outros sistemas da sociedade, havendo aí a possibilidade de oxigenação dos saberes do Estado para pautas da sociedade civil organizada. Neste ponto, apesar do limitado potencial da sociedade civil dentro do contexto institucional, ela pode ser um importante veículo de transformação discursiva com chance de mobilizar um “saber alternativo” apoiando interpretações próprias dos signos políticos. As possibilidades inauguradas por tal fato devem ser analisadas frente à possibilidade dos saberes tecnocráticos enfraquecerem a esfera pública bloqueando o processo comunicativo entre os saberes dos movimentos e a formação do discurso público. Esta problemática deve ser lida à luz da tensão entre o sistema e o mundo da vida.

Os conceitos articulados por Habermas em sua teoria nos ajudam a entender o processo de luta dos movimentos sociais em busca do direito à saúde a partir do uso

---

<sup>5</sup> “O núcleo da sociedade civil forma uma espécie de associação que institucionalizam os discursos capazes de solucionar problemas, transformando-os em questões de interesse geral no quadro das esferas públicas” (HABERMAS, 1997 *b* p.99).

da maconha medicinal. Sua ênfase na potencialidade aberta para a participação da sociedade civil na formação do debate nos faz reconhecer a possibilidade de exercício de cidadania, para além de uma cidadania passiva conduzida pelos ditames estatais, de forma ativa e não colonizada pelo discurso posto pelo Estado, mas apta a transformar o consenso e o poder jurídico estatal. Faz assim, emergir os ideais dos direitos humanos dando efetividade aos mesmos, em especial o direito a saúde, garantindo também um ideal democrático na medida em que os cidadãos podem contribuir na formação do consenso social expresso pela lei.

Dialoga Habermas, assim, com a possibilidade de reformar a normatividade do direito humano à saúde aproximando a normatividade da facticidade social e do debate dialógico. Sua crítica à razão instrumental expressa um importante discurso acadêmico de relegitimação de outras esferas da existência com a possibilidade de uma razão dialógica e plural na construção das esferas políticas que estejam abertas as questões culturais e necessidades da sociedade. Ao diagnosticar a relação intrínseca entre ciência e política, foge das mitificações da técnica e da razão instrumental que tendem a colocar o discurso que ganha o status científico como inquestionável no regime a partir do critério de verdade. Assim, contribui para identificar a natureza política da ciência, pois ela se dá no jogo de interesse dos sistemas sociais que envolvem o poder estatal e o mercado.

Desperta os nossos olhares para a contingência e historicidade do conhecimento científico na medida em que se realiza através de ações políticas, seja nos financiamentos seja na formação superior dos pesquisadores. Ao tentar aproximar ciência e política o faz a partir da ideia de democracia, ao permitir a possibilidade de participação do cidadão na formação do diálogo científico, neste sentido nem o debate técnico deve se dar à parte da democracia, nem se pode ser pessimista ao ponto de pensar em uma intrínseca separação entre as duas esferas.

Ao alertar para os riscos da mitificação da técnica e refletir sobre a necessidade de politizar os centros de decisões sobre a vida o referido autor dialoga com os anseios dos pacientes de maconha medicinal que pretendem ter seu discurso ouvido nos centros de decisões sobre os processos que envolvem seus interesses. Assim autarquias regulatórias com grande poder sobre as decisões sobre a vida, como ANVISA no Brasil, e órgãos de classe com controle político dos processos e protocolos médicos e farmacêuticos como o CFM, CFF entre outros, constituem sua verdade de forma técnica com poucos mecanismos de controle e participação da população diretamente afetada pelos impactos decisórios. O questionamento de Habermas problematiza esta burocratização em diálogo com a possibilidade de democratização do conhecimento técnico no que diz respeito à formação do consenso a partir do qual serão tomadas as decisões políticas sobre as questões da vida.

### **3 Crítica a Habermas frente ao contexto biopolítico: limites e possibilidades de seu pensamento.**

Sua proposta, entretanto, é problemática, tendo em vista o conjunto de seu pensamento, nos marcos propostos por esta investigação. Como adverte Gutierrez *et alii* (2013) a leitura da obra de Habermas pode assumir, devido ao seu caráter ambíguo leituras e conclusões múltiplas, podendo ser lido de forma conservadora ou emancipadora. Assim a ênfase no consenso daria margem a leituras conservadoras, enquanto que o incentivo a mobilização política em prol do reconhecimento, por parte dos subsistemas, do processo comunicativo dialógico serviria de base para leituras progressistas. Concordamos neste ponto que sua ênfase na ideia do consenso leva a um ofuscamento da natureza conflitual da sociedade no qual a linguagem se insere e das disputas de narrativas existentes na formação do processo comunicativo na sociedade. Assim, concordando com o caráter contingente e perspectiva da verdade, leitura que aproxima Habermas de Foucault, mas nos afastamos do primeiro e nos aproximamos do último ao nos filiar-mos a modelos de análise que partem de uma leitura dos discursos como algo necessariamente conflitivo no qual o processo de estabelecimento da verdade se dá bem mais pelo embate discursivo do que propriamente através do consenso.

Os discursos são locais de enfrentamento, de luta, de sujeição, de oposição e de confronto que são permeados de relações de poder. Foucault identifica uma relação intrínseca entre poder, discurso e verdade, na qual torna-se impossível a análise do discurso a partir de critérios que excluam as relações de poder e as condições de possibilidade materiais dos discursos postos. Do confronto entre os vários atores temos como resultado a criação de subjetividades impressas pelo discurso. O discurso seria, segundo Foucault (2009) em diálogo com Nietzsche, a faísca do choque entre duas espadas. Ele é aquilo por que se luta e em seus efeitos de poder produz os sujeitos e reproduz as relações sociais. Neste sentido, o processo comunicacional não pode gerar, como intrínseco a ele, o consenso, pois o discurso é por si o dissenso e o conflito, a expressão da luta, expressão das relações de poder e da sujeição presentes na sociedade. É a partir deste choque que se produz as tecnologias de poder e de controle social ao nível das disciplinalizações do corpo e de segurança da população expressa pelas grandes planificações populacionais. Com uma leitura mais cética em relação à organização das condições em que os sujeitos são postos na produção discursiva observa-se a impossibilidade de criação de um “consenso verdadeiro” habermasiano. Uma análise externa do discurso focando nas relações de poder que o constituem, nos mostra que longe do consenso na verdade produz-se relações de desigualdade e sujeição. Este consenso aparente que o discurso mostra encobre relações de dominação social, que mostra o caráter conflitivo da sociedade.

O papel dado ao discurso jurídico também é algo que diverge de nossa abordagem, pois Habermas (1997a; 1997b) ao colocar o sistema jurídico como mediador discursivo entre o mundo da vida e o poder político e econômico (sistemas) super estima o

potencial regulador do direito sobre o poder. Assim, destaca a possibilidade de controle dos processos políticos e econômicos pela lei, que expressaria o consenso obtido a partir da razão dialógica. Esta forma de identificar o poder nos parece problemática ao analisarmos como o poder se torna difuso e não unitário, se dividindo em múltiplas redes que perpassariam o copo social de forma não estanque, preso em algum lugar enquanto mercado ou no Estado, mas que flui, não se detém, mas se exerce, que reprime mas constitui a realidade. Este poder multifacetado e pulverizado em teia, exercido por todos os atores sociais, em todas as suas posições, mas não uniformemente articulados em uma única instância por um ente, reflete necessidades de deslocamentos poderosos na estrutura da análise jurídica e na importância, ou melhor, na centralidade dada ao direito no processo de constituição deste poder (FOUCAULT, 1999).

Esta mediação entre o mundo da vida e o sistema proposta por Habermas enquanto limitador do poder é posta em xeque com a análise da fluidez do poder social, que articula toda uma tecnologia de poder que se exerce em paralelo ao discurso jurídico, do qual este não tem a possibilidade de reprimir/controlar. O próprio discurso jurídico é articulado, não enquanto limitador deste poder social, mas uma das suas principais técnicas. Não trata-se de limitar o poder pelo direito, mas, a partir da emergência do problema das grandes populações, ver como o jurídico acaba funcionando como uma ferramenta do exercício da governamentalidade biopolítica que mascara as estratégias disciplinares e se constitui enquanto útil ao poder e as técnicas de intervenção biopolíticas. Não se trata de encontrar uma forma de gestão populacional a partir dos marcos jurídico-políticos da modernidade, mas sim de encontrar a forma jurídica que fosse funcional a articulação das estratégias múltiplas de governo das massas populacionais. Esta constatação ataca o cerne da teoria política clássica, da qual Habermas é influenciado, na qual se destaca a centralidade da lei e do Estado na análise do poder.

Apesar das referidas limitações é possível uma articulação com o pensamento habermasiano na análise de nossa proposta em alguns pontos onde nossa visão se encontra com o pensamento do referido autor. Na problemática que analisamos, além dos pontos fortes identificados no capítulo anterior, identificamos a possibilidade de uma leitura progressista da obra de Habermas no sentido de incentivo a mobilização da sociedade civil. Este ponto nos serve de análise muito importante, pois dialoga com a proposta de Nikolas Rose (2013) ao analisar a biopolítica atual, tendo destaque a subjetivação dos processos biopolíticos. Insere-se numa leitura da cidadania a partir das modificações da compreensão sobre o corpo e a vida que geram não apenas, segundo o autor, projetos de intervenção populacional, mas também a possibilidade inversa de reconfiguração dos arranjos da governamentalidade populacional a partir de uma tomada de posição por parte dos cidadãos. A leitura de Nikolas Rose se afasta de leituras determinísticas do processo de subjetivação e socialização na era do biopoder, abrindo a possibilidade de agência dos sujeitos frente à realidade estrutural.

Muitas leituras da obra de Foucault apresentam-na como determinística. Outras consideram incompatível seu pensamento com qual quer revolução social. Embora o

próprio filósofo abra margem para a resistência dos indivíduos dentro das estruturas de poder, pois para Foucault não existe poder sem resistência (FOUCAULT, 2014). Não é atoa que nos cursos do *Collège de France* o autor se foca na possibilidade de contracondutas e contradiscursos capazes de se opor as estruturas de poder pressionando e reconfigurando o processo de positivação da realidade (FOUCAULT, 1999). Analisa movimentos como a corrente anti-psiquiátrica que se utiliza de um discurso crítico ao saber psiquiátrico como forma de desconstrução de sua lógica discursiva. A insurreição dos saberes sujeitados, calados pelo discurso totalizante da modernidade, vem a ser a possibilidade de resistência e de agência dos vários atores, dando voz aos sujeitos calados pelas meta-narrativas. E será esta resistência que terá grande impacto no estudo da cidadania. Estas possibilidades de resistência não podem ser vistas, obviamente, como externas ao poder, mas como expressão de ações a partir dos instrumentos de exercício de poder, como o discurso jurídico. Utilizam-se dos próprios mecanismos do poder para reconfigura-lo. Assim, se não se pode fugir do poder, posicionando sua luta em uma externalidade frente a ele, dado sua dinâmica fluida e presente em todas as relações sociais, é possível a reconfiguração das expressões deste poder e as positivities geradas a partir dele. É nesta leitura da obra foucaultiana que Nikolas Rose (2013) parte sua análise das potencialidades do exercício da cidadania nos marcos da biopolítica contemporânea.

Esta possibilidade é expressa por Nikolas Rose (2013) e Rabinow (1999) ao analisar as sociabilidades próprias inauguradas pelo ativismo a partir da leitura da cidadania, sob os marcos da biopolítica. Estas formas de sociabilidade permitem a articulação em rede de vários atores sociais e que colocam em xeque o discurso da medicina, recusando o status de pacientes passivos e assumindo uma atuação política no processo de constituição de sua identidade sociais. Assim, a assunção deste papel ativo vai refletir em importantes mudanças dentro do regime de saber-poder médico que será pressionado pelas novas vozes, bem como, dentro das estruturas de poder. A resistência pode, assim, adentrar no discurso jurídico-político e nas expressões microfísicas poder. Neste ponto, a análise da conquista gradual por parte dos movimentos sociais que visam a releitura da maconha dentro do regime de saber-poder médico-jurídico conseguiu importantes vitórias que demonstram a possibilidade de resistência através da utilização dos mecanismos e das estruturas capilares do poder.

A leitura de Habermas, nos ajuda, portanto, a perceber possibilidades abertas pela emergência dos movimentos sociais como importantes atores políticos. Estes tornam suas demandas aptas a modificar a estrutura de poder. Sua crítica à mitificação da lei e a necessidade de um aprofundamento da relação entre democracia e ciência dialoga com as possibilidades abertas por Rose a partir da leitura da cidadania nos marcos da biopolítica. A autonomização dos centros de decisões sobre a vida deve ser problematizada, junto com o discurso de despolitização da ciência, numa crítica que Habermas ajuda a aprofundar ao abrir os olhos para as relações políticas onde a pesquisa é realizada e os possíveis conflitos de interesses que envolvem os pesquisadores.

Também consideramos relevante a busca da reconstrução do caráter normativo do direito

em um diálogo com a facticidade social empreendida por Habermas. Esta preocupação pode ser tática aos projetos de reconfiguração dos pressupostos discursivos do sistema jurídico. Na verdade entendemos que o direito já está imbricado na sociedade, pois constituiu-se como a forma jurídica que melhor servia a governamentalidade das técnicas de governo que expressa o poder que flui pelo corpo social. Entretanto o discurso jurídico mostra-se, através da Teoria do Direito, como fechado em si mesmo, na busca de critérios da justificação. A preocupação de Habermas de abrir o discurso jurídico à sociedade nos abre a possibilidade de diálogo entre este discurso e as demandas sociais da sociedade civil, permitindo a cognoscibilidade de elementos outros que não apenas a sua retórica auto-centrada. Assim, constitui-se como uma importante estratégia de ação intradiscursiva de impressão de uma abertura a argumentos não tradicionalmente referendados pela teoria do direito e que leva em conta novas demandas sociais nascidas a partir dos processos biopolíticos, que podem arejar o discurso jurídico e reconfigurar suas práticas.

Esta abertura do discurso jurídico é o objetivo dos novos movimentos sociais, em especial destaque os que lutam pelo direito ao uso da maconha medicinal, pois pretendem imprimir novos argumentos que oxigenem as estruturas jurídicas e possam-se combativos podendo reconfigurar o discurso a partir do embate discursivo. Assim, emerge a necessidade de proliferação das vozes dos atores sociais, em especial dos pacientes de maconha medicinal, que recusam o assujeitamento discursivo e, configurando novas identidades, estruturam discursos de oposição ao poder constituído que ao ir adentrando no campo do direito, através de sentenças judiciais, acórdãos, resoluções administrativas, entre outras, permitem modificações e aberturas cognoscitivas cada vez maiores aos seus anseios. As recentes vitórias judiciais de diversos pacientes que conseguiram autorizações para o plantio e para importação de remédios a base de maconha só podem significar resistências pontuais que fragmentam o discurso proibicionista e produzem novas formas de discursividades e de efeitos de poder, bem como, novas formas de subjetivação.

Habermas dialoga com a busca dos movimentos sociais no intento de reforçar a efetividade do direito à saúde, abrindo o sistema jurídico para os argumentos presentes nas vozes dos cidadãos. Esta constatação pode ser importante desde que não perca de vista o caráter conflitivo deste processo de luta pelas demandas dos movimentos sociais e que olhe, para além do pretenso consenso, os descompassos entre as estruturas burocráticas estabelecidas e as possibilidades de influência que os grupos de ativistas dispõe neste processo. Tentamos evitar tanto a mitificação da técnica, denunciada por Habermas, quanto a mitificação do consenso social ignorada pelo filósofo de Frankfurt, demonstrando este consenso como histórico e resultante de interesses políticos específicos, o que tornaria mais fácil a desconstrução de seus fundamentos discursivos de aparente neutralidade. Assim, a abertura política de órgãos burocráticos, autointitulados de natureza técnica, como a ANVISA, aos debates oriundos da sociedade civil organizada em prol do interesse pela utilização da maconha medicinal representa uma importante vitória no que diz respeito ao processo de desconstrução do mito da

técnica. Esta desconstrução já surte importantes vitórias ao configurar o discurso médico, abrindo-se para discursos médicos periféricos, que estavam marginalizados pelo discurso oficial da medicina.

A partir deste ponto vemos a necessidade de luta pela repolitização dos centros de vida em diálogo com as possibilidades abertas pela atuação dos movimentos sociais, sendo estas contribuições de Habermas ao nosso debate fundamental frente à nossa visão do referido fenômeno. Divergimos do autor por uma outra filiação epistemológica que nos faz problematizar o consenso e o papel do discurso jurídico, cuja leitura de Habermas se dá de forma mais otimista, enquanto que nós analisamos de forma mais complexa nos marcos próximos da crítica foucaultiana. Estes pontos de convergência e divergência nos aparenta especialmente valiosos neste debate, pois permite, a partir do choque de ideias, observar como várias das categorias de Habermas podem nos servir em nossa análise destacando os seus potenciais, mas também seus limites onde pomos a prova nossos argumentos.

#### **4 Conclusão**

Ante ao término do referido estudo, podemos observar como as novas demandas que a transformação nas ciências da vida impactam na ideia de cidadania. A cidadania clássica, a partir das análises dos projetos de cidadania, cada vez mais se abre aos fenômenos sociais em sua análise. O impacto que as transformações na concepção dos processos vitais nos faz releer a noção de cidadania a partir dos grandes projetos de planificação vital que a emergência do problema da população, com sua regularidade própria, imprime ao discurso jurídico. Assim, ler os processos de subjetivação postos em marcha pelo biopoder, tendo como foco o processo de assunção de um papel ativo e de ressignificação da cidadania através de uma cidadania transformadora nos marcos propostos por Nikolas Rose, nos mostra um deslocamento importante ao situar a necessidade de um papel ativo para o cidadão no processo de transformação biopolítica dos saberes sobre e das práticas de intervenção sobre a vida.

Para tanto é necessário que a leitura eminentemente jurídica da cidadania possa ser ampliada neste processo de análise frente às demandas sociais e aos processos de transformação e planificação da gestão da vida. Assim, os processos de transformação social que põe em marcha mudanças e alto-compreensões nos sujeitos atingidos pelos regimes de saber-poder médico e jurídico podem desaguar em projetos de ativismo a partir de uma cidadania ativa com inauguração de novas sociabilidades e novas pautas políticas. Como exemplo, temos o ativismo pela legalização da maconha medicinal, como potencial de transformação social e reconfiguração discursiva na tentativa de remodelamento das práticas de poder. Assim, repensar a cidadania é recolocar no papel central de protagonistas os pacientes e demais afetados pelos processos de decisão sobre as intervenções sobre a vida.

Os limites da abordagem habermasiana se concentram em sua confiança na ideia

de consenso na produção da agenda pública. Assim, este consenso deveria advir de condições ideais de fala, inatingíveis da sociedade contemporânea onde movimentos sociais tem bastante dificuldade em ter igualdade de condições de fala com grandes organizações econômicas e estruturas burocráticas. Preferimos a abordagem da produção dos discursos como pontos de embates, pois nos ajudam a observar o contorno real dos jogos de força, clareando as noções e estratégias de enfrentamento e resistência discursiva. Também ao superestimar o discurso jurídico e não observar outras formas de poder que atingem o discurso de forma discursiva ou não, se afasta da abordagem que tentamos construir nosso raciocínio em diálogo com Rose e Foucault.

O referido intento se mostrou proveitoso, pois permitiu o diálogo entre as ideias dos citados autores e os dados e a literatura que temos para a análise dos fenômenos relacionados à cidadania e à biopolítica, com foco na cidadania ativa na construção do direito à maconha medicinal. Concluimos que a luta pelo acesso à maconha medicinal passa pela democratização institucional e pelo protagonismo das pessoas diretamente afetadas pelas políticas institucionais sobre a saúde e a vida. Damos destaque à atuação dos movimentos sociais organizados na luta pelo acesso à maconha medicinal.

## 5 Referências

BRASIL. Lei Ordinária nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Lei de Tóxicos**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm)>. Acesso em: 15 jul 2015.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal da Paraíba. 3ª Vara Federal da Paraíba. **Processo Nº 0800333-82.2017.4.05.8200**. Sentença 27 de abril de 2017. Encontrado em: <http://www.jfspb.jus.br/arquivos/editais/liminarjusticafederalpb.pdf>. Acesso em: 10/11/2017.

FREITAG, Bárbara; ROUANET, Sérgio Paulo (orgs). **Habermas – Sociologia**. São Paulo: Ática, 1993.

FOUCAULT, Michel. **Resumo dos Cursos do Collège de France (1970-1982)**. Editora Zahar: Rio de Janeiro, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2009.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 36ª ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

\_\_\_\_\_. **A ordem do discurso: aula inaugural no College France pronunciada em 2 de dezembro de 1970**. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

\_\_\_\_\_. **História da sexualidade I: A vontade de saber**. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

\_\_\_\_\_. **Do governo dos vivos: Curso no Collège de France, 1979-1980: aulas de 09 e 30 de janeiro de 1980**. São Paulo: Centro de Cultura Social, 2009.

\_\_\_\_\_. **Os Anormais: Curso no College de France (1974-1975)**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**: curso no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GAUDILLIÈRE, Jean-Paul. **Biomédecine**. In: FASSIN, Didier; HAURAY, Boris. Santé Publique. L'état des savoirs. Paris: La Découverte, 2010.

GUTIERREZ, Gustavo Luis *et al.* Teoria da Ação Comunicativa (Habermas): estrutura, fundamentos e implicações do modelo. **Veritas**. v. 58, n. 1, p. 151-173, 2013.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997a.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**: entre a facticidade e a validade II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997 b.

\_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa**. Volumen 1: Racionalidad de la acción y racionalización social. Taurus, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_. **Técnica e Ciência como «Ideologia»**. Lisboa: Setenta, 1994.

HONNETH, A. Teoria crítica. In: GIDDENS, A.; TURNER, J. (Ed.). **Teoria social hoje**. São Paulo: Unesp, 1999. p. 503-552.

LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MARSHALL, T. H. **Cidadania e classe social**. In: Cidadania, classe social e status. Rio de Janeiro: Zahar, 1967 p. 57- 114.

OLIVEIRA, Lucas Lopes; RIBEIRO, Luziana Ramalho. Discursos Médicos e Jurídicos Sobre Maconha na Paraíba: a judicialização do direito ao acesso à maconha medicinal. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 4, n. 2, 2017.

RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RABINOW, Paul. **Antropologia da razão**: ensaios de Paul Rabinow. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1999.

RABINOW, Paul; ROSE, Nikolas. O conceito de biopoder hoje. **Revista de Ciências Sociais-Política & Trabalho**, v. 24, 2006.

ROSE, Nikolas. A biomedicina transformará a sociedade? O impacto político, econômico, social e pessoal dos avanços médicos no século XXI. **Revista Psicologia & Sociedade**, v. 22, n. 3, 2011.

\_\_\_\_\_. **A política da própria vida**: biomedicina, poder e subjetividade no século XXI. São Paulo: Paulus, 2013.

\_\_\_\_\_. As Ciências Humanas na era biológica/The Human Science in a Biological Age. **Revista Polis e Psique**, v. 4, n. 2, p. 4-43, 2014.

\_\_\_\_\_. Psicologia como uma ciência social. **Revista Psicologia & Sociedade**, v. 20, n. 2, 2008.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.



# LA EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LA MUJER EN LA DEMOCRACIA URUGUAYA

Luis M<sup>a</sup> Delio Machado<sup>1</sup>

## 1 Resumen

El capítulo aborda el debate en torno a los derechos políticos de la mujer en Uruguay, atendiendo el carácter excluyente que tiene la primera Constitución nacional de 1830, las discusiones universitarias sobre el tema a partir de fuentes poco frecuentadas, hasta el reconocimiento de los derechos políticos femeninos en la Constitución de 1934.

Todo proceso de democratización, involucra necesariamente el reconocimiento y ejercicio de plenos derechos, entre los que figuran en primer lugar, los derechos políticos universales de todo miembro en cualquier comunidad organizada. Sin embargo, en las sociedades occidentales y latinoamericanas particularmente, la democratización política con universalización de derechos de ciudadanía, no fue un punto de partida sino el resultado de un largo proceso de ampliación gradual de integración política. En este capítulo examinamos el caso uruguayo, comenzando por la inicial organización política independiente que instituye su primera constitución en 1830, que rige los destinos uruguayos hasta 1918. Desde el punto de vista jurídico-institucional, la primera Constitución recogía corrientes francesas del momento, integrando el elenco de *constituciones napoleónicas*. El modelo político adoptado por la República Oriental del Uruguay en sus orígenes, estuvo doctrinalmente pautado por el liberalismo clásico de su tiempo, restringiéndose el estado naciente a las esenciales funciones de juzgar y castigar. Las limitadas funciones estatales estaban en consonancia con las dimensiones del estado naciente. Como ha señalado Demichelli, la primera Constitución uruguayo prescribe las funciones estatales con claridad:

*“«habrá para el despacho las respectivas Secretarías de Estado a cargo de uno o más ministros, que no pasarán de tres»! [art. 85]. Este precepto contiene la más clara y precisa definición práctica de los fines legítimos del Estado. Si los Ministerios no podían pasar de tres, las atribuciones del Poder Ejecutivo quedaban limitadas, necesariamente, a las relaciones exteriores, las finanzas y la fuerza pública [El art. 85 se refería a la primera Legislatura; pero la propia Constituyente redujo a dos los Ministerios (ley 16 set. 1829), que antes fueron tres (ley 7 set. 1825)]. Ante la simplicidad prohibitiva del precepto, huelga todo comentario. Surgió, así, aquel viejo Estado, juez y gendarme, protector del orden público, en absoluto extraño a todo fin económico y a toda preocupación social” (DEMICHELLI, 1950, p. 82).*

El número de Ministerios establecidos por la Constitución de 1830 se fue modificando en el transcurso del siglo XIX. La primera modificación eleva a cuatro el número de

<sup>1</sup> Profesor Agregado y Coordinador de Ciencia Política de la Facultad de Derecho - Universidad de la República-Uruguay. Lic. en Ciencias Históricas. Lic. en Filosofía. Doctor en Filosofía (UNLPlata-Argentina). Posdoctoración (UNR-Argentina). lmdelio@gmail.com

Ministros de Estado por ley del 8 de julio de 1854 y a fines de siglo, con la creación del Ministerio de Fomento sustituyendo el de Justicia, Culto e Instrucción por ley del 6 de enero de 1891 se eleva a cinco.

La doctrina política inspiradora de la constitución de 1830, fue liberal y republicana y así lo expresa la “Sección III. De la forma de gobierno y sus diferentes poderes. Art. 13.- *El Estado Oriental del Uruguay adopta para su gobierno la forma representativa republicana*”. El carácter democrático del estado naciente era totalmente deficitario pues no preveía la existencia ni funcionamiento de partidos políticos y absolutamente *excluyente* respecto a los derechos políticos, tanto como elector y elegible. El Cap. II. Art. 24 y Cap. III. Art. 30, disponía respectivamente una serie de requerimientos económicos para gozar de elegibilidad plena a los ciudadanos; para ser Representante: “*un capital de cuatro mil pesos; o profesión arte u oficio útil que le produzca una renta equivalente*”, y para Senador: “*un capital de diez mil pesos, o una renta equivalente, o profesión científica que se la produzca*”.

Respecto al universo de los electores, en la *Sección II. Cap. I, “De la ciudadanía, sus derechos, modos de suspenderse y perderse”*, en su art. 7º quedaba claro que uno de los géneros estaba excluido absolutamente del ejercicio de los derechos políticos, ya que “*Ciudadanos naturales **son todos los hombres libres**, nacidos en cualquier punto del territorio del Estado*”. Además de esta distinción, la Carta prescribe una serie de causales de suspensión de ciudadanía en la misma Sección, Cap. III. Arts. 11 y 12, que son las siguientes:

*“1º- Por ineptitud física o moral, que impida obrar libre y reflexivamente. 2º- Por la condición de sirviente a sueldo, peón jornalero, simple soldado de línea, notoriamente vago o legalmente procesado en causa criminal, de que pueda resultar pena corporal o infamante. 3º- Por el hábito de ebriedad. 4º- Por no haber cumplido veinte años de edad, menos siendo casado desde los diez y ocho. 5º- Por no saber leer ni escribir, los que entren al ejercicio de la ciudadanía desde el año mil ochocientos cuarenta en adelante. 6º- Por el estado de deudor fallido, declarado tal por juez competente. 7º- Por deudor al fisco, declarado moroso”*(CONSTITUCION URUGUAYA, 1830).

Como puede verse, entre las restricciones, figuran causales variadas que comprenden situaciones socioeconómicas, algunas actividades, hábitos y carencias de competencias como el analfabetismo:

*“La constitución de 1830 apartaba del cuerpo electoral a los sirvientes a sueldo y peones jornaleros. La condición de dependencia económica hacía que estas personas (numerosísimas en la época) no pudieran ser electores. También estaban en la misma situación quienes no supieran leer ni escribir cuando entrasen al ejercicio de la ciudadanía desde 1840 en adelante. En tiempos de generalizado, analfabetismo esta causal alcanzaba a la mayoría de la población del país. Otro sector de la sociedad que no podía votar era el compuesto por los soldados de línea. Había otras restricciones pero dejamos anotadas sólo las más importantes. Como puede fácilmente inferirse, el cuerpo electoral del siglo pasado era muy reducido: las grandes mayorías nacionales no votaban por razones económicas o educacionales”*. (SEMINO, 1984. p. 78-80).

El analfabetismo constituyó una restricción perdurable hasta la primera década del siglo XX: *“El censo de 1908 evidenció que más del 50% de la población era analfabeta. Ascendiendo en la averiguación del nivel social de la cultura, encontramos una población estudiantil que se repartirá así: escuelas primarias, 77.000 alumnos; enseñanza secundaria, al menos de 1.200 alumnos; universidad, 400 alumnos; la enseñanza técnica (Escuela de Artes y Oficios) era realmente un reformatorio (...); 200 y pocos alumnos”*. (FARAONE, 1972, p. 28).

Además de estas causales, tampoco los soldados de línea podían votar, de esta forma, la sumatoria de las restricciones políticas tuvieron un efecto claro, redujeron drásticamente al cuerpo cívico uruguayo y esta situación perdura hasta las postrimerías del siglo XIX. Como señala Semino, todavía en las *“elecciones legislativas de 1887, realizadas con normalidad - para la época - sufragaron 35.000 ciudadanos que representaban el 5% de la población del país”*(SEMINO, 1984, p. 80). Otros autores han señalado la pequeñez del cuerpo cívico uruguayo. Para Barrán, sin duda las causas eran múltiples y duraderas ilustrando la situación por los resultados del censo montevideano de 1889:

*“... de los 222.000 habitantes de Montevideo en 1889, la mitad no podía votar por ser femenina; de la mitad masculina, casi la mitad era menor de 20 años. Quedaban 67.571 hombres mayores de 20 años, pero de ellos, 53.109 eran extranjeros. Por razones jurídicas y demográficas combinadas el «stock cívico» de la «invicta capital» se había reducido a 14.462 ciudadanos, ¡un 6.51% del total de los montevidianos!”*(BARRAN, 1990, p. 275).

Pero de todos los grupos de excluidos de los derechos políticos, los que conforman la mayoría fueron los inmigrantes y las mujeres. A pesar de la escasa información que poseemos de los primeros años de vida independiente sobre población, sabemos que en 1835 un censo estimó en 128.511 habitantes la población nacional. Pocos años después tenemos algunos datos que permiten valorar el aporte extranjero en la población montevideana cuando en un trienio arribaron a la capital cerca de treinta mil inmigrantes. El progreso de la edificación urbana *“se explica en parte por la afluencia de inmigrantes. 28.245 europeos llegaron a Montevideo desde 1838 hasta fines del 1841. Los inmigrantes europeos en aquel período habían contribuido a modificar notablemente la faz del país. Después de haber construido gran número de casas en todo el recinto de la Ciudad, duplicaron su extensión construyendo fuera del recinto, una ciudad nueva de espaciosas calles, como pocas ciudades las tenían a la sazón”*. (JUNTA ECONOMICO ADMINISTRATIVA, 1892, p. XCVI).

Hacia 1860 un censo nacional estima la población uruguaya en 223.230 habitantes y los inmigrantes alcanzan el porcentaje de 33.5 %. Si avanzamos en el tiempo y vemos los datos arrojados por el prolijo censo de Montevideo en 1890, las cifras son reveladoras respecto a la incidencia de los inmigrantes en la población uruguaya: de un total de 215.061 pobladores, los nacionales llegan a 114.322 y 100.739 los extranjeros (BARRAN, 1990, p. 23). Los extranjeros no sólo revisten importancia cuantitativa en lo poblacional, sino también tienen un papel relevante en la vida económica nacional,

ya que “*tenían en sus manos capitales y riquezas equivalentes a \$149.109.185, contra \$123.420.491 en poder de los nacionales*”(PALOMEQUE, 1889, p. 686). De alguna forma, los inmigrantes, varones claro está, a partir de 1870, pudieron participar en las elecciones de Alcaldes Ordinarios y Tenientes Alcaldes de las Juntas Económico Administrativas, aunque como lo estaba reglamentada esta ley, después de 1877 cayó en desuso. Pero mientras estuvo vigente la ley, se exigía a los extranjeros diversas condiciones entre las que figuran la justificación de “*tres años de residencia en el país, saber leer y escribir, ser propietario de la localidad o tener un capital de mil pesos o industria equivalente*”, e inscribirse en un “*registro denominado «Vecinal» en el cual se anotarán los nombres de los extranjeros*”(ALONSO, 1877, p. 449-450).

El clima de conflicto que vive la república durante el siglo XIX e incluso hasta 1904 con la última guerra civil, postergaron todo debate respecto a la ampliación de la participación política de la población. Pero otros factores impidieron transformaciones políticas que ampliaran el cuerpo cívico uruguayo. Entre estos factores, figura la fuerte raigambre emocional y caudillesca de los adherentes a las divisas partidarias (blanca y colorada), el desconocimiento de los partidos políticos en la constitución de entonces y la forma de asignación de los cargos de gobierno. Este último elemento fue una fuente permanente de conflictos, ya que el ganador de la elección, - bastaba que lo hiciera con una mayoría exigua- asumía la totalidad de los cargos del gobierno, incluso los poderes departamentales o locales, eran designados por el titular del Poder ejecutivo porque las atribuciones constitucionales en la Sección X, *Del Gobierno y Administración interior de los Departamentos*, Cap. 1º. Arts. 118 y 121, habilitaban la designación del “*Jefe Político*” (CONSTITUCION URUGUAYA, 1830), máxima jerarquía departamental. Recién, en las postrimerías de la *Revolución de las lanzas*, una de las guerras civiles uruguayas más cruentas, se produjo la primera experiencia de coparticipación partidaria, con el “*Pacto de la Paz de Abril de 1872*”. Como ha señalado Reyes:

*“La paz, había significado la aceptación del régimen de coparticipación política, (...) el Partido Blanco obtenía la administración de cuatro departamentos. Esta transacción entre (...) el Partido Blanco y el Partido Colorado - no era, como alguna historiografía ha creído «una solución feudal» sino la consagración de una fórmula política adecuada a la realidad del país, que venía a superar la situación creada por el texto constitucional de 1830, el cual entregaba la totalidad del aparato del Estado al Presidente de la república... La solución (...) era, la única posible para otorgar una participación y representación política al Partido Blanco que, sin violentar la Constitución, le permitiera, a la vez, obtener un cierto grado de autonomía local acorde con el viejo sentimiento comunalista y vecinal de sus hombres. Por lo demás, al ser titulares de gobiernos departamentales, los blancos lograban la garantía de elecciones libres en esas jurisdicciones y, por lo tanto, siendo mayoría en las mismas, la victoria en los comicios; (...) se aseguraban la posesión total de las bancas legislativas que correspondían en virtud del sistema entonces vigente. Concretamente: los departamentos de San José que abarcaba el de Flores, Canelones, Florida y Cerro Largo - que comprendía al de Treinta y Tres - aseguraba al Partido Blanco, ocho Representantes y cuatro Senadores”.* (REYES ABADIE, 1989, p. 72).

También Faig considera que con “*la Paz de abril, la vieja tradición de pactos políticos, que desde ahora se traduce por una práctica coparticipativa que impide la exclusión de partidos en la administración de la República, pasa a ser un elemento esencial para comprender la vida político - partidaria del Uruguay moderno*” (FAIG GARICOITS, 1996, 24). Sin embargo la paz de abril de 1872 fue sólo el primer intento precario de coparticipación partidaria. En realidad, el único espacio donde fue debatido el problema que suscitaba la Constitución vigente, la coparticipación y extensión de los derechos políticos, fueron las aulas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, fundamentalmente en la Cátedra de Derecho Constitucional. Esta Cátedra de Constitucional fue creada en 1870 y en 1874 comienza a regentearla el Dr. Jiménez de Aréchaga, dándole un impulso desconocido hasta entonces. Pocos casos se han dado en nuestra historia universitaria de una tan prolongada influencia intelectual, como representa el reinado de sus doctrinas. “*Su opinión se ha citado como autoridad en el Parlamento y en la prensa, sus libros continúan pasándose de mano en mano entre los estudiantes del aula y sus juicios sobre instituciones o sistemas políticos se siguen recibiendo bajo el prestigio de su palabra como axiomas de la ciencia política. En la cátedra y fuera de ella, puede decirse que - desvanecida en el tiempo su doctrina- aún prosigue dictando su enseñanza*”. (GÓMEZ HAEDO, 1930, p. 9).

Con la asunción del Dr. Justino Jiménez de Aréchaga en la cátedra de Derecho Constitucional y la aplicación de un nuevo plan de estudios a partir de 1878, emergen condiciones favorables para debatir problemas tales como la extensión y naturaleza del sufragio y ciudadanía. Al igual que otros catedráticos, Jiménez elaboró materiales para su curso, de los cuales el más célebre fue “*La Libertad Política*”, aparecida primero en capítulos desde 1882 en *Revista del Plata* y luego en formato de libro (JIMENEZ, 1884). En los programas del curso del Prof. Jiménez, constatamos el interés por la dimensión política de las disposiciones constitucionales, y este se proyecta, sobre todo, en las disertaciones o tesis de grado de sus estudiantes, las que constituyen las fuentes primarias que examinamos en este trabajo.

## 2 El inmigrante y la vida política

Veamos algunos ejemplos de las disertaciones que expresan la consideración que en la academia uruguaya tuvo el inmigrante en materia de derechos políticos. Ya mencionamos el decreto de 1870 habilitando a extranjeros a participar en elecciones locales y esta idea persiste. En 1874, desde el periodismo el Dr. José M<sup>a</sup> Vidal (VIDAL, 1874) promovía la concesión de los derechos políticos a los extranjeros y más de una década después, sus ecos resuenan en la tesis de grado de Campisteguy (CAMPISTEGUY, 1887, p. 117). El principio postulado por Campisteguy se fundaba en la preeminencia del *ius soli* sobre el *ius sanguinis*, y los efectos que en materia de derechos políticos resultan de la misma. A su juicio, el inmigrante se ha integrado plenamente a la sociedad uruguaya, ha constituido familia y consecuentemente debería disfrutar de

los mismos derechos políticos. Otros hombres de derecho postularon la conveniencia de integrar al cuerpo cívico nacional a los extranjeros, como una forma de concluir con el clima de guerra civil imperante y consolidar la institucionalización. A juicio de Eduardo Vargas, el extranjero con derechos políticos *“habría resuelto una cuestión, que pasando de las esferas de la teoría a las de la práctica, sería uno de los más poderosos medios, para encarrilar a nuestro país en la verdadera vía constitucional, para concluir con esos partidos tradicionales, con esas luchas fratricidas en que hemos malgastado tantos años y tantos hombre, para llegar, en fin, al anhelado día en que no imperase en nuestra patria, otra voluntad de sus libres instituciones emanadas de la soberanía popular”* (VARGAS, 1884, p. 11). Hasta los estudiantes más conservadores como Francisco Del Campo, resistente a toda innovación en materia de extensión del derecho de sufragio, promovieron la incorporación de los extranjeros a la vida política nacional mientras se empeña en rechazar cualquier participación política de la mujer. Así Del Campo afirma no existir riesgo alguno en la integración del extranjero al cuerpo cívico nacional, ya que *“si al extranjero se le da participación en el gobierno municipal, no hay razón alguna para negársela en el gobierno político”* (DEL CAMPO, 1880, p. 16). Otras razones esgrime Del Campo para extender el sufragio a los extranjeros, entre las que figuran el interés por los destinos *“del país cuyo cielo habita”*, *“su espíritu preparado para esa agitación propia de los gobiernos republicanos”* (Ibid., p. 17) y además tendría los beneficios de que *“su participación destruiría esas camarillas que existen en todos los pueblos para su desgracia”* (Ibid.), moralizando así la vida política nacional.

### **3 La mujer en la vida política nacional**

Sin duda el grupo mayoritario excluido de la vida política estuvo conformado por el universo femenino y esta situación fue duradera. El ingreso de la mujer a la actividad política en las sociedades occidentales, se realiza progresivamente aunque en forma heterogénea. Así en Nueva Zelanda y Australia las mujeres adquieren derechos de sufragio tempranamente en 1893 y 1903 respectivamente (DAHL, 1999, p. 104), mientras que otras naciones como Francia, que universalizaron el sufragio masculino en 1848, tardaron casi un siglo en reconocer a la mujer este derecho recién en 1946. Una buena síntesis del reconocimiento de los derechos políticos de las mujeres la presenta Franco en su trabajo (FRANCO, 1886, p. 29)

En Uruguay, la mujer votó por primera vez en las elecciones de 1938, (exceptuando el plebiscito local de Cerro Chato de 1927), de acuerdo con lo dispuesto por ley N° 8927 del 14 de diciembre de 1932. Dicha ley reconoce el derecho al voto femenino, por el Proyecto de los diputados L. Batlle Pacheco y P. Minelli, que recogía la vieja aspiración del ex presidente Baltasar Brum y que finalmente fuera consagrado por la Constitución de 1934, en la *“Sección III. De la ciudadanía y sus derechos; modos de suspenderse y perderse. Cap. I. Art. 64.- Los ciudadanos de la República Oriental del Uruguay son naturales o legales. Artículo 65.- Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres*

nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales los hijos de padre o madre orientales, cualquiera haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de avecindarse en el país e inscribirse en el Registro Cívico”. (CONSTITUCION URUGUAYA, 1934) Sin embargo, esto no es más que el epílogo de un largo proceso que principia en el siglo XIX debatiendo los derechos políticos de la mujer. Nuevamente, el ámbito que reflexiona tempranamente sobre la naturaleza política de la mujer, fue la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Uruguay, como podemos confirmarlo por el examen de varias disertaciones estudiantiles. Este aspecto de las aulas universitarias uruguayas contrasta con las aulas de la Universidad de Buenos Aires donde podemos advertir que la condición política de la mujer no fue considerada en sus disertaciones (CANDIOTI, 1920).

Estos trabajos se concentran en las dos últimas décadas del siglo XIX expresando algunos una clara predilección por el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer como lo hemos mostrado en escritos anteriores (DELIO, 1998, p. 113-137). Es probable que en nuestra academia, la atención prestada a esta cuestión, fuera estimulada por la difusión de algunos pensadores que se expidieron respecto a la conveniencia o inconveniencia del ejercicio de derecho al voto femenino, entre los que figuran Fco. Lieber, J. S. Mill, E. Ahrens, E. Laboulaye y J. Bluntschli y que también fuera promovida por el magisterio de Justino Jiménez de Aréchaga. Desde 1874, el Dr. Jiménez de Aréchaga incorpora en el punto IV de Sufragio en su Programa de Derecho Constitucional la cuestión de los derechos políticos de la mujer y de los extranjeros, aunque contrario a su reconocimiento en el caso de las mujeres, inicia el debate en nuestra Facultad. (UNIVERSIDAD, 1874, p. 28-32).

Algunas de las tesis que abordaron la problemática del sufragio universal y consecuentemente los derechos políticos de los extranjeros y mujeres, fueron las disertaciones de Fco. Del Campo (DEL CAMPO, 1880), F. Bayley (BAYLEY, 1881), N. Minelli (MINELLI, 1883), E. Vargas (VARGAS, 1884) entre otras. La reflexión que realizaron estos jóvenes universitarios en torno al sufragio se inscribe en el debate más amplio de todo el sistema político nacional democrático-representativo. Esta era la razón esgrimida por Vargas respecto a la relevancia del tema:

*“siendo el sufragio en los pueblos que han adoptado el sistema democrático representativo, la piedra angular sobre que descansa el hermoso edificio de las instituciones libres, se comprende sin gran esfuerzo que interpretado de una manera errónea en su naturaleza o en su ejercicio, tienen esos errores que desnaturalizar y viciar por completo todo el organismo social. ¿Qué es el sufragio? ¿Cuáles son los medios más adecuados para ejercerlo? ¿Debe ser obligatorio? ¿Deben ejercerlo la mujer y el extranjero?” (Ibíd., p. 9).*

Estos jóvenes entendían que la consolidación del gobierno representativo era el único medio para asegurar la libertad civil en clave liberal, las prácticas democráticas y el progreso moral de la sociedad. Como señala Bayley, la forma de gobierno representativo *“asegura a todos los miembros de la sociedad el ejercicio libérrimo de la más amplia*

*libertad civil, y lo que es más, educa a los ciudadanos en las prácticas grandiosas de la vida democrática y es una escuela de desarrollo moral e intelectual y de grandes virtudes cívicas*” (BAYLEY, 1881, p. 7). Las bondades del gobierno representativo eran concebidas como el *thelos* hacia el cual se dirige todo desarrollo racional, progresivo y natural de las sociedades. Pero la racionalidad de los universitarios se orienta a reflexionar sobre la contradicción que se presenta, por un lado, las virtudes del gobierno representativo y por otro, la restricción y exclusión determinada por el orden constitucional imperante. A pesar de las formulaciones abstractas y totalizantes del proyecto liberal decimonónico, todas las tesis que se ocuparon del sufragio, analizaron las teorías de su naturaleza en sus diversas alternativas; o el sufragio es un derecho natural; una función pública; o el sufragio es un derecho político.

La primera doctrina, el sufragio como derecho natural, concibe al sufragio como parte integrante de los derechos naturales de los hombres y respecto a dicha teoría, todos los autores tienen la misma actitud de rechazo sistemático. Los argumentos esgrimidos pueden resumirse de esta forma:

a) si el sufragio integrara el conjunto de derechos naturales, debería reconocerse como propiedad a todo ser humano, a los niños, criminales, soldados de línea, locos, ebrios y también las mujeres deberían ejercerlo.

b) si el sufragio fuera un derecho natural, debería poderse ejercer en todo momento y por autodeterminación libre o voluntaria del sujeto sin ninguna disposición que reglamentara su forma o momento para ejercerlo.

c) los derechos naturales tienen como finalidad la protección, seguridad y beneficios para el individuo, si el sufragio perteneciera a la misma categoría, éste podría usarse para beneficio y utilidad particular estando reñido éste carácter con su propia naturaleza que es la búsqueda del beneficio social.

La primera objeción a la consideración del sufragio como derecho natural, la presenta Fco. Del Campo, cuando señala: *“Si el sufragio fuera un derecho natural, todo ser humano, sin distinción alguna, tendría la facultad de ejercerlo y cualquier restricción al respecto sería un desconocimiento completo de la naturaleza humana. Privarle entonces de este derecho sería lo mismo que desconocerle el de pensar libremente, el de trabajar, etcétera”* (DEL CAMPO, 1880, p. 8). Bayley tiene opinión similar sobre el punto:

*“El sufragio no es un derecho del individuo porque no es un atributo de su personalidad, no es inherente a su naturaleza, como lo son la libertad personal, la libertad de industria, la de reunión y de asociación, el derecho de adorar a Dios, el de enseñar, el de pensar y las demás manifestaciones que puede tomar su actividad para cumplir su fin; es solo garantía política del ejercicio de estos derechos. Si el sufragio fuera un derecho natural debería ser reconocido por igual a todo ser humano y entonces debería llegarse lógicamente hasta reconocer el ejercicio del voto no solo a las personas capaces de ejercerlo provechosamente para la sociedad, sino a los ineptos, a los niños, los procesados criminalmente, al simple soldado de línea, y en una palabra a todos aquellos que hicieran un pésimo uso del voto por carecer de las condiciones indispensables de moralidad e independencia. Las leyes que limitaran el ejercicio del voto solo a las personas capaces serían inocuas, porque ninguna ley ni ninguna autoridad puede*

*privar a un ser humano del ejercicio de un derecho inherente a su naturaleza; tal es una de las consecuencias absurdas a que conduce esta doctrina cuando se trata de determinar la extensión del sufragio”* (BAYLEY, 1881, p. 11).

En cuanto a la segunda objeción, se entiende que si el sufragio fuera un derecho natural, no debería admitir ninguna reglamentación, limitación o suspensión fuera parcial, total o temporal para ejercerlo, encontramos opiniones matizadas, pero todas coincidentes en lo sustancial. Los autores citados, se expidieron sobre el punto. Para Del Campo:

*“El sufragio es un derecho que solo se ejercita en épocas determinadas y para bien de la sociedad, y ¿hay acaso paridad entre este derecho y el de pensar, el de trabajar, etcétera? estos últimos se ponen en acción en todos los momentos de la vida, en sociedad o fuera de ella, basta simplemente existir; mientras que el sufragio supone necesariamente la sociedad política o más bien dicho tiene su fundamento en ella”* (DEL CAMPO, 1880, p. 9).

También Bayley expone una línea argumental similar:

*“si el voto fuera un derecho del individuo podría él ejercerlo en el tiempo y de la manera que conceptuara más conveniente a su interés sin otra limitación que el derecho ajeno. Pero, ¿sucede esto con el sufragio? Evidentemente que no, la ley provee el modo y la época en que se han de verificarse los comicios; es pues otra diferencia notable entre el derecho social y el derecho individual; aquel sufre reglamentaciones y restricciones a que no está sujeto este último. Pero esta teoría lleva además a consecuencias de todo punto perniciosas e inmorales. Si se establece que el sufragio es un derecho, debe ser potestativo en quien lo posee ejercitarlo o abstenerse de ello porque esto es propio de todo derecho. Según esto ¿cómo hacer un cargo al ciudadano porque se abstiene sin ningún motivo legítimo?. Luego también si es un derecho podrá disponer de él sin ninguna limitación moral, podrá traficar con su voto, podrá emplearle de modo que se congrece con otra persona por algún móvil interesado, podrá vender su voto, y todo esto de la misma manera que puede disponer lícitamente de su derecho de propiedad, pues el individuo al usar de un derecho que le es propio no debe consultar para nada el interés social sino su interés personal. ¿Y es lícito que el ciudadano puede vender su voto? ¿Es esto digno? De ninguna manera; es un acto reprobado por la opinión pública[...] y que cubre de oprobio y vergüenza a quien lo realiza[...] La doctrina del derecho natural es absolutamente insostenible”* (BAYLEY, 1881, p. 12).

En cuanto a la tercera de las objeciones, el mismo autor, discriminaba radicalmente las diferentes finalidades que persiguen los derechos naturales y los reconocidos u otorgados políticamente, por ello concluye que:

*“Cuando se dice que el sufragio es un derecho natural se incurre en un error gravísimo y que puede dar lugar a que se saquen consecuencias absurdas y funestas. Se confunde dos cosas esencialmente distintas: el ejercicio de los derechos individuales o civiles, que son inherentes a la personalidad humana, que cada individuo de la sociedad posee por el simple hecho de su existencia como una propiedad de su naturaleza, y que residen en todos sea cual fuere su condición o edad; y el ejercicio de los derechos del ciudadano que son consecuencia soberana, que se refieren siempre a intereses eminentemente generales...”* (Ibíd., p. 11).

La segunda teoría que concibe al sufragio como función pública, recibió otras críticas. El argumento esgrimido por Del Campo refiere al carácter delegativo de la función pública y a la incongruencia que implica delegar tal competencia: “*Si el sufragio fuera una función pública debiera ejercerse por delegación y en esa virtud preguntaríamos ¿quiénes son los que delegan sus facultades ?. A esta pregunta responden, que son aquellos que no tienen capacidad aun para sufragar; pues bien, este argumento es destruido por el absurdo*”(DEL CAMPO, 1880, p. 9).

Idéntica impresión tiene Bayley cuando rechaza la consideración del sufragio como función pública:

*“En efecto toda función pública no importa otra cosa que un mandato, y todo mandato supone necesariamente dos personas - un mandante que confiere o delega el poder -, y un mandato que lo acepta. Ahora bien, según esta doctrina ¿quién es el mandante y quien el mandatario? El mandante es el pueblo que no vota, se dice por sus sostenedores, y el mandatario el pueblo elector. Esto es un absurdo ¿cómo suponer que los incapaces han de conferir a los capaces un poder que no tienen, pues no son miembros de la sociedad política, no son partícipes de la soberanía!”*(BAYLEY, 1881, p. 13).

La tercera teoría respecto del sufragio es la que lo considera como derecho político, siendo compartida por todas las fuentes consultadas. Los hombres de la Universidad uruguaya finisecular, entienden que el sufragio es un derecho de carácter político que se reconoce al individuo, siempre y cuando cumpla con determinadas aptitudes y tiene una finalidad que va más allá de todo interés individual, por lo que de su ejercicio se obtiene un beneficio social. De esta forma, Del Campo afirmaba absolutamente: “*Yo creo que el sufragio como derecho político es invulnerable y hasta hoy las objeciones que se le dirigen están radicadas en la interpretación de la palabra derecho*”(DEL CAMPO, 1880, p. 10). Mucho más explícito fue Bayley al destacar la naturaleza exterior que presenta el derecho político del sufragio y en ello funda la licitud de la obligatoriedad y universalidad. Para este autor el sufragio, reconoce al ciudadano “*no en su calidad de ser humano, sino en su calidad de miembro de la asociación política y partícipe de la soberanía social, mas para proteger el derecho de todos los asociados que para su interés particular; no debe ejercerse sino en beneficio de la comunidad; y es un derecho a cuyo ejercicio no puede renunciarse porque emana de la soberanía y esta es irrenunciable*”(BAYLEY, 1881, p. 15). Al concebir al sufragio como un derecho que interesa y pertenece al cuerpo social, aunque se ejerce individualmente, siempre atiende el interés de todos los asociados, y por esta vía, se torna insoslayable la reflexión sobre al derecho político de las mujeres. Ya señalamos algunos de los autores frecuentados en las aulas de derecho Constitucional entre los que figuran Dupont-White, Laurent, Laboulaye y Mill, los que son citados abundantemente en las fuentes estudiadas. Dichos autores influyeron en la conformación de las opiniones que los estudiantes se forjaron respecto a la consideración del sufragio, particularmente en lo concerniente al sufragio femenino. Algunos enunciados concordantes en esta materia, permiten confirmar el influjo de la teoría del sufragio de Dupont White con la argumentación esgrimida por Bayley. Si para Dupont White no existe otra forma

de definir la libertad política que la de: *un poder de los pueblos sobre sí mismos*, Bayley extrae las consecuencias extremas de esta idea: “*El sufragio es un derecho político o en otros términos, un derecho social. Y entiendo por derecho político todo acto por el cual el pueblo ejerce su autoridad o soberanía. En el estado actual de las sociedades el gobierno no se ejerce directamente por todo el pueblo sino por medio de representantes...*” (Ibíd., p. 14). Idéntica opinión tiene Del Campo apelando al mismo argumento afirmando que: “*el único derecho político, propiamente dicho, que posee el pueblo hoy en día, es el sufragio; porque es el único acto por el cual ejercita directamente la soberanía;...*” (DEL CAMPO, 1880, p. 10).

Una vez establecida la naturaleza del sufragio como derecho político, se reflexiona respecto a la consideración de las aptitudes políticas de la mujer. La discusión en las aulas universitarias, se dirige a dilucidar si corresponde o no reconocer a la mujer el derecho de sufragio, y ello está pautado por la consideración de la mujer como sujeto independiente, racional, reflexivo con autodeterminación. El debate se sitúa en el marco más general de la necesidad de proclamar el sufragio universal. Si se debe reclamar la universalidad del sufragio, si éste, en su mayor extensión constituye la garantía y reaseguro de la conformación de un buen gobierno, necesariamente debía plantearse si corresponde o no integrar a la mujer en el cuerpo cívico con plenos derechos políticos. Si bien existe acuerdo en los distintos autores, respecto al carácter benéfico que tiene el sufragio universal, la cuestión de si la mujer debía incluirse en esa “universalidad”, requería de una fundamentación. Por otra parte, el debate en torno a los derechos políticos de la mujer, involucra otros campos jurídicos y sociales ya que en el derecho civil, también existían desigualdades notorias que exigían ajustes concordantes, en el caso del reconocimiento de los derechos políticos de la mujer. La discusión teórica se orientó fundamentalmente a las condiciones que el ciudadano debe poseer para ejercer el derecho al voto. Las primeras argumentaciones a favor del sufragio femenino, presentaron una gama de razones que reivindicaron la igualdad de aptitudes y capacidades de ambos sexos. La afirmación de esta igualdad refiere a la capacidad en todos los aspectos de la vida, pero los que mayor atención reciben, son aquellos relativos a la esfera económica-productiva e intelectual de la mujer.

#### **4 Partidarios del reconocimiento de la igualdad política de la mujer**

Entre las opiniones más radicales en la promoción de la igualdad de los derechos políticos y civiles de la mujer figuran las disertaciones de Nicolás Minelli (MINELLI, 1883) y la de Bayley mencionada anteriormente, ambas merecen una atención particular. La idea central de Minelli la sintetiza de esta forma: “*Me propongo demostrar en el curso de esta tesis: que la desigualdad social y política establecida entre los dos sexos por las instituciones positivas, no debe existir. Que los principios de justicia exigen que esas instituciones sean sustituidas por otras, que no estableciendo privilegios ni poderes para un sexo, ni incapacidades para el otro, establezcan la igualdad*” (Ibíd., p. 7). Es un buen

ejemplo de anticipación de las ideas que medio siglo después serían retomadas en la legislación positiva uruguaya, concluyendo con la igualación de derechos para ambos sexos. La argumentación de Minelli comienza por un detallado examen en torno a la situación de la mujer, a las condiciones sociales que determinaron su actual posición y a la validez de los fundamentos que la tradición esgrime, para colocarla en una relación de subordinación respecto al hombre. Minelli tiene la necesidad de demostrar que la mujer se encuentra, por su naturaleza, en condiciones idénticas al hombre, para emprender de manera independiente y exitosa cualquier actividad que el otro sexo desarrolla adecuadamente. Se encuentra obligado a demostrar primeramente, que las causas que han colocado a la mujer en el sitio de subordinación y han concentrado todos los derechos políticos en el hombre, fueron el resultado de un largo proceso histórico. Comienza la crítica de la tradición por afirmar la igual naturaleza de los sexos, invocando los principios de la ilustración, afirma que:

*“Para determinar, pues, cual es el fin de la mujer en la sociedad según su naturaleza, hay que tener en cuenta, no solo las diferencias que aparentemente presenta la de ésta a la del hombre, para deducir de ahí, que debe tener un fin distinto y que distintas han de ser, de consiguiente, las leyes referentes a uno y otro sexo, siendo las leyes como ha dicho Montesquieu «Las relaciones necesarias que derivan de la naturaleza de las cosas», sino que hay que tener también en cuenta, si las diferencias que existen entre el hombre y la mujer son naturales, o si son el producto artificial de la condición en que, con toda premeditación, han colocado los hombres a la mujer en el mundo” (Ibíd., p. 14).*

El fragmento anterior es claro en cuanto a su argumento, las desigualdades sociales y funcionales de los sexos no devienen de la naturaleza sino que son productos artificiales:

*“De que las mujeres no se ocupen de política, y dediquen, casi exclusivamente, su atención a las modas y a los hombres, deducen que en su naturaleza hay una disposición a no interesarse por la felicidad de la patria. Es falso, evidentemente, ese criterio, puesto que prescinde completamente de las condiciones que han modificado su naturaleza, y basta el más somero examen de las leyes a que está sometida la mujer, de la educación falsa e incompleta que se le ha dado, del círculo en que sistemáticamente se han encerrado sus preocupaciones, para ver que lo que se llama la naturaleza de la mujer, es un producto eminentemente artificial” (Ibíd., p. 15).*

Minelli enfrenta el espíritu tradicionalista masculino afirmando que si “*el hombre tiene derecho al mando y que la mujer le está naturalmente sometida, es inútil decirles que ellos están obligados a probar su opinión bajo pena de verla rechazarla*” (Ibíd., p. 8). De manera que fueron las condiciones socio-históricas y artificiosas, las que diferenciaron las funciones de los sexos, a partir de una misma naturaleza. La oposición natural-artificial le permite a Minelli debilitar el argumento más fuerte de los conservadores, poniendo en tela de juicio el modelo que la tradición asigna a la función de la mujer a lo largo de la historia de la humanidad. El modelo tradicional que ha predominado, no puede constituirse en ninguna demostración de ser el mejor y verdadero, puesto que no se ha ensayado otro que reconociera la igualdad jurídica y política de la mujer.

