

Dilemas contemporâneos do Estado Social de Direito

por uma superação das crises do direito
sem que o direito ao desenvolvimento seja superado

Jailton Macena de Araújo
João Batista Moreira Pinto
Giovani Clark
organizadores

 Editora
UFPB

Dilemas contemporâneos do Estado Social de Direito

por uma superação das crises do direito
sem que o direito ao desenvolvimento seja superado



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA

Valdiney Veloso Gouveia
Reitor

Liana Filgueira Albuquerque
Vice-Reitora



Natanael Antônio dos Santos
Diretor Geral da Editora UFPB

Everton Silva do Nascimento
Coordenador do Setor de Administração

Gregório Ataíde Pereira Vasconcelos
Coordenador do Setor de Editoração

CONSELHO EDITORIAL

Cristiano das Neves Almeida (Ciências Exatas e da Natureza)

José Humberto Vilar da Silva (Ciências Agrárias)

Julio Afonso Sá de Pinho Neto (Ciências Sociais e Aplicadas)

Márcio André Veras Machado (Ciências Sociais e Aplicadas)

Maria de Fátima Alcântara Barros (Ciências da Saúde)

Maria Patrícia Lopes Goldfarb (Ciências Humanas)

Elaine Cristina Cintra (Linguística e das Letras)

Regina Celi Mendes Pereira da Silva (Linguística e das Letras)

Ulrich Vasconcelos da Rocha Gomes (Ciências Biológicas)

Raphael Abrahão (Engenharias)

Editora filiada à



Jailton Macena de Araújo
João Batista Moreira Pinto
Giovani Clark
Organizadores

**Dilemas contemporâneos
do Estado Social de Direito**
por uma superação das crises do direito
sem que o direito ao desenvolvimento seja superado

Editora UFPB
João Pessoa
2023

1ª Edição – 2023

E-book aprovado para publicação através do Edital nº 01/2022 – Editora UFPB.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, 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, SEU TEOR, SUA REVISÃO E SUA NORMALIZAÇÃO SÃO DE INTEIRA RESPONSABILIDADE DO(S) AUTOR(ES).

Projeto gráfico · **Editora UFPB**

Edição eletrônica e design de capa · **Mônica Câmara**

Imagem de capa (ilustração digital) · Recorte na obra *Branco concebido em polifonia* (*Polyphon gefasstes Weiss*, 1930) de Paul Klee.

Catálogo na fonte: **Biblioteca Central da Universidade Federal da Paraíba**

D576 Dilemas contemporâneos do Estado Social de Direito : por uma superação das crises do direito sem que o direito ao desenvolvimento seja superado [recurso eletrônico] / Jailton Macena de Araújo, João Batista Moreira Pinto, Giovani Clark (organizadores). - Dados eletrônicos - João Pessoa : Editora UFPB, 2023.

E-book.

Modo de acesso : <http://www.editora.ufpb.br/sistema/press/>

ISBN: 978-65-5942-237-1

1. Direito. 2. Sociedade - Cidadania. 3. Constituição - Economia. 4. Desenvolvimento econômico. 5. Sistema financeiro - Brasil. I. Araújo, Jailton Macena de. II. Pinto, João Batista Moreira. III. Clark, Giovani. IV. Título.

UFPB/BC

CDU 34

OS DIREITOS DE PROPRIEDADE DESTA EDIÇÃO SÃO RESERVADOS À:



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 Fone: (83) 3216.7147

Sumário

8 APRESENTAÇÃO

10 A ECONOMIA DE FRANCISCO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO

*Álvaro Jáder Lima Dantas
Narbal de Marsillac Fontes*

45 ENSAIO PARA UMA TEORIA MULTIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ESPAÇO E NO TEMPO: A NECESSÁRIA IMPLOÇÃO DA TORRE DE BABEL OCIDENTAL

Gerardo Gallo Candido

96 A JURISDIÇÃO COMO ELEMENTO DEMOCRÁTICO DE PROMOÇÃO DOS ESCOPOS CONSTITUCIONAIS: BREVE ENSAIO ACERCA DA LEGITIMIDADE DA TUTELA JUDICIAL COMO DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO

*Daniel Guedes de Araújo
Jailton Macena de Araújo*

138 O IDEAL DELIBERATIVO COMO POTENCIAL CONCRETIZADOR DA CIDADANIA NA SOCIEDADE PLURICONTEXTUAL: EXPERIMENTAÇÕES COM O SISTEMA CROWDLAW EM PROL DE UMA LEI AUTORAL BRASILEIRA CIBERDEMOCRÁTICA

*Matheus Victor Sousa Soares
Robson Antão de Medeiros*

176 OS SENTIDOS DO *SANDBOX* REGULATÓRIO EM DISPUTA: ENSAIO SOBRE O JUDICIÁRIO BRASILEIRO, A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA E A LIBERDADE DE INOVAR SOB A LENTE DE ALF ROSS

Juliana Coelho Tavares Marques

Paulo Henrique Tavares da Silva

201 OS IMPACTOS NEGATIVOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NACIONAL

Arnaldo Oliveira da Silva Néto

João Batista Moreira Pinto

Ana Paula Basso

222 O ESTADO BRASILEIRO PODE SER PROPRIETÁRIO E GESTOR DO SISTEMA FINANCEIRO?

Davi Augusto Santana de Lelis

Giovani Clark

260 SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS

APRESENTAÇÃO

Temos vivido, nos últimos 2 anos, principalmente em decorrência da pandemia da COVID-19, inúmeros processos de transformação social, os quais, em razão das sequenciais crises econômicas, crise política e da própria crise sanitária decorrente do estado de calamidade pública, ocasionaram verdadeira convulsão na própria apreensão acerca do futuro das instituições públicas e da própria sociedade.

A crise sanitária atualizou a percepção acerca da emergência de revisão de prioridades nas esferas econômica e política, capturadas pelo negacionismo científico, pela austeridade fiscal violenta, pelo neoliberalismo excludente da periferia do mundo.

Nessa perspectiva, retomar a discussão acerca do protagonismo do Estado na reconstrução de uma trilha para a economia, com novos marcos de governança, é um dos fios condutores para o debate. Outro direcionamento necessário para o cumprimento do objetivo traçado acima, é a revisita do compromisso constitucional com a promoção do desenvolvimento. A ideia de sua realização atrelada à vinculação econômica – que numa sociedade capitalista se organiza de maneira desigual e dependente da exploração do trabalho humano – tem se tornado objetivo cada vez mais distante, sobretudo quando as novas tecnologias entram em zona de confronto com o valor social do trabalho nessa relação homem-máquina.

Desta maneira, a obra se apresenta como um verdadeiro enfeixe em torno dessas inúmeras dificuldades que temos

vivenciado ultimamente, mas orientada por um sentimento de esperança com o olhar projetado para o futuro.

Esperamos que as reflexões adiante possam contribuir para formação de um debate profundo sobre os rumos que temos tomado como sociedade. Uma excelente leitura a todas e todos!

João Pessoa-PB, 16 de setembro de 2022.

Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo
PPGCJ/UFPB

Prof. Dr. João Batista Moreira Pinto
PPGD/Escola Superior Dom Hélder

Prof. Dr. Giovani Clark
PPGD/PUC Minas

A ECONOMIA DE FRANCISCO E O PAPEL DA CONSTITUIÇÃO¹

» *Álvaro Jáder Lima Dantas*
» *Narbal de Marsillac Fontes*

No dia 1 de maio de 2019, por iniciativa própria, o Papa Francisco publica uma carta dirigida aos jovens economistas empresários e empresárias de todo o mundo. Nela faz uma convocação para a participação em um evento, que ocorrendo na cidade de Assis, buscava dar a iniciativa a projetos e empreendimentos inspirados na figura de São Francisco, *il poverello d'Assisi*. No intuito deste evento, onde, principalmente os jovens, apresentariam pesquisas acadêmicas e relatos de experiência – tais como as relacionadas à Economia de Comunhão² – outros pesquisadores e economistas mais experientes também foram convidados. É certo que muito saiu diferente do que havia sido planejado, com a pandemia da Covid-19, muitos dos convidados acabaram por não participar das conferências, que ocorreram de forma remota.

-
- 1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.
 - 2 A economia de comunhão se apresenta como organização que incentiva obras de empreendimento voltadas ao desenvolvimento humano integral, o seu site apresenta diversas dessas iniciativas e trabalhos científicos correlatos: <https://www.edc-online.org/br/>

Quer-se compreender em que lugar se situa essa iniciativa do Papa Francisco, bem como entender do que ele fala quando afirma que é preciso “re-animar” a economia. Somente neste aspecto é que se poderá tomar parte nas ações, estudos e empreendimentos da Economia de Francisco. Todavia, como prenuncia o título, esta breve comunicação científica não se dirige somente à *Economy of Francesco*, mas também à sua relação com a constituição. Apesar de usar teóricos brasileiros para falar do papel da constituição, em sua maioria, não é a carta de 1988 que integra efetivamente o objeto de estudo deste trabalho, senão a compreensão de quais papéis as constituições podem desempenhar.

É de suma importância perceber também que este trabalho se localiza metodologicamente em um contexto claro do direito natural. É preciso que se compreenda isso, porque esta é a compreensão da Igreja, que, por sua vez, é utilizada como base para os diálogos e críticas aqui lançados. Mas o fato de se situar em um âmbito de jusnaturalismo, não significa que só tenha uso e relevância para aqueles que partilham desta fé. As proposições sociais da Igreja, em especial a própria provocação do Papa tem fundamento em uma moralidade objetiva, que foi positivada nas mais diversas, constituições, declarações e convenções de direitos humanos.

De forma sintética, apresenta-se os três tópicos de discussões do presente trabalho. Iniciando com uma incursão acerca da doutrina social da Igreja – DSI, prepara-se o contexto de inserção, ou a tradição em que a Economia de Francisco está inserida. A sua compreensão é essencial, posto que se entende tanto o ca-

ráter dessa doutrina, o que ela pretende, como os seus princípios basilares.

Em um segundo momento, o debate será dirigido à economia, ao porquê de ser necessário a sua “re-animação” e não se fará isso expondo os quadros de pobreza e escassez, além das violações de direitos sociais ao redor do globo, porque eles já são de amplo conhecimento. Em vez disso se dirigirá ao momento em que a economia perdeu sua “alma” e passou a não se ocupar mais de como os bens e riquezas passariam a ser distribuídos entre os seres humanos.

Por fim, ao terceiro tópico, ocupar-nos-emos de pensar a constituição em seu papel e em suas possibilidades sob a guia dos princípios da DSI e do pedido por uma nova alma da economia feito pelo Papa. Nele se criticará concepções de desenvolvimento que tenham o ser humano por objeto e não por finalidade e agente ao mesmo tempo, de forma a se tentar compreender ainda que em linhas genéricas quais são os limites de atuação de uma constituição em referência aos critérios levantados nos tópicos precedentes.

A LOCALIZAÇÃO DA ECONOMIA DE FRANCISCO NO INTERIOR DA DOCTRINA SOCIAL DA IGREJA CATÓLICA

Ainda que o que se venha tratando por “Economia de Francisco” tenha tido sua origem direta na inspiração do Papa Francisco em seu santo onomástico, na carta publicada em maio de 2019, não se deve compreender que este termo, ou impulso,

exista afastado da tradição da Igreja. Em verdade, já ao fim do papado de São João Paulo II, em 2004, a *Libreria Editrice Vaticana* publicava o Compêndio da Doutrina Social da Igreja, elaborado pelo Pontifício Conselho “Justiça e Paz”, reunindo e sistematizando todo o conteúdo elaborado pelo magistério desde a Encíclica *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII publicada em 1891 (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p.59).

Desse modo, ao menos há 130 anos, a Igreja, por meio dos escritos de leigos, padres, bispos – incluindo-se o bispo de Roma – vem construindo o que tem sido chamado – desde a primeira vez, pelo Papa Pio IX na Encíclica *Quadragesimo anno* (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p.59) – de doutrina social da Igreja. Sob responsabilidade do Papa Francisco, o tema da DSI tem continuado a ter relevância, tanto pela produção de suas encíclicas e discursos de larga preocupação social, da qual a *Laudato’Si* é o maior exemplo, como pela simplificação e elaboração de materiais de mais fácil acesso e linguagem, como o “DOCAT”, a doutrina social da Igreja voltada aos jovens.

O objetivo deste tópico, contudo, não é o de esmiuçar todo o conteúdo dessa doutrina. Isso porque ela versa sobre uma amplitude de assuntos que perpassam toda a existência social humana, enquanto o foco desta breve comunicação científica é o de buscar compreender quais papéis podem ser desempenhados pelas constituições no contexto da Economia de Francisco. Para tanto, explicar-se-á brevemente o caráter do *corpus* social doutrinário da Igreja, enunciando quais são suas pretensões e de onde os argumentos provém, para que se possa apresentar, logo em seguida, os princípios dessa doutrina, que, por sua vez, serão as bases de análise do escopo final deste artigo.

A DSI não pretende construir um modelo de regulação da economia, muito menos visa oferecer uma teoria econômica, um modelo de Estado ou uma forma de organização social. Isso porque reconhece tanto na autonomia dos povos, como na insuficiência dos modelos econômicos, os empecilhos que levam à frustração de toda e qualquer teoria/modelo que anseie normativamente dirigir o caminho da sociedade. Disse João Paulo II, na Encíclica *Centesimus Annus*: “a Igreja não tem modelos a propor. Os modelos reais e eficazes poderão nascer apenas no quadro das diversas situações históricas [...] a Igreja oferece, como orientação ideal indispensável, a própria doutrina social” (JOÃO PAULO II, 1991, n/p).

É de tal maneira que seu âmbito de atuação é preciso: “o intento da doutrina social da Igreja é de ordem religiosa e moral” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 56). É religiosa porque faz parte da sua missão evangelizadora e é moral porque, visando um humanismo total, busca o desenvolvimento integral da humanidade e a sua libertação do que a oprime (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 56). E, ainda que seja religiosa – por óbvio –, não é dirigida somente aos católicos, mas possui uma destinação universal, um “ensinamento expressamente dirigido a todos os homens de boa vontade” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 57). Porque como se verá a seguir, ainda que possua claramente um contexto católico, inserido em uma circunstância voltada a um direito natural, a dignidade humana – valor que surge, para a modernidade, a partir da doutrina da *Imago Dei* – toma a centralidade das discussões nesse humanismo total ansiado.

Um último elemento geral que é interessante abordar sobre esse constructo doutrinal é a sua possibilidade de equilibrar-se em sua continuidade e renovação. Este oxímoro contido no binômio continuidade/renovação revelam tanto um “ensinamento que remonta aos valores universais que derivam da Revelação e da natureza humana” e que por ser assim “não depende das diversas culturas, das diferentes ideologias, das várias opiniões” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 58) quanto uma abertura histórica às experiências sociais. Em outras palavras, ao manter-se constante quanto a sua inspiração central, em seus princípios de reflexão, critérios de julgamento e diretrizes de ação “a doutrina social da Igreja atravessa a história, sem sofrer os condicionamentos e não corre o risco da dissolução” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 58). Não obstante, a firmeza desses elementos citados acima não a torna um sistema de ensinamentos rígido e inerte, mas sim “capaz de abrir-se às coisas novas, sem se desnaturar nelas” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 58).

Passada uma breve compreensão sobre a que se destina a DSI – esse conjunto de escritos que foi surgindo no contexto da Igreja Católica, foi sendo acumulado e sistematizado com os escritos dos últimos onze papados – torna-se interessante a apresentação dos seus cinco princípios: o bem comum; a destinação universal dos bens, a subsidiariedade, participação e solidariedade. Tendo em conta que são permanentes, face da continuidade exposta acima, e que são derivados diretamente do princípio por excelência da doutrina social da Igreja, o da dignidade da pessoa humana.

O valor do bem comum, cuja derivação é encontrada em relação direta com a dignidade e a igualdade das pessoas, visa uma certa orientação ao progresso, de maneira que se organizem os bens visando mantê-los enquanto meios subordinados a um fim, que são os indivíduos. Essa concepção bens e riquezas como meios para o fim, pessoa, será retomada mais adiante. O que se torna necessário compreender é que, referente ao princípio do bem comum, existem ao menos três elementos essenciais: o respeito pela pessoa, com todos os seus direitos inalienáveis, marcadamente a sua liberdade responsável; o bem-estar e o desenvolvimento, que deve ser encarado aqui como colaboração estatal e acessibilidade ofertada para que as pessoas levem uma vida “verdadeiramente humana”; e, por fim, a paz, garantida por uma segurança pública, com direito garantido à legítima defesa pessoal e coletiva (CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA, 2010, p. 508 §1908).

O bem comum, entretanto, não é um princípio imposto somente à ordem pública, aos Estados e governantes, como também às pessoas, individualmente tratadas. Envolve sim o Estado, em sua “tarefa específica de harmonizar com justiça os diversos interesses setoriais” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 103), mas de forma primária atinge as pessoas, que compõem todas as outras estruturas sociais. O Papa João XXIII em discurso proferido na X Conferência Internacional organizada pela FAO, que fez o lançamento da “Campanha mundial contra a Fome” em 3 de maio de 1960, afirmava:

Devemos despertar as consciências para o sentido de responsabilidade que pesa sobre cada um,

especialmente sobre os mais privilegiados. Ninguém pode hoje, em um mundo onde as distâncias não importam mais, usar a desculpa de que as necessidades de seu irmão distante não lhe são conhecidas ou que a ajuda a ser prestada não lhe diz respeito³ (JOÃO XXIII, 1960, n/p).

Além de trazer o tema da responsabilidade, o bem comum expressa uma outra circunstância, a de que ele é meio, portanto, instrumento e não fim isolado em si mesmo. Visa garantir um nível razoável de humanidade na vida de cada pessoa, mas nunca pode ser reduzida a “uma visão puramente histórica e materialista” de modo que o bem comum se transformasse em “simples bem-estar econômico” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 104).

A destinação universal dos bens é decorrência direta do bem comum atrelado a essa responsabilidade pessoal forte que lhe é intrínseca. Sua base foi bem descrita na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes* (2015, p. 224): “Deus destinou a terra, com tudo o que ela contém, para o uso de todos os homens e povos, de tal modo que os bens criados devem bastar a todos, com equidade, sob as regras da justiça, inseparável da Caridade”. A sua substância é de um direito natural e ocupa o posto de princípio primeiro da ordem ético-social (JOÃO PAULO II, 1981) e, assim, acaba por tocar toda a realidade social humana. Não se trata de forma alguma da negação da propriedade privada, também não significa que tudo esteja à disposição de cada pessoa ou de todos, em vez disso, é a destinação dos benefícios dela a todas as pessoas. Trata-se

3 Il faut éveiller les consciences au sens de la responsabilité qui pèse sur tous et sur chacun, spécialement sur les plus favorisés. Nul ne peut aujourd’hui, dans un monde où les distances ne comptent plus, alléguer l’excuse que les besoins de son frère lointain ne lui sont pas connus ou que l’aide à y apporter ne le concerne pas.

diretamente de reconhecer o ser humano enquanto a finalidade dos bens, e em direta consequência buscar “saldar o débito de justiça” não só por meio de obras de misericórdia, mas também empregar investimentos na produção e na justa remuneração de empregos.

Por sua vez, a subsidiariedade se dirige diretamente à relação existente entre organizações sociais menores e as maiores, marcadamente entre sociedade civil e Estado. Melhor explicando, é próprio que as comunidades se organizem de forma a dar apoio mútuo, para que resolvam seus próprios problemas. Essa construção de grupos, antes de ser qualquer figura teórica concebida para os fins da DSI, foi observada na própria edificação da sociedade: grupos, clãs, cúrias, tribos⁴ que vão se reunindo e só a partir dessas reuniões, vão se complexificando e criando meios mais artificiais de decisões sociais e políticas. Sendo assim, os corpos sociais menores é que são os responsáveis pelas funções econômicas, sociais e políticas do grupo, aos maiores, por sua vez, cabe o papel de “ajuda (*subsidium*) – apoio, promoção e incremento – em relação às menores” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 112). O Papa Pio XI, enunciou bem a importância do princípio da subsidiariedade:

[...] assim como é injusto subtrair aos indivíduos o que eles podem efectuar com a própria iniciativa e indústria, para o confiar à colectividade, do mesmo modo passar para uma sociedade maior e mais elevada o que sociedades menores e

4 Os debates acerca da formação desses grupos societários podem ser visto em diversos autores, embora não se dê referência expressa à seguinte obra, recomenda-se a leitura de FUSTEL DE COULANGES (2004, p. 141).

inferiores podiam conseguir, é uma injustiça, um grave dano e perturbação da boa ordem social. O fim natural da sociedade e da sua acção é coadjuvar os seus membros, não destruí-los nem absorvê-los. (PIO XI, 1931, n/p)

Daí se extrai que há uma preocupação da doutrina social com a absorção de estruturas sociais orgânicas, essa preocupação se dirige tanto à proteção dos sindicatos – que detém, segundo a visão doutrinária, um papel essencial ao exercício do trabalho em sociedade – quanto às demais organizações da sociedade civil, marcadamente o terceiro setor. Essa preocupação deriva da observação de experiências reiteradas em que “a negação da subsidiariedade, ou a sua limitação em nome de uma pretensa democratização ou igualdade de todos na sociedade, limita e às vezes anula o espírito de liberdade e de iniciativa” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 112).

De fato, ligado ao princípio da subsidiariedade, há uma autorização ao Estado, para que exerça a função de suplência, intervindo excepcional e temporariamente na economia. Entretanto, a suplência é, destaque-se, excepcional. João Paulo II, evidenciou e criticou os excessos e abusos do Estado do bem-estar, de características meramente assistenciais, mas incapazes de responder às necessidades verdadeiramente humanas dos cidadãos. Afirmou ele, na *Centesimus Annus*:

As anomalias e defeitos, no Estado assistencial, derivam de uma inadequada compreensão das suas próprias tarefas. [...] Ao intervir directamente, irresponsabilizando a sociedade, o Estado assistencial provoca a perda de energias humanas

e o aumento exagerado do sector estatal, dominando mais por lógicas burocráticas do que pela preocupação de servir os usuários com um acréscimo enorme das despesas. De facto, parece conhecer melhor a necessidade e ser mais capaz de satisfazê-la quem a ela está mais vizinho e vai ao encontro do necessitado. [...] um certo tipo de necessidades requer uma resposta que não seja apenas material, mas que saiba compreender nelas a exigência humana mais profunda. (JOÃO PAULO II, 1991, n/p)

A participação é o princípio democrático por excelência, é o momento em que a DSI se manifesta favoravelmente a uma forma de governo específica, a democracia. Não obstante, vai mais a fundo, destacando a necessidade da participação, não apenas no momento da eleição de representantes, mas buscando sua forma maior e mais plena, nunca somente limitada a assuntos específicos.

Por fim, mas não menos importante, a solidariedade. Ela, segundo a doutrina social, é princípio social, porque é “ordenador das instituições, com base no qual as ‘estruturas de pecado’, que dominam as relações entre as pessoas [...] devem ser superadas e transformadas em estruturas de solidariedade, mediante a criação ou a oportuna modificação de leis, regras do mercado, ordenamentos” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 117). Também é virtude moral porque não é “um sentimento de compaixão vaga ou de enternecimento superficial pelos males sofridos por tantas pessoas próximas ou distantes. Pelo contrário, é a determinação firme e perseverante de se empenhar pelo bem comum” (JOÃO PAULO II, 1987, n/p), de tal forma que se converte

em virtude social fundamental (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 117). O que deve ser destacado sobre esse elemento de duplo significativo – virtude e princípio – é que não é regra, não é imposição estatal, muito menos elemento ideológico em uma tentativa de justificar algum modelo de Estado. A solidariedade é um espaço, um espaço ofertado à liberdade humana, com o objetivo de que se promova o crescimento comum (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 117).

A economia de Francisco se insere nesse contexto. Como dito, não se trata de uma inovação doutrinária, ou algo inédito, faz parte da atenção especial dada pelo Papa Francisco às questões sociais. Dessa maneira, a proposta deve ser entendida como tal, como continuidade de uma preocupação já antiga da Igreja. Apresentado o contexto da doutrina social, passa-se à exposição do anseio/provocação de “re-animar” a economia.

O PORQUÊ “RE-ANIMAR” A ECONOMIA

Na carta para o evento *Economy of Francesco*, o Papa expressou seu desejo para o encontro que se realizaria em Assis: a promoção de “um processo de mudança global que veja em comunhão de intenções não apenas quantos têm o dom da fé, mas todos os homens de boa vontade, para além das diferenças de credo e de nacionalidade, unidos por um ideal de fraternidade atento acima de tudo aos pobres e aos excluídos” (FRANCISCO, 2019, n/p). A esse processo de mudança, que envolve um pacto global, Francisco chamou de uma tentativa de “re-animar” a economia. Esse termo, tendo sido tratado como um neologismo,

remonta a própria raiz latina do verbo animar, *anima*, a alma (DICIONARIO VOX, p. 32). O propósito, como o próprio Papa afirma que é “necessário ‘re-animar’ a economia” (FRANCISCO, 2019, n/p), devolver-lhe a alma, portanto.

Nesse intuito cabe se pensar que alma perdida da economia seria essa, resposta que deve ser buscada diretamente no afastamento da moral e do conhecimento econômico social. Comumente se remonta ao início da análise econômica, referindo-se ao pensamento de Adam Smith e concedendo a ele o papel de pai da economia, o que claramente é um erro. Schumpeter (2006, p. 48) em sua História da Análise Econômica destaca exatamente isso, menciona a tentação de determinar o início da análise economia em algum momento entre os anos de 1750 e 1800, em um ápice do sucesso de A Riqueza das Nações de Adam Smith, publicado pela primeira vez em 1776. No entanto, a própria organização da obra de Schumpeter evidencia a existência de um pensamento econômico já em Aristóteles, passando pelo pensamento agostiniano e chegando em uma economia escolástica em Santo Tomás de Aquino, que manteve suas influências até a ruptura do liberalista escocês. Talvez, uma forma de descrever o problema central que se torna relevante aqui é que, evidentemente – ainda que já no pensamento do estagirita haja uma preocupação lógica e empirista – o aristotelismo, o agostinianismo e o tomismo não tratavam a economia sob o marco da disciplinariedade cartesiana.

Apenas com um propósito didático se antecipará a explicação sobre no que consistiu a “inovação” do pensamento de Smith, para somente após se apresentar algumas das críticas feitas pelo pensamento (neo)escolástico acerca da economia. Tanto uma – a descrição – quanto as outras – as críticas – são

oferecidas em um contexto neoescolástico, em especial o de John D. Mueller (2021). Entretanto vale ressaltar que ainda que a Igreja tenha adotado largamente o conhecimento produzido por Santo Tomás enquanto doutrina, deve-se ressaltar mais uma vez o fato de que a DSI não diz respeito a um modelo econômico em específico, o que Mueller, bem como outros neoescolásticos fazem.

Com o contexto cientificista moderno de Smith, que legitimava um conhecimento pretensamente avalorativo e neutro, perdeu-se não só a referência linguística ao radical da palavra “economia” em Grego – *oikós*, significando “casa” – mas a sua própria alma. No pensamento de Aristóteles, e conseqüentemente no pensamento daqueles que seguem no caminho do (neo)aristotelismo, a economia é a administração do lar⁵. Talvez essa manutenção do radical grego, todavia com a cristalização de um sentido gerando perda da referência direta à “casa” seja sinal da perda de um elo, o elo da humanidade, ou da humanização. Como se explicará, Smith – e a partir dele, todo o pensamento econômico – tende cada vez mais, a pensar ou tratar cidadãos como consumidores ou parafusos de uma grande máquina econômica. Re-animar é, assim, reviver o sentido próprio da economia e re-humanizar o antigo cuidado com a casa ou o lar, por meio da reinserção do pensamento econômico no seu ambiente ético-moral.

Prosseguindo com o argumento, uma outra forma de se determinar o problema central enunciado acima é afirmar que Adam Smith separou completamente a economia da moral. Para explicar isso, torna-se necessário compreender que Smith

5 É impossível, neste momento, não ressaltar o apelo do Papa Francisco pelo cuidado com o Meio Ambiente, em sua Encíclica *Laudato Si'*, onde convoca os seus leitores ao cuidado com a “Casa Comum” (FRANCISCO, 2015).

possuía três grandes influências e operava intelectualmente em seus contextos, esses eram: estoicismo filosófico, uma certa aproximação da sofística e newtonianismo moral (MUELLER, 2021, p. 96). E ainda que tivesse lecionado a disciplina de Filosofia Moral na Universidade de Glasgow, afastou dela e da moral qualquer preocupação econômica.

Melhor explicando, já era sintomático do pensamento da época considerar o ser humano como um ser completamente egoísta e egocêntrico e que não se preocupava de forma alguma com o bem de qualquer outra pessoa ou com o bem comum (SCHUMPETER, 2006, p. 126). Smith vai, como participante desse *locus* teórico, aproveitar suas bases estoicas, para conceber uma Razão – com o “r” maiúsculo mesmo – que guiasse todos os seres humanos. É justamente esse o *logos* que se pretende universal e responsável por reger toda a existência humana. Daí é que se extrai a tal mão invisível do mercado: conforme o pensamento smithiano não havia necessidade de se buscar compreender como as pessoas usavam e distribuíam seus bens, nem muito menos compreender que existia a doação de bens, de forma a considerá-las sempre como trocas. Cada indivíduo deveria buscar egoisticamente seus interesses e é a razão universal da *stoa* que organizaria toda a sociedade, fazendo com que os atos egoístas fossem os passos necessários ao funcionamento do mercado e enriquecimento de um povo. Em outras palavras:

Na visão de Smith – e aqui o panteísmo se torna aparente – decisões sobre fins e meios, em vez de serem decididas por seres humanos, são em última análise ditadas a eles por uma versão estoica inescrutável da providência, que envolve a

vasta maioria da humanidade em um “engodo” sobre a “satisfação real” proporcionada pelos bens econômicos. Manipulando sistematicamente a emoção humana, o estoico autor da Natureza supostamente “desperta e mantém em movimento contínuo a indústria da humanidade”, atraindo a maioria das pessoas (exceto o sábio estoico) ao vício. Os ricos são seduzidos pela ganância ao “egoísmo e avareza”, enquanto a “turba da humanidade” é corrompida pela inveja dos ricos. Tudo, porém, é para o melhor. Para satisfazer seus “desejos vão insaciáveis”, os poucos ricos devem empregar a turba invejosa, e assim “eles são guiados por uma mão invisível a realizarem praticamente a mesma distribuição das necessidades vitais que teria sido feita se a terra fosse dividida em porções iguais entre seus habitantes” – uma afirmação forte e empiricamente questionável. (MUELLER, 2021, p. 102)

Talvez se pense que esta crença, de base filosófica, não alteraria a capacidade analítica da economia sobre a sociedade. É até visível que as disciplinas de Filosofia Moral foram perdendo com rapidez os lugares que ocupava nos mais distintos cursos no final do século XVIII. Schumpeter (2006, p. 137) traz relevo exatamente à adesão a materiais nos ramos individuais da filosofia moral, que tendia a colocá-los nas mãos de especialistas, os quais inevitavelmente tinham de se concentrar em seu ramo específico e negligenciar os outros ramos e os princípios mais abrangentes dela.

Entretanto, aquela crença ingênua de que essa opção individualista do panteísmo moral estoico não impactaria a análise econômica da sociedade não se concretizou. A teoria de

Smith despreza duas das quatro teorias tradicionais escolásticas que compõem a análise econômica – as teorias da utilidade e a da distribuição –, ambos os pontos serão mais bem explicados adiante. A economia escolástica, produzida por Santo Tomás de Aquino e derivada das já conhecidas bases aristotélicas de seu pensamento, possuía quatro elementos, ou teorias, para explicar o fenômeno econômico na vida das sociedades: a teoria da distribuição final, a teoria da utilidade, a teoria da produção e a teoria da justiça nas trocas.

A teoria da produção, mantida pelo liberalismo de Smith, é aquela que tradicionalmente responde a parte do “como?” da economia, ou seja, como são transformados os meios escassos, unidos ao capital humano e não humano – a propriedade – para a produção de bens, ou produtos finais. A teoria de justiça nas trocas, ou como é chamada hodiernamente, equilíbrio, explica outra parte do “como?”, isto é, “como a venda de cada produto provê a compensação de seus produtores: compensação de trabalho para os trabalhadores e compensação de propriedade para os proprietários” (MUELLER, 2021, p. 47).

A distribuição final, para a economia escolástica, era aquela que discutia como cada pessoa escolhe outras, ou a quem determinado indivíduo escolhe, para que sejam a finalidade, o propósito da utilização de determinado bem. A utilidade, por sua vez, também se volta à escolha, mas à escolha de quais bens serão empregados como meios para servir a determinada pessoa – que fora escolhida como finalidade (MUELLER, 2021, p. 104). A questão aqui é que tanto uma escolha quanto outra eram tratadas – até Smith – como escolhas racionais, guiadas pela razão prática aristotélica e pela virtude dianoética da prudência. Isso

significa que ao se debruçar sobre a sociedade, analisando-a, os economistas sob o viés da distribuição final – que utiliza parte da distribuição pessoa de Santo Agostinho – tentavam compreender a pergunta: “uma vez que eu tenha adquirido riqueza por meio de produção e/ou troca, a quem devo dedicar seu uso? Somente a mim ou a compartilho com outras pessoas e em que proporção?” (MUELLER, 2021, p. 104). Ou, por exemplo, o porquê de um comerciante vender a sua mercadoria, que possui um valor, para seus clientes, mas as/os doar para a sua família. No pensamento do liberalista, a concepção de que um sentimento moral – e não uma vontade racional – era o fator determinante de escolha e que não havia problema em conceber assim, porque ao mesmo tempo em que a razão seria escrava das paixões, a própria natureza seria razoável e conduziria o homem aos seus fins e meios (MUELLER, 2021, p. 105).

Ora, essa mutilação do conhecimento da economia não só impede que ela cumpra seu papel prescritivo, como vicia todas as análises construídas em tal contexto, porque compreende que tudo é troca, que não há cessão gratuita de bens. Nem mesmo no interior da família haveria doação, ali os papéis sociais e os serviços mutuamente prestados justificariam o seu tratamento como troca, mesmo que em diversas situações – em que há a discrepância de bens e valores oferecidos por uma das partes a outra em um casal, por exemplo – a troca fosse completamente injustificada e altruísta, o que negaria alguns pressupostos smithianos.

Acerca do problema da utilidade, Smith transformou todo o estudo sobre a escassez, necessidade, emprego de bens em favor de pessoas em um único elemento paradoxal, o valor-trabalho. Tanto é, que, descartando de sua análise todas as formas de re-

muneração da propriedade, o liberalista atribuía a produção de valor exclusivamente ao trabalho. A crítica marxista, que se fará anos após, não será derivada de uma má compreensão acerca da teoria do valor-trabalho do liberalismo do escocês, “ao contrário, a entendeu muito bem, quando afirmou que ela havia transformado todas as trocas, da igualdade aproximada da ‘justiça das trocas’, de Aristóteles, em uma generalizada injustiça das trocas” (MUELLER, 2021, p. 21) revelada no conceito de mais-valia.

Esse corte produzido por Smith, nada mais foi do que um corte da moral, a perda da consciência de que toda escolha econômica é também uma escolha moral. O que ele fez foi afastar, gerando um hiato de séculos entre áreas que não são vizinhas, mas sim simbióticas. Ao excluir a moral, exclui-se a responsabilidade humana, daí é que provavelmente surja um estranhamento em relação à doutrina social da Igreja, ao se ver que ela firma compromissos pessoais, firma princípios como o da subsidiariedade, destaca responsabilidades, chegando ao ponto de se pensar que esses ensinamentos não digam respeito à economia, senão ao âmbito religioso.

O problema também está no fato de que após Smith, seus críticos não reverteram o corte da teoria da distribuição final feito por ele, mas mantiveram a estrutura, alterando somente o projeto de Estado e economia. O que se quer dizer é que o comunismo, mesmo sendo o grande antagonista histórico da corrente liberal, evidenciou as consequências nefastas do egoísmo associado ao valor-trabalho e a utilizou para construir um plano revolucionário, onde o ser humano continuava a não ser a finalidade, o propósito da economia. Com o estado de bem-estar social também não foi diferente, há uma terceirização das responsabilidades pessoais,

há uma atribuição forçada das funções e de sua responsabilidade ao Estado e aos custos públicos, ambos agigantados, de modo que o único “ato moral” que sobra ao indivíduo é o pagamento dos tributos.

Continuando, o fechamento disciplinar da economia a conduziu por completo à ausência da responsabilidade, ao afastamento completo de qualquer preocupação acerca de a quem devem beneficiar os bens. É a falta de finalidade, o seu desligamento da moral que deixa a liberdade perdida. Essa perda de sentido, ou sobrecarga semântica, que sofre a liberdade é um sintoma da contemporaneidade, não só quanto ao pensamento econômico. É de tal forma que, para alguns, ela será uma condenação – como é o para o existencialismo de Sartre (2014), por exemplo – ou até se aproximará tanto do egoísmo que os seus efeitos só poderão ser nocivos para toda a humanidade. Ora, é famoso e dotado de persuasão em diversos círculos, o argumento de Milton Friedman de que a única responsabilidade social do *business* era a maximização de lucros (NILSSON; ROBINSON, 2018, p. 80). Seja no *Well-fare*, seja em meio aos liberalismos, a economia se encontra afastada de sua alma e de sua missão.

Por isso a provocação do Papa Francisco, e, também por isso convidou diversos economistas reconhecidos – ainda que vários deles não tenham participado das conferências que tiveram que ser realizadas por modalidade remota, em decorrência da pandemia da Covid-19 – dentre eles Amartya Sen e Muhammad Yunus. Esse convite a Sen é relevante, posto que apesar de ser um economista voltado ao bem-estar, várias das críticas apresentadas pela DSI não lhes são aplicáveis. A sua concepção de que a liberdade é não só uma finalidade, o objetivo primordial, mas o

seu meio de principal importância moral (SEN, 2000, p. 38), auxilia nesse retorno da ligação entre economia e moralidade que não deveria ter se perdido. Ele inclusive critica o “welfarismo”, enquanto pilar da ética utilitarista, que observa somente utilidades, sem focar de maneira atenta à fruição de direitos e ao atendimento de necessidades básicas (SEN, 2000, p. 59), crítica compatível com aquelas apresentadas na *Centesimus Annus*, por exemplo.

Nesse intuito, caberá discutir qual é o papel das constituições no favorecimento dessa concepção de desenvolvimento integral, que em quase nada se identifica com o desenvolvimento almejado por modelos políticos ideológicos, e que como alertou São João Paulo II na *Centesimus Annus*, nada mais são do que sistemas socioculturais, que ao ignorar a dimensão ética e religiosa – não só a católica, como o Papa Francisco fez questão de reforçar – ficou debilitado, privilegiando não o ser humano, mas produção dos bens e dos serviços, estatais ou particulares.

O PAPEL DAS CONSTITUIÇÕES EM CONSONÂNCIA À ECONOMIA DE FRANCISCO

Para iniciar este debate específico é necessário pensar de forma realista sobre qual é o âmbito de atuação de uma constituição, ou ainda o que ela pode realmente fazer enquanto instrumento para o desenvolvimento humano integral. Isso porque, não é possível tratar uma regra jurídica como única determinante da conduta humana. Ainda que alguns autores afirmem que a pulverização ética iniciada na modernidade – e que tem atingido seu ápice numa pós-modernidade – foi responsável

por sobrecarregar o direito, tornando-o o único ambiente ético comum de uma sociedade (ADEODATO, 2012), a aparente solução não pode ser a de confiar ainda mais carga a este instrumento já sobrecarregado. Mas justamente favorecer, ou induzir, a formação de consensos em outros âmbitos da vida social.

Melhor explicando, a proposta de uma constituição capaz de dirigir o rumo econômico e de desenvolvimento, como um todo, é algo que talvez nem precise de novas críticas. O seu próprio idealizador, Canotilho, reconhece inúmeras incertezas epistêmicas em tal diretividade, tais como: o de uma “direção sem centro”, que confia ao direito a função de regular de forma autoritária e interventiva todo o Estado; o de um “autismo nacionalista e patriótico” que considera a constituição como ponto de apoio de uma alavanca para mudar o mundo, sem se saber que existem outros mundos ao seu redor (CANOTILHO, 1996, p. 8). Entretanto, uma série de autores continuaram a seguir o anseio de um dirigismo constitucional, o mais eminente dentre os brasileiros foi Bercovici.

Bercovici, dentro de uma tradição furtadiana do desenvolvimentismo – portanto, de profundas origens cepalinas – compreende que o subdesenvolvimento não é um estágio anterior ao desenvolvimento. Em vez disso, sustenta que o subdesenvolvimento tem sua autonomia enquanto processo histórico e que refletem uma dominação cultural e política (BERCOVICI, 2005, p. 53). Por conseguinte, adota o dirigismo como único meio de subversão – ou revolução – do sistema para atingir o desenvolvimento.

O Estado para Bercovici deve ser o planejador e principal impulsionador do desenvolvimento: o planejamento é a própria estatalidade do Estado, com o perdão da tautologia. É no nível do plano que a construção do citado autor se complica ainda mais, ele afirma que “o plano deve estar de acordo com a ideologia constitucional adotada” (BERCOVICI, 2005, p. 70). Não bastando afirmar, contrariamente ao princípio da subsidiariedade e todo o argumento de exclusão da responsabilidade pessoal com a sua terceirização para um Estado grande e burocrático, conforme acima exposto – que o direito é capaz de regular a sociedade a tal ponto de revolucionar um Estado economicamente, Bercovici – conjuntamente aos integrantes de uma corrente normativista-dirigente (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013) – ainda faz uso de um conceito criado por Washington Albino, a ideologia constitucionalmente adotada.

Esse conceito seria uma tentativa de circunscrever limites normativo-axiológicos à legislação infraconstitucional e consequentemente ao sistema econômico capitalista (CLARK; CORRÊA; NASCIMENTO, 2013, p. 281), em prática ideológica comum de redescrição oracular, prevendo futuros que só existiriam com a concretização fiel das suas teorias utópicas. Assim, o conceito de ideologia constitucionalmente adotada baseia-se ao mesmo tempo em uma prosopopeia da lei, sugerindo que ela possui uma vontade, e pressupondo um consenso fundante da constituição capaz de legitimar a adoção dessa suposta escolha ideológica do desenvolvimentismo cepalino-furtadiano. A necessidade de pressupor que haja o consenso sobre a ideologia da constituição é tamanha que Bercovici (2005, p. 67) critica o discurso das reformas constitucionais pelos governos pós 1988, que negam esse

constructo ideológico supostamente adotado pela carta de 88 e tentam implantar os seus próprios.

Ora, não é difícil sustentar que um modelo com essas feições não condiz em nada com a reanimação da economia proposta pelo Papa Francisco. Até mesmo a questão do princípio da solidariedade, o que se poderia acreditar ser um ponto de contato entre as concepções, não o é. Uma forma como a descrita acima – valendo a crítica tanto para Bercovici quanto para o próprio pensamento de Celso Furtado – não tem o ser humano como finalidade, não o considera em sua totalidade e complexidade, mas somente o faz ser objeto em um plano de Estado, objeto de políticas públicas e projetos políticos. A própria tentativa de se basear em uma ideologia demonstra o quão afastada da moral, essa proposta jurídico-econômica está. Não são os valores vivos de uma sociedade que busca pela responsabilização mais ampla possível, mas é um produto interpretativo produzido a partir de diversas ficções jurídicas que tenta enrijecer a participação coletiva – fazendo pressupor que uma determinada classe sempre saberá o que é melhor para os menos favorecidos em um efeito de oráculo, como chamado por Bourdieu (2004, p. 196s) – e a capacidade de redesenhar a forma econômica do Estado.

Nenhuma legislação, nenhum sistema de regras ou de pactos conseguirá persuadir homens e povos a viver na unidade, na fraternidade e na paz, nenhuma argumentação poderá superar o apelo da caridade. Somente a caridade, na sua qualidade de "*forma virtutum*", pode animar e plasmar o agir social no contexto de um mundo cada vez mais complexo. (PONTIFÍCIO CONSELHO "JUSTIÇA E PAZ", 2011, p. 124)

Mas se não é possível fazer surgir virtudes por meio de regras ou pactos, o que resta à constituição? Há que se perceber que a caridade não é somente inspiradora das ações privadas e individuais (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 125) e, sendo assim, não está restrita àquelas pequenas e boas destinações de bens que são feitas no dia a dia. Há uma grande parcela de teóricos – como Montaña (2002) – que são contrários às obras de caridade, mesmo quando são organizadas com a finalidade de perenidade, sob o velho argumento de que a caridade e o terceiro setor são instrumentos neoliberais para se substituir oferta pública de direitos, por ações caritativas insipientes. Mas a caridade – e porque não a solidariedade, no seu sentido jurídico, e os demais princípios sociais – deve ser compreendida enquanto força de buscar novas vias de enfrentamento dos problemas do mundo, trata-se de informar, modelar profundamente, partindo do mais interior de estruturas, organizações sociais e ordenamentos jurídicos (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 125) e não meramente positivá-la aumentando a sobrecarga do direito e achando que se é possível impor a formação de virtudes. Essa feição social e política da Caridade, da mesma forma que a liberdade, para Sen (1999), não é só finalidade, mas também meio. Tanto a constituição e o direito devem manter-se abertos à informação/modelação pela caridade – leia-se também todos os 5 princípios da DSI – como devem favorecer, incentivar, induzir o comportamento livre, caritativo e responsável, de todos os agentes privados ou públicos.

Caberia pensar em uma constituição que não fosse dirigente, que mantivesse a participação ativa da população na condução do máximo de decisões possíveis; também uma cons-

tuição informada pela caridade social, imersa em uma realidade em que se é clara, a tessitura moral da sociedade. Essa mesma constituição não pode fugir, todavia, de sua vocação – ou papel –, ela, como a própria imagem figurativa que traz, anseia construir, constituir, desenhar institucionalmente um Estado. As experiências nacionais, ao menos desde a americana de 1776, demonstram que a carta de direitos é parte essencial dela. Aqui, porém, a parte análoga à *bill of rights* não diz respeito somente aos direitos civis e políticos, “os direitos do homem hão de ser tutelados, não só a cada um singularmente, mas no seu conjunto: uma proteção parcial traduzir-se a em uma espécie de não reconhecimento” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 94). É dever lógico da constituição efetivar “a promoção integral de todas as categorias⁶ dos direitos humanos”, já que ela “é a verdadeira garantia do pleno respeito de cada um deles” (JOÃO PAULO II, 1999, n/p). Assim, os direitos sociais também devem ser garantidos pela constituição, o que não significa que o seu custeio direto tenha que passar pelos cofres públicos e pela máquina burocrática.

Uma constituição compatível com a Economia de Francisco e conseqüentemente com a doutrina social da Igreja é aquela que, informada pela solidariedade, limitada em seu papel subsidiário com a garantia de instrumentos de suplência, garante a participação ativa e permanente dos indivíduos, que guiam não

6 Aqui, vale lembrar somente que ao se referir a todas as categorias dos Direitos Humanos, não são inseridos supostos direitos que determinadas parcelas das sociedades desejam inserir em seu rol. “A fonte última dos direitos humanos não se situa na mera vontade dos seres humanos, na realidade do Estado, nos poderes públicos, mas no próprio homem e em Deus seu criador” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011, p. 93).

só o Estado, mas a sociedade em si ao bem comum, motivando e usufruindo a destinação universal dos bens.

Talvez coubesse defender ainda mais a ampliação das responsabilidades individuais e das estruturas menores, garantindo o papel de subsidiariedade do Estado e permitindo a suplência em casos específicos. Uma proposta que teria um caráter simbólico e possibilitaria uma abertura a este tipo de perspectiva seria a adoção da fórmula de responsabilidade pela defesa do Meio Ambiente empregada no art. 225 da Constituição de 1988 a vários outros direitos. Somente o fato de se atribuir a responsabilidade do desenvolvimento humano integral e combate à pobreza “ao Poder Público e à coletividade”, já incentivaria o surgimento, pela criatividade e exercício da liberdade humanas, de experiências transformadoras, como são exemplos concretos os empreendimentos da Economia de Comunhão.

É válida a aplicação e divulgação de boas práticas, é valoroso o compartilhamento de projetos e medidas aplicados ao redor do mundo, como foi o do exemplo da Economia de Comunhão dado acima. Afinal o debate sobre quais são os modelos de desenvolvimento realizáveis e adequados a cada caso deve ser o mais amplo possível. Deve, todavia, sofrer uma constante crítica, que não vem necessária e exclusivamente da doutrina social da Igreja, ou da Economia de Francisco.

