

NOVOS DIREITOS

DIREITO, ESTADO E CONSTITUIÇÃO

ORGANIZADORES

Rafael Lamera Giesta Cabral
José Luis Bolzan de Moraes

Coleção NOVOS DIREITOS
Celso Maran de Oliveira (organizador)

Rafael Lamera Giesta Cabral
José Luis Bolzan de Moraes
Organizadores

NOVOS DIREITOS
Direito, Estado e Constituição

São Carlos
2018

© 2018 by Celso Maran de Oliveira (organizador da Coleção Novos Direitos)

ISBN da Coleção Completa: 978-85-65621-03-8

Direitos dessa edição reservados à Comissão Permanente de Publicações

Oficiais e Institucionais – CPOI

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem a autorização expressa da Editora.

Capa e Projeto Gráfico: Matheus Manzini

Editoração eletrônica: Thaís de Brito Barroso, Samanta do Prado

Normalização: Thaís de Brito Barroso, Samanta do Prado

Dados internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

Novos Direitos : Direito, Estado e Constituição / Rafael Lamera Giesta Cabral; José Luis Bolzan de Moraes (organizadores). - São Carlos : CPOI/UFSCar, 2018. 158 p. – (Coleção Novos Direitos, 8).

Inclui bibliografia.

ISBN 978-85-65621-11-3

1. Direito. 2. Estado. 3. Constituição. I. Cabral, Rafael Lamera Giesta, org. II. Moraes, José Luis Bolzan de, org. III. Coleção.



Reitor

Wanda Aparecida Machado Hoffmann

Comissão Editorial

Luzia Sigoli Fernandes Costa

Zaira Regina Zafalon

Vice-Reitor

Walter Libardi



Universidade Federal de São Carlos

Comissão Permanente de Publicações Oficiais e Institucionais

Via Washington Luís, km 235 . CEP: 13565-905 .

São Carlos, SP . Brasil

Telefone: (16) 3351-9472 (16) 3306-6900

<http://www.cpoi.ufscar.br> . E-mail: cpoi@ufscar.br

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	5
Capítulo 1	9
A “REGULAMENTAÇÃO DO CONHECIMENTO”: análise crítica do discurso constitucional sobre educação e ensino Gabriel Cerqueira Leite Martire	
Capítulo 2	27
EXPRESSÃO, REUNIÃO E REPRESSÃO: INCOERÊNCIAS DEMOCRÁTICAS? Gláucia Bambirra Silveira	
Capítulo 3	47
DEMOCRACIA, TRANSPARÊNCIA E MORALIDADE: a ADI 5394/DF e o financiamento de candidatos para campanhas eleitorais Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães	
Capítulo 4	60
OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ PENAL COMO LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PUNITIVISTA Josué Justino do Rio	
Capítulo 5	77
A DIVERGÊNCIA DAS VISÕES DE PAÍSES LATINO-AMERICANOS QUANTO AO NOVO GOVERNO BRASILEIRO: À LUZ DA TEORIA DO ESTADO E DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO Patrícia de Oliveira Assumpção Bertuol	
Capítulo 6	94
AS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E SEUS LIMITES DE CONTINGÊNCIA Pedro Luciano Colenci	
Capítulo 7	130
A CONVENÇÃO 169 DA OIT E A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL A PARTIR DA ARBITRAGEM INDÍGENA Simone Cristine Araújo Lopes	
Capítulo 8	144
A LEGITIMIDADE DOS AMICI CURIAE NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF N. 54/DF Wagner Vinicius de Oliveira	

APRESENTAÇÃO

De 18 a 20 de outubro de 2017, a Universidade Federal de São Carlos promoveu o II Congresso Novos Direitos. Esse *e-book* tem por objetivo apresentar ao leitor uma síntese das principais discussões organizadas no âmbito do GT7 – Direito, Estado e Constituição, um dos grupos de trabalho (GTs) do II Novos Direitos, sob a liderança dos professores Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA) e Dr. José Luís Bolzan de Moraes (UNISINOS).

A relação entre Direito, Estado e Constituição pode ser compreendida sob múltiplas visões. No centro dessas discussões, a ideia de Constituição, bem como a de seus usos no mundo ocidental, sempre esteve envolvida em uma questão de longa data que envolve a filosofia política: como fazer com que as facções convivam de forma pacífica, sem se destruírem?