Minelli reclama la demostración empírica de distintos modelos alternativos, para que después se pudiera evaluar cual es el más eficiente y justo:

*“Si la autoridad del hombre en el momento de su establecimiento ha sido el resultado de una meditada comparación de los diversos modos de constituir la sociedad, y después de haberse ensayado el establecimiento de la igualdad de derechos, el subordinamiento de la mujer al hombre u otra mixta que se haya imaginado, las lecciones de la experiencia hayan demostrado que la forma de gobierno que garante mejor los derechos individuales, es la que somete la mujer al hombre a quien ha unido su destino en el seno de la vida privada, sin dejarle ninguna participación en los negocios públicos, no demostrándose que las razones de política que han determinado su preferencia han dejado de existir, es necesario convenir que la forma de gobierno existente es la mejor. En la presente cuestión no puede pretenderse que la experiencia se haya pronunciado por ninguno de los sistemas contrarios, puesto que nunca se ha ensayado más que uno de ellos” (Ibíd., p. 9).*

En definitiva no es posible, bajo ningún concepto, admitir con seriedad cualquier opinión que considere natural la subordinación e inferioridad de la mujer en cualquier actividad: *“mientras no se encuentre una sociedad en que las mujeres no estén sometidas a los hombres. Solo así podría tenerse algún conocimiento exacto de las diferencias intelectuales o morales que puedan presentar los dos sexos. Las que hoy presentan como diferencias para justificar el régimen actual, pueden ser todas artificiales, y ninguna tener su razón de ser en la naturaleza de la mujer” (Ibíd., p. 14).* El juico de Minelli es concluyente; si la naturaleza no ha establecido distinción alguna entre los sexos, todo modelo de constitución social debería tener como fundamento y demostración, para adoptarlo de manera definitiva, la contrastación empírica, de lo contrario resulta arbitrario o caprichoso. Minelli no desconoce la función biológica de la mujer, saliendo al cruce a los sectores más conservadores que señalaban el peligro del derecho al sufragio de la mujer, advirtiéndoles que *“parece que se temiera que fuesen a faltar mujeres que quisieran ser esposas y madres” (Ibíd., p. 16).* Un pasaje muy interesante de la argumentación de Minelli, revela la temprana incorporación de elementos doctrinales del paradigma marxista, los cuales se manifiestan en la interpretación que realiza de los contenidos del derecho positivo. Las doctrinas de Marx tuvieron incidencia en las aulas de la Facultad de Derecho a través de los cursos de Economía Política donde se incluían algunos textos de Marx. En tal sentido, Minelli los utiliza en este pasaje:

*“Las leyes empiezan siempre por legitimar las relaciones sociales que ya existen. Por ese motivo se explica que no siendo la esclavitud al principio más que una relación de fuerza entre amo y esclavo, viene a ser más tarde una institución legal. La historia antigua nos enseña que siendo esclava la gran mayoría del sexo masculino y la totalidad del sexo femenino en virtud de la ley, parece entonces una institución natural, y hasta genios como Aristóteles la han considerado así” (Ibíd., p. 10).*

Pero no deja de sorprender el radicalismo avanzado de la propuesta de Minelli, si atendemos a la situación de la mujer en otros planos jurídicos, que la sume en la más absoluta subordinación legal en la materia civil. Varios artículos del Código Civil de entonces, consolidan la asimetría legal desfavorable para el sexo femenino. Veamos

solamente algunos ejemplos al respecto: el art. 33 establecía la exclusiva voluntad del marido para el establecimiento de residencia matrimonial: *«La mujer casada, no divorciada, sigue el domicilio del marido, mientras éste reside en la República. La viuda no divorciada retiene el domicilio de su marido, mientras no pasa a segundas nupcias, o se establece en otra parte, con ánimo de permanecer»*. El art. 45 establecía la presunción de matrimonio, derivada de la posesión notoria, sólo si los deudos y amigos del varón tratan como esposa a la mujer y no cuando éstos consideran aquel como su marido: *«La posesión notoria del estado de matrimonio consiste principalmente en haberse tratado los supuestos cónyuges como marido y mujer en sus relaciones domésticas y sociales ; y en haber sido la mujer recibida en ese carácter por los deudos y amigos de su marido, y por el vecindario de su domicilio en general»*. El art. 128 por su claridad no requiere comentario alguno: *«El marido debe protección a su mujer; la mujer, obediencia a su marido»*. El art. 130 refiere a la administración de los bienes del matrimonio: *«Por el hecho del matrimonio se contrae sociedad de bienes entre los cónyuges, y toma el marido la administración de los de la mujer, según las reglas que se expondrán en el título De la sociedad conyugal y de los dotes»*. Art. 134 : *«La mujer no puede adquirir por título oneroso ni lucrativo, sin la venia del marido»*. El art. 142 reglamenta las actividades productivas y profesionales de la mujer: *«Si la mujer casada ejerce públicamente una profesión o industria cualquiera (como la de directora de escuela, maestra de escuela, actriz, obstetrix, posadera, nodriza) se presume la autorización general del marido para todos los actos y contratos concernientes a esa profesión o industria, mientras no intervenga reclamación o protesta de su marido, notificada de antemano al público o especialmente al que contratare con la mujer»*. El art. 267 reconoce a los hijos lo que niega a la esposa respecto a la administración de bienes: *«El padre es el administrador legal de los bienes de los hijos que están bajo su potestad, aún de aquellos bienes de que no tengan el usufructo. Sin embargo, el hijo de familia tendrá la administración de peculio profesional o industrial, para cuyo efecto se le considera como emancipado o habilitado de edad. Tampoco tiene el padre la administración de los bienes donados o dejados por testamento a los hijos, bajo condición de que aquel no los administre»*. El art. 182 despoja solamente a la mujer del derecho a gananciales: *«Si la separación se verificase por adulterio de la mujer, perderá ésta su derecho a los bienes gananciales»*.

Confirmada la desigual situación de la mujer en materia civil, Minelli reclama la igualdad legal de la mujer en su condición de esposa, dedicando gran parte de su reflexión a demostrar, que es de justicia, que se instaure la igualdad de los cónyuges en función de la idéntica capacidad que ambos tienen en todos los aspectos. Se interroga por las razones que el legislador ha invocado para implantar limitaciones a la mujer:

*“¿Qué fundamento ha tenido la ley para declarar incapaz a la mujer casada y prohibir absolutamente que sea ella la administradora de la sociedad conyugal, no siendo declarado incapaz el marido?. Por los autores antiguos, la razón estaba en que era denigrante para la mujer esas funciones, y que además, carecía, por su naturaleza distinta a la del hombre, de aptitudes necesarias para desempeñarlas bien. Pero tal motivo no puede ser el que haya impulsado a nuestros legisladores, puesto que, como ya*

*se ha dicho, la mujer que es soltera o viuda tiene iguales derechos y responsabilidades que el hombre, y la incapacidad de la casada no es absoluta; con la venia de su marido puede ejercer actos válidos y hasta profesiones que exigen competencia, como por ejemplo, la de comerciante. ¿Cuál será, pues, la razón de la potestad marital? Es que el marido debe, dice la ley, protección a su mujer, y la mujer obediencia a su marido, porque (agregan los comentaristas) la mujer es débil y el marido fuerte. Este motivo explicaría el predominio del marido en una sociedad salvaje, pero no explica nada hoy que la fuerza está en la ley” (Ibíd., p. 20).*

Apoyándose en Laurent, continúa cuestionando los principios de la legislación matrimonial:

*“El marido, dice la ley, es el jefe y único administrador de la sociedad conyugal. La razón con que pretenden justificar esa disposición los comentaristas de ella, es de que en toda sociedad debe existir un gobierno, en la familia, de consiguiente, lo mismo que en el Estado, debe haber una persona que mande, que decida cuando los cónyuges difieren de opinión; cada uno no puede ir de su lado, la opinión de uno de ellos debe predominar. Es falso, que en la familia, como en el Estado debe existir un gobierno” (Ibíd., p. 21).*

Minelli se aboca a examinar dos aspectos, que reclaman por su importancia, una mayor atención a saber: a) lo económico - productivo y b) lo intelectual y educativo en su relación con las capacidades de las mujeres. Siguiendo los pasos de la teoría liberal de estos tiempos, el autor destaca la importancia de la capacidad de desarrollar actividad productiva a los efectos de garantizar independencia por un lado y buen desempeño por otro. Al matrimonio lo concibe como una sociedad análoga a la sociedad comercial y de esta forma, los cónyuges operan como socios que igualitaria y consensuadamente, evalúan con ponderación razonada las funciones que mejor cabe a cada uno para conquistar los mejores logros de la sociedad conyugal. De esta forma, toda decisión de los:

*“negocios dependerá siempre, cualquiera que sea el depositario de la autoridad, de la persona de más experiencia y competencia en el asunto de que se trate. Por regla general, será el marido, por tener más edad, y recibir más instrucción que la mujer, pero también puede darse el caso de que sea la mujer la más competente y la que tenga más aptitudes en los negocios de la familia, y entonces es natural también que sea la opinión de esta la que predomine. Por este motivo, la ley no debe determinar que voluntad ha de predominar, sino que dejar completa libertad a ese respecto, y de esta manera sucederá, en la vida real, que dominará siempre en cónyuge que debe hacerlo por la superioridad de su inteligencia” (Ibíd., p. 22).*

En cuanto al otro impedimento que con fuerza el tradicionalismo esgrime para negar el sufragio femenino, se funda en la insuficiente instrucción que posee la mujer para poder decidir por una opción política en forma independiente y racional. A esta objeción Minelli responde oponiendo los ejemplos de mujeres que se han destacado más muchos hombres en la producción de conocimientos:

*“Lo que más se niega, no es tanto la independencia de la mujer, como su competencia. [...] En todas las ciencias y las artes han escrito las mujeres obras, que pueden competir con muchas de las mejores que han escrito sobre la misma materia los escritores del sexo masculino. [...] En los tiempos modernos se han producido obras como las de madame Stael, cuyo es la expresión más elocuente del pensamiento. En cuanto*

*la economía política fue una verdadera ciencia, han aparecido también en el sexo femenino tratadistas notables de esa ciencia. Es una de las obras más importantes en finanzas la titulada «El impuesto» de madame C. Royer» (Ibíd., p. 29).*

Toda la propuesta que presenta Minelli tiene como base, un fundamento que podría ser concebido como un programa de filosofía de la historia. Su noción de progreso, emparentada con el paradigma iluminista, se encuentra definida por un acrecentamiento lento pero constante, que impulsa al hombre y la sociedad a conquistar mayores grados de libertad que abaten toda institución o acción restrictiva. La historia ha demostrado que ha *“sido necesario que pasaran muchos siglos de progreso intelectual para que hayan aparecido pensadores que se atrevieran a discutir la legitimidad de una u otra esclavitud. Esos pensadores han aparecido al fin, y el progreso general que ha experimentado la sociedad ha conseguido abolir completamente la esclavitud del sexo masculino, y que la esclavitud de la mujer fuese desapareciendo poco a poco en las naciones cristianas hasta las pocas diferencias existentes hoy en el goce de los derechos”* (Ibíd., p. 10).

La subordinación de la mujer se inscribe en ese proceso que viene del pasado, de manera que las diferencias que actualmente subsisten son en definitiva *“un resto de la primitiva esclavitud, que aunque endulzado hoy por el progreso de la moral que obliga a los hombres a someter sus actos al control de su conciencia e ideas de la humanidad, conserva siempre el rastro de su brutal origen”* (Ibíd.). Adhiriendo a las corrientes optimistas del positivismo universitario de su tiempo, Minelli entiende que el único signo de progreso verdadero, es aquel que tiende a eliminar todo dispositivo legal de desigualdad entre los sexos y ello porque *“la historia nos muestra que cada paso dado en el camino del progreso, ha sido acompañado siempre de leyes que aproximaban las condiciones de las mujeres a las de los hombres”* (Ibíd. p. 13).

Condicionado por su postura liberal, Minelli entiende que al Estado le cabe exclusivamente la función de garantizar los derechos individuales absteniéndose de toda otra injerencia, dejando al individuo en la más plena libertad de acción. Los hombres que rigen las instituciones modernas, encuentran:

*“perniciosa toda intervención que no sea la del individuo en las cosas en que está directamente interesado. Pero si este principio de la ciencia social y económica es verdadero, debe establecerse que el hecho de haber nacido mujer en vez de hombre, no debe influir más que el de haber nacido negro en vez de blanco, plebeyo en vez de noble, para excluir a nadie por el azar del nacimiento, de posiciones elevadas y ocupaciones respetables. Al presente, en las naciones más adelantadas, las incapacidades de la mujer son el único ejemplo que se encuentra, de personas que se les niega desde su nacimiento el derecho a ocupar ciertas posiciones. [...] Aparece la subordinación de la mujer, en contradicción con todas las instituciones modernas que hacen accesibles a todo hombre, hasta el de más humilde origen, todas las más grandes dignidades y ventajas que la sociedad ofrece”* (Ibíd. p. 12).

Si el ejercicio del sufragio conforma el fundamento de todo sistema representativo, cualquier negación o limitación de dicho derecho, lesiona radicalmente el principio de representación y participación en la conformación de los poderes públicos. De esta

forma, Minelli reclamaba consecuentemente por un lado, la igualación de oportunidades para el desempeño de cargos públicos y por otro la misma posibilidad para ambos sexos, de elegir a los gobernantes. Por eso entiende que no existe razón alguna para excluir o negar en la concurrencia a ocupar cargos públicos a las mujeres uruguayas. A juicio de Minelli, no basta con afirmar que la “*generalidad de las mujeres carecen de aptitudes para el desempeño de las funciones públicas*”, también sería:

*“necesario que se demuestre por los partidarios de la ley que da monopolio a los hombres de esas profesiones, que no existe mujer alguna que pueda tener iguales aptitudes que la generalidad de los hombres, (...), porque basta la posibilidad que pueda haber una mujer dotada de la inteligencia necesaria y suficiente carácter para el feliz desempeño de los puestos públicos y profesiones que se consideran que deben ser permitidas exclusivamente al sexo masculino para ser injusta y contraria a los intereses sociales...”* (Ibíd., p. 24).

En cuanto la capacidad de la mujer para poder discriminar correctamente cuál gobierno es el más adecuado para conducir la sociedad, aspecto fundamental para el reconocimiento del derecho a voto, Minelli esgrime que si la mujer es capaz de “*elegir con acierto a su esposo, el compañero de toda su vida*” sin duda debería ser capaz de elegir gobierno. Y más aún, ante el argumento tradicional que considera a la mujer como replicadora de la opinión de su marido por la subordinación que tiene su esposa, afirma Minelli que:

*“nunca necesita más de la protección del gobierno, para protegerse de los abusos que pueda cometer la autoridad a que está sometida en el seno de la vida privada. Pero hay más: dando a la mujer derechos políticos, sentirá el deber de ocuparse y tener una opinión en política, y de obrar conforme esa opinión. No opinará, como opina hoy, que sus únicos deberes políticos son conformar y agradar al hombre. Mientras la ley prohíba a la mujer, el ejercicio del sufragio, la representación estará muy lejos de ser, lo que debe, un reflejo de la sociedad”* (Ibíd., p. 31).

*“Siempre que alguna función pública se halla vacante, para llenarla estamos siempre seguros de encontrar un hombre competente, mientras que por el contrario por más que existiera una mujer instruida y con una gran inteligencia, nunca la crearíamos suficiente capaz para ninguna función pública”* (Ibíd., p. 25).

La experiencia histórica le permite a Minelli demostrar que en aquellas oportunidades en las cuales la mujer ha actuado políticamente, esta ha tenido un desempeño tan bueno como el varón al tiempo de afirmar que han sido las mismas circunstancias históricas las que le han impedido a la mujer, la posibilidad de acumular experiencias en el actuar político. Por ello, consultando a la pretendida inexperiencia femenina en política, la:

*“falta de aptitudes para la política, la experiencia que nos suministra la historia, no tardarán en aparecer hechos, pruebas positivas, de que tal falta de aptitudes en la mujer, de que tal conveniencia social en que las mujeres no ocupen puestos públicos, no tiene otra razón de ser, que la conveniencia de los hombres. (...) la historia nos demuestra que relativamente al número de hombres, las mujeres que han ocupado puestos públicos, y en posiciones difíciles, han gobernado mejor que aquellos”* (Ibíd.).

Entre los ejemplos que menciona de mujeres que cumplieron roles políticos determinantes en sus respectivas sociedades, mencionan a Juana de Arco, la reina Isabel y la reina Victoria de Inglaterra. El carácter precursor de la propuesta de Minelli resulta sorprendente, a tal punto que propugna legislar acerca del divorcio de la mujer, -aunque con limitaciones-, pero anticipándose a todos sus compañeros de generación en esta propuesta. En ciertas ocasiones, cuando *“la esposa no quiere tolerar otra voluntad que la suya. Es para esas personas que debe existir la ley del divorcio, ellas han nacido para vivir solas, y ningún ser viviente debe ser obligado a unirles su vida en sociedad”*. (Ibíd., p. 22).

Pero Minelli no fue el único partidario del reconocimiento del derecho al sufragio femenino, también el mencionado Bayley que en su disertación, comparte la tendencia general de promover el sufragio universal. Cuando examina las condiciones que deben cumplir los sujetos, para gozar de derechos políticos, demanda como único requerimiento para el ejercicio del voto, el discernimiento y la libertad:

*“... así se explica perfectamente que la sociedad niegue el ejercicio del sufragio al que se halla en estado de ineptitud física o moral, al menor de edad, al procesado por crimen grave, porque estas personas carecen de inteligencia o de moralidad; se explica igualmente que se excluya de la ciudadanía, como lo hace nuestra Constitución, al simple soldado de línea, porque éste se halla en una condición de absoluta dependencia para con el superior, y darle el voto equivaldría a conferirle al jefe de un batallón tantos votos como soldados tuviera bajo sus órdenes...”* (BAYLEY, 1881, p. 29).

Como puede verse, entre los casos que deben excluirse de los derechos políticos, no figura la mujer. Conscientemente del alto grado de analfabetismo en la sociedad uruguaya de entonces, Bayley se pronuncia respecto al requerimiento de instrucción para ejercicio del sufragio, considerando que la ausencia de instrucción, no puede erigirse en causal de exclusión política. De esta forma entiende Bayley que la cuestión de la instrucción no es un asunto que afecte exclusivamente a uno de los sexos (Ibíd.).

Bayley no deja de percibir todas las dificultades que presentan las costumbres ancestrales, las tradiciones sociales y los resabios arcaicos, para admitir la incorporación de la mujer en pie de igualdad de derechos políticos con los hombres. También manifiesta un empirismo histórico similar al de Minelli, por el convencimiento de que en tanto no se ensayen innovaciones en hábitos y costumbres, la fuerza del pasado seguirá gravitando como obstáculo, para concretar la tendencia de progreso que toda sociedad conlleva en su interior. No encuentra Bayley razones suficientes para negar a la mujer los derechos políticos. Aunque se reconozca el déficit de educación que las mujeres tienen, esta carencia es subsanable por la promoción de nuevos hábitos y costumbres. Con un preclaro sentido de anticipación, Bayley entiende que:

*“Las leyes políticas deben consignar, con todo, el derecho de sufragio para la mujer. Las leyes y las instituciones no deben siempre amoldarse ciegamente a las costumbres y preocupaciones inveteradas, sino que deben estar a un nivel más alto para que las sociedades progresen sin cesar; de otro modo las sociedades jamás darían un paso en el vía de la mejora y del progreso y permanecerían enteramente estacionarias.*

*Debe, pues, reconocérsele a la mujer su calidad de ciudadano aunque al principio puedan producirse algunos inconvenientes, propios de toda innovación. Solo a fuerza de golpes y caídas es que se aprende a andar, y los pueblos y las sociedades no están exceptuadas de esta regla. Es a este precio que se conquistan todos los progresos, todos los principios en el orden social y político. No hay que olvidar en este punto que las Constituciones deben siempre ser grandes lecciones de moral popular, porque las instituciones políticas sirven por su simple acción de enseñanza perpetua y de incesante educación. La institución del sufragio universal hará sentir a la larga su influjo y su poder para el bien” (Ibíd., p. 46).*

La tesis de Bayley, examina un argumento contrario al voto femenino, que no se encontraba presente en los argumentos examinados por Minelli. Nos referimos al argumento que afirma que si la mujer llegara a disfrutar de iguales derechos que el varón, debería cumplir con las mismas obligaciones que éste. Se refiere a la obligación que tienen los hombres de servicio militar:

*“se dice con algunos visos de fundamento que si se conceden derechos a la mujer deben también imponérsele los mismos deberes a que está sujeto el hombre, entre otros el servicio militar; porque de lo contrario la mujer resultaría privilegiada o favorecida; todo reconocimiento de derechos trae necesariamente como corolario obligado la imposición de deberes. [...] No es tampoco exacto que el ejercicio del sufragio suponga necesariamente el cumplimiento del deber cívico de prestar el servicio militar. La sociedad solo impone este deber a aquellos que por sus condiciones se hallan en situación de poderlo cumplir debidamente. Así existen en la sociedad muchas personas, por ejemplo los ancianos, que ejercen el sufragio y desempeñan puestos públicos, pero a quienes la ley exime, sin cometer injusticia, del servicio militar personal; por el contrario, hay muchos miembros de la sociedad a quienes se exige el servicio militar, y sin embargo ni ejercen el sufragio ni desempeñan las funciones inherentes a la ciudadanía; lo que prueba acabadamente que los deberes cívicos no son de naturaleza de andar aparejados y por consiguiente la falsedad y banalidad del argumento sacado de que la mujer no podría ser soldado” (Ibíd., p. 43).*

De las fuentes que sirven de apoyatura a Bayley para su línea argumental, destaca la presencia de John Stuart Mill y de Eduardo Laboulaye. El primero es citado en varios fragmentos, la mayoría de los cuales se encuentran en consonancia con la opinión de Bayley, aunque solamente se distancia de Mill en la exigencia de poseer instrucción, para el derecho al sufragio femenino (Ibíd., p. 25). El argumento más fuerte contrario al sufragio femenino que tiene que enfrentar Bayley, es el que refiere a la supuesta distorsión que podría generarse en el seno familiar si se concedieran derechos políticos a la mujer. Este punto es central en torno a la discusión del sufragio femenino. Este autor, cuando examina los argumentos contrarios al sufragio de la mujer, se pronuncia en forma similar a la realizada por Minelli, considerando totalmente infundados los temores que pueden esgrimirse en el sentido de considerar a la mujer en su exclusivo rol de madre/esposa. Cuando se afirma que:

*“la gran misión de la mujer está en el hogar doméstico; la mujer perdería mucho de sus naturales atractivos si se destinase a la política y desatendería la familia donde tan necesarios son sus solícitos cuidados para con sus hijos, esposo, etc.; tal es una de las razones que generalmente se alegan. Nada más inexacto; la mayoría de los hombres,*

*como lo observa Mill, es y no será durante su vida sino compuesta de industriales, y sin embargo no por esto desatenderán sus tareas industriales porque se les dé intervención en la política. El ejercicio de las obligaciones del ciudadano no es incompatible con la práctica de los trabajos de la industria para los cuales es indudablemente más apto el hombre; pues, así tampoco el ejercicio de la ciudadanía será un obstáculo para que la mujer cumpla su misión en la familia, para la que se reconoce que es más apta que el hombre”(Ibíd., p. 41).*

Por otra parte, destacando con fuerza el aspecto de la experiencia, al menos en aquellos sistemas de gobierno donde se ha incorporado la mujer al quehacer político, “cuando la práctica, (...) cuando el ensayo, aunque parcial e imperfecto del sistema no nos revela ninguno de los inconvenientes que tanto se temen ni ninguna transformación notable en el carácter moral de la mujer, por el contrario, ha operado una transformación saludable en las costumbres y hábitos morales, ...”(Ibíd., p. 43). Las experiencias que le ofrecen el modelo de participación política femenina, provienen de los Estados Unidos y de Inglaterra donde las mujeres votan en algunos cantones:

*“llegan hasta ejercer ciertos cargos municipales; en algunos Estados de la Unión Americana las mujeres no solo eligen sino que hasta son elegibles. En el Estado de Nueva York las mujeres votan conjuntamente con los hombres por los candidatos para las funciones de inspectores de las escuelas públicas, y lo hacen con mucho interés, y aun muchas son elegidas para desempeñar esas mismas funciones y otros empleos importantes en las bibliotecas comunales y en la Administración de Correos. En el Estado de Wisconsin, un bill ha reconocido aún a las mujeres casadas el derecho de ser electores y elegibles para todas las funciones públicas. [...] En el mismo Estado, las mujeres son admitidas como abogados por el Superior Tribunal. En el Estado de Ohio, llegan a ejercer desde el cargo de jurado en materia criminal [...] hasta el puesto más elevado de la magistratura judicial Juez de la Suprema Corte. En el Estado de Illinois, las mujeres ejercen el cargo de catedráticos en la Universidad superior. En el solo territorio de Washington, el número de mujeres empleadas en funciones públicas no baja de mil trescientas”(Ibíd., p. 41).*

Bayley no esconde su admiración por el sistema político estadounidense considerándole el más positivo de todos los tiempos. El conocimiento del sistema norteamericano de éstos universitarios, proviene de dos fuentes fundamentalmente, Alexis de Tocqueville y Federico Grinke. La *Democracia* de Tocqueville había sido frecuentada por uruguayos tempranamente y como ejemplo debemos mencionar a Bernardo P. Berro, que antes de ser presidente y en cartas privadas a su hermano de 1838-40, confesaba la lectura y admiración por el pensador francés, como examinamos en otras oportunidades (DELIO,2002, p. 97-120), (DELIO,2010, p. 65-89). En cuanto a la obra de Grinke, su influjo se manifiesta, sobre todo desde el punto de vista teórico-dogmático y en los aspectos formales y constitucionales. Inspirado en estas fuentes, Bayley considera que el sufragio universal sin condiciones, vigente en los Estados Unidos, es el mejor medio para desarrollar:

*“la educación política, que es el fruto maduro del ejercicio de las instituciones libres, la que principalmente contribuye a desarrollar las capacidades morales e intelectuales de los individuos y a hacerles aptos para los diferentes actos de la vida política, y la*

*educación política no se obtiene con solo tener grandes conocimientos científicos no mucho menos con solo saber leer y escribir, sino con la práctica constante que resulta del libre juego de las instituciones populares, ya en la vida nacional, ya en la vida comunal independiente cuando se halla sabiamente organizada. Es con el ejercicio frecuente del derecho de reunión para fines políticos, es con las discusiones de la prensa libre e ilustrada, es con la renovación frecuente de los funcionarios públicos y su nombramiento directo por el pueblo, es por la participación de todos los ciudadanos en las funciones del Gobierno General y principalmente por la práctica que resulta del manejo de los negocios locales en el Gobierno Municipal, que el ciudadano llega a adquirir esa aptitud e inteligencia tan provechosa para ocuparse de los negocios así públicos como privados y llega también a ilustrarse y a tener un conocimiento claro de las necesidades públicas y de los hombres más aptos para dirigir los negocios sociales” (BAYLEY, 1881, p. 26).*

El texto transcrito, de inequívoca inspiración, tocquevilleana, expresa claramente el valioso papel que Bayley adjudicaba a la gestión y acción política local o municipal. Es consciente Bayley de la insuficiencia en la proclamación de la igualdad política o legal de la mujer, si al mismo tiempo no se eliminan las limitaciones económicas de exclusión que presenta la Constitución vigente. Se pronuncia respecto a la necesidad de derogar toda condición vinculante y equivalente de ciudadano - propietario. Aunque la limitación por la exigencia de propiedad no se dirigía a la mujer (puesto que la interpretación que se realizaba del término ciudadano era exclusivamente en su sentido masculino), su discusión constituía un punto de primordial importancia, ya que la mujer podría quedar excluida de la política por consideraciones económicas. Apoyando su opinión en las obras de Grimke, entiende que la mayor extensión de los derechos políticos se erige en el mejor dispositivo, el más eficaz, para la distribución de la riqueza en la sociedad. Por ello la:

*“capacidad política debe buscarse en las condiciones morales e intelectuales del individuo - no en los mayores o menores títulos de riqueza que ostenta. Sin embargo, se pretende sostener la calificación de propiedad, alegando una razón de conveniencia para la sociedad. Se dice que si se exigen en el elector condiciones de riqueza, será un estímulo poderoso para que los individuos se esfuercen en llegar a tener propiedad, lo cual es un gran bien para la sociedad. Pero Grimke fundado en datos positivos afirma que en el Estado donde se exigen condiciones de propiedad en el elector, la propiedad se halla concentrada en pocas manos; [...]Diseminar la propiedad, dice el mismo Grimke, es diseminar el poder; pero por otra parte, la diseminación de la libertad produce la difusión de la propiedad y el poder” (Ibíd., p. 23).*

En síntesis, para Bayley, la única condición que debe requerirse para gozar plenamente de derechos políticos en un régimen democrático son la *“inteligencia e independencia”*, basta con *“tener la inteligencia necesaria para comprender y apreciar el alcance que su voto tiene en los destinos políticos de la sociedad; y debe tener la independencia para obrar con libertad en la designación de su candidato, sin obedecer a influencias extrañas que harían perjudicial a la comunidad el ejercicio del derecho político”*(Ibíd., p. 19).

## 5 Opiniones contrarias de la igualdad política de la mujer

No todas las opiniones universitarias fueron favorables a la concesión de derechos políticos de la mujer. Veamos algunos ejemplos de la postura radicalmente opuesta al reconocimiento del sufragio femenino. En la ya citada disertación de Francisco Del Campo, podemos hallar a un decidido partidario de la extensión del sufragio, pero sorprendentemente la extensión propuesta refiere exclusivamente al varón excluyendo a la mujer. Desde la forma en que presenta el problema, Del Campo señala la importancia que puede tener la cuestión del sufragio femenino, señalando que a: *“llegado el momento de dedicar un poco de atención a dos cuestiones que para mi modo de pensar la una tiene gran importancia, pero la otra carece completamente de ella. Las cuestiones a que me refiero son el sufragio de los extranjeros, y el de la mujer”*(DEL CAMPO,1880, p. 14).

Siguiendo el orden propuesto por Del Campo, respecto a la cuestión del sufragio del extranjero, fundándose en los principios de Tocqueville, se manifiesta partidario de reconocerle el derecho al sufragio. Si la Constitución<sup>2</sup> y las Juntas Económico-Administrativas, admiten que el extranjero participe en la elección de las autoridades, Del Campo promueve la extensión de estas competencias, a las elecciones de autoridades nacionales: *“si al extranjero se le da participación en el gobierno municipal, no hay razón alguna para negársela en el gobierno político. Todo lo contrario, existen ejemplos de naciones en las que se les ha dado la más alta injerencia en los negocios públicos, y se han obtenido los resultados más favorables”* (DEL CAMPO,1880, p. 17).

De manera que la condición de extranjero no puede ser un obstáculo para participar en la vida política, ni tampoco puede serlo, la carencia de instrucción y de propiedad. Con argumentos análogos a los expuestos por Bayley, entiende que no es relevante la ausencia de instrucción. Por eso se propone: *“destruir la opinión vulgar de que la instrucción primaria es indispensable para conocer su influencia en los destinos públicos y que por lo tanto solo a los que la poseen les está permitido sufragar. Querer eliminar de la sociedad política a los ciudadanos que por causas quizá muy ajenas a su voluntad no poseen esos primarios conocimientos, es injusto a todas luces, es inicuo e inconveniente a la vez”*(Ibíd., p. 12). Tampoco la carencia de propiedad puede ser un obstáculo para negar el derecho de sufragio, y en clave tocquevilleana señala: *“¿Acaso por ser propietario se tienen aptitudes para ejercer el sufragio? Yo creo que no, ellas se consiguen con la práctica de las instituciones libres, se consiguen en las reuniones políticas. El más humilde de nuestros ciudadanos se ha formado conciencia de este sagrado derecho y los más no poseen más propiedad que la de sus facultades, y ¿sería conveniente o más bien justo el no darles participación en el nombramiento de sus gobernantes? No, mil veces no”*(Ibíd., p. 11).

Pero el espíritu aperturista de Del Campo cesa cuando expone su opinión respecto al sufragio de la mujer. En este punto Del Campo es radical: *“me extenderé en otras consideraciones más fundamentales para negarles toda participación en los comicios públicos”* (Ibíd., p. 8). Entiende que en los *“tiempos modernos”*, muchos consideran que

---

2 Sec. II. De la Ciudadanía, sus derechos, modos de suspenderse y perderse. Cap. I. Art. 8.

la mujer siente el rigor de la ley igual que el hombre así como posee iguales facultades que el varón; y estas consideraciones ha traído “*al seno de las sociedades graves y lamentables perjuicios. La mujer, ser débil por naturaleza, de sentimientos generosos, ángel enviado para endulzar la vida del hombre y estimularlo en el desarrollo de sus facultades, perdería esas preciosas dotes desde el momento que abriera su corazón a las impresiones políticas*” (Ibíd., p. 14). En su opinión, la naturaleza femenina parece ser incompatible con las “*impresiones políticas*”, la actividad política le es ajena al mundo femenino. La imagen de la mujer en su rol único de esposa/madre queda dibujado con fuerte nitidez. Para Del Campo la mujer *perdería* su naturaleza en el momento que se ocupara de cuestiones políticas. La mujer es visualizada exclusivamente como sujeto dependiente y subordinado del varón y por tanto no cumple la condición de independencia necesaria para poder discernir libremente. Considera que la situación *natural* de la mujer le impide adoptar decisiones propias, presentándose como un receptáculo o medio de expresión de otras voluntades, siempre masculinas claro está. Por eso entiende que:

*“razones muy poderosas me asisten para negarle el derecho de sufragar; no quiero entrar a considerar su naturaleza física porque los argumentos que podría deducir son bien conocidos y la moralidad me exige callarlos, examinaré no obstante su naturaleza moral y demostraré su gran inconveniencia. Dije anteriormente que la independencia era una de las condiciones que debían exigirse al elector. Pues bien, la mujer se encuentra en tales circunstancias, que siempre será influenciada por algún ser querido y su voto no será entonces la manifestación de su voluntad. Es en vano suponer que la mujer pueda mantenerse firme en el terreno de la política, y si por desgracia sucediera así, el hogar que debe ser el santuario de las buenas costumbres, se convertiría en teatro de hechos que degradarían a la familia, minando por su base a la sociedad”* (Ibíd., p. 15).

Hemos visto que en el lustro de 1880-85, la cuestión del sufragio femenino ya estaba instalada y fue profusamente debatida en las aulas universitarias. También fuera del recinto universitario, la participación política de la mujer fue promovida con interés en variados algunos círculos feministas y sufragistas. A fines de siglo la difusión del librepensamiento anticlerical y feminista tenía variadas expresiones. En el Río de la Plata la presencia de Belén de Sárraga como precursora del feminismo hispanoamericano es significativa. (OSTA, 2008, p. 31). Pero lo más significativo de la aceptación de la mujer en la vida política, la hallamos en la organización política utópica que Piria vaticina para el gobierno futuro de “1981”, cuando “*El Supremo Consejo Universal decreta la igualdad de sexos para participar en elecciones comunales y municipales. Los hombres a los 15 y las mujeres a los 18 años. Las elecciones son nominales y por mayoría*”(PIRIA, 1898, p. 121).

De todas formas, la evolución del derecho positivo transcurre a un ritmo más lento que el del circuito intelectual y habrá que esperar más de dos décadas para que retorne la discusión respecto a la conveniencia y justicia del sufragio femenino.

## 6 Los derechos políticos de la mujer: su tratamiento en la Constituyente del 1916

A pesar de las tempranas inquietudes académicas que hemos visto, la materia legislativa y constitucional respecto a los derechos políticos femeninos en Uruguay, tuvo un retraso indudable. Recién en el año 1914, los diputados batllistas Héctor Miranda, Juan A. Buero, Atilio Narancio y César Miranda, recogían un postulado feminista al presentar el primer proyecto de ley que otorgaba a la mujer el derecho del sufragio y el poder ser electa para cargos representativos(CÁMARADE REPRESENTANTES,1914, p. 228-250).

Recién en ocasión de la conformación de la Asamblea Constituyente de 1916, se aborda la cuestión y se discute el primer proyecto con el propósito de reconocer los derechos de sufragio de la población femenina. Una vez iniciada la Convención en octubre de 1916, se da comienzo a la presentación de un conjunto de “*proyectos de constitución*” entre los cuales figura primeramente el elaborado por la *Comisión Especial de Constituyentes Nacionalistas*(CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1918, p. 193), y el del Dr. Alfredo Vásquez Acevedo en sesión del 22 de noviembre. En el tema que nos ocupa, el proyecto de Vásquez Acevedo, propone que “*Las mujeres y menores naturales del país, y las esposas é hijos de ciudadanos, podrán optar a empleos en las oficinas de la Administración Pública*”(Ibíd., p. 202) lo que constituye un progreso en la situación civil de las mujeres. Es el único señalamiento que amplía derechos femeninos, pero guardan silencio en lo relativo a los derechos políticos. La 2ª sesión del 24 de Noviembre, recibe el Proyecto redactado por el Dr. Enrique Azarola(Ibíd., p. 239-268) que presenta el Dr. Antonio M. Rodríguez. En la sesión siguiente del 27 de noviembre, el Dr. Juan Blengio Rocca, colorado riverista por el Departamento de Minas(Ibíd., p. 285-296) presenta un proyecto de Constitución de la República. A principios del año siguiente, en la 16ª sesión del 3 de enero, Horacio Jiménez de Aréchaga presenta un nuevo proyecto de reforma constitucional(Ibíd., p. 441-454) que sí se expide explícitamente respecto al rechazo de la concesión de derechos políticos a las mujeres(Ibíd.). En la misma sesión del 3 de enero de 1917, los convencionales socialistas Celestino Mibelli y Emilio Frugoni<sup>3</sup>, presentan otro proyecto de reforma constitucional(CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1918, p. 460-467). Importa señalar que sus autores no introducen modificación alguna, en el Art. 6º del Cap. I de la Sección II (*De la Ciudadanía, sus derechos, modos de suspenderse y perderse*) ya que en su proyecto, este punto es “*igual al de la vigente*”(Ibíd.), guardando silencio respecto a cualquier ampliación o concesión de derechos de ciudadanía a las mujeres en todo el texto.

Además de los proyectos íntegros de reforma, la Convención recoge diversas propuestas de enmiendas y adiciones. Pero recién durante la trigésimo cuarta Sesión Ordinaria del 23 de Abril de 1917, los Constituyentes inician el primer debate en

<sup>3</sup> Celestino Mibelli, sería después de la Asamblea Constituyente, secretario del Partido Socialista en 1919 y en 1921 fundador del Partido Comunista uruguayo; Emilio Frugoni, de prolífica actividad política, iniciada en tiendas coloradas, en 1910 fue el fundador del Partido Socialista.

torno al sufragio femenino. Los convencionales de esa sesión fueron de acuerdo a su pertenencia partidaria los Dres. Ramón P. Díaz y Horacio Maldonado (Partido Colorado), Dres. Emilio A. Berro, Juan J. Segundo, y Bernardo Rospide, Ismael Cortinas, Benjamín Pereira Bustamante (Partido Nacional), Celestino Mibelli, Dr. Emilio Frugoni (Partido Socialista), Dr. Joaquín Secco Illa (Unión Cívica radical).

Iniciada la sesión se da lectura a la propuesta de enmienda del art. 7º “*Ciudadanos naturales son, todos los **hombres** nacidos en cualquier punto del territorio de la República. Son también ciudadanos naturales, los hijos de padre ó madre orientales, cualquiera que haya sido el lugar de su nacimiento, por el hecho de avecindarse en el país é inscribirse en el Registro Cívico*” (CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1918b, p. 340). Mibelli por la delegación socialista propone:

*“en el primer párrafo la modificación de una sola palabra. Donde dice: “**hombres**”, que diga: “**personas**”. De manera que la modificación consistiría en establecer, que: “ciudadanos naturales son todas las personas nacidas en cualquier punto del territorio de la República.”*

*No es necesario decir, que con esta modificación pretendemos incorporar al Código Político del país, á la mitad de la población de la República; que pretendemos que todas las mujeres gocen... — (Hilaridad).*

*—...una vez establecida la modificación, de los mismos derechos, de las mismas atribuciones, de los mismos privilegios que los hombres” (Ibíd.).*

Iniciada la discusión, Mibelli señala la desventura histórica que padeció la mujer:

*“...dentro del género humano la individualidad más maltratada. (...) me parece bien recordar, que de los tiempos que podríamos llamar prehistóricos, hasta hace poco, - no hasta ahora, - la mujer ha sido, á pesar de los poderosos motivos que ha habido para sostener la equivalencia de la mujer en el terreno político y civil, la verdadera víctima de la sociedad” (Ibíd., p. 341).*

También señala el destrato bíblico que recibió la mujer, así como la desgraciada vida que tuvo en la sociedad griega y romana. Debemos esperar a 1859 en los Estados Unidos (Wyoming) para ver consagrada la igualdad de derechos en hombres y mujeres. Mibelli sintetiza su propuesta de esta forma:

*“vengo aquí á defender la tesis de que se establezca en la Constitución, la equivalencia de los derechos civiles y políticos á la mujer. Están demás las observaciones que se me hagan en el sentido de que gozan otros. Yo pido que gocen de esos también” (Ibíd., 343). Pasa de inmediato a responder la batería de objeciones que se presentan. La primera refiere “al prejuicio de que [la] diferencia sexual, (...) es el fundamento de su inferioridad. (...) yo no veo de dónde se puede sacar la consecuencia de que la diferencia de sexo pueda ser un hecho tan fundamental que impida á la mujer realizar esa tarea tan insignificante, que consiste en pensar en el problema político y en depositar un voto en favor de un determinado candidato” (Ibíd.).*

La resistencia mayor al proyecto la presentó el nacionalista Juan J. Segundo, de un tradicionalismo conservador radical, que a su juicio, las “*mujeres deben ser buenas esposas, buenas madres, nada más*”, “*Las mujeres que se queden en sus casas á cumplir*

con sus deberes de buenas esposas y mejores madres, y habrán cumplido con su misión en la tierra”(Ibíd.). Entiende Segundo que su parecer es generalizado: “Yo pienso de acuerdo con la vida del Uruguay; (...) el respeto y la consideración que nos merece la mujer, á la cual yo le doy su lugar en la sociedad, nada más, y no voy á elecciones con ella. La dejo en casa y marcho solo á cumplir con mis deberes cívicos”(Ibíd., p. 344). Rospide llega a fundar su rechazo en un sínico enunciado: “No queremos producirles á nuestras madres la molestia de ir á votar”(Ibíd.).

Mibelli entiende que las diferencias de género no obedecen a la condición del sexo sino al ámbito social y económico. Fueron las condiciones sociales y económicas “las que han determinado el sometimiento de la mujer, y es por estas razones que nosotros, ahora, en estos momentos, en esta época en que la mujer como el hombre sabe ganarse la vida y tiene una personalidad, no queremos que se mantenga en la situación oprobiosa de tener que depender, aún ahora mismo, de su marido”(Ibíd.). Tampoco se puede esgrimir la inferioridad intelectual de la mujer con respecto al hombre ya que no son admisibles “diferencias fundamentales en el cerebro de ambos; se ha dicho que la forma de éste es distinta, que el volumen es diferente, que el peso también es distinto”(Ibíd.). También esgrime el argumento que justifica la concesión de un derecho, cuando el interesado lo demanda, dando lectura a la carta enviada por Manuela de Herrera de Salterain que es francamente partidaria por el sufragio de la mujer. Mibelli citaba en la Asamblea, la encuesta publicada en “Diario del Plata” respecto a lo conveniente o inconveniente del derecho de sufragio de la mujer. Daba lectura a las palabras de Manuela de Herrera de Salterain:

*“Mi opinión es favorable al proyecto que se propone llevar al acto del comicio el voto de la mujer uruguaya. Considero que el concurso inteligente que ella puede aportar, no desmerecerá en nada del de los muchos inconscientes que, de tiempo inmemorial, vienen haciendo número en nuestras elecciones. Más aún, creo que la concurrencia de la mujer á ese acto de patriotismo legítimo, estimulará á los ciudadanos á cumplir con un deber que están obligados á aceptar como ineludible, y como la más inexpugnable garantía á sus derechos de hombres libres”.*(Ibíd., p. 348).

El modelo de mujer recluida en el hogar cumpliendo la función de esposa y madre se empezó a alterar, mujeres independientes que trabajan y no forman el hogar tradicional estarían en perfectas condiciones para el ejercicio de sufragio(Ibíd., p. 349).

En la sesión siguiente (25 de abril), el Consejo Nacional de Mujeres del Uruguay presentaba una nota solicitando a la Convención el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer en la misma línea que fuera formulada por Mibelli. El Consejo Nacional de Mujeres del Uruguay fue fundado por la célebre feminista uruguaya Paulina Luisi el 30 de setiembre de 1916. En Julio de 1917 comienza a difundir sus ideas por la revista mensual “Acción Femenina”, órgano oficial del Consejo. La nota enviada a la Asamblea Nacional Constituyente por el Consejo Nacional de Mujeres solicita que:

*“al tratarse las modificaciones propuestas al artículo 7º de la Constitución, algunos señores convencionales manifestaron dudas respecto al interés que la mujer uruguaya pueda tener en la adquisición de los derechos políticos, se dirige á usted rogándole*

*quiera dejar constancia ante esa Honorable Convención, de que este Consejo, que encarna las aspiraciones de una gran parte de las mujeres uruguayas, desea para todas ellas la plena posesión de los derechos políticos y civiles, porque considera que sólo en su libre ejercicio podrá la mujer demostrar el grado de sus fuerzas y desarrollar sin trabas sus actividades, tantas veces cohibidas por la desigual competencia á que la obligan las condiciones de inferioridad en que la colocan nuestras leyes”.* (Ibid., p. 356).

La nota del Consejo Nacional de Mujeres llevaba la firma de 54 mujeres, lideradas por la Dra. Paulina Luisi, presidente de la institución:

*“Doctora Paulina Luisi (Presidente).- Carmen Cuestas de Nery (Vicepresidente).- Doctora Francisca Beretervide (Secretaria de Actas) - Esperanza de Sierra (Secretaria del Exterior).- Marita García San Martín (Secretaria del Interior) - Dolores Estrázulas de Piñeyría - Adela Rodríguez de Morató - Catalina Castro de Quintela.- Doctora Clotilde Luisi - Elisa Villemur de Aranguren.- H. M. de Brito Foresti - Emilia Echevarría de Gallardo.- Cloris N. Simeto (Protesorera).- Elena Puig de Turenne.- Ana María Federici.- Elena Pifaffly de Pecantet.- Juana Pereyra.- Leonor Hortiou.- Margarita Munar de Sanguinetti.- Isabel Arbildi de De la Fuente - Enriqueta Compte y Riqué.- Luisa Luisi.- Lola M. de García.- Doctora Aurora Curbelo Larrosa.- María Luisa García de Zúñiga de González.- Adela Blanco de Martínez.- Isabel Pinto de Vidal.- Magdalena Daqué.- Deodora Sosa Lenzi (Prosecretaría) - Luisa Guarnaschelli de Murguía. - G. Píriz Aréchaga de Cohe.- Mercedes. A. M. de García. - Clelda Vitale D'Amico.- Blanca Berta Penes.- María Mercedes García. - Ménica Martínez Salaberry.- Guillermina P. A. de Cohe.- Cecilia M. Dardano.- Sara Elola.- Esther Espiell.- Marta Dahetze.- Aurelia Baldizzone.- Orfilia Sales.- María Teresa Mari.- Perla E. Nano.- Carmen S. de Rosso. - Carmen Puig Samper.- Pilar Rosas Costa.- Ofelia B. Valentini Guerra.- Lidia Valentini Guerra.- Juana Dieguez.- Julia Lorenzi.- Josephine I. de Luisi.- Inés Luisi”.* (Ibid.).

La movilización de las mujeres sufragistas no se detiene y en la sesión del 30 de Abril, “*Sesenta y cinco señoras y señoritas solicitan se incorpore á la Constitución de la República, un artículo que consagre la igualdad de derechos políticos y civiles de los sexos*”(CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1918b, p. 390). Casi un mes después, Celia T. Banegas presentaba una exposición sobre concesión de derechos políticos á la mujer (CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, 1918c, p. 14), fechada 29 de mayo de 1917.

El epilogo de este debate de los convencionales fue una transacción, el proyecto no prosperó aunque fue exitoso en su propósito, ya que señaló el rumbo futuro, así lo reconocieron sus opositores:

*“Señor Beltrán (don Washington) — Creo que podría darse por conforme el señor Mibelli con el éxito que en parte han obtenido sus ideas. Del espíritu que había en esta Asamblea de no establecer el sufragio femenino, se llega a una conciliación: que el día que haya verdadero ambiente en el país y tenga verdadera simpatía y apoyo esa reforma, se incorpore a la legislación una vez que obtenga los dos tercios de votos de cada Cámara. Ha obtenido ya un éxito la delegación socialista en las ideas emitidas, y como estamos haciendo una obra de transacción, podría darse por satisfecha con eso”* (Ibid., p. 56).

Sin duda, la transacción de los convencionales fue condicionada por las 227 firmas de mujeres que se movilizaron para presionar y demandar la concesión de los derechos políticos femeninos. El camino ya estaba iniciado.

Es indudable que la constitución de 1918 realizó modificaciones radicales al abolir las limitaciones al sufragio por condición económica o educativa, consagrando el sufragio universal masculino, disminuyendo la edad para sufragar de 20 a 18 años para todo ciudadano independientemente de su estado civil, adoptando el voto secreto, la representación proporcional y la inscripción obligatoria en el Registro Cívico. Fueron enormes los avances en materia electoral, sin embargo, los derechos políticos de la población femenina quedarían postergados por más de una década.

De todas formas, el proceso era irreversible, en ocasión de dictar el Presidente Viera, una ley para organizar los Gobiernos Locales en 1918, el Ministro Brum incluye un proyecto:

*“que reconocía a la mujer el voto activo y pasivo en materia municipal. Pero los legisladores nacionalistas seguían considerando prematura cualquier solución favorable a ese problema, y como sin ellos no se obtendría la mayoría de dos tercios prescrita por la Constitución, la sanción de ese artículo fué diferida con la promesa de que más adelante sería detenidamente estudiado. Temerosos los nacionalistas de afrontar el descrédito que podía aparejarles una negativa rotunda, trataron de atenuar su actitud con un aplazamiento por tiempo indeterminado”*(BRUM,1925, p. 26).

Iniciadas en marzo de 1920 las sesiones ordinarias de la Asamblea Representativa de Montevideo, el diputado Alfeo Brum presenta un proyecto *“solicitando el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer en materia municipal. En los fundamentos expresaba: «En el proyecto de ley que el Poder Ejecutivo sometió a consideración de la H. Asamblea General, sobre organización de los gobiernos departamentales, se acordaba a las mujeres el derecho a votar y a ser votadas en las elecciones municipales”*(Ibid.). Tampoco este proyecto prosperó y meses después, en octubre del mismo año, otro representante colorado, el Dr. César Miranda, presentaba un proyecto con el propósito de otorgar los derechos políticos a la mujer. El Dr. Miranda, continuaba la línea iniciada por su hermano, Héctor, que falleciera tempranamente a principios de 1915 y fuera reconocido como el iniciador del movimiento sufragista uruguayo. El *Consejo Nacional de Mujeres* recordó en forma persistente la obra de Héctor Miranda en su órgano oficial publicando *“Los Derechos Políticos de la Mujer”*(CONSEJO NACIONAL DE MUJERES,1920, p. 32-36; p. 63-76; p. 114-116; p. 141-155).

Así recordaba el Consejo Nacional de Mujeres la actitud fundacional de Héctor Miranda:

*“La Constitución de 1830, todavía en vigencia, niega rotundamente a la mujer toda injerencia en la cosa pública, a despecho de los esfuerzos hechos por juristas de la talla de Héctor Miranda, el defensor de nuestros derechos, tan prematuramente arrancado, por desgracia, a su noble tarea de justicia social”*(CONSEJO NACIONAL DE MUJERES,1917, p. 184). *“En 1914, el Uruguay inició esta era para el feminismo hispano-americano, con el proyecto de reconocimiento de los derechos políticos de la mujer, presentado por el malogrado ciudadano Héctor Miranda”*.(CONSEJO NACIONAL DE MUJERES,1919, p. 132).

El Consejo desde su fundación, estuvo organizado en diferentes comisiones entre las que figuran: *Higiene, Propaganda, Educación, Legislación, Prensa, y Sufragio*. La Comisión de Sufragio, en el año 1919, para adquirir mayor independencia y eficacia, se convierte en la *Alianza Uruguay por el Sufragio Femenino* con un objetivo estatutario fundamental de “*obtener para las mujeres el derecho al sufragio*” (LUIZI, 1921, p. 3) pero independientes de toda identificación partidaria.

Las acciones emprendidas por el *Consejo Nacional de Mujeres*, fueron persistentes y en 1920, dirigen al cuerpo Legislativo una solicitud de aprobación de un proyecto de ley que concediera el derecho de sufragio a la mujer. Dicho proyecto fue retomado y presentado por el diputado César Miranda ante el Cuerpo Legislativo, el 13 de octubre de ese año como ya señalamos.

Sin duda el camino fue largo y difícil para que las mujeres uruguayas fueran integradas al cuerpo cívico y reconocidos sus derechos políticos. En 1921, Baltasar Brum redacta un voluminoso y amplio proyecto de ley de reconocimiento de los derechos políticos y civiles de la mujer, inspirado en la propuesta que impulsara Héctor Miranda años atrás. Lo presentan en Cámara de Representantes los diputados Orlando Pedragosa Sierra e Ítalo Perotti, en 1923. Ninguno de estos proyectos contó con el quórum necesario para su aprobación.

En diciembre de 1932, los diputados colorados Pablo M. Minelli y César Battlle Pacheco presentan un proyecto de ley que concede la ciudadanía a las mujeres uruguayas, conforme a lo establecido en la Asamblea Constituyente, que disponía legislar en la materia, por una mayoría especial de “*dos tercios de votos de cada Cámara*”. Pero lo que definitivamente consolidó el reconocimiento de los derechos políticos de la mujer uruguaya, fue la inclusión en el nuevo texto constitucional de 1934, declarando en su Art. 65 que “*Ciudadanos naturales son todos los hombres y mujeres nacidos en cualquier punto del territorio de la República*”.

Es curioso que al tiempo que la mujer adquiere sus derechos políticos, continúa en otras esferas jurídicas como la civil fundamentalmente, o comercial e incluso penal, en situación desigual y subordinada respecto al varón, por la legislación positiva uruguaya. En las elecciones de 1938 las mujeres ejercieron su derecho de voto por primera vez, y en las elecciones de 1942 ingresan las cuatro primeras mujeres al parlamento nacional. Si se tiene en cuenta la evolución del volumen nacional de votantes, cuando las mujeres se inscriben en el padrón electoral, el volumen se duplica, lo que permite valorar el carácter democratizador del derecho de sufragio femenino. En este aspecto, las cifras son elocuentes: “*1913 (55.000 votantes) 1919 (189.000 votantes) 1922 (246.000 votantes) 1926 (290.000 votantes) 1930 (318.000 votantes)*. *Adviértase que todavía las mujeres no habían obtenido sus derechos cívicos. Cuando comenzaron a inscribirse el padrón electoral aumentó sensiblemente: 1938 (636.000 inscriptos)*”. (SEMINO, 1884, p. 84).

La primeras parlamentarias uruguayas que ingresan en 1942 fueron: Magdalena Antonelli Moreno (Pdo. Colorado), ingresa a la Cámara de Diputados; Julia Arévalo

de Roche (Pdo. Comunista) ingresa a la Cámara de Diputados. La Dra. Pinto de Vidal<sup>4</sup> (Pdo. Colorado) ingresa al Senado y actuará en la Cámara durante más de un decenio (1943-54), Julia Arévalo de Roche (Pdo. Comunista) y la Dra. Sofía Álvarez Viñogly de Demichelli (Pdo. Colorado). La Dra. Álvarez tuvo importante actuación en la Cámara de Senadores entre 1943-47 cuando bajo la Presidencia del Dr. Juan José de Amézaga presenta el proyecto de ley de derechos civiles de la mujer en 1946. Dicho proyecto fue aprobado como Ley 10.783 el 18 de setiembre de 1946 consagrando de igualdad civil de la mujer uruguaya.

## 7 Bibliografía y Fuentes

Alonso Criado, M. (1877) **Colección Legislativa de la República Oriental del Uruguay. 1865-1873. (Recopilación Cronológica). T. III.** Montevideo. Imprenta Rural.

Barrán, J. P. (1990) **Battle, los estancieros y el Imperio Británico. El Uruguay del Novecientos. T. 1.** Montevideo. Ediciones de la Banda Oriental.

Bayley, F. (1881) **Consideraciones generales sobre el sufragio universal.** Montevideo. Imp. *El Herald*o.

Brum, B. (1925) **Los derechos de la mujer. Reforma a la legislación civil y política del Uruguay.** Montevideo. Peña Hnos. 2ª Ed.

Cámara de Representantes. (1914) **Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes. Tomo MCMXXXIII.** Montevideo. Imprenta Nacional.

Campisteguy, J. (1887) **Breves consideraciones sobre nacionalidad y ciudadanía.** Montevideo. Tip. a vapor de A. Godel.

Candioti, M. R. (1920) “*Bibliografía doctoral de la Universidad de Buenos Aires y Catálogo cronológico de las Tesis en su primer centenario. 1821-1920...*” En: **Revista de la Universidad de Buenos Aires. Año XVI. Tomo XLIV. - Artículos originales.**

Consejo Nacional de Mujeres. “*Movimiento sufragista*”. En: **Acción Femenina.** Año III. Montevideo. Agosto de 1919. N° 22.