O ceticismo e tantas outras correntes apresentam críticas necessárias e vigorosas não só à ideia de progresso econômico, como à própria ideia de desenvolvimento. O caso de Dupas é um desses que, apesar de não ter qualquer relação com a Doutrina Social, exerce uma crítica ferrenha ao progresso. Dupas (2007,

p. 89) afirma que caso não se exercite uma crítica ao progresso e ao desenvolvimento, “parece claro que podemos dar um passo largo em direção a um quadro civilizacional que pode significar uma ruptura de humanidade com suas responsabilidades de autossobrevivência como cultura e espécie”. Ele, descrente nas ideias e modelos tanto do capitalismo, quanto do comunismo vorazes, critica o tanto o progresso, como o desenvolvimento que impõem ideologicamente a pessoas que mal tem o que comer, a compra de aparelhos telefônicos, bens de consumo, ou mesmo, o trabalho industrial extenuante que só aparentemente geram suas inclusões no processo de crescimento econômico.

Ora, no esteio de seu pensamento as noções, comumente chamadas de desenvolvimento ou progresso, acabaram sofrendo uma cristalização com as experiências consideradas bem-sucedidas, de forma que somente o resultado delas é observado enquanto finalidade desses modelos que são aplicados indistintamente aos mais diversos contextos locais e sociais. Por outro lado, o que a doutrina social da Igreja chama de progresso não tem nada a ver com essa ideia puramente econômica, ou comprometida com um tipo de Estado, muito menos com um tipo de Constituição. É tanto que são utilizados termos como “progresso da humanidade” e “progresso humano na verdade e no bem” (PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ”, 2011), divergindo dessa cristalização baseada em experiências europeias e norte-americanas.

Portanto é claro que são significações distintas, os modelos menores, aqueles baseados em percepções de potenciais locais, montados por estruturas menores, mais “orgânicas” menos burocratizadas é que são as modalidades realistas de

desenvolvimento, para os quais a Doutrina Social e a Economia de Francisco – esta última com o olhar bem mais atento ao meio ambiente, à nossa casa comum – servem de estabelecimento de metas e de orientação ideal, isso já foi dito neste trabalho quando se citou o Papa João Paulo II (1991, n/p) ao dizer que “modelos reais e eficazes poderão nascer apenas no quadro das diversas situações históricas”. As constituições devem abrir espaço a essa liberdade; incentivar esses comportamentos e experiências por meio de regras indutoras; e oferecer a dose de responsabilidade compatível com a liberdade oferecida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A questão debatida aqui se dirige muito mais a compreender que existe um outro ambiente que deve informar, auxiliar e embasar a forma como as constituições tratam o desenvolvimento. E antes que se possa considerar que a maneira como foi tratado o tema aqui é idealista e talvez utópica, deve-se apresentar, de imediato a discordância desse fator. O realismo com que as críticas foram realizadas não indica uma receita, uma fórmula por meio da qual se modifique o mundo, encerre-se a pobreza e se seja capaz de garantir a todos os seres humanos a liberdade para constituir-se dignamente.

Os modelos gerais e normativo-constitucionais sim, parecem descrever receitas quase mágicas para a solução de problemas. O Papa Francisco, de maneira realista e empenhada afirma que essa busca pela solução de problemas é essencialmente cultural e “se é urgente encontrar respostas, é indispensável crescer e apoiar grupos dirigentes capazes de desenvolver a cul-

tura, iniciar processos – não vos esqueçais desta palavra: iniciar processos – traçar caminhos, ampliar horizontes, criar pertenças” (FRANCISCO, 2020, n/p). Não há caminho fácil, portanto, e as soluções são múltiplas e variáveis, no entanto os princípios não, o ser humano enquanto finalidade também não.

É neste momento que se faz necessário trazer um elemento de virtude, seja ela considerada em seu viés mais religioso, como virtude cardeal, ou filosófico como virtude dianoética. A *phrónesis*, como chamada pelos helênicos é uma virtude calculativa do conhecimento – parte da *nous*, a alma inteligível – assim como a sabedoria o é. A sua diferença para esta última seria o fator de que ela está orientada não ao conhecimento do “bem”, em abstrato, como realiza a virtude da *sophía*, contemplativa por excelência, mas sim ao que é bom e justo a cada caso, como pensava Aristóteles.

Aqui, a perspectiva não é tão diferente da compreensão da escola que buscou a reabilitação de uma filosofia prática, orientada pela *prudentia*; como no pensamento de Gadamer não se trata de abolir a filosofia contemplativa em detrimento do resgate de uma filosofia prudencial, mas uní-las. O esforço por uma teoria e uma prática voltada ao bem humano, pautada pelos limites e direcionamentos éticos da humanidade não são a resposta mágica para a obtenção das metas ansiadas pela economia de Francisco, mas o seu instrumento mais próprio, observando a cada caso, como as experiências econômicas passadas podem oferecer soluções reais para problemas mais reais ainda.

A prudência, assim como as virtudes no geral, não pode ser imposta de cima abaixo por um poder constituinte, por mais virtuoso que este possa ser. Ela deve ser induzida e favorecida; para além disso, ao seu florescimento deve ser concedido o espaço necessário na sociedade civil. Cabe, aqui, a nota de que para que isso ocorra, pode ser possível inclusive que se utilize prudentemente daquela suplência excepcional do Estado de que se falou acima, desde que seja, de fato, excepcional e temporária.

Para finalizar estas considerações, é interessante reforçar mais uma vez o que a responsabilidade de cada pessoa, empresa e governo significam na alma da economia – a moral – e no que ela deve trazer à consideração direta da vida em sociedade. Isso pode ser ilustrado pelo episódio marcante de *Les Misérables* de Victor Hugo.

Depois de Jean Valjean ser libertado do cárcere, sem conseguir trabalho, nem lugar para dormir, recebe abrigo do Bispo de Digne e no meio da noite, decide furtar aquele que havia lhe dado hospedagem, levando artigos de prata. Após ser capturado pela polícia e levado de volta à casa do *Monseigneur Bienvenu*, o epíscopo lhe diz: “Estou contente por te ver [...] Também lhe dei os castiçais, que são de prata como os outros e pelos quais você poderia ter duzentos francos. Por que você não os levou com seus talheres?”⁷ (HUGO, 1862, p. 140-141). Esse ato, próximo – talvez subsidiado por corpos sociais maiores –, não tão institucional, gerou a mudança necessária na vida de

7 – Ah ! vous voilà ! s'écria-t-il en regardant Jean Valjean. Je suis aise de vous voir. Eh bien, mais ! je vous avais donné les chandeliers aussi, qui sont en argent comme le reste et dont vous pourrez bien avoir deux cents francs. Pourquoi ne les avez-vous pas emportés avec vos couverts?

Valjean, que com as quantias obtidas na venda das pratarias, abre uma tecelagem e tenta impactar positivamente a vida de tantas outras pessoas.

Ora, a caridade, solidariedade e a prudência, excedendo os limites de qualquer modelo geral de Estado e constituição econômica, percebem potencialidades, veem a realidade sem comprometimentos teóricos e abrem as portas a soluções, como elas devem ser organicamente surgidas de dentro da sociedade. É isto que quer o Papa Francisco com a Economia de seu onomástico: iniciativas.

REFERÊNCIAS

- ADEODATO, João Maurício. **Ética e Retórica**. Para uma teoria da Dogmática Jurídica. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros. 2005.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. Vol. 15/1996. Abr-Jun. 1996. p. 7-17
- CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA**. Petrópolis: Vozes; São Paulo: Paulinas, Loyola, Ave-Maria, 2010.
- CLARK, Giovani; CORRÊA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia Constitucional e pluralismo produtivo. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 265-300, 29 nov. 2013. Semestral. Disponível em: <https://revista.direito.ufmg.br/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013vWAp265>. Acesso em: 10 nov. 2021.

CONSTITUIÇÃO PASTORAL GAUDIUM ET SPES. In **Compêndio do Vaticano II: constituições, decretos e declarações**. 31ª ed. Petrópolis: Vozes, 2015.

DUPAS, Gilberto. O mito do progresso. **Novos Estudos - Cebrap**, [S.L.], n. 77, p. 73-89, mar. 2007. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0101-33002007000100005>

FRANCISCO. **Laudato Si'**. 2015. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 16 ago. 2022.

FRANCISCO. **Carta do Papa Francisco para o evento "Economy of Francesco"**. 2019. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/letters/2019/documents/papa-francesco_20190501_giovani-impresiditori.html>. Acesso em: 10 dez. 2021.

FRANCISCO. **Mensagem em Vídeo do Papa Francisco**. 2020. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/francesco/pt/messages/pont-messages/2020/documents/papa-francesco_20201121_videomessaggio-economy-of-francesco.html>. Acesso em: 4 mar. 2022.

FUSTEL DE COULANGES, Numa-Denys. **A Cidade Antiga**. Tradução de Frederico Ozanam Pessoa de Barros. São Paulo: Editora das Américas – EDAMERIS, 1961.

HUGO, Victor. **Les Misérables**. Online: Bibebook, 1862. Disponível em: <http://www.bibebook.com/search/978-2-8247-1080-8>. Acesso em: 02 mar. 2020

JOÃO PAULO II. **Centesimus Annus**. Vaticano: 1991. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 1 mar. 2022.

JOÃO PAULO II. **Laborem Exercens**. Vaticano: 1981. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.html>. Acesso em: 2 mar. 2022.

JOÃO PAULO II. **Mensagem de Sua Santidade João Paulo II para a celebração do XXXII Dia Mundial da Paz**. Vaticano: 1999. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/messages/peace/documents/hf_jp-ii_mes_14121998_xxxii-world-day-for-peace.html>. Acesso em: 4 mar. 2022.

JOÃO PAULO II. **Sollicitudo Rei Socialis**. Vaticano: 1987. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 1 mar. 2022.

JOÃO XXIII. **Discurso proferido na X Conferência Internacional organizada pela FAO, que fez o lançamento da “Campanha mundial contra a Fome”**. 1960. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/john-xxiii/fr/speeches/1960/documents/hf_j-xxiii_spe_19600503_fao.html>. Acesso em: 25 fev. 2022.

MONTAÑO, Carlos. **Terceiro setor e questão social: crítica ao padrão emergente de intervenção social**. São Paulo: Cortez, 2002.

MUELLER, John D. **Redimindo a Economia: redescobrimo o elemento perdido**. Volta Redonda: Verso L'Alto, 2021.

NILSSON, Andreas; ROBINSON, David T. What Is the Business of Business? **Innovation Policy And The Economy**, [S. L.], v. 18, p. 79-106, jan. 2018. University of Chicago Press. <http://dx.doi.org/10.1086/694408>.

PIO XI. **Quadragesimo Anno**. Vaticano: 1931. Disponível em: <https://www.vatican.va/content/pius-xi/pt/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html>. Acesso em: 28 fev. 2022.

PONTIFÍCIO CONSELHO “JUSTIÇA E PAZ” (São Paulo). **Compêndio da Doutrina Social da Igreja**. 7. ed. São Paulo: Paulinas, 2011. Tradução da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB).

SARTRE, Jean-Paul. **O existencialismo é um humanismo**. 4ª ed. Petrópolis: Vozes De Bolso, 2014.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Nova Iorque: Alfred A. Knopf Inc, 1999.

VOX (Barcelona). Anima. In: VOX. **Diccionario Ilustrado**: latino-español, español-latino. 15. ed. Barcelona: Bibliograf, 1982. p. 32.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Fundamentos da sociologia compreensiva. Vol. I. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UNB, 2004. p. 141.

ENSAIO PARA UMA TEORIA MULTIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS NO ESPAÇO E NO TEMPO: A NECESSÁRIA IMPLOÇÃO DA TORRE DE BABEL OCIDENTAL

» *Gerardo Gallo Candido*

Não parece razoável ignorar que, na atualidade, existe sobre a face da Terra uma multiplicidade de povos e culturas inseridos em outra multiplicidade de espaços geográficos e geopolíticos. Da mesma maneira, em uma projeção retroativa histórica, parece indubitável que este planeta foi ocupado por uma multiplicidade de civilizações e culturas distintas também inseridas em múltiplos espaços geográficos. O mesmo pode se dizer quanto ao futuro. Em uma projeção para tempos vindouros, se é que a humanidade sobreviverá às suas próprias sortes autodestrutivas, dentre elas, o capitalismo autofágico, é provável que surja uma multiplicidade de maneiras de viver, ideologias, regimes políticos e concepções sobre direitos que ainda sequer imaginamos.

No entanto e, infelizmente majoritárias, as teorias universais dos direitos humanos, eminentemente ocidentais, tendem à pretensa imposição de uma única verdade em relação aos fundamentos ou justificação desses direitos. A nosso sentir,

parece inequívoco que as teorias universais de direitos humanos pretendem jogar em uma vala comum todos os seres humanos, vivos, mortos ou ainda não nascidos, independentemente do contexto cultural ou geográfico em que estão, estiveram ou estarão inseridos, relativamente à definição (imposição e, portanto, certa forma de exclusão, desrespeito e violência) da natureza de vida conveniente e apropriada à humanidade.

Essas teorias universais possuem raízes profundas no lado ocidental do planeta, notadamente, a partir da Carta Magna, que teve por escopo garantir direitos dos nobres ingleses e da Igreja Católica, ou seja, uma luta de classes determinadas com poder econômico suficiente para se opor ao monarca, culminando, historicamente, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Nesse espectro, na base do discurso sobre direitos humanos é possível detectar as seguintes premissas: de uma natureza humana universal; da dignidade do indivíduo; e da ordem social democrática.

Em relação a essa suposta natureza universal humana, em nossa opinião, tal discurso se revela como uma retórica antropocentrista da concepção ocidental dos direitos humanos, excludente de outras culturas que ostentam uma cosmovisão ampla como, por exemplo, o Taoísmo. Não nos parece razoável afirmar que a essência humana é universal, dado que não sabemos a verdade sobre a origem humana, quer seja sob uma ótica criacionista, quer seja sob uma ótica darwiniana, ou qualquer outra ótica que seja. Não nos foi dado a saber, ainda (ou nunca será), se a humanidade tem como origem um único fato histórico.

Quanto à premissa da dignidade do indivíduo, ou seja, da centralidade do indivíduo na medida em que é um fim em si mesmo ou uma maneira absoluta de ser, feito à imagem e semelhança de Deus, percebe-se, mais uma vez, a imposição (e, portanto, em certa medida, uma forma de violência) antropocêntrica das teorias dos direitos humanos ditas universais. Não há como negar que o universo observável é composto por mais de cem bilhões de galáxias e trezentas sextilhões de estrelas. Como pretender sermos o centro desse universo que se pode observar? Essa pretensão cheira narcisismo e possui gosto de fundamentação metafísica desprovida de qualquer mínima prova.

Relativamente à ordem social democrática, cuja premissa repousa na ideia de que a sociedade nada mais é do que a soma de indivíduos livres organizados para a consecução do “bem comum”, cujo valor, aparentemente, é infinitamente superior ao de qualquer ditadura, não pode ser imposta a qualquer outro povo ou cultura, na exata medida em que, se assim for feito, perderia completamente sua essência democrática. Ou seja, caso a ordem social democrática seja um pressuposto ocidental dos direitos humanos e, nesse ponto, por sua vez, seja imposta a outras culturas não ocidentais, não passará de uma dogmática resultante de um pensamento ontológico internamente contraditório.

Nessa perspectiva, entendemos que as teorias universais de direitos humanos são insustentáveis pois, mesmo que admitida uma natureza humana universal, apesar da falta de conhecimento humano para tal afirmação, mesmo que se admita a dignidade da pessoa humana como valor central e mesmo que se admita que a democracia é infinitamente melhor que qualquer ditadura, esse conjunto de valores e pressupostos são

eminentemente contextuais da cultura ocidental. E, justamente, em razão dessa contextualidade limitada, tais valores não podem ser impostos a outras contextualidades culturais, diversas em suas cosmovisões, diversas em suas visões de indivíduo e de grupo.

Diante disso, parece inconcebível pretender a incorporação de outras culturas pela cultura ocidental. Muito menos a fusão de múltiplas culturas em uma única cultura dos direitos humanos, ditando uma suposta universalidade da natureza humana. Provavelmente, é melhor e mais razoável aceitar o fato de que, mesmo sendo a origem humana oriunda de um único fato histórico (o que poremos em dúvida ao longo deste breve estudo – como já ventilado acima), houve em algum momento uma cisão natural de múltiplos grupos que desenvolveram, cada um em seus espaços geográficos, uma multiplicidade de culturas que possuem visões de mundo completamente distintas. Algumas dessas culturas desapareceram da esfera terrestre, outras perduram até hoje, outras sofreram ao longo do tempo várias mutações, porém, se mantêm vivas em nosso tempo, sendo certo que outras poderão ainda surgir sobre a Terra.

Sustentar a universalidade dos direitos humanos, a nosso sentir, revela um retrocesso à Torre de Babel, no ímpeto de elevar uma construção significativamente alta a ponto de alcançar o céu da verdade universal, da verdade única, de uma concepção tética (e, portanto, violenta e sub-repticiamente colonialista) de direitos humanos, como fator de sujeição de outros povos à cultura ocidental, isto é, uma espécie de eugenia cultural.

Dessa forma, este breve estudo tem por objetivo, apenas, abrir o caminho para uma teoria dos direitos humanos que seja

capaz de inserir todos os seres humanos pertencentes a uma sociedade global absolutamente heterogênea, em suas diferentes culturas e cosmovisões, não somente na atualidade, mas também em projeções temporais para o passado e para o futuro.

A presente empreitada pode, de alguma forma, ajudar (a nós, humanos ocidentais) a suscitar questionamentos produtivos positivos sobre nossa aparentemente precária percepção excludente dos direitos humanos, em busca de uma concepção amplamente abrangente de tais direitos que, por sua vez, se afaste das teorias universais e das teorias relativistas ou quaisquer outras teorias que sejam não inclusivas e/ou que ignorem até mesmo a existência de outros povos e culturas distintas da cultura ocidental e, por que não dizer, eurocêntrica.

Para a abertura desse caminho – ou mesmo para o calçamento dessa vereda talvez já aberta por outros estudiosos dos direitos humanos como, por exemplo, por Boaventura de Sousa Santos, Carlos Santiago Nino, Jailton Macena de Araújo, Jürgen Habermas, Narbal de Marsillac, Raimon Panikkar Alemany, entre outros –, pretende-se, neste breve estudo, ousadamente colocar a pedra angular, a partir do próprio pensamento kantiano (utilizado como fundamentação principal da Declaração “Universal” de Direitos Humanos), como porta de saída (ou mecanismo de implosão da Torre de Babel das teorias universais) para a construção de uma teoria multiversal dos direitos humanos (no espaço e no tempo), caso se queira uma teoria dos direitos humanos verdadeiramente legítima, absolutamente abrangente, fundamentada na aceitação, diálogo dialógico, respeito e solidariedade interculturais como normas inclusivas para uma justa globalização.

POR UMA TEORIA MULTIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: DIÁLOGO DIALÓGICO, RESPEITO E SOLIDARIEDADE INTERCULTURAIS COMO NORMAS INCLUSIVAS PARA UMA JUSTA GLOBALIZAÇÃO

O vocábulo “universo” deriva do latim *universus* e significa “tudo junto” (de *unus* = uno; *versus* = sulco, linha), sendo certo que o palavra “uno” possui o sentido de “indivisível”. Nessa mesma linha, o vocábulo “universal”, que deriva do latim *universalis*, significa “relativo ao universo” (de *unus* = uno; *versus* = sulco, linha; *alis* = relativo à), onde se diz que universal é “*todo aquello que incluye a todo el universo*”, conforme Morales (2010). Ainda, nas palavras de Antônio Martinez de Rezende (2014, p. 453), a palavra “universal” significa o que é comum a todos, geral e, por sua vez, “universalidade” se traduz em a totalidade, o todo. Além disso, para o mesmo autor, “universo” significa a totalidade das coisas. É de ressaltar também que, ao se referir aos vocábulos em latim *universitatis* e *universitas*, Guérios (1979, p. 192) afirma que são provavelmente criação de Cícero, para traduzir o grego *holótes* (totalidade, conjunto).

Por sua vez, o vocábulo “sulco” significa, “marca estreita, relativamente profunda, na superfície de um material; fissura, ranhura” e, por analogia, “acepção” (MICHAELIS, 2015). Pelo mesmo renomado dicionário da língua portuguesa acima mencionado, a palavra “linha”, dentre tantos outros significados, equivale à “representação gráfica da extensão de uma só dimensão”; “direção contínua em determinado sentido”; e “percurso, rota, via”.

Diante do significado desses vocábulos, é possível extrair que as teorias universais, tendem à pretensa imposição de uma

única (única via; única direção; único sentido) verdade em relação aos fundamentos ou justificação dos direitos humanos. “A verdade tem a pretensão inerente de ser universalmente válida, aqui e ali, ontem e amanhã” (PANIKKAR, 2004, p. 228). Dito de outra forma, as teorias universais de direitos humanos aspiram nivelar toda a humanidade em uma espécie de “sulco comum”, não sendo relevante o contexto cultural em que cada ser humano está inserido. Não é por outra razão que, Raimon Panikkar Alemany, inicia sua apresentação feita na sessão anual do *Institut International de Philosophie (Entretien de Dakar, Senegal)* sobre os Fundamentos Filosóficos dos Direitos Humanos, da seguinte forma:

Povo nenhum, não importa o quão moderno ou tradicional, tem o monopólio da verdade! Povo nenhum, não importa o quão civilizado ou natural (seja ele ocidental, oriental, africano, indiano) pode, por si só, definir a natureza da vida adequada ao conjunto da humanidade. Além disso, esses povos são incapazes de fazê-lo, ainda que conjuntamente, pois a realidade, em última análise, não pode ser definida ou compreendida, não pode ser reduzida ao nosso conhecimento e à práxis que desenvolvemos a partir dela. (2004, p. 205-6)

Na verdade, ninguém tem a verdade. Povo nenhum, ser humano algum. Aceitar uma teoria dos direitos humanos como sendo universal, significa aderir a uma ideia pretensamente incontestável que se autoqualifica como última palavra nesse assunto. Em nossa opinião, necessário se faz abrir a mente para outras possibilidades que mais adequadamente alberguem

todos os seres humanos, independentemente de suas origens e culturas. Exatamente por esse motivo, a seguir, nos atreveremos a deduzir uma ideia que talvez possa ajudar os defensores das teorias universais dos direitos humanos a “pensar fora da caixa” (*think outside the box*), no sentido de, ao menos, admitirem a possibilidade de rever suas ideias e considerarem o que estamos aqui defendendo.

Quebrar velhos paradigmas (*think outside the box*): necessidade de ampliar o horizonte para além das teorias universais dos direitos humanos

É provável que tudo que vemos e ouvimos seja, necessariamente, passado. Pode soar pretenciosa tal afirmação, porém, se bem observarmos, isso é o que provavelmente ocorre com todos nós, seres humanos, muito embora esse fenômeno natural seja imperceptível a olho nu. O que aqui afirmamos é o fato de que os reflexos de luz traduzidas em imagens que são percebidos por nossos olhos e as ondas sonoras que são captadas por nossa audição, possivelmente, ocorreram no passado. Parece verossímil que, mesmo sendo quase instantâneas, tais capturas visuais e auditivas quando percebidas por nossos sentidos, já fazem parte da história. Em outras palavras, portanto, tudo indica que seja passível de demonstração o fato de que nossas visões e audições captam, invariavelmente, fatos históricos.

Como é sabido, a luz possui velocidade aproximada de 299.792.458 metros por segundo (m/s) quando se propaga no vácuo (FRANCE, 2019, p. 127). Não é por outro motivo que o

tempo aproximado para que a luz do Sol chegue à Terra é de 8,13 minutos. Segundo Rui Miguel Moreira da Silva (2002, p. 108), referindo-se ao renomado astrônomo inglês James Bradley (1693-1762), “A descoberta de Bradley provou o movimento da Terra em torno do Sol e, forneceu o valor de 8 min e 13 segundos para o tempo que a luz demora a chegar do Sol à Terra”. Sob outra perspectiva, vale dizer que a luz percorre no vácuo 1 metro em 3,3 nanossegundos⁸ ou 1 quilômetro em 3,3 microssegundos⁹. Além desse aspecto, quando se propaga no ar (ou em outros meios – quanto mais denso o meio, menor a velocidade), a luz perde velocidade (299.702.547 metros por segundo).

Por outro lado, a velocidade do som é de 343,4 m/s em uma temperatura ambiente de 20°C, sendo certo que na medida que a temperatura aumenta, a velocidade de propagação das ondas sonoras no ar também cresce aproximadamente 0,6 m/s por grau centígrado (FREITAS, 2005, p. 04). É exatamente por isso que quando há uma descarga elétrica atmosférica (raio), as ondas sonoras do trovão (onda de choque sónica), que é causado pelo aquecimento e pela expansão supersónica do ar, somente são percebidas pela audição humana segundos depois da visualização do relâmpago.

Nessa linha de raciocínio, é de se considerar também que as imagens perceptíveis ao olho humano, são reflexos da incidên-

8 Um nanossegundo (ns) corresponde à 10^{-9} de segundo, cujo equivalente decimal é 0,000000001 (de segundo). Em outras palavras, é o equivalente à divisão de 1 segundo em 1 bilhão de partes, ou seja, 1 nanossegundo corresponde à bilionésima parte de 1 segundo.

9 Um microssegundo (μ s) corresponde à 10^{-6} , ou seja, 0,000001 (um milionésimo) de segundo.

cia da luz sobre corpos. Quando a luz atinge algum obstáculo corpóreo, parte dela é refletida, sendo exatamente essa reflexão (seja ela especular quando a luz atinge uma superfície lisa ou difusa quando atinge uma superfície rugosa ou irregular) que forma as imagens captadas por nossos olhos. Dessa forma, entre o momento em que a luz atinge qualquer superfície (como o teclado de nosso computador de onde escrevemos estas palavras ou a porta de nosso quarto que está a 1 metro de distância de nossos olhos – ou mesmo de algum objeto que nosso leitor visualize ao seu redor neste instante) e o momento em que parte dessa luz refletida é captada pelo olho humano, mesmo que seja imperceptível e quase instantâneo, há necessariamente um lapso temporal a ser considerado (um necessário *delay* ou um *nanodelay*) que, por sua vez, provavelmente evidencia o fato de que tudo aquilo que é captado pela visão humana ocorreu no passado. Seguindo esse pensamento, o mesmo fenômeno, portanto, ocorre com as ondas sonoras que a audição humana capta em seu meio, isto é, tais sons foram emitidos no passado.

Talvez nosso leitor nunca tenha parado para pensar nisso. Ressalte-se que nós somente tivemos esse “*insight*” há alguns anos mostrando para a nossa família o céu estrelado e falando do cosmos e de nossa visão sobre ele e como algumas estrelas que víamos naquela noite poderiam não mais estar lá. É possível, também, que dos aproximados 7,5 bilhões de seres humanos atuais vivendo neste planeta e de tantos outros bilhões que viveram no passado e não estão mais aqui, a esmagadora maioria nunca tenha pensado – ou mesmo tenha tido acesso à informação capaz de fazê-la pensar – nesse fenômeno temporal da visão e da audição.

Pode parecer ingênuo de nossa parte, porém, entendemos que essa reflexão é passível de se desdobrar em tantos outros pensamentos que sejam importantes para perquirir e desvendar uma nova – ou aperfeiçoada – concepção sobre os direitos humanos. Dito de outra maneira, parece não ser tão inocente pensar que, uma vez entendido e aceito que a sensação humana do recorte temporal presente, apesar de aparentemente real, é provavelmente uma visão do passado e, portanto, também uma percepção distorcida da realidade.

Nesse espectro, a imperceptibilidade de tal fenômeno natural pode, de alguma forma, alertar e evidenciar a necessidade de suscitar questionamentos válidos acerca de uma suposta realidade aparente, de tal forma a inspirar os estudiosos a buscar novos prismas ou novas perspectivas dos direitos humanos para aproximá-los, o máximo possível, da realidade concreta. Ou seja, tal entendimento pode nos ajudar a suscitar dúvida em relação à percepção humana sobre a realidade e, no âmbito específico do que se pretende aqui discutir, sobre a cosmovisão humana ocidental e sua pretensa massificação global de uma teoria universal dos direitos humanos.

Raízes ocidentais burguesas das teorias universais dos direitos humanos

Tais teorias universais dos direitos humanos possuem raízes profundas no sulco ocidental do mundo e, por sua vez, estão umbilicalmente ligadas às lutas pelos direitos dos cidadãos desde o século XIII, a partir da Carta Magna (*Magna Charta Libertatum*

– rei João da Inglaterra – 1215), que estabeleceu um reinado a partir da lei, afastando os alvitres do monarca. Parece importante destacar, neste momento, que a “Carta Magna das Liberdades, ou Concórdia entre o Rei João e os Barões para a outorga das liberdades da Igreja e do rei inglês”¹⁰ (CASTILHO, 2019, p. 97), deixa bastante claro que tal movimento visou garantir direitos dos nobres ingleses e da Igreja Católica, ou seja, de grupos ou classes determinadas. Registre-se, portanto, que embora tenha dado direitos de herança de propriedade às mulheres e crianças e, ainda, a proibição de alguém ser punido por crime antes de ser legalmente condenado, a *Magna Charta Libertatum*¹¹ tem como pano de fundo a garantia essencial de direitos dos barões e da Igreja Católica¹².

Como afirma Narbal de Marsillac, pode-se perceber que, após uma breve visita à literatura recente sobre direitos humanos, estes estão comprometidos com valores e perspectivas modernas, na medida que a matriz teórico-conceitual desses direitos é dependente da prévia aceitação dos pressupostos da modernidade. A noção de que tais direitos são universais despreza e desconhece o outro lado do mundo, na medida que esses direitos nascem nas revoluções burguesas que, por sua vez, não abrangem as experiências sócio-históricas não-ocidentais. Para este lado do mundo (ocidental), as experiências não-ocidentais são irrelevantes

10 Texto original: “*Magna Charta Libertatum seu Concordiam inter regem Johannem at barones pro concessione libertatum ecclesiae et regni angliae*”

11 Panikkar lembra (2004, p. 211-12) que, por ser menos conhecida que a Carta Magna, vale menção o rei Alfonso XIV de León (1188) dos direitos à vida, à honra, ao domicílio e à propriedade.

12 Parece não ser exatamente uma coincidência que a palavra “católica” signifique “Que é universal; cujas tendências se inclinam para o universalismo” (MICHAELIS, 2015).

e, nesse passo, se arvoram ao pedestal de *ultima verba*, definindo o que é moralmente correto nos quatro cantos deste planeta. “É a indiferença à diferença” (MARSILLAC, 2020, p. 123-124).

Temos, portanto, o seguinte cenário: o sulco dos direitos humanos ditos universais tem seu nascedouro na luta de classes determinadas, classes estas com poder econômico suficiente para se opor ao monarca que, a nosso sentir, na sucessão dos episódios históricos de seu arado sobre a Terra, se transformaram em fator de dominação ocidental do resto do planeta, como veremos mais adiante. E, ainda, como ressalta Panikkar:

Essa busca de direitos concretos, enraizada nas práticas no sistema de valores de uma determinada nação ou país, começou a ser sentida com grande urgência após a Revolução Francesa. O homem ocidental passa de um pertencimento corporativo a uma comunidade de sangue, trabalho e destino histórico, com base no costume aceito na prática e na autoridade reconhecida de forma teórica, a uma sociedade baseada na lei impessoal e no contrato livre ideal, ao estado moderno, para o qual são necessários normas e deveres explicitamente racionais. O problema se torna cada vez mais agudo com o crescimento do individualismo. (2004, p. 211-2)¹³

Contra os excessos e arbítrios do regime absolutista, portanto, as classes burguesas e eclesiásticas se insurgiram reacionariamente. Era necessário para esses grupos impor ao Estado

13 Panikkar, em nota de rodapé à Revolução Francesa nessa passagem, lembra da Declaração de Direitos (Inglaterra – 1689), da Declaração de Direitos de Virgínia (1776), da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Declaração Americana de Direitos (1798).

limites e controle sobre sua atuação abusiva e arbitrária. Nesse contexto, a Declaração de Direitos de Virginia (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) foram baseadas em uma perspectiva liberal contratualista, com foco praticamente exclusivo na liberdade, segurança e propriedade. Valores esses próprios do discurso liberal fortemente influenciado pelas óticas de Rousseau, Montesquieu e Locke.

Como contraponto ao prisma liberal, cabe aqui ressaltar que após a Primeira Guerra Mundial, o discurso social da cidadania se fortaleceu sobremaneira, sobretudo com o advento da Constituição Mexicana (1917) e da Constituição de Weimar (1919). Nesse espectro da social cidadania, o primado da igualdade era a base do discurso, servindo de fundamento para os direitos econômicos, sociais e culturais.

Após a Segunda Guerra Mundial, como resposta à lógica de descarte da pessoa humana não pertencente à raça pura ariana e aos horrores do nazismo, houve forte movimentação no sentido de reconstrução e internacionalização dos direitos humanos. Esse movimento teve por objetivo padronizar um modelo “ético” de condução da ordem internacional. É exatamente nesse contexto de reconstrução dos direitos humanos que surge essa significativa afluência filosófica capitaneada por, entre outros, Jacques Maritain, que ficou conhecida como retorno à Kant. Traduziu-se em um esforço humanista do pós-guerra de retorno ao pensamento kantiano do século XVIII.

Assim, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos Humanos que, por sua vez, inovou ao albergar em

seu texto uma compatibilização entre direitos civis e políticos do discurso liberal e direitos sociais, econômicos e culturais do discurso social da cidadania.

Da análise dos “considerandos” da Declaração Universal dos Direitos Humanos, fundamentados nas ideias kantianas, pode-se extrair que o ser humano é dotado de dignidade, sendo essa dignidade correlata com a liberdade que, por sua vez, implica a igualdade. Igualdade e liberdade são dois reflexos de uma mesma dignidade. Nesse contexto, todas as teorias de direitos humanos orbitam em torno do conceito de dignidade genial e extraordinariamente justificado e fundamentado por Kant. Desse conceito kantiano adotado pelas teorias dos direitos humanos, podem se encontrar bifurcações socialistas ou liberais, na medida em que uma teoria dos direitos humanos que privilegie a igualdade será uma teoria de tendência socialista e, de outro lado, uma teoria de direitos humanos que privilegie a liberdade será uma teoria de tendência liberal, associada ao capitalismo.

Além disso, ou seja, da dignidade do ser humano, salta aos olhos que, na base do discurso da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estão contidas as premissas (ou presunções) de uma natureza universal da humanidade e de uma diretriz social democrática. Essas premissas, inevitavelmente, estão comprometidas com pressupostos nitidamente ocidentais, pelo que tais direitos, na realidade, são somente o estandarte de um sub-reptício projeto de ocidentalização do mundo. Parece oportuno, portanto, passar à análise desse tripé fundamental onde se apoia a Declaração Universal de 1948.

Tripé de sustento do discurso ocidental dos direitos humanos: uma análise crítica

Raimon Panikkar (2004, p. 212-6), ao tentar responder à pergunta “Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental?”, parte do pressuposto que o conhecimento da história dos direitos humanos, assim como do fato de que se considera essa transição de um modo de vida coletivo ao modo mais moderno, assumiu um caráter mundial. Portanto, ao analisar a expressão “Direitos Humanos” a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, o autor se concentra sobre os pressupostos mais estritamente filosóficos (que são o fundamento da Declaração), a saber: na base do discurso sobre direitos humanos encontra-se a premissa de uma “natureza humana universal”; o pressuposto da “dignidade do indivíduo”; e o pressuposto da “ordem social democrática”.

Quanto à base do discurso afeta a uma “natureza humana universal”, Panikkar assevera que esse pressuposto, ou seja, de uma natureza humana comum a todos os povos, é uma ideia conectada com a antiga noção de lei natural. Do contrário, afirma o autor, “não haveria lógica na proclamação de uma Declaração Universal” (2004, p. 213). Afirma, ainda, que da Declaração contemporânea de Direitos Humanos, derivam três implicações. A primeira delas é a da cognoscibilidade da natureza humana, na medida em que uma coisa é se aceitar acriticamente ou miticamente a natureza humana, e outra coisa completamente diferente é conhecê-la, pois, do contrário, a Declaração não poderia declarar (ou legislar) sobre direitos que são supostamente universais.

A segunda implicação concerne ao conhecimento da natureza humana mediante um instrumento também universal, instrumento esse de conhecimento geralmente chamado de razão, pois, do contrário, caso esse conhecimento estivesse a depender de uma intuição especial, revelação, fé, “decreto de um profeta ou coisa que os valha”, os direitos humanos careceriam da possibilidade de aceitação como direitos inerentes ao homem, isto é, não poderiam ser aceitos como direitos naturais.

Não fosse esse o caso, os direitos humanos não poderiam ser declarados como universais por uma assembleia que não reivindica um status epistemológico privilegiado. Isso fica claro pelo uso da palavra “declaração”, que enfatiza o fato de não ser uma imposição de cima, mas uma explicitação pública, um esclarecimento daquilo que é inerente a própria natureza do Homem. (PANIKKAR, 2004, p. 213)

A terceira implicação dessa Declaração Universal é a de que a essência da natureza humana seja supostamente diferente do resto da realidade, na medida em que outros seres vivos são “inferiores” e que, portanto, não possuem direitos humanos, dado que “é provável que não existam criaturas superiores ao homem”. O homem é, dessa perspectiva, o seu próprio mestre e, também, mestre do universo, ou seja, em outras palavras, o supremo legislador sobre a Terra (PANIKKAR, 2004, p. 213).

Entendemos que, a toda evidência, essa terceira implicação da Declaração Universal revela um eixo eminentemente antropocentrismo do sulco ocidental dos direitos humanos, na mesma medida em que exclui outras culturas que ostentam uma

cosmovisão ampla como, por exemplo, o Taoísmo que realça a vida em completa harmonia com o Tao (caminho; via; princípio), força presente em tudo o que existe.

O pressuposto da dignidade do ser humano assenta-se na ideia, absoluta, de que cada indivíduo é irredutível ao outro, sendo esse, provavelmente, o principal ímpeto moderno dos direitos humanos, defendendo a dignidade do indivíduo perante a “sociedade como um todo e ao estado em particular” o que, por sua vez, também possui três implicações: a “separação entre indivíduo e sociedade”; a “autonomia da humanidade frente ao cosmos”; e “ressonâncias da ideia do homem como microcosmo e reverberações da convicção de que o homem é *imago dei*” (PANIKKAR, 2004, p. 214).

Nesse espectro, a primeira implicação (“separação entre indivíduo e sociedade”), seria a visão de que a sociedade é uma superestrutura que pode se tornar em uma ameaça e, ao mesmo tempo, um fator alienante para o indivíduo. Ou seja, os direitos humanos significam basicamente proteção ao indivíduo, dado que o ser humano é fundamentalmente “o indivíduo”. Quanto à “autonomia da humanidade frente ao cosmos”, “e muitas vezes em oposição a ele”, Panikkar (2004, p. 214) afirma que isso se demonstra claramente pela ambivalência “irônica” da expressão inglesa, haja vista que possui duplo significado simultâneo, isto é, por um lado, direitos humanos (*Menscliche Rechte*) e, pelo outro lado, direitos do homem (*Menschenrechte*). “O cosmos é um tipo de infra-estrutura; o indivíduo está situado entre a sociedade e o mundo. Os direitos humanos defendem a autonomia do indivíduo humano”. Por fim, a terceira implicação (“ressonâncias da ideia do homem como microcosmo e reverberações da convicção de

que o homem é *imago dei*”), significa que o indivíduo possui uma dignidade inalienável, na medida em que o indivíduo é um fim em si mesmo, ou seja, “uma forma de absoluto. Pode-se amputar um dedo para salvar o corpo inteiro, mas será que se pode matar uma pessoa para salvar outra?”.

Aqui, mais uma vez, é absolutamente perceptível a imposição antropocêntrica das teorias dos direitos humanos ditas universais. Não parece plausível, diante de tudo que nossos olhos podem testemunhar e, ainda, diante dos conhecimentos adquiridos até aqui sobre a imensidão do cosmos, que se aceite passivamente (por completo) teorias que tem como estandarte uma, quiçá infantil e narcisista, pretensão de que o homem seja o centro, ou pior, o único ser racional do cosmos, quando é cediço que o “universo” observável é composto por mais de cem bilhões de galáxias e trezentas sextilhões de estrelas.

Parece improvável que, diante dessa estonteante imensidão, o ser humano seja, como se quer, o centro do universo, pois feito à imagem e semelhança de Deus. Nada contra a visão judaico-cristã das origens do ser humano, nem mesmo quanto à crença em um Deus onisciente, onipotente e onipresente. Pelo contrário, na mesma medida que fé não se discute, pois, absolutamente atrelada às fundamentações pertencentes ao campo da metafísica, não se pode impor ao outro, enquanto outro, isto é, outras culturas com cosmovisões distintas da nossa, uma concepção de direitos humanos, cujo escopo é a tentativa de erguer o ser humano ao centro do universo.

O terceiro e último pressuposto que serve de fundamentação à Declaração Universal (“ordem social democrática”), tem

como ponto de partida o princípio de que a sociedade é uma soma de indivíduos “livres” que se organizam para a conquista de objetivos que, fora do conjunto, não seriam alcançáveis. Ou seja, em outras palavras, a sociedade não é uma ordem hierárquica que possua sua fundamentação na vontade ou leis divinas ou, ainda, em origens míticas. Trata-se, nessa concepção, de uma estrutura de poder inevitável dada pelo consentimento da soma de seus indivíduos que, por sua vez, não é uma família ou qualquer forma de proteção. Num sentido oposto, a sociedade “pode, com facilidade, abusar do poder que lhe foi conferido” pelos seus próprios indivíduos. Evidentemente, essa sociedade se cristaliza no Estado, cuja fundamentação teórica se assenta na vontade expressa da maioria dos indivíduos, ou seja, da maioria do povo.

Para Panikkar (2004, p. 215), a ideia de império de uma nação com destino transcendente, “cujo dever é cumprir a missão que lhe foi confiada independentemente da vontade dos membros daquela sociedade, ainda existe hoje em alguns estados teocráticos, mas mesmo a maioria destes tenta amenizar sua vocação messiânica” mediante ratificações de cunho democrático. Esse terceiro pressuposto, por sua vez, possui três outras implicações: a de que “cada indivíduo seja considerado igualmente importante”; a de que “a sociedade seja nada além da soma total dos indivíduos cujas vontades são soberanas”; e a de que “os direitos e liberdades individuais só possam ser limitados quando colidirem com as liberdades e direitos de outros indivíduos”.

Ainda, segundo Panikkar, a primeira implicação ressalta a importância isonômica de cada indivíduo, na mesma medida em que o torna também responsável pelo bem-estar da sociedade como um todo, sendo certo que, dessa forma, “cada um tem o

direito de defender convicções e as disseminar, ou de resistir a imposições à sua liberdade inerente”. A segunda implicação é a de que, sendo a sociedade a soma total de seus indivíduos de vontades soberanas e, portanto, decisivas, nenhuma outra instância é superior à sociedade, “mesmo que houvesse um Deus ou uma realidade sobre-humana, também seriam filtrados através da consciência humana e das instituições humanas”. A terceira implicação, por sua vez, é a do primado da maioria se justifica racionalmente e, nesse contexto:

[...] quando os direitos de um indivíduo forem restringidos por “razões de estado”, isso se justificaria, supostamente pelo fato de que o Estado corporifica a vontade e os interesses da maioria. É interessante notar que a “Declaração Universal” fala de “liberdades” no plural e, o que é ainda mais intrigante, de “liberdades fundamentais”. A individualização não pára (*sic*) no indivíduo, mas divide essa entidade segregada em liberdades ainda mais separadas. (PANIKKAR, 2004, p. 216)¹⁴

A enumeração desses pressupostos e implicações, ressalta Panikkar, se afasta por completo de uma pretensão de afirmar que tais ideias estariam de fato presentes nas mentes daqueles que elaboraram a Declaração Universal de 1948. Afirma que “há evidências sugerindo que não foi possível chegar a uma

14 Panikkar, em nota de rodapé, colaciona o art. 29, 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressaltando que grifou o que ele considera como “palavras problemáticas”: “No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista *exclusivamente* a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as *justas* exigências da *moral*, da *ordem pública* e do *bem-estar* numa sociedade democrática.”

unanimidade com relação às bases dos direitos que estavam sendo declarados”. Porém, nitidamente, a Declaração foi articulada e concebida a partir das “tendências históricas do mundo durante os três últimos séculos e, em sintonia com determinada antropologia filosófica ou humanismo individualista, que contribui para justificá-los” (2004, p. 216).

Entendemos que, apenas pelo simples fato de que não houve unanimidade na elaboração da Declaração, por si só, dissipa a pretensão de sua universalidade. Ora, não havendo consenso entre aqueles que a elaboraram, cujas tendências kantianas e eurocêntricas influenciaram fortemente o texto da Declaração, não parece legítimo aspirar a um caráter universal desses direitos, na medida em que outras culturas não ocidentais foram excluídas dessa construção. Se a pretensão é de universalidade, todas as culturas ou todos os povos existentes sobre este planeta, em 1948, deveriam estar presentes na elaboração desse documento. Alguém perguntou aos ianomâmis se estavam de acordo com o texto da Declaração? Evidentemente, não. A legitimidade de uma “Declaração Universal” se desintegra por completo diante dessa realidade.

Em razão disso, parece importante neste ponto do presente estudo, perquirir acerca de se o conceito de direitos humanos é universal, haja vista que a própria Declaração, como vimos, não se sustenta em sua aspiração à universalidade. Ou seja, entendemos ser necessário saber se o objeto da Declaração (e não ela própria) pode ou não ser universal. Antecipadamente, claro está que pugnamos pelo caráter contingencial (ocidental) desse conceito. Dessa maneira, a seguir, exporemos as razões pelas quais entendemos pela impossibilidade de uma univer-

salidade conceitual desses direitos, bem como defenderemos o respeito e o diálogo-dialógico intercultural como a talvez única maneira de se chegar a um conceito ou concepção planetária de direitos humanos.

Conceito ocidental “universal” de direitos humanos: uma contemporânea torre de babel

Analisando as teorias universais dos direitos humanos, todas elas, de uma forma ou de outra, possuem sua fundamentação inspirada no pensamento kantiano. Porém, há que se entender que, provavelmente, a sustentação de teorias universais de direitos humanos, a depender do contexto que são defendidas, podem sugerir uma certa arrogância, ou seja, um pensamento muito pretensioso.

Em determinados contextos culturais, tais teorias de direitos humanos que se pretendem universais, simplesmente não se sustentam, haja vista que estão comprometidas com essa ou aquela convicção prévia e fundamental que determinadas culturas, especificamente não ocidentais, não compartilham. E, no exato momento em que determinada teoria é questionada, deve ser pago o preço da exclusão que foi veiculada no seu bojo. A exclusão tem um preço. O preço de que, a partir de um questionamento válido, há a necessidade de incorporar a crítica rompendo com o ponto de partida adotado pela teoria excludente. Nesse âmbito, parece que a internacionalização dos direitos humanos, ou seja, a busca de uma teoria dos direitos humanos com vocação planetária que promova a erradicação de todo desrespeito e exclusão de

outras culturas e povos, se torna necessária. Essa é a concepção que defendemos.

Pode-se afirmar que as teorias dos direitos humanos ditas universais, atualmente, são majoritárias. Contudo, a partir da Conferência de Direitos Humanos (Viena, 1993), começa a se notar uma certa preocupação em trazer para o debate dos direitos humanos, não exatamente o ateu ou o muçulmano, mas sim o não ocidental. É nesse contexto que começa a ser percebido, quiçá de forma embrionária, que o discurso dos direitos humanos universais são, em certa medida, similares ao discurso medieval, este comprometido com uma perspectiva teocêntrica, e ao discurso moderno, este comprometido com uma perspectiva antropocêntrica.

Dessa forma, parece que o discurso das teorias universais de direitos humanos é comprometido com pressupostos nitidamente ocidentais, pelo que tais direitos, na realidade, são somente o estandarte de um sub-reptício projeto de ocidentalização do mundo. Nesse espectro, a problemática da ocidentalização do mundo ou das pretensas universalidades dessas filosofias é a produção de ausência, ou seja, produção de silêncio, produção de invisibilidade, dado que tendem a desmoronar, a abalar as bases e a sobrevivência de outras culturas, de outras idiosincrasias.