Consejo Nacional de Mujeres. **Acción Femenina.** Año I. Montevideo. Diciembre de 1917. N° 6.

Constitución Uruguaya, 1830.

Constitución Uruguaya, 1918.

Constitución Uruguaya, 1934.

Convención Nacional Constituyente. (1918) **Diario de Sesiones de la H.**

---

<sup>4</sup> Alba Pinto de Vidal había actuado en el Consejo Nacional de Mujeres como Presidenta 1922, en ocasión de la ausencia de Paulina Luisi en 1922.

**Convención N. Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917). T. I.** Montevideo. Imprenta Nacional.

Convención Nacional Constituyente. (1918b) **Diario de Sesiones de la H. Convención N. Constituyente de la República Oriental del Uruguay (1916-1917). T. II.** Montevideo. Imprenta Nacional.

Convención Nacional Constituyente. (1918c) **Diario de Sesiones de la H. Convención N. Constituyente de la República O. del Uruguay. 1917. Tomo III.** Montevideo. Imprenta Nacional.

Del Campo, Fco. (1880) **Naturaleza y extensión del sufragio.** Montevideo. Imp. Liberal.

Delio, L. (1998) “*Los derechos políticos de la mujer: el debate en torno al sufragio*”. **Revista de la Facultad de Derecho.** N° 13. Enero/Junio. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria. pp. 113-137.

Delio, L. (2002) “*Notas sobre algunos supuestos filosóficos y políticos del pensamiento de Bernardo P. Berro*”. En: **Cuadernos de Historia de las Ideas** N° 5. pp. 97-120.

Delio, L. (2010) “*Una expresión tocquevilleana en el Río de la Plata: el pensamiento político de Bernardo P. Berro*”. En: **Revista de la Facultad de Derecho. Julio-Diciembre. N° 29.** Universidad de la República. Fundación de Cultura Universitaria. pp. 65-89.

Demichelli, A. (1950) **El Poder Ejecutivo. Génesis y transformaciones.** Buenos Aires. Depalma.

Faig Garicoits, J. F. (1996) **Sistema electoral y gobernabilidad en Uruguay.** Montevideo. Trilce.

Faraone, R. (1972) **El Uruguay en que vivimos. (1900-1972).** Montevideo. Arca.

Franco, R. (1986) **El Sistema Electoral Uruguayo: peculiaridades y perspectivas. T. I.** Montevideo. Rolando Franco Ed. Fundación Hanns Seidel.

Gómez Haedo, J. C. (1930) “*Los métodos en el Derecho Público. Fundamentos de un Programa de Derecho Constitucional*”. En: **Anales de la Universidad. Entrega N° 126.** Montevideo. Imprenta Nacional.

Jiménez de Aréchaga, J. (1884) **La Libertad Política.** Montevideo. Librería Nacional.

Junta Económico Administrativa. (1892) **Censo Municipal del Departamento y de la ciudad de Montevideo - Capital de la República Oriental del Uruguay...** Montevideo. Est. Tip. -Litográfico «*Oriental*».

Luisi, P. (1921). **Estatutos de la Alianza para el Sufragio Femenino.** Montevideo.

Minelli, N. (1883) **La condición legal de la mujer.** Montevideo. Imp. y Enc. de Rius y Becchi.

Miranda, H. “*Los Derechos Políticos de la Mujer*”. En: **Acción Femenina**. Montevideo. Marzo de 1920. Año IV. N.º 27. pp. 32-36.;

Miranda, H. “*Los Derechos Políticos de la Mujer*”. En: **Acción Femenina**. Montevideo. Año IV. Abril y Mayo de 1920 N° 28-29. pp. 63-76.

Miranda, H. “*Los Derechos Políticos de la Mujer*”. En: **Acción Femenina**. Montevideo. Año IV. Junio y Julio de 1920. N° 30-31. pp. 114-116.

Miranda, H. “*Los Derechos Políticos de la Mujer*”. En: **Acción Femenina**. Montevideo. Año IV. Agosto y Setiembre de 1920. N° 32-33. pp. 141-155.

Osta, L. (2008) **El Sufragio. Una conquista femenina**. Montevideo. OBSUR.

Palomeque, A. (1890) **Mi año político. 1889. Tomo II**. Montevideo. Imprenta «*El Progreso*». p. 686.

Piria, Fco. (1898) **El Socialismo Triunfante. Lo que será mi país dentro de 200 años**. Montevideo. Imprenta Artística de Dornaleche y Reyes.

Reyes Abadie, W. (1989) **Historia del Partido Nacional**. Montevideo. Ediciones de la Banda Oriental.

Semino, M. A. (1984) **Partidos Políticos y Elecciones en el Uruguay**. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria.

Universidad. (1874) **Programa de los Exámenes Públicos de la Universidad Mayor de la República Correspondientes al año 1874**. Montevideo. Imp. *La Idea*. pp. 28-32.

Vargas, E. (1884) **El extranjero ante el sufragio**. Montevideo. Imprenta a vapor y encuadernación del Laurak-Bat.

Vidal, J. M<sup>a</sup> Diario (1874). “*Derechos políticos de los extranjeros*”. En: **La Democracia**. Montevideo. Imprenta Elzeviriana, de C. Becchi y Cía.

# A CONSTRUÇÃO DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA NO CONTROLE JURISDICIONAL DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS A PARTIR DA CONCEPÇÃO DA TEORIA DO DISCURSO

*Ana Virgínia Cartaxo Alves<sup>1</sup>*

## 1 Introdução

O tecido social contemporâneo ocidental resta marcado por duas características fundamentais, quais sejam a complexidade e o pluralismo. Esses elementos caracterizadores da sociedade representaram uma mudança drástica na forma com que as pessoas se relacionam entre si, pois a complexidade representa a existência de uma miríade de possibilidades e uma enorme contingência e, por conseguinte, a insegurança; já o pluralismo, importa na coabitação de infinitos projetos de vida distintos em um mesmo espaço social e político.

Com o advento dessas novas configurações sociais, percebe-se que a vida em sociedade não pode mais restar ligada por um centro referencial comum, em que todos os indivíduos são conduzidos por meio do consenso. O Estado marcado pelo pluralismo e pela complexidade corre um grande risco de se fragmentar, em virtude de intolerância com a diferença, ou em virtude das constantes tentativas de um grupo majoritário subjugar os demais, privilegiando seus interesses.

Nessa esteira, a alteração das configurações sociais modificaram substancialmente as exigências democrática, de modo que o conceito tradicional de democracia, fundado na regra majoritária perdeu seu sentido, já que a sociedade contemporânea pluralista e complexa não permite um governo da maioria que ignore os pleitos dos demais grupos. Em outras palavras, essa virada social passou a exigir uma nova democracia que prime pela participação de todos e cada um dos grupos sociais, por mais minoritária que seja sua posição.

A legitimidade dos atos estatais encontra um novo lugar na possibilidade de efetiva participação igualitária de todos os grupos no processo de tomada de decisões públicas, de modo que nenhum elemento social seja descartado, e que se busque uma solução racional, pautada sempre no diálogo entre os distintos interesses.

Diante de uma sociedade pluralista e complexa, o modelo jurídico-político do Estado Democrático de Direito pode ser considerado o mais adequado para manter a população inserida e interagindo ativa ou passivamente, não somente por meio de seus representantes, mas com uma maior abertura para a participação de todos nas decisões políticas.

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Professora do Curso de Direito do Instituto de Educação Superior da Paraíba (IESP) e da Associação Paraibana de Ensino Renovado (ASPER). Advogada. E-mail: anavirginia.cartaxo@gmail.com

Na atual conjuntura, o Poder Judiciário possui um papel fundamental, pois atua com o escopo de garantir os direitos fundamentais para todos os cidadãos através do controle de constitucionalidade das leis, protegendo, especialmente, as minorias.

Nesse sentido, as decisões do Poder Judiciário, para serem consideradas legítimas, devem se embasar num modelo participativo, que prime pelo diálogo entre todos os valores distintos como forma de edificar uma decisão racional.

Ocorre que, identifica-se que, não obstante essas novas exigências de um Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, mormente o Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade das leis, pode estar ignorando tais demandas. É que o Supremo Tribunal Federal tende a adotar uma postura de guardião dos valores da sociedade, na medida em que algumas de suas decisões são tomadas com base em certos valores tidos como prioritários, numa espécie de consenso artificial.

Ademais, verifica-se que, talvez, a Corte Maior brasileira esteja agindo contrariamente às exigências de uma democracia mais participativa, ao passo que privilegia o uso do controle abstrato de constitucionalidade das leis, que não permite a participação direta dos litigantes na tomada das decisões.

O objetivo do presente trabalho é verificar se a atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente na tomada de decisões no controle de constitucionalidade das leis como forma de tutelar os direitos fundamentais, encontra-se em conformidade com os anseios de uma sociedade pluralista e complexa, que demanda um modelo de democracia participativa, em que haja a participação igualitária de todos os extratos sociais na construção do direito, partindo-se da hipótese de que o modelo hermenêutico constitucional mais adequado restaria pautado na teoria do discurso desenvolvida por Jürgen Habermas.

## **2 A complexidade e o pluralismo das sociedades contemporâneas ocidentais**

Com o passar do tempo, o conceito de sociedade foi se transmudando, especificamente se tratando das sociedades ocidentais. A partir da Modernidade, os centros tradicionais de orientação da conduta humana e que congregavam as pessoas em torno de um projeto único e comum de vida – impostos seja pela hegemonia da Igreja Católica, seja pelo restrito acesso ao conhecimento – de modo paulatino, foram sendo dissolvidos por movimentos como a Reforma Protestante, a Revolução Científica e o advento da imprensa, permitindo-se a disseminação de ideais distintas e, não raro, conflitantes.

Esse processo de descentramento culminou com o individualismo e a racionalidade, já que cada indivíduo passou a se orientar conforme sua própria vontade, pautado essencialmente em sua razão. Tudo isso fez com que a conotação de sociedade não mais se coadunasse como a união de pessoas com projetos comuns, mesmas crenças, culturas e valores. Ao contrário, o tecido social ocidental contemporâneo passou a apresentar duas características primordiais: a complexidade e o pluralismo.

Para a compreensão do que se entende por sociedade complexa, para a finalidade do presente trabalho, utiliza-se o conceito de complexidade segundo a concepção da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, em que essa representa a ideia de multiplicidade de escolhas. Isto é, nessa acepção, a complexidade se refere a uma constante presença de mais possibilidades (alternativas) do que as suscetíveis de serem concretizadas (LUHMANN, 2009).

Seguindo tal entendimento, Marcelo Neves (2001, p. 332) explica que a sociedade moderna seria supercomplexa na medida em que “as alternativas possíveis de condutas, comunicações, relações e fatos sociais são muito maiores do que aquelas que se podem realizar efetivamente em uma situação concreta”.

O conceito sistêmico de complexidade pressupõe um entendimento básico, válido para todos os sistemas, o da diferenciação entre meio e sistema a partir da complexidade. É que o meio do sistema sempre seria mais complexo do que o próprio sistema e, destarte, aquele oferece sempre mais possibilidades do que um dado sistema pode aceitar, processar ou legitimar. (LUHMANN, 2009).

A complexidade implica, então, em contingência, ou seja, em razão dessas múltiplas possibilidades, é impossível prever todos os fatores que podem ou não ser operacionalizados. Isto é, sempre haverá elementos incalculáveis, de modo que as pessoas devem estar preparadas para as consequências de um elemento surpresa se concretizar (LUHMANN, 2009).

Noutro aspecto, essa complexidade, assim como a contingência dela derivada, importam na necessidade de seleção. É que, em virtude das múltiplas relações capazes de serem formadas pelos elementos integrantes do sistema, este deve ser capaz de selecionar a forma como deve relacionar tais elementos.

É importante consignar o alerta de Marcelo Neves, ao aduzir que essa necessária seletividade exige que os mecanismos de seleção que não excluam nenhuma das possibilidades. Além disso, afirma que esses mecanismos seletivos têm a finalidade de “transformar complexidade desestruturada em complexidade estruturada, sem desconhecer, portanto, a heterogeneidade de valores, interesses e discursos, assim como a pluralidade de sistemas existentes na sociedade” (NEVES, 2001, p. 332 e 333).

Assim sendo, a teoria dos sistemas propõe não o fim dessa complexidade, mas a estruturação da mesma com respeito às concepções individuais, que tendem a ser sempre diferentes e, talvez, nunca possam ser compatibilizadas por meio de um consenso.

Desta forma, transpondo a teoria dos sistemas para o sistema social, percebe-se que a sociedade contemporânea é supercomplexa na medida em que existem cada vez mais possibilidades de escolhas e de maneiras pelas quais as relações sociais podem ser estabelecidas, nos moldes de uma verdadeira análise combinatória.

Então, pode-se afirmar que, no momento em que homem se tornou o núcleo referencial de sua própria conduta, com advento do individualismo e da racionalidade, ele começou a se deparar com uma miríade de possibilidades e, como consequência, as relações sociais se tornaram cada vez mais complexas e imprevisíveis, obrigando

o indivíduo a estar preparado para lidar com fatores surpresas que eventualmente podem ocorrer e as prováveis frustrações que tais riscos podem ensejar.

Outro traço fundamental das sociedades contemporâneas é o que se convencionou denominar “pluralismo”. Como a própria nomenclatura sugere, o pluralismo pode ser compreendido como a coexistência de uma variedade de elementos diferentes em um mesmo espaço. Contudo, para o presente trabalho, compreende-se o pluralismo numa concepção político-social, aqui conceituado como uma multiplicidade de valores, interesses, crenças religiosas, grupos étnicos, compromissos morais, formas culturais e concepções sobre a vida digna compartilhando um mesmo espaço social e político.

É importante destacar que o pluralismo é marcado pela heterogeneidade, vez que, desde a dissolução dos centros tradicionais de orientação, o ser humano assumiu o papel do próprio referencial de conduta e, por conseguinte, numa sociedade complexa de múltiplas possibilidades, não pode se falar em uma igualdade de concepções individuais; o que ocorre, no máximo, é a congregação de pessoas em grupos que compoitem valores, características ou objetivos semelhantes.

De acordo com Bobbio (1995), a concepção de uma sociedade pluralista (e também complexa) engloba três características: a sua formação por meio de esferas particulares relativamente autônomas, a opção de organizar essas sociedades através de um sistema político que viabilize que os vários grupos e camadas sociais participem, seja de forma direta ou indireta, na formação da vontade coletiva e, por fim, que esse modelo social seria uma antítese de toda e qualquer forma de despotismo. Portanto, pontua ele, que o pensamento que permeia a aceção de uma sociedade constituída por corpos intermediários, seria também uma aspiração antiestatal, pois o Estado restaria entendido como um elemento necessário, mas não exclusivo da evolução histórica.

Já Wolkmer (1994 *apud* GALLUPPO, 2001, p. 52), atribui ao pluralismo os seguintes elementos caracterizadores: a) autonomia, compreendida como poder inerente aos vários centros e independente do poder central; b) descentralização, ou seja, o deslocamento do centro de decisão para os demais centros fragmentados; c) participação, caracterizada pela intervenção de vários grupos, inclusive os minoritários, no processo decisório; d) localismo, que seria a primazia do poder local em detrimento ao poder decisório central; e) diversidade, na aceção de privilégio que se confere à heterogeneidade e à diferença frente à homogeneidade; f) tolerância, compreendida por ele como formação de uma estrutura de convivência entre os vários centros norteadas por regras, embasada num espírito de indulgência e na atuação moderada.

Cumprir destacar que Galluppo (2001, p. 53) identifica, além desses elementos elencados por Wolkmer, outro ponto essencial para que se configure o pluralismo: esforço de um determinado centro de poder alcançar a esfera decisória e de controlá-lo com vistas a realizar e impor o seu projeto aos demais, ou seja, a tentativa de certos núcleos divergentes se tornarem hegemônicos.

A partir dessas características, percebe-se que o pluralismo representa dois riscos

extremos para a convivência em sociedade. O primeiro perigo é justamente o excesso de descentramento gerar um processo de desagregação social irreversível.

Nesse raciocínio, expressa Bobbio (1995) uma preocupação no sentido de que a fragmentação excessiva dos interesses coletivos termine por não mais ser possível a recomposição da unicidade pública por meio da compatibilização dos interesses privados. Isto, na sua visão, implicaria num temerário retorno à Idade Média, em que a sociedade era marcada pelas contendas entre famílias rivais, formando-se, então, um Estado permeado por disputas entre grupos de interesses conflitantes, tornando impossível a satisfação de qualquer desejo comum.

Logo, percebe-se que desagregação radical e irreversível da sociedade representa um risco real advindo do pluralismo, posto que uma sociedade excessivamente individualista – já que cada indivíduo ou cada grupo perseguiria o seu próprio ideal de vida – poderia perder totalmente sua coesão e, por conseguinte, a vida em sociedade correria um grande perigo de se desintegrar por completo.

Outro grande risco que o pluralismo representa para a sociedade contemporânea é a possibilidade de um núcleo descentralizado de poder tornar-se hegemônico, impondo seu projeto de vida aos demais grupos.

O perigo de um determinado grupo despontar como poder autoritário surge a partir do momento em que a convivência da heterogeneidade num espaço político cada vez mais descentralizado enseje na possibilidade da propagação de orgulhos étnicos e na manifestação da supremacia de uma raça, cultura ou ideologia, nascidos da falta de tolerância ou do não reconhecimento pacífico do outro (TEIXEIRA, 2006).

Esse risco de um dissenso extremo, acarretando numa fragmentação radical que impossibilite a compatibilização de projetos coletivos ou no perigo da instalação de um poder despótico totalmente intolerante e insensível às diferenças, representa os grandes problemas a serem enfrentados por uma sociedade cada vez mais pluralista e complexa. Cumpre frisar que tais problemas podem se tornar mais agudos num momento de crise, como o que se atravessa, quando há uma tendência à fragilização da sociedade, ante a ampliação das dificuldades econômicas e sociais, com propensão a tornar os grupos mais intolerantes, em razão do medo e da insegurança, como já ocorreu no curso da história recente da humanidade.

É oportuno ressaltar que o dissenso é a marca do pluralismo, pois é o traço fundamental da diversidade de valores, pensamentos e interesses que permeiam os núcleos descentralizados da sociedade. Por conseguinte, num pretense Estado Democrático de Direito, só há o que se falar numa sociedade pluralista, como prevista no preâmbulo da Constituição Federal de 1988, se houver verdadeiramente um espaço para as diferenças e o dissenso entre os cidadãos.

Nesse norte, a despeito das diferenças marcantes que cada vez mais se exasperam na medida em que aumentam as possibilidades e a conseqüente complexidade social, verifica-se que não se pode reproduzir um modelo de consenso absoluto ou, até mesmo, artificial, imposto por único centro de poder.

No entanto, não se pode abrigar um modelo estatal pautado na mera coabitação de projetos de vida distintos em um mesmo espaço político-social, mas, talvez, a resposta para esses problemas esteja na possibilidade do reconhecimento de igual importância de todas as aspirações, inclusive dos grupos minoritários. E, além disso, na criação de mecanismos que permitam uma posição dialógica entre as mais distintas visões de mundo, com a finalidade de estabelecer condições básicas para que todos os grupos possam participar da vida política e concretizar, de alguma forma, os seus interesses.

### **3 Democracia: novos contornos e novas exigências**

Tradicionalmente, atribui-se, à democracia, a insígnia de governo do povo, conforme a origem grega do vocábulo. Entretanto, não se pode afirmar que a concepção atual de democracia é a mesma da Grécia Antiga, cujas características principais eram a unidade, solidariedade e participação. Outrossim, não se pode esquecer que a cidadania, à época, era um conceito altamente restritivo, porque poucos participavam da vida pública, excluindo-se mulheres, escravos e estrangeiros (HELD, 1987).

Séculos passados desde a cidadania ateniense, a noção de Estado mudou de maneira radical e, hoje, como já aduzido, vive-se em um tecido social permeado pela complexidade e pelo pluralismo.

Como delineado no tópico anterior, a sociedade contemporânea ocidental é marcada por uma miríade de possibilidades e pela convivência dos mais diversos projetos de vida, aspirações e crenças, dando lugar a diversos grupos separados de modo virtual, o que implica dizer que a noção de um poder emanado de um povo não mais se agrega a acepções de unicidade ou de um governo exercido de maneira totalmente direta pelos cidadãos.

Dessa maneira, a atual configuração da democracia não pode desconsiderar as referidas características que marcam grande parte dos Estados hodiernos, mormente democráticos, inclusive o Estado brasileiro; logo, deve-se encontrar maneiras de compatibilizar os atos estatais com as atuais exigências democráticas.

Nesse sentido, o conceito majoritário de democracia não é mais suficiente para atender todas as exigências dessa nova configuração estatal, pois, nas sociedades pluralistas, a fragmentação social não mais permite a necessária flexibilidade exigida pela regra majoritária, na medida em que os grupos minoritários poderiam quedar-se preteridos das decisões políticas.

Assim, a prevalência do princípio majoritário poderia tornar-se não apenas antidemocrática, como algo pernicioso. É que, ao serem reiteradamente repelidas do poder, as minorias, por não terem seus argumentos ouvidos e seus anseios concretizados, tendem a se sentir discriminadas, deixando de prestar lealdade ao regime, o que, por sua vez, pode culminar com uma ruptura do Estado (LIJPHART, 1989).

Seguindo esse pensamento, Arend Lijphart (1989) defende um modelo que denomina “democrático consensual”, cuja regra matriz seria a prevalência da consensualidade

perante a regra majoritária, especialmente, quando se tratar de sociedades pluralistas. Resumindo seu raciocínio, a passagem abaixo transcrita pode ser elucidativa:

(...) no contexto das sociedades pluralistas a regra majoritária implica ditadura da maioria e confrontação civil, em vez de democracia. Do que estas sociedades necessitam é um regime democrático que encoraje o consenso em vez da oposição, que estimule a concertação e não o divisionismo, que procure ampliar as maiorias governativas e não se satisfaça com vantagens tangenciais, numa palavra, que implemente a democracia do consenso (LIJPHART, 1989, p. 41, 42).

Destarte, a democracia, no atual contexto, deve apresentar possibilidades reais de participação de todos, sob pena das minorias serem descartadas da vida pública.

Sobre outra ótica, especificamente a preocupação de equalizar a democracia em uma sociedade pluralista pautada em ideal político de liberdade enquanto não dominação – isto é, a ideia de que o cidadão não se expõe a um poder arbitrário de inferência por parte dos demais, Philip Petit (2007) defende que a democracia seria a forma ideal de contenção da arbitrariedade e dominação do Estado, desde que este tutelasse apenas os interesses comuns assumidos pelos cidadãos.

O cerne da problemática das sociedades pluralistas é justamente encontrar um equilíbrio possível entre as vozes tão dissidentes em que se possibilite identificar tais interesses ou bens comuns. Para tal escopo, segundo Petit (2007), citando também o pensamento de Habermas (1984), a obtenção de interesses comuns só seria possível a partir de considerações cooperativamente admissíveis através do discurso intersubjetivo acerca daquilo que unificada e coletivamente deveria ser provido pelo Estado.

Portanto, para Petit (2007), a democratização da sociedade como forma de promover a liberdade entendida como não dominação do Estado com base na ideia de que caberia à esfera pública somete interferir na esfera privada para assegurar os interesses comuns assumidos com base em acordos procedimentais e institucionais pautados na razão e que possibilitassem efetivo diálogo e harmonização dos interesses divergentes.

No entanto, é salutar esclarecer que o que se entende aqui pela busca pelo interesse comum não se coaduna com a ideia de consenso impositivo, em que não seja ofertada possibilidade de desacordo. Busca-se, de modo inverso, a possibilidade de dissenso, de pluralidade, estimulando o diálogo entre os mais diversos grupos, com visões e crenças e desejos distintos, para que, a partir da comunicação e respeito recíproco, encontrem-se soluções para compatibilizar as diferenças. E, só assim, pode-se falar em democracia, compreendendo-se que o todo é o que importa, a soma da maioria e da minoria, e não apenas o que pensa a parte majoritária.

Ademais, é importante destacar que, no seio de uma sociedade pluralista e complexa, não se pode mais falar em homogeneidade de culturas; na verdade, cresce exponencialmente a multiplicidade de formas culturais, grupos étnicos, crenças religiosas e concepções de vida.

Para Habermas (2002), as sociedades multiculturais somente poderão manter sua coesão através de uma cultura política que assegure a coexistência pacífica de cidadãos

provenientes de vários ambientes culturais, mas não apenas isso. No seu entendimento, a cultura política inclusivista deve, além de garantir os direitos liberais e os direitos políticos à participação, também permitir que os cidadãos possam ter seus direitos eficazmente valorizados sob a forma de segurança nacional e do reconhecimento recíproco de formas culturais distintas.

Além disso, Habermas (2002) aponta para um grave problema que pode surgir nas sociedades pluralistas, e com o grau mais elevado, nas sociedades multiculturais: a questão do que denomina “minorias inatas”. Isso ocorre quando, mesmo em estados democráticos, uma cultura majoritária detém o poder político de decisão e forçadamente impõe às minorias sua cultura e acepções de vida, de modo da impossibilitar a efetiva igualdade de direito aos cidadãos de origem cultural distinta.

Essa situação denota verdadeiro risco para as sociedades contemporâneas, eis que, como as normas jurídicas são permeadas por valorações éticas, isso faz com que os textos legais, de conteúdo universal, sejam interpretados de modo distinto a cada caso, com base na cultura historicamente predominante. Desta forma, os valores da cultura majoritária que exerce o poder político são os que vão prevalecer na interpretação jurídica; logo, o discurso ético-político varia conforme se alterne a maioria que ocupe o cargo decisório, como destaca Habermas (2002, p. 166), “nem sempre há novos argumentos, mas sim, novas maiorias”.

Isto representa um perigo real para a democracia contemporânea, haja vista que a maioria dominante tende a subjugar a minoria, impondo-lhe seus valores. Assim, um Estado que não esteja fundado numa política de participação igualitária e no diálogo entre os participantes do jogo político, torna-se um espaço antidemocrático, em que os grupos minoritários ficam a mercê das regras da maioria.

Na verdade, busca-se um modelo estatal que promova espaço para efetiva participação de todos os grupos culturais e, mesmo que estejam todos virtualmente separados, possam encontrar denominadores comuns que possibilitem uma convivência harmônica, com sensibilidade para as diferentes opiniões. Há, portanto, necessidade de se viabilizar um método de comunicação entre os diferentes.

Assim, partilhar o poder não significa simplesmente coabitação de opiniões distintas, mas um construto diário de opiniões decisivas de cada elemento social, cada um participando da tomada de decisões em igual medida. É que, para manter a integração de uma sociedade pluralista, complexa e dita democrática, há de se buscar mecanismos, como a cidadania, que, apesar de permitir a individualidade e a liberdade das concepções isoladas sobre vida boa, possibilitem a concentração de poder nas mãos do Estado, para que esse possa congrega os diversos grupos em prol dos seus interesses comuns.

Percebe-se, destarte, os novos contornos e exigências da democracia, que não mais pode ser percebida estritamente como o governo da maioria, como outrora se entendia na democracia ateniense. A concepção atual de democracia está cada vez mais difícil de ser delimitada, haja vista que se estar diante de uma sociedade que não mais comporta visões com pretensão de unanimidade.

Desta forma, nas sociedades pluralistas e complexas, o discurso que pregar um governo de maioria, do consenso absoluto, deve ser prontamente descartado, pois o consenso total não é mais possível, se é que foi um dia. Noutros termos, ouvir somente as partes majoritárias não condiz com o conceito hodierno de democracia, ao contrário, é uma compreensão perniciosa.

Analisando as novas exigências democráticas, Habermas (2011), ao desenvolver sua teoria discursiva, propõe um conceito procedimental de democracia, pautado na ideia central de que a criação legítima do direito depende de processos e pressupostos da comunicação, em que a razão assume uma figura procedimental.

Ao compreender que o processo da política deliberativa constitui na essência do processo democrático, Habermas (2011), na sua teoria do discurso, busca assimilar elementos tanto da perspectiva liberal de democracia – enquanto compromissos de interesses – quanto da perspectiva republicana – deliberação em busca de um consenso entre sujeitos privados. Propõe, então, um processo democrático que estabeleça um nexo interno entre considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autoentendimento e discursos de justiça, lastreado na suposição de que seria possível obter resultados equitativos e racionais.

A ideia de democracia, para teoria discursiva de Habermas (2011), coaduna-se com a noção de sociedade pluralista e complexa a qual se analisa no presente trabalho, posto que parte da concepção é uma sociedade descentrada, em que a esfera pública política seria o espaço próprio para a percepção, identificação e tratamento dos problemas de toda sociedade, através de processos de entendimentos fundados na *intersubjetividade* racional dos cidadãos.

Diante das transformações sociais, foram dados novos contornos à democracia, o que demanda uma participação igualitária de todos os grupos, mesmo os mais minoritários, nas tomadas de decisão operadas na esfera pública, o que só é possível se todos os cidadãos sejam dotados de igual capacidade de participação eficaz no poder decisório político, de modo que nenhum grupo tenha prevalência sobre o outro.

#### **4 A legitimidade democrática do poder judiciário no controle de constitucionalidade de leis sob uma perspectiva da teoria do discurso**

Nas sociedades que comportam a diversidade de interesses, ideologias e projetos, a Constituição assume um papel não mais de mero instrumento viabilizador de um projeto predeterminado de vida em conjunto, mas, mais que isso, a “Constituição sem soberano”, nas palavras de Zagrebelsky (2003), própria das sociedades pluralistas, detém a tarefa de manter a vida em comum.

Para isso, a Constituição deve funcionar como garantidora da legitimidade de cada um dos elementos sociais de participarem da vida pública, atuando não mais como centro de irradiação, de onde tudo se deriva a partir da soberania do Estado; porém como centro de convergência, que deve agregar as mais diversas opiniões e projetos

de vida diferentes. Assim, uma Constituição democrática de um Estado permeado pelo pluralismo é um “‘compromisso de possibilidades’ e não um projeto rigidamente ordenador que possa assumir-se como um *a priori* da política com força própria, de cima para baixo” (ZAGREBELSKY, 2003. p. 14).

Desta forma, como já asseverado, os novos contornos da democracia contemporânea exigem que as decisões políticas restem pautadas na participação decisiva de cada um dos setores sociais. Em conformidade com tais exigências, a Carta Constitucional deve servir como plataforma agregadora desses projetos distintos, compatibilizando-os para que haja a viabilização de uma vida em sociedade, em prol de objetivos comuns, sem se olvidar do respeito aos interesses individuais.

Ocorre que, para atingir esses misteres, com equilíbrio, em uma sociedade cada vez mais estratificada é uma tarefa que hercúlea, principalmente no que se refere às decisões públicas que envolvam os direitos fundamentais.

A proteção dos direitos fundamentais por meio do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis, mormente no cenário brasileiro, é uma questão preocupante do ponto de vista do cumprimento da exigência de uma estrutura democrática voltada para uma maior participação dos sujeitos de direitos.

A partir da análise dos novos contornos da democracia em um Estado Democrático de Direito marcado pelo pluralismo e pela complexidade, como o Brasil, percebe-se que há uma crise de legitimidade do modelo ainda pautado na regra majoritária e, por conseguinte, o declínio de uma democracia puramente representativa.

É que o modelo de representação política, hoje, não atende aos anseios da sociedade brasileira, tendo em vista que os representantes políticos são eleitos para representar interesses específicos de determinados grupos, o que favorece uma subordinação do Estado em face dos interesses econômicos, religiosos, de classe, dentre outros, dos setores sociais dominantes.

Outrossim, não se pode deixar de mencionar a crise partidária em que o Brasil está imerso, eis que a variedade cada vez maior de partidos políticos não permite que o cidadão consiga diferenciar suas ideologias e projetos políticos, o que reproduz aos eleitores um sentimento de homogeneidade dos programas partidários (SOUZA CRUZ, 2004).

Nessa esteira, observa-se um aumento constante do distanciamento entre os anseios do povo e seus representantes, principalmente porque a heterogeneidade dos projetos individuais não permite um tipo de democracia que despreze a opinião da minoria, o que implica repensar esse modelo atual, priorizando o debate e a participação de todos os grupos na tomada de decisões políticas através de uma democracia participativa.

É relevante frisar que priorizar a democracia participativa não significa um retorno à ágora grega, pois, como já visto, a complexidade e o pluralismo das relações sociais impedem uma participação totalmente direta do povo. Na verdade, o que se verifica é a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos, que pode ser dar através de mecanismos já albergados no ordenamento jurídico brasileiro, como o referendo e o plebiscito, mas que os mesmos sejam mais frequentes e que se fomente um real debate.

Cumpra destacar, ainda, que a consulta direta, por si mesma, não é a solução para todos os problemas, não obstante possa parecer o meio mais democraticamente legítimo. É que o resultado pode ser diverso do esperado, na medida em que os meios de comunicação e a interferência do poderio financeiro podem, não só na atuação do representante, como também no exercício direito de participação, manipular a decisão pública, desvirtuando o instituto da democracia (SANTOS, 2011).

Deste modo, deve-se buscar um método intermediário de exercício da democracia, que conjugue esses dois modelos de forma mais equânime e que, conseqüentemente, permita uma melhor fomentação do debate e efetiva participação de todos os grupos, para que, então, possa se falar de uma legitimação democrática.

Nesse sentido, observa-se que, em um pretense Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário cumpre um papel essencial, na medida em que cabe a ele assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais políticos aos cidadãos e, com isso, garantir a participação igualitária de todos no processo de debate e de tomada de decisões políticas, conforme se exige a nova dimensão da democracia.

Seguindo esse raciocínio, para que o Poder Judiciário atue legitimamente em favor da democracia, ele deve garantir a proteção dos direitos fundamentais individuais, limitando, portanto, a atuação dos poderes públicos com o objetivo de assegurar a soberania popular.

Para atingir essa meta, o Judiciário deve pautar suas decisões num método racional, que permita ao cidadão e, principalmente aos jurisdicionados, a deliberação e o exame da fundamentação de todas e cada uma das decisões judiciais. Tal intuito parte do pressuposto que todo ato estatal, não somente as tomadas de decisão do Judiciário, deve restar fundamentado racionalmente, sob pena de ferir a formação do Estado Democrático de Direito, como exigido de modo expresso pelo texto constitucional, em seu artigo 93, inciso IX. (SOUZA CRUZ, 2004).

Nesse aspecto, os novos contornos e exigências da democracia demandam, como já explanado, uma atuação mais direta e igualitária de todos os setores sociais, e, em sede de prestação jurisdicional, seja constitucional ou infraconstitucional, essa exigência não é diferente. Logo, o processo de tomada de decisão por parte do Judiciário não pode ser concebido como um momento individual do magistrado, mas uma construção racional, formada do debate e das argumentações de cada litigante, somando-se à deliberação do Poder Público.

Para que isso seja possível, é indispensável uma postura mais ativa dos cidadãos nesse processo de edificação do direito. E é justamente daí de onde advém a legitimidade democrática, vez que somente quando os indivíduos efetivamente participam dessa construção e não somente como destinatário do ato público, é que a decisão pode ser considerada democrática.

Os postulados para uma cidadania ativa dependem que haja uma vinculação normativa direta e efetiva entre o Estado de Direito e Democracia, com o objetivo de que os cidadãos percebam a si próprios não apenas como meros destinatários da

norma legal, mas como coautores de seu direito, isto é, que eles se reconheçam como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica. (CITTADINO, 2004).

Nesse sentido, Habermas (2012, p. 159) defende, em sua teoria discursiva, justamente a ligação entre a autonomia privada *E* pública e a legitimação democrática. Todavia, para se alcançar este pressuposto, mister se faz a criação de um código jurídico próprio que determine o *status* de pessoas de direitos, enquanto titulares de direitos fundamentais, sendo que estes direitos garantem a autonomia privada de sujeitos jurídicos apenas na medida em esses sujeitos se reconhecem mutuamente em seu papel de destinatários de leis, isto é, tenham a pretensão de ser *autores e destinatários* de sua própria ordem jurídica.

Ocorre que isto só é possível mediante os direitos fundamentais de participação, em igualdade de condições, nos processos de formação de opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercem sua autonomia política e por meio da qual criem seu direito legítimo. Seguindo tal raciocínio, a legitimidade democrática na criação da norma jurídica só é obtida a partir do exercício dos direitos políticos, já que estes fundamentam o *status* de cidadãos livres e iguais (HABERMAS, 2012).

Para teoria do discurso de Habermas (2012), os direitos políticos são fundamentais para garantia da participação dos cidadãos, enquanto atores livres e iguais, em todos os processos de deliberação e decisão relevante, de modo que a liberdade comunicativa de cada sujeito possa a vir simetricamente à tona.

O direito à participação política e a deliberação argumentativa livre deve ser garantida juridicamente em todo o espaço público e em todos os processos discursivos, seja em âmbito de criação legislativa, seja no âmbito de criação de norma jurídica através de decisão judicial.

Deste modo, verifica-se que a legitimidade democrática do Poder Judiciário, na criação da norma jurídica, apenas pode ser alcançada através da garantia de uma abertura ao diálogo, com vistas a construir uma racionalidade a partir da argumentação e contra argumentação das partes, integrantes dos mais diversos grupos que habitam o tecido social, e, com isso, construir uma decisão conjunta entre litigantes e o juiz, na condição de representante do Estado.

Cumprе ressaltar que a questão da legitimidade do Judiciário brasileiro se torna ainda mais delicada no que se refere ao controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. É que o controle de constitucionalidade é voltado para a proteção dos direitos fundamentais, mediante a defesa de um procedimento democraticamente legítimo, fundado na participação racional de todo o povo na formação do ato público; e, com isso, compatibilizar os interesses conflitantes dos variados grupos que compõe a sociedade, sem excluir qualquer componente social, por mais minoritária que seja sua posição.

Assim, constata-se que, em sede de controle de constitucionalidade, o Poder Judiciário vai desempenhar uma função essencialmente contramajoritária, já que impõe limites às maiorias parlamentares e ao Executivo como forma de se garantir a vontade do Poder Constituinte originário, protegendo a aplicabilidade e efetividade dos

direitos fundamentais. Logo, é indispensável o exame de como vem se concretizando o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis para se avaliar se há ou não efetiva legitimação dos atos judiciais e, por conseguinte, aferir se estão sendo atendidas as exigências de uma democracia mais participativa (SOUZA CRUZ, 2004).

Esta avaliação sobre a legitimidade democrática do Judiciário, principalmente no controle de constitucionalidade das leis, vem ganhando relevo nos últimos tempos, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal está trilhando um caminho mais ativo, muitas vezes se voltando para a concretização de um projeto social, pautado em um modelo que tenta reproduzir a denominada “Jurisprudência de Valores” do Direito Alemão.

No entanto, essa tendência do Supremo Tribunal Federal em adotar uma postura mais criativa, a partir da escolha de valores preferenciais, e de um processo de verticalização na tomada de decisões – afastando-se de procedimentos que permitam uma postura dialógica entre o Poder Público e as partes – vai de encontro às atuais exigências democráticas.

É que, na medida em que se adota uma hermenêutica constitucional pautada em valores, abre-se um grande espaço para que a decisão constitucional seja ilegítima, pois os valores escolhidos como prioritários vão se alternando, na medida em que se alterne a maioria que ocupa os cargos públicos; sem mencionar que a complexidade e o pluralismo – que cada vez mais se agudizam no seio social – impedem que haja uma homogeneidade de preceitos teleológicos aceitos como válidos por todos os grupos da sociedade.

Nessa esteira, a própria função do controle de constitucionalidade de proteger os direitos fundamentais, especialmente, de tutela dos interesses minoritários, perde seu sentido. É que, como a atuação do magistrado será orientada por um rol de valores preferenciais, ignorando-se a força vinculante dos direitos constitucionalmente assegurados pelo constituinte originário, a minoria será preterida, pois não terá participação no debate e, com isso, seus valores poderão ser prontamente rechaçados, em prol do valores adotados pelo juiz no momento da prolação de decisão.

Tal posicionamento se coaduna com o que defende Marcelo Cattoni de Oliveira (2005), para quem, a possibilidade de aplicação gradual das normas, capaz de as confundir com valores, geraria um efeito de negação do caráter obrigatório do Direito, pois, ao tratar a Constituição como ordem concreta de valores, advogar-se-ia pela tese de que caberia ao Judiciário definir o que poderia ser discutido como digno ou não, já que só poderia compreender democracia, sob esta ótica, acaso todos os membros da sociedade política compartilhassem uma mesma concepção de vida, aos moldes comunitaristas.

Assim sendo, não se pode permitir que o Judiciário seja considerado o guardião de valores da sociedade, pois como é que se pode determinar um escalonamento de valores em uma sociedade pluralista, formada por indivíduos com crenças, anseios e culturas distintos?

Ao contrário, o modelo social atual – com toda a complexidade e diferença possíveis – não abriga, como demonstrado, uma reunião dos grupos em prol de um consenso sobre os valores que deveriam reger seus direitos. Noutros termos, o caminho a ser trilhado em busca da legitimidade democrática não está num consenso imposto, seja pelo Chefe de Executivo, seja pelas maiorias parlamentárias, pelos conchaves econômicos ou pelo magistrado.

Ora, a legitimidade dos atos públicos encontra seu lugar no dissenso, na pluralidade, na possibilidade de divergir. Em outras palavras, somente por meio do diálogo entre todos os valores heterogêneos é que se pode obter uma solução pautada na racionalidade.

Nesse sentido, o Judiciário brasileiro, em sede de controle de constitucionalidade das leis, não pode continuar nesse processo de distanciamento vertical da opinião dos particulares, com o uso recorrente de mecanismos que priorizam o controle concentrado de constitucionalidade das leis, por parte do Supremo Tribunal Federal, em detrimento do controle difuso.

O controle difuso de constitucionalidade das leis, de acordo com a vertente procedimentalista, fundada na teoria do discurso, seria, então, a via que melhor asseguraria as exigências de uma democracia mais participativa, já que possibilitaria a maior participação das partes na tomada de decisões, diferentemente do que ocorre em sede da via concentrada, em que as decisões são orientadas por um processo objetivo, fechado ao diálogo e concentrado nas mãos do Supremo Tribunal Federal, que vem se comportando como se fosse o supremo guardião dos valores da sociedade brasileira.

Desta maneira, a posição defendida pela corrente procedimentalista, como forma de conferir legitimidade às decisões do Judiciário em sede de controle de constitucionalidade das leis, é a adoção de uma hermenêutica constitucional fundada na teoria do discurso.

A teoria do discurso, desenvolvida por Jürgen Habermas (2011; 2012), adota a concepção de que o sentido da norma somente poderá ser delimitado mediante um discurso de aplicação em que seja ofertada a possibilidade das partes, através de uma deliberação acerca das pretensões de validade concretamente envolvidas no caso concreto, perceberem-se não apenas como as destinatárias da norma, mas também as autoras da mesma e, nesta condição, podem concordar racionalmente com a aplicação de sanções, inclusive contra elas mesmo (GALLUPPO, 2001).

O escopo de Habermas, ao desenvolver a sua teoria do discurso, foi justamente fundamentar um sistema dos direitos que tanto faça *jus* à autonomia privada quanto à autonomia pública dos cidadãos, contemplando os direitos fundamentais que seriam atribuídos mutuamente pelos cidadãos a partir do que denomina “princípio da democracia”, de modo a regular a convivência em sociedade por meios legítimos do direito positivo. Isto é, através do exercício de sua autonomia privada, atores livres e iguais podem apresentar argumentos publicamente aceitáveis, por meio do discurso jurídico, criando, por meio da argumentação racional e lógico, a norma jurídica (HABERMAS, 2012).

Logo, como sintetiza Habermas, ao explicar como o princípio da democracia passa

a conferir força legitimadora ao processo de criação da norma jurídica, processo paulatino que denomina “gênese lógica de direitos”, nos seguintes termos: “o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. (...) Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos” (HABERMAS, 2012, p. 158).

Nesse sentido, é indispensável que, para que haja uma legitimação democrática da criação da norma jurídica no âmbito do controle de jurisdicional de constitucionalidade das leis, mormente no controle concentrado, que o processo constitucional permita efetiva participação dos atores sociais, não somente como figura simbólicas, como em muitas ocasiões se percebe a atuação do *amicus curiae*, por exemplo, mas que tenham efetivo poder de, através de argumentação racional, influenciar o processo de criação de normas na tomada de decisões judiciais, mormente aquelas que tenham eficácia *erga omnes*.

Neste diapasão, percebe-se que o julgador não pode decidir isoladamente, mas deve considerar todos os argumentos utilizados pelas partes de maneira igualitária, de modo que os litigantes sejam tidos como coautores da norma originada da sentença. Assim, somente quando advinda desta construção conjunta e racional é que a decisão será considerada legítima e democrática.

Por isso que os doutrinadores brasileiros seguidores dessa corrente procedimentalista – a exemplo de Souza Cruz, Cittadino, Galluppo, Carvalho Netto, Cattoni de Oliveira –, fundada na comunicação racional, posicionam-se de modo contrário ao agigantamento do controle concentrado de constitucionalidade das leis, vez que esse processo objetivo não possibilita a participação dos litigantes na formação do juízo do magistrado, que decidirá com base em seus próprios valores, ignorando a pluralidade de valores que permeia a sociedade contemporânea.

Destarte, pode-se concluir que a legitimidade democrática do Poder Judiciário, numa sociedade marcada pelo pluralismo e a complexidade, resta fundada na racionalidade discursiva das decisões judiciais, apenas obtida quando os cidadãos têm seus direitos fundamentais políticos assegurados e podem participar de modo equânime de todo o processo de tomada de decisão, não somente como receptores da norma, mas como efetivos criadores da mesma em perfeita união com a autoridade pública, na condição de Estado-juiz.

## 5 Conclusão

A partir das considerações levantadas na presente pesquisa, verificou-se que a sociedade contemporânea ocidental resta caracterizada pela complexidade e pelo pluralismo, isto é: o excesso de possibilidades e a contingência, oriundos da complexidade, somado a heterogeneidade de concepções, crenças e valores, advinda do pluralismo, fez com que a concepção de Estado se modificasse radicalmente, não possibilitando a reunião uniforme de todos os projetos de vida dos cidadãos em torno

de um único modelo consensual ou de um escalonamento de valores unitários.

E, com base nessa nova configuração social, percebeu-se, que o modelo tradicional de democracia, voltado para a regra majoritária não se coaduna com o pluralismo e a complexidade, demandando, portanto, um novo modelo de Estado democrático.

Assim, a configuração de democracia pautada na representatividade entrou em declínio, ante o alargamento do fosso entre os anseios dos eleitores e de seus representantes. Com isso, percebeu-se que essa nova sociedade demandava um projeto de democracia mais participativo, que assegure procedimentos que permitam uma maior participação do cidadão e que garanta também a proteção da minoria, para que esta expresse seus interesses e valores de maneira igualitária.

Portanto, a legitimidade democrática não mais se encontra no desejo da maioria, mas na possibilidade de participação de todos e cada um no processo de tomada de decisões públicas.

Esse redimensionamento da democracia afetou diretamente o Poder Judiciário, em especial, no tocante ao controle de constitucionalidade das leis, já que cumpre a ele a tutela dos direitos fundamentais. Com isso, cabe ao Judiciário limitar a atuação dos demais Poderes Públicos, de forma a garantir uma participação equilibrada de todos os grupos sociais, com as suas mais variadas concepções, no processo de tomada de decisões políticas.

Nesta medida, o ponto principal do trabalho foi delimitar se o Judiciário brasileiro, precipuamente, em sede de controle de constitucionalidade de leis, está atuando de modo legítimo, em que pese as constantes investidas do Supremo Tribunal Federal em se aproximar do modelo de ponderação de valores alemão.

É que, não obstante as atuais exigências de uma democracia mais participativa, o Supremo Tribunal Federal insiste em priorizar um controle abstrato de constitucionalidade, impedindo a participação dos litigantes no processo de construção da decisão judicial, e decidindo com base em determinados valores por eles elencados, em desrespeito aos demais valores que permeiam uma sociedade pluralista e complexa, composta pelas mais variadas culturas, valores e interesses.

Em outras palavras, o Supremo Tribunal Federal se atribuiu o papel de guardião dos valores da sociedade brasileira, como se tivesse o poder de escolher, dentre tantos preceitos valorativos, quais são os que devem guiar suas decisões, criando-se em laboratório um consenso artificial.

Deste modo, defendeu-se que essa forma tomada de decisões empregada pela Corte Suprema não atende aos novos contornos da democracia e da sociedade. Assim, fora proposto outro modelo hermenêutico, baseado na teoria do discurso, idealizada por Jürgen Habermas, que defende que a legitimidade democrática do Judiciário reside na possibilidade de construção conjunta e racional das decisões jurídicas, a partir do diálogo entre as partes, somada à atuação do Estado.

Conclui-se, portanto, que há uma verdadeira crise de legitimidade do Judiciário brasileiro em sede de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis, que poderá

ser revertida caso sejam adotados mecanismos que favoreçam uma participação de todas as esferas do povo no processo tomada de decisões judiciais, para que os cidadãos possam, através de um procedimento racional pautado no diálogo, efetivamente participar na criação da norma jurídica.

## 6 Referências

BOBBIO, Norberto. **As ideologias em crise: pluralismo, democracia, socialismo, comunitarismo, terceira via e terceira força**. 4 ed. Brasília: UNB, 1995.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: **Notícia do direito brasileiro**. Nova série, nº 6. Brasília: Ed. UnB, 2º semestre de 1998.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **A teoria discursiva no debate constitucional brasileiro**: para além de uma pretensa dicotomia entre um ideal transcendental da constituição e uma cruel e intransponível realidade político-social. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: 04 jun 2017.

CITTADINO, Gisele. Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia. In: **Alceu**, v.5, n. 9, p. 105 a 113. jul./dez. 2004.

GALLUPPO, Marcelo Campos. Hermenêutica constitucional e pluralismo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (orgs.). **Hermenêutica e jurisdição constitucional**: estudos em homenagem ao Professor José Alfredo de Oliveira Baracho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. Volume II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Paidéia: Belo Horizonte, 1987.

LIJPHART, Arend. **As democracias contemporâneas**. Gradiva: Lisboa, 1989.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à teoria dos sistemas**. 2ª ed. Vozes: Petrópolis, 2009.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, 2001.

PETIT, Philip. **Teoria da Liberdade**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2011.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Pluralismo político e integração social: entre consenso e dissenso. *In*: SEVERO NETO, Manuel (org.). **Direito, cidadania e processo**. V. 3. Recife: FASA, 2006

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2003.

# CRISE, CONFLITO E CIDADANIA: SOLUÇÕES DE CONTROVÉRSIAS E SEU EXERCÍCIO NO DIREITO BRASILEIRO

*Rebeca Resende de França Rodrigues<sup>1</sup>*

## 1 Notas introdutórias

Sobre a dificuldade de viver em sociedade, perceber seus possíveis desdobramentos e encarar uma realidade diferente do esperado, responde-se: o mundo está em crise. Mas, que tipo de crise é esta? A crise pode ser política, social, ética, econômica, ambiental, jurídica, cultural e até mesmo em um cenário internacional com reflexos em várias regiões geopolíticas.

São desafios diários que colocam a sociedade nesta situação, e assim vê-se rupturas e incertezas diante da conjuntura atual, em que se procuram maneiras de resolver a crise que gerou conflitos. Em um mundo completamente mergulhado em diversidade de opiniões, em que as pessoas buscam cada vez mais pelo Poder Judiciário, a fim de resolver suas demandas, eis que surgem possibilidades extrajudiciais para minimizar os danos decorrentes da demora e da necessidade de recurso. Dentre elas, estão a mediação, conciliação e a arbitragem, enquanto resoluções adequadas de conflitos.

Tem-se as soluções de controvérsias, comumente chamada, como um passo à frente sobre a litigância dos conflitos, encarando-se, portanto, um aspecto paliativo para saná-los, em que, conseqüentemente, sua crise será igualmente retratada. Cada qual dessas soluções têm sua devida adequação, posto que a mediação é tida como uma forma de solver determinados conflitos através da figura de um terceiro imparcial. Referido indivíduo atuará tão somente no sentido de facilitar o diálogo entre as partes, não fazendo sugestões a respeito do acordo, bem como, tem o intento de transformar as relações que poderiam estar sobrestadas por esse conflito.

A conciliação, por sua vez, possui quase as mesmas características da mediação, no entanto, diferencia-se diretamente quanto à atuação do terceiro imparcial, em que atuará com uma postura mais ativa, além de incentivar o consenso, demonstrará possibilidades de acordo para as partes, enquanto que o mediador apenas facilita o diálogo. Por fim, tem-se a arbitragem, a qual possui uma decisão irrecorrível, ou seja, não existe um Tribunal específico que revise ou reforme a sentença, e o terceiro que julga é escolhido pelas partes, muitas vezes sendo um profissional habilitado na área.

Mas, é imperioso destacar que o conflito não deve ser encarado tão somente como algo negativo para a sociedade, visto que, este deve ser o ponto nevrálgico para o início de uma relação devidamente transformada através de cada resolução adequada utilizada

---

<sup>1</sup> Advogada, graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba, pós-graduanda em Direito Imobiliário pela Faculdade de Ensino Superior da Paraíba, mestranda e bolsista em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. E-mail: rebecaresendef@gmail.com

estritamente para sanar aquela situação. E assim, o diálogo deve ser considerado enquanto uma fonte principal para a solução de um conflito, buscando-se sempre o consenso da forma mais equilibrada possível.

Portanto, o presente trabalho tratará acerca dos aspectos positivos dos conflitos, bem como o que é negativo referente ao confronto. Além disso, visa a perpassar pelos motivos da atual situação litigiosa que a cidadania enfrenta, e a verificar o viés filosófico e técnico, diante de um método qualitativo, da importância das soluções de controvérsia.

Em termos metodológicos, eis que o presente trabalho se servirá do uso hipotético-dedutivo, tendo em vista que analisará problemas a partir do surgimento da crise gerando o conflito, de forma a utilizar da técnica de pesquisa da documentação indireta, por se valer do levantamento documental e bibliográfico. E, ainda, caracterizar-se-á por seu nível de pesquisa exploratório e explicativo, uma vez que irá desenvolver e esclarecer conceitos, explicando suas causas e efeitos através do conhecimento da realidade.

## **2 Crise e conflito: delimitações conceituais**

O conceito de crise, embora delimitado de acordo com a sua ocorrência em cada área do conhecimento, configura-se por ser interdisciplinar, ou seja, a crise em seu aspecto cru está presente em todos os ramos, desde a gastronomia à arte, da economia à história, por exemplo. Além de ser um conceito que rememora a noção de processo, colocando-o em xeque, uma vez que requer uma renovação parcial ou total daquele conflito, (KUJAWSKI, 1991).

E, claro, no mundo jurídico. Profissionais de todas as áreas podem apontar facilmente os seus momentos de crise durante o labor, bem como o que veio depois disso, no caso, o conflito. Kujawski aponta que “o fenômeno da crise está normalmente associado à ideia de esgotamento, regressão e esterilidade.” (KUJAWSKI, 1991, pág. 33).

A percepção de crise, mesmo exposta por termos negativos, leva a um processo de superação do momento social vivido, conforme aponta o próprio autor. O retorno aos momentos antecessores à crise pode, nem sempre ocorre, demonstrar onde reside o caminho à superação desta e, assim, caminhar na direção do novo. Ocorre, que este caminho necessita do cidadão disposto a um novo trajeto.

A crise na esfera social ilustra bem o aspecto do conflito. Essa crise está intrínseca ao espírito do nosso tempo, ou seja, diante das constantes transformações no cotidiano das pessoas, no que tange à evolução social, tecnológica, as incertezas e receios sobre o que está por vir sempre será uma característica da sociedade contemporânea. E assim, a crise será encarada de diferentes maneiras a depender do desenho de sociedade que o homem construa para sua convivência, bem como da época em que ela está inserida.

Atualmente, o momento de crise, ou a crise do momento de tantas que vivenciamos, está sempre nos círculos de debates entre as pessoas, seja a crise política, econômica, social, cultural, ética ou jurídica. E, talvez, a crise também tenha o seu aspecto positivo, quando através dela a sociedade puder rever seus conceitos consolidados, apontando possíveis erros e construindo soluções a partir disso.

No entanto, deve-se sempre ter cuidado com os desdobramentos, dentre eles estão os conflitos. Aristóteles dedicou sua vida em busca de estudos a respeito da natureza social do homem, e sua inclinação à vida em sociedade. E, por saber que é natural do homem possuir divergências intergrupais, compreendeu a necessidade da existência de um dos fenômenos mais caracterizadores do convívio social: o conflito.

No sentido filosófico do debate, John Locke percebe que o estado de natureza trazia a ideia de que não havia necessidade da existência de leis, e por isso os homens estariam livres para viver em harmonia. Entretanto, para conseguir alcançar tal estado, o homem precisaria utilizar mais de sua razão, razão esta configurada enquanto um dom de Deus. E através de sua razão, o homem poderia intencionalmente solucionar os seus conflitos, sem a presença de julgadores, terceiros ou afins que estariam à frente de tal pacificação, no entanto, é sabido que o homem não age apenas pela razão, nele estão inseridos diversos sentimentos, subjetivismos e paixões que o levam a se tornar um ser irracional e incapaz de solucionar os seus próprios conflitos.

Assim, para esse estado, os homens resolveriam seus conflitos com as próprias mãos, porém por perceber que suas paixões estariam emocionalmente envolvidas no caso, foi necessário trazer a figura da Justiça, através de um terceiro julgador enquanto instituição (juiz), para assim resolver tais problemas. Mas, apenas a figura do juiz é possuidora de legitimidade, a única capacitada e empenhada para sanar esses conflitos? Por que não pensar em outra forma de solução de conflito que não a justiça morosa, comprovadamente burocrática que termina se caracterizando por ser injusta em sua lentidão?

O Direito se faz necessário entre a sociedade, uma vez que os conflitos são inatos à natureza do homem em sociedade, trazendo consigo uma luta organizada sob o intuito de proteger da melhor forma possível os homens entre si. Assim, uma norma externa, através do Direito, traria uma definição de comportamento da sociedade e como esta deve agir diante de um conflito.

Mário Sérgio Cortella traz uma interessante discussão acerca da necessidade desse conflito, quando afirma fortemente que a sociedade precisa do conflito, mas não do confronto, (CORTELLA, 2017). Principalmente quando se demonstra a crise ligada à noção de processo, posto que quando este se encontra em situação de integridade e crescimento, a resposta à crise é positiva, percebendo que as partes envolvidas neste conflito sairá fortalecida, (KUJAWSKI, 1991).

No entanto, tal distinção será oportunamente debatida no presente estudo. Por enquanto, deve-se ter em mente que os conflitos são considerados enquanto um confronto de interesses, ou seja, opiniões e desejos distintos são colocados frente à frente, de modo a não encontrar um denominador comum.

Então, são duas situações hipotéticas que não conseguem viver em um mesmo âmbito simultaneamente, mas que se bem ordenadas podem trazer grandes mudanças sociais através dos seus aprendizados. E, em sendo assim, pode-se observar que os conflitos possuem características para então conseguirem se manifestar na vida das pessoas, dentre elas sua natureza entre intersubjetivo ou social (ZAPPAROLLI, 2012),

ou seja, ocorre entre indivíduos por eles serem dotados de sentimentos por possuírem honra subjetiva, como aduz o Direito Civil.

Além disso, os conflitos podem ocorrer no âmbito comunitário, privado, saúde, educação, habitação e, principalmente na Justiça – a qual está diretamente inserida no objetivo do presente trabalho. Suas motivações são, por conseguinte, oriundas de fatores de risco preponderantes, ao mesmo tempo que inumeráveis, tais como distúrbios sociais, problemas estruturais, baixa renda, acidentes. Enfim, a sociedade está cercada por momentos potencializadores de crise que geram diretamente o surgimento de novos, como também o ressurgimento de velhos e, em tese superados, conflitos.

### **3 Cultura do litígio versus necessidade do conflito**

Após observados momentos de crise, gerada por sucessivos conflitos e vice-versa, por viver em um Estado Democrático de Direito, percebe-se que o próximo passo a ser dado pelo indivíduo é a formalização deste conflito, aqui considerado enquanto litígio. Ajuizar uma demanda na seara jurisdicional é caracterizar a formação de um litígio. Este litígio poderá durar meses, anos e até mesmo décadas para ser resolvido, e nem toda a sociedade tem consciência deste enorme fator verdadeiramente desestimulante.

Se um sujeito já está deveras impactado com o motivo de seu conflito, perceber que o seu suposto direito está sendo menosprezado pelo tempo e burocracia só aumentará o seu desdém diante do Poder Judiciário. Em que, tal poder deveria ser a figura solucionadora de todo direito violado, mas pode-se assim dizer?

É perceptível que a cultura do litígio tem sido incentivada cada vez mais entre os operadores do direito, em que advogados indicam aos seus pretensos clientes que é mais interessante ajuizar sua demanda, em detrimento de tentar solucioná-la extrajudicialmente. E, claro, isso faz com que cada vez mais a sociedade entenda da mesma forma, tendo em vista que os operadores do direito são conhecedores das legislações e propensos formadores de opinião.

Tal panorama de litigiosidade nos dá uma ordem de números assustadores, ao mesmo tempo que avassaladores, no que tange à quantidade de pessoas que consideram os seus direitos violados até o presente ano. No caso, estamos a fazer alusão a 2017. Vê-se, assim, o afirmado no caderno anual do Poder Judiciário, Justiça em Números 2017, ano base 2016:

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2016 com **79,7 milhões de processos em tramitação**, aguardando alguma solução definitiva. Desses, 13,1 milhões, ou seja, 16,4%, estavam suspensos ou sobrestados ou em arquivo provisório, aguardando alguma situação jurídica futura. Durante o ano de 2016, ingressaram 29,4 milhões de processos e foram baixados 29,4 milhões. Um crescimento em relação ao ano anterior na ordem de 5,6% e 2,7%, respectivamente. Mesmo tendo baixado praticamente o mesmo quantitativo ingressado, com Índice de Atendimento à Demanda na ordem de 100,3%, o estoque de processos cresceu em 2,7 milhões, ou seja, em 3,6%, e chegou ao final do ano de 2016 com 79,7 milhões de processos em tramitação aguardando alguma solução definitiva.

Ainda que não seja suficiente perceber em números a atual situação da jurisdição nacional, ou seja, uma metodologia quantitativa do presente estado de litigiosidade que abrange o país, doutrinadores expõem qualitativamente a realidade do Poder Judiciário brasileiro, trazendo aspectos substantivos igualmente preocupantes.

Vê-se ausentes meios materiais para realizar as condições técnicas que tornem favorável a solução dos conflitos de maneira mais célere, menos custosa e burocrática, posto que as causas de uma justiça morosa e atrasada são inúmeras. Tais como, o excesso de recursos processuais, alto índice de processos sendo ajuizados todos os dias, insuficiência no quadro de juízes e/ou de servidores do Poder Judiciário, legislação que não acompanha a evolução social, sobrecarga de trabalho para os magistrados, demandas inúteis ou desnecessárias. (SADEK; BASTOS ABRANTES, 2011).

Mas, o título do referido tópico pode apresentar alguma surpresa ao leitor, assim como apresentou à autora em seus momentos de estudos, reflexões e, claro, crises acerca do tema. No entanto, salienta-se ser pertinente a menção acima.

Mário Sérgio Cortella inicia o seu debate a respeito do conflito e confronto através das diferentes formas de poder que surgem nas relações profissionais e amigáveis (CORTELLA, 2017). Este poder emana de várias fontes, dando a jovens inclusive, uma hierarquia outrora desconhecida, de modo que eles chegam no topo de seus cargos muitas vezes mal educados por não terem convivido tempo suficiente com as adversidades da vida. Daí surgem os conflitos.

Os conflitos são sempre positivos, posto que se trata de algo que faz crescer, criar, transformar, ou seja, conflito é aquilo que movimenta emoções, que traz alternativas para o que aconteceu. Já os confrontos são sempre negativos, pois são tentativas de anular o outro, muitas vezes sem motivo nenhum aparente, como uma guerra, em que a ideia é ofender e prejudicar cada vez mais o outro. Enquanto que o conflito é a busca pela discussão, pela polaridade de debates, sendo este perfeitamente aceitável diante do crescimento de uma cidadania.

Inspirar a interação social tem sido um dos grandes desafios da sociedade brasileira atualmente, tendo em vista que todo e qualquer conflito gera a necessidade de adotar um comportamento hostil a fim de, tão somente, revidar aquele determinado aborrecimento. Ocorre que, como dito anteriormente, a cultura de paz não precisa ser algo utópico, pois, entende-se que a autocomposição tem se revelado a melhor saída para o conflito (IHERING, 2001).

Em sendo assim, a ideia de justiça conciliatória se apega ao fato dos:

[...] valores, atitudes e comportamentos que reflitam e inspirem interação social e partilha baseada nos princípios de liberdade, justiça e democracia, todos os direitos humanos, tolerância e solidariedade; que rejeitem a violência e se esforcem para evitar conflitos, atacando suas causas para resolver os problemas através de diálogo e negociação; e que garantam o pleno exercício de todos os direitos e os meios para participar plenamente no processo de desenvolvimento de sua sociedade.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Tal teor encontra-se na Resolução A/53/243 da Assembleia-Geral da ONU, realizada em 2000, na qual as Nações Unidas convocaram um movimento mundial pela cultura de paz. No Brasil, 15 milhões de pessoas assinaram

E, o que antes se chamava de soluções alternativas de resolução de conflitos, hoje o mundo jurídico entende que deva existir uma adequação ao tipo de conflito, ou seja, nominar enquanto técnicas adequadas de resolução de conflitos. O fato da mudança de denominação se deu à necessidade da técnica precisar se adaptar à natureza do conflito, pois, não se faz interessante escolher de maneira aleatória a técnica que as partes julgarem conveniente.

Cada conflito possui sua base, sua forma de surgimento e, principalmente, sua maneira de enxergar possível solução, assim, a importância de se elencar a técnica mais adequada, vai ajudar diretamente no resultado final daquele litígio. Assim, este pode até mesmo não retornar, tendo em vista que fora transformado em uma cultura de paz, diferentemente do fato de se elencar de qualquer maneira, fazendo com que o conflito não consiga alcançar o seu ápice de transformação.

A importância se dá, ainda, pelo fato de que a composição voluntária de solver o conflito não terá figuras antagônicas, como um perdedor e um vencedor, mas que poderá ter as duas partes pensando em conjunto a fim de cooperarem entre si (SALES, 2004). Mas, não se pode generalizar quanto ao resultado dos acordos, acreditando que todos eles terão resultados justos, pois, uma das partes pode se encontrar em situação infinitamente inferior à outra e ceder de maneira desigual. Este é o papel do mediador, conciliador ou árbitro: de conseguir ler a situação como um todo, de maneira externa, e perceber que deve buscar o equilíbrio entre as posições das partes em questão.

O mundo jurídico nasce nas escolas de direito, em que há anos vem sendo ensinado aos seus alunos que devem buscar sempre, em primeiro lugar, a necessidade do ajuizamento no Poder Judiciário. Mas, o que muitos dos professores e profissionais da área não percebem é que o conflito pode não surgir se conseguir extinguir o confronto, e assim, trazer benefícios ainda maiores para o seu cliente.

As técnicas adequadas de resolução de conflitos podem trazer celeridade à finalização daquele problema, fazendo com que o advogado receba seus honorários mais rapidamente e que ambos (advogado e cliente) não percam tempo em um processo judicial estancado no cartório do tribunal. Este tipo de postura é o que se chama de advocacia preventiva ou negocial.

Se a sociedade percebesse a importância de se eleger um advogado para avaliar futuros negócios jurídicos, o Poder Judiciário não estaria com dois processos a cada cidadão brasileiro. Pois, o advogado preventivo ou negocial almejará atribuir valor às duas partes, minimizando os prejuízos advindos de um negócio mal realizado e aumentando a chance de ganhos.

Porém, observando todo esse quadro construído pela permanência secular de problemas sociais, estruturais, políticos e econômicos, de que forma os indivíduos e entidades podem vislumbrar um horizonte de possibilidades solúveis aos problemas enfrentados cotidianamente? Observe-se adiante.

---

aderindo ao conteúdo, que constava do “Movimento 2000”

#### **4 Soluções de controvérsias enquanto métodos adequados para sanar a crise e o conflito na cidadania**

Diante de um quadro de processos extremamente abarrotado, como visto supra, no atual Poder Judiciário, indaga-se: como o Tribunal se posiciona dentro dos conflitos da, e na, sociedade? Será que apenas o modelo tradicional de um julgador, enquanto pessoa que representa o Estado, é suficiente para a resolução de um conflito? (HABERMAS, 1997). A sociedade continua pensando como Aristóteles, utilizando-se sempre da ideia metafísica<sup>3</sup> do dualismo, ou seja, existem lados opostos, existe pessoas do lado bom e outras do lado ruim, mesmo tantos anos depois.

E é exatamente disso que os confrontos se alimentam, da necessidade da disputa tão somente por sê-la, sem buscar equilíbrio, em que a burocratização, muitas vezes, não está apenas no Estado, mas na própria sociedade. Daí surgem os conflitos, dos traumas que os indivíduos encaram na vida, fazendo com que a falta de comunicação impere, se apegas as suas personalidades. A escolha pelo confronto é a falência do modelo liberal em favor do modelo conflituoso, em que se coloca outra pessoa para decidir o litígio. (HABERMAS, 1997).

O conflito e sua tensão, referidos entre facticidade e validade (HABERMAS, 1997) surgem através da simples convivência entre os indivíduos que vivem em sociedade. Por isso, o conflito é colocado no debate, de modo a serem expostas as suas razões perante todos, em um espaço de discussão no qual a interpretação deve ser aberta para que todos tenham a sua vez de expor, o seu poder de argumentação, de comunicação, ao ponto de serem aceitos pontos dualísticos, mas aceitos.

E assim, o conflito pode ser encarado de maneira positiva para a aplicação dos aspectos da cidadania. Pois, suas atuais formas de resolução podem vir a transformar relações de modo a encarar a própria evolução social através dos modelos de resoluções de conflito a seguir, pensando-se a partir da teoria do agir comunicativo (HABERMAS, 1989).

Enquanto possíveis soluções de controvérsias estão a negociação direta, mediação, conciliação e arbitragem. E, para que haja uma adequação de seus usos para cada tipo de conflito, disputa ou problema, entende-se que alcançar a funcionalidade do instrumental e da metodologia de gestão de conflitos, é necessário haver a escolha correta da via possível e assimilável para aquele determinado contexto de conflito, (ZAPPAROLLI, 2008).

Para isto, se torna deveras importante encontrar o mecanismo de resolução de conflito preciso para a situação, uma vez que cada matéria merece uma atenção especial em virtude de sua natureza. E por isso, faz-se importante perceber, por exemplo, que a mediação não atua em face de discussão de posições/direitos, mas sim, em face dos interesses das partes, pois ela busca compreender o conflito em sua intimidade, para assim alcançar a discussão proveitosa.

---

3 É uma das disciplinas fundamentais da filosofia, são tentativas de descrever fundamentos ou condições.

Controvérsia consiste em um desacordo, na divergência de opiniões ou na oposição de pontos de vista entre dois ou mais sujeitos de direitos. Desavença sobre a materialidade de um fato, sobre a interpretação de uma regra ou a qualificação jurídica de um fato ou uma situação (AMARAL JÚNIOR, 2013). E assim, na ausência da solução do determinado conflito, dentre os meios jurisdicionais de solução de conflitos internacionais encontram-se os judiciais e os arbitrais, estes últimos serão tratados posteriormente. Mas, de modo a compreender o que de fato é essa adequação, faz-se interessante distinguir e demonstrar as aptidões de cada tipo de solução de controvérsia apontada.

A negociação direta parte do pressuposto da mais alta alteridade entre os seres litigantes, em que estes não precisam da intervenção, presença ou influência de um terceiro, posto que conseguem resolver o seu conflito entre si. Essa é uma técnica que exige tamanha empatia ao ponto de ambos saírem satisfeitos da solução do litígio, sem a necessidade do ajuizamento do Poder Judiciário, ou quem sabe, de uma Câmara de Solução de Conflitos.

Há que se falar na obra *Como chegar ao sim: negociação de acordos sem concessões*, em que esta elenca alguns princípios norteadores os quais devem se basear a atuação da negociação direta. Fisher, e demais autores da obra, apontam que o método da negociação não deve negociar em cima de posições, que são, na maioria das vezes, devidamente fechadas, mas sim sobre os interesses que ali estão postos no conflito, além disso, deve separar as pessoas dos problemas, fazendo com que estas se respeitem mutuamente gerando um grau de confiança entre si, e ainda devem imaginar ganhos recíprocos, a fim de que não gere desequilíbrio no acordo, (FISHER, 2014).

Assim, através da negociação direta e das demais formas de soluções de conflitos, o acesso à justiça poderá ser algo palpável e próximo à realidade da sociedade, não o acesso à justiça no sentido estrutural de Tribunal e demais órgãos do Poder Judiciário, mas a justiça em sua real acepção, a fim de que a sociedade não viva mais em um estado de intenso conflito entre si e possam enxergar um futuro de possibilidades de concretização da cidadania.

Tem-se, então, que existem situações que as próprias partes podem discutir entre si, não sendo imprescindível a presença do terceiro facilitador (mediador). E este tipo de resolução é denominado como negociação, ou seja, apenas os interessados no conflito podem tentar resolvê-lo da melhor maneira para ambos. Enquanto que a mediação pressupõe a necessidade da existência desse terceiro imparcial, e que a partir daí poderá utilizar-se de estratégias da mediação.

Como todo estudo bem ampliado no mundo, a mediação possui técnicas e modelos diferentes que foram discutidas nos Estados Unidos da América e influenciou o Brasil, e o modelo adotado pelo Brasil foi o da mediação voltada para a solução de problemas, (SOUZA, 2013). A partir desse modelo, subdivide-se entre mediação facilitadora e avaliadora, em que aquela faz com o que o mediador atue em face da orientação às partes, e esta faz com que o mediador atue utilizando uma previsão da solução do conflito.

É importante que o mediador seja uma pessoa sensível à situação, a fim de consiga

enxergar até o que não foi dito pelas partes, tendo em vista que em meio a um conflito as pessoas perdem a vontade de compreender-se, falando inclusive o que não tinha intenção. Dessa forma, o mediador promoverá a transformação do conflito fazendo com que seja encarado enquanto uma vitória para ambas as partes, e assim, estariam diante de uma mediação transformativa, sendo mais cautelosa e sensível, esquecendo-se as posições e focando nos reais interesses das pessoas.

Importante ressaltar que a mediação pode ser utilizada em diversos tipos de conflitos, sejam eles em ambiente comunitário, empresarial, escolar, familiar, consumerista, trabalhista, político, cidadania, penal, direitos humanos, entre outros. Tal ampliação de aplicabilidade se dá pelo fato da mediação possuir a solução mais fácil, por ser a menos durável, e assim, utilizar-se da mediação se torna mais interessante do que buscar um processo judicial. No entanto, embora a amplitude de aplicação seja tamanha, não se pode utilizar a mediação em tudo, como por exemplo, em casos de grave violência no ambiente doméstico.

Ou seja, a ideia primordial da mediação é restaurar a comunicação entre as partes, atuando enquanto um agente transformador do conflito, e não apenas com o intuito de finalizá-lo, mas sim com a finalidade de transformá-lo de modo a não mais ocorrer sobre as mesmas proporções e situações. Além disso, propõe a redução dos obstáculos emocionais, tendo em vista que na maioria dos casos ocorre entre conflitos familiares, em que antes as pessoas sequer se olhavam, após sessões de mediação o diálogo se encontra restaurado.

Portanto, “mediação não é utopia” (SIX, 2001), e deve ser encarada da forma mais benéfica para a cidadania, uma vez que propõe a dignidade da distinção de cada pessoa, de cada subjetivismo pessoal, e convida a um diálogo transformador de conflito. Esquece a polaridade e impulsiona a existência de um terceiro que faz nascer o diálogo. E assim, consegue compreender o conflito enquanto condição humana, de forma a utilizar da mediação para atuar como um agente do tratamento de conflitos, convidando o outro a tentar resolver o problema a partir do olhar do agir comunicativo de Habermas.

No que tange a conciliação, embora possua características similares, esta pode ser confundida com a mediação por alguns estudiosos, por se tratar também de um método autocompositivo. No entanto, a maior parte da doutrina tende a diferenciar essas duas modalidades. Lília Maia de Moraes Sales (2003, p. 38) aponta a diferença no sentido de que:

A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação, o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias, devem chegar a um acordo para evitar um processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo.

Isto é, a conciliação interfere no momento da tentativa do acordo, sugerindo soluções, mas, ocorre em situações episódicas, não construindo uma relação continuada, como na mediação. E assim, suas sessões tendem a ser mais rápidas e não adentram, necessariamente, na raiz do problema. Diferentemente da resolução judicial, em que a decisão fica a cargo de um juiz, a autoria das decisões ocorridas através da mediação e da conciliação cabe às partes envolvidas no litígio. Isto é, há um empoderamento das partes, permitindo-lhes definirem suas realidades e o que realmente precisam enquanto solução.

Quanto à forma de atuação do conciliador, eis que compreende-se enquanto:

(...) um profissional imparcial (que) intervém para, mediante atividades de escuta e investigação, auxiliar os contendores a celebrar um acordo, se necessário expondo vantagens e desvantagens em suas posições e propondo saídas alternativas para a controvérsia, sem, todavia, forçar a realização do pacto. (TARTUCE, 2016, p. 48)

Desta feita, o objetivo da conciliação e de seu conciliador é fazer com que aquele litígio não gere complicações futuras, esvaindo-se ali mesmo e evitando dispêndio posterior de tempo e dinheiro, (VEZZULLA, 2001). Mas, embora o conciliador possa e deva sugerir possibilidade de resoluções daquele determinado conflito, ele também deve estimular o empoderamento das partes em criarem elas mesmas as possibilidades de acordo, a fim de que percebam que aquele conflito pode se tornar pequeno quando ambas as partes desejam extingui-lo.

Por fim, a arbitragem caracteriza-se por ser um método heterocompositivo de solução de controvérsias, diferentemente da mediação e da conciliação, uma vez que há um terceiro que julga diretamente o caso diante de seus conhecimentos específicos a respeito deste. Ressalte-se que o árbitro é escolhido devido à sua experiência no ramo da arbitragem, mas, principalmente, pela sua competência sobre o tema em específico, podendo ser um médico, engenheiro ou advogado. Assim:

A arbitragem está embasada na Lei nº 9.307/1996, sendo, portanto, um processo legal, mas não judicial. Na arbitragem, as partes escolhem para a intermediação do negócio ou questão um profissional do ramo, geralmente um perito com grande conhecimento do assunto e que será nomeado perito para a solução da questão. (JUNQUEIRA, 2008, p. 151)

De igual forma, as partes devem exercer sua autonomia da vontade<sup>4</sup>, escolhendo, em consenso, a arbitragem como mecanismo mais adequado. Daí a ideia de chamar as soluções de controvérsias como meios adequados de resolução de conflitos, e não mais alternativo, como outrora. Tendo em vista que a aplicabilidade de cada um desses métodos, deve ser encarado da forma mais adequada para cada situação de conflito.

A aproximação entre mediação e arbitragem refere-se ao fato de ambos se tratarem de métodos eminentemente privados de composição de conflitos, embora aquele seja

4 Aqui tomada no sentido exposto por Kant quando afirma ser a “*autonomia* da vontade é o único princípio de todas as leis morais e dos deveres conformes a essas leis: toda *heteronomia* do arbítrio, ao contrário, não somente não funda nenhuma obrigação, mas é além disso oposta ao princípio da obrigação e da moralidade da vontade.” (KANT, 2008)

autocompositivo, e este seja heterocompositivo. E assim, são conduzidos por terceiros escolhidos pelas partes conflitantes para solução do litígio.

As disparidades entre esses dois métodos são interessantes: a figura do mediador coopera para o resgate da comunicação, ou seja, transforma o conflito, promovendo a atuação das partes enquanto identificadora de uma solução conveniente; já o árbitro possui a função de um terceiro julgador que decide de forma imperativa, de acordo com seus conhecimentos técnicos sobre o tema. Assim, a mediação se aproxima da conciliação (em que o terceiro facilitador não tem poder decisório), enquanto a arbitragem rememora a solução jurisdicional, (TARTUCE, 2016).

“A utilização da arbitragem, no Brasil, está recebendo, em progressão geométrica, preferência de vários estamentos sociais” (DELGADO, 2000, *online*), e embora muitos acreditem que tal instituto é algo recente, a arbitragem foi regulada no Código de Processo Civil de 1939, com reprodução no atual Código de 1973, e recepcionada na Carta Magna de 1988 através do art. 114, §1º, vez que frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros para a solução do feito, em caso de situações trabalhistas. E, atualmente, está sendo regulada pela Lei nº 9.307/96.

Desta feita, vê-se categoricamente a importância de cada identificação da resolução adequada conforme o tipo e magnitude do conflito, e assim, percebe-se a brilhante atuação das soluções de controvérsias em meio à proteção da cidadania. Observar a natureza de cada conflito, seus motivos de iniciar e terminar, é perceber que esta situação, por vezes indesejada, pode ser um vínculo de algo transformador na sociedade, principalmente diante de tanta coisa que está sendo exposta atualmente.

## **5 Considerações finais**

Perceber o conflito de maneira isolada é desconsiderar a magnitude de sua alcançabilidade, ou seja, é esquecer do que as soluções de controvérsias são capazes diante de um litígio que aumenta exponencialmente quando levado ao Judiciário. Por isso, é interessante lembrar da importância que a natureza do conflito pode trazer como agente transformador dentro da cidadania, observando-se desde o seu poder de atuação comunicativa até o ideal de busca pelo consenso em meio a um confronto.

A crise e o conflito estão presentes por onde a sociedade estiver, são características da convivência humana, ou seja, são conversas mal interpretadas, falta de diálogo entre os indivíduos, e também, conflito entre particulares e seu poder público. E, de igual forma, a própria sociedade civil brasileira também está presente nos conflitos sociais, políticos e econômicos, de modo que a adoção de métodos adequados de resolução de conflitos podem ser a melhor postura diante de um quadro judicial extremamente abarrotado com, várias vezes, processos que poderiam ser resolvidos extrajudicialmente.

O intuito do presente estudo, foi perceber que nem sempre o conflito deve ser encarado de maneira negativa, em vista do seu potencial de trazer algo positivo ao final da solução daquele determinado problema, embora o confronto deva ser visto

como algo depreciador das relações. Além do que, a cidadania agora pode estar de frente com formas verdadeiramente adequadas para solucionar os seus conflitos, os quais possuem o objetivo de tentar sanar as demandas sociais de maneira mais célere, especializada e próxima do litígio, posto que serão utilizadas as maneiras mais adequadas para cada tipo de problema.

Desta feita, há que se considerar que o desafio atual da sociedade é compreender que seus conflitos possam ser objetos de meios de soluções adaptáveis a determinados tipos de problemas, vez que o meio de solução de controvérsia deve ser adequado, isto é apropriado aquela realidade apontada. Portanto, para que haja um consenso, é necessário que a sociedade se renda ao ideal transformador de relações a partir do agir comunicativo. Ou seja, perceber o confronto não deve ser propagado, pois não traz nenhuma relação proveitosa a partir disso.

A cidadania deve esquecer dos seus egoísmos, e pensar no coletivo, de modo a moldar-se uns aos outros, para que então sejam um só, em prol de si mesmos. A sociedade precisa esquecer da competitividade oriunda do estado conflituoso, e enxergar que existem maneiras mais céleres, próximas do problema, menos custosa e burocrática de resolver os seus conflitos. Desta feita, as soluções serão direcionadas por elas mesmas, e não por um terceiro que sequer consegue avaliar a origem de onde tudo começou, e ainda do que está verdadeiramente por trás.

### **Referências bibliográficas**

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Reflexões sobre a solução de controvérsias do Mercosul**. Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, vol.1, n.1, p.11-26, 2013.

CORTELLA, Mário Sérgio. **Sociedade precisa do conflito, não do confronto**. Disponível em: <http://mariosergiocortella.com/sociedade-precisa-do-conflito-nao-do-confronto-diz-mario-sergio-cortella/> Acesso em 02 set. 2017.

DELGADO, José Augusto. **A arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual**. Revista de Direito Renovar, n. 17, p. 1-24, maio/ago. 2000. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dSPACE/handle/2011/8302>>. Acesso em: 15 ago 2017.

FISHER, Roger; L, William Ury; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim - a negociação de acordos sem concessões**: - a negociação de acordos sem concessões. 3 ed: Solomon, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Vol I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Trad. José Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: RT, 2001

JUNQUEIRA, Gabriel J. P. **Teoria e prática do direito imobiliário**. 4 ed. Bauru, SP.: Edipro, 2008. 320 p.

Justiça em Números 2017: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Anual. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/09/904f097f215cf19a2838166729516b79.pdf> Acesso em: 01 set. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo, Martin Claret, 2008.

KUJAWSKI, Gilberto de Mello. **A crise do século XX**. São Paulo. Ed. Ática, 1991.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **As teorias do conflito: contribuições doutrinárias para uma solução pacífica dos litígios e promoção da cultura da consensualidade**. Publica Direito. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0ff8033cf9437c21> Acesso em: 01 set. 2017.

SADEK, Maria Tereza; BASTOS ARANTES, Rogério. **A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes**. Disponível em: <http://www.usp.br/revistausp/n21/sadei.html>. Acesso em: 19 set. 2011.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

\_\_\_\_\_, Lília Maia De Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 334 p.

SIX, Jean-François. **A dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Ed. Del Rey, 2001.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**, 3ª edição. Método, 07/2016

TOALDO, Adriane Medianeira. **A cultura do litígio x a cultura da mediação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10859&revista\\_caderno=21](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10859&revista_caderno=21). Acesso em: 02 set 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática**. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora, 2001

ZAPPAROLLI, C. R. (2008). **A mediação em políticas públicas de justiça – mediação judicial em contexto de violência, crime de gênero e família**. I Congresso Brasileiro de Mediação Judicial. Brasília – TJDF. Disponível em: [http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog\\_media.asp](http://www.tjdft.jus.br/trib/prog/media/prog_media.asp). Acesso em: 02 set 2017



# CIUDADANOS Y DECISORES, LA DEMOCRACIA Y EL AGUA EN CONTEXTOS DE CRISIS.

Marta Biagi<sup>1</sup>

## 1 Introducción

### *Democracia y crisis: la política y la cuestión ambiental*

El diagnóstico de muchos pensadores de la presente época coinciden en denominarla como de crisis persistente en múltiples facetas de la vida cotidiana y de la democracia, sea en sus dimensiones económicas, políticas, sociales o éticas (BAUMAN, BODONI, 2014).

Uno de los primeros problemas que se presentan al investigador es la definición de ambos términos –democracia y crisis- por cuanto en el recorrido histórico desde la antigua Grecia a nuestros días, dichas palabras han adquirido significados muy variados y ambiguos que no facilitan la reflexión y el análisis (ARENDR, 2013).

Por otro lado, desde la década de 1950 grandes pensadores –desde Mannheim o Aron hasta Habermas o Lyotard- concuerdan en describir un presente tormentoso y augurar un futuro incierto. En vista de tales cuestiones abordaré sintéticamente el punto de partida que asumo en este capítulo en el que presentaré algunos hallazgos de la investigación empírica que he venido desarrollando sobre la cuestión ambiental, en particular el agua y las crisis que se enfrentan en clave de sus dimensiones sociales y políticas.

La Sociología como ciencia surge –entre otros aspectos- como explicación ante la crisis percibida por los pensadores de las más variadas disciplinas y en muchos, como respuesta superadora de la crisis.

Ricoeur (1989) desde la historia define crisis como una situación en la que es puesta en discusión la existencia misma de una cultura dada y que no puede ser superada sino modificando substantivamente la estructura de dicha cultura. Por tal razón toda crisis social implica inevitablemente referirse a una crisis cultural.

La ambigüedad de significados del término crisis deriva del uso indiscriminado que ha ido adquiriendo para designar tanto acontecimientos históricos globales, sectoriales o meros conflictos puntuales e incluso también fenómenos personales. El uso cotidiano de la palabra crisis la ha confundido muchas veces con otros términos como conflicto, cambio o coyuntura, sin que en sentido estricto se las deba asimilar por

---

<sup>1</sup> Biagi, Marta, es Socióloga y Doctora en Ciencia Política. Se desempeña como profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). El trabajo que analiza en este capítulo se ha desarrollado dentro de un plan de investigación financiado por la Universidad de Buenos Aires, desde el año 2000 en sucesivos proyectos UBACYT, en un equipo de carácter interdisciplinario dirigido por la Dra. Griselda Capaldo, que comprende la evaluación de aspectos jurídicos, ecológicos y sociológicos a largo plazo sobre el agua, a escala local y regional, en escenarios de bajo a alto conflicto. Su participación abordando las consideraciones de la sociología ambiental le permiten aportar recomendaciones que contribuyen al debate sobre la sustentabilidad y gobernanza ambiental. E-mail: martabiagi@derecho.uba.ar

cuanto son fenómenos que pueden estar o no emparentados pero que definitivamente las palabras designan hechos diferentes (BRIE, del ACEBO IBAÑEZ, 2001: 117 y ss).

Adoptamos la definición de crisis como situación de amenaza a la existencia misma de algo y que no puede superarse sino mediante un cambio sustantivo o estructural de lo que se halla en situación de crisis. (BRIE, del ACEBO IBAÑEZ, 2001: 118).

Pasando al término democracia, en su sentido moderno, aceptamos que se vincula principalmente con el hecho de que la legitimidad de este sistema político proviene del consenso social manifestado a través del derecho al voto. También, -idealmente al menos-, el poder se ejerce a través de una división tripartita de funciones independientes y se sostiene todo el sistema sobre un doble basamento – el ejercicio de la libertad y la igualdad ante la ley de los ciudadanos. Algunos estudios han vinculado la democracia con las consecuencias sociales de la participación ciudadana y allí entra en consideración el papel de los medios masivos de comunicación que pueden inducir comportamientos y distorsionar la formación de consensos y el mismo ejercicio de los tres poderes de gobierno.

A partir de esas consideraciones aparecen los problemas de la denominada democracia representativa y la tendencia a una democracia de masas gobernada por el marketing político.

Para Bauman (2014: 7,12) la crisis actual del Estado deviene que ha perdido su papel como agencia, es decir, como actor con la doble capacidad de hacer (ejercer su poder) y la capacidad de decidir la dirección óptima (diseñar y ejecutar políticas).

La retirada del Estado como agencia ha dejado indefensas a las comunidades locales que deben enfrentarse por sí mismas ante los actores internacionales con una disparidad de fuerzas evidente .

En cuestiones de conflictos en el medio ambiente –derrames tóxicos de empresas mineras multinacionales, por ejemplo, o las presiones por privatizar la distribución del agua potable en las ciudades-, presenciamos cómo este fenómeno de la glocalización de la cuestión ambiental ha dejado indefensos a los ciudadanos quienes han buscado el camino de la antipolítica institucionalizada ejerciendo sus derechos ciudadanos a través de los movimientos sociales.

El confuso y sin embargo muy extendido término de gobernanza, en realidad se aplica para indicar más bien los problemas de gobernanza : la crisis de ingobernabilidad democrática , sus causas y consecuencias.

Señala Bordoni (2014:18) que la emergencia de la gobernanza como problema político es signo de una falsa democracia por cuanto todo gira ante la imposibilidad de ejercer el control ciudadano sobre las decisiones políticas. Por ejemplo, una ciudad se ve afectada por la contaminación de sus aguas como consecuencia de una explotación minera en cuyos contratos de instalación y operación poca o ninguna participación ha tenido derecho el habitante local quien se encuentra en desventaja para defender por sí mismo, sus afectadas condiciones de vida y de salud perdida por el desastre ambiental.

A esa situación crítica Bauman (p.22) la llama crisis de agencia por cuanto la extrema indefensión del ciudadano deriva de una crisis de soberanía territorial por

la cual el Estado está bloqueado entre las fuerzas de la economía globalizada y los ciudadanos electores.

Y Bordoni (p. 132) irónicamente se pregunta si la crisis se debe a un exceso de democracia por cuanto se ha perdido el nexo entre la voluntad popular y la representatividad de los políticos que gobiernan, de tal modo que las expectativas ciudadanas son imposibles de alcanzar.

Si trasladamos esta problemática a las cuestiones complejas de uso y gestión de los recursos de la naturaleza, podremos concluir en la necesidad de avanzar en el conocimiento de las sinergias ambientales y políticas para apoyar la toma de decisiones racionales y fundadas por parte de quienes tienen el mayor poder de decisión en materia política. Y nos preguntamos : ¿los ciudadanos están dispuestos a ejercer sus derechos y cumplir sus deberes en relación al medio ambiente? O también, ¿Qué expectativas tienen los actores unos de otros? ¿Qué esperan los decisores de los ciudadanos? ¿Y los ciudadanos, que expectativas tienen del poder de decisión de quienes están en la esfera política? ¿Qué valoran socialmente con relación al agua como elemento de la naturaleza y que información poseen sobre ese recurso los ciudadanos y los decisores?

Proponemos avanzar en el conocimiento de estas dimensiones de la cultura política de una sociedad dada por cuanto son las bases interaccionales a niveles micro y medio las que estructuran el poder de cambio de la agencia estatal.

## **2 Política y medio ambiente**

El medio ambiente es parte de la agenda política desde la década de 1960 pero la brecha entre el pensar y el hacer en materia pro-ecológica sigue siendo negativa para el planeta. Existe una medida objetiva de esa afirmación y es lo que se denomina la huella ecológica, que mide la cantidad de elementos de la naturaleza que se usan para mantener una población dada por un año.

Ya en la década de 1970 la huella ecológica global había excedido la capacidad biológica de la Tierra, aumentando desde entonces a un 40% en 2005. Existen además grandes disparidades entre los países. Por ejemplo, la huella ecológica per cápita de Estados Unidos es 70 veces mayor que la de Etiopía (Carter, 2007:1).

Sucedieron varios cambios culturales en los últimos 40 años (hasta llegar al presente 2018) que han introducido factores de protección y prevención de daños al medioambiente, pero las ideas y creencias pro-ecológicas permanecen principalmente a nivel cognitivo y con mucha lentitud y esfuerzo bajan a las acciones. Así observamos que ha aumentado la participación ciudadana en cuanto a firmar peticiones ambientalistas, participar de grupos ecologistas y de movimientos sociales de protesta, pero a la vez se mantiene muy fuerte la alianza entre los intereses de grupos económicos y las elites político-tecnocráticas determinando las decisiones clave de políticas en materia medioambiental.

Las políticas estatales continúan dominadas por cuestiones materiales de corto plazo aunque la retórica político-jurídica se haya plagado de un vocabulario “verde” propio

del paradigma ambiental, particularmente incorporando el principio del desarrollo sostenible en tratados y legislaciones varias. Pero no se verifican las medidas efectivas para garantizar que la actividad de las generaciones presentes cubra sus necesidades sin afectar que las futuras generaciones alcancen a satisfacer las suyas (Lorenzetti, 2010).

A pesar de que los Estados han incorporado medidas de protección del medio ambiente en sus leyes y políticas públicas, la prioridad sigue siendo el crecimiento económico y el desarrollo tecnológico favorables a la mayor producción de bienes de interés de los mercados.

Doyle y McEachen (2008) han identificado la variedad de significados que en cada país se le asigna al término medioambiente, según se evalúen las consecuencias ecológicas de algún evento o desarrollo.

Mientras que en Estados Unidos, Australia y algunos países escandinavos la política ambiental se utiliza para desafiar el statu quo y la agenda dominante es de protección de las áreas salvajes; en países de Asia, África y América del Sur, la política ambiental persigue promover una agenda global diferente a la agenda dominante respecto de la desigual distribución de los usos de los recursos valiosos entre las naciones del planeta. La política ambiental de estas últimas regiones se enfoca a cuestiones de supervivencia humana con respecto al uso y acceso al agua potable, vivienda, justicia ambiental, salud y seguridad.

### **3 Un estudio sobre ciudadanos y decisores: la representación social del agua en la cultura urbana.**

Iniciamos este estudio en el año 2006 (UBACYT D-018) para ofrecer el aporte de la sociología ambiental al análisis de la sustentabilidad y gobernanza del agua desde múltiples abordajes (Biagi, 2006).

Se inició como una investigación cualitativa, realizando entrevistas para explorar e identificar la representación social del agua en un par de comunidades urbanas ribereñas de la Argentina: Buenos Aires y Gualaguaychú (Provincia de Entre Ríos, Argentina).

Luego de analizar esos primeros resultados decidimos profundizar algunos puntos de interés y se realizó una segunda instancia de investigación cuantitativa<sup>2</sup>, con una encuesta de opinión pública en la ciudad de Buenos Aires (Biagi, 2011) que más adelante sería replicada en la ciudad de Salvador (Bahía, Brasil). Esta triangulación metodológica (cuali-cuantitativa) permitió ampliar la comprensión de los fenómenos de la representación social (Corral Verdugo, 2001) del agua y los paradigmas ambientales<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> En febrero 2011 se replicó en Brasil el estudio cuantitativo sobre la “Representación social del agua en la cultura urbana”, ejecutado en Argentina por Biagi (800 encuestas realizadas en Buenos Aires), a través de la labor del profesor Titular del Departamento de Ciencias Humanas de la UNEB (Universidade do Estado da Bahia) Prof. Dr. Ruy Aguiar Dias. En el estudio llevado a cabo en la ciudad de Salvador (Bahía) se realizaron 419 encuestas de opinión pública.

<sup>3</sup> Se tomó como unidad de análisis de las zonas seleccionadas en cada una de las ciudades, a la población mayor de 18 años, distinguiendo cuotas por sexo y lugar de residencia. Se usó una muestra coincidental, detección de puntos de muestreo en cada ciudad, nivel de confianza del 95% y error de muestreo del 3,46% .

Se diseñó un instrumento para identificar y evaluar cuatro dimensiones de la percepción del agua: paradigma de la relación hombre-naturaleza, cultura política, culturas de preservación y visión del riesgo.

Se verificó en esta investigación lo que fuera anticipado en otros estudios: que si bien se produjo un cambio de paradigma ambiental desde la década de 1970 ante muchas de las crisis que afectaron la relación del hombre con la naturaleza- sin embargo, la difusión de ideas y creencias del nuevo paradigma ambiental no se tradujo, en la misma medida, en la extensión y adopción de acciones pro-ecológicas como sería de esperar después de más de tres décadas de adopción de los modelos mentales a favor del cuidado del medioambiente. Este fue el punto de partida de nuestro estudio cuyo primer objetivo fue explorar e identificar la representación social del agua. Y uno de sus resultados fue constatar la presencia de ambos paradigmas –antropocéntrico y ecocéntrico- que coexisten en diferentes dimensiones de los entrevistados.

Algunos de los resultados del análisis de datos relevados en los estudios cuali-cuantitativos llevados a cabo en Gualaguaychú y Buenos Aires, nos permitieron distinguir las siguientes características que describen la representación del agua en esos contextos:

a) Representación del agua predominantemente ecocéntrica en cuanto a ideas y creencias de los ciudadanos. Eso significa que se concibe el agua como un recurso limitado; que se identifican las actividades humanas como causa principal de los problemas críticos con relación al agua (factor antrópico); que la naturaleza tiene un equilibrio frágil y que hay límites que el hombre no puede franquear sin alterarlo peligrosamente.

b) Representación del agua predominantemente antropocéntrica en cuanto a actitudes frente al riesgo, percepción de su gravedad y soluciones posibles. Quienes sostienen este paradigma conciben la superioridad del hombre frente a la naturaleza e incluso lo colocan fuera de lo que se considera naturaleza propiamente dicha. También reafirman el dominio del hombre quien a través del poder de la ciencia y la técnica la explotan a su servicio. Esta creencia en el poder de la ciencia y la técnica para ayudar al progreso de la humanidad persiste en una gran parte de las personas en diferentes contextos a pesar de las impactantes evidencias del poder destructivo de algunas tecnologías como por ejemplo, los riesgos de las plantas nucleares como fuentes de energía después de que se produjera el desastre de Chernobyl.

c) Representación social del agua antropocéntrica en cuanto a acciones de preservación posibles y percepción del sistema normativo y del control social.

En una situación de madurez y conciencia ambiental los ciudadanos sostendrían que está en sus manos la capacidad de transformación de aquellas situaciones críticas o de riesgo común, por vía de la participación en las instituciones de la democracia. La creencia en esa capacidad de cambio se denomina locus de control interno.

---

El instrumento de relevamiento de datos fue un cuestionario con preguntas cerradas (y algunas abiertas) Los datos relevados se procesaron con el Programa estadístico SPSS.

Por el contrario, cuando la capacidad de acción se sostiene en un locus de control externo, se traslada el poder a algún otro, personas o instituciones, por fuera del sujeto mismo.

El cambio cultural que significa pasar de un paradigma antropocéntrico a otro ecocéntrico debería estar acompañado de la creencia en un locus de control interno.

Sin embargo en la investigación empírica llevada a cabo se verificó una paradoja: los ciudadanos en una primera instancia afirmaban el poder de las acciones individuales para atender los problemas de gestión o cuidado del agua en su ciudad. Pero no daban signos de ejercitar dichas conductas de cuidado o de interesarse por hacerlo.

Y por otro lado, en momentos posteriores, cuando la entrevista ampliaba el espectro de preguntas y situaciones por las que se les permitía ampliar su visión, se manifestaban claramente por la preferencia de un locus de control externo. Así, por ejemplo, remitían a la intervención del estado, a la necesidad del poder público para controlar el incumplimiento de las normas e incluso la preferencia por el cobro de multas como castigo y control externo. Voluntariedad vs obligatoriedad de las pautas de control ambiental, deben analizarse dinámicamente dentro de un contexto cultural de creencia en la legitimidad y eficacia de las normas sociales.

La paradoja de que junto al locus de control externo coexista una preferencia por las acciones individuales, puede explicarse en el contexto de una cultura de la desconfianza e individualista que descrea del sector público y/o de las acciones comunes.

En el sistema de orientaciones de los argentinos predominan los rasgos de una cultura anómica, con reiteradas experiencias de imprevisibilidad del comportamiento institucional, con lo cual se puede entender un poco mejor cómo el ciudadano a la vez espera que la instancia política resuelva lo que le corresponde en tanto decisiones colectivas (legislación, políticas), pero que al mismo tiempo, habiendo experimentado en su historia pasada y reciente la discontinuidad, -cuando no la ausencia de políticas públicas-, piense que la posibilidad de cambio está en sus manos.

Los hallazgos del estudio nos llevaron al siguiente paso que fue analizar estas cuestiones no ya en el ciudadano en general sino en personas con alguna función de decisión y construcción de agenda política. Se realizaron entrevistas a un cuerpo seleccionado de informantes clave, compuesto por sectores políticos, parlamentarios, miembros de ONGs, y fundaciones ambientalistas, que fueron elegidos por su distinto grado de experiencia de participación en problemas vinculados al agua en el contexto urbano.

Los resultados del estudio sobre decisores se presentarán respecto de dos variables: cultura política y gobernanza.

Los indicadores que empíricamente compusieron la variable cultura política fueron: creencia en la regulación del estado vs. el papel de las acciones individuales, la visión que se tiene del papel de las instituciones del estado y la forma de ejercer el control social.

Los decisores entrevistados claramente se manifestaron favorables a fomentar las acciones particulares de los ciudadanos pero no tanto por su efecto acumulativo ni tampoco porque creyeran que el consumo doméstico fuera el que produce más impacto en el total de consumo de agua, sino que resaltaron la importancia de la conducta

ciudadana para: “exigir cambios al poder”, “controlar a los grandes consumidores”, “como garantes del sistema”, “porque no solo genera mejoramiento en el consumo doméstico sino que da herramientas para controlar al estado y a las empresas que hacen un uso abusivo del recurso” (sic).

Es curioso este dato porque este mismo resultado –la preferencia por las acciones individuales como vía de cambios- se halló en la población en general (Biagi, M., 2011; Biagi, M., 2013), pero por razones totalmente diferentes: por desconfianza hacia el sector público.

Otra dimensión de la cultura política buscaba identificar el papel del sistema normativo y las creencias de los decisores sobre el poder coercitivo como factor de cambio en los ciudadanos. Muchos de los decisores sostuvieron que el control social externo garantizaría la falta de conciencia individual y aceptaban la idea que debería –por ejemplo- multarse el consumo excesivo de agua. Mencionan en este punto a industrias, hoteles, empresas mineras, pasteras, grandes consorcios, el estado, emprendimientos inmobiliarios, tenedores de piscinas o lagos artificiales, empresas agrícolas.

Es interesante revisar las razones que aluden estos entrevistados. Algunos remiten a la “reticencia cultural al cumplimiento de la ley que caracteriza a la sociedad argentina”; “no existe concientización ni hay fuertes políticas de estado”; “porque las campañas de concientización fracasaron” (sic).

Del mismo modo, los que no creen en la necesidad de obligar al ciudadano, además de mencionar la importancia de generar mayor conciencia en las personas señalan que “la obligatoriedad por sí sola puede llegar a generar una conducta tal vez efectiva, pero que no produce un compromiso con esa práctica” (sic).

El contexto de cultura política que predomina a su vez en la visión de los ciudadanos, está lejos del deseable modelo ideal de participación e involucramiento con la cuestión pública. En Buenos Aires las conductas ciudadanas de preservación del agua están condicionadas más por el control social externo (expectativa de control social por las normas, la vigilancia y sanciones aplicadas por los órganos públicos ) que por el autocontrol responsable. Vale decir, que por razones algo diferentes según sea el punto de vista del ciudadano o del decisor, predomina en la sociedad un estilo de cultura política anómica que demanda mayor presencia del Estado y su poder de fiscalización.

También se relevaron datos sobre la visión de los decisores acerca de niveles de responsabilidad asignada a los agentes del sistema político. Se cruzaron los datos según dos ejes: actores e importancia que le asignan. Por actores del sistema se indicaron los cuatro siguientes: ciudadanos, políticos, poder judicial y organizaciones ambientalistas.

El otro eje indicaba creencia del entrevistado sobre el papel que jugaba cada actor en favorecer o no la colocación de la cuestión ambiental en la agenda política y su responsabilidad en ejercer un poder normativo con eficacia.

En primer lugar los entrevistados son muy críticos con los partidos políticos por la escasa importancia que le han dado a los temas hídricos, en el sentido de que pocas veces se han ocupado de construir una agenda pública en temas del agua. En segundo

lugar aparecen críticas a los ciudadanos quienes no tienen entre sus preocupaciones más importantes las cuestiones del agua.

Según los entrevistados, los grupos ambientalistas han sido los grandes impulsores de colocar el tema en la agenda política.

Respecto de las creencias en el poder de decisión de cada uno de los actores, los entrevistados consideraron que son precisamente las agrupaciones ambientalistas quienes están en condiciones de ejercer un poder efectivo en asuntos hídricos. Del mismo modo enfatizan la importancia de la participación ciudadana como determinante para construir políticas públicas eficaces y consideran que el sistema político es la institución que debería estar en condiciones de ejercer un poder efectivo .

Respecto del sistema judicial las opiniones son críticas en el sentido que para la mayoría de los entrevistados, si bien las instituciones jurídicas podrían tener una fuerte incidencia en hacer cumplir deberes y derechos, no cumplen eficazmente su poder. Los otros actores podrían operar por acciones de presión o apoyando la elaboración de nuevas leyes, -afirman los entrevistados-, pero ante las evidentes faltas de control del estado, es la justicia quien podría hacer cumplirlas a través de sus fallos.

La variable gobernanza fue operacionalizada (MAGALHAES JUNIOR, 2011: 600, 55, 652) en el marco de esta investigación sobre decisores- en ocho sub-variables: conocimiento y evaluación de los usos del agua según lo estipulado por el sistema legal; conocimiento de la disponibilidad hídrica; impacto de la urbanización sobre el agua; evaluación del sistema de gestión y de las medidas de fiscalización y control; gestión de conflictos por el uso del agua; condiciones de eficacia de las normas.

Respecto de la sub-variable que buscaba determinar el nivel de conocimiento de los decisores de las normativas que rigen la calidad del agua y si podían distinguir por tipo de uso-, encontramos que la mayoría de los entrevistados declara conocer normativas y mencionan con cierta precisión alguna reglamentación, pero muy pocos se refieren específicamente a normas que rigen la calidad del agua.

Se detectó una cierta dispersión en las respuestas e imprecisiones en materia de visibilidad de la normativa, con lo cual parece difícil que pueda existir un control adecuado por quienes deberían tenerlo en decisiones de políticas públicas.

Una segunda dimensión de la gobernanza indagaba sobre el conocimiento de la disponibilidad hídrica en Argentina. Es notable que la mayoría desconoce al respecto y pocos mencionan datos. Por lo mismo, no pueden estimar si ocurrieron variaciones históricas. Al ser consultados por las estimaciones de la disponibilidad hídrica en el futuro, la mayoría se inclina por señalar la abundancia de agua en Argentina pero no dejan de mencionar los riesgos que se corren al respecto por la mala gestión, ineficiencia, falta de legislación o de control. Claramente expresan preocupación por el riesgo futuro.

¿Que podemos extraer de estas observaciones?

En primer lugar, resaltamos que en todo proceso de gestión el decisor resuelve según tres factores: su propia experiencia, la percepción subjetiva del problema y el conocimiento científico técnico disponible.

Segundo, que el contexto de la cultura política vigente está también presente en el proceso de decisión y como tal, es otro de los factores que condicionan el diagnóstico de problemas y soluciones que elabora el decisor.

Y por último están asimismo sus creencias, valores y actitudes respecto del medio ambiente y sus recursos, que actúan como variables disposicionales de sus conductas y decisiones.

Todo ello permite configurar la complejidad de los problemas de gestión ambiental y la multiplicidad de intereses en juego como elementos que comprometen el número de alternativas de solución y los cursos de acciones posibles.

#### **4 Conclusiones**

Iniciamos el capítulo mencionando un contexto de crisis y complejidades de la gestión democrática y luego nos acercamos a la cuestión ambiental con sus propias complejidades a ser resueltas en el marco de un estado que ha perdido su papel como agencia dejando al ciudadano y las comunidades locales en la necesidad de autodefenderse ante la asimetría de poder de actores internacionales (BAUMAN y BODONI, 2014).

Si definimos crisis (BRIE, del ACEBO IBAÑEZ, 2001) como una situación de amenaza que solo puede superarse mediante un cambio estructural de lo que se halla en situación de crisis, pensemos ahora en la importancia de determinar con la mayor precisión cuál es el diagnóstico que hacemos de la crisis. ¿Crisis de qué tenemos que superar? ¿Qué es lo que percibimos que está amenazado? ¿Qué riesgo estamos corriendo?

Estudios de sociología ambiental (ALEDO TUR, A. & DOMÍNGUEZ GÓMEZ, J.A., 2001:10-11) han señalado que la mayoría de los ciudadanos no son sensibles a los riesgos personales ni tampoco a los diferidos en el tiempo y en el espacio.

El aplazamiento de los peligros en el tiempo y espacio hacen que la percepción del riesgo no sea real. Entre algunos de los factores que influyen en la percepción social del riesgo se cuenta la novedad, su complejidad, su nivel de conocimiento y la no participación voluntaria. Cuando el riesgo es nuevo, complejo, no se conoce bien o no se participa voluntariamente en su potencial aparición, la percepción del riesgo se distorsiona.

Cuando analizamos la cuestión del riesgo en el estudio de opinión pública en habitantes de Buenos Aires (BIAGI 2011, 2013) nos preguntamos por qué no había surgido un movimiento social o una demanda ciudadana claramente manifiesta ante la contaminación del Río de la Plata y la inacción de la gestión política por tantas décadas. En opinión de las personas consultadas en la investigación cuantitativa, la contaminación es claramente un riesgo, pero se la percibe fuera de su alcance de modificación y ante la cual el propio actor no siente culpa alguna (son “los otros” quienes contaminan). Las nociones de distancia social y error de atribución causal podrían relacionarse con ese tema y ayudarían a aclarar lo que las personas perciben como posibilidad de cambio.

Como señala la teoría de los paradigmas ambientales (antropocentrismo y fatalismo ambiental), la percepción distorsionada del riesgo ambiental está afectada, entre otras variables, por la creencia en la involuntariedad del factor contaminante y se agrega –en el caso de los habitantes de Buenos Aires–, por la experiencia de múltiples fallas éticas, corrupción, arbitrariedad e injusticia por parte de quienes deben controlarla.

Entonces aparece otro elemento que hemos señalado con Bodoni (2014): los problemas de gobernanza son signo de una falsa democracia porque apuntan a la imposibilidad del control ciudadano sobre las decisiones políticas.

Pensemos en consecuencia ¿qué significa gobernanza ambiental? ¿Por qué sumar crisis política a crisis ambiental? ¿Por qué sería factible el control de las crisis ambientales que cruzan fronteras y no reconocen jurisdicciones, si no es factible el control ciudadano en su comunidad local?

## 5 Bibliografía

Arendt, Hannah (2013). **La condición humana**. Buenos Aires: Paidós.

Aledo Tur, A. & Domínguez Gómez, J.A. (2001). **Sociología Ambiental**. Granada: Grupo editorial.

Bauman, Zygmunt and Bodoni, Carlo (2014). **State of crisis**. Cambridge: Polity Press.

Brie, Roberto y Del Acebo Ibañez, Enrique (2001). **Diccionario de Sociología**. Buenos Aires: Claridad.

Biagi, Marta. (2006). La representación social del agua. Una perspectiva sociológica/ Social representation of water. A sociological perspective. En: Capaldo, Griselda. D (Ed). **Sinergias ambientales- Entre las aguas continentales y las marinas**. Buenos Aires: Mare Magnum, Modelo del Mar, (wcs-Conicet).

Biagi, Marta. (2011) La representación social del agua en las culturas urbanas de la Argentina. En: Capaldo, Griselda. D (Ed). **Gobernanza y Manejo Sustentable del Agua**, 1.ed. Buenos Aires: Mnemosyne.

Biagi, M. (2013). Agua, Ciudadanía y Gobernabilidad en dos ciudades: Salvador y Buenos Aires. En: Souza, Wilson Alves de; Carneiro, Fábio Araújo; Hirsch, Fábio Perianandro de Almeida, (Coord.) (2013) **Acceso a justiça, cidadania**.

Corral Verdugo, Víctor (2001). **Comportamiento proambiental. Una introducción al estudio de las conductas protectoras del ambiente**. Tenerife: Resma.

Carter, Neil (2007). **The politics of the environment. Ideas, activism, policy**. Cambridge: University Press.

Doyle, Timothy and McEachern, Doug (2008). **Environment and Politics**. London: Routledge.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2010). **Teoría del Derecho Ambiental**. Buenos Aires: La Ley.

Magalhaes Junior, Antonio Pereira (2011). **Indicadores Ambientais e Recursos Hídricos: realidade e perspectivas para o Brasil a partir da experiencia francesa**, 3ra. ed. Ríó de Janeiro: Bertrand Brasil.

Ricoeur, Paul (1989). ***Ideología y Utopía***. Barcelona: Gedisa.



# EDUCAÇÃO AMBIENTAL, DIREITOS HUMANOS E RESÍDUOS SÓLIDOS: TEM TUDO A VER.

*Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros<sup>1</sup>  
Rosana Vasconcellos Brusamarelo<sup>2</sup>*

## 1 Introdução

Não é mais possível cogitar a obtenção da proteção da vida sem uma dedicação séria à proteção e à conservação dos bens ambientais. Não se pode olvidar que a natureza, os bens ambientais, também são direitos fundamentais e corroboram a concretização dos direitos fundamentais como um todo, pois com a ocorrência de danos ambientais tem-se a violação de outros direitos, tais como a vida, o bem-estar, à saúde, assim como a preservação do meio ambiente e uma destas violações é o descarte irregular de resíduos sólidos urbanos (RSU).

Certamente, se as práticas de desrespeito e negligência com o meio ambiente continuarem, a tentativa de proteção tornar-se-á ineficaz diante dos atos de irresponsabilidade. Por isso a incansável tarefa de buscar um meio ambiente equilibrado e protegido, assim para que esta busca seja positivada é necessário uma conscientização da população, que se dá através da educação ambiental.

Assim os três temas tem uma interligação, pois as pessoas têm direito ao meio ambiente equilibrado, como um direito fundamental, assim devem contribuir com o descarte correto dos RSU, e para que isto aconteça devem ter uma educação ambiental desde a primeira infância, na formação de base.

## 2 Referencial teórico

### 2.1 Direito fundamental ao meio ambiente equilibrado

Os direitos fundamentais são liberdades e direitos básicos de todo ser humano; são posições jurídicas essenciais para que se materialize a dignidade da pessoa humana, que se amplia na medida em que novos direitos vão sendo incluídos à relação dos considerados fundamentais. Os direitos fundamentais, como são de terceira geração ou dimensão, são dirigidos a toda a coletividade e não ao indivíduo em si. Assim sendo está incluído entre eles a proteção do meio ambiente, para que todas as pessoas tenham uma qualidade de vida.

---

1 Pós-Doutora em Direito pela UFSC. Doutora em direito pela UFSC. Mestre em Direito pela PUC. Professora Adjunta da Escola de Direito da PUCRS. Professora Permanente do PPGD da UNILASALLE. Advogada. E-mail: flfmedeiros@gmail.com

2 Mestre em impactos ambientais pela UNILASALLE. Advogada. E-mail: rosanabrusamarelo@gmail.com

Sarlet (2009, p.48/49) declara que:

A nota distintiva destes direitos de 3ª geração reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada a sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção.

A Constituição Federal de 1988 foi a pioneira no que tange ao assunto meio ambiente. Foi a primeira Constituição brasileira a dedicar um capítulo exclusivo às questões ambientais com o escopo de proteção específica. As Cartas que antecederam a atual, mesmo que já pudessem ter pontuado algum tópico vinculado ao subsolo, a flora, ou mesmo a fauna, em nenhum momento estavam garantindo a proteção da natureza per se. A ideia estava adstrita ao resultado econômico que essa proteção poderia render e a uma questão de domínio.