Nesse cenário, parece imperioso traçar mais uma investida contra essa arrogância ocidental. É nesse sentido que Panikkar (2004, p. 217) apresenta o questionamento: “O conceito de direitos humanos é universal?” Para mais adiante deixar claro que “A resposta é um sonoro *não*”. São três as razões que atestam a não universalidade desse conceito.

A primeira das razões se assenta em que nenhum conceito, enquanto conceito, é universal, dado que cada um é basicamente válido no lugar ou no contexto que foi concebido. Para que essa validade (ou verdade) seja ampliada para fora de seu contexto originário, necessário será justificar racionalmente essa ampliação. Ora, mesmo os conceitos matemáticos “demandam o conhecimento prévio de um campo limitado definido pelos axiomas que postulamos. Mais além, todo conceito tende a ser unívoco”. Segue:

Aceitar a possibilidade de conceitos universais implicaria uma concepção estritamente racionalista da realidade. Mas, mesmo que isso representasse a verdade teórica, não seria o caso concreto, pois a humanidade apresenta, na verdade, uma pluralidade de universos de discurso. Aceitar o fato de que o conceito de direitos humanos não é universal não significa, contudo, que ele não *deva se tornar* universal. Para que um conceito passe a ser válido em termos universais, deve cumprir pelo menos duas condições: por um lado, eliminar todos os outros conceitos contraditórios, o que pode parecer improvável, mas representa uma necessidade lógica e, em termos teóricos, o resultado pode ser positivo; por outro lado, deve ser o ponto universal de referência para qualquer outra problemática relacionada à dignidade humana. (PANIKKAR, 2004, p. 217)

Parece inequívoco que para tornar universal o conceito de direitos humanos, há a necessidade de se aceitar ou, pior, constituir a cultura de onde exsurgiu tal conceito como uma cultura universal. Ou seja, para que o conceito de direitos humanos seja

universal, há de se eleger a cultura ocidental como a mais justa e apta ao desenvolvimento humano, substituindo topologicamente toda e qualquer outra cultura existente sobre o planeta. Nada mais, nada menos, do que transformar o planeta em uma única tribo global, culturalmente colonizada e massificada. Uma colonização global a serviço do capital.

Nessa linha, propondo uma concepção multicultural dos direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos (1997), conseguiu identificar o que denominou por localismo globalizado e globalismo localizado, como dois dos quatro modos de globalização existentes. O localismo globalizado consiste no processo que determinado fenômeno local é globalizado com sucesso como, por exemplo, a atividade mundial das multinacionais, a elevação da língua inglesa à língua franca, a disseminação do *fast food* americano, a adoção mundial de leis protetivas de propriedade intelectual dos EUA – Estados Unidos da América etc. O globalismo localizado, por sua vez, “consiste no impacto específico de práticas e imperativismos transnacionais nas condições locais, as quais são, por essa via, desestruturadas e reestruturadas de modo a responder a esses imperativos transnacionais” (SANTOS, 1997, p. 16). Estão inclusos nesses globalismos localizados os enclaves de comércio livre e zonas francas, desmatamento e destruição de recursos naturais para o pagamento da dívida externa, o “*dumping* ecológico (‘compra’ pelos países do Terceiro Mundo de lixos tóxicos produzidos nos países capitalistas centrais para gerar divisas externas)”, entre outros exemplos de dominação e imperialismo ocidental (SANTOS, 1997, p. 16-17).

Pois bem, para Santos (1997, p. 18), essas duas formas de globalizações são o que ele denomina de “globalização de cima-para-baixo” e “globalização hegemónica” e, nesse contexto, acrescenta:

[...] que, enquanto forem concebidos como direitos humanos universais, os direitos humanos tenderão a operar como localismo globalizado – uma forma de globalização de cima-para-baixo. Serão sempre um instrumento do “choque de civilizações” tal como o concebe Samuel Huntington (1993), ou seja, como arma do Ocidente contra o resto do mundo (“the West against the rest”). (1997, p. 18-19)

Voltando ao sonoro “não” de Panikkar, a segunda razão dessa negativa tem assento em que na amplitude da cultura ocidental, as próprias premissas que situam essa problemática não possuem uma universalidade reconhecida. Aponta três prováveis fontes de divergência: a Teologia, o Marxismo e a História.

A visão teológica, quanto aos direitos humanos, é a de que tais direitos devem ter por base um valor superior, transcendente e não manipulável, sendo Deus seu símbolo tradicional, de quem se originam e são avalizados direitos e deveres humanos, pois, do contrário, tornam-se não mais do que um “dispositivo político na mão dos poderosos”. Desde esse prisma teológico, a Declaração Universal padece de uma esperança (um otimismo) quase que ingênuo relativamente “à bondade e à autonomia da natureza humana” e, para além desse aspecto, “acarreta uma antropologia deficiente, visto que parece considerar a pessoa humana como um mero conjunto de necessidades, materiais e psicológicas,

das quais ela passa a fazer um inventário. No caso de conflito ou dúvida, as decisões são tomadas pelos poderosos, na medida em que “O primado da maioria é apenas um eufemismo para a lei da selva: o poder dos mais fortes” (PANIKKAR, 2004, p. 218).

Desde a perspectiva marxista, os direitos humanos não passam de direitos de classe (*Klassenrechte*). Refletem, pois, os interesses e as necessidades de uma determinada classe. Afirma Panikkar (2004, p. 218-9):

Não há qualquer menção às condições econômicas para a concretização efetiva daquilo que se considera prerrogativas humanas universais. Além disso, há algo abstrato e geral demais na maioria desses direitos; eles não são baseados o suficiente na realidade material e cultural de grupos determinados. Por fim, seu individualismo é evidente, o indivíduo é concebido em situação de confronto com a sociedade (ao invés de estar inserido nela), embora esta seja considerada o resultado de um contrato livremente estabelecido entre indivíduos, e dispõe de direitos que não podem ser violados por eles. A história tem poder transcendente.

Quanto à História como fonte divergente, Panikkar (2004, p. 219) assevera que alguns estudiosos da história recente entendem que os direitos humanos são mais um exemplo de dominação relativamente consciente, dominação essa levada a efeito pelas nações poderosas, com o objetivo de manutenção de seus privilégios e na defesa de seu *status quo*. Os direitos humanos são, na realidade, uma verdadeira “arma política” dos nobres e cidadãos livres, brancos, cristãos, homens etc. “Quando

aplicados apressadamente a ‘seres humanos’, muitas vezes foi necessário definir quais os grupos pertencentes à raça poderiam ser realmente chamados de ‘humanos’”. Ora, nesse contexto, quem poderia falar ou declarar pelo todo? Apenas os vitoriosos declaram e promulgam “direitos”, na medida em que ficam resumidos ao que exatamente esses mais fortes e poderosos consideram um direito em razão de um momento determinado. Na mesma linha, Boaventura de Sousa Santos, afirma algo que para nós parece ser inequívoco: “Frequentemente, o discurso sobre globalização é a história dos vencedores contada pelos próprios. Na verdade, a vitória é aparentemente tão absoluta que os derrotados acabam por desaparecer totalmente de cena”. (1997, p. 14)

Aqui parece que vale uma reflexão. Perceba-se que o logotipo da ONU (Organização das Nações Unidas) é composto por uma imagem cartográfica centrada no Polo Norte, eurocêntrica portanto. Essa projeção afasta do centro as demais regiões do planeta. Porém, perceba-se que abaixo dessa projeção cartográfica centrada no Polo Norte, há uma coroa de folhas de ramos de oliveiras, simbolizando a paz (também: vitória e triunfo), o que parece ser uma representação ou uma verdadeira retórica subliminar (ou sub-reptícia) de conglomeração da totalidade dos seres humanos, culturas e crenças para a manutenção da paz mundial.

A última razão atribuída à negativa de Panikkar quanto ao conceito de direitos humanos ser universal, é baseada em uma perspectiva intercultural, onde, tal problemática parece ser exclusivamente ocidental. Ou seja, é a própria questão que está em jogo, na medida em que grande parte dos pressupostos e implicações por ele enumerados, não faz parte de questionamentos

dados em outras culturas. Na realidade, do prisma não-ocidental, “o próprio problema não é percebido como problema, de tal forma que a questão não é somente saber se estamos ou não de acordo com a resposta”. Ora, se realmente há um problema, este reside no fato de que a questão “é experimentada de uma forma radicalmente diferente”. Portanto, o que está em jogo é a própria problemática e não simplesmente a resposta a esse problema. Panikkar questiona se seria possível ter acesso a outros *topoi*, de forma a termos condições de compreender outras culturas não-ocidentais a partir delas mesmas, isto é, da maneira como elas mesmas se entendem. Afirma que talvez não sejamos capazes de nos desincumbir dessa empreitada, haja vista que não parece possível que consigamos “superar nossas próprias categorias de compreensão”, no entanto, pode não ser absolutamente impossível “mantermos um pé em uma cultura e um pé em outra” (2004, p. 219).

Nesse ponto, parece oportuno examinar se seria possível analisar os direitos humanos como um valor intercultural ou transcultural. “Não existem valores transculturais, pela simples razão de que um valor existe com tal apenas em um dado contexto cultural”. No entanto, parece ser possível uma crítica intercultural que não parta da avaliação de uma cultura sob a perspectiva do conjunto cultural de outro, ou seja, uma crítica que parta de um ensaio de compreensão sobre uma problemática humana específica com os instrumentos de entendimento de diversas culturas englobadas nessa tentativa. “Os riscos de uma visão cultural centrada no Ocidente estão muito patentes hoje em dia” (PANIKKAR, 2004, p. 221).

Parece, portanto, inequívoco que a validade universal pleiteada da Declaração dos Direitos Humanos tem assento na convicção de que grande parte das culturas deste planeta pactua, similarmente às nações ocidentais, com um “processo de transição, de um *Gemeinschaften* mais ou menos mítico (principados feudais, cidades auto-governadas – *sic*, guildas, comunidades locais, instituições tribais...) para uma ‘modernidade’ organizada” racional e contratualmente, como conhecida no modelo ocidental industrializado, “uma suposição questionável”. Não é previsível a evolução (“ou desagregação última”) das tradicionais sociedades que tiveram início em bases materiais e culturais diferentes, “e cuja reação à civilização ocidental moderna poderá assumir formas ainda desconhecidas”. Nesse sentido, a tão poderosa Declaração Universal dos Direitos Humanos, torna evidente sua própria fraqueza, na medida em que, como sustentam algumas sociedades tradicionais, no exato momento que contamos vantagem pelo fato de ser nobre ou amigo de uma família real, “perdemos nossa nobreza e a nossa amizade com a casa reinante” (PANIKKAR, 2004, p. 222). Em outras palavras:

Declarar os Direitos Humanos é um sinal de que a própria fundação na qual eles são construídos já foi enfraquecida. A declaração só faz adiar o colapso. Em palavras mais tradicionais, quando o tabu daquilo que é sacro aparece, o caráter sacro desaparece. Se for necessário ensinar uma mãe a amar o seu filho, é porque há algo de errado com a maternidade. Ou, como já foi reconhecido por alguns teóricos dos Direitos Humanos, a legislação sobre o assunto foi introduzida com

vistas a encontrar uma justificativa para infringir a liberdade de outrem. (2004, p. 222)

Afirma Panikkar que não se trata de voltar a um sonho utópico de um paraíso na Terra, porém, o que se pretende é, na realidade, manifestar uma outra perspectiva, “uma opinião diferenciada”. “Podem se promulgar leis, mas não se declara o caso, a menos que deixe de ser evidente; não se proclama uma ‘obrigação’, caso não haja qualquer transgressão” (2004, p. 223). Reflete que

Podemos agora reconsiderar brevemente os três pressupostos acima. Eles podem responder à situação, à medida que expressam uma questão humana de valor autêntico a partir de um determinado contexto, mas o próprio contexto pode estar suscetível a uma crítica legítima da perspectiva de outras culturas. Fazê-lo de forma sistematizada iria exigir que escolhêssemos uma cultura após a outra e examinássemos os pressupostos da Declaração à luz de cada uma delas. Limitar-nos-emos aqui a reflexões isoladas, sob o guarda-chuva amplo de um pensamento pré-moderno, não ocidental. (2004, p. 223)

Neste ponto, afirma o autor que, “existe, com certeza, uma *natureza humana universal*”, porém, essa mesma natureza não necessita ser separada ou mesmo diferenciada da natureza da totalidade dos seres vivos e da realidade ampliada, ou seja, a realidade “como um todo”. Dessa perspectiva, direitos exclusivamente humanos nada mais seriam que uma afronta aos “Direitos Cósmicos”, transformando-se tal visão em antropocentrismo

autoprejudicial, ou seja, “um novo tipo de *apartheid*”. Ora, se há leis da natureza, por que não se falar em direitos da natureza?

Aqui, ousamos divergir. Parece ser precipitado e perigoso afirmar que a essência humana é universal. Afinal, quer seja de uma perspectiva criacionista ou de uma perspectiva darwiniana, na verdade, não sabemos a verdade. Nunca tivemos acesso a ela e, talvez, nunca tenhamos, mesmo com a morte. Parece legítimo asseverar que, de fato, somos todos seres racionais. Porém, afirmar que essa racionalidade nos foi dada por um sopro divino ou, mesmo, pelo cometimento de um pecado original ou, ainda, afirmar que a racionalidade nos foi dada pela seleção natural ao longo de um extenso lapso temporal evolutivo, parece-nos, no mínimo, pretensões téticas cujos pressupostos não podem ser demonstrados. Na realidade, não sabemos a origem da humanidade, nem mesmo sabemos se todos nós temos como nascedouro um único fato histórico.

Na sequência, Panikkar afirma que, “em segundo lugar, a interpretação desta ‘natureza humana universal’, ou seja, a compreensão do homem acerca de si mesmo, integra da mesma forma a natureza humana”. Em razão disso, eleger uma interpretação dessa natureza humana poderia até ser válido, porém, isso não possuiria o condão de ser universal e não se poderia pretender aplicá-la à “natureza humana como um todo” (2004, p. 223).

Em terceiro lugar, proclamar o conceito positivo de direitos humanos pode acabar se revelando um cavalo-de-tróia, introduzido de forma sub-reptícia em outras civilizações, que, então, estarão obrigadas a aceitar formas de vida, pensamento

e sentimento para as quais os Direitos Humanos são a solução adequada em casos de conflito. É um pouco como a forma com que a tecnologia costuma ser introduzida em muitas partes do mundo: é importada para resolver problemas que ela mesma criou. (PANIKKAR, 2004, p. 223-4)

Questionamos: há algo mais precioso ou valioso do que a dignidade humana? “Nada pode ser mais importante do que enfatizar e defender a *dignidade da pessoa humana*” (PANIKKAR, 2004, p. 224). No entanto, há necessidade de uma diferenciação entre indivíduo e pessoa, na medida em que, apesar de ser uma abstração, a pessoa de cada um se encontra em um conjunto de “seus”. É por isso que dizemos “meus filhos”, “meus pais”, “meus ancestrais”, “meus sucessores” etc. Nesse contexto, prejudicar a si mesmo pode significar prejudicar ao “clã como um todo”. Em um caso de aborto, por exemplo, qual é o direito que estaria em jogo? O direito da mãe ou do filho ou, ainda, do pai ou dos parentes? O indivíduo deve ser concebido como “um nó isolado”, enquanto a pessoa é “o tecido como um todo em torno desse nó, urdido a partir da totalidade do real. Os limites de uma pessoa não estão dados, dependem como um todo de sua personalidade. Sem os nós, a rede com certeza se desintegraria, mas, sem ela”, esses mesmos nós sequer existiriam (PANIKKAR, 2004, p. 224).

É necessário perceber que temos, cada um, o seu próprio caráter e sua maneira de estar presente na vida. Cada um de nós tem uma forma de ver o mundo e de percepção da realidade. Contudo, desde uma ótica intercultural, “cada língua têm (*sic*) que demonstrar a flexibilidade necessária para incorporar outras experiências humanas. Sei que no inglês contemporâneo,

‘indivíduo’ é sinônimo de ‘pessoa’, mas isso não deverá impedir que eu utilize” esses dois vocábulos no sentido proposto, haja vista que admitida a distinção entre essas duas palavras, na realidade, estas ganhariam muito mais conteúdo (PANIKKAR, 2004, p. 225).

Por fim, na reconsideração dos três pressupostos apresentados, o autor ressalta que a *democracia* representa um grande valor, infinitamente superior e melhor do que a ditadura, ou seja, qualquer uma delas. Porém, ressalta que impor aos povos que escolham entre democracia e ditadura, importa, na verdade, em tirania. A democracia não pode ser imposta, pois se assim for, perderia sua natureza de democracia. Em nota de rodapé, Panikkar traz um exemplo recente que faz refletir:

Um missionário católico, depois de um ano vivendo com uma tribo asiática, e de compartilhar com o povo suas respectivas crenças, conclui que chegou a hora para algumas conversões formais, pois eles já são praticamente cristãos. Ele conversa com os entusiastas do cristianismo: “Vocês gostariam de se tornar oficial e publicamente cristãos? Vocês já estão convencidos...” etc. Resposta: “Não, pois há outras pessoas na tribo que não estão prontas”. “Mas é *direito* de vocês!” disse o missionário. “Vocês têm o direito de decidir por conta própria, mais ainda levando-se em conta que não prejudicam nem desprezam os outros”. A resposta é mordaz: “Só podemos dar esse passo se a tribo como um todo o fizer”. (2004, p. 226)

Nitidamente, esse exemplo emblemático traduz que existem culturas, cujos sulcos exaltam o grupo e se afastam de qualquer retórica individualista. Por isso mesmo, alguns países

africanos e asiáticos são subscritores de uma política de não-alinhamento com as superpotências, pois não admitem uma perspectiva de mundo com base nessas premissas. Em resumo, diz Panikkar, uma crítica intercultural não necessariamente invalida ou deslegitima a Declaração de Direitos Humanos, “mas oferece novas perspectivas para uma postura crítica interna e estabelece os limites da validade dos direitos humanos” e nesse ponto, oferece “a um só tempo, ambas as possibilidades para ampliar seus domínios, se o contexto mudar, e de uma fecundação mútua com outros conceitos de homem e de realidade” (2004, p. 226).

Esse é um dos pontos nevrálgicos, a nosso sentir, da insustentabilidade das teorias universais de direitos humanos. Mesmo que admitida uma natureza humana universal, apesar da falta de conhecimento humano para tal afirmação como acima dissemos, mesmo que se admita a dignidade da pessoa humana como valor central e mesmo que se admita que a democracia é infinitamente melhor que qualquer ditadura, esse conjunto de valores e pressupostos são eminentemente contextuais da cultura ocidental. E, justamente, em razão dessa contextualidade limitada, tais valores e pressupostos não podem ser impostos a outras contextualidades culturais, diversas em suas cosmovisões, diversas em suas visões de indivíduo e de grupo.

Como assevera Jailton Macena de Araújo (2016, p. 165), na realidade, uma compreensão universal dos direitos humanos não seria apta ou adequada para proteger e garantir a “dignidade de realidades sociais tão díspares como os desejos econômicos ocidentais dos países desenvolvidos, os anseios sociais dos países em desenvolvimento da América, as necessidades básicas e a cultura local africana”, nem as crenças religiosas da cultura

muçulmana e as culturas asiáticas milenares. Continua: “Quando se perquire a ideia multicultural dos direitos humanos, vários elementos sociais têm que ser levados em consideração de modo a promover a necessária proteção aos mais diversificados grupos sociais e culturais”. (2016, p. 165)

Nessa mesma perspectiva, ao responder se “O símbolo dos direitos humanos deve ser universal?”, Panikkar, assumindo que fala de um símbolo e não de um conceito, afirma que os direitos humanos são polissêmicos e polivalentes por natureza e, nesse espectro, portanto, a resposta é sim e não simultaneamente. Para compreender a resposta afirmativa, deve-se considerar que no momento que uma cultura descobre valores como máximos, estes passam a ter um certo peso universal. “Um simples valor privado não pode ser chamado de valor *humano*, ele é um valor humano, mas não necessariamente um valor para qualquer humano, como os Direitos Humanos afirmam ser” (2004, p. 226-7). Prossegue:

Na verdade, os Direitos Humanos surgem como um elemento corretivo dos antigos direitos excludentes de brancos, fiéis, ricos, brâmanes e outros, sem querer, com isso, tocar em privilégios legítimos, no sentido tradicional da palavra. A Declaração de Direitos Humanos deve ser considerada, pelo menos em suas intenções, como uma declaração de validade universal. Dizer que os Direitos Humanos não são universais equivaleria a dizer que eles não são humanos; eles deixariam de ser Direitos *Humanos*. A novidade da Declaração reside precisamente aqui, na afirmação de que todo ser humano, pelo simples fato de o ser, tem direitos inalienáveis que todos devem respeitar. (PANIKKAR, 2004, p. 227)

Nessa concepção, cada um de nós, seres humanos, pelo simples fato de ter nascido, ostenta uma individualidade dotada de dignidade suficiente capaz de torná-lo igual a qualquer outro ser humano, independentemente de sua condição social, moral, intelectual ou religiosa. Esse seria o escopo da resposta afirmativa: o nascimento do ser humano é o símbolo universal no qual os direitos humanos possuem sua base sólida. No entanto, paradoxalmente, a fundamentação cristã dessa crença “foi a causa de parte de sua degradação, isto é, o fato de ter se tornado uma ideologia, uma doutrina para servir aos interesses de um determinado grupo”. Nesse contexto histórico absolutamente cruel, afirmava-se que os não-batizados, negros, escravos, mulheres, não tinham os mesmos direitos sob a justificativa de que “não eram seres humanos integrais” (PANIKKAR, 2004, p. 228).

Pelo outro lado, uma resposta negativa a um símbolo universal de direitos humanos, repousa na ideia de que “cada cultura expressa sua experiência da realidade e do *humanum* por meio de conceitos e símbolos adequados àquela tradição e, como tais, não universais, e, muito provavelmente, não universalizáveis”. Sendo essa relação entre a verdade e sua representação em conceitos e símbolos um dos problemas filosóficos mais profundos, “necessário o *caminho do meio* entre o relativismo agnóstico e o absolutismo dogmático. Isso é o que se pode chamar de *relatividade*” (PANIKKAR, 2004, p. 228). Ao afirmar que o caso é um típico exemplo de *pars pro toto*, o autor diz que “visto de dentro, ele aparece como um todo”, porém,

[...] visto de fora, parece uma parte, um fragmento. Da mesma forma, os Direitos Humanos são

universais da perspectiva da cultura ocidental moderna, e não universais para quem os vê de fora. Se tomarmos a *pars pro toto* a partir de dentro, seremos capazes de tomar o *totum in parte*, de fora? Uma cultura diferente poderá ver nos Direitos Humanos uma linguagem universal? Ou deveríamos dizer que é apenas uma forma de ver as coisas, uma maneira de falar? A resposta que afirma descobrir o *totum in parte* tem seu apelo, mas não é convincente. Essa é a tentação do intelectual, que acha que qualquer afirmação tem a tendência inerente a ser universalmente válida. No entanto, tenderíamos assim a nos tornar juizes autoproclamados de toda a humanidade. A filosofia, sendo uma reflexão situada, nos torna cientes de que ninguém tem acesso direto ao universo total da experiência humana. (2004, p. 228-9)

A realidade somente pode ser conhecida de forma indireta e sob uma ótica sempre limitada ao contexto em que estamos inseridos. Ainda que fosse possível conhecer “todas as opiniões humanas existentes, a nossa seria mais uma delas. Não podemos ver o *totum*, a não ser no âmbito e através de nossa própria janela”. É necessário perceber que o todo é mais do que o somatório de todas as partes e, para além disso, que o todo “não é independente da *parte* por meio da qual ele é visto”. O todo somente pode ser visto desde o contexto e através da respectiva parte, “e não há posição a partir da qual se possa desenvolver a integração de todas as partes. A coexistência só é possível a partir de uma base comum, um *co-esse* reconhecido pelas diferentes partes envolvidas” (PANIKKAR, 2004, p. 229).

Eis o centro da questão, segundo Panikkar. É que nos esquecemos do fato de que tudo que vemos é *pars* que, por sua

vez, a tomamos como *pro toto*. Imagine-se um cristão afirmar que Cristo não é o salvador universal. Ora, segundo o costume, ele deixaria de ser cristão por essa afirmativa. Em contrapartida, um não-cristão não poderia (ou mesmo, não deveria) concordar com isso. Pois bem. As perspectivas do cristão e do não-cristão somente tenderiam à mudança ou à evolução no âmbito de um diálogo recíproco, na medida em que Cristo, para aquele é o símbolo da totalidade e para este, apenas, o símbolo dos cristãos. Muitos exemplos do passado revelam a necessidade de estarmos atentos a isso. Diversos exemplos, “especialmente com relação ao Ocidente, são intensos demais para que não estejamos cientes do perigo de repetirmos o que já foi feito em nome de Deus, do império único, da religião única, e o que nos dias de hoje é feito sob a égide da ciência e da tecnologia únicas”. Há necessidade de uma nova hermenêutica, afirma Panikkar. Uma “hermenêutica diatópica que só pode ser desenvolvida em um diálogo dialógico. Ela nos mostraria que não podemos tomar a *pars pro toto*, nem crer que vemos o *totum in parte*” (2004, p. 229).

A essa resposta negativa é que nos alinhamos. Como já deduzido na introdução deste estudo, não é plausível, muito menos razoável, pretender a incorporação de outras culturas pela cultura ocidental. Da mesma maneira, também não se pode pretender a fusão de múltiplas culturas em uma única cultura dos direitos humanos, cujo escopo é ditar ou impor uma suposta natureza humana universal. É melhor e mais razoável aceitar o fato de que, mesmo sendo a origem humana derivada de um único fato histórico (o que já pusemos em dúvida), em algum momento houve uma cisão natural de múltiplos grupos, sendo certo que estes desenvolveram, cada um em seus espaços geográficos, uma

multiplicidade de culturas com visões de mundo completamente diferentes. Certo também é que algumas dessas culturas já desapareceram e outras perduram até hoje. Outras culturas sofreram inúmeras mudanças ao longo do tempo, contudo, se mantêm vivas na atualidade. Por fim, outras culturas poderão ainda surgir sobre a esfera terrestre ou mesmo, em um futuro não tão longínquo, em outro planeta apto à manutenção da vida humana, como “novo” ponto de partida da humanidade.

Da Torre de Babel para a Torre de Babel. Esse mito bíblico¹⁵, segundo o qual, após o Grande Dilúvio, a humanidade, que era una e falava a mesma língua, resolve construir uma cidade e uma torre, cuja altura seria capaz de alcançar o céu, pelo que Deus, vendo o que audaciosa e petulantemente os seres humanos intentavam fazer, desceu e confundiu a língua de todos, espalhando-os por toda a face da Terra, é bastante ilustrativo do que queremos dizer com isso. As teorias universais

15 Gênesis 11:1-9. “1 - E era toda a terra de uma mesma língua e de uma mesma fala. 2 - E aconteceu que, partindo eles do oriente, acharam um vale na terra de Sinar; e habitaram ali. 3 - E disseram uns aos outros: Eia, façamos tijolos e queimemo-los bem. E foi-lhes o tijolo por pedra, e o betume por cal. 4 - E disseram: Eia, edifiquemos nós uma cidade e uma torre cujo cume toque nos céus, e façamos-nos um nome, para que não sejamos espalhados sobre a face de toda a terra. 5 - Então desceu o Senhor para ver a cidade e a torre que os filhos dos homens edificavam; 6 - E o Senhor disse: Eis que o povo é um, e todos têm uma mesma língua; e isto é o que começam a fazer; e agora, não haverá restrição para tudo o que eles intentarem fazer. 7 - Eia, desçamos e confundamos ali a sua língua, para que não entenda um a língua do outro. 8 - Assim o Senhor os espalhou dali sobre a face de toda a terra; e cessaram de edificar a cidade. 9 - Por isso se chamou o seu nome Babel, porquanto ali confundiu o Senhor a língua de toda a terra, e dali os espalhou o Senhor sobre a face de toda a terra.” BÍBLIA, A. T. Gênesis. In BÍBLIA. Gênesis 11:1-9 - ACF - Almeida Corrigida Fiel - Bíblia Online. Disponível em: <<https://www.bibliaonline.com.br/acf/gn/11/1-9>> Acesso em: 09 nov. 2020.

de direitos humanos, eminentemente eurocêntricas, téticas, massificadoras e colonialistas, pretendem tomar a cultura ocidental pela multiplicidade cultural global, no afã de impor a todos os povos e culturas a audaz construção de uma monumental torre que alcance o céu da verdade universal, da verdade incontestável, como única vertente possível, como único sulco cultural válido e categórico da humanidade.

Não ao universalismo e ao relativismo: Kant como porta de saída rumo a uma teoria multiversal dos direitos humanos

Com base nas discussões ocorridas durante a Convenção de Viena, Jailton Macena de Araújo (2016, p. 163) afirma que não foi obtida unanimidade quanto à aprovação da Declaração e do Programa de Ação de Viena, em razão das duas correntes opostas lá constatadas. Por um lado, a corrente universal dos direitos humanos defendida pelos países desenvolvidos, tais como EUA, Japão e União Europeia. Pelo outro lado, a corrente relativista defendida pelos países em desenvolvimento, tais como China, países africanos e árabes. Esta corrente, por sua vez, pregava que a ideia de direitos civis e políticos se traduzia em uma ideologia ocidental e que, por isso mesmo, deviam ser relativizados em razão do grau de desenvolvimento e tradição cultural de cada povo.

Para o autor acima mencionado, o entrave de tais correntes, portanto, repousa em uma mútua acusação: os universalistas que acusam os relativistas de se escorarem ora na tradição cultural, ora na falta de desenvolvimento tecnológico, o que

naturalmente legitimaria a “permanência de governos ditatoriais como mecanismos de impossibilitar uma abertura maior aos direitos humanos em sua expressão mais ampla e protetiva”; já os relativistas acusam os universalistas de pretenderem impor a cultura ocidental como meio ou engrenagem de tornar seus valores hegemônicos e ainda, de “acobertar políticas de intervenção em outros países” (ARAÚJO, 2016, p. 163). Prossegue:

É evidente que ambas as correntes têm suas razões; entretanto, deve-se caminhar para uma proposta razoável de construção da convivência pacífica e que tenha o ser humano, e não quaisquer tipos de interesses implícitos, como centro da proteção dos direitos. (2016, p. 163)

Parece inafastável a necessidade de superação dessas duas correntes, sendo praticamente compulsória a mudança de paradigma. Por um lado, o universalismo atropela de morte toda e qualquer cultura que não se encaixe em seus moldes ocidentais de modo de vida, arvorando-se em uma cultura completa, justa, universal e, portanto, hegemônica. Trata-se de uma imposição do modo de viver do humano ocidental branco, de olhos claros, que come *fast food* e toma Coca-Cola. Pelo outro lado, os relativistas tentam se respaldar em um patamar de subdesenvolvimento de determinados povos para, não raro, subjugar esses mesmos humanos à violência de regimes ditatoriais, com nítido objetivo de perpetuação no poder. No entanto, os defensores de tais correntes não percebem (ou melhor: não querem perceber) que suas proposições não se sustentam dada a incompletude de todas as culturas.

Exatamente diante desse prisma, à luz do que leciona Boaventura de Sousa Santos (1997, p. 22), todas as culturas são incompletas e, sobretudo, problemáticas no âmbito de suas próprias compreensões do que seja a dignidade da pessoa humana. Evidentemente, essa incompletude deriva da multiplicidade de culturas no planeta, de modo que se alguma cultura fosse absolutamente completa, haveria de existir apenas uma cultura. “Aumentar a consciência de incompletude cultural até ao seu máximo possível é uma das tarefas mais cruciais para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos”. Dessa maneira, um diálogo intercultural sobre a dignidade humana, pode de alguma forma conduzir a uma concepção que se afaste dos falsos universalismos para se organizar como “uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em rede de referências normativas capacitantes” (SANTOS, 1997, p. 22). Em outras palavras, a nosso sentir, trata-se de encarar os direitos humanos como direitos humanos cosmopolitas abertos a uma multiplicidade de concepções sobre o que seja a dignidade do ser humano.

Talvez, para que isso seja possível, a porta de saída rumo a uma teoria multiversal de direitos humanos, ou seja, uma teoria que se afaste do universalismo e do relativismo, com vocação absolutamente abrangente fundamentada no diálogo e no respeito, possa ser o próprio pensamento de Immanuel Kant (1724-1804) que, por sua vez, foi (quicá equivocadamente) utilizado como a porta de entrada para a concepção universal desses direitos. Inequivocamente, é de se ressaltar que o surgimento das concepções relativistas se deve à existência das teorias universais. Caso estas não existissem, aquelas não teriam sido

sequer ventiladas. Há, nitidamente, uma relação de causa e efeito entre essas correntes. Uma pretensamente hegemônica; a outra pretensamente contra-hegemônica. No entanto, nenhuma delas é capaz de abranger todos os modos de vida no planeta sem qualquer espécie de exclusão.

Para Kant¹⁶, todo ser racional é um *fim* em si mesmo. Há, no pensamento kantiano, um princípio moral universal categórico e, nesse sentido, se o ser humano é livre, é um ser que detêm uma dignidade que é o ponto nevrálgico de todas as teorias dos direitos humanos. Analisando os “considerandos” da Declaração Universal dos Direitos Humanos, é possível extrair que o ser humano é detentor de dignidade, esta correlata com a liberdade e a igualdade que a refletem.

Nesse espectro, não resta a menor dúvida de que Kant é um dos filósofos mais significativos para a compreensão dos direitos humanos, cuja força de pensamento serve como verdadeiro norte nesse campo. O tributo a lhe ser pago é o *logos* que seu pensamento deu aos direitos humanos, principalmente, após a Segunda Grande Guerra Mundial, cujo movimento filosófico

16 É necessário ressaltar que o argumento a partir daqui resumidamente sugerido, foi por nós deduzido de forma completa em artigo científico publicado na Revista Lex Humana da Universidade Católica de Petrópolis. Nesse texto, no tópico “Direitos humanos dos trabalhadores: levando Kant ao extremo”, expusemos, a partir do pensamento kantiano e seus imperativos categóricos, a necessidade de que o capitalismo (em sua vertente neoliberal) se revise quanto à crescente precarização do trabalho em nível global, sob pena de desaparecimento da sociedade contemporânea como a conhecemos. Conferir: CANDIDO, Gerardo Gallo. PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO: A NOVA CEPA DA LÓGICA CAPITALISTA AUTOFÁGICA. Lex Humana, v. 13, n. 1, p. 49-73, mai. 2021. ISSN 2175-0947. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/2062>.

que se denominou como “retorno à Kant”, ficou caracterizado como um grande esforço humanista.

A partir desse contexto, é possível afirmar que todas as teorias universais dos direitos humanos (talvez, com exceção das teorias jusnaturalistas com inspiração em Hugo Grotius) de uma maneira ou de outra, possuem inspiração kantiana. No entanto, necessário entender que, dependendo do contexto cultural em que esse discurso é proferido, pode ser que cause estranheza, ou pior, que soe um discurso arrogante e pretensioso, haja vista seu comprometimento com convicções nem sempre compartilhadas por outras culturas ou povos. Assim, é possível afirmar que uma teoria dos direitos humanos com vocação planetária que erradique o desrespeito e exclusão de outras culturas, tende a ser compulsória, como já afirmamos acima.

Não é o pensamento kantiano, a nosso sentir, responsável por essa exclusão. O problema surge do projeto de colonização ocidental do mundo, a partir de teorias dos direitos humanos que se pretendem universais que, por sua vez, se utilizam da filosofia kantiana como justificativa. É sabido que Kant traça duas excelentes fórmulas do imperativo categórico. A primeira é: *“Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio”* (KANT, 2007, p. 69). De outra forma, trata a tua pessoa e a pessoa do teu próximo como um fim em si mesmo, jamais como um simples meio. A segunda: *“O imperativo categórico é portanto só um único, que é este: Age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal.”* (KANT, 2007, p. 59). Ou seja,

deve-se agir segundo uma máxima que se possa querer como lei universal.

Ora, se pretendemos teorizar os direitos humanos, de forma que sejam, no mínimo, planetariamente válidos, deve-se partir da premissa de que o outro, isto é, o próximo (não nos referimos ao próximo que está alocado na contingência ocidental) deve receber um tratamento como um fim em si mesmo, jamais como meio. Em outras palavras, outras culturas, povos, crenças, tradições atuais, passadas e as que estão por vir, devem ser tratadas como um fim em si mesmo. E, nessa linha de raciocínio, se há uma máxima tal que possamos querer como lei universal, esta deve ser a máxima do respeito e da inclusão da multiversalidade planetária em uma só teoria dos direitos humanos. Ou seja, uma única teoria absolutamente abrangente que englobe os múltiplos princípios supremos da moralidade de cada povo, de cada cultura que, não necessariamente, são idênticos.

Admitir a existência da necessidade de se repensar os direitos humanos em uma perspectiva multiversal, parece ser um caminho essencial para se chegar a uma coexistência pacífica entre a multiplicidade de culturas existentes, nos mais variados espaços geográficos e geopolíticos deste planeta. Talvez, o primeiro passo a ser dado nessa trajetória seja o reconhecimento de que, nós ocidentais, devemos nos afastar da prepotente e ilusória pretensão de sermos mais humanos do que outros humanos, em razão de uma suposta primitividade de suas crenças e tradições. Esses povos e culturas são um fim em si mesmos e, portanto, gozam de uma dignidade inalienável.

Entenda-se. Quando falamos em uma dignidade inalienável, não nos referimos à uma dignidade desde suas próprias perspectivas culturais, haja vista que em cada cultura poderemos encontrar (ou mesmo, não encontrar) acepções distintas do que seja a dignidade de um indivíduo. Defendemos, isso sim, vermos o outro, no mínimo, segundo nossa acepção de dignidade, como valor absoluto, o que, incontestavelmente, nos conduziria ao respeito por essas outras culturas evidentemente excluídas da Declaração “Universal” de Direitos Humanos, fazendo valer, assim, as máximas kantianas aqui resumidamente deduzidas. Principalmente, a máxima de se tratar a minha pessoa (ou minha cultura ocidental) e a pessoa do próximo (ou outras culturas não ocidentais) como um fim em si mesmo, nunca como meio, o que dirá então, como meio de dominação e massificação da cultura ocidental.

CONCLUSÃO

Pode parecer ao nosso leitor que estamos sugerindo um neologismo sem qualquer fundamento para dar uma nova roupagem ao que seja uma teoria multicultural dos direitos humanos. No entanto, entendemos de forma diferente. A palavra multiversal fornece a ideia exata de uma multiplicidade de “sulcos” arados sobre o planeta ao longo dos milênios que, evidentemente, se projeta para o futuro sob condição heterogênea inafastável da humanidade, dada a incompletude de toda e qualquer cultura.

Contudo, não importa, na verdade, qual seja a nomenclatura a ser utilizada. Pode-se falar, como defendemos, em uma

teoria multiversal dos direitos humanos. Pode-se batizá-la como teoria pós-colonialista dos direitos humanos ou coisa que o valha. Não importa. Importa sim, a nosso sentir, buscar o caminho para uma teoria absolutamente abrangente, apta e hábil o suficiente para abrigar todos os seres humanos pertencentes a uma sociedade global significativamente heterogênea em suas culturas e cosmovisões, não somente no tempo “presente”, como também em suas respectivas projeções temporais para o passado e para o futuro. Isto é, uma teoria multiversal que se paute em um diálogo dialógico intercultural, na aceitação e no respeito intercultural e, por fim, na solidariedade intercultural (esta, posta como norma; jamais como “compaixão”).

A multipolaridade ou a multiversalidade sugere que cada cultura seja tratada de forma autônoma no campo cultural planetário. Cada cultura deve ser paralelamente tratada nesse amplo arado sobre o planeta Terra. Trata-se de um tratamento no qual se verifique um quadro de sulcos culturais paralelamente exatos e rigorosamente perfeitos. Caso contrário, em algum momento de uma visão em perspectiva desse campo arado, um sulco cultural poderá se sobrepor ao outro. Essa sobreposição cultural é o que atualmente ocorre, infelizmente. Subordinada à autofagia capitalista, a cultura ocidental fundamentada em seus valores nitidamente contingenciais se sobrepôs às demais culturas no bojo de um projeto de colonização do globo terrestre.

A humanidade necessita de uma teoria (qualquer que seja a sua nomenclatura) que amplie o horizonte dos direitos humanos para uma justa globalização, inclusive, com relação aos desdobramentos socioeconômicos de culturas excluídas pelas teorias universais. Enfim, uma teoria dos direitos humanos que

contemple absolutamente todos os seres humanos, não somente no espaço, como também no tempo.

De nossa parte, portanto, estamos propondo, a partir deste breve estudo, a construção de uma via que tenha como marco teórico o próprio pensamento kantiano a ser utilizado como porta de saída (ou como mecanismo de implosão) da Torre de Babel dos direitos humanos. Em outras palavras, sugerimos a demolição dessa torre, construção esta que foi imposta pela cultura ocidental, com o nítido propósito de hastear desde seu centro, a bandeira da verdade incontestável e universal que, infelizmente, traz a reboque um projeto colonialista sub-reptício de subserviência ao capital.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Jailton Macena de. Direitos humanos e solidariedade: entre o universalismo e o relativismo, por uma teoria dialógica dos direitos humanos. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 53. n. 212, p. 155-179, out./dez. 2016.

BÍBLIA, A. T. Gênesis. *In*: BÍBLIA. **Bíblia Sagrada – Harpa Cristã**: revista e corrigida no Brasil. Trad. João Ferreira de Almeida. 4. ed. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2013.

CASTILHO, Ricardo. **Filosofia geral e jurídica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FRANCE. *The International Bureau of Weights and Measures (BIPM), The BIPM and the Metre Convention, The International System of Units, 9th edition*, v1. 08, 2019. Disponível em: <<https://www.bipm.org/utils/common/pdf/si-brochure/SI-Brochure-9-EN.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2020.

FREITAS, Marco Antonio B. **Projeto final de curso medindo a velocidade do som com o microfone do pc**. Orientador: Carlos

Eduardo Aguiar, 2005. Disponível em: <<https://www.if.ufrj.br/~carlos/trablicen/marco/monografiaMarco.pdf>> Acesso em: 07 nov. 2020.

GUÉRIOS, Rosário Farâni Mansur. **Dicionário de etimologias da língua portuguesa**. Curitiba: Editora da Universidade Federal do Paraná, 1979.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

MARSILLAC, Narbal de. Direitos humanos e retórica pós-moderna: entre o universalismo e a interculturalidade. In: MARSILLAC, Narbal de. **Retórica e Direitos Humanos**. Curitiba: Appris, 2020. Cap. 9. p. 115-132.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. São Paulo: Editora Melhoramentos, 2015. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro>> Acesso em: 28 nov. 2020.

MORALES, E. A. **Enciclopédia etimológica acadêmica**. Guatemala: Editora Setegu, 2010.

PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito ocidental? In: BALDI, Cesar. **Direitos Humanos na Sociedade Cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

REZENDE, Antônio Martinez de. **Dicionário do latim essencial**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, [s. /], n. 48, p. 11-32, jun. 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF. Acesso em: 01 fev. 2022.

SILVA, Rui Miguel Moreira da. **Experiências históricas para a determinação da velocidade da luz**. 2002. 158 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em "Física Para O Ensino", Faculdade de Ciências da Universidade do Porto (FCUP), Porto, 2002. Disponível em: https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/9581/2/4786_TM_01_C.pdf. Acesso em: 15 abr. 2021.

A JURISDIÇÃO COMO ELEMENTO DEMOCRÁTICO DE PROMOÇÃO DOS ESCOPOS CONSTITUCIONAIS:

BREVE ENSAIO ACERCA DA LEGITIMIDADE
DA TUTELA JUDICIAL COMO DECORRÊNCIA
DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO

» *Daniel Guedes de Araújo*

» *Jailton Macena de Araújo*

A esfera da liberdade privada tem sido objeto de limitações ao longo do processo de amadurecimento da teoria estatal, ora reconhecendo a atuação do ente político como esfera invasiva decorrente da necessidade de estabelecer a ordem, ora reconhecendo na esfera de atuação do Estado a necessidade de observar a dignidade da pessoa humana, impondo restrições que mantenham um *status* mínimo de proteção à vida humana, portanto.

Embora se reconheça a construção destes limites a partir de um norte representativo de atuação do Estado, em inúmeras ocasiões estas limitações são extrapoladas ensejando uma reparação. Quando as violações ocorrem, quer oriundas da esfera particular ou estatal, cabe ao Estado solucionar os conflitos e promover a reparação através da tutela judicial, determinando a reparação pelo causador do dano ou promovendo através outros meios a pacificação social necessária.

É nesse sentido que se pretende discutir o papel da jurisdição como elemento democrático de promoção dos escopos constitucionais, a partir do seguinte questionamento: é possível defender a legitimidade da tutela judicial como decorrência do exercício do direito de ação, que deve, pois, promover cidadania nos termos propostos no texto Constitucional?

Reconhece-se a importância dos direitos e garantias ligados à atuação jurisdicional do Estado, enfrentando os aspectos formais que legitima a estrutura democrática do poder judiciário brasileiro e que respalda a atuação do Estado-Juiz. Para tanto, parte-se de uma abordagem hipotético-dedutiva que reconhece a importância das garantias e instrumentos constitucionais que definem e orientam a atuação judicial como parte do processo democrático, que se assenta e se aperfeiçoa, a partir do devido processo legal, como instrumento de promoção da cidadania.

Desta maneira, a partir do argumento hermenêutico o texto é desenvolvido em seções as quais pretendem (1) avaliar a correlação dos direitos e garantias ligados a atuação judicial do Estado com (2) a legitimidade e estruturação democrática do Poder Judiciário brasileiro, na sua atuação pelos agentes públicos que detém o poder de dizer o direito sob uma perspectiva democrática do processo e da jurisdição e sob os fundamentos constitucionais da democracia judiciária brasileira. Alfim, reconhece-se que é através do devido processo legal que se confere, na efetividade da tutela judicial, como decorrência do exercício do direito de ação, os instrumentos de legitimidade da atuação estatal na esfera da jurisdição capazes de promover o exercício cidadão e democrático.

DOS DIREITOS E GARANTIAS LIGADOS À ATUAÇÃO JUDICIAL DO ESTADO

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabelece como poderes harmônicos e independentes entre si, o Legislativo, Executivo e o Judiciário (art. 2º, CF/1988), os quais orientam e definem a estrutura institucional e a condução da vida social.

O texto constitucional estabelece ainda, como princípios regulares das relações internacionais entre os Estados e o Brasil a prevalência dos direitos humanos, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos. Embora mencionados princípios estejam numa perspectiva particular da atuação internacional, não deixam de ser uma orientação imperiosa para a compreensão da atuação estatal na esfera interna.

Neste sentido, acosta-se a compreensão de Canotilho (CANOTILHO, 2000, p. 217-225) para quem aqueles princípios nucleares à ordem jurídica dos Estados se colocam como assertiva axiológica que emana um dever conformador, o que nas suas palavras se impõem como princípios políticos constitucionalmente conformadores.

A expressão “princípio político constitucionalmente conformador” é assentada na percepção de que há certa nebulosidade no sentido da expressão principiológica normativa e vinculante da atuação estatal, entretanto, não impede que sua natureza imperativa se coloque em face de todas as searas da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional. Admite-se, assim que a elevação constitucional dos princípios da prevalência dos direitos humanos, da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos à categoria de princípios políticos constitucionais conformadores

tencionam a construção de uma ordem jurídica voltada para a promoção dos direitos humanos, no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e na promoção da paz, a partir da solução pacífica dos conflitos, também na esfera interna do Estado brasileiro (não apenas, portanto, nas relações internacionais).

É evidente que referida construção, interconexa entre as orientações para o posicionamento internacional do Estado brasileiro e a sua atuação na esfera interna, permite a constituição de uma coerência normativa e de procedimento que fortalece as bases axiológicas constitucionais, determinando uma positivação voltada para a mais ampla correlação hermenêutica que centralize a paz social e a dignidade humana como objetivos primordiais do Estado brasileiro (para além daqueles previstos no art. 3 do texto constitucional). É nesse sentido, que se infere a ideia de que a interconexão dos valores constitucionais de procedência internacional e interna permite um fortalecimento de ambas as esferas de atuação, haja vista, inclusive, a construção normativa constitucional da garantia aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País dos direitos e garantias fundamentais, previstos no Título II da Constituição (arts. 5º a 17).

Como bem lembra Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 393, 396) os direitos fundamentais são os direitos do homem, juridico-institucionalmente garantidos e limitados no tempo e no espaço, já as garantias são também direitos, embora detenham um caráter instrumental de proteção dos direitos, traduzindo-se no direito dos cidadãos exigirem dos poderes públicos a proteção de direitos, ou ainda no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.

Depreende-se daí, que o sistema de direitos e garantias individuais disponibilizados pela Constituição Federal de 1988 aos cidadãos brasileiros é um verdadeiro complexo, por tratar de um “subsistema que não se constrói pela junção normativa de regras e princípios, mas pelo seu poder conformador, que confere coerência ao sentido histórico e estável dos valores sociais que devem constituir o núcleo (ARAÚJO, 2016)” do constitucionalismo brasileiro.

A ordem constitucional, desta forma, eleva a condição de fundamento da República a dignidade da pessoa humana, o que determina que na construção das limitações impostas à liberdade dos cidadãos o Estado deixe de ser mero observador e passe a atuar, dentro dos limites e formas estabelecidos na lei, os mecanismos para tornar possível a convivência harmônica em sociedade. É nesse sentido que se liga ao poder-dever de atuação estatal o princípio da liberdade pública, no qual ao Estado apenas é dado atuar pela autorização e pelas formas estabelecidas em lei. Evidentemente, o limite da atuação estatal apenas é imposto a partir da legitimidade definida na legislação, decorrente da ideia representativa de democracia na qual as sociedades modernas se organizaram hodiernamente.

Em uma associação de livres e iguais, todos precisam entender-se, em conjunto, como autores das leis às quais se sentem individualmente vinculados como seus destinatários. Por isso o uso público da razão legalmente institucionalizado no processo democrático representa aqui a chave para a garantia de liberdades iguais (HABERMAS, 2004, p. 123).

Assim, ao particular toda a liberdade é conferida, desde que respeite os limites impostos na lei, e quando houver a violação de direitos de outrem impõe-se o dever de reparar. Por sua vez, ao Estado, respeitados os princípios de sua atuação – voltada, como se defende, para a pacificação social, para a promoção dos direitos humanos e para a solução pacífica dos conflitos – é dado agir apenas quando a lei autoriza e na forma prescrita também em lei.

A partir desta compreensão mais ampla da atuação estatal, fundada numa liberdade condicionada, colocam-se as bases para se avaliar os direitos e garantias individuais em face da violação de direitos dos cidadãos. Assim, a própria Constituição assegura um rol de direitos e ferramentas, a partir do inciso XXXIV do artigo 5º que se colocam como mecanismo para a defesa dos direitos na esfera da convivência cidadã na chamada esfera pública (ARENDDT, 2007).

O art. 5, XXXIV, da CF/88 assegura a todos, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder e b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. São remédios constitucionais que provocam a intervenção das autoridades competentes visando sanar, corrigir, ilegalidade e abuso de poder em prejuízo de direitos e interesses individuais.

A alínea “a” trata do direito de petição que se aplica tanto nas esferas administrativa quanto judicial, com vieses e profundidades diferentes, mas sempre no sentido de estabelece uma comunicação entre o particular o ente estatal responsável pela solução do conflito seja em face de particular ou mesmo de au-

toridade pública (em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder). A alínea “b”, por sua vez estabelece o direito de certidão como possibilidade de se corporificarem concretamente situações ou circunstâncias da esfera pública que sirvam para promover o esclarecimento de situações pessoais, as quais podem ser objeto posterior de peticionamento administrativo ou judicial.

Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 512) entende por direito de petição a faculdade reconhecida a indivíduo ou grupo de indivíduos de se dirigir a quaisquer autoridades públicas apresentando petições, representações, reclamações ou queixas destinadas à defesa dos seus direitos, da constituição, das leis ou do interesse geral, integrando-se também o direito de ser informado. Acosta-se ao entendimento a compreensão de Silva (2008, p. 442), para quem:

[...] o direito de petição não pode separar-se da obrigação da autoridade de dar resposta e pronunciar-se sobre o que lhe foi apresentado, já que, separado de tal obrigação, carece de verdadeira utilidade e eficácia. [...] A Constituição não prevê sanção à falta de resposta e pronunciamento da autoridade, mas parece-nos certo que ela pode ser constringida a isso por via do mandado de segurança, quer quando se nega expressamente a pronunciar-se quer quando se omite [...]

Decorre, portanto, do direito de petição a necessidade imperiosa de atuação estatal para a correspondente resposta. A construção do art. 5º, XXXIV, é utilizada como determinação para o Poder Público em sentido amplo, mas é, na esfera jurisdicional,

complementado pelo art. 5º, XXXV, que contempla, especificamente, o Poder Judiciário, como sujeito do pleito cidadão. O Art. 5º, XXXV, da CF/1988, assevera que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, trata-se do chamado princípio constitucional da inafastabilidade judicial, definido pela prerrogativa individual ou coletiva de provocar a atuação do Poder Judiciário para a defesa de um direito. O que é correspectivamente objeto de previsão protetiva também na esfera infraconstitucional.

Neste sentido, o Código Civil reconhece que aquele que causar um dano a outrem comete ato ilícito “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”, para mais adiante, determinar que aquele que comete algum ato ilícito responsabiliza-se pelos danos causados: “Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Ambas as previsões tratam de uma esfera protetiva que resulta em um parâmetro normativo que reconhece os limites para eventuais condutas que possam atingir a integridade humana, como parte de uma construção social legitimamente instituída pelo Estado.

Esta construção social do dever de devolver as partes envolvidas por uma situação danosa ao *status quo* ou mesmo do dever de compensar os danos causados através de uma indenização revela o sentido social das limitações impostas à liberdade. É neste sentido a apreensão kantiana de que “[...] em tôdas as ações dos homens é constatável sempre, como verdadeira constante do seu comportamento, a sua liberdade, como inelutável decorrência da vontade racional dos homens (cf.

KANT, 1952, p. 86)”. Por essa razão, ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude de lei (Art. 5º, II, CF/1988) todavia, caso a ação prejudique alguém, surge o dever de reparar.

Aliás, a definição que Kant dá de Direito é inspirada nesse pensamento. Diz êle que o direito é o “conjunto das condições em virtude das quais a vontade de um pode coexistir com a dos outros, segundo uma lei geral de liberdade (KANT, 1952, p. 34)”. É nessa compreensão que, quando da solução dos conflitos causados pela extrapolação do exercício da liberdade humana, se coloca para o braço estatal do Judiciário a função de dizer o direito e solucionar as controvérsias decorrentes da interação social.

Nessa medida, a própria Constituição Federal de 1988 erige uma série de direitos e garantias que se colocam como ferramentas normativas para que o exercício irregular da liberdade seja “corrigido”. Como bem observa Canotilho (CANOTILHO, 2002, p. 496) a ideia de acesso aos mecanismos estatais relacionados ao Poder Judiciário verifica-se como um “direito de defesa do particular perante os poderes públicos”.

O princípio da inafastabilidade realiza-se a partir da estratificação do chamado direito de ação, que indica “a atribuição à parte da iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional (GRINOVER, 2014, p. 76)”, visando a satisfação de uma pretensão. Nessa perspectiva, a garantia do direito de ação proíbe qualquer lei ou ato que limite o acesso ao Judiciário. A partir de uma compreensão mais ampla acerca das limitações ao acesso à justiça, a própria lei processual estabelece requisitos e circunstâncias que devem ser observadas para que a ação judicial prossiga.

A corresponsabilidade do legislador ao estabelecer esses limites na lei não pode esvaziar em qualquer perspectiva o acesso a solução institucional, pelo Judiciário dos conflitos. Da mesma forma, não compete ao juiz analisar de modo preliminar a demanda impedindo ou impondo restrições que impeçam a realização do direito de ação ausentes na lei. Por essa razão, a própria constituição estabelece ainda como limites à atuação judicial o dever de publicidade e de fundamentação dos atos judiciais, como medida que permite a fiscalização pelos cidadãos dos atos dos juízes:

Art. 93, IX, CF/1988: todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Mencionadas imposições à atuação judicial visam conferir limites e controles à atuação judicial. Como se mencionou é o Estado-Juiz o responsável pela solução das demandas e conflitos que envolvem os cidadãos, nessa medida, por tratar-se de circunstâncias que envolvem os sujeitos sociais em torno da atuação institucional, que impõe limitações aos particulares quando soluciona as demandas judiciais “dizendo o direito”, deve o juiz, em atos públicos (ou quando não no sentido amplo, limitada à presença dos interessados) solucionar fundamentando suas decisões. Trata-se, além de ferramenta de controle importante, que

permite o exercício dialético do direito de recorrer, uma expressão clara do exercício e do poder estatal.

Vale ressaltar que, embora haja divergências quanto ao reconhecimento da natureza constitucional do direito de recorrer das decisões judiciais, uma vez que não há previsão expressa deste direito no conjunto de direitos e garantias individuais estabelecido na Constituição Federal de 1988, a própria lei disciplina um conjunto amplo de recursos e ferramentas que permitem o reexame das decisões judiciais – garantindo assim, além da previsão de poder (jurisdição) o seu controle dentro de sua própria atuação (jurisdicional).

Desta monta, para além da previsão infraconstitucional dos recursos passíveis de serem manejados ao longo do processo, não se pode olvidar que o direito à revisão das decisões judiciais consta de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, garantindo o duplo grau de jurisdição como característica democrática do devido processo legal substantivo. O direito de recorrer é previsto na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH ou Pacto de San Jose da Costa Rica), incluído no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto 678 de 06 de novembro de 1992.

A CADH assegura, no seu art. 8º, § 10º, que toda pessoa tem o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”, apesar da não inserção da convenção como Emenda Constitucional sua hermenêutica ampliativa da proteção à dignidade humana tem claro caráter supralegal que se coaduna a ideia da dignidade como princípio político constitucional conformador, que amplia de modo claro o alcance da proteção estabelecida na Constituição.

Para autores como Avelar (AVELAR, 2009, p. 143), o estabelecimento da estrutura e da competência dos tribunais de segunda instância e os de instância extraordinária, estabelecem implicitamente a garantia do segundo grau. É exatamente nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal (STF) se pronunciou, em sede do *Habeas Corpus* n. 88.420, proveniente do Estado do Paraná, no sentido de que o acesso à instância superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio dos direitos e garantias fundamentais revelando não apenas o caráter de prolongamento do direito de ação que tem os recursos, mas verdadeira ferramenta democrática voltada à promoção e à qualificação das decisões judiciais antes de se tornarem coisa julgada.

A garantia democrática da atuação judicial revela duas acepções claras. Primeiro, como já mencionado, a instrumentalização da limitação da liberdade, já anteriormente discutida. Por outro lado, a esfera democrática do acesso à justiça da inafastabilidade do judiciário revela uma justificação positiva da atuação estatal.

A perspectiva democrática da atuação judicial revela as dimensões materiais e organizativo-procedimentais (CANOTILHO, 2002, p. 287) que definem a atividade do Estado-Juiz. É a esfera democrática da atuação jurisdicional que orienta a legitimidade/legitimação das suas atribuições constitucionais em termos substanciais e procedimentais. Na perspectiva normativo-substancial, pode-se mencionar que a atuação do Judiciário deve estar vinculada ao conjunto de valores e fins definidos no texto constitucional; e, sob o prisma normativo-processual, a constituição vincula a legitimidade do poder à observância de determinadas regras e processos.

É nesse sentido que a Constituição brasileira define que o Estado se constitui num Estado Democrático de Direito que se funda numa “democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência e eficácia dos direitos fundamentais (art. 1º) (SILVA, 2008, p. 122)”. É exatamente essa compreensão democrática do Estado brasileiro que orienta a legitimidade institucional do Judiciário e torna campo teórico para que as decisões judiciais sejam parte da superestrutura social que define o exercício legítimo da força, enquanto parte de um poder constituído.

LEGITIMIDADE E ESTRUTURAÇÃO DEMOCRÁTICA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO: A ESFERA DE ATUAÇÃO DO ESTADO-JUIZ

Na perspectiva democrática de atuação do judiciário brasileiro, sua legitimidade (que não é fundada na elegibilidade) é construída a partir dos meios de acesso ao judiciário, nas prerrogativas estabelecidas pela Constituição Federal, no conjunto de regras procedimentais que devem ser observadas para manutenção da legalidade de atuação no processo e nos princípios e valores que devem ser observados que compõem o núcleo axiológico da ordem jurídica, as quais se pretende abordar.

Perspectiva democrática do processo e da jurisdição

As várias dimensões do princípio democrático explicam as circunstâncias que definem e orientam o Estado Democrático

de Direito brasileiro. Como afirma Canotilho (2002, p. 288) o *ethos* e a *ratio* da democracia orientam-se pelas teorias da democracia representativa e da democracia participativa.

A teoria democrática da representatividade é revelada pela formulação estrutural do Estado que se assenta na constituição de órgãos representativos, eleições periódicas, pluralismo partidário e separação de poderes. Já a teoria democrática participativa implica a estruturação dos processos que oferecem ao cidadão efetivas possibilidades de apreender a democracia e participar dos processos de decisão, além das formas de exercer o controle social e produzir decisões políticas.

Desta forma, o princípio democrático, assentado no postulado de que “todo poder vem do povo e exercido para o povo” exige e orienta que também as atribuições e a estruturação do Poder Judiciário sejam formuladas nesse sentido. Assim, o princípio democrático orienta a organização da titularidade e do exercício do poder (CANOTILHO, 2002, p. 290).

Além do aspecto formal, o Judiciário na sua atuação deve apontar para um sentido democrático constitucional, no qual a extensão das orientações democráticas, definidas no corpo constitucional sejam aplicadas às diferentes decisões tomadas pelos seus membros, aplicando-se às esferas da vida social, econômica e política. O principal constitucional dimana que as orientações democráticas, assentadas nos direitos fundamentais criem um espaço protetivo contra ações antidemocráticas que exigem uma organização, e o exercício das atividades judiciais de forma transparente.

Diferentemente do que ocorre com o legislativo, que na elaboração do ato normativo – como ato de positivação do poder – depreende suas funções da participação de membros eleitos pelo povo, revelando a participação indireta na esfera da produção legislativa – mas que abriga formas de participação direta como o referendo popular, o plebiscito, a iniciativa popular –, o exercício da função jurisdicional não se assenta nessa esfera participativa da democracia.

É nesse sentido que se afirma que apesar de os membros da magistratura não serem eleitos pelo povo, o exercício da atividade jurisdicional, compõe o certo democrático do Estado Democrático de Direito brasileiro. Como bem afirma Canotilho (2002, p. 293), isso decorre da “derivação directa ou indirecta da legitimação de domínio do princípio da soberania popular”, exercício este que decorre do direcionamento das ações conforme as regras procedimentais e no sentido de perseguir os fins e interesses do povo.

Isto se revela porque as decisões judiciais decorrem em decorrência da delegação da vontade do povo ao poder constituinte que define as regras para a investidura dos juízes, bem como no conteúdo dos seus atos. É por essa razão que o princípio da fundamentação das decisões existe no texto constitucional, como uma garantia democrática de transparência. Como verdadeiro avanço democrático o Código de Processo Civil de 2015, estabelece as circunstâncias em que se não se considera fundamentada a sentença:

Art. 489, § 1º, CPC/2015: Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela

interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

O estabelecimento desta regra infraconstitucional que define os limites da atuação judicial a partir de critérios objetivos nos quais se considera não fundamentada a sentença é verdadeiro elemento de natureza democrática que se acosta ao espírito constitucional e que compõem o chamado ordenamento judiciário.

Para Canotilho (2002, p. 660), ordenamento judiciário nada mais é do que o conjunto de regras constitucionais e infraconstitucionais que disciplinam o complexo de órgãos aos quais é atribuído o exercício da função judiciária, que agrega a *jurisdictio*. “Por essa razão, o exercício do poder deve prestar contas aos litigantes, isto é, àqueles que são atingidos pela coisa julgada e por

todas as decisões proferidas pelo juiz. E deve igualmente prestar contas à sociedade em geral (MARINONI, 2016, p. 445)”.

O que se verifica, na verdade, é que a esfera democrática da atividade jurisdicional é complexa e se orienta pelos fins sociais e pela própria participação dos sujeitos envolvidos no processo, através do contraditório, além da própria estrutura judicial fundada nas opções democráticas do legislador constituinte.

FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DA DEMOCRACIA JUDICIÁRIA BRASILEIRA

O exercício das atribuições do Estado Juiz se inicia pela concepção de jurisdição identificada com o poder, o dever, a função, ou a atividade do Estado (representado pela pessoa do juiz) de, imparcialmente, substituindo a vontade das partes, aplicar o direito material ao caso concreto para resolver a lide (conflito de interesses).

A jurisdição não é como se costuma dizer um poder do Estado, uma vez que o poder, como bem pontua Dinamarco (DINAMARCO, 2009, p. 135) é uma “inerência deste e chega-se a afirmar, até, que ‘o Estado é poder’”. Desta forma, a jurisdição é função estatal caracterizada pela atribuição de dizer o direito.

Como bem observam Grinover *et al* (2014, p. 41) o Estado já suficientemente fortalecido impõe-se sobre os particulares, prescindindo da submissão voluntária destes, impõe-lhes imperativamente sua solução para os conflitos de interesses. Os juízes substituem as partes, que não podem fazer justiça com suas próprias mãos, para “fazendo agir” o Estado, provocarem o

exercício da função jurisdicional. A função jurisdicional, por sua vez, apenas pode ser exercida através do processo, como um “[...] instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução (GRINOVE, 2014, p. 14)”.

O exercício da jurisdição é acompanhado de inúmeros princípios peculiares, além dos que já mencionados acima, tais como inércia, juiz natural, inafastabilidade da jurisdição, publicidade, indelegabilidade, inevitabilidade, investidura regular, princípio da aderência ao território. Cada um destes princípios serve ao propósito de garantir a legitimidade ampla da atuação do poder estatal na esfera da jurisdição. Assim, quanto à inércia, se impõe ao juiz a impossibilidade de iniciar os processos judiciais, o que pode ferir a sua imparcialidade, enquanto órgão julgador das demandas.

O princípio do juiz natural impõe que sejam estabelecidas previamente as regras que definem o órgão julgador que conhecerá das demandas judiciais, impedindo a formação de tribunais casuísticos para situações específicas – os chamados tribunais de exceção. O princípio da inafastabilidade, que impõe o dever do Estado-Juiz pronunciar-se sobre as causas e conflitos objeto de ação, não podendo eximir-se, mesmo na ausência de legislação, de decidir¹⁷.

O princípio da publicidade, de cunho constitucional, determina que os atos processuais sejam públicos, ressalvadas

17 Art. 4º, do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

as situações em que o objeto da demanda deva respeitar o direito à intimidade do interessado e o sigilo não prejudique o interesse público à informação. A indelegabilidade impõe que é vedado ao Estado delegar sua função jurisdicional a qualquer outro ente ou órgão, que não esteja devidamente abrangido na previsão constitucional.

A inevitabilidade impede que qualquer particular possa afastar-se da supremacia estatal que detém o poder de exercer legitimamente a força, capaz de promover a executoriedade às suas decisões. A investidura regular, relacionada aos seus agentes¹⁸.

18 O artigo 93, traz o chamado estatuto constitucional da magistratura, no qual são estabelecidas as regras para investidura no cargo de juiz e também as regras que devem ser observadas para a promoção dos juizes e o acesso aos tribunais regionais e superiores. Nos termos da Constituição Federal de 1988, a investidura ocorre, nos seguintes termos: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação; II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: a) é obrigatória a promoção do juiz que figure por três vezes consecutivas ou cinco alternadas em lista de merecimento; b) a promoção por merecimento pressupõe dois anos de exercício na respectiva entrância e integrar o juiz a primeira quinta parte da lista de antigüidade desta, salvo se não houver com tais requisitos quem aceite o lugar vago; c) aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e prestação no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento; d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação; e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho

E o princípio da aderência ao território que limita espacialmente o exercício da jurisdição na base territorial a qual se adere¹⁹.

Quanto às prerrogativas estabelecidas pela Constituição Federal para os agentes responsáveis pelo exercício da jurisdição estão as chamadas garantias ou prerrogativas institucionais:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de vencimentos, observado, quanto à remuneração, o que dispõem os arts. 37, XI, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

ou decisão; III o acesso aos tribunais de segundo grau far-se-á por antigüidade e merecimento, alternadamente, apurados na última ou única entrância;”

19 Quanto ao fracionamento territorial da jurisdição a lei estabelece as regras para o estabelecimento da competência. Competência é a medida, o limite, o fracionamento da jurisdição, reconhecida como a divisão dos trabalhos perante os órgãos encarregados pelo exercício da função jurisdicional, cujo objetivo é a composição da lide e a pacificação social. A competência é determinada por regras de fixação da competência distribuindo-se uniformemente a jurisdição entre os órgãos jurisdicionados. Especificamente a competência territorial tem como parâmetro a porção territorial conferida ao magistrado para que exerça competência.

Ainda são previstas as chamadas vedações que tem também o papel de garantir a imparcialidade dos juízes:

Art. 95, Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

Esse conjunto de imposições constitucionais decorrem da inegável relevância que revesta a função jurisdicional, destacando a importância do Poder Judiciário na manutenção das garantias democráticas estabelecidas constitucionalmente. Ainda se coloca como mecanismo para a promoção da legitimidade democrática da função jurisdicional o conjunto de regras procedimentais que devem ser observadas para manutenção da legalidade de atuação no processo.

Esse conjunto de regras é definido pelo conjunto instrumental de regras processuais que possibilita as decisões judiciais. É nesse sentido que o exercício da função jurisdicional é vislumbrado como a formulação ou atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação (MOREIRA, 2010, p. 1). Da mesma forma, para que essa norma jurídica concreta

seja proferida pelo juiz no caso concreto é necessário que sejam seguidas algumas etapas dentro do processo e é a lei que regula a forma pela qual se realizam e se sucedem os atos processuais dentro do procedimento. É por isso que a estrutura formal da legitimação da atividade jurisdicional se corporifica.

Como bem observam Grinover *et al* (2014, p. 60) o exercício da jurisdição se liga a ideia de instrumentalidade que tem um aspecto negativo, que numa postura tradicional alerta para o fato de que o processo não é um fim em si mesmo. O processo, nessa perspectiva, não gera por si só direitos, dependendo, portanto, do direito material ao qual se liga para quem serve de instrumento.

Na perspectiva formal do processo, as regras que regem o procedimento têm um aspecto de lisura das regras que devem ser observadas, colocando as partes em conflito, uma diante da outra, diante de regras claras, preexistentes e capazes de promover a dialeticidade, o contraditório e a ampla defesa. É nesse sentido que se confere ao processo a sua definição mais clássica: “A essa soma de atividades em cooperação e à soma de poderes, faculdades, deveres, ônus e sujeições que impulsionam essa atividade dá-se o nome de processo – o qual será, conforme o caso, judicial ou arbitral (GRINOVER *et al.*, 2014, p. 60)”.

É preciso considerar que essa acepção aproxima a jurisdição à uma acepção de atividade, ou como pontua Amendoeira Júnior (2006, p. 9), como o “[...] complexo de atos do juiz no processo, exercendo os poderes dos quais foi investido e cumprindo a função que a lei lhe atribui”. Essa perspectiva formal não deve ser considerada absoluta para que processo cumpra sua finalidade:

Uma projeção desse aspecto negativo da instrumentalidade do processo é o princípio da instrumentalidade das formas, segundo o qual as exigências formais do processo só merecem ser cumpridas à risca, sob pena de invalidade dos atos, na medida em que isso seja indispensável para a consecução dos objetivos desejados (GRINOVER *et al*, 2014, p. 61).

Contudo, não se pode negar a importância da esfera formal do processo, uma vez que o Estado, ao receber uma pretensão deverá desempenhar a sua função jurisdicional segundo regras claras, com a cooperação de ambas as partes envolvidas no conflito (ou apenas uma delas, no caso da revelia), “segundo um método de trabalho estabelecido em normas adequadas (GRINOVER *et al*, 2014, p. 59)”.

Desta forma, o próprio procedimento deve ser vislumbrado a partir de um novo pensamento, também democrático, que o retira da mera apreensão de sucessão de atos que eventualmente não tem finalidade específica ou não se destine atender a objetivos ou necessidades específicas (MARINONI, 2016, p. 438).

O procedimento revisto sob a ótica democrática, tanto na sua perspectiva estática (como lei ou módulo legal), quanto na sua perspectiva dinâmica (como a sequência de atos processuais) tem compromisso direto com os fins do processo e da jurisdição e, portanto, com a tutela dos direitos que é amparada pelo direito processual. Desta maneira, o direito processual cuida das relações dos sujeitos processuais, da posição de cada um deles no processo, da forma de se proceder aos atos deste, sem adentrar na esfera do bem da vida que é objeto do interesse primário das pessoas.

Para uma corrente mais tradicional o processo é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto, diante dos órgãos da jurisdição (THEODORO JUNIOR, 2005, p. 49). Dentro dessa visão, considera-se que as regras que compõem processo e favorecem ao exercício da jurisdição são estabelecidas para que as partes possam promover, dentro dos autos os meios de defender os seus interesses. Embora importante, essa visão formalista não resume a relevância do processo enquanto instrumento de atuação jurisdicional.

Grinover *et al* (2014, p. 60), ao refletir sobre o aspecto positivo da relação que liga o sistema processual à ordem jurídico-material e ao mundo das pessoas, dos grupos, do Estado, realça a necessidade do cumprimento dos escopos sociais, políticos e jurídicos definidos pela coletividade. A instrumentalidade positiva exige a efetividade do processo e a promoção de uma ordem jurídica justa e que respeite os valores sociais.

Como bem reflete Dinamarco, a ideia instrumental do processo deve ser acompanhada de maneira clara da indicação de seus objetivos, dada a natureza teleológica dos instrumentos, que apenas existem para o desempenho de uma finalidade. Assim a perspectiva da finalidade ou dos propósitos do processo se estabelece pela compreensão de uma utilidade, desta maneira, trata-se de “instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são recebidos e sentidos na sociedade (DINAMARCO, 2009, p. 177)”.

Desta maneira, a ideia de escopos do processo constitui importante vetor na definição do caráter instrumental que o

processo detém. É nesse sentido que, a partir das reflexões de Dinamarco (2009, p. 178) se pode afirmar que “a perspectiva instrumentalista do processo é teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”. Em sentido *lato*, a jurisdição é direcionada à realização dos fins do próprio Estado, que não são outros senão, no caso brasileiro, daqueles previstos no art. 3º, CF/1988:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Evidentemente, mencionados princípios além de darem a tônica na esfera ampla dos objetivos da jurisdição, ainda são a diretriz axiológica que orienta os matizes da atuação jurisdicional, mas “[...] não menoscabando essa contribuição crítica, pode-se prescindir dela, por ora, sem prejuízo da correlação do problema da liberdade com as desigualdades geradas pelas situações concretas (ANDRADE, 1987, p. 5)”. Como se pode ver, evidentemente, a função orientada do processo contém uma opção política do Constituinte, entretanto, não podem ser estabelecidos de maneira unívoca, através de formulas universais e definitivas – inclusive porque

o próprio conteúdo desses princípios-objetivos constitucionais são plúrimos.

É importante, se reconhecer, todavia, que o estabelecimento do conteúdo teleológico do processo orienta uma compreensão metodológica da sua função. “Isso significa, sim, que a instrumentalidade do sistema processual é alimentada pela visão dos resultados que dela espera a nação (DINAMARCO, 2009, p. 179)”. Desta forma a compreensão instrumental liga-se de modo muito claro à perspectiva axiológica da jurisdição, que se funda nos princípios e valores que devem ser observados quando da atuação do Estado-Juiz e que compõem o núcleo axiológico da ordem jurídica brasileira.

Na realidade, embora se possa estabelecer uma visão instrumental radicada na visão estrita de que o fenômeno processual é conformado à visão individualista, ligado ao sincretismo privatista em que o processo aparece como meio de exercício de direitos, institucionalmente destinado à sua satisfação.

O processo reconhecido como mera orientação para a tutela de direitos, numa visão meramente pandectista que coloca a ação como centro do sistema e a orienta para uma compreensão subjetiva da ação. Assim, Dinamarco (2009, p. 180) aduz:

Hoje, reconhecida a autonomia da ação e proclamado o método do *processo civil de resultados*, sabe-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, não aos direitos, e somente àquele sujeito que tiver razão: a tutela dos direitos não é o escopo da jurisdição nem do sistema processual; constitui grave erro de perspectiva a crença de que o sistema gravite em torno da ação ou dos direitos subjetivos materiais.

Essa compreensão humana do processo retira o caráter impositivo do Estado quando ao alcance de uma solução que retire a possibilidade de se alcançar a satisfação pessoal com a solução da demanda. E não meramente decorrente do alcance de um resultado numérico carente de subjetividade. Assim não se pode “crer, na suficiência do direito substancial objetivo para a criação de situações subjetivas materiais sem a mínima participação do processo, ou entender que a este se reserva um papel no *iter* de criação dos direitos (DINAMARCO, 2009, p. 180)”. É importante frisar que o argumento enaltece de modo bem peculiar a violação que ocorre quando se impõe determinada medida conciliatória no âmbito da esfera processual, impedindo a realização plena e legítima da autonomia da vontade, como se verá no próximo capítulo.

A institucionalização de princípios como a razoável duração do processo incorpora, de modo simplório, um dever quantitativo e temporal de solucionar as demandas judiciais que fere a perspectiva instrumental do processo, reconhecida a sua esfera teleológica. Uma tendência, entretanto, que deve ser amplificada é o abandono das fórmulas exclusivamente jurídicas para o exercício da jurisdição. Assim, muito mais do que impor uma solução negocial entre pessoas que não desejam negociar, cabe ao Estado reconhecer de modo cada vez mais ampliado as esferas paraestatais de solução de conflitos, retirando o peso das soluções da esfera exclusivamente pública – nesse caso sim, promovendo soluções consensuais plenas, legítimas, qualificadas e democráticas.

Na avaliação da legitimidade da atividade jurisdicional como base de uma compreensão democrática das decisões que

impõem uma solução aos casos e pretensões dispostas diante do Estado Juiz, reconhece-se que são os princípios e valores constitucionais escopo da atividade estatal que se forma o núcleo axiológico da ordem jurídica e se estabelece os critérios democráticos do processo e da jurisdição.

DEVIDO PROCESSO LEGAL E EFETIVIDADE DA TUTELA JUDICIAL COMO DECORRÊNCIA DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO: INSTRUMENTOS DE LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO ESTATAL NA ESFERA DA JURISDIÇÃO

Os cidadãos, reconhecida a estrutura democrática jurisdicional, devem ter assegurados os meios para que possam exercer ou proteger os seus direitos em face – e através – do Estado. A primeira dimensão dessa perspectiva de proteção judiciária é a chamada “proteção jurídica individual (DINAMARCO, 2009, p. 180)”, que garante aos cidadãos o direito de recorrer ao Judiciário para assegurar a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20º, 1 da Constituição Portuguesa).

O próprio texto constitucional ao orientar a pretensão cidadã de exercer o chamado direito de ação em face do Estado Juiz, determinou que “Art. 5º, XXXV, CF/1988: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Integrando o direito de ação, o art. 2º do Código de Processo Civil, atribui ao cidadão a faculdade de exercer esse direito e ao Estado o dever de conduzir o processo como parte de suas atribuições constitucionais, ao afirmar que “O processo começa por iniciativa

da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”.

Além de estabelecer o princípio da inércia e do impulso oficial, o artigo referido coloca nas mãos dos cidadãos a prerrogativa exclusiva de buscar, junto ao judiciário, a solução heterocompositiva estatal para solucionar o litígio. É a máxima de que o Estado apenas pode exercer a atividade jurisdicional, na esfera civil, quando provocado. “A provocação consiste na demanda, ato pela qual o autor requer ao Estado determinada providencia jurisdicional (MOREIRA, 2010, p. 5)”

Nas palavras de Moreira (2010, p. 5) a demanda é o ato através do qual o cidadão começa a exercer o direito de ação e, também, através do qual se dá formação ao processo. É através da demanda que são formulados os pedidos, cujo conteúdo abrange o objeto do litígio, abrindo-se ao Judiciário do dever de decidir a lide.

A ação ou o seu exercício enquanto direito, através da petição inicial, estabelece as origens da demanda. Nas palavras de Didier Júnior (2017, p. 319), o direito de ação é:

[...] o direito fundamental composto por um conjunto de situações jurídicas, que garantem ao seu titular o poder de acessar os tribunais e exigir deles uma tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva. É direito fundamental que resulta da incidência de diversas normas constitucionais, como os princípios da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal.

Na realidade, a ideia de um direito de ação, como proposto por Didier Jr. espelha as nuances já definidas por Canotilho, quan-

do discute e apresenta a ideia de um direito de proteção jurídica individual. Já a ação é o ato corporificado do exercício do direito, que contém o conjunto de elementos propostos pelo autor que delimitam o objeto e a pretensão pretendida.

Como bem lembram Grinover *e at* (2014, p. 100), o direito de ação, tradicionalmente reconhecido no Brasil, foi ampliado pela Constituição de 1988 para abranger também a esfera preventiva dos direitos, englobando não apenas a lesão à direito, mas também qualquer tipo de ameaça a fruição de direito assegurado na órbita legal.

Reconhecendo a situação fática que orienta o direito de ação, como qualquer direito, é uma situação jurídica, portanto, um complexo formado por uma infinidade de situações jurídicas, envolvendo situações pré-processuais (titularizadas e exercidas antes mesmo de o autor propor a demanda) e processuais, propriamente ditas.

Na perspectiva do exercício do direito de ação, surgindo a demanda como esfera processual do direito fundamental, a complexidade das relações jurídicas se firma, inicialmente com a contraposição subjetiva que se estabelece em face de quem se demanda. A figura do réu se sujeita ao exercício de um direito potestativo de outrem, determinando para ambos os sujeitos envolvidos na relação um conjunto de obrigações que devem ser cumpridas. Assim, a partir do exercício do direito de ação, com o início da demanda, a partir do protocolo da petição inicial, ambos os sujeitos, autor (que iniciou a demanda e tem uma pretensão) e réu (contra que se demanda e resiste a pretensão) são obrigados à observar a boa-fé, o dever de cooperar para obter a prestação

judicial (em tempo razoável e de forma justa e efetiva), além de um complexo conjunto de obrigações que se colocam em face do exercício jurisdicional:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

Esse conjunto de obrigações para os sujeitos processuais, mesmo aquele contra quem se exerce a pretensão, defina uma orientação clara de inevitabilidade da jurisdição que sanciona, quando da violação desses deveres, com o enquadramento de qualquer ação de afronta a esses deveres à categoria de ato atentatório à dignidade da justiça (Art. 77, §1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas

no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça).

Além do enquadramento normativo como ato atentatório à dignidade da justiça, abre-se a possibilidade de se punir o agente violador dos deveres inerentes ao exercício do direito de ação, com sanções criminais, civis e processuais, que podem reverter-se contra o patrimônio de quem cometeu a conduta (Art. 77, §2º, A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta).

Evidentemente, como já observado o exercício do direito de ação não apenas liga autor e réu, mas também o juiz, que deve apreciar e solucionar a demanda. Assim, da mesma maneira que se garante o exercício do direito de ação, se compreende o elemento contraposto que determina a resolução dos conflitos pelo Judiciário. Diferentemente do aspecto democrático dos membros do legislativo e do executivo que são orientados por uma “disposição para responder” consoante a sensibilização e a capacidade de percepção dos representantes de conformidade com as necessidades e desejos dos representados, a disposição para responder, ou a obrigatoriedade para “dizer” uma resposta à demanda trazida ao Judiciário, deve ser realizada a partir da análise complexa dos elementos constantes e oriundos do caso concreto, bem como da norma jurídica de fundo que define e tutela o direito objeto do litígio.

O dever de responder, que se contrapõe ao direito de demandar é ligado ao já mencionado princípio da inafastabilidade, que não exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Obviamente, o controle da legitimação democrática da resposta dada leva em consideração todos os aspectos acima mencionados, bem como a perspectiva do cumprimento do devido processo legal.

O devido processo legal desenvolve-se como um processo dialético e multilateral (que envolve os sujeitos do processo: demandante, demandado e juiz), num sentido colaborativo e cooperado que deve levar em consideração o sentido “atualizante” da prestação jurisdicional que se assenta numa perspectiva progressista e concretizante dos interesses universais do povo, constitucionalmente estabelecidos.

A ideia de um *due process* jurisdicional é a origem da sedimentação da ideia de justiça processual e procedimental, que hodiernamente é abrangida pelo propósito da conformação justa e adequada do direito à tutela jurisdicional.

Originariamente, a ideia de devido processo legal surge como uma imposição legal contra as arbitrariedades do Estado no exercício de limitação das liberdades dos cidadãos. Dessa forma, o *due process* surge como um direito de defesa do particular perante os poderes públicos. Nessa medida, a perspectiva de direito de defesa do devido processo legal orienta a atuação judicial no sentido de impedir que o Estado-Juiz promova violações aos direitos e ainda protege o cidadão de violações cometidas por terceiros.

Poder-se-ia justificar, então, que a formula do devido processo legal limita o exercício do poder em sede jurisdicional (mas também aplica-se às esferas legislativa e executiva) constituindo a base democrática do sistema de garantias constitucionais. O devido processo legal, institui obstáculos que impõem ao juiz a observância das regras procedimentais e os valores afirmados pela ordem jurídica.

Em uma acepção processual, o devido processo legal é reconhecido como o conjunto de garantias que asseguram as partes o exercício das suas faculdades e poderes processuais indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. A ideia de devido processo legal garante ainda o procedimento adequado que deve observar o contraditório e as finalidades sociais consentâneas a ordem jurídica.

O próprio sistema constitucional brasileiro estabelece um conjunto de normas que orientam a legitimidade do processo a partir do respeito ao devido processo legal, quando afirma que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF/1988)”, estabelecendo ainda regras a serem seguidas como forma de garantir a sua observância, tais como a garantia do juiz natural, o respeito ao contraditório e ampla defesa, a igualdade processual, a publicidade e o dever de motivar as decisões, a proibição de se utilizar provas obtidas por meios ilícitos, a inviolabilidade de domicílio, o sigilo das comunicações, dentre outras determinações constitucionais.

O devido processo legal significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade.

Desta forma, a ideia de procedimentos justos e adequados devem orientar a realização e proteção dos direitos através da esfera jurisdicional do Estado, obedecendo a legalidade da aplicação da lei (mas também remonta ao próprio processo de elaboração legislativa).

Para além da garantia de um processo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação da lei, exige-se que a atividade do Estado-Juiz seja realizada de maneira justa e adequada, que seja por tudo exposto acima democraticamente legitimado. Vale ressaltar, que a atuação legitimada do Estado que autoriza a utilização da força por parte dos entes públicos é pauta na legalidade e, principalmente, na perspectiva substantiva do devido processo legal, na justeza de sua atuação.

A legitimidade do uso da força a partir do devido processo legal materialmente considerado define que qualquer sacrifício da vida, liberdade, propriedade dos particulares (restringidos em sua liberdade pelo poder estatal) deve ser orientada pelos princípios da justiça, o qual determina a sua apreensão equitativa e imparcial. Por tudo o que foi discutido Canotilho (2002, p. 495) pondera que os juízes deveriam, pautados na necessidade de se realizar os requisitos intrínsecos da lei, adentrar na justeza da regra material que deve ser aplicada ao caso concreto, permitindo uma “evolução do processo devido. Este passará a ser considerado como proteção alargada de direitos fundamentais quer nas dimensões processuais quer nas dimensões substantivas”.

A orientação do devido processo legal em suas amplas funções, processual e substantiva, assenta-se nos interesses que

detém os particulares de determinar o próprio escopo do direito fundamental de acesso à justiça, garantindo, em sentido amplo o acesso aos direitos e garantias fundamentais como um todo. Representando ainda a perspectiva do dever jurídico do estado de ofertar a prestação jurisdicional justa e adequada se coloca a obrigação de que sejam adotadas as “medidas materiais de proteção” por meio da atividade jurisdicional (CANOTILHO, 2002, p. 497).

É nessa medida, que para promover um acesso justo e adequado ao judiciário, o próprio legislador define e orienta quais são os pressupostos que devem estar presentes para que o direito de ação seja exercido, os quais não podem ser desnecessários, inadequados ou desproporcionais, devendo ser ainda previamente estabelecidos na lei e passíveis de serem sanados ou corrigidos desde que, também, observem os requisitos dispostos na lei.

Esse conjunto de garantias e limitações ao Estado favorece que o cidadão seja reconhecido e compreendido como fim maior da ordem jurídica, uma vez que é o ser humano dotado de dignidade. Desta maneira, no momento em que o titular de uma ação de direito material direciona ao Estado a pretensão à tutela jurisdicional que lhe é por este conferida, inicia-se o dever de se emitir uma resposta estatal que solucione, de forma justa, esta demanda.

Vale observar que a relação que se inicia quando protocolada a demanda se completa quando o terceiro, contra quem se afirma a pretensão é chamado a participar do processo, desta forma a este terceiro, também se aplicam as exigências de justeza, legalidade, legitimidade e respeito à dignidade da pessoa humana.

Tal concepção remete-se a compreensão de Medeiros, para quem “a relação jurídica processual há de ser vista como produto do consequente normativo da regra jurídica cujo suporte fático é preenchido no momento em que o réu vem a ser citado nos termos da 2ª parte do art. 263 do Código de Processo Civil (MEDEIROS, 2009, p. 201)”. Mencionada cláusula legal mencionada pelo autor refere-se ao texto da Lei nº, 5.869 de 1973, revogada, mas que guarda correspondência com o texto do atual artigo 312, do Código Processo Civil de 2015, que prescreve que “Considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado”.

A relevância desse marco legal no processo é clara, uma vez que é a partir desta definição que se marcam diversos prazos, deveres e direitos para as partes, mas também para o Estado. Iniciado o processo inicia-se a orientação de que, pautada na acepção material da teoria administrativa, o processo é serviço público, que instaurado por meio do exercício do direito de ação, de natureza claramente pública, constitucionalmente assegurado, presta-se a exigir a tutela jurisdicional.

Ainda na perspectiva do reconhecimento do processo a partir da acepção de serviço público, o processo deve ser eficiente como parte da clausula geral do devido processo legal, assim a compreensão de que o art. 37, *caput*, da CF/1988 determina que devem ser aplicar aos atos de quaisquer dos Poderes Públicos os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Mencionados princípios foram ainda inseridos no sistema processual do novo Código de Processo Civil que estabelece:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a **legalidade**, **a publicidade e a eficiência** (grifos nossos).

A natureza pública do processo permite reconhecer consequências práticas quando sua prestação não atende as demandas democráticas do devido processo legal, uma vez que orienta a responsabilização de quem, eventualmente, atuando em nome do Estado (no caso o juiz ou a quem seja imputado desempenhar qualquer ato processual) promova prejuízos aos “usuários do serviço judicial (MEDEIROS, 2009, p. 209)”.

Para melhor evidenciar a compreensão do processo como parte das atividades do Estado que se estabelecem a partir de um rigor na atuação dos magistrados determina que surja uma reponsabilidade social que norteie as decisões judiciais, conferindo uma necessária compreensão de eficiência e efetividade da prestação jurisdicional. A ideia de efetividade da prestação jurisdicional deve levar em consideração a adequação, a eficácia, a eficiência e a temporalidade das decisões, que representam uma observância clara do dever de promover a efetividade do processo.

Marinoni (2016, p. 129) observa ainda que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre o legislador e o juiz, ou seja, sobre a estrutura legal do processo e sobre a conformação dessa estrutura pela jurisdição. Ao se instituírem, através da produção legislativa, procedimentos e técnicas processuais capazes de permitir a realização pratica das tutelas prometidas pelo direito material se reconhece uma legislação

processual tendente a efetivação. Por sua vez, ao se desenvolver o processo e as relações jurídicas dela decorrentes, a partir de princípios como a facilitação de acesso ao Poder Judiciário e a simplificação de procedimentos, linguagem e a efetiva execução das decisões proferidas, se reconhece efetividade ao processo.

É nesse último sentido que Didier Jr. (2017, p. 128) afirma que o princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste na existência de um sistema processual completo voltado a concretização da tutela executiva, estabelecendo e determinando os meios executivos capazes de proporcionar a pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva. Nesse sentido o artigo 4º do Código de Processo Civil “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Na perspectiva da adequação dos meios processuais, a efetividade do processo liga-se a compreensão de que os sujeitos sociais (adequação subjetiva) os direcionando ao atingimento dos fins individuais e coletivos do processo (adequação teleológica), que acabam por conduzir a uma solução justa e capaz de promover a pacificação social.

CONCLUSÃO

Ainda na perspectiva da efetividade da prestação jurisdicional o fator tempo para o provimento judicial. Assim a ideia de um devido processo legal efetivo exige que haja a solução e a execução da tutela reconhecida em tempo que permita a

fruição útil do bem da vida objeto do litígio, que evite, portanto, dilações indevidas.

Esse conjunto de garantias democráticas para a prolação a tutela judicial devem ser conferidas de modo a respeitar, no caso do processo civil a voluntariedade do exercício do direito de ação, os direitos e garantias fundamentais e procedimentalidade técnica das regras que organizam o processo e sempre se manifestando dentro da institucionalidade democrática que respeite a dignidade humana e o exercício pleno da cidadania.

A adequação da tutela judicial ainda deve respeitar, quanto à solução dos conflitos os princípios que permeiam outros ramos do direito e das ciências sociais que estabelecem critérios para a solução extrajudicial adequada dos conflitos, por exemplo. É nesse sentido, que, reconhecida e estabelecidas as premissas para a garantia de uma tutela justa e axiologicamente congruente com os valores constitucionais, sempre se levando em consideração os valores constitucionais que evidenciam uma clara preocupação social cristalizada na valorização do trabalho humano, na busca pelo pleno emprego, na erradicação da pobreza, na promoção do desenvolvimento, na redução das desigualdades sociais e na promoção da justiça social.

É nesse sentido, que, reconhecida e estabelecidas as premissas para a garantia de uma tutela justa e axiologicamente congruente com os valores constitucionais, sempre se levando em consideração os valores constitucionais que evidenciam uma clara preocupação social cristalizada na valorização do trabalho humano, na busca pelo pleno emprego, na erradicação da

pobreza, na promoção do desenvolvimento, na redução das desigualdades sociais e na promoção da justiça social.

REFERÊNCIAS

AMENDOEIRA JR. Sidnei. **Poderes do juiz e tutela jurisdicional**: a utilização racional dos poderes do juiz como forma de obtenção da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. São Paulo: Atlas, 2006.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Cidadania, direitos humanos e democracia: reconstruindo o conceito liberal de cidadania. In: SILVA, Reinaldo Pereira e (Org.). **Direitos humanos como educação para justiça**, p. 123-134. São Paulo: LTr, 1998.

ARAÚJO, Jailton Macena de. **Função emancipadora das políticas sociais do Estado brasileiro**: conformação das ações assistenciais do Bolsa Família ao valor social do trabalho. 400f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas), Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

AVELAR, Matheus Rocha. **Manual de direito constitucional**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na Encruzilhada do Milênio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida. In: **Constitución y Constitucionalismo Hoy**. Caracas: Fundación Manuel García-Pelayo, 2000.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito de processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19 ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRINOVER, Ada Pelegrini, et. al. **Teoria Geral do Processo**, 30 ed. rev. ampl. aument. São Paulo: Malheiros, 2014.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber et al. 2. ed. São Paulo: Loyla, 2004.

KANT, Emmanuel, **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, Der Philosophischen Bibliothek, Band 41, 1952, Verlag von Felix Meiner in Hamburg.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz; Mitidiero, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, vol. 1, 2. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Teoria geral do processo: o processo como serviço público**. 3 ed. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro: a exposição sistemática do procedimento**. 28 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito processual Civil**, v. 1, 43 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

O IDEAL DELIBERATIVO COMO POTENCIAL CONCRETIZADOR DA CIDADANIA NA SOCIEDADE PLURICONTEXTUAL:

EXPERIMENTAÇÕES COM O SISTEMA
CROWDLAW EM PROL DE UMA LEI AUTORAL
BRASILEIRA CIBERDEMOCRÁTICA

» *Matheus Victor Sousa Soares*

» *Robson Antão de Medeiros*

O princípio democrático é vocacionado ao aperfeiçoamento e, assim, conclama pessoas a se dedicarem ao seu aprimoramento prático e teórico. As questões referentes a esse melhoramento contínuo são, a rigor, inesgotáveis, pois suscitam e interligam dilemas que se reportam ao frágil equilíbrio entre Estado e Desenvolvimento. Este elo é criado e mantido formalmente pelo mecanismo/instrumento – trata-se de questão de perspectiva apenas – denominado Constituição, do qual aflui um conjunto de valores que se convertem em diretrizes basais para tomada de decisão e formação de consensos por meio de processos dialógicos.