Já na Constituição Federal de 1988 começou-se a observar o princípio do desenvolvimento sustentável, não é assunto tão atual assim. Porém apenas nesta década que se começou a ouvir falara mais acentuadamente em sustentabilidade.

Neste ponto é necessário fazer uma distinção entre sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, uma vez que tais expressões pressupõem entendimentos diversos, a sustentabilidade é a manutenção do status quo ante dos diversos ambientes – natural, artificial, do trabalho, cultural, genético, dentre outros, onde “[...] as diversidades biológica, cultural, ética, racial e religiosa são parte integrante dos pressupostos da sustentabilidade. [...]” (BORN, 2003, p.109). Já o desenvolvimento sustentável pressupõe a evolução, o crescimento em todas as esferas, de forma a suprir as necessidades dos homens sem com isso afetar os recursos ambientais, deixando de comprometer a sustentabilidade destes, sendo que

[...] consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futura. Requer como seu requisito indispensável, um crescimento econômico que envolva equitativa redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, de forma a reduzir as disparidades nos padrões de vida e melhor entendimento da maioria da população. (SILVA, 2009, p. 26/27)

O princípio do desenvolvimento sustentável teve origem na Conferência Mundial sobre Meio Ambiente, ocorrida em Estocolmo no ano de 1972. No princípio do desenvolvimento sustentável, direito e dever são termos recíprocos (MARTINS, 2008).

Diante da incontestada ligação do meio ambiente e direitos fundamentais, é importante ressaltar que a evolução de ambos não foi concomitante, principalmente na legislação internacional, visto que os direitos humanos tiveram uma longa evolução histórica com possível origem nos primórdios do Cristianismo, enquanto a proteção ao meio ambiente teve sua primeira menção de forma objetiva de uma crise ambiental e da necessidade de garantias a esse direito na Declaração de Estocolmo em 1972, a partir de quando então pode-se dizer que a garantia de ambos direitos passou a ter uma evolução paralela nos anos que se seguiram.

Ressalta-se inclusive que a Declaração de Estocolmo foi também marco do reconhecimento do meio ambiente como um direito humano, uma vez que em seu Princípio 1 traz a obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras, princípio este que inspirou o artigo 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988; da mesma forma, o Princípio 8 associa o desenvolvimento econômico e social à melhor qualidade de vida.

Logo, a CF/88 em seu art. 225 fala que é direito do homem um ambiente ecologicamente equilibrado, mas também não é um dever dele ajudar a deixá-lo equilibrado? Pelo que se denota no desenvolvimento sustentável, direitos e deveres são termos recíprocos. Como expressa MASCARENHAS (2008):

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado disposto no artigo 225 da Constituição Federal possui um caráter duplo, pois é direito e também dever de todos, existindo assim, uma relação jurídica envolvendo o Poder Público e o particular. Assim, não é permitido que ninguém cause danos ao meio ambiente, pois o dano ambiental atinge um bem de todos, causando danos a toda coletividade. Trata-se então, de uma responsabilidade compartilhada.

O homem gosta muito de exigir seus direitos, de fazer valer as leis, mas será que ele como ser humano não é o maior responsável por todos os desastres ambientais que o mundo vem enfrentando?

Tomando como exemplo o caso dos resíduos sólidos ambientais, que é o tema proposto, quem produz os produtos que geram resíduos em quantidades alarmantes, ainda, quem os consome de forma compulsiva e por último quem descarta estes resíduos sem o menor cuidado em separá-los? O HOMEM!!! E ainda fala-se que tem um direito, será que não seria certo falar que o ser humano tem um dever para com o meio ambiente?

Como é bonito falar que as pessoas estão vivendo em um mundo mais sustentável, só é bonito, pois a verdade não é esta. Cada vez mais se polui o meio ambiente, as pessoas tornam-se consumistas e a culpa de quem é ??? Do outro, pois ninguém consegue enxergar mais que o seu próprio umbigo. Como bem observa FRANÇOIS OST (1995, p. 14-16), em sua obra “a natureza a margem da lei”, simples cenário no centro do qual reina o homem, que se autoproclama “dono e senhor”. Ainda acrescenta que este ambiente cedo perderá toda a consistência ontológica, reduzido a um simples observatório de recursos, antes de se tornar em depósito de resíduo.

Vem crescendo muito a interdependência entre direitos humanos e proteção ambiental, entretanto cada área vem seguindo seu caminho próprio quanto ao regime jurídico. Enquanto a legislação dos direitos humanos se preocupa com a proteção do bem-estar individual; a legislação ambiental se preocupa com a proteção do bem-estar coletivo. Apesar de nos últimos tempos isto já ter mudado um pouco, pois tanto os direitos humanos quanto a legislação ambiental são necessários para proporcionar melhores condições de vida para os seres humanos.

A partir de uma perspectiva focada na sustentabilidade, os direitos precisam ser complementados por obrigações, pois o ser humano passa a ter direito ao meio ambiente equilibrado e uma obrigação de preservá-lo para às presentes e futuras gerações.

A proteção ambiental é uma questão de necessidade básica, assim como nos direitos humanos a vida o é. É claro que em termos jurídicos o ser humano vale muito mais que o meio ambiente, como objeto de proteção. Ambos tem uma semelhança, no plano internacional, tanto os direitos humanos quanto o direito ambiental tem uma origem em conferências internacionais e documentos de soft law.

No exemplo citado acima, dos RSU, sempre que o ser humano estiver exposto às doenças que estes podem causar, o gozo dos direitos humanos está em perigo. Assim não tem como trata-los de maneira separada, há uma forte ligação entre saúde ambiental e saúde humana.

Todo ser humano tem direito à educação, este é um direito fundamental, tanto quanto o direito à vida, logo se tem um direito a uma educação ambiental, que é o que irá ser tratado no próximo tópico.

As estratégias de enfrentamento da problemática ambiental, para surtirem o efeito desejável na construção de sociedades sustentáveis, envolvem uma articulação coordenada entre todos os tipos de intervenção ambiental direta, incluindo neste contexto as ações em educação ambiental. Dessa forma, assim como as medidas políticas, jurídicas, técnico-científicas, institucionais e econômicas voltadas à proteção, recuperação e melhoria socioambiental despontam também as atividades no âmbito educativo.

## *2.2 Educação ambiental:*

A educação ambiental é uma forma de levar informações à sociedade, com o objetivo de conscientizar para a preservação da natureza, uma melhor qualidade de vida. É uma ação educativa permanente, que deve ser perpetuada desde o jardim da infância, quando o ser humano está formando a sua conduta e assim deve-se ensiná-lo a preservar o que é seu, bem como evitar o desperdício e o consumismo exacerbado. Mais tarde este ser humano tomará consciência da realidade global e saberá como agir de maneira correta, refletindo a maneira como o ser humano deve tratar o meio ambiente.

Trata-se de uma temática interdisciplinar importante e necessária, dentro do contexto da sala de aula, por proporcionar o desenvolvimento de uma postura crítica e participativa, contribuindo para uma melhor compreensão de suas ações e alternativas de proteção à natureza, deixando de lado a ideia de ambiente como uma simples externalidade e passando a considerá-lo como um todo, do qual somos parte.

Na lição de Loureiro (2011, P.73),

a educação ambiental é uma práxis educativa e social que tem por finalidade a construção de valores, conceitos, habilidades e atitudes que possibilitem o entendimento da realidade de vida e a atuação lúcida e responsável de atores sociais individuais e coletivos no ambiente.

Foi em meados de 1981, com a Lei nº 6938, chamada de Política Nacional de Meio ambiente que a educação ambiental passou a ser reconhecida no meio jurídico, mais tarde foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, no seu art. 225, que trata do

meio ambiente, reconhecendo que as questões ambientais são de importância para a sociedade, tendo em vista que a defesa ambiental é um princípio fundamental.

Até então, nenhuma outra havia feito referência expressa ao meio ambiente, mas a Constituição de 1988 trouxe diversas inovações no que diz respeito à sua proteção.

No ano seguinte a CF/88, veio a publicação da lei nº 9795 intitulada Política Nacional de Educação ambiental (PNEA), a qual veio para selar de vez um educação frente as instituições jurídicas.

A Política Nacional de Educação Ambiental define como educação, em seu art. 1º:

os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.

Esta lei acolheu muitas ideias indicadas nas diversas conferências internacionais, o que atribuiu à educação ambiental um caráter socioambiental procedente das propostas de desenvolvimento sustentável. Afirma ainda a mesma lei, que:

Art. 2º: A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal.

A expressão “educação” faz referência aos processos de formação, dentro ou fora das instituições de ensino. Com isso se fala em vários tipos de educação e processos de formação que se dão, não somente em instituições de ensino como também em outros ambientes culturais. Nos artigos 205 a 214, o constituinte de 1988 cuida especificamente do direito à educação.

Segundo Cavalcanti (2013), a PNEA aborda que a EA deve focalizar uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal. No entanto, responsabiliza o professor pela sua efetivação em sua prática educativa, sem contudo considerar a complexidade da temática e principalmente a compreensão docente das questões ambientais, para que assim possa incluir no seu planejamento cotidiano de sala de aula.

Fica evidente, portanto, a importância da educação ambiental para que as presentes e as futuras gerações ajam com responsabilidade, sensibilidade e conservem o ambiente saudável. Neste sentido, destaca-se, em primeiro lugar, a educação ambiental formal, que é entendida como um processo institucionalizado que acontece nas unidades de ensino, sejam elas públicas ou privadas, congregando educação infantil, ensino fundamental, ensino médio e educação superior.

Este tipo de educação torna-se um processo de sensibilização da comunidade escolar, favorecendo, portanto, as iniciativas de proteção e multiplicando informações e atividades sobre a educação ambiental. A escola é formadora de cidadãos conscientes; é ela que, além das práticas educativas com métodos formais, está capacitada a exercer influência no comportamento de seus alunos. Afinal, é importante que as escolas

tratem de questões que interferem no dia a dia dos alunos, pois desta forma estarão contribuindo com a formação de cidadãos conscientes e participativos, conhecedores do valor de seu papel na sociedade. A escola é o lugar onde o aluno dará continuidade ao seu processo de socialização. O que nela é feito, valorizado e dito representa aquilo que a sociedade deseja e aprova.

No que tange à educação informal, entende-se as ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade, sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente, ou seja, é aquela que direcionada ao grande público, ou à sociedade, valendo-se dos meios de comunicação convencionais e de pesquisas, campanhas de opinião pública, articulações com entidades ambientais, eventos sobre o meio ambiente, entre outros, tendo como objetivo socializar os indivíduos, criando comportamentos, hábitos, atitudes, de acordo com valores e crenças, sendo que sua metodologia parte da cultura dos indivíduos e dos grupos inseridos nesse contexto, obtendo resultados a partir do desenvolvimento do senso comum nos indivíduos.

Para Machado et al. (2007), os processos de construção e implementação da Agenda 21, buscavam sensibilizar a população, através da educação socioambiental, como política pública para o meio ambiente, considerando as demandas populares, onde a Agenda 21 seria uma possibilidade de se construir uma educação crítica, focada na transformação social e na resignificação da existência humana como base dos princípios do Tratado da EA para Sociedades Sustentáveis e Responsabilidade Global:

A agenda 21 trata da reorientação de ensino para o desenvolvimento sustentável. Tanto no ensino formal quanto no informal são indispensáveis para modificar a atitude das pessoas e para conferir consciência ambiental, ética, valores, técnicas e comportamentos em consonância com as exigências desse novo padrão de desenvolvimento. Daí a necessidade de assegurar o acesso universal ao ensino básico para todas as crianças em idade escolar, erradicar o analfabetismo, promover a integração dos conceitos de desenvolvimento e meio ambiente em todos os programas de ensino e promover todo tipo de programa de educação de adultos para incentivar a educação permanente sobre o desenvolvimento e o meio ambiente, utilizando como base de operações as escolas primárias e secundárias e centrando a temática de ensino nos problemas locais (BARBIERI, 2000, p. 149).

Quando se trabalha o assunto “meio ambiente” dentro de uma escola, automaticamente a comunidade também será atingida, pois os fatos do cotidiano irão ter reflexo com o que foi ensinado. Tomemos como exemplo os RSU, no momento em que o aluno aprende a separar os resíduos, ele automaticamente fará em casa, e assim vai criando um hábito que passa de um para outro dentro de uma comunidade, começando a serem corrigidos os erros do passado.

A escola é uma grande formadora de opinião nos alunos, desde o que devem consumir até mesmo como devem tratar de diversos assuntos, tais como os resíduos sólidos urbanos gerados diariamente.

Entretanto, a Lei de Política Nacional de Educação Ambiental ficou muito aquém do que a sociedade esperava. A falta de clareza na terminologia utilizada, a falta de boa técnica jurídica e muitas falhas prejudicaram, em muito, a efetivação de uma política de educação ambiental clara e estável. Antunes assim se refere: “A lei de Política Nacional de Educação Ambiental é uma norma jurídica extremamente confusa e de difícil compreensão” (2005, p. 258). Apesar disso não podemos perder a esperança na construção de uma conscientização e desenvolvimento de pessoas com uma educação ambiental diferente dos nossos antepassados. Busca-se uma sensibilização da coletividade sobre as questões do meio ambiente que tanto afligem a todos que estão engajados nesta luta.

Segundo a Associação de Proteção ao Meio Ambiente de Cianorte (APROMAC), a educação ambiental pode ser definida como:

Um processo participativo, onde o educando assume o papel de elemento central do processo de ensino/aprendizagem pretendido, participando ativamente no diagnóstico dos problemas ambientais e busca de soluções, sendo preparado como agente transformador, através do desenvolvimento de habilidades e formação de atitudes, através de uma conduta ética, condizentes ao exercício da cidadania.

A educação ambiental surge como resposta à preocupação da sociedade com o futuro da vida, procurando estabelecer uma convivência harmoniosa dos indivíduos com a natureza. Não versa apenas sobre um tipo de educação especial, mas trata-se de um longo processo participativo e de desenvolvimento da consciência crítica a respeito dos problemas ambientais, em que todos, família, escola e sociedade, devem estar envolvidos.

Colocando em prática este ensino, incentivam-se as pessoas a olhar no seu entorno, estar atentas as paisagens, focando na ecologia, assim iniciando o ensino dos padrões e os processos naturais. Neste interim passarão a ter uma conscientização de manter o equilíbrio da natureza e estimular o consumo de produtos com embalagens que podem ser recicladas, bem como a necessidade de uma conscientização para a diminuição do consumo exagerado de coisas supérfluas. Esta é apenas uma parte do grande problema que enfrentamos atualmente, pois ainda temos as queimadas, o desmatamento, o aquecimento global, o uso desgovernado da água, todos causando impactos negativos de grande proporção à natureza e, conseqüentemente, à vida.

Leff (2010) ressalta que a sustentabilidade teria como base a construção social a partir da diversidade e da diferença, considerando que a instituição escola poderia ser o melhor laboratório, espaço de experimentação e de formação para esta mudança civilizatória, pois a crise ambiental não se manifestaria apenas nos furacões gerados pelo aquecimento global, mas no desconhecimento de suas causas, na falta de um saber sobre a complexidade do real, e na perda do sentido da existência humana.

### *2.3 Resíduos sólidos urbanos:*

Um dos maiores desafios com que se defronta a sociedade moderna é a disposição final ambientalmente segura dos RSU. Com a sua crescente produção, principalmente os domiciliares, a preocupação mundial aumentou, considerando seu gerenciamento inadequado, bem como a falta de áreas para sua disposição final.

A lei tem como objetivo disciplinar sobre a não-geração, redução, reutilização e tratamento de resíduos sólidos, bem como a destinação final ambientalmente adequada dos rejeitos. E, também, a redução do uso dos recursos naturais (água e energia, por exemplo) no processo de produção de novos produtos, intensificar ações de educação ambiental, aumentar a reciclagem no País, promover a inclusão social, a geração de emprego e renda de catadores de materiais recicláveis.

A definição de resíduos sólidos encontra-se no art. 3º, inc. XVI da Lei 12.305/2010, nos seguintes termos:

XVI - resíduos sólidos: material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d'água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível;

A gestão e disposição inadequada dos RSU têm causado impactos socioambientais enormes, o que gerou maior preocupação do poder público e, por isso, foi editada, em 2010, a Lei 12.305, chamada Política Nacional dos Resíduos Sólidos (PNRS), sendo o marco regulatório em termos de resíduos sólidos.

A referida lei se propõe a disciplinar os resíduos sólidos de uma forma ampla, abrangendo desde medidas para diminuir sua geração, até as atinentes à sua gestão, incluindo a disposição final de rejeitos. Para a pesquisa o que importa são dois artigos: o 9º e o 54, uma vez que os mesmos tratam da disposição ambientalmente adequada, a qual é alvo deste trabalho. Assim tem-se:

Art. 9º: Na gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, deve ser observada a seguinte ordem de prioridade: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento dos resíduos sólidos e disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos.

Art. 54: A disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, observado o disposto no § 1º do art. 9º, deverá ser implantada em até 4 (quatro) anos após a data de publicação desta Lei.

A PNRS determina que os aterros controlados e os antigos lixões deveriam ser trocados até o ano 2014 por aterros sanitários, conforme visto no artigo 54 da mesma.

O prazo para encerramento de lixões, conforme a Lei 12.305/10, foi 2 de agosto de 2014 e, a partir desta data, os rejeitos deveriam ter uma disposição final ambientalmente adequada. Esse prazo foi parte das metas dos planos estaduais ou municipais de resíduos sólidos, que deveriam prever desde a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, de

modo a evitar danos ou riscos à saúde pública, à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos, até a coleta seletiva. Além disso, o município deveria estabelecer metas de redução da geração de resíduos sólidos.

A lei não trata expressamente do encerramento de lixões, mas esta é uma consequência da disposição final ambientalmente adequada dos rejeitos, que deve estar refletida nas metas para a eliminação e recuperação destes lixões em seus respectivos planos de resíduos sólidos.

#### *2.4 panorama sobre os rsu no Brasil*

A área total do Brasil é de 8.514.876,599 km<sup>2</sup> e é o 5º maior país em extensão territorial do mundo, com uma população total de 201.032.714 habitantes no ano de 2013 (IBGE, 2013), dos quais cerca de 85% correspondem à população urbana.

No país, devido à disposição final irregular, à coleta informal e à insuficiência do sistema de coleta pública, é difícil quantificar os dados acerca dos RSU gerados per capita. De acordo com o CEMPRE (2013), cerca de 19,7% dos resíduos gerados no Brasil não são recolhidos.

A geração per capita dos resíduos também pode ser considerada através dos hábitos humanos, do padrão de vida, dos fatores culturais, da renda familiar e, ainda, da economia de determinado país, sendo este determinante, pois quanto maior a renda, maior o consumo e, geralmente, maior a produção de resíduos. Logo, em países mais ricos, a porcentagem de recicláveis nos RSU é maior do que em países mais pobres, uma vez que nestes a maior parte dos resíduos é de matéria orgânica.

É possível observar que o nível de aumento da geração de resíduos acompanha o ritmo de crescimento do produto interno bruto (PIB). O aumento ou diminuição no PIB implica numa movimentação semelhante da quantidade de RSU gerados. A relação entre a geração dos resíduos sólidos e a evolução da economia é um fato também constatado em diversas regiões no Brasil.

Os números referentes à geração de RSU revelam um total anual de quase 78,3 milhões de toneladas no país, resultante de uma queda de 2% no montante gerado em relação à 2015 (Abrelpe, 2016, p.14)

O montante coletado em 2016 foi de 71,3 milhões de toneladas, o que registrou um índice de cobertura de coleta de 91% para o país, pequeno avanço comparado ao ano anterior, e que evidencia que 7 milhões de toneladas de resíduos não foram objeto de coleta e, conseqüentemente, tiveram destino impróprio.

A disposição final dos RSU coletados demonstrou piora comparado ao índice do ano anterior, de 58,7%, para 58,4% ou 41,7 milhões de toneladas enviadas para aterros sanitários. O caminho da disposição inadequada continuou sendo trilhado por 3.331 municípios brasileiros, que enviaram mais de 29,7 milhões de toneladas de resíduos, correspondentes a 41,6% do coletado em 2016, para lixões ou aterros controlados, que não possuem o conjunto de sistemas e medidas necessários para proteção do meio ambiente contra danos e degradações.

Os recursos aplicados pelos municípios em 2016 para fazer frente a todos os serviços de limpeza urbana no Brasil foram, em média, de cerca de R\$9,92 mensais por habitante, uma queda de 0,7% em relação a 2015.

A geração de empregos diretos no setor de limpeza pública também apresentou queda de 5,7% em relação ao ano anterior e perdeu cerca de 17.700 postos formais de trabalho no setor.

O mercado de limpeza urbana no país seguiu a mesma tendência de recessão econômica e movimentou R\$27,3 bi, uma queda de 0,6% em comparação a 2015.

A população brasileira apresentou um crescimento de 0,8% entre 2015 e 2016, enquanto a geração per capita de RSU registrou queda quase 3% no mesmo período. A geração total de resíduos sofreu queda de 2% e chegou a 214.405 t/dia de RSU gerados no país.

A quantidade de RSU coletados no país apresentou índices negativos condizentes com a queda na geração de RSU, tanto no total quanto no per capita e na comparação com o ano anterior. No entanto, a cobertura de coleta nas regiões e no Brasil apresentou ligeiro avanço e a região Sudeste continua respondendo por cerca de 52,7% do total e apresenta o maior percentual de cobertura dos serviços de coleta do país.

Os índices de disposição final de RSU apresentaram retrocesso no encaminhamento ambientalmente adequado dos RSU coletados, passando a 58,4% do montante anual disposto em aterros sanitários. As unidades inadequadas como lixões e aterros controlados ainda estão presentes em todas as regiões do país e receberam mais de 81 mil toneladas de resíduos por dia, com elevado potencial de poluição ambiental e impactos negativos na saúde.

Neste ponto podemos confirmar o que foi falado acima, que em termos de RSU há um retrocesso, pois a população não está colaborando, bem como os órgãos públicos estão tratando o assunto com descaso. Se tivéssemos uma educação ambiental mais eficiente isto não mudaria??? Visto que é um direito fundamental de ter uma sadia qualidade de vida e com esses números cada vez aumentando mais não é isto que temos.

Conforme conclusões apresentada pela Abrelpe (2016) temos:

A Política Nacional de Resíduos Sólidos - PNRS, instituída no país através da Lei Federal n. 12.305/2010, está em vigor há sete anos, mas ainda carece de aplicação prática em vários pontos, conforme se depreende da leitura desta edição do Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil: a geração de resíduos se mantém em patamares elevados, a reciclagem ainda patina, a logística reversa não mostrou a que veio e o país tem mais de três mil municípios com destinação inadequada, apesar da proibição existente desde 1981 e do prazo estabelecido pela PNRS ter-se encerrado em 2014, sem ter havido prorrogação, como alguns têm se manifestado.

Analisando-se os dados apresentados no decorrer deste documento, verificamos que as disposições da lei, por si só, não proporcionaram os tão esperados avanços no setor, e a recessão da economia trouxe impactos negativos para as práticas até então verificadas, que retrocederam em diversos pontos.

Em termos de geração de RSU, o Panorama mostra que houve uma redução de cerca de 2% em relação ao ano de 2015, porém o volume total mantém-se acima das 200.000 toneladas por dia, o que implica em pouco mais de um quilograma de resíduos descartados por pessoa diariamente.

A cobertura dos serviços de coleta de RSU passou de 90,8% para 91,2% do volume gerado, no entanto a coleta seletiva não avançou na mesma proporção e hoje só temos iniciativas registradas em 69,6% das cidades. A consequência direta disso são os índices de reciclagem que se mostram estagnados há alguns anos, apesar da grande propaganda que tem sido feita a esse respeito.

Por conta disso, e pela ausência de iniciativas consolidadas para aproveitamento e recuperação da fração orgânica, há uma sobrecarga nos sistemas de destinação final, que recebem aproximadamente 71,34 milhões de toneladas por ano, das quais 12,4 milhões de toneladas ainda são depositadas em lixões, a pior forma de destinação possível e fonte diária de poluição ambiental, causadora de diversos problemas de saúde.

Para reverter esse quadro deficitário atual e promover os avanços determinados pela legislação e orientações vigentes faz-se indispensável a instituição de instrumento específico de remuneração dos serviços de limpeza urbana pelos municípios brasileiros, bem como a instituição de educação ambiental nas séries iniciais, como já consta do projeto de lei nº 221 de 2015. Sabe-se que o tema não é tranquilo e reveste-se de alguma contrariedade em muitas localidades, porém precisa ser tratado com clareza, transparência e afinco, pois é a luz no fim do túnel para as nossas cidades para solucionar um problema de crucial importância, que a cada dia fica mais grave e mais custoso de ser revertido, já que a poluição e demais impactos causados pela má gestão dos resíduos atingem o meio ambiente e a saúde das pessoas de maneira indiscriminada, contaminando o solo, o ar e os recursos hídricos, todos bens fundamentais para o bem estar e sobrevivência da espécie humana.

### **3 Conclusão**

A população mundial vem sofrendo um grave problema com os RSU produzidos em demasia, mas não enxerga como uma questão que deve ser combatida o quanto antes. Temos direitos fundamentais no art. 5º da CF/88, e um destes é uma sadia qualidade de vida, porém também temos deveres para com o nosso entorno e devemos colaborar. Os nossos governantes, legisladores, estudiosos, ambientalistas acharam que fazendo uma lei conseguiriam obrigar o povo a dar uma destinação adequada para os RSU, porém não se deram conta que estes necessitam primeiramente de uma educação ambiental para que isto seja feito, e aí falharam.

Não é por nada que os números de aterros controlados e lixões estão cada dia aumentando mais, houve um retrocesso no setor de limpeza pública, e não é a crise econômica a única culpada por isso, mas a educação dos indivíduos.

A PNRS traz uma ordem de prioridades em relação à produção, quais sejam: não geração, redução, reutilização, reciclagem, tratamento e disposição final. Se essa ordem for observada no final do ciclo de vida do produto irá se ter muito menos resíduos, já que cada indivíduo terá uma preocupação em não gerar tanto resíduo, diminuindo o consumo de produtos com tantas embalagens, ou ainda tentará reutilizar o que sobrou, saberá reciclar os resíduos. Se o indivíduo tiver consciência que o seu lixo é o mal do século e só cabe

a ele diminuí-lo, os fatos começarão a mudar. Bons exemplos são os países do primeiro mundo, que são aos maiores produtores de resíduos, porém utilizam ou reaproveitam tudo que podem, sobrando, no final do ciclo, muito pouco para destinação em aterros ou incineração, um processo que depende muito da educação e cultura da população.

#### 4 Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE LIMPEZA PÚBLICA E RESÍDUOS ESPECIAIS - ABRELPE. **Panorama dos Resíduos Sólidos no Brasil - 2015. 2016** Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: nov. 2017.

ANTUNES, P. B. **Direito ambiental**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

APROMAC. **O que é educação ambiental?** s/d. Disponível em: <<http://www.apromac.org.br/ea005.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2017.

Barbieri, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudança da agenda 21**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BORN, Rubens Harry. **Articulação do capital social pelo movimento ambientalista para a sustentabilidade do desenvolvimento no Brasil**. In: TRIGUEIRO, André. (Org.). Meio Ambiente do Século 21. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

CAVALCANTI, Julia Nazário de Abreu. **Educação ambiental: conceitos, legislação, decretos e resoluções pertinente e a formação continuada de professores em educação ambiental na Paraíba**. Rev. eletrônica Mestr. Educ. Ambient, v. 30, n1, 2013.

COMPROMISSO EMPRESARIAL PARA RECICLAGEM - CEMPRE. **CEMPRE Review. 2013**. Disponível em: <http://cempre.org.br/artigo-publicacao/artigos>. Acesso em dez. 2016.

IBGE. **Estimativas de população em 2013**. Disponível em: [ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas\\_de\\_Populacao/Estimativas\\_2013/estimativa\\_2013\\_dou.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2013/estimativa_2013_dou.pdf). Acesso em: 12 de maio de 2017.

LEFF, Enrique. **Discursos sustentáveis**. São Paulo: Cortez, 2010

LOUREIRO, F. B.; LAYRARGUES, P. P.; CASTRO, R. S. (Orgs.). 5. ed.; São Paulo: Cortez, 2011.

MACHADO, Cimara Corrêa; SOLER, Antônio Carlos Porciúncula; BARENHO, Cíntia Pereira; DIAS, Eugênia; KARAM, Leandro de Melo. **A agenda 21 como um dos dispositivos da educação ambiental**. Revista Ambiente e Educação, vol. 12, p. 99-113, 2007.

MASCARENHAS, Luciene Martins de Araújo. **Desenvolvimento Sustentável: Estudo de Impacto Ambiental e Estudo de Impacto de Vizinhança**. Curitiba: Letras da Lei, 2008.

MARTINS, Juliana Xavier Fernandes. **A Importância dos Princípios Constitucionais Ambientais na Efetivação da Proteção do Meio Ambiente.** ANPAD Brasil. Revista Científica. Ano 1. N 1. Julho 2008. Disponível em: <http://www.amigosdanatureza.org.br/revista/artigos/5b4dc884df16db76f14bcb818e6b40fe.pdf> Acesso em: 12 de nov de 2017.

OST, François. **A natureza à margem da lei.** Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

SARLET, I. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SCOTTO, Gabriela. CARVALHO, Isabel Cristina de Moura. GUIMARÃES, Leandro Belinaso. **Desenvolvimento Sustentável.** 5º Ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.



# A ECOLOGIA POLÍTICA COMO O PARADIGMA EMERGENTE DA JUSTIÇA AMBIENTAL VIABILIZADA PELA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS<sup>1</sup>

Mauro Gaglietti<sup>2</sup>

Natália Formagini Gaglietti<sup>3</sup>

## 1 Introdução

Examina-se no presente texto que o ambiente não é apenas e tão somente a ecologia, mas é, acima de tudo, a complexidade do mundo. Percebe-se que o fenômeno ambiental ao deslocar-se das ciências naturais - tidas como sendo um lugar hegemônico pelas visões cartesianas que preponderam neste campo - para um olhar que ao *desnaturalizar* a compreensão do ambiental, permite a abertura para uma aventura epistemológica cujo ponto de partida não é apreender o objeto do conhecimento em sua totalidade, mas aprender a aprender um novo saber sobre o ambiente. Assim, em sintonia com uma *hermenêutica ambiental*, esta reflexão desconstrói o conhecimento ao decepcionar a razão instrumental que trabalha com as certezas do mundo da vida (objetivação). A Epistemologia Ambiental, aqui apresentada, parte do questionamento da pretensão logocêntrica, demonstrando a fragilidade da ciência racionalista moderna diante dos desafios postos pela crise ambiental e a complexidade do mundo cuja marca tem sido a da incerteza.

Além deste aspecto, cabe notar, as maiores alterações – a médio e longo prazo - por que passou o planeta adveio da Revolução Industrial ocorrida no final do século XVIII. Posteriormente, como consequência da alteração das atividades produtivas, ampliaram-se os desastres ambientais o que acarretou milhares de mortes e depredação do planeta. Assinala-se que tais decorrências proporcionaram notoriedade, a partir do final da década de 1960, às proposições políticas adeptas da necessidade de reformas no sistema produtivo e de consumo. Houve, assim, inúmeras catástrofes ambientais que promoveu a mobilização de diversos segmentos associados às organizações não-

1 Este texto é uma versão revista e ampliada da participação dos autores junto à Universidade de Granada (Granada, Espanha) em dezembro de 2015 nas *Jornadas latino-brasileñas sobre resolución alternativa de litigios de consumo: un análisis comparado* (edição número 1) Facultad de Derecho Universidad de Granada. Além disso, assinala-se que a inspiração maior para a escolha do tema e o enfoque, deram-se, sobretudo, pela percepção sistêmica do Direito contida na formulação presente em Luciana Monduzzi Figueiredo, cuja sistematização encontra-se “Mediação ambiental: o acesso à justiça pelo olhar da extrajudicialidade” In.: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6822951732be44ed>. Acesso 03.nov.2017.

2 Mauro Gaglietti é Professor Universitário e Mediador de Conflitos no âmbito extrajudicial. Coordena o Núcleo de Mediação do Curso de Direito das Faculdades João Paulo II (Passo Fundo, Porto Alegre, Pelotas e Rio Grande). Doutor em História/PUCRS; Mestre em Ciência Política/UFRGS; Especialista e Graduado em História/UFSM. Membro convidado na Comissão de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS. Integra a Academia Passo-Fundense de Letras.

3 Natália Formagini Gaglietti é Advogada. Mestranda em Direito no PPG na Universidade de Passo Fundo (UPF). Graduada em Direito pela IMED. Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil na UPF.

governamentais, intelectuais, universidades, agentes do Estado e da iniciativa privada, acarretando a rápida ampliação da percepção das questões ambientais desde os anos de 1970. Tais movimentos deram origem às conferências realizadas por entidades e chefes de Estado, com vistas a encontrar uma forma de promover a conciliação entre o chamado desenvolvimento econômico e a manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, tentando garantir qualidade de vida à população mundial. Meio século foram suficientes para o planeta sentir determinadas alterações que provocam um certo mal-estar. Agora, muitas mudanças significativas ocorreram no que se refere à questão ambiental, assimilada, ainda, contemporaneamente, como um obstáculo para o crescimento econômico, apesar dos constantes esforços dedicados à mudança deste modelo de pensamento e ação.

Diante do exposto, examinam-se, aqui, as transformações sociais e jurídicas na esfera da alteração da cosmovisão de acordo com o paradigma vigente que sustenta a noção segundo a qual os seres humanos são superiores à natureza e ao cosmos. Nesse sentido, a ecologia política notada como justiça ambiental pode ser a chave para se esboçar o acesso à justiça entendido como o direito a ter direitos no âmbito do tratamento mais adequado aos conflitos socioambientais, concebido como o direito humano fundamental mais abrangente e contando com o amparo junto à Constituição da República Federativa do Brasil. Para tanto, é relevante que se busque junto a uma concepção teórica e metodológica a resposta para tal perspectiva. Trata-se, nesse caso, de apresentar o holismo que tem o mérito de preencher lacunas metodológicas e epistemológicas segundo as quais pode ocorrer a atuação de duas forças simultâneas - aparentemente antagônicas - que são, ao mesmo tempo, complementares. Ao contrário da epistemologia ainda hegemônica, aqui o sujeito insere-se na construção do conhecimento na medida em que este é, sobretudo, autoconhecimento. No caso, constata-se que todo sujeito que se coloca atuando na função de produtor de conhecimento científico é, em sentido amplo, um sujeito implicado. Decorre de tal percepção, que o sujeito também é o objeto do conhecimento, por estar imerso no ambiente no qual se debruça para levar adiante a pesquisa. Nesse sentido, esse conhecimento antigo caracterizado por meio do método associado ao holismo trata a vida em sua complexidade, em estado de completude já percebido pelos pré-socráticos.

Assinala-se, nesses termos, que o objetivo desse texto é examinar em que medida a efetivação da cultura da mediação de conflitos enseja o estabelecimento de graus diferenciados de ecologia política? Desse modo, trata-se de estudar a proposta social e jurídica de resolução de conflitos que vai além do normativismo jurídico. O que equivale a dizer que o Direito pode ser concebido como possibilidade de concretização material do acesso à justiça como direito humano fundamental mais relevante. Em outros termos, percebe-se o Direito como justiça mediática e preventiva na medida em que a mediação é uma estratégia *biopolítica*<sup>4</sup> exitosa em termos educativos, como

---

4 Ver Foucault (1975, 1976, 1979). Depreende-se da concepção de biopolítica que tanto a anátomo-política do corpo como a biopolítica da espécie foram os dois procedimentos de poder postos em prática pelo Estado

realização de cidadania, dos direitos humanos e da democracia. Nesse caso, tecendo-se como parâmetro a mediação como um método não adversarial de resolução de conflitos, pode-se circunscrevê-la nos tipos de procedimentos que, contemporaneamente, tendem a conduzir para uma radical modificação no sistema de soluções ou de transformações de controvérsias e, de modo muito singular, de problemas e questões de natureza jurídica.

Trabalha-se com os pressupostos epistemológicos ambientais que informam a matriz de pensamento holístico responsável maior pela ampliação dos horizontes de expectativa de vida plena e saudável compatíveis com o desenvolvimento sustentável na Terra por meio da ampliação do efetivo acesso à justiça entendido como o direito fundamental mais saliente<sup>5</sup>. Assinala-se, ainda, que o acesso à justiça é entendido aqui como a possibilidade material de se buscar o sistema multiportas de justiça que se encontra representado no marco regulatório da mediação de conflitos no Brasil. Essa dimensão do acesso à justiça faz-se necessária em virtude da hegemonia do modelo dogmático-positivista que não se apresenta à altura do melhor tratamento dos conflitos humanos em suas associações com o ecossistema. Diante dessa virada copernicana, procura-se na mediação de conflitos a base metodológica suficiente e necessária para se esboçar as estratégias de envolvimento dos sujeitos de forma autônoma na busca da construção da saída dos impasses.

## **2 Pressupostos holísticos de acesso à justiça**

A fundamentação do nosso olhar implicado na temática que está sendo tratada, busca em Edgar Morin (2006) a teoria da complexidade por esta contemplar a transdisciplinaridade na medida em que surge em decorrência do avanço do conhecimento e do desafio que a globalidade coloca para o século XXI. Seus conceitos contrapõem-se aos princípios cartesianos de fragmentação do conhecimento e dicotomia das dualidades (Descartes, 1973) e propõem outra forma de pensar os problemas contemporâneos. O paradigma da complexidade é proposto, nessa direção, pela adoção sistemática dos princípios: holográfico; transdisciplinar; da complementariedade dos opostos; da incerteza; da autopoiese (Morin, 1991). Diante disso, a primeira assertiva a ser expressa é a seguinte: se quisermos preservar a raça humana e o planeta, precisamos, com urgência e emergência, mudar a forma como vemos o mundo e a maneira como nos vemos no mundo, ou seja, perceber qual é a cosmovisão que prevalece e qual àquela que irá dar respostas concretas para as atuais e às novas gerações no que se refere às questões implicadas na ecologia política.

Assim, parte-se, inicialmente, do pressuposto compartilhado por Edgar Morin segundo o qual todos os discursos trazem consigo um paradigma que contém os

moderno e que tem como tarefa principal a formatação e o controle do indivíduo e da própria sociedade. Assim, o desenvolvimento da sociedade moderna e das novas relações de produção capitalistas tiveram a necessidade da construção de uma tecnologia de poder que age de modo a gerir e a controlar as múltiplidades humanas.

<sup>5</sup> SOARES (2010) demonstra que o Judiciário, ao resolver a controvérsia jurídica, muitas vezes não é capaz de compor as crises subjacentes, o que é de fundamental importância com o bem ambiental, notadamente no aspecto sociológico e ético.

conceitos fundamentais, ou as categorias basilares, da inteligibilidade do sujeito e, ao mesmo tempo, o tipo de relações lógicas de atração/repulsão (conjunção, disjunção, implicação ou outras) existente entre esses conceitos ou categorias. Assim, “os indivíduos conhecem, pensam e agem segundo os paradigmas inscritos culturalmente neles. Os sistemas de ideias são radicalmente organizados em virtude dos paradigmas” (MORIN, 1991, p. 188). Em segundo lugar, busca-se em Kant e as suas condições de razão, as apropriações emergentes da ecocidadania que se encontram esculpidas na fortuna crítica de Luis Alberto Warat (2004, p.33-75), que há décadas apontou que o sentido do Direito é buscar uma atitude holística para se encontrar o tratamento mais adequado aos conflitos. Essa formulação avançada em sua proposição, atenta para a concretização do acesso à justiça enquanto direito humano fundamental que se encontra presente na Constituição da República Federativa do Brasil.

Talvez esse seja o modo de se tentar aproximar a cultura do Direito a uma ética comprometida com a qualidade de vida à medida que se avança rumo ao fomento de uma cultura jurídica não adversarial por meio da efetivação da Justiça Mediática presente no princípio basilar na busca da concretização dos melhores interesses das partes como propósito maior de se fazer justiça por intermédio da eleição dos melhores interesses e necessidades das pessoas envolvidas nos conflitos. Um exemplo notável pode estar presente na Lei 13.105/2015 (Novo CPC) e nas leis 13.140/2015, 9.307/1996 e 13.129/2015. As legislações em tela podem ser notadas como uma oportunidade sistêmica para se aproveitar a iniciativa do Estado para que a sociedade possa se tornar mais autônoma – menos dependente do próprio Estado – por meio da efetivação da mediação no âmbito extrajudicial, efetivando, desse modo, alguns poucos preceitos da ecologia política na esfera privada, portanto, extrajudicial. Assim, os conflitos mediados podem servir de auxílio humano para a afirmação recíproca dos movimentos próprios daqueles que vivem e provam a experiência de confronto em suas vidas, transformando suas conflitualidades vinculares em movimento próprios de *empoderamento* na busca da ampliação da autodeterminação dos sujeitos a partir da crença de que as mesmas pessoas que foram capazes de criar os problemas, podem se houver internalizado nelas o desejo de efetivar a necessária satisfação de suas necessidades, sentimentos, vontades e interesses, buscando-se, nesse caso, por meio da mediação, construir a ecologia dos vínculos, da ética, do Direito, possibilitando, nessas condições espaço temporais, a melhoria da qualidade de vida por meio da ecocidadania.

Nessa mesma direção, vislumbra-se que uma concepção holística<sup>6</sup> informa que o Direito pode voltar-se para a mediação dos conflitos mediante a construção de uma cultura da paz nas escolas, universidades, famílias, comunidades e que repercutam a médio prazos na renovação cultural dos quadros burocráticos que compõem a estrutura do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Ministério Público, da Defensoria Pública, da AGU e dos professores universitários que militam no ensino jurídico. Na verdade, o

---

6 PIETRONI (1988) considera os sistemas como um todo e não somente focalizado em suas partes, passando a integrar um novo paradigma holístico como modelo de conhecimento.

campo do Direito, nessa perspectiva, pode ampliar as habilidades dos operadores do Direito na busca da facilitação do diálogo e do entendimento tendo em vista o melhor interesse das partes envolvidas em conflitos, transformando o operador do Direito em gestor de desavenças. Nesse aspecto, superar a visão maniqueísta e o dualismo é fundamental para criar o espaço temporal do diálogo – e não apenas a letra fria da lei como fonte do Direito (“o que não está nos altos do processo não tem validade, não é vida”) – possa autocompor as saídas para os impasses gerados pelos conflitos de interesse, de necessidades e de desejos em choque em todas as instâncias da vida<sup>7</sup>. Portanto, o direito à palavra é um princípio da mediação que precisa ser garantido toda a vez que as pessoas buscam efetivar o acesso à justiça entendido como acessar ao emprego dos métodos mais adequados de tratamento de conflitos no sistema multiportas<sup>8</sup>.

A partir dessas considerações, destaca-se que o eixo estruturante desse texto está assentado em uma percepção holística segundo a qual o desenvolvimento social e econômico de um país como o Brasil, deveria acontecer de forma sustentável e, preferencialmente, sem agressões ao ecossistema, sem eliminar os recursos naturais tendo em vista sempre as necessidades das próximas gerações<sup>9</sup>. Nesse contexto, a ecologia política está sendo pensada à luz das relações estabelecidas pelos seres humanos, podendo, ainda, ser percebida como sendo o estudo da relação da humanidade com o meio ambiente, em outros termos, com o cosmos. Trata-se, de certo modo, acerca da maneira como ocorrem as transformações entre os seres humanos – metamorfoses mútuas - e de que modo o meio ambiente permite que a humanidade viva (sobreviva). Assim, concebe-se que o meio ambiente dos seres humanos não se encontra reduzido à natureza selvagem, compreendendo também a natureza transformada pela humanidade. Portanto, a ecologia política é a interação humana e complexa entre meio ambiente (o meio em que vive a humanidade) e funcionamento econômico, social e, por que não, político das comunidades humanas. Essa é uma diferença significativa entre a ecologia da espécie humana e a ecologia das outras espécies animais. Com efeito, os

---

<sup>7</sup> O Direito abordado sob a óptica do holismo busca parâmetros e fundamentos no físico quântico Fritjof Capra (2002, obra publicada em 1996), no jurista Luis Alberto Warat (2004) e junto ao Professor Fagúndez (2004).

<sup>8</sup> Ver Sales (2014) e Pinho (2016). O sistema multiportas encontra-se associado à cultura de não litigar todos os casos. Assim, para que os conflitos sejam pacificados de outra maneira, principalmente por meio da mediação e da conciliação, é que surge no art. 167 do novo CPC a grande novidade: a criação de câmaras privadas de mediação e conciliação, empresas devidamente capacitadas e habilitadas que, juntamente com os mediadores e conciliadores, poderão atuar na pacificação dos conflitos em caráter judicial e extrajudicial, ou seja, em demandas já instauradas perante o Poder Judiciário, bem como em caráter preventivo, evitando a instauração de novos processos, colaborando com o enxugamento da máquina judiciária que poderá se dedicar com mais afinco e qualidade, em tempo mais razoável, aos conflitos que realmente precisam ser julgados, que exigem produção de prova ou que são relativos a direitos intransigíveis.

<sup>9</sup> Esses pontos foram discutidos e apresentados pela primeira vez durante a Conferência de Estocolmo, em 1972, e durante a reunião da ONU que deu origem ao Clube de Roma, grupo de intelectuais que se reúnem para discutir temas ligados a economia, política internacional e, principalmente, meio ambiente que propôs avaliar a situação ambiental no mundo, fazendo assim observações, previsões e soluções para os possíveis danos ambientais e suas consequências.

seres humanos são animais não apenas sociais, mas também políticos<sup>10</sup>.

Nota-se, na história das ciências, que a oposição entre humanidade e animalidade, natureza e cultura, foi rejeitada por Lévi-Strauss (1983) ao tecer considerações críticas à hierarquização entre as culturas. Tal classificação não se sustenta do ponto de vista epistemológico na medida em que não há como comprovar que uma cultura é superior à outra à medida que se estuda a singularidade de cada uma, sua originalidade, à medida que a ciência sistematiza o que é universal entre elas na medida em que todos os seres humanos ao tentarem resolver seus problemas e perspectivar valores, procuraram utilizar o que é comum: a linguagem, as técnicas, a arte, os conhecimentos, as crenças religiosas e a organização social, econômica e política, que se alteram conforme as necessidades específicas. Conclui-se que a particularidade de cada cultura não é comprovação e justificativa das desigualdades sociais, nem tampouco obstáculo à comunicação entre as diversas culturas existentes no mundo<sup>11</sup>.

Verifica-se que os cientistas ao pesquisarem sobre o tema descobrem que os animais se comunicam por meio dos ritos e símbolos. Reconhecem, assim, que essas características não são exclusividades humanas (Morin, 1973). Portanto, os seres humanos pertencem ao mundo de seres vivos diferenciados, sendo, portanto, portadores de percepções diversas (Merleau-Ponty, 2000). Desse modo, os seres humanos surgem da natureza, devendo ser considerados, além de inerente a ela, inerente ao mundo e ao reino animal. Portanto, a distinção feita entre os humanos e os outros animais ocorre pela diferença existente entre os corpos. Dessa maneira, constata-se que cada animal possui um mundo que lhe é específico, e a vida pode ser compreendida por intermédio de uma abertura de um campo de ações no qual cada animal, ao mesmo tempo em que é criado por ele, é capaz de criá-lo de acordo com a temporalidade e espacialidade próprias.

Destaca-se, nesses termos, que a existência de cada organismo inicia-se com uma célula, a qual possui certas estruturas iniciais resultante da história da filogenia. Dando continuidade à historicidade do corpo, vamos construindo outra história mediante nossas experiências de vida, de acordo com a sociedade em que vivemos. O corpo humano possui a mesma organização dos seres vivos, porém, com estrutura diferente, vai adquirindo originalidade à medida que vai interagindo com o ambiente e o cosmos. Assim, a história de mudanças na estrutura de um organismo em interações

---

<sup>10</sup> Na origem da especificidade da ecologia humana, existe, porém uma outra característica que remonta aos primeiros passos dessa espécie na face da Terra. Sabe-se, atualmente, que a capacidade de produzir instrumentos não é mais reconhecida como uma exclusividade dos humanos, uma vez que chimpanzés são capazes de improvisar certos instrumentos, ainda que rudimentares. A natureza considerada viva, em constante transformação, por ser formada pela solidariedade de vários sistemas encadeados, que, ao se imbricarem, tornam-se interdependentes. Nessa relação, o ser humano, constituído por sistemas celulares, “faz parte de um sistema social, no seio de um ecossistema natural, que por sua vez está no seio de um sistema solar, que por sua vez está no sistema galáctico” (Morin, 1977, p. 97).

<sup>11</sup> Merleau-Ponty (2000, p.03-10), ao abordar a natureza diferentemente de como esta vinha sendo concebida nas ciências naturais, reduzida meramente ao conjunto dos objetos dos sentidos, afirma que “a natureza é um objeto enigmático, um objeto que não é inteiramente objeto; ela não está inteiramente diante de nós. É o nosso solo, não aquilo que está diante, mas o que nos sustenta”.

com o meio, de acordo com Maturana, a ontogenia ao gerar as mudanças estruturais que ocorrem são:

[...] contingentes com as interações com o meio. Não são determinadas pelas circunstâncias do meio, mas são contingentes com elas, porque o meio apenas desencadeia no ser vivo mudanças estruturais. E vice-versa: o meio muda de maneira contingente com as interações com o organismo. (2001, p. 82)

Formado por uma dinâmica molecular, o corpo vai organizando-se e se reorganizando mediante as provocações advindas do ambiente, das pessoas e da sociedade com as quais convivemos, sendo ao mesmo tempo agente perturbador, modificando-as. Por fim, assinala-se, ainda, que nosso corpo possui historicidade tanto na estrutura orgânica quanto nas interações com a cultura em que vamos convivendo. Decorre que a biologia passa a reconhecer as diversidades individuais e culturais, desautorizando, portanto, a concepção da mundialização de um corpo padrão.

### 3 Os conflitos socioambientais

Busca-se, a partir do exposto, na concepção holística os mecanismos em torno dos quais se podem sistematizar um tratamento mais apropriado aos conflitos socioambientais, sobretudo, se considerarmos a emergência dos mesmos no Brasil. Nesses termos, pode-se perceber que tais conflitos baseiam-se na má utilização dos recursos naturais, na poluição do ar, água e da extinção de inúmeras espécies de animais, causando, por decorrência, o desequilíbrio no ecossistema e, em consequência disso, os seres humanos pagam um custo muito alto dada a reação em cadeia da natureza.

Depreende-se disso, que a temática em tela é relevante na medida em que nos últimos anos o número de desastres naturais tem se tornado mais frequente em diversas regiões do Planeta. De acordo com vários artigos científicos, o desmatamento de grandes áreas, a poluição de mares e rios entre outros, provocam erosões, desmoronamentos, enchentes, aumento da temperatura e desequilíbrio ambiental. Isso se deve, em certa medida, à expansão territorial urbana e à ampliação do sistema de produção e consumo industrial ocasionado pelo crescimento populacional. Constata-se, assim, que tais fatores têm contribuído para agravar ainda mais as condições ambientais, principalmente àquelas associadas ao estilo de vida das grandes cidades. É justamente nesse ambiente urbano, que se verificam a existência de determinados impactos ambientais como a poluição do solo, da água e do ar, ocupação desordenada e crescimento de favelas nas periferias, edificação de moradias em locais inapropriados ou áreas de preservação tais como encostas, margens de rios, mananciais e até regiões de mangue precisam ser repensados e novos hábitos estimulados.

Diante dos conflitos socioambientais, apega-se à concepção da *ecologia política*<sup>12</sup> como um paradigma que consiste em redes dentro de redes, em cada escala, nas quais

12 Capra (2006) assinala uma singular perspectiva sobre a natureza da vida, abrindo uma trilha para a autêntica transdisciplinariedade. Sua percepção colide com àquela hegemônica, centrada no modelo mecanicista e darwinista muito aceito nos círculos universitários e científicos.

os seus nodos revelam-se como redes menores. Fritjof Capra, por seu turno, demonstra que na natureza, no cosmos e na vida humana não há sistemas hierárquicos à maneira de uma pirâmide. Segundo ele, essa seria apenas uma criação humana, uma ilusão assentada em crenças. Percebe, que na natureza, não há “acima” ou “abaixo”, por não haver hierarquias rígidas. O que há, tão somente - e apenas - são redes aninhadas dentro de outras redes (Capra, 2006, p. 45). Nesse caso, a visão sistêmica de Capra define a ecologia por meio de um princípio básico ao reconhecer os ecossistemas, como todos os sistemas vivos, formam “estruturas multiniveladas de sistemas” aninhados dentro de outros sistemas vivos. Assegura-se, nessa mesma condução paradigmática (Capra, 2006, p.33-98), que a teoria dos sistemas vivos leva em consideração que é possível para um sistema realizar enquanto parte do todo, para gerar sustentabilidade, passe-se, inicialmente, pela necessidade de conhecer a natureza do sistema e suas carências e, em segundo plano, passa-se pelo respeito dos limites para que o sistema macro - a rede - não necessite recorrer à diversidade para se reorganizar. Isso nada mais é que utilizar racionalmente a natureza em prol do todo e de si, buscando sempre alternativas que permitam em curto prazo promover a reposição natural do bem utilizado para o bem comum. No caso, “o comum” incluiu a própria natureza na medida em que ela é a mantenedora, portanto, deve ser cuidada para não parar de devolver o esforço do micro sistema. Assim, o aperfeiçoamento dos seres humanos e o repensar na forma de relação com a natureza, pode gerar uma cosmovisão na qual o humano se vê como parte do sistema em que habita e portando respeitando o ciclo de existência e as respectivas flexibilidades, movimentando-se dentro do paradigma circular, adaptando-se ao giro e permitindo que o equilíbrio aconteça sem a necessidade de chegar ao ponto de *stress* permanente que destrói os princípios da ecologia política e da vida. Essa reformulação segundo Capra (2006) cabe-nos reaprender os princípios da natureza e criar sistemas de educação pelos quais as gerações futuras venham aprender a planejar as sociedades que se respeitem e se aperfeiçoem como parte de um todo justamente por incorporar a função vital no círculo vital da teia da vida.

Dito isso, nota-se que a função da diversidade nesse sistema é assegurar que se um sistema vivo for eliminado logo outro se adéque à função do sistema eliminado e possibilite o sistema macro funcionar sem grandes perdas, talvez isso explique a adaptação dos seres. Capra, (2006, p. 35-76) demonstra que quando uma determinada espécie é destruída por um transtorno grave que rompa a conexão da teia, a comunidade que se apoia sobre a diversidade é capaz de sobreviver e se reorganizar, já que as outras conexões podem ao menos parcialmente realizar a função da espécie destruída.

Capra, (2006, p.427-443), assinala que há muitas diferenças entre os ecossistemas e as comunidades humanas, sendo que nos primeiros não se constata a presença da autopercepção, das linguagens, da consciência, da cultura, da corrupção, da cobiça e da desonestidade, por exemplo. Por decorrência, não vigora entre os ecossistemas a experiência prática da efetivação das noções de democracia, direito e justiça. Desse modo, as comunidades humanas poderiam desenvolver, caso assim desejassem, a

necessidade de apreender com a natureza como sustentáculo da vida na medida em que os seres humanos têm o poder de construir, criar e nutrir os seus pares. Nessa perspectiva, percebe-se que a sustentabilidade não é uma propriedade individual, mas como afirma Capra, é, na verdade, uma propriedade compreendida como uma teia de relações. No caso, uma comunidade humana sustentável interage com outras comunidades (humanas ou não) cujo trajeto lhes permite viver e se desenvolver de acordo com a força natural. Capra constata:

Uma vez que tenhamos entendido o padrão básico de organização que os ecossistemas desenvolveram para se sustentar ao longo do tempo, podemos fazer perguntas mais detalhadas. Por exemplo: Qual a resiliência dessas comunidades ecológicas? Qual é o seu poder de recuperação, sua flexibilidade? Como é que elas reagem a perturbações externas? Essas perguntas nos levam a outros dois princípios da ecologia – flexibilidade e diversidade – que permitem aos ecossistemas sobreviverem a perturbações e se adaptarem a condições em mudança. (2006, p. 438)

Em primeiro lugar, decorre dessa percepção que as áreas de preservação ambiental e indígena do Brasil são as grandes fontes de conflitos socioambientais. Em segundo lugar, os conflitos ambientais no Brasil e no mundo, ocorrem quando os interesses econômicos e ambientais se opõem em razão dos possíveis impactos ao ecossistema e à sociedade local. Desse modo, os programas de crescimento e desenvolvimento sustentáveis que são implantados pelas ações do Estado brasileiro deveriam estar acompanhados de precauções e de cuidados necessários para garantir o desenvolvimento sustentável mediante a observação dos aspectos ecológicos de regiões em preservação.

Constata-se, dessa maneira, que o palco privilegiado de conflitos é composto por grupos distintos, com interesses particulares, necessidades singulares, comportamentos associados às estratégias de busca de concretização das necessidades e interesses e pensamentos complexos sobre o destino de um mesmo território. Assinala-se, diante dessa constatação, a necessidade da formulação da seguinte questão: será que esses segmentos estariam dispostos a sentar em um círculo de mediação de conflitos buscando uma saída mediante o uso do dialogismo que possa estar calcada em uma concepção de desenvolvimento sustentável? Considerando-se que os grupos envolvidos têm diferentes estruturas de poder, a mediação seria viável diante desse desequilíbrio de poder? Considerando-se, ainda, que o mediador por ter sido capacitado e formado, por ser um terceiro de fora dos interesses envolvidos nos conflitos, imparcial, com confiança das partes, pergunta-se: quem teria a aceitação e a legitimidade política e cultural para mediar os conflitos no âmbito da justiça ambiental ao envolver inúmeras singularidades e aspectos complexos associados ao transculturalismo?

#### **4 A mediação como tratamento mais adequado dos conflitos socioambientais**

Enquanto a sociedade civil e os agentes do Estado formulam uma saída para as respostas a estas indagações, pode-se focar no critério fundante de gestão ambiental que ao ser executado, dentro de um projeto estratégico nacional, precisa ser entendido como um método que busca a integração do território, dos seres humanos e do recurso possam serem gerenciados sob forma sustentável garantindo o equilíbrio em todos os seus níveis. Para tanto, faz-se necessário novos procedimentos de condução das crises contemplem o planejamento, o monitoramento e a fiscalização, fundamentados em novos princípios e aspectos, muitas vezes, subjetivos, portanto, políticos. Assim, por intermédio da adoção de tais mecanismos pode-se praticar a conciliação, a participação e a co-responsabilidade dos vários atores envolvidos, inibindo, assim, a proliferação ou explosão de conflitos socioambientais no país. Com estas medidas fortalece-se a sociedade, o aparato legal e o desenvolvimento humano em todos as suas dimensões.

Diante da experiência da sentença judicial no Brasil para os litígios socioambientais, assegura-se que por ser um mecanismo heterocompositivo, portanto, extremamente vertical, as decisões judiciais não resolvem os conflitos, apenas fornecem uma resposta ao litígio que é apenas – e tão somente - o componente jurídico do conflito, podendo até mesmo vir a produzir novos conflitos decorrentes de uma resposta apenas no litígio e no tempo do processo judicial e não no tempo das pessoas envolvidas na questão. Por ser mais abrangente, o conflito – ao contrário do litígio - envolve dimensões éticas, culturais, morais, subjetivas, identitárias e sociais que não entram na pauta do Poder Judiciário quando esse se debruça única e exclusivamente aos autos do processo (“o que não está nos autos do processo, não está no mundo”).