É nesse contexto, adequadamente disruptivo, que surge o ideal deliberativo na tentativa de subsidiar um modelo que, ao mesmo tempo, igualiza direito e política – no tocante às suas fundamentações discursivas – e que consegue reduzir as complexidades de suas respectivas formas de legitimação por

meio de um sistema retroalimentativo – ou circular – marcado por categorias estabilizantes como por exemplo o mundo da vida e seu desdobramento natural: a Esfera Pública.

Diante da impossibilidade de substituição plena das práticas da democracia representativa, hoje culturalmente enraizada e, apesar de eivada de vícios, não totalmente inútil, fala-se neste trabalho sobre um ideal deliberativo/participativo a se propagar de maneira complementar, isto é, não *redesenhando* propriamente o princípio democrático, mas sim *contornando*, identificando e preenchendo lacunas. Parte-se da seguinte questão de pesquisa: como é possível proporcionar um alargamento da Esfera Pública no sentido de torná-la menos estratificada e quais os efeitos disso, especificamente, no tocante ao processo legiferante?

O presente estudo se debruça sobre a Esfera Pública como um espaço discursivo cada vez mais importante em uma sociedade pluricontextual que experimenta problemas institucionais severos, com o objetivo de, uma vez constada a gradativa perda da confiança no modelo representativo – atualmente mais difundido em razão da aparente concretude de sua estrutura burocrática – assentada no voto universal, oferecer um modelo alternativo à pseudo universalidade do voto. São as propostas de Jürgen Habermas que servem de base para a construção desse modelo e que, portanto, levam à formulação da hipótese principal deste trabalho.

Não se pretende, porém, sacralizar o modelo habermasiano e atestar, com este trabalho, sua infalibilidade. Somam-se controvérsias entre os próprios deliberacionistas a exemplo da persistente celeuma sobre qual seria o papel do Estado na insti-

tuição dos fóruns deliberativos e, mais recentemente, sobre qual o grau de mutabilidade pode ser empregado pelos envolvidos nas práticas deliberativas. Indaga-se quais seriam os filtros dos valores que transmigram do mundo da vida à esfera pública em prol da “certificação” de uma cidadania assentada em uma razão procedimental empiricamente incontestável. Consideram-se, ainda, os riscos trazidos pela intrusão de fatores econômicos na formação de um consenso que social que crê no mito do progresso e na sinonímia crescimento econômico e desenvolvimento.

Nesse contexto, é a Internet maior “patrocinadora” das causas sociais ao mesmo tempo que, gradualmente, se torna elemento de dissuasão utilizado para falsear a realidade e diminuir as lutas, que precisam, agora, lidar com os aspectos de outro ambiente: o digital. Na medida que os indivíduos optam pela organização *online* de suas mobilizações, tornam ainda mais nuançado o que, neste artigo, se chamará de ciberespaço. É essa nova dimensão comunicativa que, ao mesmo tempo, reforça o ideal deliberativo e exige uma redefinição de categorias fundamentais do modelo habermasiano. As iniciativas *crowdlaw* isto é, a criação normativa por meio colaborativo pretendem servir de sustentáculo à deliberação moderna ao proporcionar a realização da troca justa, livre e igualitária de argumentos em um espaço a salvo, tanto quanto possível, de qualquer manipulação política.

Marcadamente, as iniciativas *crowdlaw* se caracterizam pela necessidade de um resultado: propriamente a confecção de uma nova lei ou uma reforma legislativa ou ainda a formulação de estratégias para esboço e execução de políticas públicas. Entretanto, essa teleologia transbordante não ofusca a necessidade

uma ampla discussão, igualitária, inclusiva, irrestrita, fluída, em suma, alinhada a essência do ideal deliberativo.

O presente estudo justifica-se em função do fato de que se tem observado, a nível nacional, avanços e recuos na transição do modelo representativo para o deliberativo. Sob a roupagem de democracia participativa, o ideal deliberativo prospera no Brasil, tornando os indivíduos mais ativos nas decisões políticas.

Equidistante de uma “democracia radical”, tida como gênero do qual pertence a democracia deliberativa clássica, esse viés participativo dá margem para um equilíbrio entre processo e resultado e pode ser percebido nas consultas públicas “profiláticas” que o poder público tem realizado na última década.

Iniciativas como a fase preliminar do Marco Civil da Internet e as mais recentes consultas públicas para reforma na lei 9.610/98, a Lei de Direitos Autorais, revelam flertes da democracia brasileira não apenas com o sistema *crowdlaw*, mas com uma nova engenharia política coerente com a revolução tecnológica: a ciberdemocracia.

Desta ciberdemocracia, emerge a noção embrionária de cibercidadania que, assim, transparenta os sistemas do direito e da política, confirmando a sua operatividade no Estado de Direito. Isto se demonstra no presente estudo por meio de pesquisa bibliográfica atrelada à análise dos resultados das iniciativas *crowdlaw* no Brasil e à projeção de caminhos percorráveis na tentativa de suplantar a nociva situação de instabilidade institucional através de uma maior abertura do político ao social.

Não se descuida, diante desse quadro, que este resultado das iniciativas *crowdlaw* é provisório dentro do modelo delibera-

cionista; porém, considerando a urgência de um dinamismo do fenômeno jurídico e político, essa mutabilidade do resultado, essa provisoriedade, deve ser tão estimulada quanto a “conquista” do próprio resultado, sendo essencial para a formação das opiniões do mundo da vida e sua conseqüente tradução via esfera pública deliberativa.

PRESSUPOSTOS TEÓRICOS DO MODELO DELIBERATIVO: AS CATEGORIAS “MUNDO DA VIDA” E “ESFERA PÚBLICA” NA LÓGICA DISCURSIVO- PROCEDIMENTAL

A proposta do modelo deliberativo oriunda da Teoria do Discurso habermasiana tem um caráter interparadigmático, quando se parte da sua contribuição acerca do chamado agir comunicativo (LIMA; KOSOP, 2019). Ela se constitui de uma série de pensamentos clássicos, da escola de Frankfurt às correntes marxistas; uma razão adquirida discursivamente rejunta todas essas linhas de modo que o diálogo, elemento central do projeto deliberacionista, também é realizado na criação teórica do modelo: um diálogo entre diversas fontes teóricas, entre autores (GUTIERREZ; ALMEIDA, 2013).

É prudente antecipar que não se pretende ao reascender a discussão sobre o ideal deliberativo no sentido de um retorno aos modelos de democracia direta. Não se confundem os conceitos de democracia deliberativa e democracia direta, ainda que haja certa tendência de harmonização entre ambos; nas sociedades modernas, portanto, como se verá a seguir, pluricontextuais,

os processos em uma democracia direta são impossíveis e indesejados.

Nessa linha, Vieira e Silva (2013, p. 167) são categóricos ao afirmar que um retorno à democracia direta é, em relação ao ideal democrático, impossível “dado o tamanho da unidade política nacional e o elevadíssimo número de potenciais participantes no processo deliberativo, com os problemas de coordenação que isso levanta –” e, ao mesmo tempo, indesejável, pois “não é, de todo, garantido, que uma assembleia democrática em massa, com uma agenda perfeitamente aberta, subordinasse as questões políticas mais relevantes (se tais questões ficassem, algumas vez, definidas) a um tratamento deliberativo, em vez de meramente plebiscitário” .

Não obstante, fóruns de discussão, espaços físicos ou, conforme o que se pretende no presente estudo, parte da rede, da dimensão digital, são criados para reunião de pessoas e opiniões, sendo indispensáveis para atualizar o modelo deliberativo, realçar suas vantagens e minimizar, na medida do possível, os efeitos colaterais de uma transição, sopesando, inclusive, elementos extrajurídicos, como as vantagens e deturpações trazidas pela intrusão dos chamados algoritmos na hierarquização da relevância das informações providas da Esfera Pública. Como observa Ângelo (2019, p. 48):

Coletividades antes silenciadas pela falta de espaço para expressão encontraram no mundo virtual uma forma de difundir seu pensamento, sem censura e abaixo custo. Graças a sua característica participativa, plural, inclusiva e (ainda) pouco censurada, a internet abre possibilidade

para um novo espaço de debate e argumentação, podendo transformar (ou até realmente possibilitar) a existência de uma esfera pública política.

Habermas (1997) coloca o modelo deliberativo como equidistante das fundamentações liberais e republicanas dando, para tanto, ênfase em duas categorias essenciais: o mundo da vida e a esfera pública. Desse quadro, é possível recuperar a noção de cidadania que, para o autor, é resultado da política deliberativa e não necessariamente seu pressuposto, conforme apontam Flores e Cavalcanti (2006, p. 70-71):

Habermas nos apresenta duas formas distintas de ser cidadão: a da concepção liberal, onde o cidadão é definido em função dos direitos subjetivos que ele tem diante do Estado e dos demais cidadãos [...] e a da perspectiva republicana, onde o cidadão não é aquele que usa a liberdade só para o desempenho como pessoa privada; ele tem na participação uma prática comum [...] Habermas defende a agregação de mais uma proposta do significado de cidadão traduzida pelo “modelo de deliberação”. Essa nova concepção apoia-se na ação comunicativa e “renova-se na rememoração ritual do ato de fundação republicana”. Esta proposta de cidadania está assentada no significado de racionalidade comunicativa, coerente com uma ação gerencial voltada para o entendimento, ou seja, com uma autêntica gestão social. Conforme essa concepção [cidadania deliberativa] a razão prática se afastaria dos direitos universais do homem (liberalismo) ou da eticidade concreta de uma determinada comunidade (comunitarismo) para

se situar naquelas normas de discurso e formas de argumentação que retiram seu conteúdo normativo do fundamento da validade da ação orientada para o entendimento

Para compreender as iniciativas *crowdlaw*, os usos das novas tecnologias da informação como ferramentas comunicativas e se as tentativas de implementação desse modelo no Brasil enaltecem ou fragilizam a cidadania oriunda desse processo discursivo, é necessário precisar bem essas categorias na geração de um poder que se produz comunicativamente em um processo de entendimento, nesse caso, um poder complementar ao legislativo formal.

Adverte-se que o modelo habermasiano somente faz sentido em uma sociedade descentrada que, para os fins deste estudo, reputa-se como pluricontextual a fim de salientar não a inexistência de um núcleo de poder, mas sua pulverização, o que exige uma interpretação plural; a legitimação do direito, por exemplo, perde o sentido, como também a das decisões políticas, sendo, portanto, substituída pela ideia de um efeito legitimador ou racionalização.

É essa racionalização do poder que operacionaliza o princípio democrático, balizando-o entre a autonomia privada e a autonomia pública do indivíduo, a última reforçando a primeira, situação que impõe deveres à sociedade civil. Trata-se de analisar do ponto de vista do participante. No mesmo espírito, Habermas (1997, p. 24) sintetiza:

A política deliberativa, que se realiza através dos procedimentos formais da formação institucionalizada da opinião e da vontade, ou apenas infor-

malmente, nas redes da esfera pública política, mantém um nexu interno com os contextos de um mundo da vida racionalizada. As comunicações políticas, filtradas deliberativamente, dependem das fontes do mundo da vida – de uma cultura política libertária e de uma socialização política esclarecida, especialmente das iniciativas de associações que formam opinião – as quais formam e se regeneram quase sempre de modo espontâneo, dificultando as intervenções diretas do aparelho político

Patente está que a relação Mundo da Vida, Esfera Pública e Sociedade Civil é de interdependência e que somente a fundição de conceitos faz emergir a totalidade do processo deliberativo; apesar de descentrada, a sociedade moderna não abre mão de um “centro gravitacional” que ocasionalmente exerce sua força de atração: o Mundo da Vida.

É este Mundo da Vida, em sentido sociológico, que contextualiza o agir comunicativo. Ele é o pano de fundo, histórico, cultural e social no qual, imerso o indivíduo, extraem-se os rudimentos de cidadania, que, por sua vez, possibilita e é possibilitada pela inteiração discursiva; é no Mundo da Vida que a linguagem se torna ferramenta, de lá nasce como símbolo, ganha contornos, podendo ser convertida em precioso aparato humano de sobrevivência; é o mundo da vida que primeiro dimensiona o poder político e a moldura do direito.

O Mundo da Vida é o cotidiano do ser; ele que “equipa” o Homem, que o prepara para a intersubjetividade organizada exigida pelos sistemas sociais, principalmente o burocrático político e o restritivo jurídico. Não chega a ser uma forma de controle,

muito menos uma “região” controlada; o Mundo da Vida deve ser compreendido como o *natural* de onde os homens emergem com as potencialidades de cidadãos, mas ainda não como cidadãos plenos, em uma perspectiva habermasiana.

Esta estrutura é perceptivelmente caótica, sendo internamente fragmentada e, dessa maneira, entrecortada por uma série de opiniões concorrentes, isto é, opiniões que, ao mesmo tempo, ou pretendem um consenso normativo e político, ou abrem mão do equilíbrio e dosam desigualmente o que pertence a cada um desses sistemas, contribuindo para um desbalanceamento estrutural preocupante.

Por esse motivo, a esfera pública, ao receber os influxos do Mundo da Vida, traduz-lhes o sentido, reveste-os de linguagem com força realmente comunicacional e assim reequaciona os interesses, não em direção do consenso definitivo, mas do entendimento intersubjetivo provisório.

Seria, pois, a esfera pública um espaço adequado para ordenar o Mundo da Vida e, assim, direcionar, por intermédio da ação comunicativa, a administração em exata medida do poder político e da abrangência coercitiva do direito. Lubenow (2010, p. 236) citado por Tavares (2015, p. 235) dá a exata dimensão da esfera pública geral nos seguintes termos:

A esfera pública é uma “estrutura intermediária” que faz a mediação entre o Estado e o sistema político e os setores privados do mundo da vida. Uma “estrutura comunicativa”, um centro potencial de comunicação pública, que revela um raciocínio de natureza pública, de formação da opinião e da vontade política, enraizada

no mundo da vida através da sociedade civil. A esfera pública tem a ver com o “espaço social” do qual pode emergir uma formação discursiva da opinião e da vontade política. No seu bojo colidem os conflitos em torno do controle dos fluxos comunicativos que percorrem o limiar entre o mundo da vida e a sociedade civil e o sistema político e administrativo. A esfera pública constitui uma “caixa de ressonância”, dotada de um sistema de sensores sensíveis ao âmbito de toda sociedade, e tem a função de filtrar e sintetizar temas, argumentos e contribuições, e transportá-los para o nível dos processos institucionalizados de resolução e decisão, de introduzir no sistema político os conflitos existentes na sociedade civil, a fim de exercer influência e direcionar os processos de regulação e circulação do poder do sistema político através de uma abertura estrutural, sensível e porosa, ancorada no mundo da vida

Entretanto, é preciso fazer uma ressalva. Formulado pela primeira vez em 1962 em “Mudança na Esfera Pública”, este espaço discursivo histórico, na concepção de Habermas, se alterou substancialmente; foi de categoria predominantemente histórica à pedra angular do processo deliberativo.

Tais mudanças de enfoque não devem passar despercebidas, elas revelam uma substituição da noção burguesa de Esfera Pública Única e Unificadora, por conseguinte, altamente restritiva, para uma ideia de espaço onde se encontram os indivíduos no alvorecer da cidadania plena, fruto de um processo de partilha discursiva protocolar.

Nessa toada, para o modelo deliberacionista proposto por Habermas, a Esfera Pública Geral não pode prescindir de Esferas Públicas Específicas, tidas como Autônomas, erigidas no âmbito político, econômico e cultural, setorizando as discussões, processando de modo particular os “dados” do Mundo da Vida para só então transportar a necessidade decisória para um contexto mais amplo. Caso contrário, se falaria em democracia direta radical, chegando, inclusive, às raias de uma proposta de auto-organização da sociedade.

Possível dizer, inclusive, incorrendo no risco de problematizar, mas entendendo ser uma informação pertinente, que a formulação de Nancy Fraser dos chamados *subaltern counter-publics*, entendidos como múltiplas esferas públicas oriundas da marginalização de certas discussões de grupos, classes, foi absorvida por Habermas na redefinição de uma Esfera Pública contextualizada na Teoria do Discurso.

O conceito de Esfera Pública, portanto, no presente estudo, não se limita a uma Esfera Pública Política, mas se aproxima mais de *Esferas Públicas Políticas*²⁰. Nesse ínterim, ao observar o desenvolvimento de novas tecnologias, pode-se perceber que há uma convergência das Esferas, que passam a ter uma maior e mais ordenada migração de opiniões, já capturadas do Mundo da Vida, ampliando, assim, o rol de temas discutidos e de atores envolvidos, minimizando a marginalização de certos grupos.

Com isso, tem-se que a Esfera Pública Geral é formada pela “rede pública e inclusiva de esferas públicas subculturais, que se

20 A expressão está grafada de modo a ressaltar a pluralidade de esferas públicas, em contraposição com a ideia de que somente uma Esfera Pública Geral é alimentada pelos atores do Mundo da Vida.

sobrepõem umas às outras” (HABERMAS, 1997, p. 33). Primeiro se fala na formação da opinião pública, momento em que à Sociedade Civil são dirigidos os holofotes, e é só em um momento posterior que esse poder comunicativamente produzido é direcionado à produção normativa, por exemplo, gerando reformas como a da Lei Autoral ou novas regulações, como o Marco Civil da Internet.

Percebe-se, assim, a existência, nas Esferas Públicas Autônomas em comparação com a Esfera Pública Geral, de processos que demarcam quais temas devem ser objeto de discussão, o modo como a opinião pode ou deve ser exteriorizada e os resultados, estes levados, em um segundo momento, à apreciação política geral, isto é, pelos canais institucionalizados, fechando assim o ciclo deliberativo assentado na racionalidade solidária.

Tem-se, dessa maneira, nesse fluxo Mundo da Vida e Esferas Públicas Autônomas compondo os elementos informais da Esfera Pública Geral, a possibilidade de se vislumbrar os contornos de um sistema político poroso.

Dito isto, cabe indagar: existe uma Esfera Pública Política no Brasil e, se existe, de que maneira ela funciona *sensibilizando* o sistema político favorecendo sua sadia influência no jurídico? Seriam as categorias de Habermas suficientes para entender o Brasil?

BREVE INCURSÃO AOS FATORES DE INVISIBILIZAÇÃO E ÀS ESTRUTURAS INVISIBILIZADAS NA TOMADA DE DECISÕES POLÍTICAS: A NOCIDADE DA FANTOCHIZAÇÃO DA DEMOCRACIA AO PROJETO CONSTITUCIONAL

Apresentadas em linhas gerais as categorias “Mundo da Vida” e “Esfera Pública” no pensamento de Habermas e a relação de processamento de informações que se espera dessa interação, é prudente verificar como o Brasil possibilitou e possibilita a formação de opinião e o exercício posterior da autonomia privada como elemento polinizador das decisões públicas.

Apesar de não ser o foco se deter em uma análise pormenorizada do pensamento sociológico sobre a questão brasileira, não se pode abrir mão dessa abordagem para que se compreenda os porquês da imprescindibilidade das tecnologias para o alargamento da Esfera Pública.

Já se teve ocasião de mencionar que para o modelo deliberativo é necessária a compatibilização entre os interesses individuais e os coletivos; utópico por natureza, este inatingível equilíbrio serve não como meta, mas como estímulo para que as relações intersubjetivas ocorram seguindo postulados de cordialidade, entre os indivíduos – capacitados no processo deliberativo como cidadãos, como anotado anteriormente –, e de flexibilidade, em relação as opiniões manifestadas, reconhecendo, via de regra, o poder do melhor argumento. como assinalam Santos e Pilau Sobrinho (2014, p. 25-26):

Na esfera pública, as manifestações são selecionadas a partir de temas e tomadas de posição a favor ou contra, de modo que o material de informações e argumentos reunido sob a forma de opiniões concentradas. Deste modo, é importante frisar que a opinião pública não é um mero apanhado de opiniões individuais numérica, não pode ser confundida com pesquisa de opinião, nem é uma representação estatística [...] Habermas está preocupado com a formação da opinião pública qualificada, pois o consentimento a temas é um resultado de uma controvérsia mais ou menos ampla, em que um processo mais ou menos racional deve conduzir à elaboração de propostas e argumentos. Em poucas palavras: a opinião pública qualificada surge a partir de critérios formais. A qualidade da opinião pública depende da qualidade dos procedimentos seguidos para seu surgimento, pois somente assim há legitimidade para as opiniões públicas influenciarem o sistema político.

No Brasil, o individualismo tendeu a se sobrepôr a qualquer desejo do bem-comum. Historicamente, o país em sua “modernidade tardia”, em sua situação “periférica”, fruto de um processo de diferenciação sistêmico peculiar, que convive com incessantes investidas de processos de desdiferenciação, principalmente quando se observa o sistema econômico intervindo no jurídico e no político avassaladoramente, se compôs de uma miscelânea de opiniões distas culturalmente e, portanto, concorrentes, sendo imprescindível aperfeiçoar os canais de tomada de decisões a fim de imunizá-los contra rompantes corruptores.

Contudo, a tarefa se torna árdua ao se observar a existência de um Mundo da Vida ultra caótico, cujas informações demandam não apenas o processamento por meio da Esfera Pública Geral, muito menos por intermédio de uma reunião de Esferas Autônomas nos moldes habermasianos. Há, sim, uma Esfera Pública que age seletivamente e uma série de Esferas, não autônomas, mas subalternas, que, fruto do processo de dominação contínuo, são bases de resistência, focos de emancipação da sociedade civil.

A sociedade civil tem notadamente grande relevância no modelo deliberativo; primeiro por esse modelo ter sido arquitetado também, em parte, por razão de pressões, gerais e setorializadas, por uma ampliação na participação popular na administração do poder político. Segundamente, uma vez instaurado o ideal deliberativo, é à sociedade civil que se deve o maior contributo ao contínuo aperfeiçoamento da democracia procedimental, apontando acertos e se esforçando para correção de erros, evitando, assim, que o modelo se corrompa hibridizando-se com falhas típicas do sistema representativo (HABERMAS, 1997). Em outras palavras, é a sociedade civil que possui a responsabilidade de evitar a desnaturação do ideal deliberativo sendo, por isso, parte integrante das engrenagens político-discursivas do modelo habermasiano.

Ocorre que o comportamento desta sociedade civil experimenta grande transformação ao final do século XX com a revolução tecnológica; a lógica das pressões ao sistema se altera de maneira drástica: no lugar de protestos nas ruas, potencialmente violentos e dispersos, a atuação precisa e organizada através das mídias sociais, reduzindo o grau de exposição, e consequente

fragilidade dos envolvidos, e maximizando o alcance das reivindicações por maior acesso aos ambientes formais de poder. É, na lógica discursiva, reservada à sociedade civil organizada a responsabilidade de polinizar seu entorno, criando espaços para solidificação das opiniões de seus componentes e refinamento dos argumentos a serem utilizados nas deliberações.

Com efeito, quando se analisa o histórico da Esfera Pública brasileira, o que se percebe é uma miríade de avanços tímidos e retrocessos desastrosos, *pari passu* à solidificação de uma sociedade civil vívida e atuante. Da potencialização de uma opinião pública durante o período abolicionista, retraída posteriormente na República, ao Governo Vargas e a inclusão de novas classes sociais surgidas da concessão de certos direitos e uma certa calma pós 1946, um cenário tempestuoso defluiu do Golpe de 1964 aos dias atuais, gerando uma Esfera Pública Geral existente, mas tumultuada, longe do consenso, quase totalmente infrutífera para as ambições deliberativas.

A Esfera Pública Brasileira tem composição variada e variante, sendo notório que a exclusão, ainda atualmente, é tida como regra, se desdobrando na “convocação” de apenas alguns *eleitos* para o problematicamente já escasso debate público. Saliente-se que esse debate envolve temas pré-selecionados, porém não conforme a prioridade social da discussão e posterior efeito da tomada de decisão, mas em decorrência da influência de fatores externos incompatíveis com os objetivos de desenvolvimento perseguidos pelo núcleo férreo do chamado “Estado Democrático Solidário de Direito” que estrutura-se “na ideia nuclear da democracia, a qual é instrumentalizada pela cidadania, como mote primordial de inserção de seus sujeitos

sociais” (ARAÚJO, 2018, p.148) e, especialmente a solidariedade enquanto “válvula de transmissão das melhorias nas condições de vida das pessoas e na ampliação das possibilidades” (ARAÚJO, 2018, p. 150).

Contudo, no mais das vezes, é a economia e um deturpado e oportunista “mito do progresso” (DUPAS, 2007) que orientam, ao revés do núcleo axiológico da Constituição de 1988 – a solidariedade – essa seleção de temas levados às discussões públicas. Propulsionam-se assim processos de despolitização das massas que induzem a ideia de que, nas sociedades modernas, seria legítimo – e racional – considerar que “um processo de formação da vontade política deve abdicar de questões práticas que interessam ao cidadão e conformar-se com decisões plebiscitárias restritas a temas tais como ‘quem será o novo chefe de Estado’ (DUPAS, 2007, p. 77)”. É a isso que Morais (2002, p. 54) chama de “fantochização da democracia”, situação na qual são negadas ao cidadão alternativas reais de escolha em função de contextos econômicos e pautas do capitalismo financeiro. Morais (2002, 54) aduz ainda que:

[...] se estabelece um estereótipo de desdiferenciação de propostas, de desidentificação de candidaturas, etc., conduzindo o cidadão a um processo de apatia política [...] quando a incerteza, própria do jogo político eleitoral, produz o pânico econômico e se a este cabe a função de estabelecer as pautas políticas [...] a representação política cede espaço às certezas econômicas e defaz-se o espaço próprio da política e de seus mecanismos, entrando em cena seu substituto, a “mão invisível do mercado” [...] com suas res-

postas receitas para as quais descabe a dúvida e impõe-se caminhos únicos de salvação.

Dessa forma, o princípio inclusivista, embora entrelaçado geneticamente com o ideal deliberativo, como se viu acima, torna-se, no contexto de uma democracia representativa em síncope, um recauchutado recurso das elites para falsear aberturas ao público, que, por sua vez, atua coreograficamente, segundo um roteiro lacônico, porém eficiente e seu projeto de “colonização econômica” (MORAIS, 2002, p. 47).

Trata-se de uma democracia que, não satisfeita em ser avessa à participação das massas, ainda se vale de um discurso sofregamente adulterado como forma de perpetuar o poder concentrado mediante, ademais, a seleção dos temas a serem objeto da discussão, promovendo e acentuando, assim, o “déficit democrático” através da “infantilização” dos atores envolvidos nos processos decisórios (MORAIS, 2002, p. 44). No Brasil, não há integração das Esferas Públicas, como pretende o modelo de Habermas e as contribuições de Nancy Fraser, mas uma tendência à hierarquização não apenas do poder em sentido estrito, mas também da opinião que legitima esse poder.

Desse quadro, surge a questão: Como se comportam as estruturas invisibilizadas da decisão política?

Como resposta à dilatabilidade Esfera Pública Seletiva, são configuradas as Esferas Públicas Subalternas, adequadamente ecléticas, que, desde os movimentos contestatórios da República Velha, se organizaram oferecendo ao sistema político uma outra face. Trata-se de uma resistência difusa, que não se realiza no bojo da sociedade, às claras, e sim periféricamente, porém não deixan-

do de atuar de modo transversal, translucidamente, perpassando, pois, pelo âmago dos centros de poder, ora com violência, ora por meio de brechas nas estruturas da Esfera Pública Seletiva.

Feito o esclarecimento, no que pese a força do movimento abolicionista, que contou com a participação na formação do discurso dos mais marginalizados indivíduos, os escravos, foram os operários, enquanto classe política contestatória emergente em um Brasil fundiário, que fizeram as mais significativas pressões por espaço de fala, enfrentando, nesse intento, a repressão violenta das instituições de poder verticalizado.

Jornais anárquicos, bares clandestinos, greves recorrentes e mesmo recursos a um Judiciário capenga, mas institucionalmente mais acessível que os demais poderes, são alguns dos elementos dessa esfera pública operária, que logo se alarga, recebendo outros setores igualmente distanciados, e também se torna mais ativa e organizada, ao experimentar um aumento nos canais de repreensão nos idos dos Anos de Chumbo, isto é, pós AI-5, o que revelou uma incrível habilidade para reinvenção.

Tal ampliação toma ares de imparável quando da re-democratização, no qual novos atores passam a intermediar o processo democrático e forçar a ruína da seletividade da Esfera Pública. A esse respeito Perlatto (2015, p. 131), sobre o período pós regime e perscrutando o porvir, se pronuncia no sentido de que:

A Constituição de 1988 apareceu como o coramento de uma conjuntura de intensa mobilização da sociedade civil, constituindo-se como elemento decisivo para as lutas que tiveram curso nas décadas seguintes pela democratiza-

ção da esfera pública brasileira [...] **a internet tem contribuído para a configuração de diferentes formas de interação por parte das organizações cívicas, gerando conhecimento técnico-competente, memória ativa, recursos comunicativos, exigência de prestação de contas e solidariedade à distância, facilitando a operacionalização de formas variadas de participação em âmbitos distintos e expandindo o diálogo entre diferentes atores da sociedade** (grifo nosso)

A Rede, dessa maneira, pode ter a solução para esse problema, trazendo luz aos que esperam, silenciados, na escuridão dos recônditos do Mundo da Vida, debaixo das “marquises” da esfera pública e, portanto, alijados de sua cidadania. Pode, claro, danificar ainda mais a cidadania na medida em que “há indícios que nos fazem pensar que debates se introduzem nas redes em muitas ocasiões por meio de estruturas organizadas e de agentes que desejam orientá-lo e priorizá-lo em função de interesses ocultos” (CALLÉJON, 2018, p. 696).

Todo modo, é possível perceber o impacto social da Internet nas massas, que crescentemente têm garantido o acesso às redes sociais, de maneira que ignorar sua análise no contexto do alargamento da Esfera Pública seria leviano, uma vez que é crucial refletir que “a apelação às próprias redes como mecanismo de legitimidade e representatividade, potencializando movimentos populistas e antidemocráticos” (CALLÉJON, 2018, p. 692). Será o Brasil terreno fecundo para uma Ciberdemocracia ou se ainda é mais benéfico manter o poder alheio às benesses e aos cataclismas do ciberespaço?

O EFEITO AGLOMERATIVO DA CIBERDEMOCRACIA: AS INICIATIVAS CROWDLAW E A POSSIBILIDADE DE DESESTRATIFICAÇÃO DAS ESFERAS PÚBLICAS

Realizou-se esforço conceitual nos tópicos anteriores ao se definir e contextualizar as categorias Mundo da Vida, EsferaS PúblicaS e Sociedade Civil; estes esforços, agora, deverão ser redobrados, considerando a necessidade de evitar que ciberdemocracia, cibercidadania e cibercultura sejam entendidos como mera prefixação das grandes categorias democracia, cidadania e cultura e não como decorrências da edificação do chamado ciberespaço.

A relação de derivação, inclusive semântica, é inegável, porém, há indiscutivelmente distâncias no *modus operandi* de cada uma destas categorias (MUÑOZ, 2009). Exemplos talvez sejam a melhor maneira de desnublar o cenário digital, do qual procedem os mecanismos tecnodemocráticos como o moderno *crowdlaw*, de maneira que o entendimento da estrutura fundamental do ciberespaço é que será discutido neste tópico, realçando, neste processo a reinvenção da engenharia-política, que passa a ser digitalizada.

No *Facebook* e nas suas mais diversas comunidades virtuais, política, religião, arte, direito, filosofia e literatura são assuntos recorrentes (ÂNGELO, 2019). Como também o são em toda sorte de *smartphones* equipados com aplicativos como *Instagram*, *Twitter*, *Whatsaap*, *Linkedin* que prometem uma maior conexão entre as pessoas e, paradoxalmente, endossam o individualismo e a solidariedade social. Nesses mesmos dispositivos, e em outros tantos computadores

personais, navegadores como *Google Chrome, Firefox, Safari, Opera etc.* ofertam ainda mais possibilidades: ao alcance das teclas, os toques descortinam, por meio de buscadores como *Google Search* e do *Baidu*, o solapado Mundo da Vida, ofertando, assim acesso instantâneo a elementos da cultura passada, presente e prognóstica; seria aproximativo falar em uma “mixagem” da temporalidade social, que passa a representar, nas palavras de Lévy (2010, p.116) uma “implosão cronológica” que dá margem a uma “seleção cultural” análoga à seleção biológica.

Esse aparente controle do tempo – e consequentemente da memória e da identidade – naturalmente reconstrói a percepção do mundo e dos sujeitos. Do dogma de uma única realidade, migra-se para concepções dualísticas, às vezes exigindo um salto imprevisto para planos multidimensionais. A análise passa a se concentrar nas camadas do real coexistindo com indícios de uma ficção que, se na mesma proporção e ao mesmo tempo, ganha espaço no “mundo das coisas”, retira desse mundo seus caracteres definidores, inclusive os referenciais dos indivíduos, redirecionando-os. O ciberespaço transforma as palavras escritas no *hipertexto*, o som e a imagem se reinventam no *audiovisual* e na *multimídia*, os transportes se tornam apenas convenientes e não mais necessários, pois as distâncias foram reduzidas por chamadas via *Skype* em tempo real, a imersão da azo ao metaverso.

Cada uma das plataformas digitais modernas, os *apps* que condensam as redes sociais e fornecem uma série de serviços, a série de *plugins* que montam a interface do virtual, os *bits* que compõem as informações – inclusive financeiras –, poderiam ensejar uma análise singularizada de seus impactos na macropolítica.

No caso brasileiro, por exemplo, alguns aplicativos utilitários já inspiram a elaboração de estratégias resolver e antecipar problemas; veja-se o caso da regulamentação de aplicativos como *Uber* e *Cabify* na seara trabalhista e tributária, e plataformas de conteúdo aberto com o *Blogspot* e o *Tumblr*, ambas em constantes embates com as liberdades individuais. Este tópico, a fim de evitar o risco da exaustão, centraliza a preocupação nas estruturas do ciberespaço que mais tendem, ou a demandar, ou a inaugurar, ambientes de discussão multitemáticos.

Em relação a esses espaços, nos quais é controversa a intervenção direta do Estado, é inevitável ao menos que institucionalmente se possa ter conhecimento de sua existência e de seu poder de mobilização social. Ignorar o impacto político da tecnologia seria admitir a falência do aparelho estatal; dar margem à anarquia em razão da incapacidade de reinvenção da democracia geraria danos irreparáveis. Como observa Callejón (2018, p. 693) a respeito das redes sociais:

[...] Apesar de que estas como instrumento tenham sido e continuem sendo uma esperança para o aprofundamento democrático, produz-se um paradoxo devido a forma como se configuram até o momento. Uma autêntica contradição entre o que se esperava delas e o que fazem e que tem sua explicação no fato que as redes, **embora abram amplos processos comunicativos e eventualmente participativos, não têm uma estrutura democrática participativa em sua configuração** [...] é difícil esperar que possam contribuir para serenar o debate público e facilitar a participação democrática na solução dos problemas sociais (grifo nosso).

Ainda assim, no contexto do ideal deliberativo a Esfera Pública, portanto, as redes sociais, mesmo deficitárias em diversos aspectos, geram um alargamento que consegue ser útil para evitar as sobrecargas dos processos comunicativos e canalizar tensões sociais. Os dados se movem de maneira veloz, ainda mais desordenada, o que demanda, evidentemente, uma atualização estrutural desse espaço discursivo – o ciberespaço –, considerando uma recém rearrumada linguagem que inaugura uma nova forma de comunicação.

Poder-se-ia, diante do comentado acima, apontar que o Ciberespaço desponta como uma nova Esfera Pública Seletiva transportada apenas para a dimensão digital; ou ainda, apontá-lo com propulsor do surgimento de outra série de Esferas Públicas Subalternas. De maneira mais extrema, o Ciberespaço poderia ser acusado de fazer emergir uma elite virtual com o domínio dos sistemas político, econômico e, preocupantemente, o informacional. Não se descarta, pois, do alerta de Dupas (2007, p. 87) no sentido de que “as realidades virtuais não substituem as crenças reais” de maneira que “nas redes virtuais há apenas ilusão de intimidade e simulacro de comunidade”.

Mas, em verdade, o movimento que se observa em relação à produção legislativa é mais otimista – mesmo em uma visão crítica – no sentido de que a Rede intermedia satisfatoriamente os dados do Mundo da Vida e a própria transmissão à Esfera Pública Geral, agora reunificada, de maneira a eliminar as tendências hierarquizantes. As bem-sucedidas aproximações entre Governo e Sociedade nas iniciativas *crowdlaw* e *crowdsourcing* – o primeiro constituindo um esforço para confecção de leis com o auxílio da comunidade e o segundo funcionando com repositório de

ideias – ilustram bem esse efeito aglomerativo, não livre de uma gradação de problemas. Farias (2012, p. 74) aponta com lucidez que:

A Esfera pública em redes permite trabalho colaborativo de várias maneiras. Por exemplo, indivíduos podem monitorar e desvirtuar o poder da mídia convencional, assim como organizar ações políticas. Por meio das diversas formas de acesso à internet, indivíduos e grupos estariam mais aptos a observar, relatar, comentar e analisar fatos, exercendo enfim as funções de agentes de mídia com capacidade de atrair a atenção pública para os diversos assuntos políticos

Representativamente, as *Fakenews* e, mais recentemente, a utilização política da técnica chamada *Deepfake*²¹, trazem desafios aos métodos inibitórios do ciberespaço (SANTAELLA, 2021). Isso converte este ambiente em local perigoso, potencial desencadeador de uma crise comunicativa – ou crises comunicativas o que o torna impróprio para realizar a deliberação (CALLEJÓN, 2018). Esses temores sobre as novas tecnologias não são recentes e remontam significativamente aos primórdios da Revolução Industrial, momento no qual foi introduzida uma preocupação instintiva com a iminente superação do homem pela máquina.

21 Trata-se de uma forma de distorcer imagens com o auxílio de instrumentos de inteligência artificial. Consiste, em linhas gerais, em transpor com perfeição rostos e sincronizar discursos alheios, dando margem a um falseamento da realidade em níveis alarmantes, o que, notoriamente, pode prejudicar sobremaneira a formação da opinião pública e revelar, por conseguinte, as fragilidades da deliberação por meio do ciberespaço e de suas estruturas.

No caso da inserção de mecanismos tecnológicos na decisão política, preocupa-se com a superação das decisões do homem – em prol do coletivo, no mais das vezes – por decisões da máquina – em prol do desconhecido desejo do ser inanimado de rebelar-se incompativelmente com sua função subserviente – como ilustrado por filmes e livros, como o *blockbuster* “O Exterminador Do Futuro” e o *bestseller* “Androides Sonham Com Ovelhas Elétricas” de Phillip K. Dick. Afora o temor de que, amalgamado com a máquina, surja um novo homem, novo enquanto espécie, se constituindo ameaçadoramente como potencial “agente da extinção”.

Haja vista ser a informatização, a expansão da cultura do computador pessoal, o estímulo à conexão à Rede e a criação de aplicativos em série para suprir e criar, produtos diretos da reinvenção do capitalismo, não podem ser ignoradas essas tensões, que são transportadas para o ciberespaço e constituem empecilhos à lógica ciberdemocrática.

Ainda assim, a ciberdemocracia, não se coloca como uma opção, mas como uma realidade – que lida com realidades –, de modo que cabe orientar-se dentro desses meandros digitais, se comportando como polímatas que veem como uma exigência moderna a reinvenção legislativa, por exemplo, para garantir o equilíbrio multipolar governo-sociedade.

A integração das Esferas Públicas Subalternas – sua desestratificação – é possível ao se considerar a variável técnica – a as próprias tecnologias – como determinante na configuração dos comportamentos da sociedade civil, orientados pelo sentido de

uma inteligência coletiva, enquanto categoria emancipatória, por intermédio das iniciativas *crowdlaw*.

Anteriormente, já se esboçou o que designa a expressão *crowdlaw*. O que se pretende agora é perscrutar brevemente o que significam as iniciativas *crowdlaw* no contexto brasileiro, principalmente no que se refere à recente e recentíssima consulta pública para reforma da Lei 9.610/98, respectivamente realizadas em 2010 e em 2019, utilizando *sites* governamentais. Noveck (2018, p. 366) enfatiza que:

Crowdlaw differs in quantity and quality from earlier forms of public participation, first, because it is institutionalized and has the potential to impact how power is wielded, money spent, and decisions made. Second, crowdlaw focuses on obtaining expertise and ideas instead of opinions. It is not merely a form of better opinion polling or a way to win supporters for party political causes but designed to bring collective intelligence to bear to solve problems. Third, crowdlaw emphasizes the institutional design needed to be able to digest all collected knowledge not merely the design needed for individuals to participate. Fourth, although it takes different forms, crowdlaw processes generally involve ceding some control over some aspect of policymaking, at least in part, to a more diverse audience. Many of these platforms are still little more than glorified electronic suggestion boxes, but they are aiming eventually to change the

institution and render it more democratically accountable²²

Dessa feita, segundo o InovaGov, com base no *CrowdLaw Catalog*, organizado pelo GovLab, sete das quinze experiências latino-americanas com as práticas de *crowdlaw*, são realizadas no Brasil, sendo algumas delas, como o Colab.re – uma chamada “rede social da cidadania” que permite a população levar ao debate e efetivamente debater temas de interesse público –, e o E-Democracia – espécie de portal que permite, inclusive, via plataforma denominada *WikLegis*, ainda em versão beta, aprimorar projetos de lei – altamente dependentes de ferramentas digitais integradoras e outras tecnologias específicas como os *smartphones* e *tablets*.

O sucesso do Colab.re pode ser ilustrado em linha do tempo de premiações disponível no próprio site da iniciativa; o Colab.re, em 2013 foi eleito o melhor aplicativo urbano do mundo pela New Cities Foudation; já em 2014 foi eleito o negócio mais

22 Em tradução livre: “Crowdlaw difere em quantidade e qualidade das formas anteriores de participação pública, primeiro, porque é institucionalizado e tem o potencial de impactar como o poder é exercido, o dinheiro gasto e as decisões tomadas. Em segundo lugar, o crowdlaw se concentra na obtenção de conhecimentos e ideias, em vez de opiniões. Não é apenas uma forma de melhor pesquisa de opinião ou uma maneira de ganhar apoiadores para causas político-partidárias, mas projetada para trazer inteligência coletiva para resolver problemas. Terceiro, o crowdlaw enfatiza o projeto institucional necessário para ser capaz de digerir todo o conhecimento coletado, não apenas o projeto necessário para a participação dos indivíduos. Quarto, embora assuma formas diferentes, os processos de crowdlaw geralmente envolvem a cessão de algum controle sobre algum aspecto da formulação de políticas, pelo menos em parte, para um público mais diversificado. Muitas dessas plataformas ainda são pouco mais do que caixas de sugestões eletrônicas glorificadas, mas visam, eventualmente, mudar a instituição e torná-la mais democraticamente responsável”

criativo do Brasil; em 2018, foi selecionado pelo Departamento de Estado Americano como uma das 16 melhores empresas do mundo para implementar os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU; em 2020 recebeu o selo GovTech do BraziLab; e em 2021 foi eleita uma das 21 GovTechs mais promissoras do mundo pelo State Up. Do mesmo modo, há o *WikiLegis*, que investe em um *design* interativo para receber as contribuições (Figura 1), valorizando, assim a interface, elemento extremamente importante para evitar que estes espaços digitais sejam somente frequentados por um certo público mais especializado.

Figura 1 – Homepage do WikiLegis



Fonte: WIKILEGIS: Disponível em: <https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/>
Acesso em: 15 ago. 2022.

Quando se fala em evitar que um público especializado intervenha nessas iniciativas, não se quer, de todo, afastá-lo; há espaço e é necessário construir canais que contem com especialistas nas temáticas tratadas e que, ao mesmo tempo, consigam sincronizar a posição de destinatários das leis confeccionadas ou reformadas e a postura técnica do observador, quando esta for requisitada.

Contudo, a intenção das iniciativas supracitadas é, em um primeiro momento, evitar reforços a manutenção da Esfera Pública Seletiva no ciberespaço e que, assim, se ludibriem os indivíduos mediante a “outorga” de uma falsa cidadania discursivamente construída, desarmando-os ao desarticular a sociedade civil e obstar a proliferação das Esferas Públicas Subalternas paralelas ao poder. Soma-se às já citadas preocupações com o modelo ciberdemocrático, este importante aspecto, que demanda correção imediata.

No tocante às reformas da Lei Autoral, necessárias, dentre outros motivos, para funcionalizar os direitos autorais, isto quer dizer, reconecta-los com a sua intrínseca função social (SOARES; CIRILO, 2021), uma intensa participação da sociedade civil é bem-vinda, principalmente ao partir da ideia de que qualquer mutação nas prerrogativa de autores e intérpretes, influencia no direito de acesso à cultura e, portanto, impacta em toda a coletividade. Nesse sentido, Reis e Pires (2011, p.216) colocam que:

Atualmente, há um movimento cultural, acadêmico e social, que vem ganhando cada vez mais força e que busca a alteração na Lei 9.610/98 [...] Com a atuação do referido movimento, o Governo Federal, através do Ministério da Cultura, após ouvir as partes interessadas em diversos seminários a nível nacional, elaborou um anteprojeto de lei que visa justamente alterar a atual Legislação, de modo a inserir aspectos que visem, entre outras coisas, promover um equilíbrio entre os interesses do autor e da sociedade nos moldes do direito de autor funcionalizado.

A consulta de 2010, apesar de não ter produzido a esperada reforma, mobilizou, como anotado acima, setores da sociedade civil. No que ora se discute, isto tem mais relevância que a efetiva alteração em dispositivos pontuais da legislação consolidada. Uma série de associações se comprometeu efusivamente com a reforma, como a Associação Brasileira de Editores de Livros Escolares (ABRELIVROS), o Conselho Brasileiro de Entidades Culturais (CBEC), a Câmara Brasileira do Livro (CBL), o Instituto dos Arquitetos do Brasil (IAB), a União Brasileira de Escritores (UBE), o Grupo de Estudos em Direito Autoral e Informação (GEDAI). Estes atores já eram, entretanto, esperados.

Por outro lado, são surpreendentes contribuições como a da Santa Casa de Misericórdia de São José do Rio Pardo. A solicitação foi a modificação do artigo 68, § 4º da Lei consignando, em tom de revolta, que “ninguém vai a médicos, dentistas e ambulatórios de hospitais porque tem TV ou som e sim por indicação, mérito, portanto não atrai novos pacientes”²³. Na mesma linha, a Organização Nacional de Cegos do Brasil (ONBC) utilizou a oportunidade para apontar a necessidade de a lei autoral precisar em seu texto quem são as pessoas com deficiência visual nos termos da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Decreto nº 6.949/09) e quais direitos devem ser a ele reconhecidos no âmbito das exceções ao exclusivo autoral.

Uma lista de contribuições de pessoas físicas também foi indexada no portal para reforma da lei. Cada uma delas possui um claro desejo de participação, negado em quase todo

23 Todas as citações feitas a seguir se referem a documentos que podem ser encontrados no site da Consulta Pública para Modernização da Lei de Direitos Autorais (<http://www2.cultura.gov.br/consultadireitoautoral/propostas/>)

o tecido social, mas que digitalmente se satisfaz. Há não apenas contribuições, mas solicitações diversas de explicações sobre os porquês de certos dispositivos, indicações bibliográficas à comissão responsável pelo projeto e, como citado acima, o aproveitamento do espaço para protestos.

No concernente à proposta de reforma de 2019, é cedo para fazer conjecturas, se será ou não repetido o êxito discursivo e o fracasso do produto da última consulta. Aberta desde o dia 28 de junho de 2019 por iniciativa do Ministério da Cidadania através da Secretaria Especial da Cultura, teve duração de sessenta dias tendo sido realizada não em uma plataforma interativa como a anterior, mas via email.