No Brasil houve, desde 1988 por ocasião da Constituição da República Federativa do Brasil, a ampliação gradativa entre os juristas da noção de jurisdição comunitária<sup>13</sup> como fonte do Direito capaz de tratar os conflitos. Assim, os conflitos socioambientais já podem contar com a mediação como uma das portas do sistema de justiça no Brasil na esfera extrajudicial, portanto, privada<sup>14</sup>.

Considera-se, em primeiro lugar, no âmbito das mediações ambientais o sentido da indisponibilidade do bem tutelado. Assim, às pessoas que se envolverem com a mediação podem adquirir uma nova forma de interpretar a relação entre as comunidades humanas e o ecossistema, motivo maior de se procurar exercer o direito à oralidade como um dos princípios da mediação. No caso, no novo processo civil brasileiro não é mais o juiz o protagonista da ação judicial, mas, na verdade, são as partes. Se no antigo processo civil se trabalhava com a ideia adversarial de advogado contra advogado, os entes envolvidos em conflito saíam do processo judicial voltados para a briga, para a

---

<sup>13</sup> Ver MELEU (2014).

<sup>14</sup> A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (2010), acompanhada de suas Emendas nº 1 e nº 2 tem orientado a aprovação da Lei 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil) e a Lei 13.140/2015 considerado o marco regulatório da mediação. Ambos em vigor desde 18 de março de 2016.

cultura do ganha/perde, agora, ganha dimensão o princípio da cooperação entre os sujeitos do processo civil, em particular chama-se a atenção para a nova função da advocacia e da magistratura na qual precisam promover a paz e a busca do diálogo e do entendimento entre os envolvidos. Dessa maneira, não há ganhadores ou perdedores nesta relação, de modo que criar vínculos que estabeleçam semelhanças e diferenças sem eliminação ou fusão está na base desse novo agir e pensar a gestão ambiental, por exemplo.

Warat (1998, p.55) assinala, por seu turno, que um determinado trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflituivos das diferenças que nos permite formar identidades culturais – de nos integrar no conflito com o outro –, com um sentimento de pertença comum. Uma forma de poder perceber a responsabilidade que compete a cada um no conflito, gerando devir (devires) reparadores e transformadores. Desse modo, a mediação com caráter negocial pode abarcar, ao mesmo tempo, os direitos transindividuais, nos quais se inclui o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado – bem indisponível e inalienável –, vem sendo estimulada pela nova legislação que prima pelo melhor interesse das partes como sendo a materialização do acesso à justiça. Diante disso, percebe-se o esboço de um Estado de justiça ambiental<sup>15</sup> que se está construído voltado às garantias das medidas céleres e eficazes por intermédio do reconhecimento da técnica à autocomposição dos conflitos junto a Administração Pública, inclusive em matéria ambiental.

Com tais parâmetros, a mediação pode ser concebida como uma forma ecológica ao viabilizar um entendimento materializado em um acordo transformador das diferenças, como assegura Warat (2004). O que equivale dizer que a natureza política da mediação é representada pela estruturação da visão ecológica do mundo – um componente estrutural do paradigma político e jurídico da transmodernidade à medida que se considera as práticas sociais da mediação como as principais responsáveis pela configuração de autonomia, democracia e cidadania, na medida em que educam, facilitam e auxiliam a produzir e reconhecer as diferenças, bem como a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de funcionários do Estado que decidem no lugar das pessoas envolvidas por um conflito. Ainda, o sentido político da mediação associa-se, direta e indiretamente, à ampliação da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação a si próprias e com os outros. Depreende-se desta tópica a imensa potencialidade internalizada contendo autonomia na produção e no reconhecimento legítimo da diferença, ou seja, na produção do tempo com o outro.

---

15 A comprovação do avanço dessa dimensão do Estado pode ser encontrada nas iniciativas no âmbito da Arbitragem por meio da Lei 9.307/1996 e a sua mais recente atualização na Lei 13.129/2015. No âmbito da mediação, negociação e conciliação as iniciativas concentram-se nas leis: 13.105/2015; 13.140/2015, ambas inspiradas na Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

## **5 Considerações finais**

Salienta-se que há abordagens que captam os conflitos ambientais como decorrentes de rupturas de acordos ecológicos devido à existência de distintas interpretações simbólicas quanto às unidades territoriais compartilhadas. Assim, afirma-se que a concepção subjacente a estas análises não problematiza a separação sociedade-natureza. Adota-se, desse modo, o pressuposto de que existe uma natureza, em sua materialidade e ecologia, que é representada politicamente pelos distintos grupos sociais, o que deflagra, portanto, os conflitos ambientais. Na verdade, trata-se de um conflito ambiental, visto que, neste caso, o ambiente é concebido como o lugar conceitual em que se estabelece uma relação de interpretação diferencial entre termos homônimos com significados distintos entre as perspectivas, de forma que comunica dois mundos e mantém suas diferenças, tornando possível a formulação coo-elaborada de projetos políticos com espaço para diferentes mundos.

Assim, a mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos jurídicos, policiais, familiares, de vizinhança, institucionais e comunitários, buscando, sobretudo, uma melhor qualidade de vida (saúde) das partes envolvidas em controvérsias. Viabiliza-se um método no qual a aplicação coercitiva e terceirizada à Justiça Estatal – ajustar o acordo às disposições do Direito positivo - cede lugar a um procedimento que tende à satisfação de desejos e à ampliação de responsabilidades entre as pessoas envolvidas em conflito.

No caso, a distribuição da justiça pode ser feita mediante instrumentos judiciais e extrajudiciais, que devem ser escolhidos de acordo com as peculiaridades do conflito. No momento de negociação extrajudicial, nem sempre a tutela reparatória mediante o dever de indenizar será proposta (modelo ganha-perde), mas uma harmonização entre os interesses em conflito (modelo ganha/ganha) sempre sob a perspectiva da proteção do meio ambiente (bem maior). O foco é, portanto, precisaria levar em consideração as necessidades, os sentimentos, os interesses e os desejos das pessoas, em um primeiro plano, e, ao mesmo tempo, a natureza dos problemas ambientais, bem como as questões jurídicas e administrativas nele envolvidas. Com esse raciocínio, a mediação ambiental revela-se um caminho eficaz, já que não objetiva apenas resolver a controvérsia colocada, mas desenvolver – em termos preventivos por intermédio da cultura da justiça mediática - uma nova relação contínua e duradoura das partes com o meio ambiente, mediante a intermediação de um terceiro preparado com técnicas transdisciplinares. Salienta-se, ainda, que o Brasil já conta com uma preciosa legislação que enseja nos operadores do direito a necessidade de cooperação como princípio maior do Novo CPC (lei 13.140/2015) à medida que juízes, advogados, precisam eleger o melhor interesse das partes como sendo o protagonista do processo civil brasileiro.

Diante disto, conclui-se, em um primeiro plano, que o modelo dogmático-positivista que concebe o Poder Judiciário como o “superego da sociedade” por ser pretensamente a única fonte do Direito, impede que a formação jurídica levada à frente nos Cursos de Direito no Brasil, entendam o princípio maior da cooperação e dos métodos não-

adversariais de tratamento de conflitos no âmbito de um sistema multiportas de acesso à justiça. Tudo isso colabora com o fortalecimento da cultura da judicialização dos conflitos socioculturais e ambientais via processos judiciais, ao voltarem-se única e exclusivamente aos aspectos processuais do CPC esboçado no período autocrático de 1973 no qual as partes eram objeto do processo civil e não o seu protagonista maior. Diante dessa virada epistemológica, procura-se na mediação de conflitos a resposta à crise paradigmática no âmbito do Direito na medida em que deve promover o ser humano e a vida por meio de suas diversas manifestações ambivalentes e complexas.

Conclui-se, em um segundo momento, que a prevalência da obsessão pelo crescimento ilimitado da economia impacta sobre o ambiente natural no qual se encontram as comunidades humanas. Tal procedimento se deve à cosmovisão que foi se formando ao longo dos últimos quatro séculos que na prática separa o desenvolvimento da necessária sustentabilidade, implicando em danos e prejuízos para as atuais e futuras gerações.

Por um lado, percebe-se, assim, que os conflitos socioambientais tendem a crescer na medida em que o crescimento econômico ilimitado enfrenta há três décadas o esgotamento dos recursos naturais, a proliferação dos impactos negativos e as respectivas barreiras desencadeadas. Por outro lado, destacou-se ao longo do trabalho que o crescimento é uma característica natural da vida e teria que vir acompanhado por uma nova cultura que abarcasse o crescimento qualitativo contida nos critérios de avaliação tendo por parâmetro os indicadores qualitativos associados às diferentes dimensões da pobreza, saúde, educação, cidadania, inclusão social entre tantos outros. Essa perspectiva precisaria reconhecer, assim, o desenvolvimento como um procedimento e mecanismo sustentável, portanto criativo, de busca de ampliação das capacidades pessoais. Nesse sentido, a diversidade cultural em conjunto poderia ser contemplada por meio da mobilização de recursos locais tendo em vista a satisfação das necessidades locais na esfera do desenvolvimento sustentável qualitativo. Desse modo, desenvolvimento sustentável estaria relacionado à pesquisa em torno das energias renováveis, sem produção de resíduos e que tivesse a capacidade de restaurar os ecossistemas. Outro aspecto dessa nova percepção acerca do desenvolvimento econômico se daria mediante a construção de uma sociedade baseada na cultura de serviços (“desmaterialização”), o que requer não priorizar os hábitos de consumo que elegem, sobremaneira, os produtos e as mercadorias. Talvez pudéssemos, gradativamente, em décadas, substituir a satisfação material pela satisfação nas relações humanas.

Por fim, concebe-se que este paradigma da ecologia política ao ser compartilhado - cultural e socialmente - seria o responsável, por exemplo, pela busca do melhor tratamento dos conflitos envolvendo cosmovisões diferenciadas. No caso dos conflitos socioambientais, a ação judicial não seria a única porta para viabilizar o acesso à justiça. Ao contrário, a mediação para os conflitos ambientais poderia ser a opção primeira a partir do desenvolvimento de um olhar extrajudicial. Assim, diante do exposto, considerando-se a relevância do bem protegido bem como a instalação do propósito da efetiva garantia de uma tutela ambiental material, a mediação faz-se necessária por meio de uma percepção

não restrita ao Judiciário. Portanto, torna-se premente que as pessoas envolvidas nos conflitos socioambientais e os mediadores, possam adquirir conhecimento acerca de todas as variáveis que se encontram embutidas nas controvérsias e desavenças. Ou seja, trata-se de se obter sabedoria para fazer a gestão dos conflitos, ampliando, desse modo, o olhar acerca dos aspectos que se encontram subjacentes àquela situação conflitiva.

Percebe-se, nessa mesma direção, que a razão dessa necessidade liga-se, sobretudo, às consequências que os problemas ambientais podem proporcionar à complexidade e à celeridade dos acontecimentos da sociedade contemporânea. Tais consequências, portanto, requerem instrumentos aptos e dinâmicos para sua contenção. Nesses termos, na mediação, o foco é a situação a ser resolvida, buscando-se atentar, prioritariamente, para os sentimentos, as necessidades e as reivindicações dos envolvidos na relação que originou as controvérsias. Considerando a relevância do bem protegido, a mediação como método assistido que facilita o diálogo tendo em vista a autocompositivo do conflito entendido como técnica humana adequada à proteção do meio ambiente. Dessa maneira, busca-se sistematizar os fundamentos para justificar o alcance dessa metodologia no princípio da cooperação e participação presentes no Novo CPC, cabendo aos agentes públicos (estatais) e à sociedade civil o desafio de difundir essa prática que já tem amparo constitucional, porém encontra o grande obstáculo dos hábitos culturais que evita que os operadores do Direito possam visualizar alternativa à judicialização dos conflitos socioambientais. Assim, acreditamos que é possível - desde que haja consciência de que temos a real possibilidade de escolha da via mais adequada à solução do conflito - colocar em prática todas as opções, sejam na esfera judicial ou extrajudicial na medida em que todos poderão sair ganhando: o Estado, que irá angariar a credibilidade por concretizar os direitos que oferece por intermédio do Poder Judiciário cuja função, sem sobrecarga, poderá oferecer serviço célere e qualitativo; a advocacia que ao auxiliar os clientes poderá receber os honorários rápida e honestamente; o jurisdicionado, quando tiver sua crise resolvida de forma satisfatória; e o bem maior, o meio ambiente, que terá mecanismos de proteção céleres e efetivos, garantindo vida às futuras gerações.

Concluindo-se por meio de uma constatação por experiência própria dos autores deste texto e pelas referências adotadas aqui. Aponta-se que, diante dos conflitos ambientais, a mediação apresenta-se como muito adequada por possibilitar um grau maior de satisfação dos participantes, que mantém certo grau de controle. Outro aspecto saliente, por ter maior flexibilidade para analisar opções mais criativas que os tribunais, no caso, o mais relevante é que promove a cooperação, elemento que carece normalmente nas respostas judiciais junto à maioria dos problemas ambientais. Assevera-se, ainda, que por não ter uma postura adversarial, a mediação consegue tratar de um campo maior de dados técnicos e não favorece a obstrução de informações. Soma-se, ao exposto, a mediação por ser voluntária, e por ser assistida por um terceiro imparcial que mantém uma postura de facilitar o encontro dos envolvidos na busca do diálogo e do entendimento, consegue chegar a soluções mais duradouras e a uma melhor efetivação dos acordos autocompositivos. Ao mesmo tempo, apresenta como vantagens:

a) o fato de ser um processo informal, que permite a construção conjunta da solução pelas pessoas (autocomposição), dentro de suas possibilidades; b) os envolvidos estão vendo, reconhecendo e assumindo suas responsabilidades quanto aos direitos e deveres ambientais; c) a busca de uma solução conjunta fortalece as relações de confiança e credibilidade entre as pessoas; d) a interação entre os envolvidos possibilita desenvolver e praticar princípios como respeito, solidariedade e cooperação, fazendo com que as habilidades lidar com o conflito seja também uma forma de aprendizagem e crescimento pessoal e coletivo; e) o diálogo direto entre os envolvidos pode evitar manipulações autoritárias, paternalistas e/ou clientelista.

## **6 Referências**

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**. São Paulo: Cultrix, 2006.

BOEIRA, S. L. Crise civilizatória e ambientalismo transtetorial. **Revista de Ciências Humanas**, CFH, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, v. 16, n. 23, p. 71-102, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.com.br](http://www.planalto.com.br)>. Acesso em 19 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.078**, de 11 de Setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em 28 out. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 9.099, de 26 de Setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)>. Acesso em 28 out. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em 19 out. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de Março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)>. Acesso em 28 out. 2017.

BRASIL. **Lei Nº 13.140, de 26 de Junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em 19 out. 2017.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de Novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

CAPRA, F. **O ponto de mutação**: a ciência, a sociedade e a cultura emergentes. São Paulo: Cultrix, 1982.

FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. **Direito e Taoísmo**: Elementos para compreensão do sistema jurídico à luz do princípio único universal. São Paulo: LTr, 2004.

FIGUEIREDO, Luciana Monduzzi, cuja sistematização encontra-se “**Mediação ambiental: o acesso à justiça pelo olhar da extrajudicialidade**” In.: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6822951732be44ed>. Acesso em 19 out. 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1975.

FOUCAULT, Michel. Soberania e Disciplina. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUCAULT, Michel. História da Sexualidade I: a **Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1976.

GAGLIETTI, Mauro. “Guerreiros Ramos e a autopoiese: um anúncio do paradigma sistêmico”. In.: Revista do PPGD Mestrado e Doutorado da UNISC. Santa Cruz do Sul: PPGD/UNISC, 2008, p.161-175. II. 1ed.Porto Alegre, RS: SPAZIO, 2014, v. 2, p. 45-62. <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/579/473>. Acesso em 19 out. 2017.

GAGLIETTI, Mauro; COSTA, Thaise Nara Graziottin; CASAGRANDE, Aline. **O novo no direito**. Ijuí, RS: Unijui, 2014.

GAGLIETTI, Mauro; MAILLART, Adriana Silva; MATA DIZ, Jamile Bergamaschine (Org.). Justiça mediática e preventiva [Recurso eletrônico on-line CONPEDI, ]. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

LÉVI-STRAUSS, Claude. As estruturas elementares do parentesco. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Edusp. Tradução de Mariano Ferreira, 1976.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **O olhar distanciado**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Carmen de Carvalho, 1983.

MATURANA, H. **Autopoiesis and cognition**. Boston: Reidel, 1980.

\_\_\_\_\_. **Cognição, ciência e vida cotidiana**. Belo Horizonte: UFMG, 2001.

\_\_\_\_\_. **El árbol del conocimiento**. Santiago: Hachette, 1991.

MATURANA, Humberto; VARELA, Francisco. **De máquinas e seres vivos: autopoiese – a organização do vivo**. 3ª ed. Porto Alegre: Artes Médicas. Tradução de Juan Acuña Llorens, 1997.

MELEU, Marcelino. **Jurisdição comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Textos escolhidos**. São Paulo: Abril Cultural. Seleção e

tradução de Marilena de Souza Chauí, 1980.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **O primado da percepção e suas conseqüências filosóficas**. Campinas: Papirus. Tradução de Constança Marcondes Cesar, 1990.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Signos**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Maria Ermantina G. G. Pereira, 1991.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura, 1999.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **A natureza: notas: cursos no Collège de France**. São Paulo: Martins Fontes. Tradução de Álvaro Cabra, 2000.

MORIN, Edgar., (1973). **O paradigma perdido: a natureza humana**. 5. ed. Lisboa: Publicações Europa-América. Tradução de Hermano Neves

MORIN, Edgar., (1977). **O método I: a natureza da natureza**. Lisboa: Publicações Europa-América. Tradução de Maria Gabriela de Bragança

MORIN, Edgar, (1980). **O método II: a vida da vida**. 2. ed. Lisboa: Publicações Europa-América. Tradução de Maria Gabriela de Bragança.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Traduzido do francês por Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina. 2006.

MORIN, Edgar. A minha esquerda. Tradução de Edgard de Assis Carvalho e Mariza Perassi Bosco. Porto Alegre: Sulina, 2011 PALIDDA, Salvatore. La revolución policial. In: PUENTE ABA, Luz María; BARBEITO, Mónica Zapico; MORO, Luis Rodrigues (Org.) **Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración: retos contemporáneos de la política criminal**. Tradução de José Ángel Brandariz García e José Antonio Ramos Vázquez. Granada: Comares, 2008.

MORIN, Edgar. O método. v.IV. **As ideias: sua natureza, vida, habitat e organização**. Lisboa: Publicações Europa-América, 1991.

PIETRONI, Patrick. Viver holístico. São Paulo: Summus, 1988.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. A Experiência italo-Brasileira no Uso da Mediação em Resposta à Crise do Monopólio Estatal de Solução de Conflitos e a Garantia do Acesso à Justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. V. 8. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/20829-67315-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em 19 jan. 2017.

PLATIAU, Ana Flávia Barros, et al. Primeira parte. In: THEODORO, Suzi Huff (Org.). **Mediação de conflitos socioambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

SALES, Lília Maria de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SALES, Lilia Maia de Moraes Sales; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano.

Mediação e Conciliação Judicial – A Importância da Capacitação e de seus Desafios. **Seqüência**, Florianópolis, n. 69, p. 255-280, dez. 2014.

SOARES, Samira, Iasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais: um novo caminho para a governança da água no Brasil?** Curitiba: Juruá, 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Bouiteux, 2004.

# O CONSENSO SOBREPOSTO (*OVERLAPPING CONSENSUS*) EM RAWLS COMO FERRAMENTA PARA CONSTRUÇÃO DEMOCRÁTICA DE UMA CONCEPÇÃO POLÍTICA DA JUSTIÇA

Juvêncio Almeida<sup>1</sup>  
Gustavo Rabay<sup>2</sup>

## 1 Considerações introdutórias, apresentação do contexto de pesquisa e proposição do objeto de análise

A obra de John Rawls é encarada como um dos principais símbolos de ressurreição das aspirações teóricas de cunho político na literatura filosófica anglo-saxônica, após o largo lapso temporal no qual predominou o vácuo de empreendimentos analíticos, a partir de meados do século XIX.<sup>3</sup> Compreendia-se que as controvérsias públicas deveriam se manter limitadas à busca pelos meios mais adequados ao alcance de aspirações tidas como frutos de consensos – tarefa supostamente mais alinhada às ciências sociais empíricas que à filosofia política. Essa estratégia se mostrou, no entanto, incapaz de conferir respostas definitivas para justificar o conceito de justiça, a submissão de qualquer pessoa a ordens emanadas por autoridades do Estado e até mesmo a validade desses preceitos imperativos. Questões como aquelas atinentes à desejabilidade da igualdade econômica – especialmente concentradas sob o enfoque dual da oposição entre liberdade e igualdade – eram postas para chancela, de um lado, daqueles que defendiam a impossibilidade de racionalização plena, ou, de outro lado, daqueles para quem o utilitarismo representava a “única saída”, a única perspectiva teórica hábil a conferir solução a qualquer conflito de valores fundamentais. As respostas oferecidas por este último grupo desaguavam sempre no critério que outorgava sentido ao rótulo do posicionamento teórico: sendo a utilidade o fator relevante a ser peremptoriamente perseguido em impasses político-filosóficos, todas as eventuais interpelações eventualmente formuladas constituiriam mera ilusão perceptiva, pois a chave consistiria indiferentemente no meio mais eficaz para alcance do fim útil (DE VITA, 2008, p. 15, 16).

A generalidade do tratamento teórico conferido pela abordagem utilitarista, todavia,

---

1 Mestre em Direito pelo PPGCJ da UFPB e pesquisador bolsista pela CAPES. Advogado licenciado. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFPB. *E-mail*: almeida.juvencio@gmail.com.

2 Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB e membro permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Advogado.

3 Álvaro de Vita (2008, p. 12-15) sustenta que a consideração deste contexto é essencial para que se possa compreender a importância de sua teoria: de um lado, ressalvas metodológicas operaram, por muitos anos, de modo a inibir o surgimento de teses filosóficas inclinadas à racionalização e à avaliação crítica de valores, porquanto, mesmo no campo da ética e da teoria política, os esboços de julgamentos nesse norte tenham sido reduzidos a especulações de ordem subjetiva carentes de confiabilidade; de outro lado, também no âmbito material ou substancial registra-se considerável declínio do interesse, por parte dos cientistas políticos e teóricos analíticos, pela suscitação de controvérsias concernentes aos valores institucionais passíveis de problematização, em movimentos e tendências que acenavam para posicionamentos de repúdio às políticas normativa e ideológica.

foi finalmente desvelada com a percepção de que as pretensões consensuais características da referida perspectiva analítica destoam do intenso descompasso valorativo existente no mundo. A inviabilidade de reduzir – ou mesmo de pretender, com sucesso, fazê-lo – todos os valores e finalidades a elementos atômicos (em sua acepção literal de indivisibilidade), como a felicidade ou a utilidade, provocou a implosão do utilitarismo pela fragilização de uma de suas premissas fundantes. Ora, as múltiplas configurações valorativas, embora insusceptíveis de condicionamento puro em termos lógicos ou empíricos, não inibem que a inexistência de consenso seja aproveitada em sua essência para, a partir dela, destacar, democraticamente, os julgamentos mais bem respaldados mediante privilégio a critérios de razoabilidade, confiabilidade e justificabilidade<sup>4</sup>. Na trilha da classificação aristotélica dos argumentos, a inexistência de premissas inequivocamente verdadeiras e primeiras – a partir das quais podem ser erguidos raciocínios demonstrativos ou lógico-dedutivos – não inviabiliza o recurso àquelas geralmente aceitas e dotadas, em certa medida, de suficiente verossimilhança, para construção de silogismos dialéticos (ARISTÓTELES, 2007, p. 233, 234; ALMEIDA, 2012, p. 126).

A empresa teórica de Rawls – iniciada com a publicação, em 1971, do título *Uma teoria da justiça*<sup>5</sup> – é, por isso mesmo, reconhecidamente motivada pelo embate às correntes utilitaristas (HABERMAS, 2002, p. 65; GOYARD-FABRE, 2006, p. 269). Havia, até então, alguma deficiência na articulação de ideias contrárias às posições teóricas dessa ordem e todas as críticas ensaiadas eram limitadas pela pontual referência a conceitos morais e pela insuficiente coerência sistêmica para figurar no polo filosófico adverso. Intentou Rawls (2008, p. 44), portanto, pelo fornecimento de uma explanação alternativa ao intuicionismo<sup>6</sup>, na oposição às ideias levantadas por aquela filiação consequencialista, no que concerne ao conceito de justiça (HABERMAS, 2002, p. 66). Apesar da modesta ressalva, desenhada nas linhas preludeais de seu texto, de despreensão de originalidade nas teses então apresentadas, são observados, no roteiro para o aperfeiçoamento da empreitada filosófica de Rawls, esforços para cunhar e articular diversos conceitos fundamentais no processo de construção de uma pretensa

---

4 Lima (2017, p. 93) entende que o comprometimento com a razoabilidade – e não, diretamente, com a razão – é um dos marcos distintivos da análise de Rawls, em relação àquela anteriormente proporcionada por Kant no processo de construção de uma “razão pública para a democracia constitucional”. Habermas (2002, p. 65) e Goyard-Fabre (2006, p. 268, 274) interpretam de forma distinta e atribuem à teoria de Rawls o papel de proposição de uma “leitura intesubjetivista” do conceito de autonomia em Kant: para Habermas, por exemplo, o uso público da razão pelos cidadãos seria, em Rawls, aproveitado no processo de escolha quanto a aplicar ou não leis conforme seu grau de razoabilidade; Goyard-Fabre, por sua via, atribui o viés crítico de Rawls à sustentação da incondicionalidade e da imperatividade inegociáveis da justiça, ainda que mediante isolamento e modificação da essência do conceito original de “razão”.

5 No original, em inglês, *A theory of justice*. Por técnica redacional, haverá, em alguns momentos desta pesquisa, referências à obra por *Teoria* – sempre com iniciais maiúsculas e em itálico –, para evitar repetições exaustivas do título em versão integral. Semelhante recurso é aproveitado pelo próprio Rawls, a exemplo das menções igualmente reduzidas em *O liberalismo político* (2000, p. 23), que, pelos mesmos fundamentos, será simplificado, em alguns momentos, neste texto, a *Liberalismo*.

6 Rawls (2008, p. 41) apresenta o intuicionismo como a perspectiva filosófica mediante a qual a resolução de questões morais é alcançada pela comparação e oposição – por recurso a um juízo interior de equilíbrio e ponderação – de um rol irredutível de preceitos e princípios fundamentais. A justiça, portanto, seria dada, concretamente, por “aproximação” ao estímulo principiológico mais alinhado às particularidades do caso.

teoria da justiça. Dentre as principais contribuições materiais, está justamente a proposta de que o retorno ao contratualismo deve ser conduzido sem perder de vista a liberdade e a igualdade substanciais. Para mais: o pluralismo viria a ser encarado como um “fato” e, ao invés de empecilho teórico, passaria a ser considerado uma oportunidade para consolidação dialogada, nas instituições de sociedades democráticas, de estruturas básicas estabelecidas, por consenso, em acordos políticos (KOLM, 2000, p. 258).

Ou seja, a base teórica de Rawls perpassa a noção de que, em casos de desacordos morais, a composição valorativa capaz de perfazer melhor as ideias de justiça social e de justiça política pode vir a ser apresentada como mais adequada ou mais convincente ou mais bem justificada, e, portanto, passível de ser razoavelmente aceita pelos cidadãos e, enfim, regularmente empregada pelas instituições democráticas. Observe-se que o curso desse processo de discussão dos acordos políticos segue um tracejado que emana dos indivíduos e deságua no Estado: não incumbiria ao poder público estabelecer impositivamente, em uma sociedade liberal, qualquer noção de valor moral superior ou exclusivo, sob pena de comprometimento da estrutura fundante da própria ideia de “regime democrático”. Com efeito, nem mesmo o estabelecimento de bases consensuais seria impeditivo à tecitura de uma estrutura cooperacional baseada em uma concepção de justiça política e social equânime, mas suficientemente aberta para acobertar o pluralismo moral e autorizar a conformação individual a convicções próprias (FELDENS, 2012, p. 63). A justiça social pressupõe, para Rawls, principiologicamente, a igualdade moral no trato de todas as pessoas, pelas instituições, e a confecção de arranjos básicos para oferecimento do suporte necessário com vistas a que todos possam maturar e praticar convicções morais estribadas em valores estritamente pessoais (DE VITA, 2008, p. 18-21).

Assim, além de escudar as liberdades e direitos fundamentais – bem como as prerrogativas vinculadas ao império do sistema democrático de direito; de proteger a igualdade equânime de oportunidades; e de agasalhar a percepção de que providências de natureza distributiva apenas são justificadas para maximização dos recursos sociais naturalmente escassos da parcela comprovadamente desfavorecida da sociedade, em manifesta inspiração a partir dos ideais revolucionários franceses, a obra de Rawls fora marcada por um princípio de abertura aos fins últimos de cada projeto de vida. Na prática, isso não significaria completa desvinculação moral de cada membro em relação aos demais e obrigação de impassividade por parte da autoridade política, uma vez que as obrigações fraternais perdurariam nos termos acordados, sem prejuízo dos limites liberais mínimos. É neste ponto que encontra ressaltado a proposição de acordos políticos em termos ajustáveis a todos: convenções capazes de unificar anseios políticos para garantir a estabilidade das estruturas sociais (CARDIM, 2000, p.7). Alheio a pretensões metafísicas de uniformização dos fins, Rawls acolhe o pluralismo moral para, a partir das diversas posições políticas dele decorrentes, tentar extrair pressupostos comuns em termos de acordos universalmente aceitos (ZANETTE *et alii*, 2016, p. 45, 46, 51).

O amadurecimento da posição filosófica de Rawls conduz – precisamente em decorrência do valor conferido às ferramentas argumentativas de diálogo entre

as diversas posições políticas existentes – ao sucessivo aperfeiçoamento da noção de consenso como ferramenta de estabilização institucional. Situados o contexto de investigação e as premissas sobre as quais esta pesquisa é fundada, enuncia-se, como objetivo geral de estudo, a apuração do grau de relevância da proposição teórica do consenso sobreposto<sup>7</sup> no âmbito da *Teoria da Justiça* em Rawls. Em nível específico, serão alvos deste exame teórico: a compreensão das sucessivas etapas de conformação do consenso sobreposto enquanto proposta conceitual nas principais obras de Rawls; o esquadramento dos requisitos, critérios e contra-argumentos típicos dessa estrutura teórica em todas as suas fases de apresentação; e, enfim, o exame da importância conferida ao consenso sobreposto como sustentáculo formal de democracias constitucionais. Frente ao problema metodológico ora proposto e substanciado no questionamento da importância conferida ao consenso sobreposto no conjunto orgânico da filosofia de Rawls, propõe-se a hipótese resolutive de que essa ideia representa um dos principais pilares de sustentação da teoria da justiça como equidade, sendo operada por acordos extraídos a partir de posicionamentos valorativos plúrimos, com vistas à composição de estruturas formais básicas em sociedades “quase-justas” pela superação de dissonâncias político-argumentativas entre instituições democráticas.

---

7 A locução “consenso sobreposto” será utilizada com maior intensidade neste trabalho e é adotada por Lima (2017, p. 93); pela tradução da edição do ano de 2008 da obra *Uma teoria da justiça*, de Rawls, realizada por Álvaro de Vita e publicada pela editora Martins Fontes (p. 483); e pela tradução do ano 2000 da obra *O liberalismo político*, também de Rawls, realizada por Dinah de Abreu Azevedo e publicada pela Editora Ática (p. 22). Em algumas oportunidades, por estilística redacional voltada a evitar repetições, será feita referência, nesta pesquisa, à equivalente expressão “acordo por justaposição”. Importa ressaltar, também, que a mesma ideia foi indistintamente expressa por outros autores como “consenso abrangente” (HABERMAS, 2002, p. 77), “consenso por justaposição” (RAWLS, 2002, p. 335), “consenso justaposto” (FELIPE, 2003, p. 134) e “consenso por sobreposição” (DE ANDRADE, 2008, p. 177) além do termo original em inglês, *overlapping consensus* (RAWLS, 1999, p. 340), sem qualquer prejuízo de seu sentido. Aliás, o próprio Rawls (2000, p. 38) indicou que, inicialmente, o uso que fizera da **ideia** de “consenso sobreposto” teria sido “equivocado” e levado a “objeções” que, à época, achara “desnorteantes”. Essa ponderação autocrítica, entretanto, apenas reforça a ocorrência de uma evolução teórica na abordagem da noção – seu significado – com plena manutenção dos símbolos linguísticos que possam representá-la – os significantes –, independentemente da forma como venham a ser traduzidos, uma vez que sua acepção foi ampliada e modificada conforme as considerações e contribuições foram sendo oferecidas, em debates e discussões acadêmicas, à articulação da noção de consenso sobreposto à sua filosofia política, mas, no original em inglês, o tratamento conferido fora sempre o mesmo: *overlapping consensus*. Aliás, o mapeamento dessa evolução conceitual nas obras de Rawls e a percepção da forma com que fora estruturada a ideia é, justamente, um dos objetivos desta pesquisa.

## **2 Do fundamento filosófico para a prática da desobediência civil à espinha dorsal da democracia constitucional: as etapas da maturação conceitual da ideia de consenso sobreposto em Rawls**

A construção teórica, em Rawls (2008, p. 452-455; 1999, p. 340), da ideia de consenso sobreposto é iniciada no corpo da proposição, no capítulo VI da obra *Uma teoria da justiça*, de argumentos justificadores da prática de desobediência civil. A escusa, por ato político manifesto, pacífico e deliberado, ao cumprimento de leis ou de determinações administrativas, destinada à modificação do comportamento do poder governamental ou a alteração normativa, em Estados democráticos, poderia ser alternativa viável em situações de “conflito de deveres” ocasionadas por “graves transgressões da justiça”. Ao fazer isso, o indivíduo, com base no “senso de justiça da maioria da comunidade”, teria a possibilidade de declarar, a partir de um posicionamento opinativo ponderado, o desalinhamento da ordem emanada em relação aos “princípios da cooperação social entre homens livres e iguais” e, por conseguinte, de recorrer à transgressão de alguma diretriz – ainda que não seja diretamente aquela cujo conteúdo se busca questionar –, como forma de expor as irrisignações e controvérsias para com os ditames arbitrários da autoridade estatal e de apresentar, publicamente, as razões do protesto. Diferentemente da chamada objeção de consciência, a desobediência civil se mostraria orientada e motivada por “princípios de justiça que regem a constituição e as instituições em geral”, consistiria em “ato político” e, por conta disso, seria direcionada, em última instância, aos representantes estatais responsáveis pela avaliação dos termos da norma refutada como forma de reivindicação de mudanças do *status quo*.

Ou seja: apesar de coincidências com dogmas religiosos ou posicionamentos pessoais não serem descartadas, a desobediência civil jamais seria fundamentada em proveitos individuais ou em interesses de grupos específicos. Seu parâmetro estaria sempre estabelecido em uma ideia de justiça democraticamente posta, coletivamente cultivada, assentada na própria ordem política e institucionalmente consolidada. Essa desobediência passaria a integrar o âmbito argumentativo da sociedade quanto à problemática aludida – o que justifica a refutação à prática de atos violentos –, expressando desobediência ao estatuto legal, mas dentro da margem de cumprimento das normas básicas de convivência (SEN, 2011, p. 359). É uma “modalidade de discurso que acontece no fórum político”, explica Rawls (2008, p. 455, 456, 467, 482). Dessa forma, inobstante a presunção de que essa sociedade compartilhará parâmetros similares de justiça, eventuais distinções nas concepções de “justo” ou “razoável” ou “desejável”, em termos ideológicos, serão plenamente aceitas, desde que proporcionem “juízos políticos semelhantes”. Noutros termos, mais importa que haja, entre os cidadãos, identidade nas conclusões alcançadas para averiguação do senso político de justiça, que nas premissas estabelecidas previamente. É desse entendimento coletivo congruente que surgiria, em oposição

a um “consenso estrito”, a proposta de busca por um **consenso sobreposto** – compreendido como o juízo de alinhamento das concepções de justiça frente a um problema concreto, ou a crença, por todos os interlocutores, de que “por mais diferentes que sejam suas concepções de justiça, suas visões defendem o mesmo juízo na situação em questão”.

A ideia de Rawls (2008, p. 482) na *Teoria*, portanto, é a de que a pluralidade moral – condição naturalmente decorrente de regimes democráticos autênticos – não é fundamento para a inexistência de articulações políticas voltadas à contestação da autoridade violadora de princípios políticos fundamentais. Pelo contrário. Bastaria, para administração dessa diversidade valorativa, a invocação de um ou mais preceitos de concordância comum aos integrantes a partir do qual – ou a partir dos quais – uma ideia consensual de justiça poderia ser concretamente construída<sup>8</sup>. Daí a referência semântica, na versão traduzida do instituto *overlapping consensus*, a um acordo “colocado acima”, “sobreposto”. Mesmo a alusão à noção de “justaposição” perfaz satisfatório alinhamento metafórico: a raiz comum de todas as concepções de justiça participantes, passível de concordância plena, é fruto da sugestão interseccionada de diferentes posicionamentos valorativos, de modo que todos os argumentos articulados perfariam, em conjunto, o consenso “posto ao lado” enquanto “terceira via” fruto de concordância genérica. Ressalte-se que, neste primeiro momento, Rawls (2008, p. 475, 476, 478) apresenta o consenso sobreposto como mero componente da desobediência civil – relevante, mas ainda pouco desenvolvido: apenas o caracteriza como um instrumento viabilizador dos atos morais de rebeldia civil, os quais, por seu turno, foram apresentados como “um dos recursos estabilizadores de um sistema constitucional”. Desse modo, Rawls passa a atribuir ao acordo por justaposição, nesta etapa inicial de seus estudos, um papel essencialmente técnico – auxiliar – de justificação operacional de sua tese principal de defesa de direitos fundamentais mediante uma avaliação equânime da justiça.

Outro ponto de destaque é o enfoque conferido, em *Uma teoria da justiça*, às concepções particulares do “justo” mantidas pelos próprios cidadãos, sem maiores referências, *a priori*, às tendências ou acordos institucionais democráticos a respeito das mesmas questões no processo de composição do consenso sobreposto. Conferiu-se notória relevância ao critério de reciprocidade entre os dialogantes e salientou-se que o fracionamento do consenso ou a fragmentação da sociedade em grupos movidos por interesses particulares e estritamente fechados a seus membros a torna desprovida das bases elementares para que a desobediência civil possa ser praticada (LIMA, 2017, p. 93). Aliás, no que se refere à relevância da construção conceitual pelas instituições, apresentou-se exatamente o oposto: Rawls (2008, p. 484, 485; 1999, p. 342) sugere a inexistência de interpretações jurídicas legítimas dos princípios da justiça a que todos os cidadãos devam, acriticamente, obediência encarada como obrigação moral, “nem mesmo quando é proferida pela Suprema Corte ou pela legislatura”. Isso decorreria

---

<sup>8</sup> Habermas (2002, p. 65) sintetizou essa noção-chave em Rawls como sendo a busca, em casos de conflitos, daquilo que “é igualmente bom para todas as pessoas”.

da circunstância de os tribunais apresentarem suas próprias doutrinas respaldadas em argumentos e razões próprios, condicionando-se sua estabilidade, no tempo, ao convencimento da maior parte dos cidadãos de que se trata do posicionamento técnico mais adequado – no contexto hipotético da “sociedade quase-justa”<sup>9</sup> por si defendida –, sem qualquer vinculação inderrogável. Esse é o motivo por que, para Rawls (2008, p. 485; 1999, p. 342), em um Estado democrático, “a corte última de apelação [é] o eleitorado como um todo”.<sup>10</sup>

Essa apresentação primeva da ideia de consenso sobreposto se aproxima do modo de pensar por problemas proposto, no direito, por Theodor Viehweg, alguns anos antes – em 1953 – com a publicação da obra *Tópica e Jurisprudência*. A teoria de Viehweg congloba o retorno à dialética aristotélica e à ética ciceroniana para invocar a necessidade de uso de argumentos fundados em pontos de vista geralmente aceitos – os *topoi* ou lugares-comuns retóricos – no processo resolução de casos concretos apresentados em juízo. Isso seria justificado pelo fato de o processo decisional no direito – bem como na política – evocar maior necessidade de manifestações artísticas – criativas, portanto – que juízos de adequação matemática a fórmulas estruturadas em disposições lógicas evidentes e verdadeiras – axiomas – a partir das quais seriam extraídas respostas supostamente objetivas, universais e dirigidas a todas as situações concretas possíveis. Com isso, o movimento de análise seria conduzido a partir do próprio problema a ser saneado, em direção ao conjunto de respostas possíveis – não o contrário.<sup>11</sup> As leis, o entendimento doutrinário e os precedentes jurisprudenciais passariam a figurar no rol de insumos ou estímulos prévios a partir dos quais seriam extraídas, ponderadamente, as respostas mais alinhadas aos consensos – ou pretensos

9 Rawls (2008, p. 438) esclarece que essa “sociedade de quase-justiça” consistiria em um “estado no qual a estrutura básica da sociedade é aproximadamente justa, levando-se apropriadamente em conta aquilo que é razoável esperar nas circunstâncias”. Em outro momento, (2008, p. 452) conceituou esse fenômeno como “[uma sociedade] bem-ordenada em sua maior parte, porém na qual ocorrem algumas graves transgressões da justiça”. A versão em inglês (1999, p. 319) trata a ideia como “*nearly just society*”. Porquanto consista em um conceito substancialmente aberto, diversas inferências podem dele ser extraídas, conforme as particularidades das respectivas suscitações concretas (ALMEIDA, 2012, p. 137). Em essência, parece ser do interesse de Rawls manifestar como padrão de análise aquelas sociedades que, embora sejam organizadas em estruturas democráticas – afastando-se, assim, os regimes autoritários ou formas de governo que não sejam estabelecidas na participação dos cidadãos nos processos legislativo e administrativo –, não se tratam de modelos perfeitos ou insuscetíveis de que sejam nelas perpetradas injustiças. Sistemas políticos falíveis, mas nos quais a regra é a subsistência de acordos coletivos razoáveis quanto à condução das diretivas políticas. De um lado, não haveria a necessidade de consensos caso não houvesse problemas a serem saneados; de outro, a dimensão generalizada dessas adversidades seria comprometedora da própria harmonia estrutural básica que, em níveis elementares, é substrato para composição de acordos gerais. Em algum ponto dessa escala entre “sociedades não democráticas” e “sociedades democráticas perfeitas” estaria localizada a “sociedade de quase-justiça”, seguramente mais próxima àquele último referencial. Nela, predominariam, em ampla escala, os acertos institucionais, remanescendo nos deslizes morais os espaços para recurso a ferramentas políticas como a identificação de critérios de justiça frutos de concordância generalizada – consensos sobrepostos – capazes de justificar a prática de atos de desobediência civil.

10 Posteriormente, em 1990, com a publicação das Conferências intituladas *A ideia de razão pública*, Rawls (2000, p. 281) amansa esse posicionamento, ao defender que, em um sistema democrático constitucional com revisão judicial de decisões, “a razão pública [cujo objetivo é a articulação política de um povo de estabelecer as bases de governo às quais estará submetido] é a razão de seu supremo tribunal”.

11 Rawls (2000, p. 68) sustenta a necessidade de atribuir privilégio à razoabilidade ante a racionalidade como regra que confere “a primazia ao direito”.

acordos – sociais de “justiça” espacialmente e temporalmente definidos com base no “senso comum”: o “justo aqui e agora” (VIEHWEG, 1979; RAWLS, 2002, p. 254, 259). Sua força seria ditada não pela ficção de obediência indiscutível, senão pela verossimilhança no discurso. Inobstante a eventual aparência de similaridade com situações anteriores, cada novo caso concreto teria por renovado, desde o início, o seu caráter problemático e, com isso, a justiça passaria a ser mantida como eterna aporia passível de deslindes conclusivos, mas jamais terminativos. Eventuais soluções seriam apontadas, posteriormente, como propostas de saídas, sem que se seja suprimida a possibilidade de rediscussão.

Essas propostas de solução figurariam, por sua via, em catálogos de tópicos – sistemas lógico-dedutivos previamente constituídos –, a partir de onde seria extraída a resposta mais adequada, justificada conforme o grau de verossimilhança da estrutura argumentativa que venham a compor. As normas hipotético-dedutivas teriam reconhecida relevância no processo decisório, mas seriam igualmente suscetíveis a questionamentos. Caberia à correspondente exigência de justificação argumentativa garantir o convencimento dos cidadãos envolvidos no processo de discussão para permitir sua validação ou alteração – igualmente fundamentadas – na atribuição de respostas a casos supervenientes análogos. Afora o fato de as proposições de Rawls e Viehweg serem apresentadas em campos filosóficos próprios – respectivamente, político e jurídico –, bem como a pretensão, por Rawls, de estruturar uma ideia de justiça consonante a princípios de equidade a que todos os cidadãos teriam direito, quando posicionados em um estado “original”, tanto a tópica de Viehweg quanto a primeira proposta de consenso sobreposto em Rawls são estribadas na compreensão de que os membros da sociedade devem conferir respaldo à linha argumentativa adotada para satisfação decisional. O próprio Rawls (2000, p. 23) concebe que sua teoria da justiça envolve “uma doutrina moral [...] de alcance geral” incapaz de ser propriamente distinguida da política. Além disso, ambas recorrem a certo grau de generalidade para o manejo de fundamentos preferencialmente aceitos por todos os interlocutores, em enfoque dirigido à conformação das múltiplas respostas possíveis, com vistas a concentrá-las em um feixe comum de princípios estruturantes (SEN, 2011, p. 85).

Ao final, propõe-se, nas duas perspectivas, que o posicionamento acolhido não seja irredutivelmente encarado como resposta impassível de mutação ou questionamento – ainda que afirmado pelas próprias cortes judiciais: conservar-se-ia seu caráter problemático e a possibilidade permanente de revisão, sobretudo em caso de posterior surgimento de novos argumentos aptos a reverter o curso da proposta de solução. Com efeito, tanto Viehweg (1979) quanto Rawls na *Teoria* convergem na afirmação de que leis injustas, que afrontem princípios fundamentais e que, por conta disso, venham a ser alvo da refutação pública consensual e generalizada poderiam ser legitimamente confrontadas – por expressa, proposital e deliberada desobediência, inclusive. Naturalmente, o posicionamento político de um decisor que viesse a recorrer, topicamente, a argumentos dotados de aceitação geral e consonantes com os princípios

estruturantes da sociedade para afastar a incidência de uma norma jurídica em nome de uma ideia de justiça consensualmente estabelecida encontraria fundamento em ambas as perspectivas teóricas (ALMEIDA, 2012; ROUANET, 2005, p. 9). Isso se daria, nos termos de Rawls (2008, p. 485) porque “empregar o aparato coercitivo do Estado para manter instituições manifestamente injustas é, em si, uma forma de força ilegítima à qual os homens têm o direito de resistir no momento apropriado”.

Em conferência proferida em 1986<sup>12</sup> – cujo teor foi posteriormente publicado no *Oxford Journal of Legal Studies*, em 1987, sob o título *A ideia de um consenso sobreposto*, e republicado em capítulos dos livros *O liberalismo político* e *Justiça e democracia* –, Rawls (2000, p. 24, 25, 252) reconhece “equivocos” – de expressão e de interpretação – em algumas de suas abordagens em *Uma teoria da justiça*. Apesar de sustentar que as objeções desferidas a essa obra não foram acompanhadas de qualquer posicionamento moral viável que pudesse compor um sistema capaz de contrapor, com suficiente substância, suas teses, o autor concorda que houve dificuldades pontuais com o trato teórico do princípio de utilidade. Admite, ainda, que as sociedades democráticas modernas não são determinadas tão somente pelo pluralismo de doutrinas abrangentes, que “nenhuma dessas doutrinas é professada pelos cidadãos em geral” e que não seria razoável acreditar que todos os cidadãos virão algum dia a compactuar, em unanimidade, com qualquer delas. Em outras palavras: a diversidade de posicionamentos morais fundados em doutrinas próprias e independentes – o “pluralismo razoável” – demonstraria a pouca proximidade espontânea da ideia de justiça como equidade em “sociedades quase-justas” com a realidade, porquanto fosse convalidada a ocorrência de certo grau de incoerência entre essa circunstância concreta e as hipóteses, em contextos teóricos amplamente previsíveis, de seus princípios formais. O *bem* compreendido no exercício de aptidões morais dos cidadãos é aquele de caráter político e dedicado à ordem da sociedade, não o *bem* singularizado de uma doutrina abrangente, e a percepção disso motivou o que Feldens (2012, p. 63) qualifica como “giro substancial”. O próprio Rawls aponta que “surpreendentemente, essa mudança leva a muitas outras e requer uma série de ideias afins que antes não se fazia necessária”.

Com essa guinada no trato dos preceitos fundantes da proposição da justiça como equidade<sup>13</sup>, Rawls (2000, p. 26, 27) dirige especial atenção à proposta do consenso sobreposto para tentar entender como propiciar o alcance, ao longo do tempo, na sociedade, de uma percepção comum de justiça e de estabilidade convalidadas constitucionalmente, em uma conjuntura na qual coexistiriam posições doutrinárias de ordens religiosa, moral e filosófica essencialmente diversas e incompatíveis entre si

12 Essa conferência foi pronunciada na Universidade de Oxford em maio de 1986 e intitulada, originalmente, *A filosofia política numa sociedade democrática*. O título foi posteriormente alterado para conferir, na versão escrita, maior precisão quanto ao conteúdo veiculado.

13 Importa ressaltar que a equidade como objeto de um consenso sobreposto não implica, em nenhuma medida, neutralidade procedimental, como afirmado por Habermas (2002, p. 77). A busca por um “terreno comum” ocorre apenas para viabilizar a superação do pluralismo razoável, mas, como esse *locus* representa a própria concepção política em sua condição de objeto, inexistente neutralidade propriamente dita nos valores alcançados (RAWLS, 2000, p. 240).

– inobstante igualmente razoáveis. Para isso, extrai a ideia de consenso sobreposto de seu contexto original e confere-lhe uma abordagem completamente renovada. Atribui certa independência em relação ao fenômeno da desobediência civil e, mediante a ratificação da aceitação liberal ao “pluralismo razoável”, esclarece que o projeto envolve a composição de uma concepção de justiça política, não a substituição ou legitimação de qualquer doutrina abrangente existente. Apesar da relação entre a “concepção política focal” e a “doutrina abrangente” em um “consenso sobreposto ideal”, Rawls explica que, se, de um lado, as visões doutrinárias contemplam diversidades, o que importa é que, de outro, a concepção política<sup>14</sup> seja assentida e compartilhada por todos, indistintamente. É esse o motivo pelo qual impenderia o aprofundamento da distinção entre as bases de justificação públicas de ampla aceitação no que concerne a questões políticas fundamentais – razões públicas<sup>15</sup> – e aquelas outras bases não-públicas estabelecidas apenas entre os membros de determinada doutrina abrangente e tão somente por eles defendidas – razões não-públicas.

A partir disso, tem-se que os julgamentos morais deixam de ser atribuição do liberalismo político e passam a ser concebidos como decorrência da doutrina moral abrangente adotada pelo indivíduo. Ao invés de juízos de correteude ou equivocidade, são estimulados exames de razoabilidade e conveniência, em especial homenagem aos princípios da razão prática. O compartilhamento de uma percepção política razoável de justiça proporcionaria a construção de uma base sobre a qual a discussão pública de problemas políticos fundamentais poderia ser erigida, dando azo, enfim, a um posicionamento decisional igualmente razoável – se não sempre, ao menos na maior parte das situações. À vista disso é que Rawls (2000, p. 27, 28, 38) confidencia, em *O liberalismo político*, que suas ideias iniciais de “concepção política da justiça” e de “consenso sobreposto” foram equivocadas, pois teria ele subestimado “o grau de complexidade necessário para que a *Teoria* fosse coerente” ao considerar pacíficos pontos que não foram suficientemente contemplados para “uma formulação convincente do liberalismo político”. Firma, enfim, o entendimento de que há níveis variados de pluralismo; de que é necessário ampliar a compreensão de “doutrina abrangente razoável”; de que devem ser mais bem esclarecidos os princípios do direito e da justiça na razão prática; e, principalmente, de que o consenso sobreposto não se presta a função pontual de mera base teórica da desobediência civil, merecendo a ocupação de patamar central na ideia de justiça como equidade, o que não havia ocorrido até então.

---

14 Essa concepção política da justiça compreende, em Rawls (2000, p. 53-58), três características essenciais: a aplicação direcionada à estrutura básica de uma sociedade democrática e fechada – as suas principais instituições políticas, sociais e econômicas e o modo pelo qual compõem um sistema uniforme de cooperação intergeracional; a apresentação como “visão auto-sustentada”, sem referências necessárias a doutrinas abrangentes; a expressão de seu conteúdo por “ideias fundamentais”, encaradas como implícitas nas manifestações culturais dessa sociedade.

15 Rawls (2000, p. 52) compreende a “razão pública” como o debate realizado no espaço público entre cidadãos para discussão de questões constitucionais básicas e aspectos relativos aos fundamentos da justiça.

Tem-se, desse modo, a consolidação de uma noção integralmente inédita de consenso sobreposto, com alcance substancialmente maior que na *Teoria*<sup>16</sup>. O próprio Rawls (2000, p. 38, 52, 53, 57, 68, 75, 76) concebeu, no *Liberalismo*, que sua teoria da justiça – fundada na tolerância e de caráter reconhecidamente político, não metafísico – consistiria, na verdade, em uma forma de liberalismo político capaz de fornecer condições para a enunciação de “um acordo político racional, bem-informado e voluntário”, o que justificaria a titulação da obra. Com a delimitação precisa da esfera política, seguida da apreensão de sua ideia de justiça, as instituições passariam a manter condições de extrair, dos cidadãos, os elementos componentes de um consenso sobreposto capaz de guiar o curso decisório. Neste segundo momento teórico, esse acordo por sobreposição tem foco resguardado não mais no posicionamento individualizado de cada um dos cidadãos, senão nas doutrinas sociais – coexistentes e consideradas razoáveis, mas conflitantes entre si – defendidas por esses indivíduos. Afastou-se a ideia de que o conteúdo da concepção de justiça das pessoas se relaciona com as doutrinas abrangentes e foi testada a possibilidade de consideração daquele conteúdo como decorrência das variadas percepções principiológicas fundamentais extraídas da cultura política pública da sociedade considerada (HABERMAS, 2002, p. 79).

Ao invés da utilização do véu da ignorância para acobertar a percepção política das pessoas – como idealizado na *Teoria* –, com vistas a conduzi-las à posição original (SEN, 2011, p. 84), foi proposta colocação das próprias doutrinas abrangentes nessa situação, de modo a deixá-las, temporariamente, de lado, para, apenas em seguida, aduzir os possíveis consensos políticos imperantes no contexto de diversidades doutrinárias. Dessa forma, seria possível garantir uma relativa identidade entre os compromissos e valores políticos mais amplos dos cidadãos, na mesma medida em que, ao menos em tese, as doutrinas abrangentes não razoáveis passariam a ser afastadas, porquanto desprovidas de suficiente aceitação (KOLM, 2000, p. 234, 235). Essa seria, à luz de *O liberalismo político*, a fórmula para articulação de uma concepção de justiça condizente com as pretensões democráticas e constitucionais e passível de ser apoiada pelos cidadãos na forma de concepção política compatível com todas as suas diversas visões morais gerais, mas sem elevar nenhuma dessas perspectivas mais amplas ao *status* de pressuposto universal. A inexistência de “obstáculos doutrinários” atingida pela sobreposição consensual seria capaz de permitir a conquista desse apoio generalizado e razoável, bem como a composição de um ambiente de estabilidade<sup>17</sup> e justiça entre

16 Enquanto, na *Teoria*, Rawls (2008, p. 481-483; 2000, p. 88) limita a ideia de consenso sobreposto à possibilidade de os cidadãos recorrerem à prática da desobediência civil como forma de restauração do diálogo para afastar mandamentos injustos ou desconformes à estrutura principiológica básica da sociedade, em *Liberalismo*, o autor amplia a hipótese de aproveitamento do conceito ao patamar de um dos três “elementos suficientes” para que seja possível a operação de um sistema constitucional democrático equânime e estável de cooperação entre os indivíduos – ainda que “profundamente divididos pelas doutrinas abrangentes e razoáveis que professam” –, ao lado da regulação por uma concepção política da justiça e da condução da discussão pública por essa concepção política, quando envolvidos, no debate, fundamentos constitucionais e questões de justiça.

17 Essa estabilidade é perseguida no que Rawls (2000, p. 108, 109, 186, 187) nomina “segundo estágio”, após a seleção – em momento inicial e provisório – dos princípios da justiça, e depois da conquista de suficiente apoio institucional, por parte da própria sociedade, para sustentação de apoio ao regime constitucional neles inspirado.

os cidadãos – e, após isso, sua manutenção por um lapso temporal amplo (RAWLS, 2000, p. 82-84, 91; LIMA, 2017, p. 93).

O desenvolvimento de um consenso sobreposto sobre posições políticas abrangentes se perfaz em uma concepção eminentemente construtivista da justiça política e isso deriva da necessidade de que sejam debatidos e alinhados os valores fundantes da sociedade – mormente os princípios de justiça – a partir de ideias públicas fulcradas na razão prática dos cidadãos, que são encarados, por sua via, como indivíduos presumidamente cooperantes entre si e necessariamente dotados de liberdade e igualdade. Essa abordagem – que não pode ser cética perante as doutrinas razoáveis existentes, sob pena de inviabilizar um acordo argumentativo em dimensões suficientes para os objetivos propostos, mas que também não pode ser a elas indiferente – garante autonomia política aos indivíduos e compatibiliza os resultados consensuais obtidos às respectivas – e, naturalmente, plúrimas – ideias abrangentes e razoáveis existentes (HABERMAS, 2002, p. 65, 66). Assim, a concepção política alcançada pode ser considerada por todos os participantes como aceitável, independentemente do critério de averiguação utilizado por qualquer deles: uma “unidade social” passa a ser sustentada no endosso generalizado de uma concepção política de justiça razoavelmente extraída em meio a todas as versões doutrinárias componentes do “pluralismo razoável”<sup>18</sup> incidente, sem que haja dependência direta a dogmas religiosos, filosóficos ou doutrinários abrangentes existentes naquelas doutrinas (RAWLS, 2000, p. 107, 135, 140, 142, 175, 179, 190, 196).