Saliente-se que, conforme a pesquisa realizada pelo InternetLab intitulada “A Tale Of Two Consultations: Online Participatory Practices In Brazil”, o momento não é mais o mesmo. Beatriz Kira, Juliana Ruiz e Mariana Valente (2017, p. 4) salientam que “os processos participativos estão passando por um declínio no Brasil. Após a euforia do início da última década, a abertura dos processos políticos às contribuições sociais relevantes é cada vez mais rara e formal, deixando de gerar impactos reais sobre as políticas governamentais”²⁴.

Dessa forma, a atual consulta rema contra a maré. Retrocede-se. Enredar o máximo de cidadãos em uma discussão é condição *sine qua non* para que, enraizando-se, possa o ideal deliberativo, mudar o *statu quo* da democracia brasileira. Uma

24 No original: “Participatory processes are experiencing a decline in Brazil. After the euphoria at the beginning of the last decade, the opening of political processes to relevant social contributions is increasingly rare and formal, without generating real impacts on government policies.”

reforma às portas fechadas que hipocritamente se rotula de participativa por receber e selecionar e-mails *somente* contribui para arcaísmos incompatíveis com uma ciberdemocracia planetária que se insinua a cada clique.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia deliberativa expressa uma aproximação entre ideal e realidade, isto é, os processos políticos passam a ter relevância enquanto *processos* e não apenas como produtores de um *resultado*. A grande relevância está no fato de que o modelo deliberativo permite uma retomada da ideia de que, em uma sociedade pluricontextual, menos dependente do Estado e, portanto, heterônoma, a participação é um elemento crucial para o planejamento e execução de políticas públicas. O modelo deliberativo consegue produzir um *efeito legitimador*, o qual Habermas se refere como sendo a *racionalização das decisões políticas*. Por isso, neste artigo, foi apontada sua utilidade como alicerce das iniciativas, no campo do processo legiferante, do *crowdlaw*.

O voto não consegue contornar obstáculos práticos, sendo, na maior parte das vezes, um elemento que mais marginaliza o cidadão do que o inclui na vida política. A *viragem* para uma democracia deliberativa se mostra necessária para garantir maior permeabilidade do poder público em relação às demandas da sociedade civil e contornar, estrategicamente, crises institucionais, funcionais e políticas de um Estado que precisa lidar com fenômenos como a formação de centros de poder alternativos e a atribuição de direitos a novas categorias de indivíduos, tornados sujeitos. É o que vem acontecendo no Brasil.

Muito se falou sobre o modelo habermasiano de democracia deliberativa e suas promessas de complementação à democracia representativa em crise mediante a coalisão de suas categorias “Mundo da Vida” e “Esfera Pública” e as possibilidades trazidas pelos espaços *online*. Este artigo, entretanto, encerra-se com desesperança.

O Brasil é marcado por uma Esfera Pública flutuante, que ora se alargou, ora se recolheu, reforçando uma democracia cerrada nas elites. Subalternos, os marginalizados se organizam como podem e emitem suas opiniões com cochichos que dificilmente se reverberam para além dos nichos. Periféricamente, o poder se decompõe, as políticas públicas se esfacelam. A desestratificação social se torna um sonho distante.

O Brasil deixa gradativamente de ser o país cuja Esfera Pública perdia a alcinha de seletiva a cada nova incursão pelo ideal deliberativo. O esmorecimento das iniciativas *crowdlaw* e sua substituição por uma verticalização sutilmente agressiva marcada pela falsa transparência revelam as velhas estruturas do poder que, das sombras, retornam à cena no afã da retaliação.

O modo como se realiza a consulta pública recente para reforma da lei de direitos autorais é um indício desse recuo alarmante e também a prova cabal que o Estado, associado à empresas e corporações de *lobby*, vampiriza a ciberdemocracia, dela sugando o princípio inclusivo. O ideal deliberativo, decrépito, se vê domado, engaiolado, acuado, sendo somente invocado quando conveniente a uma retórica política bem ensaiada.

Persistem, entretanto, plataformas como o Colab.re e o E-democracia, que demonstram que as possibilidades de revisão

do modelo representativo estão latentes. A qualquer instante, poderá irromper da sociedade civil um coro pró democracia. Essas vozes, cada qual com sua individualidade, terão tons metálicos, tiques robóticos, e, certamente, e originarão de um *laptop* ou de um *smartphone* conectado à Rede para retomar, impondo a força do digital, o diálogo.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago Novaes. **E-Ágora: métodos e algoritmos para a construção da opinião pública no contexto da teoria da democracia deliberativa.** 2019. 283f. Tese (Doutorado em Engenharia Elétrica – Faculdade de Engenharia Elétrica e de Computação. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2019.

ARAUJO, Jailton Macena de. Constituição, cidadania e trabalho: premissas para o reconhecimento de uma racionalidade estatal pautada na solidariedade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n. 52, p. 134-158, 2018.

CALLEJÓN, Francisco Balaguer. As duas grandes crises do constitucionalismo diante da globalização no século XXI. **Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]**, v. 19, n. 3, p. 681-702, 2018.

COLAB.RE. **Colab.Gov: a solução completa para a gestão de relacionamento com o cidadão.** 2022. Disponível em: <https://www.colab.re/gov>. Acesso em: 20 fev. 2022.

DUPAS, Gilberto. O mito do progresso. **Novos estudos CEBRAP**, n. 77, p. 73-89, 2007.

FARIAS, Cristiano Ferri Soares de. **O Parlamento aberto na era da internet: pode o povo colaborar com o legislativo na elaboração das leis?** Brasília: Edições Câmara, 2012.

FLORES, Elio Chaves; CAVALCANTI, Joana D'Arc de Souza. O fardo da legitimidade: a democracia para além dos parlamentos. **Prim@ facie**, [s. l.], v. 5, n. 9, jul./dez, p. 64-72, 2006.

GOVLAB. **Crowdlaw Catalog**. Disponível em: <https://catalog.crowd.law/>. Acesso em: 19 jan. 2022.

GUTIERREZ, Gustavo Luis; ALMEIDA, Marco Antonio Bettine de. Teoria da Ação Comunicativa (Habermas): estrutura, fundamentos e implicações do modelo. **Veritas**, v. 58, n. 1, p. 151-173, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade vol. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KIRA, Beatriz; RUIZ, Juliana; VALENTE, Mariana. **A tale of two consultations**: online participatory practices in Brazil. 2017. Disponível em: <https://www.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2017/06/Research-Brief-Brazil.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021

LÉVY, Pierre. **As Tecnologias da Inteligência**: o futuro do pensamento na era informática. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIMA, José Edmilson de Souza; KOSOP, José Covaia; O agir comunicativo inserido no consenso democrático: incursões do campo jurídico no contexto social a partir de Jurgen Habermas. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 23, n. 2, p. 10-25, 2019.

MORAIS, José Luis Bolzan de . **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos direitos humanos**. Livraria do Advogado Editora, 2002.

MUÑOZ, Eloísa Díaz. Internet: los retos de la ciberdemocracia. **Revista Internacional de Pensamiento Político**. I Época. v. 5, p. 249-260, 2010.

NOVECK, Beth Simone. Crowdlaw: Collective intelligence and lawmaking. **Analyse & Kritik**, v. 40, n. 2, p. 359-380, 2018.

PERLATTO, Fernando. Seletividade da esfera pública e esferas públicas subalternas: disputas e possibilidades na modernização brasileira. **Revista de Sociologia e Política**, v. 23, p. 121-145, 2015.

SANTOS, Rafael Padilha dos; PILAU SOBRINHO, Liton lanes. A Política Deliberativa e a Esfera Pública no Pensamento de Jürgen Habermas. **Prim@Facie: Marxismo, Teoria do Direito e Filosofia - Tomo II, [s. l.], p. 01-43, 2014.**

SANTAELLA, Lucia. As irmãs siamesas fake news e pós-verdade expandidas nas deepfakes. **TECCOGS: Revista Digital de Tecnologias Cognitivas**, n. 23, 2021.

SOARES, Matheus Victor Sousa; CIRILO, Thalia Ferreira. Os alicerces do sistema autoral do estado democrático de direito: diagnose e prognose do conteúdo mínimo dos direitos autorais. *In: Congresso de Direito de Autor e Interesse Público, 14, 2021, Curitiba. Anais[...]* Curitiba: GEDAI Publicações, 2021, p. 301- 324.

TAVARES, Francisco Mata Machado. Em busca da deliberação: mecanismos de inserção das vozes subalternas no espaço público. **Revista Brasileira de Ciência Política**, v. 9, p. 39-70, 2012.

VIEIRA, Mónica Brito; SILVA, Filipe Carreira da. Democracia deliberativa hoje: desafios e perspectivas. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 10, p. 151-194, 2013.

WIKILEGIS. **WikiLegis**. Disponível em: <https://edemocracia.camara.leg.br/wikilegis/>. Acesso em: 20 jan. 2022.

OS SENTIDOS DO *SANDBOX* REGULATÓRIO EM DISPUTA:

ENSAIO SOBRE O JUDICIÁRIO BRASILEIRO,
A INTERPRETAÇÃO PRAGMÁTICA
E A LIBERDADE DE INOVAR
SOB A LENTE DE *ALF ROSS*

» *Juliana Coelho Tavares Marques*

» *Paulo Henrique Tavares da Silva*

O presente ensaio tem como objetivo principal propor um diálogo entre o realismo jurídico de Alf Ross e o Judiciário brasileiro, com enfoque na concretização da liberdade de inovar prevista no artigo 3º, VI, da Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei n. 13.784/2019) ao consagrar que é direito de toda pessoa física e jurídica em território nacional desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente.

O trabalho busca tencionar a concretização do direito, a linguagem e a autonomia, utilizando como lente principal o livro “Direito e Justiça” de autoria de Alf Ross (2000), especialmente quanto às interações entre o direito em ação e os esquemas de interpretação, tendo como pressuposto que os fenômenos jurídicos em sentido estrito (aplicações pelos tribunais) são determinantes para a vigência das normas jurídicas.

A proposta do estudo é discutir e articular os conceitos aplicados na análise do leading case de *sandbox* regulatório da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que teve como projeto piloto a plataforma “GOfit”. Esta plataforma foi o primeiro sistema de delivery de combustíveis (etanol e gasolina) implantado na cidade do Rio de Janeiro, a partir do ano de 2019.

O caso foi escolhido para exame em virtude da miríade de estratégias (jurídicas, de linguagem e até mesmo políticas) que estão presentes nele. Um ponto importante considerado nesta escolha é que estamos diante do primeiro *sandbox* implementado dentro de um mercado ultra regulado como o de petróleo e gás. Com efeito, o *sandbox* regulatório é uma das técnicas mais utilizadas para regulação de inovação. Este modelo de regulação se baseia na criação de um ambiente de condições simplificadas para que pessoas jurídicas selecionadas recebam autorização temporária dos órgãos reguladores para desenvolver modelos de negócio inovadores e tecnologias experimentais. A partir dessa análise o regulador decide como será a nova regulação.

Um outro fator relevante para a escolha do caso foram os diversos posicionamentos judiciais emanados quanto ao caso que permitem uma análise concreta e empírica sobre a liberdade (ou não) de inovar materializada a partir de decisões judiciais, inclusive da mais alta corte do Judiciário brasileiro – o STF.

Finalmente, a opção também se justifica pois coloca em xeque o Direito em seus moldes tradicionais (linear e cartesiano), frente ao paradigma de um mundo 4.0 que tem como pilares principais a velocidade, ambiguidade, complexidade e a incerteza.

Como o judiciário tem concretizado direitos enquanto *player* no jogo da regulação da inovação? É isso que o ensaio se propõe a responder e o faz em dois atos. No primeiro, traça as bases teóricas necessárias para a compreensão da regulação da inovação através da ferramenta do *sandbox* e como o realismo jurídico de Alf Ross pode ser uma lente possível de interpretação do fenômeno jurídico. Em um segundo momento, discute-se as perspectivas do *sandbox* regulatório da ANP a partir da visão do judiciário brasileiro emanada nas decisões judiciais.

Ter-se-á como método de abordagem, notadamente, os instrumentos do realismo jurídico escandinavo, particularmente a maneira como tal corrente de pensamento jurídico compreende o alcance da teleologia. A partir de um caso selecionado, relacionado à inovação no setor de venda de combustíveis, objetivar-se-á identificar uma tomada de posição da maior Corte do país a favor da inovação, muito embora oculta-se tal opção sob o véu do enfrentamento de questões formais acerca da competência regulatória.

Divide-se, assim, o trabalho em três partes. No primeiro momento, estabelecem-se as possíveis relações entre a regulação da inovação e a teoria de Ross acerca da decisão judicial. A seguir, esboça-se o quadro do caso a ser analisado. Por fim, aplica-se à exegese da decisão as categorias do marco teórico escolhido.

Trata-se de um ensaio que aborda tema contemporâneo e necessário na presente quadra histórica brasileira, tão carente de novas formas de exploração dos mercados, representando o Poder Judiciário um componente de importância crucial na tarefa de promover o desenvolvimento econômico.

REGULAÇÃO DA INOVAÇÃO: UM POSSÍVEL DIÁLOGO ENTRE O *SANDBOX* REGULATÓRIO E ALF ROSS

Desde 2010 estamos vivenciando, a nível mundial, a Quarta Revolução Industrial (SCHWAB, 2016), que representa um novo passo na relação entre a sociedade e a tecnologia e é capaz de causar profundas mudanças econômicas, sociais e culturais. A revolução digital é caracterizada por meio da crescente interação entre os meios físico, digital e biológico, através da internet, inteligência artificial, robótica, tecnologias neurais, internet das coisas, *blockchain*, aprendizado de máquina, *big data*, entre outros.

O mundo 4.0 é reconhecido por suas 4 principais características: volatilidade, incerteza, complexidade (infinidade de dados disponíveis e variáveis interconectadas), e ambiguidade (impossibilidade prever comportamentos e situações futuras amparados em decisões passadas). Em decorrência da nova configuração tecnológica, a esfera da economia é reestruturada, e, passa a ser generativa (ARTHUR, 2009): um sistema complexo em constante evolução. Seu foco muda da otimização de operações fixas para a criação de novas combinações e novas ofertas configuráveis, cujos elementos - consumidores, investidores, empresas, autoridades governamentais - reagem aos padrões que esses elementos criam. Em suma: ordem e equilíbrio cedem espaço a abertura e indeterminação e surgimento de novidades perpétuas.

O Direito de tradição linear e cartesiana, com processos burocráticos e demorados, se torna incapaz de garantir equilíbrio econômico e social, e precisa ser redesenhado e repensado em sua

observação e produção normativa em face das novas tecnologias e do novo paradigma da velocidade, complexidade e disrupção que a era digital traz consigo. Com efeito, diversas tecnologias que surgem diariamente não possuem equivalente normativo ou regulamentação específica, o que gera um grande ruído no mundo jurídico.

Nota-se, então, que a velocidade do progresso tecnológico e suas consequências econômicas e sociais ensejam uma nova forma da norma se compatibilizar com a realidade fática, num jogo entre regulação que permita a inovação, mas que também não ponha em risco os seus usuários. As tecnologias disruptivas estabelecem uma agenda urgente de reforma legal para que seja possível gerenciar os riscos e consequências deste novo paradigma.

O descompasso entre a atuação e as novas formas de funcionamento de mercado e da sociedade tem reflexos na intervenção estatal especialmente quanto a sua oportunidade, momento, forma e justificativa. Bennett (2013, p. 6) diagnostica três aspectos que desafiam a normatização estatal: conexão regulatória (harmonização do arcabouço normativo já existente com o cenário fático atual); problema de andamento (risco de regulação abrangente demais ou muito cautelosa, capaz de inviabilizar a tecnologia); e o momento mais eficiente para regulação, se logo quando a disrupção acontece ou se após o seu estabelecimento na sociedade.

A maneira²⁵ mais utilizada a nível mundial, de abordar o desafio regulatório, é através do *sandbox* regulatório²⁶, Banco de Testes Regulatórios ou Ambiente Regulatório Experimental. O modelo de *sandbox* é definido pela Agência Especial da ONU para o Desenvolvimento Financeiro Inclusivo (UNSGSA, 2018, p.1) como “uma abordagem regulatória que permite testes em tempo real de inovações sob a supervisão de um regulador. Novos produtos financeiros, tecnologias e modelos de negócios podem ser testados sob um conjunto de regras, requisitos de supervisão e salvaguardas adequadas”. A ideia é abarcar as novas tecnologias de forma setorial, trazendo-as para um diálogo com o estado sobre as normas que devem incidir ou ser criadas para aquela inovação, a partir do caso em concreto.

Assim, em síntese, o ambiente regulatório experimental é um instrumento voltado para a regulação *a posteriori*. Ou seja: o regulador confere uma autorização temporária para que empresas testem serviços ou produtos com base em limites pré-

25 Segundo a UNSGA (2018, p. 2) “Uma sandbox não é uma panaceia para todos os desafios regulatórios trazidos pela inovação, nem é a única solução. Outras opções incluem uma abordagem de teste-aprendizagem (test-and-learn approach) para experimentar novas ideias em circunstâncias ad hoc em um ambiente ao vivo (por exemplo, agente bancário na Indonésia, Quênia, Filipinas, Ruanda) ou uma estratégia de esperar para ver (wait-and-see strategy) que permite para monitoramento informal de novas tendências antes de qualquer intervenção formal é realizada (por exemplo, empréstimo P2P, criptomoedas). Em comparação com essas abordagens, sandboxes regulatórios são mais estruturados, orientados para o objetivo, e divulgado, mas também mais formalista e uso intensivo de recursos.” (tradução livre)

26 Literalmente a palavra Sandbox significa caixa de areia. “O conceito se assemelha ao de crianças brincando dentro de um parque: elas estão autorizadas a fazer o que quiserem dentro daquele espaço, desde que respeitem as regras e os limites estabelecidos para sua atuação (FILHO COUTINHO, 2018, p. 266).

estabelecidos que são mais flexíveis do que os impostos para as empresas “tradicionais”. Por exemplo: permissão para operar apenas em uma determinada localização, dispensa de observância de algumas regras, concessão de registro especial, modelos de sanção diferenciadas (ou até mesmo inexistência destas). Temos assim, um ambiente de “não direito”, um universo controlado para que o tratamento regulatório definitivo seja feito *a posteriori*, de forma particularizada, mediante um processo de aprendizado que permita a elaboração de parâmetros normativos efetivos e adequados.

Neste sentido, ressaltando a importância dos influxos que o *Sandbox* regulatório traz para o Direito, Feigelson e Leite (2020, posição 2942) “as novas dinâmicas econômicas e sociais que surgem e se proliferam com grande velocidade serão valoradas e normatizadas em tempo real, oportunizando, assim, que o Direito mantenha sua importância na realidade pós quarta revolução industrial”. Essa proliferação normativa certamente acarreta perplexidade nos setores econômicos afetados, não raro gerando demandas judiciais questionando as iniciativas da inovação. Aqui entra em cena o poder judiciário. Lembra-nos Mowery e Rosenberg como foi importante a participação da Suprema Corte Americana ao validar o sistema de patentes no Estados Unidos:

Mudanças na estrutura do sistema de propriedade intelectual dos EUA no início do século XX, assim como o tratamento da propriedade intelectual pelo Poder Judiciário, intensificaram os incentivos às empresas para internalizar a pesquisa industrial como para investir em tecnologias de

fontes externas. Tendo como pano de fundo uma aplicação mais rígida da legislação antitruste, as decisões judiciais autorizando o uso de patentes para criar ou manter posições de poder no mercado também criaram incentivos adicionais para promover atividades de P&D internas. Direitos de propriedade intelectual mais fortes e mais consistentes também melhoraram o funcionamento do mercado de propriedade intelectual, facilitando o uso das instalações de pesquisa internas às empresas para adquirir novas tecnologias. (MOWERY; ROSEMBERG, 2005, p. 31).

Como elaborar uma norma para algo que até então inexistia? Como é possível falar de aplicação, interpretação de normas e predição de comportamentos que proíbam ou permitam algo desconhecido e incerto? Surge, portanto, a necessidade de pensar teorias sobre aplicação do Direito em um cenário de profunda incerteza, a partir de elaborações que abarquem as interações práticas e reais entre tecnologia, direito, sociedade e economia.

É justamente neste ponto em que conseguimos trazer as lentes de Alf Ross (2000), realista escandinavo para auxiliar a traçar proposições preliminares para responder tais questões. Em primeiro lugar, esclarece-se que para Alf Ross o Direito é fato social em termos empíricos, portanto, observável em ação e na prática dos tribunais. Inclusive, são os juízes os destinatários por excelência da norma jurídica (conteúdos que funcionam como esquemas de interpretação).

A inter-relação entre o direito em ação e os esquemas de interpretação é justamente o enfoque do autor ao propor a metáfora do jogo de xadrez:

Em consonância com isso podemos dizer: uma regra de xadrez é vigente, significando que dentro de uma dada co-participação (que compreende fundamentalmente os dois jogadores de uma partida concreta) essa regra recebe efetiva adesão, porque os jogadores sentem a si mesmos socialmente obrigados pela diretiva contida na regra. O conceito de vigência (no xadrez) envolve dois elementos. Um deles se refere à efetividade real da regra que pode ser estabelecida pela observação externa. O outro se refere à maneira na qual a regra é sentida como motivadora, ou seja, socialmente obrigatória. Há uma certa ambiguidade no conceito de “regra de xadrez”. As regras do xadrez carecem de realidade e não existem independentemente da experiência dos jogadores, isto é, de suas ideias sobre certos padrões de comportamento a elas associada a experiência emocional de se acharem compelidos a obedecer. (ROSS, 2007, p. 39).

Assim como uma regra de xadrez compreende dois jogadores de uma partida concreta (esquemas interpretativos dos fenômenos do direito em ação), assim também acontece com o *sandbox* regulatório: a formação do esquema interpretativo se dá *a posteriori*, a partir da experimentação e observação externa, garantindo uma maior possibilidade de serem efetivamente acatadas (socialmente obrigatórias), diante da experimentação no ambiente controlado.

Seguindo ainda os passos de Alf Ross, uma medida legislativa que não traga diretivas aos tribunais não tem relevância jurídica. Para tanto, o teste de vigência proposto por este autor é no sentido de que aceitando o sistema de normas como esquema interpretativo, seria possível prever as decisões dos tribunais, capacitando-nos a compreender os movimentos dos jogadores como respostas com sentido (ROSS, 2007, p. 57). Ou seja, somente nos fenômenos jurídicos em sentido estrito, a aplicação do direito pelos tribunais, é que seriam determinantes para a vigência das normas jurídicas.

Estamos aqui no território daquilo que se costuma denominar de teleologia. E a percepção de Ross acerca do atingimento da finalidade normativa já se inicia desde o primeiro enfrentamento gramatical da norma, a partir do *sensu comum* que embebe a exegese. Aquilo por ele denominado de *considerações pragmáticas*, parte de fatores implícitos (disseminados no ambiente social) e superiores, a partir da ponderação de valores fundamentais que se fazem presentes no momento da subsunção normativa ao real. Aqui é curial destacar que essa abordagem vai mais além daquilo que normalmente se entende por teleologia. Vejamos:

Seria impraticável enumerar ou classificar as possíveis valorações na interpretação pragmática. A interpretação pragmática pode considerar não só os efeitos sociais previsíveis, como também a acuidade técnica da interpretação e sua concordância com o sistema jurídico e as ideias culturais que servem de base a esse sistema. Destacamos, neste ensejo, unicamente, o ponto de vista negativo, a saber, que a interpretação pragmática

não pode ser identificada com a interpretação do ponto de vista do propósito ou linha de orientação de uma lei e que a expressão interpretação teleológica é, portanto, demasiado restrita. (ROSS, 2007, p. 176).

Portanto, tem-se que a interpretação pragmática, na percepção do realismo escandinavo, integra uma multiplicidade valores, e considera mesmo todas as possibilidades admissíveis, não apenas aquela que, supostamente, despontaria diretamente no sentido isolado da norma; pelo contrário, as múltiplas determinações advém da ambiência da norma no sistema normativo. Arremata Ross:

Em resumo, a interpretação pragmática é uma integração de uma multiplicidade de valorações; e o propósito da lei indica somente uma consideração única dentro dessa multiplicidade. Se apesar disso, se prefere usar a expressão interpretação teleológica (em lugar de interpretação *pragmática*), é mister enfatizar que *telos* não designa o propósito isolado da lei individual, mas *pars pro toto* se refere a todas as considerações admissíveis. (ROSS, 2007, p. 177).

É justamente por isso que este ensaio, no próximo tópico, se dedica ao estudo do caso relativo ao *leading case* do *sandbox* regulatório da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP).

PERSPECTIVAS DO SANDBOX REGULATÓRIO DA ANP ENQUANTO FENÔMENO JURÍDICO

No Brasil, a função regulatória e normativa do Estado, além de estar disposta no artigo 174 da Constituição Federal, é também delineada pela Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019²⁷). Este diploma normativo reforça a proteção ao livre exercício da atividade econômica através de uma atuação estatal subsidiária e excepcional.

27 **Art. 1º/ Lei nº 13.874/2019** Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

Art. 2º Lei nº 13.874/2019 São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:
I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; [...]
III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; [...]

Art. 3º Lei nº 13.874/2019 São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] **VI** - desenvolver, executar, operar ou comercializar novas modalidades de produtos e de serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico consolidado internacionalmente, nos termos estabelecidos em regulamento, que disciplinará os requisitos para aferição da situação concreta, os procedimentos, o momento e as condições dos efeitos;

Art. 4º/Lei nº 13.874/2019 É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: [...] **IV** - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco;

Destaque-se que a Lei de Liberdade Econômica insere como conteúdo da liberdade de iniciativa, a liberdade de inovar, ao dispor que é direito de pessoas físicas e jurídicas inserir no mercado novas modalidades de produtos ou serviços quando as normas infralegais se tornarem desatualizadas por força de desenvolvimento tecnológico, bem como, quando configura ser abuso de poder regulatório, redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação tecnológica.

Inclusive, é de se ressaltar que a ciência, tecnologia e inovação no Brasil, gozam de um status diferenciado desde a edição da EC nº 85/2015, que deu nova redação aos artigos 218 a 219-B da Constituição Federal. Fica disposto ser dever do Estado promover o desenvolvimento científico, pesquisa, tecnologia e inovação, voltando-se para a solução dos problemas brasileiros e o desenvolvimento produtivo nacional e regional²⁸, a partir da articulação entre todos os entes federativos e empresas privadas, inclusive por meio de parques e polos tecnológicos.

O modelo de *sandbox* regulatório no Brasil foi uma das inovações legislativas trazidas em junho de 2021, pelo *Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador* (LC 182/2020) que em seu artigo 2º traz a definição legal de “ambiente regulatório experimental” como sendo: “conjunto de condições especiais simplificadas para que as pessoas jurídicas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver modelos de negócios inovadores e testar técnicas e tecnologias

28 **Art. 218** § 2º A pesquisa tecnológica voltar-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

experimentais, mediante o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado.”

Muito antes da autorização legal, esse modelo já era desenvolvido no Brasil. É justamente este o caso do 1º delivery de combustíveis que foi implementado no nosso país, através da plataforma “GOfit” de propriedade da DELFT SERVIÇOS S.A (atual GOFIT INOVAÇÕES TECNOLÓGICAS S.A.) que começou a operar no Rio de Janeiro em outubro de 2019. A ideia da plataforma é que por meio de um aplicativo, o usuário selecione a localização, horário, tipo e quantidade de combustível, em seguida, a empresa verifica a capacidade de atendimento para o abastecimento e envia um mini caminhão tanque.

Ocorre que a ANP, no ano de 2013 havia editado a Resolução n. 41/2013 que em seu artigo 21, VII, vedava expressamente a comercialização e entrega de combustível automotivo em local diverso do estabelecimento da revenda varejista (posto de combustível). Todavia, isto não obstaculizou o início das atividades empresariais, já que a “GOfit” solicitou uma autorização especial à ANP para testar esse projeto piloto.

A agência reguladora, por sua vez, emitiu a Nota Técnica nº 05/2019 de sua Superintendência de Fiscalização do Abastecimento - SFI que concluiu favoravelmente pela conveniência e oportunidade do comércio de combustíveis por delivery, após fiscalização realizada no Posto Vânia de Abastecimento, o qual foi indicado como projeto piloto, a ser acompanhado pela fiscalização da ANP por 360 dias, período em que seria avaliada a necessidade de alteração das normas

hoje vigentes, relativas à comercialização de combustíveis. Nesta oportunidade, também foram determinados critérios e medidas de segurança a serem observadas na implementação do projeto (Proposta de Ação n. 0923/2019), com indicação para celebração de um Termo de Compromisso Autorizativo, bem como firmou-se que a “caixa de areia” seria limitada à Barra da Tijuca, Recreio dos Bandeirantes e Vargem Pequena, todas regiões cariocas.

Como todo modelo de negócio inovador, houve uma forte repressão dos donos de postos de gasolina e até mesmo dos Sindicatos e da Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e Lubrificantes, diante da ameaça de perda de mercado para a nova plataforma de delivery de combustíveis. A revolta foi canalizada para o ajuizamento de diversos processos judiciais, perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro. Destaque-se que os processos continuam em trâmite e até a data da elaboração do presente ensaio estão em fase recursal.

O primeiro deles foi o Mandado de Segurança Coletivo impetrado pelo Sindicato MINASPETRO e tombado sob o n. 5100978-61.2019.4.02.5101. O pedido versava sobre a suspensão da realização do projeto piloto de delivery de abastecimento até que fossem editadas normas regulamentares para tais atividades. A princípio foi concedida a medida liminar sem oitiva prévia da ANP, com fundamentação que demonstrava o desconhecimento do Judiciário sobre o modelo de ambiente experimental, ao decidir que se os varejistas devem seguir uma série de regulamentações, também deveria o modelo de delivery:

Se por um lado é salutar a iniciativa do projeto, que objetiva ampliar a forma de

prestação do serviço às novas tecnologias disponíveis no mercado; por outro, indispensável o estabelecimento de regras e critérios mais detalhados em razão do perigo da atividade, que lida com produto inflamável e explosivo. Ressalte-se que tais aspectos poderiam ter como base, entre outros, a própria regulamentação vigente para o transporte e o abastecimento em posto de combustível, no entanto, a Nota Técnica da SFI resume-se ao acima colacionado. **Nesse sentido, com parcial razão o impetrante, que ressalta as diversas regulamentações às quais os comerciantes varejistas devem seguir para realizarem suas atividades, todas visando à segurança contra acidentes, a proteção do meio ambiente e a saúde das pessoas, além da defesa dos consumidores.** (grifo nosso)

Após oitiva da ANP, em 13/04/2020, a decisão foi reformada com base nas indicações e requisitos presentes no Termo de Compromisso Autorizativo, compreendendo o judiciário que se tratava de um estudo prático e temporário de um projeto piloto que poderia ou não gerar alterações regulamentares. Assim, o juízo da 18ª Vara Federal do Rio de Janeiro decidiu que não havia riscos à segurança ou à livre concorrência:

[...] comprovada a elaboração de requisitos mais criteriosos relativos à segurança para a realização do projeto piloto e a desnecessidade, neste momento, de se estabelecer critérios para a autorização de outros projetos, pois não há empresa interessada, revejo a referida decisão para revogar a liminar concedida para permitir que a ANP possa dar início ao projeto piloto para

delivery de combustíveis, observados os critérios de segurança aos consumidores e proteção ao meio ambiente delineados na presente decisão bem como na decisão liminar ora revogada.

Em 19/04/2021 a Federação Nacional do Comércio de Combustíveis e Lubrificantes ajuizou uma Ação Civil Pública sob o n. 5101009-81.2019.4.02.5101/RJ que mais uma vez, em decisão em sede de tutela de urgência, suspendeu o projeto de *sandbox* da ANP, por entender que houve falha na fiscalização da agência reguladora em relação à segurança para a realização do projeto piloto.

Foi interposto agravo de instrumento de n. 5006826-27.2021.4.02.0000/RJ, que foi julgado em 13/08/2021, pelo Desembargador Guilherme Couto de Castro, do TRF 2. Neste ponto é importante lembrar que durante o transcurso das medidas judiciais, foi aprovada a LC 182/2021, que previu expressamente a possibilidade de as agências reguladoras operarem o modelo de *sandbox* regulatório. Esse foi um dos argumentos trazidos no voto para fundamentar a reforma da decisão de 1º grau e a possibilidade de continuidade do projeto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUSPENSÃO DE PROJETO PILOTO DA ANP. FORNECIMENTO DE COMBUSTÍVEL POR DELIVERY. LIMITES DO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL. IRREGULARIDADES SANADAS. DECISÃO REFORMADA. É equivocada decisão que, em prévio freio à atividade administrativa, determina que a ANP se abstenha de prosseguir com o projeto piloto para *delivery* de combustíveis. Ao que tudo indica, a decisão indiretamente obstou a adoção

do *sandbox regulatório* pela ANP, previsto na LC n.º 182/2021. Por outro lado, farta documentação juntada pela autarquia em princípio comprova a superação de irregularidades apontadas na decisão agravada. O ponto é que, na análise de momento, o desenvolvimento do projeto, autorizado administrativamente por órgão técnico da ANP, no bojo de prévio procedimento de análise de impacto regulatório, não aparenta exorbitar o poder regulamentar da agência. Caso em avançado estágio processual, e tudo será reavaliado em breve, com aprofundamento e exame das questões acrescidas. Reformada a decisão para autorizar a ANP a prosseguir com o projeto piloto para *delivery* de combustíveis. Agravo de instrumento provido.

A tentativa de repressão ao modelo inovador não se limitou aos pleitos judiciais perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro. Foi editada pela Assembleia do Rio de Janeiro, em 25/09/2020, a Lei 9.023/2020 para proibir o serviço de abastecimento de veículos ao consumidor fora do estabelecimento comercial autorizado. A nova legislação ainda determinava a aplicação de multas altíssimas para as empresas que a descumprissem.

O cenário de um executivo despreparado e desgovernado, sem uma atuação consistente a nível nacional, coloca o Supremo Tribunal Federal (STF) no centro de quase todas as decisões e não foi diferente com o caso do *sandbox* da ANP. Foi ajuizada pelo Partido Liberal (PL), em face da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.580/DF, impugnando a Lei 9.023/2020/RJ. Destaque-se que conforme Oscar Vilhena (2008), o fenômeno da ampliação da autoridade

de cortes superiores e tribunais tem sido tendência global. Assim como a hiperconstitucionalização da vida contemporânea, com consequente retração do legislativo e crença de que o judiciário é o guardião da democracia.

No caso brasileiro, o STF tem funções de tribunal constitucional, tribunal recursal de última instância e foro especializado. Assim, para Oscar Vilhena (2008), é possível falar em uma “Supremocracia” com duplo sentido: o primeiro, relativo à autoridade que o STF detém em relação às outras instâncias dentro do próprio judiciário; o segundo, explicita a expansão da autoridade da corte superior em relação aos demais poderes, estando o STF no centro do sistema político. Assim, é que se pode concluir que o STF protege regras, mas também cria, em típico exercício de poder. É do Supremo a última palavra nos mais variados temas da vida brasileira, delimitando, portanto, uma nova arena discursiva e de decisão político-jurídica.

Na ADI 6.580/RJ o diretório do Partido Liberal alegou que legislar sobre combustíveis estaria dentro da competência privativa da União, sendo vedado aos Estados membros elaborar legislação a respeito, razão pela qual a Lei 9.023/2020/RJ padeceria de vício formal. A Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, por sua vez, sustentou que a lei não possuía qualquer tipo de vício, já que versava sobre proibição de atividade potencialmente lesiva ao consumidor e ao meio ambiente, estando, portanto, dentro da competência concorrente entre União e Estados.

É interessante sublinhar que a ANP atuou como *amicus curiae* nesta ADI. A agência reguladora trouxe para o processo informações sobre o seu projeto piloto de *sandbox* regulatório

quanto ao delivery de combustíveis, indicando as medidas de segurança adotadas e que os relatórios de fiscalização até o momento não tinham apresentado nenhuma intercorrência negativa.

A ADI ficou sob relatoria da Min. Carmem Lúcia que julgou procedente a ADI e declarou inconstitucional a Lei n. 9.023/2020 do Rio de Janeiro, deixando prevalecer um modelo de intervenção legislativa mínimo para as atividades econômicas²⁹. Destaque-se os votos divergentes dos Ministros Marco Aurélio e Edson Fachin,

29 **EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 9.023/2020 DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO: VEDAÇÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE VEÍCULOS AO CONSUMIDOR FORA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL AUTORIZADO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE ENERGIA. OFENSA AO INC. IV DO ART. 22 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL RECONHECIDA. AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE.** 1. Instruído o feito nos termos do art. 10 da Lei n. 9.868/1999, é de cumprir o imperativo constitucional de conferir-se celeridade processual, convertendo-se em julgamento definitivo de mérito da ação direta por este Supremo Tribunal o exame da liminar, ausente a necessidade de novas informações. Precedentes. 2. A legislação estadual impugnada com o escopo de coibir a atividade de “delivery de gasolina e etanol” exorbitou sua competência e usurpou competência privativa da União para legislar sobre energia. 3. A matéria das normas impugnadas é regulada pela Lei n. 9.478/1997, pela qual se definem normas gerais sobre a política energética nacional e pela Resolução n. 41/2013 da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP, na qual estabelecidos os requisitos necessários à autorização para o exercício da atividade de revenda varejista de combustíveis automotivos. 4. É inconstitucional norma estadual pela qual usurpada a competência privativa da União para legislar sobre energia e por ela estabelecida regulamentação paralela e contraposta à legislação federal existente, por ofensa ao que se dispõe no inc. IV do art. 22 da Constituição da República. Precedentes. 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional à Lei n. 9.023, de 25.9.2020, do Estado do Rio de Janeiro. (ADI 6580, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-098 DIVULG 21-05-2021 PUBLIC 24-05-2021)

que entenderam que a legislação estadual disciplinaria questão relativa à proteção do consumidor. Vale ressaltar aqui os seguintes pontos da fundamentação do Voto de Sua Excelência a Ministra Relatora:

16. A legislação estadual impugnada teria o propósito de coibir a atividade de *“delivery de gasolina e etanol”*. Mas para os efeitos de controle de constitucionalidade, o que se há de analisar e julgar não é o propósito de legislador, mas a compatibilidade da norma legislada com o paradigma constitucional arguido. A dizer, no caso em exame, deve se verificar se a legislação fluminense teria ingressado em competência privativa da União para legislar sobre energia, tema que precisa de uniformização geral pela predominância do interesse nacional e preservação do pacto federativo.

Ou seja, o voto delimita, a princípio, que o campo de análise seria restrito ao embate da competência para edição de normas atinentes à matéria de comercialização de combustíveis. E, de fato, a maior parte do julgado assim procede. Todavia, há mais outra passagem do julgado onde se deixa transparecer que a iniciativa de regulação por parte da ANP deveria ser respeitada, ao menos num momento inicial de avaliação. Vejamos:

18. Seja realçado que está em fase de estudos na Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis a possibilidade de liberação do projeto de atividade de delivery de gasolina e etanol, operado pela “GOFit Inovações Técnicas S/A”, iniciado pelo procedimento de fiscalização, que deu ensejo à Nota Técnica n.

5/2019 da Superintendência de Fiscalização do Abastecimento – SFI, na qual se sugere autorizar aquela atividade como “projeto piloto”, a ser fiscalizado pela Agência por trezentos e sessenta dias, e que outros revendedores de combustíveis se manifestem quanto ao interesse de atuar nesse modelo de negócio.

Finalmente, após todo o embate jurídico envolvendo o *sandbox* regulatório relativo ao delivery de combustíveis, a ANP, após análise dos impactos do projeto piloto e seu potencial inovador no mercado, optou por editar a Resolução n. 858/2021, em novembro de 2021, que alterou o artigo 21, VII da Res. 41/2013, incluindo a possibilidade de autorização para empresas que queiram operar no modelo de delivery, bem como determinando os requisitos expressos em seu artigo 31-A.

Notadamente, embute-se na fundamentação, que foram sopesados para o julgamento o fato de que a legislação atacada e posteriormente expurgada do ordenamento jurídico teve por fim gerar óbices à novel forma de comercialização de combustíveis, situação que merecia, ao menos, ser avaliada pelo organismo estatal que detém a devida expertise para análise e manutenção ou não desse modelo de negócio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No desenvolvimento deste ensaio buscamos compreender, a partir do caso do *sandbox* da ANP, como o judiciário tem concretizado direitos enquanto *player* no jogo da regulação da inovação, a partir da lente do realista Alf Ross. Utilizou-se, portanto,

como pressupostos de que o direito concretizado é observável na prática das cortes, pois são os juízes os destinatários das normas jurídicas.

Sem qualquer intenção de exaurir o caso analisado, que possui diversas nuances que não foram abordadas no trabalho, é impossível desconsiderar a importância do Judiciário para a concretização ou não do conteúdo da liberdade de inovar. A partir da análise das fundamentações das decisões proferidas pela Justiça Federal do Rio de Janeiro, percebe-se como modelos inovadores ainda são pouco compreendidos pelas Cortes, que chegam a concluir em um raciocínio silogístico simplório e superficial de que se as empresas tradicionais devem seguir um modelo burocrático e linear de regulação, também devem os negócios inovadores, correndo-se o risco de impedir a entrada no mercado brasileiro das novas tecnologias, mesmo quando o próprio órgão regulador (ANP), em seu poder regulamentador, justificadamente e partindo de uma análise técnica, com prévio procedimento de análise de impacto regulatório, opta pelo modelo experimental controlado, com requisitos e limites próprios.

Observe-se que o exercício da força do tribunal exorbita o simples exame da legalidade ou não do ato administrativo, imiscuindo-se no mérito administrativo, sob o pretexto de estar garantindo a proteção ao meio ambiente e aos consumidores, indicando inclusive se os requisitos do órgão técnico são ou não adequados para a prestação do serviço de delivery de combustíveis.

Destaque-se que no caso em concreto, a resistência à inovação se demonstra inclusive quanto à atuação legislativa,

que editou lei específica para banir a atividade na cidade do Rio de Janeiro. O imbróglio jurídico chegou ao STF, por meio da ADI 6580/RJ, tendo como argumento principal o vício formal de usurpação de competência privativa da União pelo Estado do Rio de Janeiro para legislar sobre energia. Todavia, como pano de fundo, foi levada à corte superior a discussão sobre o modelo de experimentação do *sandbox*. O STF, ao decidir pela procedência da ação, chancela, ainda que indiretamente, a posição de defender um modelo de intervenção apenas subsidiária na atividade econômica mesmo dentro de um setor ultra regulado.

Tudo isso nos leva a confirmar que aquilo que Ross entende por interpretação pragmática, a envolver valores implícitos ao tema discutido em juízo, comparece no âmbito da aplicação normativa pelos tribunais brasileiros. Há efeitos de um senso comum e a busca do atingimento de finalidades constitucionais bem superiores, em muitas ocasiões, à simples temática formal, como o caso aqui analisado. Tanto é assim que dois Ministros do STF pugnaram pela improcedência da ADI, mas foram vencidos, prevalecendo o argumento central da incompetência normativa, contudo, em benefício da finalidade maior envolvida no caso, revelada na possibilidade de se implementar um modelo de negócio inovador. Esse deve ser o espírito condutor quando enfrentamento das questões envolvendo a inovação tecnológica no país.

Por fim, o ensaio levanta a reflexão sobre a importância de uma atuação integrada entre órgãos administrativos, o legislativo, o executivo e o judiciário, quanto à regulação da inovação, para que tenhamos ganhos efetivos em termos de abertura de mercado, desenvolvimento econômico, e livre concorrência.

REFERÊNCIAS

ARTHUR, W. Brian. **The Nature of Technology: What It Is and How It Evolves**. Nova York: Free Press, 2009.

BENNETT, Lyria Moses, How to Think About Law, Regulation and Technology: Problems with ‘Technology’ as a Regulatory Target (2013). (2013) 5(1) **Law, Innovation and Technology** 1-20, UNSW Law Research Paper No. 2014-30. Disponível em : <https://ssrn.com/abstract=2464750>. Acesso em: 16.04.2022

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação ‘Sandbox’ como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo** (RDDA – USP), Ribeirão Preto, vol. 5, n. 2, p. 264-282, 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n2p264-282>. Acesso em: 12.04.2022

FEIGELSON, Bruno; LEITE, Luiza. **Sandbox: experimentalismo no direito exponencial** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2020.

MOWERY, David C.; ROSEMBERG, Nathan. **Trajatórias da inovação: a mudança tecnológica nos Estados Unidos da América no século XX**. Campinas-SP: Editora da Unicamp, 2005.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. São Paulo: Edipro, 2000.

SCHWAB, Klaus. **La Cuarta Revolución Industrial**. Bogotá: Foro Económico Mundial/ El Tiempo Casa Editorial, 2016. [ebook – kindle version].

UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL’S SPECIAL ADVOCATE FOR INCLUSIVE FINANCE FOR DEVELOPMENT (UNSGSA). **Briefing on Regulatory Sandboxes**, june (2018). Disponível em: <https://www.unsgsa.org/publications/briefing-regulatory-sandboxes-unsgsa-fintech-sub-group-regulatory-sandboxes> Acesso em: 10.04.22

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV**, v. 04, n. 02. Rio de Janeiro: 2008, p. 441-463.

OS IMPACTOS NEGATIVOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO NACIONAL

» *Arnaldo Oliveira da Silva Néto*

» *João Batista Moreira Pinto*

» *Ana Paula Basso*

Este artigo tem como objeto central a análise dos efeitos negativos que a Emenda Constitucional 95/2016 provoca e provocou no desenvolvimento econômico do país, a partir de uma avaliação histórica dos indicadores de desempenho econômico, tais como o crescimento do Produto Interno Bruto nacional e os investimentos públicos.

Será ressaltado que em momentos anteriores o país adotou legislações restritivas no âmbito fiscal, mas nenhuma impôs tamanha restrição quando comparadas com a EC 95/2016. Por esta razão, a referida Emenda gerou impactos no percurso econômico nacional, levando o Congresso Nacional a aprovar, em 2022, a EC 123/2022 criando regras excepcionais e provisórias à EC 95/2016, na tentativa de frear a decadência econômica vivenciada pelo país.

É imprescindível uma abordagem econômico-jurídica da EC 95/2016, devido a seu alcance no desempenho econômico nacional, no curto e longo prazo, capaz de impactar as finanças

públicas, a prestação de serviços pelo Estado brasileiro e a estabilidade política e institucional do país. Por esse motivo, este trabalho objetiva apontar a influência provocada pela Emenda do Teto dos Gastos na estagnação econômica vivenciada pelo Brasil nos anos recentes, sob o ponto de vista da teoria econômica neokeynesiana, bem como, apontar possíveis saídas que rompam com a atual lógica de austeridade fiscal imposta pelo improdutivo mercado de capitais.

No tocante a sua abordagem, a pesquisa apresentada neste artigo configura-se como quanti-qualitativa, pois apresenta uma abordagem teórica neokeynesiana sobre os impactos causados pela EC 95/2016 no desenvolvimento econômico nacional, comprovando-a por meio de indicadores quantitativos. Quanto aos seus objetivos, considera-se como exploratória e descritiva, por buscar um aprofundamento no tema apresentado, desenvolver uma hipótese acerca do problema central e por descrever teoricamente o objeto pesquisado. Tratando-se dos procedimentos adotados, foram utilizadas as pesquisas bibliográfica e documental, a partir de produções acadêmicas nacionais e estrangeiras, de portais de estatística, dentre outros. Por fim, o método científico adotado foi, predominantemente, o hipotético-dedutivo, partindo de uma hipótese geral consolidada na teoria econômica neokeynesiana, posteriormente avaliando os indicadores e dados obtidos e obtendo conclusões a partir de tal avaliação.

RELAÇÃO ENTRE INVESTIMENTOS PÚBLICOS E CRESCIMENTO DO PIB: CONTEXTUALIZAÇÃO E PROBLEMATIZAÇÃO

Para Orair e Siqueira (2018), existe um consenso entre as mais diversas correntes econômicas em relação à importância dos investimentos públicos em infraestrutura como estratégia para alcançar o desenvolvimento econômico do país.

Os investimentos públicos promovem um efeito de estímulo à demanda agregada, pois são capazes de gerar empregos diretos e indiretos, e, conseqüentemente, renda e demanda. Além do fator laboral, os investimentos estatais também estimulam a atividade da iniciativa privada, principalmente quando há uma tendência de as empresas pouparem seu capital, ao invés de reinvesti-los.