Em *O liberalismo político*, Rawls (2000, p. 191-205; e 2002, p. 260-284) apresenta – e refuta detalhadamente – quatro argumentos de contestação à ideia de aplicação do consenso sobreposto em uma proposta de delimitação conceitual da justiça mediante critérios políticos: (i) a alegação de que consiste em “apenas um *modus vivendi*”; (ii) a inferência de que “evitar as doutrinas gerais e abrangentes implica indiferença ou ceticismo em relação à questão de saber se uma concepção política de justiça pode ser verdadeira, em contraposição a razoável, no sentido construtivista”; (iii) o argumento de que “uma concepção política viável deve ser geral e abrangente”, de modo que “tanto mais geral e abrangente deve ser o nível da reflexão filosófica” e

---

Enquanto a primeira etapa manteria foco na articulação da própria concepção de justiça para proporcionar uma organização política elementar da sociedade, o segundo instante do ciclo dirigir-se-ia à busca da solução para o problema acerca de se essa concepção é “suficientemente estável”. Esse é um forte motivo para esclarecer o fato de a discussão acerca da forma de viabilização de um consenso sobreposto apenas ter tomado forma após a etapa de proposição de *Uma teoria da justiça*: todos os esforços envolvidos naquela empresa inicial convergiam para satisfazer a identificação de princípios capazes de compor uma estrutura básica da justiça. Satisfeito esse critério e eleita a equidade para figurar como parâmetro abstrativizador do conteúdo das noções específicas de cada pessoa – e, por conseguinte, de cada doutrina abrangente, abriu-se oportunidade para a discussão explícita do “problema da estabilidade”. Habermas (2002, p. 79) expressa “irritação” ao que nomina “paralelização metódica” em Rawls, sob a justificativa de que a prova de alcance de um consenso sobreposto não mais poderia ser extraída do próprio sistema teórico original ao serem estruturados e apresentados “dois planos” de composição da ideia.

18 A marca distintiva do “pluralismo razoável” frente àqueles outros localizados em níveis distintos do espectro de adjetivação mediante o critério de razoabilidade, em Rawls (2000, p. 190), é a percepção da diversidade doutrinária como decorrência, em longo prazo, da maturidade da razão humana prática em instituições consolidadas e livres, capaz de afastar a influência de correntes não-razoáveis ou irracionais. A isso, nominou-se “equilíbrio reflexivo”, o qual, para Habermas, fora sintomático do reconhecimento de um “pluralismo ideológico” (HABERMAS, 2002, p. 77, 78; RAWLS, 2002, p. 253; ZANETTE *et alii*, 2016, p. 48).

que, por conta disso, seria inútil a tentativa de projeção de uma concepção política de justiça propriamente para a estrutura básica, a parte de uma doutrina abrangente; (iv) e, enfim, a objeção relativa ao caráter necessariamente utópico de um consenso sobreposto, ante a inexistência de estruturas coercitivas na política, na sociedade ou mesmo de matiz psicológica hábeis a agir quer para estimulá-lo, quer, uma vez existente, para mantê-lo estável.

A resposta conferida a cada uma dessas arguições proporcionou o fortalecimento da aplicação do consenso sobreposto no processo de satisfação de uma ideia política da justiça (RAWLS, 2002, p. 246). Houve prova de sua viabilidade teórica, observada a ressalva de cumprimento de seus requisitos elementares – os quais não são utópicos, mas não podem subsistir caso os esforços para seu alcance sejam tornados inúteis pela influência decisiva de condições históricas ou estruturais guiadas em doutrinas abrangentes não razoáveis ou irracionais. Rawls (2000, p. 173, 192-194, 257) explica que um consenso sobreposto não se resume a um *modus vivendi*, pois não se resume a um simples acordo de aceitação de autoridades ou arranjos institucionais: tem-se, de um lado, como objeto do consenso, uma concepção moral *per se*, e, de outro, as razões morais como elemento de garantia da própria concepção moral de justiça (FELDENS, 2012, p. 12). A concordância com a concepção política da sociedade parte dos seus membros, com base em suas visões abrangentes, e a origem da crença individual representa aspecto de somenos relevância mediante o critério liberal de Rawls. Os fatores determinantes da natureza da convicção individual podem ser religiosos, filosóficos ou morais, mas o ponto fulcral, politicamente, permanece localizado no alcance – e manutenção – da estabilidade mesmo diante do fenômeno da pluralidade razoável de ideias conviventes, independentemente de eventos fortuitos ou de um “equilíbrio de forças relativas”. Apesar das divergências, uma sociedade “bem-ordenada” em princípios mutuamente reconhecidos na forma de um consenso sobreposto guarda muitos “fins últimos em comum” – dentre os quais, o de se preocupar com a oferta de justiça política não apenas para si, mas, também, para todos os pares. É isso que fortalece o entendimento do consenso sobreposto como “uma concepção moral sustentada por bases morais”.

Ademais, o consenso sobreposto – ao evitar doutrinas gerais e abrangentes – não é maculado por tendências de indiferença ou ceticismo quanto à veracidade de uma concepção política da justiça, em um projeto construtivista: o esforço, desde o início, é o de refutar a articulação da razão dessas doutrinas gerais e abrangentes pela forma pública, não de negar qualquer posicionamento religioso, filosófico ou moral abrangente, ou mesmo a situação dos valores relativos à visão em questão (RAWLS, 2002, p. 288). Ora, isso se extrai do próprio pressuposto de que todos os indivíduos concordam com alguma dessas concepções, bem como do manifesto objetivo de que todos venham a aceitar a comumente aceita ideia política de justiça como verdadeira ou verossímil, encarando como marco de partida sua própria visão abrangente – independentemente de qual seja (HABERMAS, 2002, p. 81). Indo além, é possível até mesmo inferir que

o consenso sobreposto não apenas não é indiferente com as doutrinas abrangentes como garante sua convivência no contexto de pluralidade, desde que razoáveis, por identificação de valores comuns conciliáveis – a exemplo da tolerância religiosa (CARDIM, 2000, p. 7, 8). O fato de serem questões consideradas fontes de conflito não confere escusa para sua retirada da agenda política. É a concepção política da justiça que irá aclarar a distinção entre aquelas questões razoáveis de serem retiradas da programação política e aquelas outras que nela permanecerão, ainda que sejam mantidas com certo grau de controvérsia – a exemplo dos critérios de delimitação das liberdades fundamentais ou das decisões relativas à manutenção, pelo Estado, de armas operadas com emprego de tecnologia nuclear (RAWLS, 2000, p. 196-200).

Em respeito à razão pública, não há necessidade de promover uma parte da doutrina abrangente superior àquela estritamente necessária para alcance do objetivo político do consenso (HABERMAS, 2002, p. 65, 66). Complementarmente, a aplicação do princípio da tolerância implicaria justamente em legar aos cidadãos a resolução de questões próprias de matiz religiosa, moral ou filosófica, em concordância com as visões por si livremente adotadas. Em termos de especificidade ou intensidade, profundidade e extensão, esse acordo deve, respectivamente, (i) alcançar as ideias fundamentais a partir das quais a justiça como equidade é proporcionada; (ii) ser profundo em dimensão suficiente para atingir ideias de sociedade e de cidadãos condizentes com os valores de equidade e cooperação; e (iii) extenso o bastante para conglobar princípios e valores de uma ideia política aplicada à estrutura básica concebida “como um todo”, permitindo o surgimento de concepções rivais de justiça (CARDIM, 2000, p. 8; RAWLS, 2002, p. 249). Fixados tais parâmetros, tem-se que críticas no sentido de que uma concepção política viável deve ser necessariamente geral e abrangente não merecem prosperar: apesar de consistir em parte de uma doutrina abrangente, a concepção política de justiça não representa uma consequência de “valores não-políticos” dessa visão ampliativa. E mais: seus valores políticos costumam superar outros que lhe sejam opostos, mesmo que isso implique em estabelecer uma visão meramente parcial de abrangência política, porquanto apenas algumas questões suscitadas possam ser satisfatoriamente resolvidas – cabendo à “sabedoria política” a identificação desses itens, sobretudo daqueles mais urgentes, para que não sejam solapadas as bases da cooperação social (RAWLS, 2000, p. 195, 200-203; e 2002, p. 250; SEN, 2011, p. 83).

A ênfase conferida à adequação da concepção política de justiça de caráter liberal para regimes democráticos é dada pela importância de que seja atingido certo grau de consenso para com as virtudes da cooperação política em regimes constitucionais – mormente a tolerância, a disposição de fazer concessões mútuas, a razoabilidade e o senso de justiça – sem que haja necessidade de dizer que os valores políticos são intrinsecamente mais relevantes que outros. Essa opção de privilégio da liberdade seria essencial para conseguir, simultaneamente, resguardar direitos fundamentais – atribuindo-lhes “prioridade especial”; incluir providências de garantia dirigidas a que todos os indivíduos tenham meios materiais para fazer uso efetivo desses direitos

fundamentais; e, ainda, suprimir da agenda política questões que geram divergências políticas inconciliáveis, sem excluir de cena o fato do pluralismo razoável (HABERMAS, 2002, p. 78). Almeja-se, pois, encontrar “uma área de concordância suficientemente ampla entre os valores políticos e os outros valores que fazem parte de um consenso sobreposto razoável” (RAWLS, 2000, p. 203, 204). Cardim (2000, p. 7, 8) sustenta que Rawls tomou como referência as conclusões a partir de sua teoria da justiça, não da prática social, para estabelecer o consenso sobreposto em torno da igualdade política, da igualdade de oportunidades, do respeito mútuo e da garantia de reciprocidade econômica. Este último princípio o teria mantido próximo ao ideário socialista, mas isso não furtou o mérito da tese de fixação de valores básicos em torno dos quais poderia ser alcançada a coesão social.

Em via derradeira, ratifica-se que o alcance de um consenso sobreposto sobre questões políticas e o uso de tal ferramenta para composição de uma ideia de justiça não se limita ao campo hipotético das utopias. Para que seja alcançado, entretanto, é necessária a conformação de um consenso constitucional anterior (RAWLS, 2002, p. 247, 248). Diferentemente do consenso sobreposto, o acordo programático de nuance constitucional prévio é caracterizado pela satisfação de princípios liberais de justiça aplicáveis ao campo político e sua aceitação é tida tão somente pelo caráter principiológico, sem base nas específicas ideias de concepção política das pessoas e das instituições. Inexiste nesse consenso constitucional uma impreterível “concepção pública compartilhada” e, portanto, está ele despido das características de profundidade e de alcance da estrutura básica, que são duas das principais marcas do consenso sobreposto. Em um consenso constitucional, uma carta política que atenda certos preceitos públicos basilares estabelece procedimentos mínimos para organização eleitoral democrática. Essas normas eleitorais, por sua vez, proporcionam a moderação das incongruências políticas insertas na sociedade e podem ser baseadas em interesses pessoais; em vontades de grupos consolidados no tempo; nos costumes; e mesmo nas condutas tradicionalmente praticadas (RAWLS, 2000, p. 205-208, 2002, p. 253).

Três são os requisitos para a estabilidade de um consenso constitucional: a satisfação da exigência política de fixar o conteúdo de certas liberdades e direitos políticos fundamentais, conferindo-lhes “uma prioridade especial”; o aproveitamento de uma razão pública expressa em termos simples, amplamente correspondentes com os princípios liberais de justiça, livres de controvérsias científicas e acessíveis aos cidadãos em geral – com recurso, se necessário, a estratégias tópicas de privilégio a lugares-comuns retóricos; e, enfim, o estímulo a virtudes de natureza solidária e cooperativa entre os cidadãos, no contexto da vida política, principalmente atributos de razoabilidade, equidade, conciliabilidade e bom senso (FELDENS, 2012, p. 68, 69). Para Rawls (2000, p. 208-210), esse último requisito consistiria na consumação da efetiva prática dos dois primeiros, uma vez que a disposição para cooperar apenas ocorreria, em concreto, caso os cidadãos tivessem alguma expectativa legítima e fundada de que as instituições e representantes políticos são justos, bem como de que os demais

indivíduos também estão a cumprir com as respectivas obrigações afeitas à participação de cada qual nos arranjos jurídicos vigentes. O tempo de consolidação desse arranjo e a voluntariedade e firmeza do reconhecimento das instituições também seriam, em certa medida, fatores de influência na intensidade dessa confiança, capazes de atuar sobre a estabilidade do consenso constitucional.

Satisfeitos os referidos requisitos essenciais e sendo o campo político considerado propício para aceitação – ainda que relutante – dos princípios liberais de justiça, tais preceitos passam a ser adotados pela constituição do Estado e modificam, aos poucos, o teor das doutrinas abrangentes dos cidadãos (HABERMAS, 2002, p. 79). A acolhida ao menos dos princípios constitucionais é o ponto de partida para a consolidação dos procedimentos democráticos destinados à moderação de rivalidades políticas mais acentuadas, com vistas à resolução pragmática das questões de política social, com a afirmação política das instituições correspondentes, com a igualdade em direitos básicos e com as liberdades de consciência e de exercício religioso (RAWLS, 1997, p. 801). Neste estágio, espera-se a suplantação das visões abrangentes não razoáveis, por falta de adesão, e a confirmação de um pluralismo permissivo ao enrobustecimento consensual por meio de uma estrutura transcendente: o consenso sobreposto autonomamente considerado – ainda que meramente aproximado e nunca plenamente alcançado (ZANETTE *et alii*, 2016, p. 47). *A contrario sensu*, caso as concepções liberais articuladas a partir das ideias fundamentais de uma sociedade democrática sejam corroboradas e incentivadas por interesses políticos e econômicos profundamente conflitantes – inexistindo condições de manutenção de um regime democrático constitucional –, não poderá ser alcançado, por natural consequência, um consenso sobreposto minimamente aceitável (RAWLS, 2000, p. 210-216).

Embora o conceito amadurecido de consenso sobreposto em *Liberalismo* não simbolize um compromisso artificial de aceitação da concepção política entre pessoas que endossam visões de mundo diferentes, encontra estribo e suporte na inteireza das doutrinas abrangentes por cada um daqueles indivíduos defendidas e em suas respectivas razões específicas. Esse apoio pode ocorrer – e espera-se que ocorra – de formas distintas, mas os ajustes que cada um desses posicionamentos ampliados faz em função do próprio consenso representam sua adequação a condições gerais do mundo social estabilizado pelos acordos políticos. O consenso por justaposição se perfaz no alinhamento entre as concepções políticas e as visões abrangentes – qualificado pelo reconhecimento público de virtudes públicas notáveis – e, para isso, inexistente ceticismo na consideração de verdades de cunho religioso, filosófico ou moral, variantes em valor, senão conexão política ao próprio fato do pluralismo razoável, com vistas ao efetivo alcance e, posteriormente, à difusão de uma razão pública compartilhada pelas instituições básicas e defendida pelos cidadãos (LIMA, 2017, p. 93; SEN, 2011, p. 85; ROUANET, 2005, p. 8). A justiça como equidade não tem, por si, como assegurar que as diversas doutrinas abrangentes são merecedoras de aceite pleno, mas o reconhecimento mútuo de uma concepção política pelos cidadãos razoáveis e

racionais que endossam doutrinas abrangentes confirma que as instituições básicas estabelecidas têm espaço para composição de formas de vida fulcradas em concepções morais igualmente ponderadas e justas (RAWLS, 2000, p. 218, 219, 235, 259; e 2002, p. 255, 256; HABERMAS, 2002, p. 83).

### 3 Considerações conclusivas

Esta pesquisa foi motivada pelo anseio de desvelamento do sentido atribuído – ou dos sentidos atribuídos – por John Rawls ao conceito de *overlapping consensus* – ou consenso sobreposto – em suas proposições filosóficas acerca da ideia de justiça política como *equidade*. Compreende-se que o alcance, por este estudo, do objetivo genérico ora enunciado foi bem sucedido. Observou-se, em primeira instância, que a noção de consenso sobreposto ocupou funções estratégicas bem particulares conforme a etapa de aprofundamento do projeto teórico de Rawls. Dois momentos podem ser nitidamente identificados. O primeiro deles – marcado na obra *Uma teoria da justiça* – perfaz o aproveitamento de um juízo de alinhamento de concepções de justiça para, frente a um problema concreto, estabelecer a colocação de todos os argumentos políticos comuns “em um ponto superior” – sobrepondo-os –, com vistas à específica resolução daquela questão prática. Neste primeiro estágio, a abstração conceitual fora estritamente relacionada à justificação teórica para a prática de atos de desobediência civil, em situações de comprovada desarrazoabilidade dos mandamentos estatais – após juízo político inspirado em uma razão pública assentada no senso comum de justiça, na ordem social e em aspectos morais institucionalmente consolidados que transcenderiam as peculiaridades dos múltiplos posicionamentos doutrinários.

O segundo momento corresponde ao patamar teórico de maior maturidade filosófica e, nele, Rawls propõe que a ferramenta do consenso sobreposto anteriormente apresentada com fins limitados seria dotada de relevância muito mais aprofundada na conformação de bases políticas para sustentação e garantia da estabilidade de democracias constitucionais. Nesta etapa – sobretudo com a apresentação das conferências cujos conteúdos inspiraram a publicação de *O liberalismo político e Justiça e Democracia* –, o autor recorre ao pensamento liberal para contornar, pelo diálogo político, os desafios impostos pelo pluralismo de doutrinas abrangentes em sociedades democráticas. Para isso, parte do pressuposto de que a razoabilidade discursiva tende a predominar em sociedades “quase-justas” e, sem almejar a substituição ou legitimação de qualquer visão específica, sugere que divergências políticas gerais e relevantes podem ser superadas pela construção e consolidação, pela via constitucional, de um entendimento comum de justiça estruturado em princípios elementares de concordância comum. Ou seja: o foco anteriormente conferido ao cidadão, isoladamente, passa a ser aproveitado em função das diversas instituições que compõem a estrutura básica da respectiva democracia constitucional – e suas visões abrangentes –, de modo que, sem negá-las, as diferenças existentes poderiam passar a coexistir sem prejuízos à estabilidade do sistema democrático.

#### 4 Referências

ALMEIDA, Juvêncio. Theodor Viehweg: Jurisprudência, pensamento problemático e o retorno à tópica jurídica. *In: Revista Direito e Liberdade*. Natal: ESMARN, v. 14, nº 2, p. 123-142, 2012.

ARISTÓTELES. **Tópicos**. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2007.

CARDIM, Carlos Henrique. Apresentação. *In: RAWLS, John. O liberalismo político*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 5-11.

DE ANDRADE, Igor Ascarelli Castro. O liberalismo político de Rawls ante a teoria discursiva de Habermas: O consenso por sobreposição e a razão pública na fundamentação liberal do Estado democrático de direito. *In: Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Nº 53, Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2008, p. 177-202.

DE VITA, Álvaro. Apresentação da edição brasileira. *In: RAWLS, John. Uma teoria da Justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FELDENS, Guilherme de Oliveira. A razão pública no liberalismo político de John Rawls. *In: Perspectiva*. Erechim: URICER. v. 36, nº 136, p. 61-71, 2012.

FELIPE, Sônia. Direitos humanos: vias e vieses da política internacional em *The law of peoples* de Rawls. *In: DE OLIVEIRA, Nythamar Fernandes; DE SOUZA, Draiton Gonzaga. Justiça e política: Homenagem a Otfried Höffe*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 133-156.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

KOLM, Serge-Christophe. **Teorias modernas da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LIMA, Newton de Oliveira. **O Estado de Direito em Kant e Kelsen**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

RAWLS, John. *The Idea of Public Reason Revisited*. *In: The University of Chicago Law Review*. The University of Chicago. v. 64, nº 3, p. 765-807, 1997.

\_\_\_\_\_. **A Theory of Justice**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1999.

\_\_\_\_\_. **O liberalismo político**. São Paulo: Ática, 2000.

\_\_\_\_\_. **Justiça e democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

ROUANET, Luiz Paulo. **A complementaridade entre Rawls e Habermas na etapa**

**da deliberação.** Campinas: Pontifícia Universidade Católica de Campinas/SP, 2005.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça.** São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência.** Brasília: Universidade de Brasília, 1979.

ZANETTE, José Luiz *et alii*. Rawls e Habermas: conciliação no pragmatismo. *In: Revista Eletrônica de Filosofia.* V. 13, nº 1, São Paulo: Centro de Estudos de Pragmatismo. Programa de Estudos Pós-Graduados em Filosofia. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016.



# DIREITO À MORADIA PARA POPULAÇÕES SEGREGADAS EM PORTO ALEGRE: ESTUDO DE CASO SOBRE A OCUPAÇÃO LANCEIROS NEGROS E A LUTA POR GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONTRA A OPRESSÃO INSTITUCIONALIZADA NAS INSTÂNCIAS JUDICIAIS BRASILEIRAS

*Henrique Mioranza Koppe Pereira<sup>1</sup>*

*Diogo Silveira dos Santos<sup>2</sup>*

*Gabriela Maggioni<sup>3</sup>*

## 1 Introdução

O direito à moradia compõe o conglomerado de direitos humanos e garantias constitucionais. A moradia é parte integrante da dignidade da pessoa humana pois a ela estão associadas a estrutura de uma moradia salubre para promoção da saúde, o acesso à cidade e a todos os recursos que esta provém. Em sua relação com a cidade, há que se considerar também o papel que a moradia cumpre na organização do espaço urbano, como por exemplo na destinação adequada do solo, a fim de atender a função social da propriedade. Dessa forma, percebe-se que a moradia, ou uma habitação adequada, vai muito além de um teto que proteja o cidadão da chuva. Diversas demandas devem ser atendidas.

É de senso comum a compreensão de que o Brasil apresenta um severo quadro de desigualdade social, a qual desencadeia a formação de variados espaços de segregação espacial chamados de *favela*. Ano após ano, principalmente próximo às campanhas eleitorais, discute-se como a gestão pública tem tratado com os problemas vinculados a esses espaços de segregação e argui-se repetidamente sobre possíveis políticas públicas de atuação do Estado sobre essas demandas que eventualmente são atendidas.

Todavia, o presente trabalho apresenta uma proposta de estudo diferenciado sobre essa temática – que normalmente possui um viés apontado diretamente para a atuação da administração pública que formata as políticas públicas pertinentes para o atendimento de demandas populacionais – ao propor a análise da atuação do judiciário sobre demandas geradas por populações que clamam para que o Estado os ajude imediatamente para que tenham uma moradia que atenda minimamente das garantias constitucionais. Para isso, apresenta-se o caso da Ocupação Urbana Lanceiros Negros,

---

1 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com linha de pesquisa de enfoque em políticas públicas; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bacharel em direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Professor no curso de graduação em Direito na UCS e pesquisador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

2 Advogado, especialista em Direito do Estado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Bacharel em direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS).

3 Bacharel em direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS).

firmada no centro de Porto Alegre em novembro de 2015, e a atuação realizada pelo judiciário sobre as demandas dessa população.

Esse estudo é de demasiada importância, pois diariamente o judiciário intervém em demandas sociais que são características de políticas públicas a partir de seus julgados. O próprio judiciário manifesta que tais demandas deveriam ser tratadas no executivo, todavia não podem se escusar de julgar as demandas, mesmo que provisoriamente, principalmente diante a omissão dos demais poderes competentes. Dessa forma, decidiu-se realizar esse trabalho sobre um caso específico para que se possa extrair discussões que passam despercebidos sobre a atuação dos tribunais ao se observar um grande volume de demandas.

Estudar diretamente como os tribunais vêm julgando propicia detectar as decisões que atentam contra os direitos humanos e as garantias constitucionais. Assim como evidencia os discursos autoritários e segregacionistas que ainda imperam entre os desembargadores e reforçam uma atuação negligente e insuficiente por parte das políticas públicas e da atuação dos demais poderes. Quando o judiciário apresenta uma atuação condescendente com o despreparo das políticas públicas e da ineficiência do Estado quanto ao atendimento das garantias constitucionais destinadas às populações carentes, dá-se um fenômeno de perpetuação do *status quo da opressão social* e, em especial, da *segregação espacial em solo urbano*. Para isso se realizará o estudo hermenêutico dos julgados sobre o caso, inserindo-se em todo o andamento processual realizado até a presente data.

## 2 Segregação espacial urbana no Brasil do século XXI

Em específico trabalhar-se-ão questões voltadas ao direito à uma habitação digna e adequada aos padrões sociais do século XXI a partir do acesso à cidade e de um meio urbano apropriado para o desenvolvimento da vida humana. Essa perspectiva se estende a toda a população. Todavia, para fins de estudo, o foco serão as populações segregadas espacialmente. Mas o que exatamente se quer dizer com esse termo? Quais seriam tais populações? Canotilho traz uma reflexão sobre o conceito de *pobre*, o qual terá vínculo direto com o termo *populações segregadas* ou *indivíduo segregado*:

Em primeiro lugar, o que são e quais são os pobres? Pobres são os proletários no clássico sentido marxista da luta de classes? Pobres são os pobres de espírito no sentido bíblico? Pobres são os excluídos da sociedade de conhecimento? Pobres são os que vivem em bairros de lata? Pobres são os que vivem em países pobres? Pobres são os fracos e oprimidos desde os doentes, os perseguidos? Pobres são beneficiários de um rendimento social de inserção? Essa catadupa de interrogações aponta já para a indispensabilidade da clarificação da categoria nuclear subjacente ao tratamento jurídico-dogmático e dos direitos dos pobres. A nosso ver, se a ciência do direito quiser colocar os pobres como sujeitos relevantes nas construções teórico-dogmáticas, deverá, desde logo, ultrapassar as pré-compreensões ou cosmovisões meramente ideológicas, religiosas e econômicas. Uma opção realista pelos pobres assentará em uma perspectiva inclusiva e dialógica, não devendo eliminar nenhuma camada de excluídos. Em segundo lugar, uma opção pelos

pobres leva a sério todas as pessoas, tendo em conta a situação concreta. Por palavras muito em voga na sociologia americana, o direito deve ter aberturas dialógicas para os rostos, os corpos, as almas, dos que enfrentam as dificuldades da dor, da pobreza, do isolamento, da opressão, da ignorância (pobres sem meios de subsistência, doentes, perseguidos discriminados, velhos, humilhados). Em terceiro lugar, uma opção pelos pobres reivindicaria uma atitude crítica perante as desigualdades fáticas e jurídicas existentes. (CANOTILHO, 2010b, p.33)

Aqui se estabelecem diferenças conceituais de pobreza e é por isso que se utiliza o termo *populações que vivem em espaço de segregação social*. Aponta-se, portanto, um diferencial específico vinculado à territorialidade, ao *espaço*, cidadãos que vivem e habitam em espaços sem a devida atenção estatal, espaços a que são impelidos os cidadãos não-inclusos de diferentes ordens. Sobre a *segregação* em si, consiste em impor determinados territórios para organizar uma separação entre cada grupo social, tanto em seu convívio quanto em moradia. (ROLNIK, 2004, p. 49)

No Brasil e em outros países subdesenvolvidos esses espaços são conhecidos como *favela*; na Europa, são chamados de *guetos*. Entre esses dois termos há diferenças determinantes. Por isso não podem ser considerados equivalentes. A *favela* é o espaço de moradia dos não-inclusos em países subdesenvolvidos e entre essas populações encontrar-se-ão diversos tipos de trabalhadores especializados, ou não, que se caracterizam pela sua mão de obra flexível e adaptável. Enquanto, o *gueto*, por sua vez, é espaço de exclusão social dos países desenvolvidos, e a população que ali reside possui uma mão de obra limitada e bastante reduzida. (SANTOS, 2004, p.72-75)

Nesses espaços de segregação espacial se apresentam circunstâncias que ameaçam os direitos sociais da saúde das populações que ali vivem. Os cidadãos, além de viverem em condições precárias, são também submetidos a doenças e a perigos a partir do meio ambiente urbano insalubre, assim como o distanciamento das instâncias estatais oferece abertura de domínios de poderes paraestatais e lideranças criminosas que acabam por subjugar as populações que vivem em situação de risco. Ao se trabalhar aspectos sobre urbanismo com o objetivo de reduzir a desigualdade social no Brasil, e colateralmente reduzir a criminalidade, requer-se pensar a cidade e sua organização de forma que se proteja a vida do cidadão e se promova sua saúde de acordo com as normativas constitucionais. Para isso, não basta pensar em ideais de organização cidadina e criticar a formas postas pelos espaços urbanos. É preciso entender o funcionamento político, jurídico e social da cidade.

Para estudar a economia urbana, ou seja, o funcionamento e as organizações espaciais que circundam questões de exclusão social, Milton Santos (2004) faz duas advertências específicas: primeiro, deve-se acautelar sobre paralelos entre os fenômenos socioeconômicos que ocorrem em países desenvolvidos e subdesenvolvidos, pois são comuns trabalhos que demonstrem comparativos entre eles sem dar conta de toda a trajetória dos territórios que levou a apresentar a conjuntura presente; segundo, não considerar *guetos* e *favelas* como o local em que se encontra toda a pobreza.<sup>4</sup> Como explica

4 Milton Santos aponta que as favelas integram o *circuito inferior*, o qual se relaciona diretamente com o *circuito*

Milton Santos em sua teoria sobre os circuitos econômicos, existem dois circuitos que formam a estrutura econômica social: o *superior* e o *inferior*; entretanto, desde já, aponta-se que o *circuito inferior* não se reduz às favelas e aos espaços de segregação espacial. Estes farão parte de diversas formas do circuito inferior, mas também darão subsídios para o funcionamento do circuito superior.

Dessa forma, o Estado precisa agir com credibilidade sobre as demandas sociais e afastar os reducionismos e clientelismo de suas ações sobre a pobreza. Mas para isso é preciso: (i) fomentar as disciplinas que se preocupam explicitamente com a pobreza, a segurança social, a saúde e o emprego – direito social, direito da segurança social, direito da saúde, direito do trabalho e do emprego; (ii) deter-se às normas que atuam, direta ou indiretamente, nas populações vulneráveis nas relações jurídicas – direito do trabalho, direito de arrendamento, consumidor, população de baixa renda; (iii) atuar sobre as questões referentes ao crescente número de pessoas que necessitam de proteção internacional – estrangeiros, exilados, imigrantes ilegais; (iv) reforçar os estudos das normas de direito internacional europeu e nacional que se destinam à proteção da dignidade das pessoas e dinamizar a sua aplicabilidade; (v) reformar o sistema fiscal e a fiscalidade para direcionar a sua efetividade para uma lógica; (vi) apoiar e dinamizar esquemas de ações positivas – *affirmative actions*, quotas contra sub-representação de sexos, quotas raciais, entre outras – com o objetivo de neutralizar a perpetuação da exclusão populacional e construir, com o tempo, uma lógica social de inclusão; e, por fim, (vii) dar a importância devida aos estudos de direitos humanos e estruturar o vínculo jurídico que possuem com as convenções internacionais a eles respeitantes. (CANOTILHO, 2010b)

Além disso, pode-se também observar o tema do plano teórico-dogmático, para que se promova uma articulação entre as teorias políticas da justiça e da racionalidade jurídica a partir de alicerces metodológicos científicos, com base em análises econômicas, sociais e jurídicas. Nesse momento se questiona sobre a opção pelos pobres nas instâncias judiciais: essa população deve buscar suas demandas na justiça? É claro que não se nega o direito de todo cidadão em buscar suas demandas no Judiciário. Contudo, ao se questionar sobre os méritos das sentenças, “os magistrados responderão na sua maioria, que a costagem jurisprudencial não olha para os pobres”(CANOTILHO 2010b, p.34) Essa situação pode ocorrer por diversos motivos. O primeiro deles é que o Judiciário não tem *competência* para resolver problemas sociais e, conseqüentemente, não possui recursos e aparelhos suficientes para tal. Todavia, isso não justifica o judiciário atuar contra princípios e normas constitucionais, assim como contra tratados internacionais em que o Brasil é signatário. Em contrapartida, a atuação do Estado, a partir de políticas pertinentes, possibilita o que se chama *ecological approach*, o qual passa a posicionar

---

*superior*. Esses *circuitos*, chamados de *circuitos econômicos*, explicam que os problemas que se encontram em uma favela não são produzidos diretamente lá, em outras palavras a favela é uma consequência de estruturas macroeconômicas que definem a organização espacial das cidades. Dessa forma, os habitantes de uma favela não teriam possibilidade de mudar de condições de vida *espontaneamente* se as estruturas econômicas não *permitir*.

as demandas dos pobres no centro da responsabilidade constitucional e funcional do Estado. Parte-se da verificação de que poderes políticos que

seriam competentes para a organização de políticas públicas de solidariedade e de socialidade permanecem indiferentes ou actuam em manifesta desconformidade com os princípios de justiça, constitucionalmente plasmados, a magistratura judicial assume a sua *accountability* e a sua *responsiveness* para com os pobres ousando proferir sentenças de inequívoca conformação político-social. (CANOTILHO, 2010a)

Ao se deparar com uma larga demanda judicial sobre questões sociais semelhantes, fica evidente a inércia do Estado, que obriga o Judiciário julgar situações individuais. Por mais que os juízes tentem fazer um bom trabalho sobre essas demandas, a obrigação de deslindar esse imbrólio é dos órgãos competentes. Assim, as sentenças, por serem casuísticas, carecem de legitimidade para abarcar devidamente a situação política e judicial com as desconformidades constitucionais das políticas públicas.

A cidade é o local de decisão, o espaço público e de identificação do cidadão, é a vinculação entre o urbano e o político e é a sede do *logos* próxima ao cidadão. A cidade, por possuir o elemento político decisório, será, também, a referência organizacional e estatal compreendida juntamente de suas instituições, como a escola, a polícia, postos de saúde, hospitais, parques entre outros serviços públicos. O urbano é o espaço planejado, estruturado, construído para a vida e o convívio humano. Modifica-se e se constrói fisicamente enquanto a cidade se desenha politicamente. Por isso esses dois conceitos se mantêm atrelados, porém distintos. (LEFEBVRE, 1991)

A partir desse entendimento, o presente estudo apresenta o caso da Ocupação Lanceiros Negros, que teve início em novembro de 2015 em Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul. Ali o Judiciário deixou uma presença marcante, carregada de discursos autoritários e que refutam as garantias constitucionais de cidadãos pobres e em situação de risco. O próximo capítulo trará um relato breve dos acontecimentos processuais para que se possa, em seguida, analisar os julgamentos dados pelos desembargadores do tribunal a fim de diagnosticar como o judiciário tem se comportado em casos semelhantes.

### **3 Ocupação urbana Lanceiros negros**

A ocupação Lanceiros Negros é formada por famílias que integram, na cidade de Porto Alegre, o Movimento de Lutas nos Bairros, Vilas e Favelas (MLB). Pessoas oriundas dos bairros periféricos, em comum identificadas pela situação de precariedade habitacional – em uma escala que vai desde o risco permanente de desalojamento decorrente da pressão financeira dos aluguéis até a completa ausência de habitação. Grupos familiares integrados não só por adultos em situação de vida laboral ativa, mas também por bebês, crianças, adolescentes e idosos. Há ainda, embora em pequeno número, indígenas e estrangeiros, cuja situação de transitoriedade territorial é usualmente aproveitada como justificante para a omissão estatal quanto ao atendimento por uma política pública de moradia.

No dia 14 de novembro de 2015 essas famílias ocuparam o prédio localizado na Rua General Andrade de Neves, nº 352, no centro da cidade de Porto Alegre. O prédio é de propriedade do Estado do Rio Grande do Sul e estava sem uso há quase uma década, sem qualquer menção de projeto ou atividade para o cumprimento da função social.

O prédio, que já serviu de sede do Ministério Público, após uma década fechado passou a servir como local de acolhimento para essas famílias carentes, proporcionando um ambiente seguro, organizado, salubre, com luz, água, refeitório, até que essas pessoas possam ser incluídas em alguma política pública de moradia concreta. Ou até que eventualmente tenham condições de voltar à sua residência, dando efetividade ao direito fundamental de moradia disposto na Constituição Federal.

Todas as famílias da ocupação foram cadastradas no atendimento do Sistema Único de Saúde – SUS e estão sendo atendidas por postos de saúde da região. Além disso, as crianças e adolescentes estão matriculadas na rede pública de ensino e contam com o apoio de sindicatos, coletivos e demais madrinhas e padrinhos da Ocupação Lanceiros Negros.

Diversos meios de comunicação têm repercutido a resistência da Ocupação Lanceiros Negros. Foram veiculadas matérias por vários meios de comunicação e o Coletivo Catarse realizou a produção de um documentário com o intuito de mostrar a resistência dos moradores da Ocupação Lanceiros Negros e de seus apoiadores perante a postura do Estado do Rio Grande do Sul, que deseja reaver a posse do imóvel público sem qualquer destinação social.<sup>5</sup>

### *3.1 Da Ação de Reintegração de Posse nº001/1.15.0192440-1*

Embora tenha existido uma tentativa de diálogo com representantes do Governo, durante uma reunião na Secretaria de Estado de Justiça e Direitos Humanos realizada no dia 16 de novembro de 2015, no mesmo dia em que realizou promessas de que seriam estabelecidas continuidades nas negociações, o Estado do Rio Grande do Sul declinou seu posicionamento ao protocolar a ação de reintegração de posse do prédio público.

O pedido de reintegração de posse foi acolhido pela 7ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre e a decisão judicial concedeu medida liminar para ser cumprida no prazo de 72h, determinando que em caso de não cumprimento da decisão, fosse requerido o uso da força pública para cumprimento da medida, conforme trecho da sentença extraída do processo nº 001/1.15.0192440-1:

Desta maneira, estando a ação amparada por elementos suficientes, devidamente instruída no que respeita aos limites da tutela liminar, é que defiro o pedido liminar para o fim de determinar a reintegração de posse do bem objeto deste litígio. Para cumprimento concedo aos ocupantes do imóvel o prazo de 72 horas para que providenciem em sua retirada do local, com o transporte de seus bens pessoais. Caso o prazo acima não seja obedecido, *proceda-se à reintegração de posse do autor, requerendo-se, se necessário, o uso de força pública para cumprimento da medida*. Ao mesmo tempo deve a parte autora providenciar para que outras

<sup>5</sup> Disponível em: <http://coletivocatarse.com.br/home/lanceiros-negros-estao-vivos/>; e também em canal do youtube: <https://youtu.be/Y97fhAH7Cyc>.

pessoas não venham a ocupar o bem, devendo o(a) Sr(a). Oficial(a) de Justiça nominar todos os ocupantes por ocasião da intimação para desocupação. Expeça-se, portanto, mandado de intimação para desocupação, no prazo de 72 horas, de identificação dos ocupantes, e reintegração de posse, caso não seja o bem desocupado voluntariamente. Intimem-se. Após, cite-se. [grifo do pesquisador] (RIO GRANDE DO SUL, 2015)

O Movimento de Luta nos Bairros, Vilas e Favelas – MLB recorreu da medida liminar através do Agravo de instrumento nº 70067673970, pleiteando a reforma da decisão, a fim de que o cumprimento da reintegração de posse fosse condicionado à prévia apresentação de alternativa concreta de realocação das famílias, sob pena de haver literal despejo dos moradores nas ruas de Porto Alegre, em momento que coincidia com a chegada do frio inverno gaúcho – o qual atinge habitualmente temperaturas inferiores a 0°C. Ainda assim foi negado provimento ao agravo, conforme se extrai da ementa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. MOVIMENTO DE LUTA NOS BAIRROS, VILAS E FAVELAS (MLB). IMÓVEL INVADIDO DE PROPRIEDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA PROCESSUAL. Tratando-se de área pública, mostra-se inadmissível a sua ocupação sem a devida autorização, permissão ou concessão da respectiva Administração. Não há decisão pelo Supremo Tribunal Federal, em controle concentrado de constitucionalidade, acerca de inconstitucionalidade de norma infraconstitucional (Código de Processo Civil) pertinente a ação de reintegração de posse e tampouco há elementos suficientes para impor reconhecimento disto, em recurso contra decisão liminar, de inconstitucionalidade ou inconveniência material da lide em apreço. O direito de moradia e a função social da propriedade, tais institutos jurídicos não podem ser vistos de maneira absoluta, o que poderia justificar abusos de direito por parte de alguns em detrimento do interesse público, da coletividade. Finalmente, o risco de dano irreparável, no caso a integridade física dos ocupantes, somente poderá haver desde que esses se opunham, fisicamente, à ordem judicial, além dos atos necessários de parte da força pública. Decisão liminar de reintegração de posse mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70067673970, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 07/04/2016) Data de Julgamento: 07/04/2016. Publicação: Diário da Justiça do dia 18/04/2016 (RIO GRANDE DO SUL, 2016)

A decisão acima refutou os pedidos de suspensão da reintegração de posse, mantendo a decisão de primeira instância que determinou a imediata desocupação do imóvel. Momento em que foi interposto Recurso Especial requerendo a reforma do acórdão proferido pela 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, justificando que o cumprimento da medida liminar poderia acarretar danos irreparáveis aos ocupantes, no que diz respeito a integridade física, à moradia e a dignidade humana. Ainda, foi interposto Recurso Extraordinário com fundamentos de admissibilidade oriundos do Novo Código de Processo Civil, que versam sobre a repercussão geral que deve se extrair da questão constitucional debatida neste caso. O recurso busca a solução adequada ao impasse em torno da ocupação, pugnano por uma decisão que resguarde o direito fundamental à moradia.

A repercussão geral para a sociedade e a comunidade jurídica é em torno do dever do Estado de assegurar o acesso à habitação digna às pessoas e seu posicionamento de desalojá-las em ato reintegratório de posse, para reaver o bem imóvel pertencente ao poder público, ocupado em decorrência da situação extrema de ausência do acesso à moradia.

Ademais, em razão da pendência de admissibilidade do Recurso Especial e o perigo na demora da prestação da tutela jurisdicional, o MLB protocolou um pedido de tutela de urgência cautelar com fundamentos também no NCPC, buscando conceder efeito suspensivo ao recurso de especial interposto, pugnano pela imediata suspensão da decisão que determinou a desocupação e a reintegração de posse de imóvel, em razão do iminente o cumprimento da ordem judicial de reintegração de posse, confirmado pelo tenente-coronel Mario Ykeda, titular do Comando de Policiamento da Capital (CPC), programado para iniciar a partir das seis horas da manhã do dia 24 de maio de 2016.

Na noite do dia 23 de maio de 2016, ao mesmo tempo em que o MLB postulava a suspensão da decisão que determinou a desocupação do prédio, uma operação da Brigada Militar começou a ser montada, com bloqueios policiais em todos os acessos ao prédio disputado. Com um forte aparato, formado por dezenas de policiais do Batalhão de Choque, cavalaria, viaturas e motocicletas, a Brigada Militar impediu diversos moradores, apoiadores e manifestantes de entrarem na Ocupação.

Durante toda a madrugada os moradores conviveram com a tensão de que polícia poderia iniciar a reintegração de posse a qualquer momento. Mas, no início da manhã, a assessoria jurídica da Ocupação informou que o Desembargador de plantão no Tribunal de Justiça, Jorge Luis Dall'Agnol, deferiu a ação distribuída pelo MLB, decidindo pela imediata suspensão da decisão que determinou a desocupação e a reintegração do imóvel.

Nos fundamentos de sua decisão, o juiz citou como jurisprudência uma decisão do Ministro Ricardo Lewandowski, a Ação Cautelar nº 4085, que orienta que devem ser observados os riscos de conflitos sociais em litígios de natureza habitacional, principalmente quando a decisão judicial é levada a efeito por força judicial, vejamos:

[...] como é cediço, a jurisdição é atividade estatal que tem como escopo principal a pacificação de conflitos sociais, garantindo os direitos que os atores sociais já não podem mais defendê-los ou tutelá-los individualmente. Na hipótese, a retomada da posse pode ser vista como fator de exacerbação do litígio em questão, em especial quando o cumprimento da ordem judicial é levada a efeito por força policial desacompanhada de maiores cuidados com o destino dos evictos. Nesse contexto, considerando as informações trazidas aos autos, de que é iminente o cumprimento de mandado de reintegração de posse (agendado para o dia 17/1/2016) para a retirada de mais de 10.000 (dez mil) pessoas, sem a apresentação dos meios para a efetivação da remoção (como caminhões e depósitos), sem qualquer indicação de como será realizado o reassentamento das famílias, e tendo em conta o risco considerável de conflitos sociais, exemplificados por episódios recentes como a desocupação da área do Pinheirinho, em São José dos Campos/SP, bem como a de um antigo prédio na Avenida São João, em São Paulo/SP entendo que o imediato cumprimento da decisão, poderá catalisar conflitos latentes, ensejando violações aos fundamentais daqueles atingidos por ela. Portanto, neste exame perfunctório do caso, próprio das ações de natureza cautelar, entendo presentes os requisitos necessários à concessão da medida de urgência pleiteada. Isso posto, defiro o pedido

liminar, para atribuir efeito suspensivo ao recurso extraordinário, suspendendo os efeitos do acórdão recorrido, até julgamento dessa ação cautelar. Determino, em consequência, a suspensão da ordem de reintegração de posse agendada para 17/1/2016. Comunique-se, com urgência, ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Publique-se. Brasília, 13 de janeiro de 2016. Ministro Ricardo Lewandowski Presidente. AC 4085 MC, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 13/01/2016, publicado em PROCESSO ELETRÔNICO DJe-010 DIVULG 20/01/2016 PUBLIC 01/02/2016 (BRASIL, 2016)

A citada jurisprudência, servindo de orientação ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul para exarar a suspensão da reintegração de posse do prédio ocupado pelos Lanceiros Negros, resguardou a característica excepcionalíssima dos moradores de ocupações brasileiras, que resistem de forma combativa à afronta aos direitos constitucionais e aos diversos Pactos Internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A suspensão da ordem liminar de reintegração de posse abriu um novo capítulo no processo. Instaurou-se inédita rodada de negociação, com a remessa do caso ao Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), espaço criado pela Justiça estadual e destinado à resolução dos litígios pela via da conciliação.

Houve a criação, pela Corregedoria-Geral de Justiça, em conformidade com as Deliberações do Comitê Interinstitucional sobre Conflitos Fundiários Urbanos, de Regime de Exceção, na modalidade jurisdição compartilhada, a contar de 01-06-2016 e pelo prazo de um ano, para promover a conciliação entre as partes nos processos que versem sobre “conflito fundiário urbano coletivo” (edital nº 037/2016-CGJ). O que ensejou a remessa, pelo Juízo de origem, dos autos do presente processo ao CEJUSC, onde restou instaurada mesa de mediação, com audiências realizadas ao longo dos meses de junho a agosto de 2016.

Em decorrência do processo de negociação estabelecido no CEJUSC, houve a instauração, pelo Poder Executivo Municipal de Porto Alegre (Portaria nº 304/2016), de Grupo de Trabalho voltado a elaborar proposta de colaboração com o Estado na resolução conciliada da ocupação, principalmente no que diz respeito à garantia de realocação digna das famílias após sua saída do imóvel do Estado. O referido Grupo de Trabalho teve um cronograma de reuniões cumprido ao longo dos meses de setembro, outubro e novembro, sem, contudo, poder chegar a um encaminhamento conclusivo, em razão do silêncio do estado, até então, acerca da possibilidade de construção de um projeto conjunto com o município.

Diante da rejeição dos recursos interpostos e desconstituição do efeito suspensivo, por decisão da Vice-presidência do TJ/RS, houve o restabelecimento da ordem liminar reintegratória do imóvel, que pode vir a ser cumprida a qualquer momento. Só não o foi ainda graças à intervenção da Defensoria Pública e Ministério Público Estadual, ambos manifestando preocupação com as consequências da desocupação quanto ao acesso das famílias à rede de assistência social disponibilizada no Centro Histórico, local onde está situada a Ocupação.

A Procuradoria Geral do Estado (PGE) viabilizou, então, um novo espaço de diálogo, paralelo ao processo, em seu Centro de Conciliação e Mediação, onde foi possível, pela primeira vez desde que teve início o litígio, promover um encontro entre as representações da Ocupação, autoridades municipais e o representante do órgão de governo responsável pela política habitacional na esfera estadual. Essa rodada de conciliação ainda está em curso, contudo a margem de negociação é estreita. Para todos os efeitos, o Estado busca naquele meio a forma “menos gravosa” de dar fim à ocupação. Há visivelmente uma preocupação com o potencial impacto midiático de uma nova tentativa de desocupação forçada, mediante uso da força policial. Por outro lado, vê-se que essa preocupação com a “redução de danos” não está vinculada a um efetivo comprometimento com a pauta do movimento. A prioridade é reduzir os danos para a imagem do gestor público de plantão.

#### **4 A atuação do judiciário aos Direitos Constitucionais e Internacionais garantidores do Direito à Moradia**

A judicialização da ocupação Lanceiros Negros trouxe à tona a dura insensibilidade do Poder Judiciário para com as pautas sociais. Explicitou, a bem da verdade, uma instituição que ainda está longe de incorporar, na plenitude, o papel garantidor dos direitos fundamentais sociais preconizados pela Constituição Federal vigente desde 1988.

A começar pelo espaço processual em que se deu a judicialização: ação de reintegração de posse. No CPC/1973 (lembrando que a ação foi ajuizada ainda na vigência desse Código), a Ação de Reintegração de Posse integra o rol das Ações Possessórias, no Livro dos Procedimentos Especiais (arts. 924 ao 928). Trecho normativo concebido exclusivamente para tutelar a defesa do direito privado e, diga-se, alheio à realidade dos conflitos fundiários urbanos. O Novo CPC, nesse aspecto, revela maior sensibilidade, ao dispor tratamento especial para os casos de ação possessória “em que figure no polo passivo grande número de pessoas” – assegurando, por exemplo, citação pessoal e intimação do MP e Defensoria Pública para compor o processo nos casos em que houver pessoas em situação de hipossuficiência econômica (art. 554, §1º), além de dispor que deve haver audiência de mediação como condicionante legal para o prosseguimento do processo de reintegração.

A Judicialização da ocupação Lanceiros Negros é emblemática porque revela a forma como o Estado, enquanto (não) garantidor de direitos fundamentais, trata as demandas habitacionais como demandas de natureza de Direito Privado. A destacar, por parte da PGE, a opção pela propositura de ação de reintegração de posse. E, por parte da Justiça Estadual, o pronto reconhecimento da hipótese de incidência da reintegração liminar do art. 928 do CPC, pela qual basta a petição inicial estar devidamente instruída - leia-se *basta provar a posse e o esbulho* - para o juiz deferir, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de reintegração. Essa postura

reducionista por parte dos órgãos de justiça impede o devido debate de questões constitucionais que poderiam dirimir demandas sociais habitacionais.

A questão concreta que se apresenta é a seguinte: considerando o contexto de notória omissão do Estado em assegurar o acesso universal da população à moradia; considerando que o déficit habitacional submete os desprovidos de moradia a uma situação severa de vulnerabilidade – em especial em se tratando de pessoas desalojadas dentro do espaço urbano das metrópoles; considerando ainda que a Constituição Federal consagra o princípio da função social da propriedade urbana (art. 182, §2º): pode o Estado, pela via da ação reintegratória de posse, desalojar pessoas ocupantes de prédio público ao qual não é conferido qualquer uso, sem ao menos assegurar a realocação destas pessoas em habitações que preencham os padrões básicos da garantia da dignidade humana?

A repercussão geral da matéria é flagrante, tendo em vista que o pleito por acesso à moradia está presente em todos os entes federados, havendo a constante repetição de casos como o presente, em que a reintegração de posse dos bens imóveis urbanos do Estado frequentemente desconsidera: (i) a análise da inexistência de efetiva destinação social destes imóveis como fator determinante da ocupação por pessoas desprovidas de habitação; (ii) a possibilidade de se conferir ao imóvel sem uso destinação voltada às políticas de garantia do acesso à moradia, dentro do contexto social de ocupação como forma de provocação do Estado a suprir omissão de garantia de habitação às pessoas que não são alcançadas/contempladas pelos programas tradicionais de financiamento de moradia ou que se encontram em situação de miserabilidade que inviabiliza a vinculação/quitação destes programas de financiamento; (iii) o dever do Estado de assegurar, previamente ao ato reintegratório, a realocação das famílias desalojadas em habitações dignas para sua subsistência básica.

Ainda assim, mesmo estando presentes elementos suficientes ao acolhimento do litígio no espaço do Direito Público, e mesmo após três décadas de vigência do regime constitucional do Estado Democrático de Direito, persiste a judicialização dos conflitos fundiários urbanos sob a lógica restrita do direito privado. Proposta a ação reintegratória pelo Estado, em nenhum momento o Judiciário se dispôs a acolher sequer a discussão sobre o cabimento de uma ação dessa natureza para tratar de uma questão cujo cerne é o direito fundamental à moradia, as políticas públicas a ele associadas e, em última instância, a omissão do Estado enquanto garantidor do acesso universal à habitação. Não há nas decisões proferidas tanto na primeira quanto na segunda instância qualquer determinação ou encaminhamento relacionado à judicialização da questão habitacional enquanto tema de direito público. (SIMON, 2007)

Mesmo no CEJUSC, ambiente teoricamente voltado à conciliação dos litígios, atuando sob regime de exceção, voltado à conciliação nos processos que tratem de conflitos fundiários urbanos, houve uma abordagem restritiva do processo, buscando apenas a forma mais ágil de se proceder à desocupação. O Judiciário apresenta às ocupações um espaço de “não-acolhimento”, um *corredor polonês* no qual as pessoas são reprimidas e

lançadas ao desalojamento como único fim possível. Para que regressem às periferias de onde jamais deveriam ter saído. Assistir às audiências “conciliatórias” do CEJUSC é em essência uma aula de sociologia da opressão: de como o Estado instrumentaliza o Direito como arma de seu Poder Policial de manutenção dos excluídos na sua condição de “não-cidadãos”, apátridas desterrados nas periferias de nossas metrópoles. (SANTOS, 1996 E LEFEBVRE, 1983)

Nesse contexto, levar os conflitos fundiários urbanos ao campo do direito público é fundamental para que se dê efetividade à tutela do Estatuto das Cidades e demais normativas relativas ao campo do direito habitacional e para que se reconheça nas ocupações atos reivindicatórios promovidos por cidadãos em estado de vulnerabilidade habitacional com o propósito de compelir o Estado a suprir omissão quanto à efetivação de políticas públicas voltadas à garantia do direito fundamental à moradia. (CANOTILHO, 2010)

Embora a Judicialização não se preste a substituir a luta política, sua atuação complementar é de grande importância para a concretização das pautas sociais. O direito como espaço de cobrança do povo frente ao Estado, em lugar do direito como mero mantenedor do *status quo* de opressão do Estado policial sobre o povo, eis o desafio que se põe às assessorias jurídicas dos movimentos sociais (CANOTILHO, 2010a)(SIMON, 2007). No contexto temporal atual, especificamente, de enfraquecimento dos espaços institucionais que tradicionalmente acolhiam as pautas sociais – sindicatos, partidos políticos de esquerda e entidades pastorais de base da Igreja Católica – ressurgem o protagonismo dos movimentos sociais concebidos em torno de pautas específicas. E o desafio da legitimação destes movimentos enquanto instituições representativas dos excluídos, onde a ocupação social dos espaços é o instrumento reivindicatório possível, não podendo ser caracterizado como esbulho possessório a legitimar a reintegração de posse, sob pena de se conferir à ação reintegratória uma finalidade inibitória do exercício do direito político de reivindicação, hipótese jamais prevista na norma processual que regulamenta referido instrumento. (SANTOS, 2002)

No caso da ocupação Lanceiros Negros, há a convergência de pessoas/famílias em estado de vulnerabilidade habitacional em torno do Movimento de Luta nos Bairros, Vilas e Favelas (MLB) enquanto entidade que se propõe a defender a cobrança de políticas públicas que assegurem a universalização do acesso à moradia digna na região metropolitana de Porto Alegre.

Sobre essa questão, cumpre referir importante decisão proferida no processo que opôs o Departamento Municipal de Habitação de Porto Alegre (DEM HAB) e alguns dos principais movimentos por moradia que atuam na cidade. Uma ação de reintegração de posse ironicamente proposta pelo órgão encarregado de cuidar das políticas públicas de habitação contra as organizações coletivas que ocuparam sua sede administrativa, a fim de pressionarem pela acolhida das pautas de enfrentamento da estagnação e precarização dos programas habitacionais de responsabilidade do município. Decisão proferida pela Juíza Karla Aveline de Oliveira, da 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro

Central da Comarca de Porto Alegre (processo n. 001/1.16.0092478-7) <sup>6</sup>:

Do pedido liminar: Da leitura fria e isolada do artigo 561 do NCPC, de início, poder-se-ia concluir pelo deferimento do pedido liminar, afinal, constitui-se fato incontroverso que a autarquia detém a posse e propriedade do bem imóvel. Ademais, como dito, traduz-se em fato público e notório que diversos movimentos sociais ocupam o saguão do imóvel em questão desde o dia 14/07/2016. Contudo, tenho que sob a simplista ótica processual, deduzida na peça inicial, não se pode visualizar, por completo, o fenômeno que se apresenta.[...] Repito: os movimentos sociais não têm qualquer intenção explícita ou fúgida de se apossar do bem público, sede da autarquia autora. *Na verdade, o ajuizamento da presente ação possessória, ainda que se trate de mecanismo processual colocado à disposição da autora para a proteção dos seus alegados direitos, apresenta um falso problema, pois, desde o início, jamais se tratou de simples questão possessória.* Desse ponto de vista, o aforamento da presente ação assinala, antes de mais nada, a dificuldade que a autarquia apresenta de lidar com as questões que lhe são afetas, ultrapassando etapas salutares e construtivas de aproximação, empatia e flexibilização de postura, na medida em que, ao ajuizar a presente ação menos de vinte e quatro horas da ocupação, deixou de aproveitar a oportunidade de construir espaço de diálogo e entendimento com parcela significativa da sociedade. Como resta evidente, os movimentos almejam criar um fato político tendente a chamar a atenção do Município para direito coletivo – não o direito de determinada família ou indivíduo, mas de toda a coletividade de cidadãos pobres, marginalizados e invisíveis. A intenção sempre foi a de ampliar a visão sobre aqueles que não são atendidos adequadamente pelas políticas públicas municipais na área da habitação.

Com idêntico olhar, no sentido de que *singelo pedido de reintegração de posse em ação possessória está absolutamente divorciado do real conflito existente por trás das ocupações*, transcrevo trecho de recente declaração de voto vencedor nº 31.637, da lavra do Revisor Magalhães Couto, por ocasião do julgamento do AI nº2243232-25.2015.8.26.0000, comarca de São Paulo, TJSP, em que se negou a concessão de ordem de reintegração de posse nas escolas públicas do Estado de São Paulo ocupadas por estudantes secundaristas:

“...em arremate, a questão não pode ser resolvida pela judicialização na via possessória, mas pelos canais institucionais próprios ao diálogo entre as diversas visões do problema, próprios, aliás, daqueles envolvidos na relevante política pública da educação. Aliás, é preciso ter coragem de se dizer que o ajuizamento dessa ação, *além de sua evidente impropriedade técnica, constitui-se verdadeira irresponsabilidade e irracionalidade, porque não se resolve com repressão um legítimo movimento de professores e alunos...* Não será, portanto, com essa postura de criminalizar e ‘Satanizar’ os movimentos sociais e reivindicatórios legítimos que o Estado Brasileiro alcançará os valores abrigados na Constituição Federal, a saber, a construção de uma sociedade justa, ética e pluralista, no qual a igualdade entre os homens e a dignidade de todos os cidadãos deixe de ser uma retórica vazia para se concretizar plenamente”. [...]

Tratando-se de conflito natural em um estado democrático onde, de um lado tem-se a autarquia, proprietária e possuidora do bem, e, de outro, inúmeras famílias e movimentos sociais insatisfeitos com a ausência de políticas habitacionais para a população de baixa renda, cumpre ao juiz exercer sua função jurisdicional

<sup>6</sup> Essa decisão é de extrema relevância para o tema em questão, pois demonstra que a crítica que aqui se imputa ao judiciário não é generalista, mas voltada aos órgãos e magistrados que trabalham contra as demandas sociais habitacionais e afastam as reflexões sobre a responsabilidade Estatal e os direitos constitucionais desses debates judiciais.

visando otimizar esses direitos e garantindo um espaço que proporcione o debate democrático a respeito dessas carências e das obrigações do Município frente às demandas e a ordem constitucional. A Ocupação não quer se apropriar do bem público. A Ocupação quer ter voz e vez. O direito à moradia vem sendo reconhecido como um direito humano fundamental desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo XXV), passando pelos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, instituídos pelas Nações Unidas em 1966 e com entrada em vigor em 1976, respectivas ratificações através do Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992 e Decreto nº 591, da mesma data. Ainda, restou expressamente consignado na Constituição da República, caput do art. 6º, que: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

E, nesse sentido, impõe-se reconhecer a legitimidade dos movimentos populares que representam as pessoas de baixa renda sem acesso à moradia. Sabe-se que cumpre ao município de Porto Alegre, em razão da obrigação constitucional dos entes municipais de executar política de desenvolvimento urbano destinada a ordenar o desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (CF, art. 182, caput), a execução da política urbana com amparo no Estatuto da cidade (Lei nº 10.257/2001), entre outras. Assim, do quadro que se percebe destes autos, a omissão da autarquia é que está sendo denunciada e publicizada através da Ocupação.<sup>7</sup>

O Estado brasileiro – em todas as instâncias de poder – deve estar comprometido com a adoção de medidas que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos por ele reconhecidos, razão pela qual, constitui obrigação a construção de uma legislação, instrumentos, programas e planos de ação sobre política habitacional de modo a garantir efetivamente esse direito para todos os cidadãos brasileiros. Por evidente, ressalta NELSON SAULE JÚNIOR, essa obrigação não significa que o Estado brasileiro deve prover uma moradia para cada cidadão, mas sim que, fundamentalmente, deve impedir a regressividade do direito à moradia – impedindo ações e medidas que dificultem ou impossibilitem o exercício desse direito – e, ainda, intervir e regulamentar as atividades do setor privado referente a política habitacional, - como a regulamentação do uso e acesso a propriedade imobiliária, em especial a urbana, de modo que atenda sua função social, regulamentar o mercado de terra, dispor sobre sistemas de financiamento de habitação de interesse social, regulamentar e dispor sobre o uso do solo urbano, sobre o direito de construir, dispor sobre instrumentos tributários, dispor sobre os regimes de locação, de concessão de uso para fins de moradia -, como forma de garantir o acesso de todos ao mercado habitacional, em especial, para aqueles que não tem esse acesso e aos que vivem em condições precárias de habitabilidade sem uma vida digna.

Como subscritor de vários dessas convenções e declarações, tendo, ainda, ratificado os pactos acima indicados e, conseqüentemente, introduzindo na nossa ordem jurídica o direito à moradia - antes mesmo da Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000 - compete ao Estado - em todas as suas expressões de poder, a adoção de medidas concretas para sua implementação. Portanto, patente a responsabilidade do município de Porto Alegre, o qual pode recorrer ao parcelamento, edificação ou utilização compulsórios da propriedade urbana

---

<sup>7</sup> Observa-se que nesta decisão a julgadora compreende claramente a inversão de papel que a autarquia realiza ao oprimir aqueles que deveria acolher.

(Estatuto da Cidade, art. 5º), conta com instrumentos tributários para sua implementação (art. 7º) e pode desapropriar em nome da política urbana (art. 8º) e por interesse social.

Por tudo isso, diante das variadas demandas dos movimentos sociais que ocuparam o saguão da sede da autarquia, tenho por qualificar o movimento dos ocupantes como manifestação de desobediência civil que, nas palavras de Antônio Carlos Wolkmer, pode ser conceituado como “um ato de protesto, público e não violento, um modo de resistência pacífica à injustiça das leis e das decisões do Estado”. (WOLKMER, 1990)

E, de fato, a ocupação aconteceu de forma pacífica e pública com o objetivo de sensibilizar e angariar apoio dos mais diversos setores da sociedade (aliás, várias entidades e associações assim já procederam). Ainda, a ocupação se deu modo voluntário, com plena consciência de que o ato é correto e justo, justificando sua ação por uma incompatibilidade que existe entre a lei que questiona e suas convicções político-morais e pacífico. A Desobediência civil, por sua própria definição, implica a particularidade de certos requisitos: a urgência da situação objetivada, a imperiosidade de dar a conhecer pontos de vista, arbitrariamente relegados, opressão das minorias, violações constitucionais por parte dos órgãos estatais, etc.

Em razão disso, é de reconhecer que o direito de reivindicar o atendimento e realização de direito fundamental à moradia, estabelecido pela Constituição da República - que, em última análise, é no que se traduz a Ocupação do DEMAHB, situa-se no campo dos direitos de cidadania e, pois, constitui-se em atividade legítima. Não se trata, contudo, de, antecipadamente, reconhecer sempre a justeza dessas condutas[...]mas de reinterpretá-las e contextualizá-las, compreendendo o campo do direito também como um espaço de conflitos, onde reivindicações sociais podem ser debatidas e decididas à luz de critérios jurídicos, que não se resumem à lei. Assim, em razão de todo o exposto, indefiro pedido de reintegração de posse.

Ainda que encarnando a mobilização pela via da desobediência civil, os movimentos sociais devem ser reconhecidos e incorporados ao ordenamento jurídico enquanto instituições representativas do exercício da cidadania ativa por quem de algum modo esteja submetido à condição de vulnerabilidade, precariedade ou marginalização no que diz respeito ao acesso ao pleno exercício dos direitos fundamentais. O espaço de cobrança dos excluídos. Trata-se, basicamente, de dar liberdade ao povo para colaborar na construção das instituições que, em conjunto, dão forma àquilo que pretende ser um Estado Democrático de Direito.

Ao encerrar a explanação sobre a atuação do judiciário e órgãos estatais sobre o caso da Ocupação Lanceiros Negros, é importante lembrar que se apresentam críticas generalistas de que todos aqueles que atuam nessas instâncias agem contra as normativas constitucionais e oprimem essas populações. Pelo contrário, apresentou-se como os discursos opressores de desembargadores, magistrados e demais órgãos Estatais são controversos e que, inclusive, é refutado dentro do próprio judiciário por aqueles que compreendem as teorias democráticas de gerenciamento de espaço urbano e da importância de uma atuação coparticipe por parte do Estado conjuntamente com as populações segregadas. Dessa forma, a discussão do caso da Ocupação Lanceiros Negros possibilita repensar os discursos filosóficos que transitam na prática da epistemologia jurídica (CHIGNOLA, 2014).

## 5 Conclusão

O espaço, que sofre influência dos modos de produção e da formação social, é um componente essencial da totalidade social e das transformações sociais. Assim, o espaço acaba por ser uma pré-condição da sociedade e ao mesmo tempo um resultado da sociedade. Toda essa reflexão sobre a formação social contribui diretamente para os estudos sobre a segregação espacial e, conseqüentemente, saúde urbana, pois, com a definição do espaço a partir dos vetores impostos pelos modos de produção e da formação social, estabelecer-se-ão quais são os locais de pobreza e de segregação (COHN, 1991) Os valores dos espaços serão redefinidos de acordo com a movimentação de interesses sobre os atributos e características das infraestruturas e dos espaços. Aqui, já se começa a perceber que os espaços construídos e a distribuição da população possuem papel fundamental nas mudanças da Formação Econômica Social (FES). A partir dessa definição espacial urbana que aloca populações é que se definem quais serão os espaços de segregação espacial. (SANTOS, 2008)

Portanto, a organização urbana tem uma importância definitiva para a FES e, conseqüentemente, o planejamento urbano terá uma importância ímpar para o ordenamento jurídico da sociedade em questão, pois sofre influência direta da FES, tornando-se reflexivamente inseparável da Lei do *Espaço*. É evidente essa relação, pois toda diretriz, definição e movimentação percebidas nos modos de produção ou na FES, sejam elas de origem local ou global, para que se instituem como uma realidade a ser concretizada, devem ser consolidadas como um *dever ser* na sociedade. (CASTELLS, 2011)

[...] não se trata de seqüências diferentes de um desenvolvimento único, mas de formas de expansão de estrutura histórica dada, o sistema capitalista avançado, no qual a formações sociais diferentes preenchem funções diversas e apresentam traços característicos correspondentes a estas funções e à sua forma de articulação. (CASTELLS, 2011, p.82)

Percebe-se que existem três instâncias básicas para o bem-estar espacial: a primeira, política; a segunda, jurídica; e a terceira, a concretização da realidade (CANOTILHO, 1993b). Inicialmente se perceberá a presença ou não dos interesses de FES que, novamente, podem ser de origem local ou por imposição global. Posteriormente, apresentar-se-á a movimentação jurídica que irá definir a norma de acordo com a movimentação dessa primeira instância. É importante salientar que a não regulamentação normativa também é considerada como uma forma de agir do ordenamento jurídico (SITO, 2008) que pode se omitir exatamente por haver o interesse político da omissão. Na terceira e última instância, há a efetivação salutar do espaço que necessita envolver inúmeros setores sociais, mas que representará a ação do interesse político, amparada por uma postura legislativa que incide diretamente no espaço e na população ali constituída. (TEUBNER, 1993, p.95)

Dessa forma, o presente artigo cumpre o objetivo de apresentar à sociedade acadêmica a latente luta social que cidadãos brasileiros têm travado contra o Estado e suas instâncias judiciais. A opressão dos órgãos Estatais contra populações segregadas

é uma realidade que deve ser denunciada. É inconcebível que, com a atual legislação brasileira que amplamente oferece subsídios para que as demandas sociais sejam atendidas, aliada a diversas teorias e teses que explanam como deve o Estado agir em prol da democracia e da erradicação da miséria, magistrados e desembargadores, assim como outros órgãos estatais, reforcem a segregação e opressão de cidadãos que buscam ver concretizadas suas garantias constitucionais.

## 6 Referências

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed.rev. Coimbra: Almedina, 1993b.

\_\_\_\_\_. *Direito dos pobres no activismo judiciário*. In. CANOTILHO, J. J. G. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional como ciência de direcção: núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contriguto para a reabilitação da força normativa da constituição social)*. In. CANOTILHO, J. J. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010a.

\_\_\_\_\_. *O direito dos pobres no activismo judiciário*. In. CANOTILHO, J. J. Gomes (Org.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010b.

CASTELLS, Manuel. **A era da informação: economia, sociedade e cultura**. 3.ed. São Paulo: Paz e Terra Ltda., 2000-2001. 3 v.

\_\_\_\_\_. **A questão urbana**. Rio de Janeiro: Paz e Terra Ltda., 2011.

\_\_\_\_\_. **Movimientos sociales urbanos**. 5.ed. México: Siglo Veintiuno, 1979.

CHIGNOLA, Sandro. **Foucault oltre Foucault: una política della filosofia**. Roma: DeriveApprodi, 2014.

COHN, Amélia. **A saúde como direito e como serviço**. São Paulo: Cortez, 1991.

LEFÈBVRE, Henry. **La presencia y la ausencia. Contribucion a la Teoria de las Representaciones**. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1983.

\_\_\_\_\_. **O direito à cidade**. São Paulo: Editora Moraes, 1991.

ROLNIK, Raquel. **O que é cidade**. São Paulo: brasiliense, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa; AVRITZER, Leonardo. *Introdução: para ampliar o cânone democrático*. In. SANTOS, **Boaventura de Sousa Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Milton. *Desenvolvimento econômico e urbanização em países subdesenvolvidos: os dois sistemas de fluxo da economia urbana e suas implicações espaciais*. **Boletim Paulista de Geografia**, n. 53. São Paulo: AGB, 1977.

- \_\_\_\_\_. **Pobreza urbana**. São Paulo: Hucitec, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Ensaio sobre a urbanização latino-americana**. São Paulo: Hucitec, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Espaço e sociedade**. Petrópolis: Vozes, 1982.
- \_\_\_\_\_. **Manual de Geografia urbana**. São Paulo: Hucitec, 1989.
- \_\_\_\_\_. **A urbanização brasileira**. 3.ed. São Paulo: Hucitec, 1996(c).
- \_\_\_\_\_. **O espaço do cidadão**. São Paulo: Nobel, 2000.
- \_\_\_\_\_. **O espaço dividido**. São Paulo: Edusp, 2004.
- \_\_\_\_\_. **Da totalidade ao lugar**. São Paulo: Edusp, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Por uma outra globalização**. Rio de Janeiro: Record, 2011.

SIMON, Jonathan. **Governing Through Crime: how the war on crime transformed American Democracy and created a Culture of fear**. Oxford: Oxford University press, 2007.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoietico**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

\_\_\_\_\_. *Global private regimes: Neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors in world society?*. In. LADEUR, Karl-Heinz. **Globalization and Public Governance**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Desobediência civil nas sociedades democráticas*. **Revista Sequência**: estudos jurídicos e políticos. v.11, n.20, 1990.

# A INFLUÊNCIA DA INTERNET NA DEMOCRACIA <sup>1</sup>

*Nara Suzana Stainr Pires<sup>2</sup>  
Liton Lanes Pilau Sobrinho<sup>3</sup>*

## 1 Considerações iniciais

Refletir a questão do valor da democracia política, em sua acepção comum, é conhecer tema amplamente difundido. Todavia, este estudo se desenvolve e implica pela concepção das condições e direção que a Democracia pode tomar se não houver controle na divulgação das redes e mídias sociais por meio da internet.

O conhecimento de sociedade democrática se apresenta caracterizada por uma forma de igualdade de status entre seus membros, o que remete de imediato, à teoria social estabelecida por Alexi de Tocqueville em *A democracia na América*. O que se denota que a democracia contorna uma forma de tomada de decisões e de exercício de poder político, com a participação do povo, pela representação e exercício de poder.

Determinados acontecimentos recentes na história da política internacional, como do governo dos Estados Unidos ter acusado a Rússia de ataques cibernéticos contra pessoas e instituições americanas, incluindo o Comitê Nacional do Partido Democrata (DNC), com o objetivo de interferir nas eleições americanas, levantam inquietudes que principiam a problemática deste estudo em expor se a utilização indevida ou manipulada das ferramentas utilizadas via internet, pode ou não atingir a direção da democracia, surgindo a questão norteadora desta pesquisa.

De tal modo, para esta discussão, se faz necessário apresentar o significado, elementos constitutivos fundamentais e principais características do modelo empregado de Democracia. Dessa configuração, se nota que é cogente alcançar um reconhecimento nítido dos elementos efetivos da democracia política, viabilizando-se, portanto um referencial constante para a análise da questão.

Neste contexto, tem-se a importância da problemática por se entender que a democracia política é precisamente reconhecida como instrumento viabilizador da participação do povo que através de representantes eleitos, esses devem exercer a responsabilidade deliberativa que a mesma política impõe.

---

1 Artigo construído no Pós Doutorado em Direito da Universidade de Passo Fundo – UPF.

2 Advogada, Professora, Pós Doutoranda pela Universidade de Passo Fundo – UPF. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Endereço eletrônico: narapires@piresadv.com.br

3 Orientador Pós Doutorado. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí. Professor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US - Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (2008), Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta (1997).

De outro lado, a internet, resultado das transformações e inovações tecnológicas, ganha usuários que se apresentam tanto experientes quanto iniciantes, tornando-se ao mesmo tempo neste cenário organizadores, comentaristas e protagonistas de protestos, manifestações e até mesmo articulações políticas. É neste sentido que as redes ou mídias sociais podem se tornar instrumento de espaços de participação social organizada. Contudo, categoricamente necessitam dentro da realidade, apresentar suas potencialidades e os limites dessas redes, pois a sociedade pode não estar preparada para utilizar de maneira eficaz tal instrumento para a defesa de direitos, de debate sociopolítico ou de novos ou projetos, o que pode levar a serem manipuladas politicamente.

As mídias e redes sociais têm sido empregadas em grandes mobilizações sociais e políticas internacionalmente, a exemplo da eleição do presidente americano Barak Obama, ou mesmo ativadas em períodos de grandes catástrofes ou em situações de crise. Na verdade, assim como acontecem variáveis positivas, é recorrente lembrar que podem ser instrumento para grupos xenófobos, racistas, terroristas, políticos que se mobilizam para disseminar seu discurso fundamentalista ou ideológico.

Essa evolução implica então em se conhecer as potencialidades, características e ameaças das redes e mídias sociais, para na defesa de direitos e de quem possui empenho em utilizá-las como instrumento de participação, se conserve a Democracia contínua, sem manipulações.

Tanto é assim, que para o esclarecimento desse questionamento, portanto opta-se em considerar os fatores essenciais da democracia política, a partir de sua origem nas antigas sociedades grega e romana, até o seu desenvolvimento na sociedade moderna, transcorrendo brevemente pelas principais experiências acumuladas pela sociedade ocidental acerca da questão.

O estudo se mostra pertinente a importante advertência em função do fato da democracia ser ostentada como pretexto e justificativa de atos, tanto de governantes justos como de déspotas. Sendo que na contemporaneidade esses contam com o avanço tecnológico, de maneira que a internet e suas ferramentas estão á disposição para quem deseja usá-las devidamente ou contrária. É diante desse cenário científico que se releva o estudo sobre a real natureza toda utilização da internet e o conseqüente significado da democracia política.

Nesse contexto, o tema abordado se insere no eixo de pesquisa Democracia e Cidadania, exatamente por abordar de um dos assuntos mais importantes que prosperou de toda a experiência da sociedade ocidental.

A metodologia empregada a ser adotada no desenvolvimento do estudo será a sistêmico, numa perspectiva analítica e crítica. Por consecutivo, a proposta desta pesquisa é teórica e utilizará uma abordagem qualitativa. Para definir o *corpus* de análise, será utilizada a técnica de documentação indireta, com consultas em bibliografias de fontes primárias e secundárias. As referidas fontes serão o sustentáculo teórico do trabalho, bem como instruirão a abordagem adotada, permitindo a concretização dos objetivos propostos.

Utilizar-se-ão referenciais teóricos clássicos e contemporâneos acerca da democracia, traçando-se uma análise superficial da experiência histórica para atribuir a resposta necessária às projeções da democracia política. Apresenta-se um breve comparativo de seu surgimento nas microdemocracias grega e romana para considerar os seus dogmas normativos e as suas conclusões empíricas correlacionadas com os elementos essenciais da democracia identificados no estudo.

Mesmo sabendo-se que o tema requer complexidade, ressalta-se que o estudo, não adentra no mérito da discussão das demais formas de governo, nem dos instrumentos legais e meios organizacionais tomados para sua execução, mas esclarecer os questionamentos elencados sobre a própria natureza e elementos caracterizadores da democracia política, observando-a como norte valorativo no sistema de organização política da sociedade para cotejar com a utilização da internet neste panorama.

De tal modo, dada a extensão dos dados históricos pertinentes aos objetivos do estudo em tela, este estudo se limitará a períodos pontuais muito caros ao desenvolvimento e à definição do significado para a democracia. Assim, parte-se da análise das sociedades da Grécia antiga e romana, abordando na revolução norte-americana do século XVIII a consequente configuração da democracia política por ela lançada.

## **2 Democracia: concepções e elementos constitutivos fundamentais**

Na esfera dos estudos literários, á qual pertence o termo protagonista desta pesquisa, o resgate teórico das origens da democracia política apreende, fundamentalmente, um cerne de valorativo invariável. Em sua transposição para o campo político, as eventuais formas e incrementos do modelo de democracia desenvolveram, a seu modo, um mesmo valor teleológico pré-estabelecido, ou seja, há um tênu limiar de mudanças a serem feitas na democracia, vinculadas por tal identidade valorativa.

Ocorre que, qualquer sociedade começou democraticamente, de maneira que cada uma das que assim almejavam o perpetraram em relação aos padrões de seu tempo. A democracia modifica-se de maneira lenta e gradual, evoluindo diante do aprendizado histórico dos séculos.

Com base em quase todos os povos da historia, os ricos ambicionam sempre ficar no poder, e não seria diferente em Atenas, ao perceberem estar ameaçados definiram acabar com os legisladores, o que não perpetuou, pois o povo se juntou outra vez e acabou com a tirania, botando Clistenes no poder, e assim dando origem a sua democracia. O resultado disso é que a cidade de Atenas, mesmo que com restrições, foi alicerçada em bases mais democráticas, tocando a todos os seus cidadãos o direito de debater os destinos da coletividade. Segundo Pauley (2014, p. XIV) ao adentrar acerca da evolução da democracia ateniense, este revela o processo gradual da origem da democracia política através das palavras de Aristóteles: “Do governo de um para o governo de poucos; do governo de poucos para o governo de muitos.”

E, aqui, um dos reflexos mais significativos, pois se subentende que a democracia, como tantas outras pilstras da civilização ocidental, faz parte das origens nas antigas sociedades grega e romana, tendo sua legitimidade decorrente do povo, e caso qualquer exercício de poder ultrapasse tais limites, este não poderá ser apontado como legítimo para a democracia. Dentro deste parâmetro, cabe referir a sustentação de Finley (1988, p. 27) que ninguém pode contestar que os gregos foram os primeiros a pensar sistematicamente sobre política, a observar, descrever e, finalmente, formular teorias políticas. Não se pode negar, o autor tem razão, com ressalvas, Finley (1988, p. 31) ainda exalta a concepção de *Isegoria*, o direito universal dos atenienses da antiguidade de falarem em assembleia, atribuindo à importância do exercício da potencial de participação nas decisões da vida política.

Nesses termos, a democracia ateniense funcionava muito bem pela arte da oratória, explorada pelos sofistas, que tinham o poder de persuadir as decisões da assembleia com sua retórica, aliado a uma espécie de acentuado senso de comunidade, presente dentre todos que repartiam o vínculo de *Hellene* (habitantes da Grécia).

Em que pese tratar-se da democracia política em sua essência, é certa que neste momento o estudo se limitará a análise acerca da fonte do poder, sendo esta uma das características estáveis da democracia política, a titularidade do poder da sociedade pertence ao seu povo-soberano.

Outra contribuição histórica importante é a sociedade romana que historiou períodos de confluência entre regimes políticos com propriedades concomitantes da monarquia, da aristocracia e da própria democracia, de tal modo alterando do governo de um para o governo de muitos, a exemplo, do imperador, do Senado e dos Conselhos.

Mas, a particularidade mais importante se deu no instituto da codificação da lei que para Pauley (2014, p. 60) determina a maior e duradoura contribuição romana para a democracia. Tal deferência se deve à positivação e à separação das instituições que amparavam a organização política da sociedade romana. Atente-se que o sistema democrático durou pouco tempo em Roma, entretanto mesmo assim durante o período republicano ela esteve ativa no poder de aristocratas. Posteriormente algum tempo a democracia romana começou a ser substituída por outros sistemas políticos, e também com o aumento da população e dos limites geográficos, ficou cada vez mais difícil a participação dos cidadãos em assembleias. Dessa forma a democracia passou a não mais atender os propósitos, assim sendo em 44 a.C incidiu a queda da república que passou a ser um império.

Por sua força, deve-se observar a historicidade das sociedades grega e romana respeitando na medida suas diversas especificidades. Nesse sentido a posição de Weffort (1991, p.128) pode ser capturada quando afirma que quem duvidar da capacidade natural do povo para discernir o mérito, basta lançar os olhos sobre a sequência de escolhas admiráveis que fizeram os atenienses e os romanos.

É interessante notar que o fato de que as aspirações do povo devem o próprio poder soberano. Conforme afirmou Montesquieu (1985, p. 31) “quando, numa república, o

povo como um todo possui o poder soberano, trata-se de uma democracia”. Com isso, percebe-se claramente que para que haja uma sociedade democrática, a população deve exercer o poder sobre o Estado. Esse poder deverá ser exercido diretamente pelo povo ou por pessoas que o representem, mas que sejam escolhidos, ou elegidos pelos mesmos cidadãos.

O povo que possui o poder soberano deve fazer por si mesmo tudo o que pode realizar corretamente e, aquilo que não pode realizar corretamente, cumpre que o faça por intermédio de seus ministros. Seus ministros só lhe pertencem se ele os nomeia; é, pois, uma máxima fundamental deste governo que o povo nomeie seus ministros, isto é, seus magistrados (MONTESQUIEU, 1985, p. 32).

Numa primeira dimensão, pode-se afirmar que as preocupações relacionadas à Democracia são atemporais, na desconfiança da influência daqueles que detêm poderes políticos ou econômicos sobre o povo e potencial de suprimirem a independência das decisões populares, em tese, soberanas.

Assim em uma segunda dimensão, extrai-se outra hipótese sobre efeitos da concentração de poder nas sociedades, com a capacidade de subjugar a manifestação de vontade do soberano (povo) através da própria proposta democrática, ou seja a dificuldade em relação à efetivação da democracia política.

De se consignar, que sob estes aspectos, o voto popular não poderia passar, nem de longe, como fator ineficaz na república romana. Segundo Tatum (2009, p.216) o voto popular detinha a responsabilidade por eleger tribunos (elegíveis para o Senado) e pretores, bem como para a concessão de honrarias e eleições de comandos militares.

A Antiguidade marcou um período histórico de basilar importância, principalmente por suas criações e legados, muitos dos quais essenciais ao conhecimento produzido pelas sociedades humanas. Nessa perspectiva mais de mil anos afastam a Grécia e a Roma da moderna revolução americana. A ideia que este marco assenta, são de relevantes balizas da organização da democracia política. É por isso, que prepondera a noção de que os filósofos gregos pós-socráticos suscitaram grande influência organizacional na sociedade política grega, que por sua vez orientou a organização política romana, ambas servindo como referências para as democracias contemporâneas.

Se isso é importante para atualidade, então é preciso reconhecer a partir de Tocqueville (2004, p.72), as literaturas das antigas sociedades grega e romana, de tal forma que afirma que não há, portanto, literatura que mais convenha estudar nas eras democráticas, além de um sistema de garantias já defendidos na obra “A democracia na América – Leis e Costumes”, por Tocqueville (2005, p. 63-64), o qual concretiza a democracia como a aliança entre os valores universais da igualdade e da liberdade no novo mundo da emancipada colônia da monarquia britânica. Tocqueville acreditava que a democracia, depois de desalojar e destruir o sistema feudal e vencer os reis, seguramente não iria recuar frente à burguesia e a classe rica.

O estudo de Tocqueville sobre a democracia norte-americana se norteou ao fim de compreender e tirar proveito dos exemplos bem-sucedidos daquele país, sobretudo os

fundamentos nos quais assentam-se as constituições americanas, como o princípio de ordem e equilíbrio de poderes, de profundo e sincero respeito ao direito, considerados indispensáveis a todas as repúblicas e que a todas devem ser comuns. Já com relação a fonte originária de onde emana o poder, indica Tocqueville que:

O povo participa da composição das leis pela escolha dos legisladores, da sua aplicação pela eleição dos agentes do poder executivo; podemos dizer que governa por si mesmo, a tal ponto a importância deixada à administração é fraca e restrita, a tal ponto ela é marcada por sua origem popular e obedece ao poder de que emana. O povo reina sobre o mundo político americano como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de todas as coisas. Tudo provém dele e tudo nele se absorve (2005, p. 68).

Daí percebe-se que a partir da análise de Tocqueville o poder emana do povo e que este participa da composição das leis pela escolha dos legisladores e da sua aplicação mediante a eleição dos agentes do poder Executivo, ou seja, que o mesmo governa, tão frágil e restrita é a parte deixada à administração, tanto se ressentida da sua origem popular e obedece ao poder de que emana. Desse modo, a experiência norte-americana, sob a ótica de Tocqueville, se configura, portanto, como a mais relevante para o ideal democrático, uma vez que consentiu o desenvolvimento conjunto das chaves democráticas da liberdade e da igualdade, em uma expectativa da democracia.

Certamente, há diferença entre as democracias emergentes da modernidade e suas inspirações da antiguidade. Pauley (2014, p. 184) considera que nenhum corpo de leis e regulamentações foi reduzido a um texto único de lei aprovado pelo voto dos cidadãos na antiguidade. Tal fato foi perpetrado de maneira inédita na votação da Constituição norte-americana, revelando-se um marco da ciência política.

Um dos mais importantes autores, Bobbio (2007, p. 151), tratou sobre a representação democrática moderna, remontando a análise de Tocqueville, no que diz respeito à quebra de paradigma em relação a democracia em larga escala, perpetrada pela Constituição norte-americana.

Sob este ângulo de acordo com Bobbio (2007, p.156) há alguns critérios teóricos que nos servem como limite ao relativismo conceitual referente à democracia, são as “regras do jogo”. O cerne destas regras institucionais é dar sentido à democracia representativa. A democracia, contraposta a todas as formas de governo autocrático, caracteriza-se por um conjunto de regras, primárias ou fundamentais, que estabelecem quem está autorizado a tomar decisões coletivas e com quais procedimentos.

Observada a complexidade da sociedade e a variação dos seus institutos de governo, a democracia pode revelar inúmeras características e ser atribuída a distintos atos. Por essa razão já foi objeto de questionamentos, que não deixam de ser motivos para o presente trabalho.

Bobbio (2007, p. 141) enaltece a democracia, vez que é um governo a favor de muitos, sendo que nele a lei é igual para todos, é um governo de leis e não de homens, no qual “a liberdade é respeitada seja na vida privada seja na vida pública”. No mesmo

sentido, Pipes (2001, p. 55) atribui o domínio da riqueza pelo povo como condição de soberania desse em relação ao Estado. O autor elenca os valores da propriedade e da liberdade como fatores essenciais ao surgimento da democracia na Grécia, sendo a proteção de tais valores a razão de ser do Estado, constituindo as principais barreiras de regimes arbitrários. T tamanha atribuição concernente à propriedade e à democracia, que Pipes acentua que:

No século XVIII, tornou-se lugar-comum ver na propriedade, especialmente a terra, a principal sanção de cidadania; o direito de voto, na medida em que era dado aos cidadãos, restringiam-se a quem possuísse imóveis ou outros bens tangíveis. A discriminação era justificada pelo argumento de que os indivíduos que não tivessem propriedades rentáveis ou produtivas não seria agentes independentes e consequentemente abertos à manipulação (2001, p. 142).

De fato, revela-se também permanente a preocupação com a livre manifestação de vontade por parte do soberano (povo), apesar de mensurada de diferentes maneiras ao longo do tempo, revelando apenas as constantes da cidadania e da efetiva independência da decisão. Entende-se que nos diferentes períodos históricos estudados, a fidedigna manifestação da vontade decisória do cidadão é de crucial importância, pois se almeja que o mesmo detenha o efetivo poder.

A preocupação com a efetividade da participação popular não era estranha nem mesmo às sociedades antigas, sendo constante objeto de análise pelos intelectuais da época. Tal problema é aparentemente superado pela grandeza política dos colonizadores Americanos, que compartilham de claros valores sociais – angariados pela crença religiosa – e de nobres aspirações políticas.

Após entender a preocupação não apenas com a existência formal da democracia ou de seus traços, parte-se para a análise dos limites da democracia política como um todo. O mesmo é de suma importância, simplesmente porque a existência de características democráticas não é o suficiente para caracterizar a democracia. Não obstante, as sociedades que assentaram as pedras angulares da organização política e jurídica do mundo ocidental não traduzem os anseios idealistas do século XXI para a democracia.

Tratando-se da etimologia do termo democracia, percebe-se uma arriscada noção de simplicidade. A questão, porém, não tem nada de simples. Importante entender a origem etimológica do termo *demokratia*, livremente traduzido como poder do povo. O “povo”, constituído pelos cidadãos de uma democracia, não pode incluir todo o mundo, vez que tal aceção, tornaria a democracia impossível (SARTORI, 1987, p. 42). Isso porque, como já apontado, a democracia deve ser instituída por indivíduos capazes de entenderem-se e de decidirem por si mesmos.

Pelas palavras do autor a discussão se estabelece quanto o legado teórico sobre democracia a partir da aproximação das perspectivas normativa e descritiva. Este demonstra o objetivo de reconstruir uma corrente dominante da teoria da democracia tendo em vista o seguinte pressuposto: as tensões fato-valor são elementos constitutivos

da democracia (1987, p.24). Isto significa que os fatos expoentes das propriedades democráticas são padrões de comportamento moldado por ideias. Sartori não separa as indagações o que a democracia é e o que deve ser, pois assume as duas questões ao definir o regime político (1987, p.23). Assim, o ideal democrático não define a realidade e vice-versa; o regime político em questão resulta de interações entre ideais e a realidade.

O processo histórico posterior à segunda Guerra Mundial evidencia um utilização desregrado e impreciso do termo democracia. Assim, Sartori contribui para atenuar a indefinição que paira sobre o vocábulo, voltado à democracia política, pois esta é quem fornece condições para o funcionamento das microdemocracias e, portanto, detém mais importância.

Para o autor a definição etimológica de democracia, governo do povo, não extrai muitos proveitos desse procedimento. Pondera dizer o que ela não é: delimitar a democracia no negativo. Dessa forma é possível obter uma demarcação precisa de onde começa (ou termina) o regime aqui discutido e um foco claro no qual reside sua identidade. A democracia concebe um sistema vinculado ao princípio de que ninguém pode se autoproclamar governante, ninguém pode adotar em seu próprio nome um poder irrevogável e ninguém detém “propriedade” sobre o poder. Como norma de prudência, Sartori (1987, p. 44-45) alude a adoção do princípio da maioria limitada, segundo o qual jamais a maioria do povo-soberano deve gozar de direitos ilimitados impostos sobre a minoria. Assim, a democracia se traduz em um sistema de governo dinâmico, no qual o governo da maioria é limitado precisamente pelos direitos assegurados à minoria, para a conclusão de que “o futuro democrático de uma democracia depende da convertibilidade das maiorias em minorias e, inversamente, das minorias em maiorias”.

Desta perspectiva é necessário uma nova maneira de compreender a democracia. Na base macro as políticas incidem em decisões que se encontram fora da competência de cada indivíduo como tal e são tomadas por alguém para outrem, o que Sartori denomina de “coletivizada”. Surge então um questionamento, quando e como devemos coletivizar uma área de decisões. O autor apresenta a proposta com base em dois instrumentos, custos internos e riscos externos. Os primeiros denotam que toda decisão de grupo tem custos para os próprios tomadores de decisões; os riscos externos são riscos para os destinatários (1987, p.289). Quanto maior o número de pessoas no órgão responsável pelas decisões, maior os custos internos ou custos decisórios. Inversamente, os segundos diminuem à medida que o órgão decisório aumenta o número de indivíduos. Os dois instrumentos analíticos estão inversamente relacionados, pois o desempenho positivo de um está ligado ao prejuízo do outro.

A proposta da democracia organizada por Sartori tem como fim várias unidades formadoras da teia de processos de tomada de decisão. Essas unidades referidas pelo autor consistem nos comitês imersos nos regimes democráticos. O comitê é definido como um grupo de pessoas com base em três características: durável e institucionalizado, grupo pequeno de interação face a face e toma decisões em relação

a um fluxo de resoluções. Conforme Sartori, uma das razões para esclarecer a definição de comitê é o fato de todas as decisões tomadas por qualquer sociedade política são antes examinadas, discutidas e propostas por um comitê ou mais; inclusive um governo é tido como comitê (1987, p.304-305). Estes órgãos decisórios não agem apenas de maneira isolada, tendo em vista que todo comitê está inserido numa teia de outros semelhantes – eis o sistema de comitês.

A questão controversa do poder, assim, não está na titularidade do povo, mas sim em sua execução. Para tanto, requer-se a estrita análise dos instrumentos de execução da democracia, o que implica por sua vez nas temáticas da forma de governo e da representatividade dos governantes nas democracias em cada caso, o que não se objetiva no presente artigo.

Percebe-se que a existência de efetivo poder popular e do respeito aos direitos individuais são extraordinários fatores de adequação de qualquer sociedade que se intitula democrática. Inúmeros são os exemplos de Estados autoritários contemporâneos que, se reveste de traços democráticos, porém não manifestame efetiva representação eleitoral. As instituições democráticas não podem balizar-se pela mera existência formal, necessitando de efetividade na defesa e na consecução dos anseios de seu povo-soberano.

Diante deste contexto, com as transformações tecnológicas, a intrne torna-se uma ferramenta que populariza sistematicamente a nível mundial, em nome das iberdades e da democracia. Assim se passa a análise de algumas questões sistêmicas da internet.

### **3 Questões sistêmicas da internet**

É inegável os avanços tecnológicos no processo histórico contemporâneo, onde a comunicação é o agente construtor da realidade, que pode produzir e interferir nas percepções. Tal comunicação se dá a partir da inserção das tecnologias informacionais no cotidiano, a qual os indivíduos interagem entre si, independentemente das distâncias geográficas. Neste contexto o surgimento da internet, se torna o mais completo meio de comunicação já concebido pela tecnologia humana, transformando a sociedade contemporânea. Pode-se afirmar que há uma revolução digital em pleno andamento, que carrega consigo pontos positivos como negativos de forma sistêmica. Contudo, esta comunicação e informações na rede revelam pensamentos e sentimentos, contribuindo para a automatização da análise de dados.

Castells (2006, p.255), sobre o assunto aponta que a formação de comunidades virtuais, baseadas especialmente na comunicação online, foi compreendida com o culminar de conexões transversais e interativas, sendo individuais ou comunitárias. Salienta que a internet é – e será ainda mais – o meio de comunicação e de relação essencial sobre o qual se baseia uma nova forma de sociedade que a sociedade já viveu. As redes interativas de comunicação estruturam uma nova geografia de conexões e sistemas.

De tal modo, o nascer da sociedade em rede não pode ser percebido sem a interação entre duas tendências relativamente autônomas, a primeira o desenvolvimento de novas tecnologias da informação e a segunda, a tentativa da antiga sociedade de readaptar-se com o utilização dessa ferramenta tecnológica. Ressalta-se que as relações online estão fundamentadas em interesses compartilhados do homem, onde ele se agrupa com seus semelhantes e estabelece relações. As redes de relações pessoais não são qualquer novidade, porquanto o formato de rede é por demais atrativo, pois que tudo se contorna de forma descentralizada, transparente e autônoma, concomitante em que é otimizado em conjunto.

Nota-se claramente que em qualquer lugar do Planeta, a informação pode ser obtida instantaneamente, a amplitude, atualização e visibilidade dos fatos chegam de maneira mais rápida. Lévy (1993, p.38) argumenta que a interface digital alarga o campo do visível, evidenciando a emergente evolução que diversificou, esta facilitou e transmitiu as informações de forma instantânea e ampla. A internet fez o cidadão potencialmente interagente e agente comunicador. Ele não só passou a ter um acesso maior a informação como pode participar dela diretamente, opinando e interagindo ao mesmo tempo em que a recebe.

Sustenta-se, todavia uma das questões críticas em relação à Internet, a qual é a formação de um espaço público virtual. Segundo Nunes (1997, p. 64), a Internet não capacita a objetivação e a consolidação da vontade geral, percebe-se, assim, que essa proposição se refere ao fato de que essa esfera ainda encontra-se em transição, transformando significados nos campos sociais. O autor postula que essa esfera segue as lógicas dos meios empresa-Estado-usuário, inviabilizando o espaço público.

Logo, essa lógica dos meios empregados pode-se conceber pela Teoria do Agir Comunicativo de Habermas, que a mídia tem a potencialidade de transpor a ação face a face criando redes de comunicação simultâneas com conteúdos advindos de diferentes setores sociais. Para Habermas (1984, p.151), muito além do corpo físico são indispensáveis as ações, interações, troca de ideias e experiências, sendo que o ciberespaço é permeado por práticas sociais e a materialidade das relações humanas codifica-se na linguagem, evidenciando a importância que esta ferramenta dá ao público o poder de interação que dispensa o contato presencial.

Nessa perspectiva surgiram propostas defendendo o uso potencial dos dispositivos tecnológicos, as quais se projetam algumas neste estudo. Poster (2001) e Shapiro (1999) distinguem a tecnologia como campo de interação entre técnicas e relações sociais que reconfigura a analogia entre tecnologia e cultura. Enquanto Saco (2002, p. 27) diferencia o mundo digital como uma esfera informal, de pessoas privadas, de utilização exclusivo e de acesso restrito, onde somente ingressam em vantagem as grandes empresas, que detém a produção e a propagação das informações e que influenciam a esfera social. É um ramo que gera fortuna para uma elite que se beneficia das pseudorelações sociais. Para Marcondes (2007, p. 51) a esfera pública virtual, dedicada à comunicação pública, na qual todos estejam aptos e tenham recursos críticos, econômicos, educacionais e

tecnológicos para participar, é uma utopia, um idealismo., seguindo indica que uma sociedade focada no capital não alcançará uma esfera igualitária, universal e não coercitiva, contrariando a proposta de autores que anteriormente defendiam que o espaço virtual traria uma maior participação e interatividade entre os indivíduos.

Como aludem os teóricos, a valorização da tecnologia deve ser realizada de forma contextualizada, significando a importância do debate sobre a sociedade digital complexa. Castells (2006, p. 18) adverte que as novas tecnologias da informação não são simplesmente ferramentas a serem aplicadas, mas processos a serem desenvolvidos, pois este acontece diretamente, na sociedade.

Em face do exposto, conseqüentemente este avanço das tecnologias informacionais, em especial a internet, suas mídias e redes sociais, elevou a dificuldade de manter a questão da privacidade. As atividades humanas estão ficando, a cada dia, mais dependentes da tecnologia e, portanto, suscetíveis às suas vulnerabilidades e seus efeitos.

É dentro desse sistema que as questões políticas também se encontram inserida, pois as autoridades governamentais utilizam demasiadamente e em nome da democracia as redes e mídias para controle e divulgação de suas propostas ou decisões. O que leva a reflexão de que há muito ainda o que pensar no que se refere a todas as questões polêmicas e importantes que surgiram com o advento da internet e seu uso impactante. Como pontua Castells o aparecimento de novos padrões de interação social que, cada vez mais densa entre os indivíduos realmente contribui para ações coletivas, transformadoras e democráticas.

Note-se que esta interação promove a participação coletiva, e neste contexto é respeitável invocar o conceito de “afiliação frouxa de Yochai Benkler (2006, p.9) o qual afirmou que, dentro do novo ambiente digital, os indivíduos podem contribuir mais quando possuem afiliações superficiais com os outros, para a garantia de uma cooperação efetiva, do que quando exigem entre si relações longas e estáveis, como as relações de trabalho ou de participação em organizações formais. Na medida em que a colaboração entre indivíduos distantes se torna mais comum, a ideia de fazer coisas que requerem uma cooperação mais intensa se torna muito mais alcançável, e a gama de projetos que os indivíduos podem escolher como seus, portanto, aumenta qualitativamente.

Observe-se que o autor acode que a fluidez e o baixo comprometimento requeridos no relacionamento cooperativo acrescenta o número e a diversidade de relações das quais as pessoas podem participar. Logo, as afiliações frouxas instituem novas formas de colaboração e permitem o surgimento de novos projetos.

Importa afirmar que o conceito de afiliação frouxa, auxiliado pelas características da participação de duas vias, é apropriado para o acesso e impacto dos cidadãos nas decisões envolvendo políticas, entretanto não asseguram a efetividade na discussão. O principal obstáculo para a participação na era digital é a falta de acesso, a qual é mais visível nas economias emergentes.

Cabe então apresentar exemplificativamente as vias positivas e negativas do utilização da internet na linha da Democracia. A primeira, O caso da “Ficha Limpa”

que impede o político condenado por órgãos colegiados de disputar cargos eletivos, este teve início em 1997, quando a organização católica chamada Conferência Nacional de Bispos do Brasil (CNBB) liderou um movimento para apresentar ao Congresso um projeto de lei que tinha como objetivo evitar a candidatura de políticos corruptos. Proposto ao Congresso por iniciativa popular, na etapa de deliberação no Congresso, deparou forte oposição. A participação através de internet entrou em cena por meio da ONG internacional Avaaz, que através de ferramentas da internet como e-mails, Facebook, Twitter e Orkuque, desempenharam o papel de pressão pública para a aprovação do projeto, ao dar destaque à voz de um enorme grupo de pessoas que não estava à frente dos movimentos para a aprovação, mas que acreditava ser ela importante.

Diversamente, a segunda via negativa, os exemplos podem ser tanto nacional e internacionalmente, como do governo dos Estados Unidos ter acusado a Rússia de ataques cibernéticos contra pessoas e instituições americanas, incluindo o Comitê Nacional do Partido Democrata (DNC), com o objetivo de interferir nas eleições americanas. Mídias como Facebook, Google e Twitter entraram na mira do Congresso americano, que investiga uma possível interferência russa na campanha que resultou na vitória do presidente Donald Trump. Muitos avaliam que as redes sociais foram usadas como plataforma para propaganda russa. Conforme a inteligência americana, Moscou teria pago a grupos de “trolls” como o “Internet Research Agency” para difundir mensagens prejudiciais à candidata democrata Hillary Clinton e favoráveis ao republicano Trump. Como também dos anúncios, a entidade, baseada em São Petersburgo, também teria divulgado conteúdo tradicional não pago, o que aumentaria consideravelmente o número de internautas atingidos, de acordo com um relato preparado pelo Facebook para as audiências parlamentares. Segundo o documento, o número de internautas americanos que podem ter lido mensagens ou outro conteúdo de fontes russas chegaria a 126 milhões, uma parte considerável do eleitorado.

Na mesma linha na França, o presidente francês, Emmanuel Macron, que derrotou a nacionalista de direita Marine Le Pen em maio de 2017, foi alvo de “fake news” durante a campanha. Após a eleição sugeriu elaborar uma nova lei para combater as “fake news”, notícias falsas durante campanhas eleitorais. Segundo o presidente, excepcionalmente durante as campanhas eleitorais, as autoridades regulatórias poderão remover conteúdos de maneira mais rápida, explicou ele, tendo o poder de bloquear sites enganosos.

Esses acontecimentos reais e atuais levantam inquietudes que impulsionaram a problemática deste estudo em expor se a utilização indevida ou manipulada da internet por suas mídias e redes sociais, pode atingir a direção da democracia, surgindo à questão norteadora desta pesquisa. Há o desafio de que o impacto da internet permeia as questões políticas, pois esta se sobressai aos demais meios de comunicação de forma significativa, e mesmo assim ao menos até o presente, não há centros diretivos nem comandos decisórios na web. A rede universal da internet permite a circulação instantânea de informações e elimina a centralização e o controle pelo poder político.

### **3.1 Desafio entre a democracia e a liberdade no utilização das ferramentas sociais da internet**

Reiteradas as colocações acima, fica evidente que a forma como a sociedade se organiza mudará fundamentalmente a partir da maior transformação desde o fim da Segunda Guerra Mundial. Embora, a internet e suas ferramentas prometam grandes oportunidades, também os riscos se tornam consideráveis. Diante do cenário político, onde em nome da Democracia e liberdade de expressão são veiculadas notícias que ora podem ser verdadeiras e ora podem ser falsas, as decisões projetadas e confirmadas em urnas eleitorais, podem se tornar as maiores realizações ou fracassos da história.

Cabe realçar que esta pesquisa, apoiando-se na metodologia determinada, não pretende delinear procedimentos ideológicos em relação à democracia, balizando, de acordo com o referencial bibliográfico listado, os traços que permitem identificar a concepção de democracia em uma visão transformadora e a possibilidade de alteração desta pela utilização das ferramentas disponíveis na internet.

De acordo com as referências, os regimes totalitários consistem como a própria negação de democracia, constituindo-se das liberdades consentidas dentro dela própria. Ademais, pode-se ponderar que a democracia incide também no reconhecimento de direitos naturais e inalienáveis de cada indivíduo.

Nesse sentido, têm-se a importância da clareza da democracia e de seus efeitos, considerando-se que a democracia é um conjunto de valores que orienta as instituições e os indivíduos que compõe a sociedade. Para tanto, Sartori (1987, p. 246) atenta para o fato de que “um conceito indefinido é, por isso mesmo, um conceito ilimitado”. Em outras palavras, se democracia puder ser qualquer coisa, nada será.

Logo, a provocação semântica de definir a democracia, apresenta através de rigorosa aferição de critérios por Sartori (1987, p. 248) como não sendo possível definir democracia por simples contraste; é preciso adotar concomitantemente critérios binários (sim/não) e progressivos (em que grau) para a definição de democracia. Todavia, Tocqueville (2005, p. 270) defendeu que a Democracia tinha objeto útil à humanidade.

A democracia, assim permite a participação de todos os cidadãos em prol da sociedade, e nesse sentido a livre utilização dos conteúdos disponibilizados nos espaços virtuais se torna a realidade do momento contemporâneo.

O cenário mundial assinala, portanto, a concepção de que a sociedade está em constante evolução tecnológica e que se adequa rápido ao cotidiano e as necessidades. Para tanto se deve atentar para a utilização da internet dentro do processo de globalização em vias negativas como já demonstrado, principalmente na esfera política, o que pode definir alterar, direcionar a questão da Democracia quando a rede for manipulada ou utilizada indevidamente.

A internet com suas redes e mídias sociais, indiscutivelmente, chegou para facilitar, entretanto o estilo reprovável dos que faltam com a verdade acaba distorcendo os objetivos primordiais desses instrumentos. Os inermes, que estão presentes e

dissimulados na vida real, agem veladamente no mundo virtual. Considera-se assim, que a atividade política fica viciada pelo rumor promovido por aqueles que não se põem como autores dos seus próprios atos, no entanto, como acionadores que propagam boatos e confundem quem busca a verdade.

Que a internet é propulsora de formação tanto cultural, social, econômica como política não resta dúvida, porém há necessidade de urgência na regulamentação de leis específicas no panorama mundial, com previsão de garantias, direitos e deveres relacionados aos casos de utilização indevida pelas ferramentas utilizadas na internet como as redes e mídias sociais. O direito digital é parte da evolução, por conseguinte se necessita que ele acompanhe e introduza novos institutos e elementos no que tange a proteção de informações formadoras da opinião pública via rede virtual.

Com fundamento, seria apropriado, por conseguinte, que todos dirigissem essas ferramentas de comunicação para acomodar discussões frutíferas através de plataformas on line. Enfim, as redes sociais comportam uma interação ilimitada com pessoas situadas geograficamente em todo planeta, o que autoriza alargar conhecimentos sobre os mais variados temas, sem se utilizar da impudência por parte de interesses individualizados.

O equilíbrio, portanto entre a utilização da internet, pelas suas redes e mídias sociais descritos anteriormente se encontra atrelado a um cuidado maior por parte do poder público, na expectativa de sanar eventuais distorções, sendo uma temperança necessária para a democracia, com a contribuição da sociedade como um todo.

#### **4 Considerações finais**

Em consonância com os parâmetros estabelecidos no presente estudo, deduz-se algumas considerações, o que se passa a analisar. Como aqui enfocado, o estudo consiste, dois momentos, primeiramente a apresentação histórica da democracia política, bem como dos elementos constitutivos, características e seu significado, com o desígnio de verificar a delimitação semântica da democracia, para posteriormente tecer exposições sobre o advento da internet como meio de comunicação real em escala global e sua amplitude no contexto da direção que a Democracia pode tomar.

Sob a perspectiva histórica, observa-se que os questionamentos acerca da democracia são, de certo modo, atemporais. Isso porque já na antiguidade já eram apontadas suas principais fraquezas e dificuldades de aplicação, referendando-se que, apesar da nobreza de suas acepções, a democracia detinha marcante fragilidade, por depender da virtude dos homens. No entanto, apesar da discussão sobre o significado semântico da palavra democracia, nota-se que a mesma trata do exercício de poder, traduzido na potencial participação do povo constituinte de uma sociedade nas decisões de sua vida política.

Neste contexto, é essencial a apropriação pelo tema da utilização da internet de forma participativa, revelando-se como traço da democracia pela capacidade intelectual de seus cidadãos politicamente conscientes.

Porém, o maior desafio se concentra na falta de regulamentação no utilização das redes e mídias sociais, que podem oferecer informações verídicas, como também podem ser manipuladas por quem detém o poder contribuindo negativamente com o processo democrático. Considerando o quadro, seria necessário para incorporar conhecimento de maneira eficiente e ideias de muitas pessoas rumo á inteligência coletiva, o fornecimento de plataformas de deliberação online para realizar uma democracia digital melhorada, com maiores oportunidades de participação para os cidadãos, além da própria fiscalização com as informações postadas em redes. Isto posto, em razão de que esta questão com que se defronta poderá ser gerida, além do poder público, também por meio de contribuições da sociedade civil.

Desvendar a democracia significa ter cautela, é mais que eleição e voto, é o permanente exercício de prudência e de maturidade, e em nome dela a utilização de dados e informações na rede também precisam ser averiguados e fiscalizados para não corromper ou mudar os rumos desta. Se a democracia encontra-se em evolução célere em função dos avanços tecnologicos existentes e das que estão por vir, por sua vez impõe recintos de discussões criados nas redes sociais que comportam distorções. Logo, é necessário que o cidadão seja prudente, cauteloso e busque a verdade fidedigna.

## **5 Referências**

AVAAZ. **Ficha limpa**. Disponível em: [http://www.avaaz.org/po/brasil\\_ficha\\_limpa](http://www.avaaz.org/po/brasil_ficha_limpa)>. Acesso em 02.02.2018

BENKLER, Yochai. **The Wealth of Networks: how social production transform markets and freedom**. New Haven and London: Yale University Press, 2006.

BRITTOS, V. (Org). **Comunicação, informação e espaço público: exclusão no mundo globalizado**. Rio de Janeiro: Papel e Virtual, 2002.

BOBBIO, Norberto. **O conceito de sociedade civil**. Rio de Janeiro: Glória. 2007.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade – Para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra. 1986.

CASTELLS, M. 1999. **La Era de la informació'n: economi'a, sociedad y cultura**. México: Siglo Veintiuno Editores, 2006.

FINLEY, Moses. **Democracia Antiga e moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).

PAULEY, Matthey A. **Athens, Rome and England – America's Constitutional Heritage**. Wilmington, Delaware: Griffon House Publications. 2014.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

- LEVY, P. **As tecnologias da inteligência**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1993.
- MARCONDES, V. **Novas tecnologias de conexão e o futuro da esfera pública**. Trabalho apresentado no Intercom Sul. CDROM. Passo Fundo, 2007.
- NUNES, M. *What's space is cyberspace?* In Loader, B. (Org). **A política do ciberespaço: política, tecnologia, reestruturação global**. Lisboa: Instituto Piaget, 1997
- O DIA. **EUA interferência russa na internet durante a eleição é maior do que se imaginava**. Disponível em: [https://odia.ig.com.br/\\_conteudo/mundoociencia/2017-10-31/eua-interferencia-russa-na-internet-durante-eleicao-e-maior-do-que-se-imaginava.html](https://odia.ig.com.br/_conteudo/mundoociencia/2017-10-31/eua-interferencia-russa-na-internet-durante-eleicao-e-maior-do-que-se-imaginava.html). Acesso em 02.02.2018.
- PIPES, Richard Pipes. **Propriedade e Liberdade**. São Paulo: Record. 2001.
- POSTER, M. **The information subject: critical voices in art, theory and culture**. Amsterdam: G+B Arts Internacional, 2001.
- SACO, D. **Cybering democracy: public space and internet**. London: Electronic Mediations, 2002.
- SHAPIRO, A. **The control revolution: how the internet is putting individuals in charge and changing the word we know**. New York: A Century Foundation Book, 1999.
- SARTORI, Giovanni. **The theory of democracy revisited**. New Jersey: Chatam. 1987.
- TATUM, W. Jeffrey. *Roman Democracy?* In: BALOT, Ryan, K. **A companion to Greek and Roman political thought**. United Kingdom: Blackwell. 2009.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **A Democracia na América, Leis e Costumes**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- \_\_\_\_\_, Alexis de. **A Democracia na América, Sentimentos e Opiniões**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- VALOR ECONÔMICO. **Macron propõe lei contra notícias falsas na internet**. Disponível em <http://www.valor.com.br/internacional/5246435/macron-propoe-lei-contra-disseminacao-de-noticias-falsas-na-franca>. Acesso em 02.02.2018
- WEFFORT, F. C. **Por que democracia?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

## POSFÁCIO

Em um país onde, certamente, a mais contundente discussão “Política” (no sentido etimológico do termo) que se trava nos bares, redes sociais e Academia é a “Ética” (fora do sentido filosófico do termo e sim no sentido popular), este livro tem em sua essência três “palavras mágicas” que apontam, ainda que utopicamente, para a solução da mazela que aflige o Brasil.

Em tempos de “operação lava-jato” e dezenas de outras notícias deprimentes de descaso com dinheiro público, resta-nos crer, que o “Estado” onde sonhamos viver, exige a presença fática da retórica abstrata (com o perdão da contradição em termos) sustentada na “Democracia” e na “Cidadania”.

Talvez, por isso, esta obra denomina-se “Estado, Democracia e Cidadania: Perspectivas Teóricas e Críticas”.

O entendimento dos melhores tribunais, a exegese dos juristas, a hermenêutica elaborada pelos mais conceituados doutores, embora tenham valor indiscutível, servem, mormente, de mote na busca de se demonstrar o caminho a ser seguido pelos que, efetivamente, exercem poder estatal.

O exercício da cidadania, da mesma forma que as atividades descritas no parágrafo anterior, de forma inteligente, sensata, lúcida e, sobretudo, inflexível com a retidão e observância da norma jurídica é, inexoravelmente, peça fundamental na construção daquele Estado que queremos viver.

Assim, os textos aqui apresentados, elaborados por autores de quilate, contribuem na medida em que a atividade teórica-acadêmica propicia supedâneo para uma fundamentação inteligente da Ciência Política, mas, também, aponta para a responsabilidade diuturna que o cidadão tem na repulsa daquele que exerce poder estatal antiético, pois, somente assim, em compasso com a honestidade pessoal de cada cidadão, poderemos fazer parte de uma sociedade onde impere a Dignidade da Pessoa Humana.

*Elcio Nacur Rezende*<sup>4</sup>

Belo Horizonte/MG, verão de 2018.

(Tempos difíceis onde os Poderes da República estão em absoluta desarmonia)

---

<sup>4</sup> Pós-Doutor em Direito. Professor dos Programas de Pós-graduação da Escola Superior Dom Helder Câmara e da Faculdade Milton Campos. Procurador da Fazenda Nacional

EU

Diagramado pela Editora da UFPB em 2018,  
utilizando a fonte PT Serif. Impresso em papel  
Offset 75 g/m<sup>2</sup> e capa em papel Supremo 250 g/m<sup>2</sup>.

A coletânea visa estabelecer o diálogo entre Estado e sociedade civil no contexto da democracia constitucional. O maior desafio é pensar os rumos do Estado de Direito sem autoritarismo e sem oligarquias de qualquer espécie que o tutelem, sejam políticas, familiares ou econômicas. A radical republicanização do Estado dar-se-á somente na medida em que o país insira todas as suas forças no debate público e na possibilidade de que suas componentes políticas diversificadas possam estabelecer a participação como meta não utópica do Estado de Direito.

Nesse sentido o debate acadêmico deve fomentar o possível nível crescente e aprofundado de participação cívica. Somente assim a democracia será o domínio do cidadão e não de massas suscetíveis à manipulação e de elites ávidas por poder que esquecem os compromissos republicanos e constitucionais por igualdade. Os pesquisadores autores da coletânea contribuem com o debate sobre a sustentação democrática da cidadania e do Estado de Direito. A UFPB e o meio acadêmico brasileiro e latino-americano estão de parabéns pela publicação.