Apesar dos benefícios dos investimentos realizados pelo Estado, a corrente econômica exageradamente liberal, liderada pelos chamados “*Chicago boys*”, em alusão aos economistas formados na Escola de Chicago, que influenciaram a política econômica chilena no século XX, persistem na ideia de que o Estado não deve utilizar de sua capacidade indutora do crescimento econômico para evitar depressões econômicas.

Mesmo Adam Smith, o precursor da economia política, defendia a atuação do Estado naquelas áreas que não despertam interesse da iniciativa privada, ou nos setores estratégicos para a soberania da nação (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013). Dentre os economistas que destacaram a importância da atuação do Estado no estímulo ao crescimento econômico, John Maynard Keynes desenvolveu a mais importante teoria econômica que visa amenizar as crises cíclicas e recorrentes da economia capitalista.

A teoria considera que em alguns momentos do ciclo econômico, as empresas e as famílias destinam uma parcela de seu capital para a poupança, ao invés de gastarem em reinvestimento e consumo de bens, respectivamente. Esse fenômeno de poupança provoca uma redução da demanda agregada, como é possível observar pela fórmula matemática:

$$DA = C + I + G + (X - M)$$

Sendo, DA – demanda agregada, C – demanda de bens de consumo pelas famílias, I – demanda de investimentos pelas empresas, G – demanda do governo e (X - M) – a demanda líquida do setor externo. Dessa forma, o fator que o Estado consegue alterar, para elevar o nível de demanda agregada, é a demanda de governo.

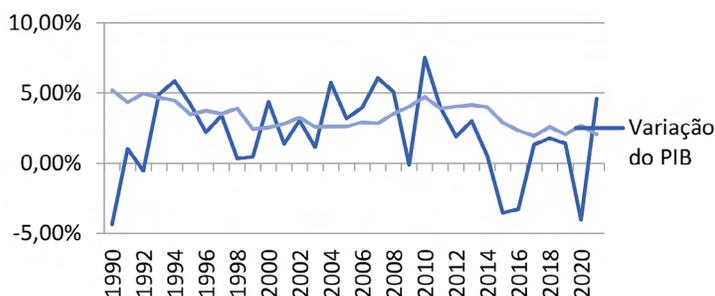
A melhor forma, apontada por Keynes, para aumentar a demanda do governo é através da realização de obras públicas, como construção de rodovias, ferrovias, habitações, usinas elétricas etc. ou seja, pela formação bruta de capital fixo. Além de elevar a demanda de governo, os investimentos públicos aumentam a renda das famílias, devido à geração de emprego nos canteiros de obras. Consequentemente, o aumento da demanda provoca um estímulo ao aumento da oferta, o que leva às empresas privadas a elevarem seus níveis de produção e contratarem mais trabalhadores. A busca pelo pleno emprego é fundamental para a Teoria Keynesiana.

A Teoria Econômica Keynesiana é apontada como a responsável pela recuperação econômica dos países ocidentais após a crise de 1929 e a Segunda Guerra Mundial. Após a sua

aplicação, os países ocidentais registraram seus melhores indicadores socioeconômicos da história, com aumento da renda das famílias, formação de uma classe média robusta, pleno emprego, direitos trabalhistas e previdenciários, forte crescimento do PIB e da manufatura, período atualmente intitulado como *Golden Age of the America*, compreendendo o período entre 1948 e 1973, nos Estados Unidos (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013).

No Brasil, durante os períodos em que a administração pública optou por utilizar a política econômica Keynesiana, para combater as crises cíclicas do capitalismo ou por mero desejo político, o crescimento do PIB atingiu os mais altos índices registrados na série histórica. Quando a administração pública adotou uma política de redução de investimento, o crescimento econômico reduziu sua trajetória a uma curva declinante, como é possível observar na Figura 1 abaixo (HUNT; LAUTZENHEISER, 2013).

FIGURA 1 – Relação das curvas de investimento público (valores em % do PIB)³⁰ e variação do produto interno bruto brasileiro (1990 – 2021).



Fonte: Elaborado pelo autor, com dados extraídos do sítio do Observatório de Política Fiscal (2022) e DataSebrae (2022).

30 Composto pelos investimentos dos Governos Central, Estaduais e Municipais, Estaduais federais e privatizadas.

É possível analisar no gráfico que após o Estado brasileiro elevar a sua taxa de investimento público, o PIB reage positivamente ao estímulo. No contrário, a reação econômica será no sentido negativo, estando demonstrada na prática a teoria econômica desenvolvida por Keynes e os economistas sucessores, que seguiram aprimorando seus estudos. Essa constatação é ressaltada pelo FMI (2020), que, apesar de suas orientações pró-austeridade fiscal durante a crise de 2009, recentemente vem reconhecendo a importância dos investimentos estatais para o crescimento econômico e na promoção do bem-estar da população.

A segunda metade da década de 2010 foi marcada por turbulências institucionais, políticas e econômicas no Brasil. Dentre os problemas institucionais enfrentados, destaca-se o pior momento nas relações entre os três Poderes da República. Os presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado e o Supremo Tribunal Federal enfrentavam-se em campos de batalha jurídicos e políticos, desestabilizando a harmonia entre os três Poderes pilares da República.

No campo político, a então presidente da República enfrentava um processo de *impeachment*, o segundo na história recente, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, que culminou em seu impedimento e na ascensão do vice-presidente da República ao cargo presidencial do país. Toda essa desordem nacional coincidiu com a maior crise econômica já registrada das últimas décadas. O país amargou uma perda de 3,55% do Produto Interno Bruto – PIB em 2015, seguido de uma perda de 3,31% no ano seguinte (SCNT, 2022), perdas que não foram recuperadas nos três anos seguintes, pois o país cresceu na faixa de 1%, valor considerado muito baixo para um país emergente.

A retração recorde do PIB em 2015 e 2016, juntamente com a queda na arrecadação de impostos e a elevação das despesas públicas, levou o Brasil a registrar um *déficit* primário de R\$ 155.791 bilhões em 2016, equivalente a 2,57% do PIB, o pior número já atingido na história do país. Esse dado assombroso levantou debates na equipe econômica do governo federal e no Congresso Nacional, a respeito de maneiras para controlar o crescente *déficit* público, pois a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), criada com esse intuito, já não conseguia conter a corrosão das contas públicas.

Com um perfil econômico ortodoxo neoliberal, o caminho apontado pelos poderes Executivo e Legislativo, para reduzir o contínuo aumento do *déficit* orçamentário, foi à austeridade fiscal. Foram efetuados contingenciamentos financeiros em diversos ministérios, que impactaram na qualidade do serviço público prestado pelo Estado (ROSSI; DWECK; ARANTES, 2018).

Obras estruturantes dos setores rodoviário, ferroviário, hidroviário, elétrico, habitacional, entre outros, foram afetados com o corte de verbas, tendo atrasos nos cronogramas de obras ou cancelamento dos projetos (SOUZA; FERREIRA, 2021). A interrupção e extinção dos contratos de execução das obras de infraestrutura nacionais causaram prejuízos às empreiteiras nacionais, e conseqüentemente, demissões de trabalhadores da construção civil e de sua cadeia produtiva, elevando o índice de desemprego³¹ (SCNT, 2022).

31 A taxa de desemprego nacional saltou de 6,8% em 2014, ano em que país estava com diversas obras de infraestrutura em execução, para 12,7% em 2017, data marcada pela forte retração econômica do PIB.

O marco da política de austeridade fiscal implementada pelo governo brasileiro foi a Emenda à Constituição nº 95/2016, a Emenda do Teto dos Gastos. Sob fortes críticas de economistas heterodoxos, sindicatos de trabalhadores e alguns sindicatos patronais de setores que tradicionalmente dependem dos contratos com o Estado para realizarem suas atividades empresariais, o Congresso Nacional aprovou a Emenda no final do ano de 2016 (MARIANO, 2017).

Desde então, o país enfrenta uma série de dificuldades de planejar seu orçamento de maneira que atenda a crescente demanda de serviços públicos e de obras estruturantes. Além disso, os resultados pretendidos com a promulgação da EC 95/2016, a redução do endividamento público e o crescimento da economia, não foram alcançados, como será discutido a seguir.

A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016

Em dezembro de 2016, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional nº 95, instituindo, a partir do ano seguinte, um novo regime fiscal no país. A Emenda do Teto dos Gastos, como ficou popularmente conhecida, foi o resultado das Propostas de Emenda à Constituição nº 55 e 241, que tramitaram no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, respectivamente.

A principal razão apresentada para a constituição de um novo regime fiscal foi o crescente nível de endividamento primário do governo geral³², que estaria comprometendo a saúde

32 A dívida bruta do governo geral subiu de 51,5% do PIB, em 2013, para 69,9% do PIB, em 2016.

e estabilidade fiscal do país. Como forma de evitar a escalada do endividamento público, o Congresso Nacional considerou que o melhor caminho era o congelamento das despesas primárias do Estado, ou seja, através de uma imposição de um teto de gastos para os Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas da União, Ministério Público da União e a Defensoria Pública da União.

O teto que limita as despesas destes entes é calculado através da correção inflacionária do total das despesas do exercício financeiro imediatamente anterior, o indicador de preços escolhido foi o Índice de Preços ao Consumidor Aplicado – IPCA. Portanto, foi rejeitada a ideia de melhorar a situação das contas públicas através de aumento da arrecadação de tributos, por considerarem que a carga tributária nacional muito elevada³³, ou até mesmo por meio de uma reforma tributária (MARIANO, 2017).

O novo regime fiscal instituído pela EC 95/2016 possui um prazo de duração de vinte anos, entrou em vigor no ano de 2017, sendo 2016 seu ano-base orçamentário, assim, as despesas públicas primárias a serem efetuadas até 2036, serão equivalentes aquelas despendidas no ano de 2016, não podendo haver aumento real, apenas nominal, corrigido pelo IPCA do ano anterior. A exceção se dá nas despesas com educação e saúde, que tiveram seu ano-base instituído em 2017. Apenas no ano de 2026 será possível à alteração do método de correção do teto das despesas, através de proposição do Presidente da República³⁴,

33 A carga tributária do Brasil equivaleu a 32,4% do PIB no ano de 2015.

34 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. ADCT. Art. 108. O Presidente da República poderá propor, a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal, projeto de lei complementar para alteração do método

entretanto, não é aberta a possibilidade do “descongelamento” das despesas primárias nesse percurso.

O parágrafo 6º, do art. 107, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, exclui algumas modalidades de despesas da regra do teto dos gastos³⁵, porém, nenhuma dessas exceções se trata das despesas de capital, representadas principalmente pelos investimentos em infraestrutura, item essencial para implementar as políticas econômicas anticíclicas, como será discutida no item 3. Também não houve a exclusão do regime fiscal implementado pela Lei Complementar nº 101/2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal, tornando ainda mais rígida à administração das receitas e despesas públicas, por parte dos chefes do poder executivo, nos quais perdem o poder de conduzir as políticas governamentais que foram escolhidas democraticamente pelos eleitores.

Os legisladores, ao aprovarem a Emenda do Teto dos Gastos por um prazo de 20 anos, ignoraram a dinâmica econômica, social

de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

35 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. ADCT. Art. 107. (...) § 6º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo:

- I - transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso XIV do caput do art. 21, todos da Constituição Federal, e as complementações de que tratam os incisos V e VII do caput do art. 60, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
- II - créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal;
- III - despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e
- IV - despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

e demográfica que o país enfrentaria ao longo das duas décadas. A população cresce e a pirâmide etária se modifica, exigindo que o Estado destine mais recursos às políticas destinadas aos idosos. A crise ambiental planetária e os novos desafios sociais também exigem que o Estado destine suas receitas para a aplicação de uma política de preservação ecológica e de redução das desigualdades sociais.

Entretanto, ao vedar a possibilidade de aumentos reais das despesas públicas, mesmo em uma situação em que a economia esteja aquecida e as contas públicas obtenham *superávits* primários, o Estado brasileiro compromete o bem-estar social das atuais e das futuras gerações. Houve, nitidamente, uma ruptura com o ideal de Estado de bem-estar social democrático de direito, moldado na Constituição Cidadã, com a constitucionalização de uma norma que tornou o regime fiscal uma política econômica de austeridade (MARIANO, 2017. ROSSI; DWECK; ARANTES, 2018).

Como resposta recente aos efeitos sociais devastadores provocados pela EC 95/2016, juntamente pela pandemia de Covid-19, o Congresso Nacional aprovou a Emenda 123/2022, na qual afastou à aplicabilidade de diversas regras fiscais previamente instituídas, devido ao que se considerou “estado de emergência decorrente da elevação extraordinária e imprevisível dos preços do petróleo, combustíveis e seus derivados e dos impactos sociais dela decorrentes” (BRASIL, EC 123, art. 1º, 2022), dentre elas, o teto dos gastos.

Na prática, a situação socioeconômica da população brasileira se deteriorou tanto após a promulgação da EC 95/2016, aliada à crise sanitária dos anos 2020 e 2021, que foi necessário

promulgar uma Emenda de caráter emergencial para garantir a sobrevivência dos cidadãos, pois o teto dos gastos impedia a expansão de despesas para custear o auxílio Brasil no valor de R\$ 600,00, por exemplo, bem como o Estado subsidiar os combustíveis. A situação recente demonstra o risco que a EC 95/2016 provoca no regramento financeiro nacional, ao ignorar as necessidades reais do orçamento público em cada circunstância, forçando a flexibilização da Constituição Federal de acordo com a vontade política eventual (SICCA; PINTO, 2022).

CRONOLOGIA DA POLÍTICA DE INVESTIMENTO PÚBLICO NO BRASIL E O IMPACTO DA EC 95/2016

Ao longo da história recente do Brasil, as políticas de investimento público variaram de acordo com a política econômica que norteou a administração pública à época. Antes de apresentar os ciclos de investimento público no país, ressalva-se que o termo “investimento público” será tratado como sinônimo de formação bruta de capital fixo, pois a denominação pode admitir múltiplas interpretações. Com essa consideração, Orair e Siqueira (2018) apresenta cinco ciclos históricos de investimento público, presenciados pelo Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1946:

1º. Período 1947-1956: marcado pela redemocratização e o pós-guerra, o investimento público ficou em uma média de 3,65% do PIB. As políticas de investimento foram norteadas pelos princípios keynesianos, que prevaleceram também em outros países ocidentais. Os investimentos tinham como objetivo

transformar estruturalmente o país e modernizar a economia nacional, com um apelo ao recente processo de industrialização nacional³⁶, o Estado assumiu o protagonismo de estímulo a esse processo. Esse ciclo também foi marcado pelo intervencionismo estatal, por meio de empresas públicas de setores estratégicos, além da instituição de direitos trabalhistas, previdenciários e sociais, que melhoraram a qualidade de vida da população.

2º. Período 1957-1975: é o ciclo que registrou o maior nível de investimento público da história do Brasil. Foi marcado pela realização de grandes obras públicas, como a abertura da Rodovia Transamazônica (BR-230), Ferrovia do Aço, Usina Hidrelétrica de Itaipu, entre outras. A atividade empresarial do setor público também foi ampliada, com a criação de empresas estatais pela União e pelos Estados, fator que não inibiu o crescimento das empresas privadas dos setores industrial e da construção civil, grandes conglomerados industriais e empreiteiras nacionais se fortaleceram e expandiram suas atividades. Apesar do progresso econômico, os investimentos foram financiados por meio do endividamento público do Estado brasileiro e pelo aumento da carga tributária, que foi ampliada em 10% do PIB entre 1963 e 1970.

3º. Período 1976-2003: ciclo marcado pela forte queda dos investimentos públicos, registrando os menores patamares registrados até então. O endividamento público feito no ciclo anterior gerou uma crise fiscal e monetária, que levou o Brasil a trocar a sua moeda algumas vezes, devido a episódios de hiperinflação e turbulências no câmbio. Os investimentos públicos

36 A estatal Petróleo Brasileiro – Petrobras, por exemplo, foi fundada durante o florescimento da indústria de base nacional, no ano de 1953, através de investimento público direto.

previstos na década de 1970 foram revistos na década seguinte, muitos, cancelados. Na década de 1990 inicia-se um processo de liberalização da economia, com dezenas de privatizações de empresas estatais³⁷ (CEZARINI, 2020) abertura ao comércio exterior e enrijecimento do regime fiscal. O período coincide com o processo de declínio do setor manufatureiro e um retorno à dependência da exportação de *commodities*, processo também conhecido como “doença holandesa”.

4º. Período 2004-2014: um curto ciclo de 10 anos de aumento do investimento público, em média de 3,53% do PIB. Houve a retirada das despesas de capital das metas fiscais, o que proporcionou a criação do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, principal meio de realização das obras públicas, nas áreas de infraestrutura de transportes, moradia, preservação histórica, entre outras. Essa fase pode ser subdividida em duas, por suas particularidades. A primeira fase, que compreende de 2004 a 2010, foi marcada pela expansão dos investimentos públicos diretos, frutos dos sucessivos *superávits* primários e das condições internacionais favoráveis. Na segunda fase, compreendida entre 2011 e 2014, o modo de estímulo ao crescimento se deu através de concessão de benefícios fiscais, subsídios e redução da taxa de juros, mudança motivada pela crise internacional de 2009.

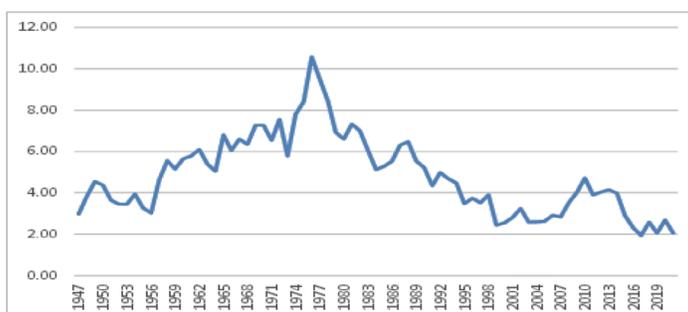
5º. Período 2015-atual: o nível de investimentos alcançou os piores patamares já registrados na história do país, atingindo, em 2017, a apenas 1,8% do PIB. A forte retração se deu por meio de ajustes fiscais de uma política econômica ortodoxa, coincidindo

37 USIMINAS (1991); Companhia Siderúrgica Nacional (1993); Companhia Vale do Rio Doce (1997) e; Telebrás (1998).

com desemprego persistente, alto grau de informalidade no mercado de trabalho, retração da atividade industrial, precarização dos serviços públicos e paralisação de obras de infraestrutura fundamentais para o desenvolvimento nacional. O ciclo foi “coroadado” com a promulgação da Emenda Constitucional nº 95/2016, consolidando, assim, a política de austeridade fiscal no texto constitucional.

Logo abaixo, a Figura 2 ilustra de forma mais didática a evolução do nível de investimento público no Brasil, ficando mais notável a passagem dos cinco ciclos de investimento:

FIGURA 2 – Investimento público no Brasil (em % do PIB).



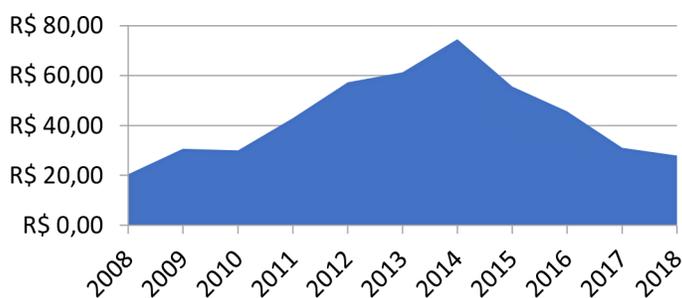
Fonte: Elaboração do Observatório de Política Fiscal – FGV (2022).

De acordo com o relatório *Public Investment Management Assessment*, do Fundo Monetário Internacional, o nível de investimento público no Brasil está abaixo dos patamares registrados pelos outros países emergentes (6,4% do PIB) e pela média dos países latino-americanos (5,5% do PIB), demonstrando uma discrepância em relação aos países que estão no mesmo patamar de desenvolvimento do Brasil, e que, igualmente, demandam

investimentos públicos para modernizar suas infraestruturas (FMI, 2020).

Os investimentos em obras de infraestrutura rodoviária, ferroviária, aeroportuária, portuária, energética, hídrica e de telecomunicações, correspondem a maior fatia nas despesas de capital, e são os principais catalisadores para o crescimento econômico do país. A partir de 2008, as despesas com infraestrutura no Brasil apresentavam uma trajetória ascendente, atingindo seu pico no ano de 2014, a partir de então, os investimentos caem vertiginosamente, como demonstra a Figura 3 abaixo:

FIGURA 3 – Montante investido em infraestrutura pela União (em R\$ bilhões).



Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional (2020) - Elaboração do autor

A queda nos investimentos em infraestrutura a partir de 2015 é a obscura face da adoção do modelo econômico ortodoxo liberal, que contingenciou verbas destinadas à conclusão de investimentos do setor, tornando o país um “cemitério” de obras inacabadas. A Emenda do Teto dos Gastos submeteu os investimentos em infraestrutura ao congelamento por 20 anos, desconsiderando a necessidade de continuidade das obras

paradas e os futuros investimentos no setor, pois a demanda pela construção e modernização de infraestrutura é contínua (DWECK; TEIXEIRA, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constitucionalização de um novo regime fiscal de perfil extremamente austero e ortodoxo se mostrou uma das mais irresponsáveis medidas tomadas após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Todas as políticas sociais e econômicas contidas na Constituição, originalmente de perfil socialdemocrata, que tinham a finalidade de constituir um Estado de bem-estar social, foram abortadas, em nome de uma ideologia econômica que não obtêm sucesso nos países em que é aplicada. Em outras palavras, a vontade do constituinte originário foi deturpada e enterrada, durante os 20 anos de vigência da Emenda Constitucional nº 95/2016.

A opção feita pelos legisladores, para conter o aumento do *déficit* público, se demonstra equivocada, pois condiciona as despesas públicas à variação do índice IPCA por um prazo de 20 anos. Muitos outros indicadores influenciam a obtenção de um *déficit* ou *superávit* primário, como o crescimento do PIB, variação da arrecadação de receitas e taxa básica de juros. Entretanto, o Congresso Nacional não optou por vincular o novo regime fiscal a esses indicadores, dando preferência ao congelamento das despesas públicas, incluindo os investimentos públicos, essenciais para o desenvolvimento econômico do país.

O congelamento das despesas públicas até o ano de 2036 veio agravar o decrescente nível de investimento público do Estado brasileiro. O país segue na contramão dos países de nível socioeconômico semelhante, nos quais mantêm um elevado nível de investimento público, devido à necessidade de crescimento do PIB e reverter esses ganhos para o desenvolvimento social. Os efeitos negativos provocados pelo congelamento dos gastos públicos são sentidos desde a promulgação da Emenda 95, o PIB cresceu a uma média de 1.1% ao ano, nos três primeiros anos de vigência do teto (IBGE, 2020), um valor pífio quando comparado com anos anteriores.

As consequências econômicas e fiscais provocadas pela pandemia do vírus sars-cov-2 impediram os Três Poderes da República e os órgãos públicos subordinados a regra do teto dos gastos de cumprirem o novo regime fiscal. Para sanar o problema, o Congresso Nacional publicou a Emenda Constitucional nº 106/2020, que instituiu um regime fiscal extraordinário para que o Estado fosse capaz de enfrentar a pandemia. Esse fato demonstra como o regime fiscal criado pela Emenda 95 é falho, ao ignorar as possibilidades e riscos que a sociedade brasileira enfrenta, seja por motivos sanitários, ambientais, internacionais, econômicos, entre outros.

Pelas razões apontadas ao longo do artigo, em um cenário ideal, o Congresso Nacional possui o dever cívico de revogar a Emenda Constitucional que instituiu o teto dos gastos. Em respeito e subordinação aos constituintes originários e a Constituição de 1988. Uma ideologia econômica não pode moldar a Constituição de acordo com seus caprichos e fantasias, pois a Carta Magna é soberana e traduz a vontade do povo brasileiro.

REFERÊNCIAS

- BORGES, Bráulio. PIRES, Manoel. A Despesa Primária do Governo Central: estimativas e determinantes no período 1986-2016. **Estud. Econ.**, São Paulo v. 49, n. 2, p. 209-234, abr./jun. 2019. Disponível em: [https://www.scielo.br/j/ee/a/RSCKrSYvfV5rSBxkLGFbcwK/?lang=pt#:~:text=Essas%20estimativas%20revelam%20que%20a,no%20per%C3%ADodo%20\(Gr%C3%A1fico%201\).&text=Do%20ponto%20de%20vista%20din%C3%A2mico,10%2C6%25%20do%20PIB](https://www.scielo.br/j/ee/a/RSCKrSYvfV5rSBxkLGFbcwK/?lang=pt#:~:text=Essas%20estimativas%20revelam%20que%20a,no%20per%C3%ADodo%20(Gr%C3%A1fico%201).&text=Do%20ponto%20de%20vista%20din%C3%A2mico,10%2C6%25%20do%20PIB). Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 dez. 2020.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS. Estudo Técnico nº 26 - **Novo Regime Fiscal – Emenda Constitucional 95/2016**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-dauniaio/estudos/2016/et26-2016-novo-regime-fiscal-emenda-constitucional-95-2016-comentada>. Acesso em: 10 de dez. 2020.
- CEZARINI, Victor. O Programa Nacional de Desestatização na década de 90. **Terraço Econômico**, [s.l.], 25 mai. 2020. Disponível em: <https://terraoeconomico.com.br/o-programa-nacional-de-desestatizacao-na-decada-de-90/>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- DATASEBRAE. **Evolução do PIB**. Brasília: Conhecer o PIB te ajuda a entender o passado e programar o futuro, 2022. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/pib/?pagina=evolucao-do-pib&ano=1990>. Acesso em: 20 jul. 2022. Base de dados.
- DWECK, Esther; TEIXEIRA, Rodrigo Alves. Os impactos da regra fiscal em um contexto de desaceleração econômica. *In*: CARNEIRO, Ricardo; BALTAR, Paulo; SARTI, Fernando. (org.). **Para além da política econômica**. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2018, cap. 8, p. 283-325.

FURTADO, Celso. **Formação Econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

HUNT, E.K., LAUTZENHEISER, Mark. **História do Pensamento Econômico**. 3. ed. rev. e trad. Tradução: André Arruda Villela. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

IBGE: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Sistema de Contas Nacionais Trimestrais – SCNT**. Rio de Janeiro: Sistema de Contas Nacionais Trimestrais, 2022. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/industria/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?=&t=destaques>. Acesso em: 20 jul. 2022. Base de dados.

INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2020. **Why Public Investment Matters**. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/publicinvestment/#3>. Acesso em: 12 dez. 2020.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/50289/31682>. Acesso em: 12 dez. 2020.

ORAIR, Rodrigo Octávio; SIQUEIRA, Fernando de Faria. Investimento público no Brasil e suas relações com ciclo econômico e regime fiscal. **Economia e Sociedade**, Campinas, v. 27, n. 3 (64), p. 939-969, set./dez. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecos/v27n3/1982-3533-ecos-27-03-0939.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2020.

ORAIR, Rodrigo Octávio; SIQUEIRA, Fernando de Faria; GOBETTI, Sérgio Wulff. Política Fiscal e Ciclo Econômico: uma análise baseada em multiplicadores do gasto público. **Tesouro Nacional**, Brasília, 2016. Trabalho apresentado no XXI Prêmio Tesouro Nacional 2016, 2016, Brasília.

PIRES, Manoel. Investimentos Públicos: 1947-2021. **Observatório de Política Fiscal**, Rio de Janeiro, 25 abr. 2022. Disponível em: <https://observatorio-politica-fiscal.ibre.fgv.br/series-historicas/>

[investimentos-publicos/investimentos-publicos-1947-2021>](#).

Acesso em: 20 jul. 2022.

ROSSI, Pedro; DWECK, Esther; ARANTES, Flávio. Economia Política da Austeridade. *In*: ROSSI, Pedro; BALTAR, Paulo; DWECK, Esther; OLIVEIRA, Ana Luíza Matos de. (org.). **Economia para poucos: impactos sociais da austeridade e alternativas para o Brasil**. São Paulo: Autonomia Literária, 2018, cap. 1, p. 14-31.

SICCA, Gerson dos Santos; PINTO, Élda Graziane. Banalização da exceção na EC 123/2022: em busca de algum controle. **ConJur**, [s.l.], 26 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-26/contas-vista-banalizacao-excecao-ec-12322-busca-algum-controle>. Acesso em: 30 jul. 2022.

SOUZA, Gabriel Jesus de. FERREIRA, Julita Ribeiro. Impactos do Novo Regime Fiscal nos Investimentos Públicos em Infraestrutura do Governo Federal. **Brazilian Journals of Business**, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 221-235, jan./mar. 2021. Disponível em: <https://brazilianjournals.com/ojs/index.php/BJB/article/view/23529/18907>. Acesso em: 20 jul. 2022.

TESOURO NACIONAL TRANSPARENTE. **Painel do Teto de Gastos**. Brasília: Tesouro Nacional Transparente, 2022. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/visualizacao/painel-do-teto-de-gastos>. Acesso em: 20 jul. 2022.

O ESTADO BRASILEIRO PODE SER PROPRIETÁRIO E GESTOR DO SISTEMA FINANCEIRO?³⁸

» *Davi Augusto Santana de Lelis*

» *Giovani Clark*

Dentre os diagnósticos para a crise econômica de 2008 prevalece o que atribuiu o desencadeamento dos eventos à liberdade concedida ao setor financeiro privado. A referida liberdade só foi possível pela transformação do Estado de bem-estar social em um Estado Regulador e depois em Estado Garantidor; modelos estatais atualmente utilizados em diversas nações do mundo e que adotam, simplificadaamente, a seguinte cartilha: o Estado em suas políticas econômicas deve ser regulador e/ou garantidor do setor privado. Entretanto, tais ideários, parecem não afastar os riscos de sequestro do aparelho do Estado pelo poder financeiro e da ocorrência de novas crises financeiras.

Avelãs Nunes, jurista português, no artigo *As duas últimas máscaras do Estado capitalista* (2011) constrói uma crítica aos ditos modelos, apontando os efeitos negativos do Estado regulador e do Estado garantidor na Europa. No mesmo texto, o autor lusitano propõe uma solução alternativa para as recorrentes crises financeiras e para lidar com o controle do sistema financeiro sobre

38 Versão atualizada do texto para livro. O articulado já foi publicado na Revista *Novos Estudos Jurídicos* (UNIVALI), v. 26, p. 330-352, 2021.

o aparelho do Estado. Para Avelãs Nunes a propriedade integral e a gestão do sistema financeiro devem ser atribuições do Estado – desde aqui fica apontado nosso marco teórico.

A proposta, estabelecida exclusivamente no plano teórico jurídico, carece de ser constatada em sua possibilidade legal no Brasil. Deste modo o ensaio busca responder à seguinte questão: a solução apontada por Avelãs Nunes (2011), a de que o Estado deve ser proprietário e gestor do sistema financeiro, é possível juridicamente no Brasil, sem ferir o Texto Constitucional de 1988³⁹?

A fundamentação da resposta tem por itinerário a verificação da possibilidade jurídica, ou não, de a propriedade e gestão do sistema financeiro pelo Estado serem possíveis em face dos ditames da Constituição de 1988. Para se alcançar o intento, faz-se necessário verificar se há instrumento técnico-jurídico para o Estado brasileiro ter o controle e a gestão do sistema financeiro. Ademais, a pesquisa realizada é documental e bibliográfica.

DA CRISE DO ESTADO REGULADOR SURGE O ESTADO GARANTIDOR

A Europa continental, após a segunda guerra mundial, optou por um modelo estatal que garantiria o bem-estar social.

39 Neste artigo o sistema financeiro é compreendido tal qual a definição dada no art. 192 da Constituição de 1988: “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram” (BRASIL, 2013a), deste modo estão inclusos na expressão os bancos públicos e privados, as instituições financeiras e as cooperativas de crédito.

Entretanto, a partir de meados da década de 1970⁴⁰, o modelo foi contraditado e parcialmente desmontado. O financiamento público, que mantinha a economia nas rédeas do Estado e em prol da realização de direitos, começou a ser contestado; era o início da reação neoliberal de regulação (SOUZA, 2017, p. 331) e o desmonte do sistema Bretton Woods – acordo de 1944 sobre as relações financeiras entre as nações mais industrializadas. Tal sistema perdurou até 1971, quando os Estados Unidos, unilateralmente, decidiram acabar com a conversão do dólar em ouro; tornando-o moeda fiduciária de modo que o câmbio do dólar se tornasse “flutuante” e, portanto, à mercê do mercado e suas influências.

Com o fim do Bretton Woods e depois da guerra fria (1990), o sistema constitucional que sustentava o Estado Social passou a ser frontalmente atacado (BERCOVICI; MASSONTO, 2006, p. 59). Líderes políticos e estudiosos elaboram questionamentos, análises e estudos como subsídios ou propostas para alterações. François Mitterand, presidente francês na década de 1980 e exemplo de combatente do Estado Social, considerou: ou se reconstruía a Europa ou se promovia a justiça social; pois o capitalismo não permite a prática de qualquer política social audaciosa (AVELÃS NUNES, 2011, p. 419).

No cenário de embate entre o Estado social e o Estado Regulador financeiro houve necessidade de se decidir, a partir de lutas de classes e interesses econômicos, entre os dois modelos:

40 “Nesse período as teses keynesianas perdiam espaço para as teses monetaristas, sinalizadas simbolicamente, do ponto de vista político e econômico, com a decisão do presidente americano Richard Nixon, em agosto de 1971, de romper o acordo Bretton Woods [...]. Os monetaristas aproveitaram-se da ocasião e acusaram Keynes e o keynesianismo de todos os males do mundo” (AVELÃS NUNES, 2007, p. 9).

um buscava a promoção do bem-estar social; já o outro, o novo modelo regulador, afastava/reduzia o Estado da atividade socio-econômica e dos serviços públicos. Venceu o Estado Regulador financeiro, dando ênfase ao crescimento econômico, pois o “resto [supostamente] vem por si, não sendo necessárias quaisquer políticas activas para promover maior igualdade e maior justiça social” (AVELÃS NUNES, 2011, p.431).

Para garantir o crescimento econômico modernizante (BERCOVICI, 2005, p. 53) e não o desenvolvimento (SOUZA, 2017, p. 399), seria necessário o Estado ficar restrito aos assuntos políticos e realizar minimamente a intervenção no domínio econômico e social. Se os orçamentos do Estado Social tinham por característica fundamental garantir os direitos e a prestação de serviços públicos à maioria da população, com a financeirização, a partir da década de 1970, o erário deixa de servir à execução de direitos fundamentais e passa a garantir a remuneração do próprio capital (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 68). Para tal função – transformação de direitos em serviços –, as agências reguladoras⁴¹ seriam criadas, remodeladas e instrumentalizadas a fim de regular a economia quando houvesse: a) falhas de mercado; b) desrespeito ao interesse público; c) necessidade de proteção aos consumidores (AVELÃS NUNES, 2011, p. 411).

As agências reguladoras deveriam, em suas atuações, resguardar o interesse público e proteger o consumidor/cidadão. A regulação, foi concebida para tanto, mas tornou-se amiga do mercado (poder econômico privado), pois os dirigentes das

41 As agências reguladoras surgiram nos Estados Unidos da América, nos tempos de New Deal, década de 1930, e chegaram à Europa, via Reino Unido, um quarto de século depois (AVELÃS NUNES, 2007, p.13).

agências reguladoras, contrariando o cânone democrático, são, quase sempre, oriundos das próprias grandes empresas. Assim, a mão invisível da economia imaginada por Adam Smith tornou-se visível e passou a ter braços e corpos controlados pelo mercado (AVELÃS NUNES, 2011, p. 421).

Dessa liberdade descomedida ao setor privado, na “pandemia reguladora” (CLARK, 2009, p. 27), acrescido da expansão financista (poder econômico privado) nas relações estatais, resultou a crise de 2008. A crise, portanto, foi oriunda, em grande parte, do sistema financeiro privado que, em jogo de especulação perdeu grandes somas de dinheiro e foi socorrido uma vez mais pelo Estado. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) contabilizou que, após a crise de 2008, foram gastos U\$ 11,4 trilhões de dólares para salvar os bancos da bancarrota. O equivalente, à época, a U\$ 1. 676,00 por habitante do planeta. (AVELÃS NUNES, 2011 p. 469). No mesmo sentido, Cruz (2013, p. 01), afirma: “Os países da Europa, que se esbaldaram jogando nesse cassino, afundam junto com a pretensa credibilidade e solidez do sistema financeiro dos Estados Unidos”. Diante da crise, a Europa concluiu que o Estado regulador é um falso herói, pois é carente de transparência, é custoso e até mesmo impede o mercado de ser livre (AVELÃS NUNES, 2011, p. 441), além de não possuir meios jurídicos e reais para deter/limitar a força e o gigantismo do poder econômico financeiro.

Para solucionar os efeitos da crise de 2008, Canotilho (2008) propôs o Estado-ativo-tutelar-supervisor-perceptor; em outras palavras, o Estado garantidor. Alcinha diversa para o mesmo ator: o Estado financeirizado do pós-Bretton-Woods. Ao Estado garantidor não são reservadas grandes funções sociais; ele

deve prestar serviços essenciais (principalmente via setor privado) e ser fiador dos serviços prestados pelas empresas. Avelãs Nunes, (2011, p. 442-443) aponta dificuldades no modelo proposto: a) não se sabe a responsabilidade do Estado, nem o que ele garante; b) há um hiato entre querer garantir a socialidade, confiada a serviços privados ou de gestão privada, e a execução efetiva desses serviços; c) o Estado garantidor assegura a saúde financeira das grandes empresas, encarregadas de prestar o serviço; d) os serviços essenciais podem passar a serviços de interesse geral; e) o Estado garante a situação de *win-win*, na qual o risco inexistente para o mercado; f) a responsabilidade, em vez de partilhada com o setor privado, é toda do Estado.

Em síntese, o Estado garantidor é um super-estado-feudal (AVELÃS NUNES, 2011), que, em vez dos súditos pagarem pelo uso da terra, tem-se clientes pagando pelo uso de serviços. O teórico português acrescenta: “o estado tem apenas de garantir que estes serviços sejam colocados à disposição dos utentes (clientes). Que sejam empresas públicas (ou serviços públicos) ou empresas privadas a fazê-lo é, a esta luz, perfeitamente diferente” (AVELÃS NUNES 2011, p. 455).

Silva e Pação (2012), também portugueses, propõem um outro modelo onde se deve balancear “entre regras e princípios que o sistema se deve construir” (SILVA; PAÇÃO, 2012, p. 93). A proposta é, no entanto, questionável, pois prevê um sistema que deve tipificar tudo, e, portanto, bastante rígido e distante das complexidades reais; ou um sistema de cláusula geral, em que o Estado tem liberdade para agir. A fórmula, porém, causaria desconfiança do mercado, sendo que a confiança é o pilar que o mantém (SILVA; PAÇÃO, 2012, p. 101). Nas palavras dos autores:

[...] é tempo de se dotar essa zona do ordenamento de regras claras, especialmente quando as matérias são particularmente sensíveis, regras que deverão ser editadas por um legislador, tanto quanto possível, não capturado e cuja aplicação efetiva seja controlada por autoridades com vastos, mas não ilimitados poderes (SILVA; PAÇÃO, 2012, p. 109).

Ou seja, trata-se da remodelação da regulação (mais suave) para o estabelecimento de normas ou *garantia* de um funcionamento “equilibrado” do sistema financeiro (MOREIRA; MAÇÃS, 2003). A solução, de certa forma, também é apontada pelo Relatório Larosière (LAROSIÈRE et al, 2013), onde se sugere deixar de proteger os pequenos credores e passar a controlar o risco sistêmico, evitando-se, assim, ameaças à estabilidade macroeconômica.

Para pôr em prática, na Europa, a ideia da regulação suave, criou-se o *European Systemic Risk Board* (ESRB), responsável pelo controle do mercado europeu⁴². Em Portugal, seguindo a tendência, reforçou-se a supervisão macroprudencial do Banco de Portugal (SILVA; PAGÃO, 2012, p. 98).

Distante das propostas amenas e pró-mercado, Avelãs Nunes (2011), ao identificar que o problema tem origem no próprio sistema financeiro e que o modelo de Estado garantidor (Estado

42 “The ESRB shall be responsible for the macro-prudential oversight of the financial system within the Union in order to contribute to the prevention or mitigation of systemic risks to financial stability in the Union that arise from developments within the financial system and taking into account macro-economic developments, so as to avoid periods of widespread financial distress. It shall contribute to the smooth functioning of the internal market and thereby ensure a sustainable contribution of the financial sector to economic growth.” (ESRB, 2013).

financeirizado) não solucionará a questão, apresenta uma solução de maior impacto, mas afigura a lógica anterior:

[...] deve caber ao estado a propriedade e a gestão do sistema financeiro, a gestão da poupança nacional, a definição das prioridades de investimento a realizar com ela, a responsabilidade pela 'produção' daquele bem público, chamando a si o controlo dos operadores financeiros, para acabar com os 'jogos de cassino' e para garantir que os operadores financeiros atuam sempre tendo apenas em vista o interesse público e não descure o 'seu papel de financiador das necessidades da economia real (AVELÂS NUNES, 2011, p. 468-469). É prudente lembrar, na contra-mão da proposta estatizante do setor financeiro de Avelãs Nunes, que o Brasil adotou o neoliberalismo de regulação (CLARK, 2012, p. 149), onde se privatizaram atividades econômicas estratégicas e serviços públicos (intervenção estatal direta), criando ainda agência reguladora, modificou-se o padrão normativo pró-mercado (intervenção estatal indireta), isso entre 1990 a 2003; depois passou-se a outra faceta neoliberal reguladora redesenhada pelo neodesenvolvimentismo (BOITO JR., BERRINGER, 2013, p. 31-35), onde os investimentos em políticas públicas ampliaram-se e se preocupou com o mercado interno, entre 2003 a 2015, mas sem abalar as estruturas reguladoras; e a partir de 2015 entrou-se na faceta do neoliberalismo de austeridade (Estado Garantidor de Canotilho), representado por: (i) radicalização das privatizações; (ii) ampliação das parcerias públicas e privadas e; (iii) criação de novos marcos reguladores ainda mais favoráveis ao poder econômico privado.

O Brasil também foi contaminado pela crise sistêmica do capitalismo ocidental, por motivos diferenciados, ou não, e com consequências semelhantes, em face da Europa; e já está estruturando o seu Estado Garantidor com um mega poderio do setor financeiro privado. Como consequência há ganhos pomposos e grande influência nas políticas econômicas públicas do dito setor, em detrimento da concretude dos ditames do texto constitucional, tais como: da função social dos meios privados de produção e do capital, inclusive dos juros (art. 170, III da Constituição de 1988) e da promoção do desenvolvimento equilibrado da nação, servido o setor financeiro ao interesse coletivo (art. 192 da Constituição de 1988). Assim, diante da proposta de Avelãs Nunes (2011), a fim de reverter o retrocesso nas políticas socioeconômicas, a primeira questão que aqui se discute é se seria possível, no Brasil, em face da Constituição de 1988, a propriedade e gestão do sistema financeiro por parte do Estado. A esse ponto dedica-se o próximo tópico.

O ESTADO E A ATIVIDADE ECONÔMICA NO BRASIL DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As constituições do século XX, em especial após as constituições do México de 1917 e de Weimar de 1919, abandonaram o aspecto exclusivamente político para contemplar também o aspecto econômico; por *econômico* entende-se a articulação entre o direito financeiro e o econômico de modo a realizar a constituição dirigente (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p.58). A separação do aspecto financeiro do aspecto econômico é que tornou possível, desde a década de 1970, a tensão entre o poder

do Estado e a sociedade na organização do sistema capitalista, pois, desde então, ao se afastar do Direito Econômico, afastou-se também do constitucional (Estado de bem-estar social). A Constituição de 1988, de igual forma, prevê em seu Título VII, Da Ordem Econômica e Financeira, o conjunto de artigos que se denominam *Constituição Econômica* e seu núcleo central estão nos artigos 170 a 192, não se limitando os ditos comandos.

Para avaliar se a proposta de Avelãs Nunes (2011) é viável no Brasil, antes da verificação da literalidade dos artigos do Título VII da Constituição de 1988, faz-se necessário saber se a Constituição comporta alguma ideologia determinante. Caso a Constituição de 1988 contemple exclusivamente a ideologia capitalista/liberal, o fundamento da proposta de Avelãs Nunes (2011) é, por razão fundamental, inviável no Brasil. De modo a avançar na proposta faz-se necessário esclarecer o que se entende por *ideologia*.

Ideologia, segundo Ricouer (1990, p. 71), possui três funções. A primeira delas é o de mito fundador de uma dada sociedade. Assim, a ideologia se apresenta como estrutura de motivação social que se perpetua no tempo e no espaço. Por exemplo, se a Constituição de 1988 adota o liberalismo⁴³ como mito

43 Sabemos ser, no mínimo questionável, a afirmação de que há, no Brasil um liberalismo à moda de Tocqueville e Carpeaux. Barboza Filho (2010) afirma que o pensamento político e a mentalidade de nossas elites fundadoras sofreram, desde a independência e consolidação da nação brasileira modificações que impediram, entre nós o florescimento de um verdadeiro pensamento liberal. O liberalismo que por aqui prevaleceu sacrificou a identidade original e, em nome de uma suposta modernização, elegeu a tradição política até então vigente como a herança a ser eliminada. Nessa perspectiva seria possível falar, sem qualquer absurdo, do liberalismo-conservador brasileiro. Entretanto, não sendo este o objetivo do presente ensaio, recomenda-se, para aprofundamento na questão a leitura de Barboza Filho (2008; 2010) e Souza (2015).

fundador da sociedade brasileira, será apenas essa a ideologia a ser reproduzida em seu texto. A ideologia também possui a função de *dominação*, pois no aspecto temporal o *novo* só é concebido socialmente a partir do que é *típico*, do que se encontra assentado como mito inicial da sociedade. Deste modo, a modificação na estrutura financeira da nação brasileira só seria possível se o que está tipificado no texto constitucional permitir uma estrutura em que o Estado se torne, constitucionalmente proprietário e gestor do sistema financeiro. A terceira e última função de ideologia, identificada por Ricouer (1990), tem cunho marxista e se apresenta como *deformação* da realidade. Deste modo, nas lutas de classes, se os operários não tomam consciência de sua posição subalterna na sociedade, hão de agir em conformidade com as diretrizes sociais e ideológicas de elite financeira, acreditando na ilusão de que um dia poderão ocupar as posições de cima da escala social. Adorno, Horkheimer, Marcuse e Habermas perceberam que, em determinada fase da história, a ciência também funcionava como ideologia (RICOUER, 1990, p. 75) e inclusive a grande maioria dos intelectuais atuam como realizadores da violência simbólica (SOUZA, 2015, p. 10) em prol do capital. Assim, teorias econômicas oriundas da ideologia neoliberal, sejam elas de opção pela regulação ou pela austeridade, buscam justificar as alterações legislativas em prol de um Estado financeirizado em detrimento de um Estado realizador de direitos fundamentais.

A tomada de decisão ideológica faz parte da construção teórica da Constituição; pois, para criar o texto constitucional, existiria disputas humanas a partir dos modelos puros de ideologia, construindo a pluralidade dos ditames constitucionais a serem depurados/harmonizados pelo *princípio da ambiguidade* (SOUZA,

1956). O princípio condicionam as estruturas sociais, políticas e econômicas à ordem jurídica. Assim, as ordens econômicas e financeiras constitucionais (comandos), oriundas do pensamento de diversas ideologias, existentes e conflitantes durante a construção das constituições modernas, nas assembleias constituintes, ficam submetidas ao que está previsto no texto constitucional, evitando-se, assim, a dominação e a distorção social por meio de ideologias puras.

Sabe-se que na *ação social* weberiana o comportamento coletivo é significativo para o comportamento individual quando a ação ou omissão de um é orientado em função do comportamento do outro. O entendimento aproxima-se da construção da ideia de *bolha de sabão* (SOUZA, 1956) que explica a existência de uma ordem ambígua na sociedade. Essa ordem ambígua é construída, portanto, por grupos sociais antagônicos que precisam se representar em sociedade. Tal representação social é construída em comunidade histórica com o ato fundador. Assim, há uma difusão da convicção inicial formadora daquela dada sociedade por meio de um credo. Ricoeur explica que “talvez não haja grupo social sem essa relação indireta com seu próprio advento” (1990, p. 68).

Não é intenção, neste ensaio, aprofundar essa discussão, apenas ressalta-se que as três funções da ideologia de Ricoeur (1990) não constituem conceitos antagônicos e que todos eles constituem a ideologia constitucional a que aqui se faz menção. Portanto, a ideologia constitucional é, em uma interpretação atual da teoria de Souza (1956), a soma das funções estabelecidas por Ricoeur (1990, p. 79). Ideologia, nesta linha de pensamento, é uma racionalização que constitui anteparo do real; de modo que as

ações sociais dependem de relações estáveis e com significações que possam ser compreendidas facilmente pela sociedade. Trata-se, portanto, da impossibilidade de se construir uma teoria social ou texto normativo não-ideológicos, pois é a repetição do momento fundador inicial, promovendo a mobilização e a justificativa social. A ideologia (pura) é, pois, uma estrutura de pensamento vinculada a um grupo, a uma classe social, a uma nação, de modo que as construções ideológicas, assim erigidas, não passam de mito ou de estereótipos que se propõem de maneira enviesada e totalizante.

As teorias deste modo ideológico são as que Souza (1992, p.23) denominou de *puras*: ideologias que contém elementos indispensáveis à construção de suas racionalidades. Inserem-se nessa categoria, por exemplo, o liberalismo, o socialismo, o comunismo, o nacionalismo. A par delas, existem também ideologias denominadas *mistas* que recebem, por exemplo, o prefixo *neo*; designando o sentido mesclado de princípios ideológicos e as mutações decorrentes do percurso temporal. As ideologias mistas, quando aplicadas à realidade, podem não significar funções de ideias e sim alterações não substanciais no plano de concepção original significando, por vezes, a sua radicalização como ocorre, por exemplo, com o neoliberalismo de regulação e de austeridade (CLARK; CÔRREA; NASCIMENTO, 2017). Nessa categoria também estão, por exemplo, o anarcocapitalismo e o neosocialismo. À vista disso, as teorias *mistas* precisam ser depuradas/harmonizadas por um filtro hermenêutico constitucional, evitando-se, assim, que a constituição se componha de termos contraditórios, dominadores e deformadores das ações sociais e estatais. Ademais, foram diversos os atores sociais que influenciaram e participaram

da construção da constituição e, logicamente, diversos grupos inseriram suas ideologias no texto no constitucional.

Souza (2002), ao interpretar a constituição econômica, pretendendo “livrar” o texto constitucional da influência exclusiva das ideologias puras, desenvolveu a ideia de *ideologia constitucionalmente adotada*. Esse é o projeto estabelecido na Constituição de 1988: ideologias que representam distâncias, discordâncias, concordâncias e ambiguidades referentes ao curso real das coisas; tendo, na ideologia constitucionalmente adotada, o filtro hermenêutico que depura as escolhas dos agentes estatais e faz com que o discurso puramente financista passe pelo crivo constitucional antes de ser concretizado.

Note-se que a Constituição de 1988 não é, de forma alguma, neutra (BELTRÁN, 2016, p. 31). Ela tem, na verdade, corpo normativo com natureza instrumental e transformador das estruturas econômicas, sociais, tecnológicas, ambientais, e a ideologia constitucionalmente adotada atua como filtro hermenêutico para justificar as escolhas de políticas econômicas (CLARK; CÔRREA; NASCIMENTO, 2013, p. 280). Em se tratando da ordem econômica, Souza (1956) afirma que nenhum fenômeno econômico depende do direito, mas a ordem econômica moderna não pode existir sem uma ordem jurídica.

Observa-se, assim, que não há na Constituição de 1988 uma ideologia determinante (pura) impeça a execução da proposta de Avelãs Nunes (2011) no Brasil. O que há na constituição são dispositivos ambíguos, frutos de diversas ideologias que devem ser harmonizados por meio do filtro hermenêutico denominado ideologia constitucionalmente adotada. Há, então, amplitude de

possibilidades nas ações estatais e não apenas a ação financeira privada de suposição racional e neutra. Na busca da concretude constitucional em seu aspecto ético⁴⁴: luta-se pela realização de direitos fundamentais.

Entretanto, com a crescente financeirização do Estado, identificada por Avelãs Nunes (2011) como máscaras que tentam em vão disfarçar o Estado capitalista, a complexidade constitucional da ambiguidade e a depuração pela ideologia constitucionalmente adotada deixam de existir. Sem o crivo da ideologia constitucionalmente adotada passa-se a vigorar uma única ideologia política/econômica: a oriunda do neoliberalismo recente. As consequências deste movimento de unificação ideológica são, na lição de Salgado (1998, p. 8-10): (a) corrupção da república, que deveria ter a legitimação do poder estatal relacionada com sua origem e finalidade para com a realização de direitos fundamentais; (b) o aumento do poder burotecnocrata e redução do poder político e social e; (c) mudanças constantes do texto constitucional para acomodar os interesses ideológico neoliberais (reguladores ou de austeridade) em detrimento dos direitos e garantias fundamentais.

44 A confluência das ideias se faz além dos termos adotados: Salgado (1998), divide o Estado em poiético e ético. O Estado poiético está preocupado com o produzir enquanto o Estado ético tem suas ações voltadas para a realização dos direitos fundamentais. Divisão semelhante é apresentada por Bercovici e Massonetto (2006) que denominam de constituição dirigente a que se presta a realizar os direitos fundamentais e de constituição dirigente invertida a que meramente se preocupa com o aspecto financeiro. Avelãs Nunes (2011), por sua vez, fala em máscaras que tentam esconder a verdadeira face do Estado, que invés de financeirizado ou poiético, recebe, na sua argumentação a alcunha de garantidor. Em comum, todas as ideias se preocupam com o embate entre a realização dos direitos constitucionais e o privilégio do sistema financeiro internacional.

A essa unificação ideológica, Bercovici e Massonetto (2006, p. 73) denominaram de constituição dirigente invertida: a constituição dirigente – a que realiza os direitos sociais e políticas públicas de interesse à nação passa a ser vista como prejudicial e causadora das crises econômicas, do déficit público e da ingovernabilidade. Já constituição dirigente invertida, em contrapartida, é a execução de políticas neoliberais de ajuste fiscal, voltadas às credibilidade e confiabilidade da nação junto ao sistema financeiro internacional.

Acentua-se mais uma vez que o texto constitucional de 1988, escrito após a crise dos anos 1970, influenciado pelos princípios keynesianos e pelas experiências estruturalistas, apresenta conteúdo ambíguo que pretende realizar tanto o Estado de bem-estar social quanto, supostamente, o Estado financeiro (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 63). Isto porque no texto constitucional existem normas que possibilitam a defesa teórica do equilíbrio das contas públicas (supostamente) em detrimento da atuação estatal que se denomina ética e realizadora dos direitos fundamentais.

Esses argumentos são sintetizados por Souza (2002, p. 372) no entendimento de que a ordem econômica de cunho liberal tem como fundamento a livre iniciativa; e como princípios, a propriedade privada e a livre concorrência. Paralelamente, a ordem econômica de cunho social tem como fundamento a valorização do trabalho humano e o fim a existência digna; e princípios como: a soberania econômica nacional, a função social da propriedade dos meios de produção e do capital, a proteção do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais e a busca do pleno emprego. Sobre esse conjunto de ideias

(comandos), aparentemente antagônico, Souza, (2002, p.380) diz que, na verdade, há uma soma de ideias que cria um modelo ideológico misto, que orienta para uma linha de maior vantagem, devendo gerar uma interpretação mais justa ou recomendável mediante a circunstancialidade apresentada.

Tem-se, portanto, a conclusão de que não há na Constituição de 1988 uma ideologia pura, determinante, mas dispositivos frutos de diversas ideologias (mista), devendo ser harmonizados por meio de uma interpretação mais justa em face da realidade brasileira. Também há uma admissão do sistema capitalista, bem como de outros sistemas produtivos compatíveis (CLARK; CÔRREA; NASCIMENTO, 2013, p. 292) que devem ser, a todo tempo, limitados e moldados aos ditames e objetivos constitucionais a fim garantir justiça social e mais bem-estar para todos⁴⁵. Assim, do ponto de vista da ideologia constitucional e de seus ditames, pode-se afirmar que é possível o controle e a propriedade do sistema financeiro por parte do Estado, enquanto setor econômico estratégico e essencial, visando a concretude da Lei Maior. Exemplificando: na efetivação da soberania econômica nacional (art. 170, I da Constituição), quando o mercado interno, por compor o patrimônio nacional (art. 219 da Constituição), for colocado em risco ou fragilizado por suas ações e omissões privadas; ou ainda, para assegurar a função social da propriedade (capital financeiro

45 Há pensamento jurídico em sentido contrário; no qual, a livre iniciativa é o direito fundamental que condiciona os demais, pois a livre iniciativa é sinônimo de iniciativa econômica privada. Neste sentido, Barroso (2001) entende que a livre iniciativa garante a realização de qualquer atividade, estando o setor privado protegido pela legislação. Discorda-se desses pensamentos, pois eles tornam a livre iniciativa oriunda de uma ideologia mista, a neoliberal, em um princípio inviolável; o que é inaceitável do ponto de vista constitucional.

e juros), bem como para garantir a livre concorrência e da defesa do consumidor (art. 170, III, IV, V da Constituição) findando-se os abusos do poder econômico dos bancos (art. 173, parágrafo 4 da Constituição), entre outros.

Subsidia a resposta à primeira questão a verificação da literalidade dos artigos da Constituição de 1988, conferindo a possibilidade da aplicação da proposta de Avelãs Nunes (2011) no Brasil.

Sabe-se que não há serviço público econômico no Brasil, pois, na Constituição de 1988, estas expressões têm tratamentos antinômicos (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 789): ou se tem serviço público ou se tem atividade econômica em sentido estrito (GRAU, 2010, p. 101-102). Com base nessa afirmação, sabe-se que o sistema financeiro não presta um serviço público nos termos do artigo 175 da Constituição de 1988 ou, caso assim fosse, o Estado deveria credenciar o particular prestador do serviço, por meio de uma concessão ou permissão, o que não tiraria do Estado a titularidade do serviço (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 788). Eis alguns exemplos que estão no rol de serviços públicos do texto constitucional: serviços de telecomunicação, radiodifusão sonora, energia elétrica, água, transporte ferroviário (art. 21, XI e XII da Constituição de 1988), dentre outros.

Considera-se no artigo 173 da Constituição de 1988, que trata das atividades econômicas, dispondo, com limites os casos previstos na própria Constituição, que a exploração direta de atividade econômica pelo Estado será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou *relevante interesse coletivo*, conforme definido em lei. Bandeira de Mello

(2009, p. 788) aponta como ressalvas constitucionais as previstas no artigo 177 como monopólio da União: a pesquisa e lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluídos; a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro; importação ou exportação dos produtos e derivados de petróleo, gás natural ou outros hidrocarbonetos fluídos e; o transporte marítimo ou por meio de conduto do petróleo bruto, seus derivados e gás natural. A interpretação constitucional é a de que o Estado pode desenvolver atividade econômica obedecendo os pressupostos citados e mediante autorização legislativa. Aliás, Silva (2009, p. 177) e Bercovici (2015, p. 35) reforçam esta linha de raciocínio jurídico e deixam claro que o Estado não limita a intervenção direta do domínio econômico às formas subsidiária, suplementar e excepcional, mas sim aos contornos constitucionais, possuindo, ainda, o poder/dever de assim agir em nome da materialização da constituição de 1988.

O artigo 173 da Constituição de 1988 contribui na resposta à questão proposta. Na literalidade do artigo há possibilidade de o Estado prover atividade econômica por *relevante interesse coletivo* (BRASIL, 2013). A expressão comporta interpretações. Defende-se, neste ensaio, a ideia de que o relevante *interesse coletivo*, expressão sem densidade conceitual, nada mais é que espécie do gênero *interesse público*. Em conformidade com esta proposta, Grau (2010, p. 129) afirma que os *interesses coletivos* são aferidos no plano da sociedade civil e, embora sejam distintos do *interesse social*, ambos (interesse coletivo e interesse social) se comparam na categoria de *interesse público*.

Por interesse público entende-se a efetivação da própria constituição, em especial os direitos e garantias fundamentais

(JUSTEN FILHO, 2005, p. 35). Note-se que o interesse público não se confunde com o interesse privado, pois resultaria em uma soma dissonante de interesses e direitos contraditórios; não se confunde também com o interesse comum a todos os cidadãos: vivemos em sociedade repleta de individualidades não permitindo a totalização em torno de apenas um interesse. Não havendo homogeneidade não há, também, que se falar que o interesse público é o que atende ao critério da maioria. Na realização dos direitos fundamentais, os direitos das minorias também devem ser levados em consideração. Por isto é que se pode afirmar que o núcleo dos interesses públicos são os direitos fundamentais – incluindo os direitos sociais –, elencados na Constituição de 1988. O que se pretende na delimitação do interesse público é dar concretude e definição jurídica que possibilite a concretização do texto constitucional (LELIS, 2019, p. 118).

De acordo com o magistério de Magalhães (2008, p. 22), desde a Constituição do México de 1917 e de Weimar de 1919, os direitos econômicos passaram ao patamar de direitos fundamentais; carecendo, assim, de maior proteção. Deste modo, entre o interesse privado – financeirização do Estado – e o interesse público – de concretização ética da Constituição de 1988 – este último deve prevalecer. Sendo os interesses públicos direitos e garantias fundamentais (compreendendo entre eles os direitos econômicos) previstos primariamente na Constituição de 1988 e que se destinam a assegurar a dignidade humana em suas diversas manifestações de projetos de vida boa, deve-se, com força na ideologia constitucionalmente adotada, fazer prevalecer a melhor interpretação ideológica que concretize tais direitos (LELIS, 2019, p. 119).

Sumarizando, a crise de 2008, força motora para a proposta de Avelãs Nunes (2011), foi provocada especialmente pela ganância dos interesses financeiros privados, que conseguiram nos Estados Unidos e na Europa crescente desregulação das operações financeiras. Acredita-se que seria possível evitar consequências outras no Brasil, com a defesa do relevante interesse coletivo – interesse público –, autorizando a propriedade e controle do sistema financeiro por parte do Estado.

Assim, pela constatação de ausência de uma ideologia pura dominante, somada a literalidade dos artigos 170, 173, 174 e 219 da Constituição de 1988 e com a interpretação de que os direitos econômicos são parte constitutiva do interesse público (concretização ética da Constituição), afirmamos ser possível o Estado brasileiro, para vistas a defender o interesse público, tomar a propriedade e controle do sistema financeiro nacional. Validada, assim, a primeira hipótese: a propriedade e gestão do sistema financeiro pelo Estado são possíveis sob as normas da Constituição de 1988.

Busca-se agora responder a seguinte questão: existe mecanismo jurídico capaz de instrumentalizar o Estado para a propriedade e gestão do sistema financeiro? A esse tema dedica-se a próxima sessão.

O INSTITUTO PARA A PROPRIEDADE E GESTÃO DO SISTEMA FINANCEIRO

A Constituição de 1988 legitima o Estado brasileiro para intervenção no domínio econômico, de modo direto (artigo 173, caput da Constituição) e indireto (artigo 174 da Constituição), bem

como a desapropriação realizada pelo Estado dos bens e ativos privados (art. 5, XXIV da Constituição). Por conseguinte, para uma eventual propriedade e gestão do sistema financeiro, resta saber se há instrumento jurídico no ordenamento nacional que legitime tal medida. A resposta à questão deve construir-se com base nos próprios artigos constitucionais.

Como exemplos de retomada estatal em conformidade com a constituição, identificam-se duas situações em nações onde é preponderante o modelo de produção via meios privados: na Bolívia, para evitar a concentração e exploração indevida da propriedade e; a tendência britânica – as voltas que o mundo dá! – de estatização de diversos serviços de interesse público.

Sobre a lei boliviana eis o problema jurídico: em 2013 o presidente boliviano, atendendo à demanda popular de remarcação de terras, questionou a constitucionalidade do projeto de lei denominado *Ley de Extinción de Dominio de Bienes a Favor del Estado*; no referido projeto de lei pretendia-se reverter bens privados, que não atendiam à função social da propriedade por motivos diversos como crime organizado, lavagem de dinheiro, tráfico de pessoas, enriquecimento ilícito, entre outras, para o domínio do Estado sem a realização do devido processo legal.

O tribunal, em análise do projeto, entendeu⁴⁶ que a constituição boliviana obriga os proprietários privados ao cumprimento

46 A síntese da decisão do tribunal boliviano pode ser encontrada no site <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/declaraci%C3%B3n-constitucional-plurinacional-022013-19-de-abril-de-2013> onde pode-se verificar a declaração parcial de constitucionalidade: “De acuerdo a los fundamentos expuestos en la Declaración, el TCP resuelve declarar: **1º La CONSTITUCIONALIDAD** de los arts. 1, 2, 4, el parágrafo II del art. 6, 7, el parágrafo I y II del art. 8, 9, 12, 13, 14, 15, de la Disposición Transitoria Primera, Dispo-

dos requisitos constitucionais e legais de manter a licitude e a função social da propriedade. Contudo, sem a licitude e sem a função social, a propriedade estaria desprotegida do arcabouço constitucional boliviano podendo, portanto, ser revertida ao patrimônio público, desde que seja obedecido o devido processo legal (BOLÍVIA, 2013). Nessa situação, além do respeito ao direito posto, houve respeito ao critério democrático, visto que as medidas de intervenção do Estado na economia se pautaram sempre no apoio e demanda popular.

Modelos alternativos ao modelo tradicional de concessão de serviços públicos e atividades econômicas têm sido implementados também na Inglaterra. Trata-se do *Social Impact Investment Markets* (SIIM), modelo adotado pelos ingleses desde 1997, envolvendo o capital privado em atividades sociais que possam gerar retorno financeiro para os investidores; e o *Social Impact Bond* (SIB), que surge como resposta à crise de 2008.

Quanto ao SIIM, pode-se identificar três as formas de implementação: a primeira é a redução da tributação em determinadas áreas para incentivar o investimento privado; a segunda é o empréstimo de recursos públicos, em especial para o terceiro setor, para a realização de investimentos sociais; e o terceiro é o uso de capital privado para expandir o investimento social (WIGGAN, 2018).

sición Derogatoria y Abrogatoria Única del proyecto de “Ley de Extinción de Dominio de Bienes a Favor del Estado”, sometido a consulta, excepto el término “contrabando”. **2º La INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 3, 5, 6, parágrafos I y II del art. 7, de los parágrafos III y IV del art. 8, 10 y 11 y de las Disposiciones Transitorias Segunda, Tercera y Cuarta; y, Disposiciones Finales Primera, Segunda y Tercera del proyecto de “Ley de Extinción de Dominio de Bienes a Favor del Estado” (BOLÍVIA, 2018).

O último modelo de SIIM, uso de capital privado para expansão do investimento social, é, na prática, o modelo pela qual se estrutura o SIB. Detalhadamente, o SIB inglês, funciona da seguinte maneira: diferente do tradicional contrato de concessão de serviços públicos, o SIB é remunerado por investidores privados tendo por base a performance do serviço prestado: o investidor ganha um prêmio por cada resultado positivo que alcança – o resultado pode ser, desde realização de metas, como educar um determinado número de crianças, quanto gerar economia para os cofres públicos. Se a atividade não alcança a meta pré-estabelecida, o investidor perde o dinheiro investido e não recebe o prêmio (DOWLING, 2016).

Ademais, o SIB deverá ter previsto em seu instrumento constitutivo que seu objetivo é a prestação do benefício público ao qual a lucratividade está vinculada. Por exemplo: a empresa que presta o serviço de água teria como propósito entregar ao consumidor a melhor água pelo menor preço. Além disso, a empresa de benefícios públicos seria gerida em parte por uma fundação pública com participação do governo via nomeação de administradores não executivos; e em parte por capital privado aberto ao mercado. Aos administradores não executivos caberia a responsabilidade de verificar se o propósito para o qual a empresa de benefícios públicos foi criada está sendo cumprido. Ao capital privado caberia o investimento necessário para execução do objetivo da empresa de benefícios públicos e, eventualmente, o recebimento de lucros e dividendos.

Entre as duas pontas, a pública e a privada, mantém-se o sistema regulador já em vigência na Inglaterra (HUTTON, 2018). Se a empresa de benefícios públicos não entrega o que foi prometido,

passa-se a aplicar o sistema de penas escalonadas culminando com a mais grave: a transformação de todos os bens em propriedade pública. A desapropriação dos bens particulares teria custo menor que a indenização prevista para a encampação, pois, a empresa de benefícios públicos, ao não entregar o prometido, passa a atuar em ilegalidade, causando uma queda em suas ações privadas e consequentemente menor dispêndio para o Estado que deverá arcar somente com o valor de mercado da empresa.

Sobre a viabilidade do SIB, Hutton (2018), informa que o modelo se pauta no crescente descontentamento entre os consumidores com relação a serviços públicos fornecidos por empresas privadas. Além de supostamente condicionar a prestação do serviço público à satisfação social, o SIB apresenta como pontos positivos: (i) a possibilidade de se “evitar”/reduzir indenização em caso de eventual estatização e; (ii) a separação do serviço social do fundo financeiro, permitindo que o setor privado lucre com a prestação do serviço enquanto retira o risco da atividade das mãos do Estado.

Apesar dos aspectos supostamente positivos, a visão predominante destes modelos é neoliberal de regulação e de austeridade. Afinal, para qualquer um deles, (SIIM ou SIB), o bem-estar social é apenas um custo para o Estado. Por outro lado, o SIB, em especial, proporciona uma financeirização do Estado em áreas até então impenetráveis pelo capital especulativo. O capital em crise, em especial após 2008, precisou ser criativo para encontrar novas áreas de exploração. Os novos modelos de administração de serviços público demonstram o Estado gerencial se renova na marcha de esvaziar os entes públicos de seu dever de efetivar direitos.

Caso se opte, no Brasil, por um dos modelos acima, consolidando o neocolonialismo jurídico, é preciso modificação constitucional (questionável), pois, para o setor econômico, a Constituição de 1988 afirma ser necessária geralmente a constituição de empresa pública ou sociedade de economia mista. Assim, a forma de organização administrativa, o SIIM ou SIB, precisariam ser incluídas na Constituição de 1988 com todas as especificações que, por ventura, permitiriam ao Estado a tomada do serviço econômico. Contudo, a proposta em análise no artigo (estatização do setor financeiro) independente da alteração constitucional, tornado-se imperioso saber como a Constituição de 1988 estabelece os limites entre os espaços público e privado dentro da atividade econômica e as possíveis formas de intervenção do Estado no domínio econômico.

Grau (2010, p. 147) trata as formas de intervenção do Estado na economia da seguinte maneira: o Estado poderia: (i) *intervir diretamente* por meio da *absorção*, assumindo integralmente o controle dos meios de produção e atuando em regime de monopólio ou; por meio da *participação*, controlando parte dos meios de produção e atuando em regime de competição com o mercado; (ii) *intervir indiretamente* por meio da *direção*, exercendo pressão sobre a economia por meio de normas de comportamento compulsório ou; por *indução*, manipulando os instrumentos de intervenção de acordo com as leis que regem o mercado. Ademais, Grau (2010, p. 91) utiliza o termo intervenção quando o Estado age em campos inicialmente pertinentes ao setor privado; assim, quando o Estado age de modo direto (empresas estatais) ou indireto (regulação) em campos que lhe são próprios, ou seja, em serviços públicos (art. 175 da Consti-

tuição de 1988), onde não se pode falar, na visão do autor, em intervenção; mas em atuação estatal. Alias, serviço público não é objeto do trabalho e sim atividade econômica financeira.

Respeitando a classificação de Grau (2010), podemos sistematizar, em conformidade com os artigos da Constituição econômica, que a interferência do Estado no domínio econômico pode ocorrer por três vias: a *primeira* é o uso do poder normativo e de polícia, conforme o artigo 174 da Constituição de 1988, situação em que o Estado atuará como agente normativo e fiscal das políticas econômicas; a *segunda* é o uso de incentivos à iniciativa privada ou setor público, também conforme o artigo 174 da Constituição de 1988, onde o Estado estimula o mercado com incentivos fiscais, financiamentos, compras e obras públicas, prêmios, entre outras medidas, como comumente tem feito em relação aos eletrodomésticos e automóveis; a *terceira* possibilidade diz respeito ao uso da via do Estado Empresário para intervir no setor econômico, conforme o artigo 173 da Constituição. Por essa via o Estado, diretamente, por meio de pessoa jurídica que cria, presta atividade econômica. Nessa forma de intervenção existem instrumentos jurídicos que legitimam a propriedade e controle do sistema financeiro pelo Estado, inclusive desapropriando as empresas do setor.

A criação de pessoa jurídica para atuar no setor financeiro não é medida nova. Carvalho (2009) lembra que em 1808, com a chegada de D. João VI ao Brasil, foi criada a primeira versão do Banco do Brasil; em 186 criava-se a Caixa Econômica que posteriormente se transformaria na Caixa Econômica Federal. De lá para cá surgiram, entre 1933 e 1938 os Institutos de Aposentadoria e Pensões; em 1939, o Instituto de Resseguros do Brasil; em 1943

a Caixa de Crédito Cooperativo que mais tarde se transformaria no Banco Nacional de Crédito Cooperativo; em 1952, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e o Banco do Nordeste do Brasil. Todos eles são exemplos de criação de pessoas jurídicas; por meio delas o Estado intervém diretamente no setor financeiro em concorrência com o setor privado.

Entretanto, essa possibilidade garantida pela Constituição de 1988 não permite, por si só, a propriedade integral e a gestão do sistema financeiro pelo Estado brasileiro. Não obstante o Estado crie pessoas jurídicas para atuar de forma direta, ainda existirão instituições privadas atuando no setor; portanto, para a proposta de Avelãs Nunes (2011) tornar-se viável, necessário seria o Estado promover a estatização das pessoas jurídicas privadas. Assim como a criação de pessoas jurídicas para atuar no setor financeiro, o expediente de retomada, encampação e estatizações também não é novidade no cenário nacional.

A lei 1803 de agosto de 1860, conhecida como a *Lei dos Entraves*, lançou as bases para as primeiras estatizações do Brasil. Por meio desse instrumento legal o Estado permutava as ações das companhias a serem estatizadas por títulos públicos, não havendo assim a necessidade de desapropriação. Foi por meio dessa fórmula que o capital acionário da Estrada de Ferro D. Pedro II se tornou público (LEVY, 1994, p. 71-88). Outras encampações ocorreram ao longo da história, Carvalho (2009) cita a da Brazil Railway Company e subsidiárias, e da The Amazon River Steam Navigation Company em 1940; a incorporação das Organizações Henrique Lage, em 1942; a estatização da Cia. Vale do Rio Doce, também na década de 1940, e de diversas refinarias de petróleo, em 1964. Ressalta-se que houve encampação primordialmente

em serviços públicos e de algumas atividades econômicas, aos moldes do que ainda é previsto pela lei de concessões, artigo 37⁴⁷.

Entende-se, entretanto, que o expediente de encampação não é exclusivo para serviços públicos, havendo possibilidade de se valer desse mecanismo para o setor econômico privado e, por consequência, para efetivar a propriedade e gestão do sistema financeiro pelo Estado. Veja-se a previsão do artigo 11, b, do Decreto-Lei nº. 2321 de 1987⁴⁸, recepcionado pelo artigo 5º, XXIV da Constituição de 1988, que prevê a possibilidade de o Banco Central do Brasil propor a desapropriação, por necessidade ou por utilidade pública ou por interesse social, das ações do capital social da instituição financeira. A competência da expropriação é do Poder Executivo, que deverá depositar o valor indenizatório; ou se apurar que o valor líquido é negativo, depositar mero valor simbólico fixado no decreto expropriatório (BRASIL, 2013d). Outro exemplo, a Lei nº. 4.595 de 31 de dezembro de 1964, que previu expressamente a encampação em seu artigo 47⁴⁹ para as emissões de moeda efetuadas pelo Banco do Brasil S/A e da Caixa de Mobilização Bancária.

47 Diz o artigo 37 da Lei n. 8987 de 28 de setembro de 1998: “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

48 Art. 11. À vista de relatório ou de proposta do conselho diretor, o Banco Central do Brasil poderá: b) propor a desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, das ações do capital social da Instituição.

49 O artigo 47 diz que “será transferida à responsabilidade do tesouro nacional, mediante encampação, sendo definitivamente incorporado ao meio circulante o montante de emissões feitas por solicitação da carteira de redescontos do Banco do Brasil S/A e da Caixa de Mobilização Bancária” (BRASIL, 2013e).

Nota-se assim que a encampação já foi utilizada no sistema financeiro, não sendo novidade nos meios jurídicos nacionais, bastaria, para tanto, na atualidade, obedecer aos preceitos constitucionais. Todavia, as estatizações, via desapropriações (expressão jurídica mais apropriada atualmente), devem ser realizadas de forma planejada, afinal, é inconteste que o Estado deva ser responsabilizado por prática de políticas econômicas, ainda que lícitas (SOUZA, 2017, p. 125), quando delas decorrem prejuízos específicos, expressos e demonstrados (BRASIL, 2013c).

Há, portanto, instrumento jurídico no ordenamento nacional capaz de viabilizar a propriedade integral e a gestão do sistema financeiro: a estatização. Mas, para que o instituto seja aplicado é necessário o respeito aos ditames constitucionais. Haveria, assim, que se verificar se o sistema financeiro privado atua de forma abusiva ou/e bloqueando (CLARK, CORRÊA, NASCIMENTO, 2017) os ditames constitucionais⁵⁰, colocando em risco a segurança nacional ou a não efetivação do interesse público. Logo, seria necessário, por exemplo: que as políticas econômicas privadas (ação ou omissão) do sistema financeiro comprometessem o desenvolvimento da nação fragilizando os direitos fundamentais; ou inviabilize a soberania econômica nacional praticando abusos do poder econômico por cercear a concorrência no setor ou de outros; ou então, construindo cartéis para dilatar seus ganhos (juros) e assim subjugar consumidores, empresas e entes públicos superendividados. Deve, pois, o Estado intervir no sistema financeiro a fim de dar concretude a constituição de 1988, mas

50 Segundo o Prof. Alessandro Octaviani (2022) o Brasil possui elevada concentração bancária, acima de 80 %, e o oligopólio não cumpre os ditames e os objetivos da constituição econômica brasileira de 1988.

sempre adequando os fins almejados aos meios utilizados, tendo em mira a linha de maior vantagem (SOUZA, 2002).

Ademais, o artigo 5º, XXIV da Constituição de 1988 facultava ao Estado poderes gerais de desapropriação, conforme a lei, mediante pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro, nos casos de necessidade ou utilidade pública ou por interesse social. Assim, a União (por exemplo), a fim de dar materialização a nossa Lei Maior, sobretudo os comandos de sua Constituição Econômica, visando o fim do abuso do poder econômico dos bancos, pois solapa o mercado interno e a soberania econômica nacional, poder-se-ia desapropriar o setor parcial ou totalmente pelos comando do Decreto-Lei nº. 2321/87. Por outro lado, reforçando os nossos argumentos, o art. 174, caput, da Constituição, fixa o poder estatal de normatizar e fiscalizar as atividades econômicas, incluindo as financeiras, no intuito de materializar os artigos 170 (a soberania nacional por exemplo) e o 192 da Constituição (promover o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses coletivos da nação), dentre outros ditames, recepciona também o dito Decreto-lei com estatuto de lei complementar, junto com citado o artigo 5º, XXIV da Constituição.

A segunda pergunta proposta também tem resposta afirmativa: pela possibilidade de encampação/desapropriação pois há instrumentos jurídicos no ordenamento vigente que possibilitariam a propriedade integral e gestão do sistema financeiro por parte do Estado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise é um momento decisivo no funcionamento de um sistema. Ela, por si só, necessariamente não representa um momento negativo, mas oportunidade de se verificar a (in)eficácia do sistema e de se propor algo novo. A crise do sistema financeiro de 2008, em muitas nações, levou estadistas e estudiosos a estabelecerem um conjunto de políticas econômicas e medidas para conter os estragos causados no chamado capitalismo financeiro. Entende-se, entretanto, que nenhuma das medidas pode ser vista como algo realmente novo, inclusive o que Avelãs Nunes propõe. Discutiu-se assim no ensaio a possibilidade jurídica de efetivação da proposta do jurista português – controle e propriedade do sistema financeiro por parte do Estado – no Brasil. Ele sugere, diante do abalo sistêmico das estruturas produtivas e do complexo financeiro internacional, o rompimento do modo operante anterior.

Mostrou-se ser viável constitucionalmente no Brasil a aplicação da proposta de Avelãs Nunes, pois a Lei Maior de 1988 não adota uma única ideologia política podendo assim, via a intervenção estatal do sistema financeiro, o Estado controlar totalmente e diretamente o setor. Mas para proposta ser levada a efeito, seria necessário, além do cumprimento dos ditames constitucionais e legais, a demonstração que as políticas econômicas (ações e omissões) do setor financeiro privado, de alguma forma, obstrui, viola ou bloqueia os comandos da constituição brasileira inviabilizando o interesse coletivo.

Por fim, a reflexão aqui produzida tem sua importância por apontar luzes jurídicas e fomentar debates sobre as possibilidades

reais de, no Brasil, a propriedade e gestão do sistema financeiro passar a ser do Estado. Isto em face do estágio civilizatório nacional, sempre marcado pela exploração do capital estrangeiro; pelas dependências tecnológicas, culturais, econômicas e; atualmente, pelo forte predomínio do sistema financeiro privado sobre o Estado, a mídia, a sociedade e as empresas privadas produtivas.

REFERÊNCIAS

AVELÃS NUNES, António José. As duas últimas máscaras do Estado capitalista. **Pensar**. Fortaleza. v. 16, n. 2, p. 409-476, jul/dez 2011.

AVELÃS NUNES, António José. Breve reflexão sobre o chamado estado regulador. **Revista Sequência**. nº. 54, p. 9-18, jul. 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. Editora Malheiros: São Paulo. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preço. **Revista de Direito Administrativo**. nº. 226 p. 187-212 Rio de Janeiro: Renovar, outubro/ dezembro 2001.

BELTRÁN, Enrique Navarro. **La Constitución Económica Chilena Ante Los Tribunales de Justicia**. Providencia: Universidad Finis Terrae, 2016.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BERCOVICI, Gilberto. **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. O princípio da subsidiariedade e o autoritarismo. **Consultor Jurídico**. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-nov-08/estado-economia-principio-subsidiariedade-autoritarismo. Acesso em: 29 de março de 2018.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. **Boletim de Ciências Económica**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. XLIX, p. 57-77, 2006.

BOITO JR, Armando. BERRINGER, Tatiana. Classes Sociais, Neodesenvolvimentismo e Política Externa nos Governos Lula e Dilma. **Revista de Sociologia e Política**. v. 21, n. 47, set. 2013, p. 31-38.

BOLÍVIA. **Declaración Constitucional Plurinacional 02/2013, 19 de abril de 2013**. Disponível em: <http://prensa.tribunalconstitucional.gob.bo/archives/1913>. Acesso em: 22 de maio de 2013.

BOLÍVIA. **Declaración Constitucional Plurinacional 02/2013, 19 de abril de 2013**. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/content/declaraci%C3%B3n-constitucional-plurinacional-022013-19-de-abril-de-2013>. Acesso em: 18 de abril de 2018.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 de maio de 2013a.

BRASIL. **Ação Direito de Inconstitucionalidade 1950-SP**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2005.

BRASIL. **Decreto-Lei nº.2.321, de 25 de fevereiro de 1987**. Institui, em defesa das instituições pública, regime de administração especial temporária, nas instituições financeiras privadas e públicas não federais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2321.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2013d.

BRASIL. **Lei nº. 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm. Acesso em: 16 de setembro de 2013e.

BRASIL. **Lei nº. 8.987 de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm. Acesso em: 17 de maio de 2013b.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal RE 571969-DF.** Rel. Min. Carmen Lúcia, 8.5.2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo705.htm#Responsabilidade%20civil%20do%20Estado%20por%20ato%20I%C3%ADcito:%20interven%C3%A7%C3%A3o%20econ%C3%B4mica%20e%20contrato%20-%201>. Acesso em: 25 de maio de 2013c.

CANOTILHO, J. J. Gomes. O Estado garantidor: claros-escuros de um conceito. In AVELÃS NUNES, António José; COUTINHO, J. N. Miranda (Org.). **O Direito e o futuro: o futuro do direito.** Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Ney. **A guerra das privatizações.** São Paulo: Editora de Cultura. 2009.

CLARK, Giovani. CORRÊA, Leonardo Alves. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. A Constituição Econômica entre a Efetivação e os Bloqueios Institucionais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, n. 71, jul/dez 2017, p. 677-700.

CLARK, Giovani. O neoliberalismo de regulação como intervenção do Estado – A regulação e a Constituição de 1988. Lisboa: **Lusíada: Economia & Empresa**, n. 9, 2009, p. 9-30.

CLARK, Giovani. O pioneirismo da Faculdade de Direito da UFMG: a introdução do Direito Econômico no Brasil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos.** Belo Horizonte. n. 40, ano 2012, p. 143-155.

CLARK, Giovani; CÔRREA, Leonardo Alves; NASCIMENTO, Samuel Pontes do. Ideologia constitucional e pluralismo produtivo. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG: número especial em memória do Professor Washington Peluso Albino de Souza**, ano 2013, p. 265-300.

CRUZ, Paulo Márcio. A crise financeira mundial, o estado e a democracia econômica in **Revista Pensar**. Fortaleza. Disponível em: http://hp.unifor.br/pdfs_notitia/3364.pdf Acesso em: 07 de maio de 2013.

DOWLING, Emma. After Austerity: Social Impact Bonds and the financialisation of the welfare state in Britain. *New Political Economy*. Setember, 2016.

EUROPEAN SYSTEMIC RISK BOARD - ESRB. **Mission, objectives and tasks**. Disponível em: <http://www.esrb.europa.eu/about/tasks/html/index.en.html>. Acesso em: 10 de maio de 2013.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **Voto do relator**. Ação Direita de Inconstitucionalidade 1950-SP. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2005.

HUTTON, Will. **Podemos desfazer a privatização. E não nos custará um centavo**. Disponível em: <https://jornalggn.com.br/noticia/britanicos-querem-reestatizar-empresas>. Acesso em: 10 de março de 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Ed. Saraiva. São Paulo. 2005.

LAROSIÈRE, Jacques de. et al. **The High Level Group on Financial Supervisor in the EU**. Bruxelas, 2009. Disponível em: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf Acesso em: 10 de maio de 2013.

LELIS, Davi Augusto Santana de. **Ensaios sobre a atuação estatal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2019.

LELIS, Davi Augusto Santana de; COSTA, Lorena Vieira. Julgamento moral, economia e políticas públicas. **Revista de Presidência**. V. 18, n. 114. 2016.

LEVY, Maria Bárbara. **A indústria do Rio de Janeiro através de suas sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: UFRJ; Secretaria Municipal de Cultura do Rio de Janeiro. 1994.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Direito Constitucional: curso de direitos fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Método. 2008.

MOREIRA, Vital; MAÇÃS, Fernanda. **Autoridades Reguladoras Independentes, estudo e projecto de lei-quadro**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OCTAVIANI, Alessandro. Concentração Bancária no Brasil: como chegamos até aqui? Para onde ir? In: CLARK, Giovani. URSINE, Ícaro Moreira. CARMAGO, Ricardo Antônio Lucas. NASCIMENTO, Samuel Pontes do. **Pandemia, Política Econômica e as Mudanças na Ordem Jurídica**. Belo Horizonte: RTM, 2º edição, 2022, p. 161-168.

RICOUER, Paul. **Interpretação e ideologia**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves. 1990.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado ético e o Estado poético. **Revista do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v.27, n.2, abr/jun, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Paula Costa; PAÇÃO, Jorge. A encruzilhada da supervisão das instituições de crédito. In **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**. Volume 6. Número 2. Dezembro de 2012. p. 91-111. Brasília: BCB, 2012.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite**. São Paulo, Leya, 2015.

SOUZA, Júlia Gomes e. **Crise do neoliberalismo e seus reflexos no aparelho estatal: apontamentos para a reflexão do caso boliviano**. Disponível em: http://www.ifch.unicamp.br/formulario_cemarx/selecao/2009/trabalhos/crise-do-neoliberalismo-e-seus-reflexos-no-aparelho-estatal.pdf. Acesso em 17 de maio de 2013.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. Conflitos Ideológicos na Constituição Econômica. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, Universidade Federal de Minas Gerais n. 74-75, jan-jul. 1992.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. O princípio da ambiguidade na configuração legal da ordem 'econômica'. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, n.21(13), 1956.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras Linhas de Direito Econômico**. 6ª edição. São Paulo: Editora LTr, 2ª tiragem, 2017.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Teoria da Constituição Econômica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

WIGGAN, Jay. Policy Boosting the Social Impact Investment Market in the UK. *Jnl Soc. Pol. Cambridge University Press*. (2018), 47, 4, 721-738. 2018.

SOBRE OS AUTORES E AS AUTORAS

Álvaro Jáder Lima Dantas

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas (PPGCJ) da Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Integrante da Comissão de Estudos Tributários da OAB, seccional Paraíba.

Ana Paula Basso

Dottorato di Ricerca in Diritto Tributario Europeo – ALMA MATER STUDIORUM – Università di Bologna” e doutorado em “Derecho Tributario Europeo (Interuniversitario) pela Universidade de Castilla-La Mancha”. Professora da Universidade Federal da Paraíba e vice-coordenadora do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Líder do Grupo de Pesquisa Estudos de Direito Tributário e suas repercussões socioeconômicas GPEDTRS/UFPB/CAPES/CNPQ).

Arnaldo Oliveira da Silva Néto

Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Graduando em Ciências Econômicas na Universidade Federal de Campina Grande.

Daniel Guedes de Araújo

Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da UFPB. Mestre em Direito Constitucional pela UFRN. Professor da Faculdade Católica da Paraíba (Cajazeiras – PB).

Davi Augusto Santana de Lelis

Doutor em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Extensão Rural no Departamento de Economia Rural da Universidade Federal de Viçosa. É professor adjunto no Departamento de Direito da UFV.

Gerardo Gallo Candido

Doutorando pelo PPGCJ-UFPB (Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba). Professor do Curso de Direito e do Curso de Especialização em Direito Civil e Processo Civil da Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Educação Continuada do CENTRO UNIVERSITÁRIO DE JOÃO PESSOA – UNIPÊ. Advogado.

Giovani Clark

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais nos cursos de Graduação e Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado) e da Faculdade de Direito da UFMG (Graduação).

Jailton Macena de Araújo

Doutor e Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba e da Graduação em Direito, vinculado ao Departamento de Direito Processual e Prática Jurídica (DDPPJ), da UFPB. Editor Gerente da Prim@ Facie, Revista do PPGCJ/UFPB. Líder do Grupo de Pesquisa “Trabalho e desenvolvimento: influxos e dissensões”.

João Batista Moreira Pinto

Doutor e pós-doutor em Direito pela Université de Paris X; professor da Escola Superior Dom Helder Câmara – do Programa de pós-graduação em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável; líder do Grupo

de Pesquisa “Direitos Humanos como projeto de sociedade e direitos da Natureza”; professor visitante na UFPB (2019-2021).

Juliana Coelho Tavares Marques

Doutoranda em Ciências Jurídicas do Programa de Pós-graduação em Ciências Jurídicas do CCJ/UFPB, na área de concentração em Direitos Humanos e Desenvolvimento, linha de pesquisa em Direitos Sociais, Regulação Econômica e Desenvolvimento.

Matheus Victor Sousa Soares

Doutorando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PGCJ/UFPB). Mestre em Direitos Humanos pelo PPGCJ/UFPB.

Narbal de Marsillac Fontes

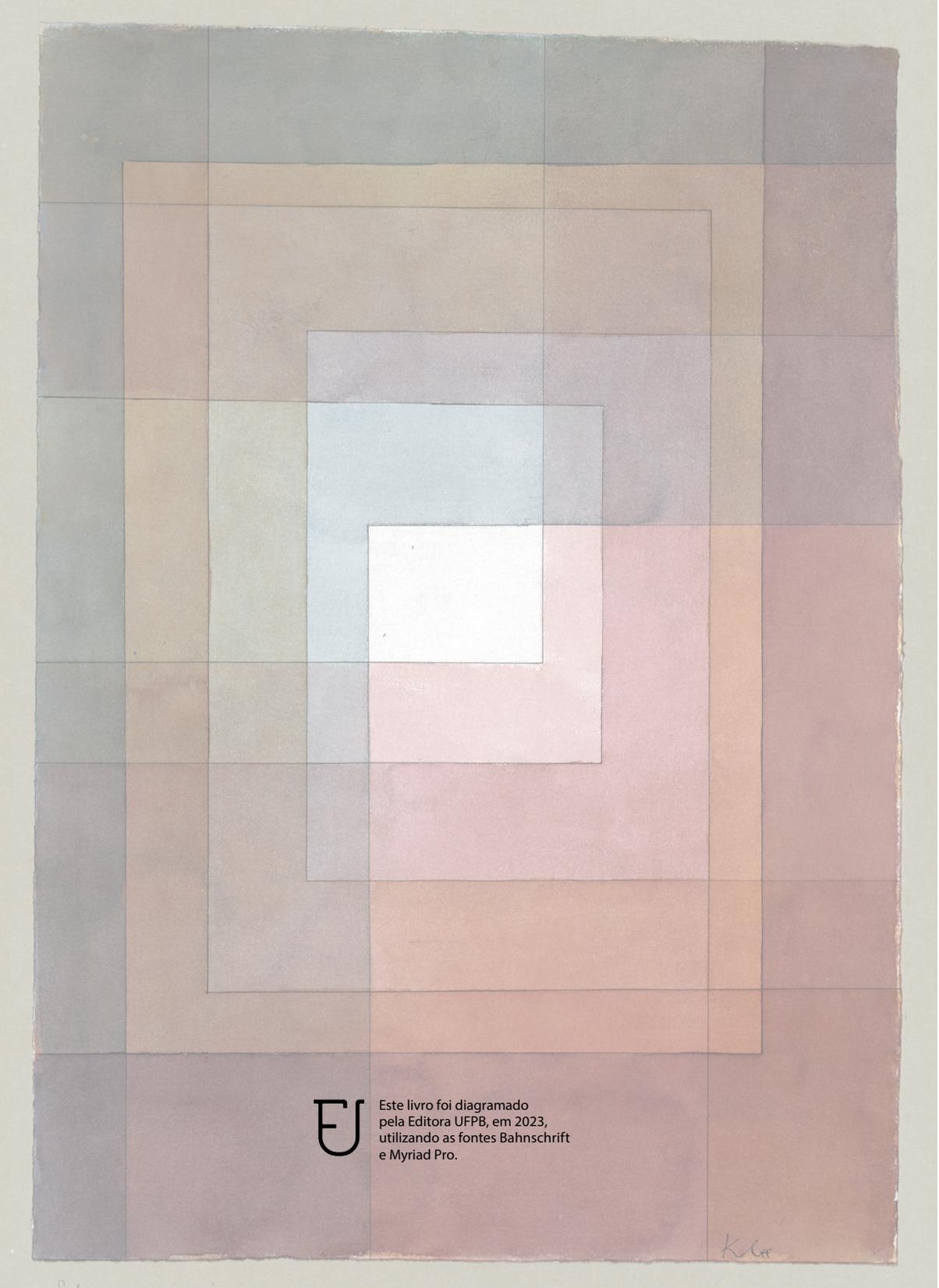
Doutor em Filosofia pela Universidade Gama Filho – UGF (2003). Professor associado da Universidade Federal da Paraíba – UFPB, vinculado ao Departamento de Filosofia e professor do curso de mestrado e doutorado em Ciências Jurídicas e em Filosofia da mesma instituição.

Paulo Henrique Tavares da Silva

Mestre e Doutor em Direito e Desenvolvimento pela UFPB; professor da UFPB; membro permanente do PPGD/UNIPÊ (mestrado) e Coordenador Acadêmico do referido programa. E-mail: paulo.tavares@academico.ufpb.br.

Robson Antão de Medeiros

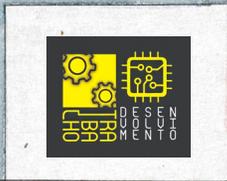
Professor Titular em Direito. Docente dos Cursos de Graduação em Direito e Comunicação em Mídias Digitais. Docente vinculado aos Programas de Pós Graduação em Direito e em Gerontologia da Universidade Federal da Paraíba (UFPB).



U

Este livro foi diagramado
pela Editora UFPB, em 2023,
utilizando as fontes Bahnschrift
e Myriad Pro.

K. G. e



K. Lee