Nas formulações clássicas, tanto Aristóteles quanto Platão estabeleceram reflexões sobre essa questão. Avançando para a necessidade de considerar os particularismos que movem uma sociedade por conta de seu pluralismo (versão aristotélica) ou para a concepção universalista (versão platônica), a ideia da melhor constituição para uma sociedade acabou por se assentar nas concepções modernas de constitucionalismo, democracia e, por conseguinte, na forma Constituição, como documento escrito, de caráter garantista (carta de direitos) e limitador dos poderes (teoria da separação de poderes).

As facções, compreendidas aqui como grupos de interesses autônomos e por extensão, divergentes, não podem ser simplificadas dentro das clássicas noções sobre Estado, direito, povo e território. A complexidade social do sistema jurídico exige interpretações que sustentem novas perspectivas para superar as limitações teóricas do direito, das instituições e da sociedade como um todo.

O conceito de Constituição como forma sempre soou como uma alternativa possível para estabelecer limites básicos para a convivência pacífica. Ao limitar os direitos do soberano, restringiu o exercício do poder político ao observar uma carta de direitos, com proteção às minorias e divisão de deveres e competências entre os demais poderes. Essa formulação consolidou-se em meio a crises jurídicas, políticas, éticas e também de contingências, mas não pode ser compreendida dentro de parâmetros fechados.

A crise do Estado, do Direito, da Democracia e da Constituição engloba soluções inovadoras e interpretações inéditas que, de certo modo, se direcionam para as facções, em busca de novas formas de socialização e convivência pacífica.

Inseridos nesse debate, os artigos que compõem esse volume estão articulados na essência do grupo de trabalho: triangulados nas estruturas do Direito, Estado e Constituição, ampliam discussões importantes sobre educação, participação popular, transparência democrática, poder judiciário e indígenas.

O primeiro artigo que compõe essa coletânea foi produzido por Gabriel Cerqueira Leite Martire, da Universidade Federal Fluminense, com o título *A “regulamentação do conhecimento”: análise crítica do discurso constitucional sobre educação e ensino*. O autor buscou analisar se a regulamentação do conhecimento no âmbito do texto constitucional de 1988 pode ser compreendida a partir de um ordenamento jurídico democrático, ao analisar os usos que se fazem do discurso constitucional sobre educação e ensino (e suas relações de poder) em escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro. Para que os objetivos fossem alcançados, Martire revisita os discursos constitucionais em busca de uma interpretação que permita novos instrumentos de resistência e descentralização a um processo de naturalização de desigualdades, que impede que a regulamentação do conhecimento possa compor a agenda democrática de forma emancipatória e com foco na participação democrática efetiva frente as contradições do sistema educacional analisado.

No segundo capítulo, Glaucia Bambirra Silveira, da Universidade Federal do ABC, promove uma análise sobre *Expressão, reunião e repressão: incoerências democráticas?* O ponto de partida de análise da autora foi analisar como os conceitos de democracia, liberdade de expressão, direito de reunião e de manifestação social podem ser compreendidos em momentos de crise, principalmente a partir das Jornadas de Julho de 2013, quando os usos modernos da repressão militar se tornaram presentes em várias instâncias da vida pública, com um uso desequilibrado da força. Com uma ampla revisão teórica sobre os postulados do Estado democrático de direito, Silveira expõe que todo o processo reivindicatório em 2013 foi repleto de violações a direitos constitucionais que tendem a flexibilizar, negativamente, os princípios democráticos que regem o país.

Na sequência, Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães, apresenta o texto *Democracia, transparência e moralidade: a ADI 5394/DF e o financiamento de*

candidatos para campanhas eleitorais. A análise da autora tem como pressuposto um estudo de caso em que se questiona dispositivo de lei que permitia a não individualização dos doadores que financiassem as campanhas de candidatos políticos. Guimarães buscou refletir a relevância dos princípios constitucionais da transparência e da moralidade para o desenvolvimento do conceito interpretativo sobre os sentidos de uma democracia, apontando que a produção de uma lei que permita a ocultação de informações nas transferências de doações impõe graves violações ao sistema político e jurídico nacional, ao impedir transparência e moralidade na esfera pública.

O autor Josué Justino do Rio, da Universidade Federal de São Carlos, apresentou o texto *Os poderes instrutórios do Juiz Penal como legitimação do discurso punitivista*, em que discute a ausência de limites dada ao art. 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao juiz, no curso da instrução processual, determinar de ofício a produção de provas sobre pontos que considere relevante. Ao questionar a figura do “juiz-ator”, o autor produz uma crítica sobre a forma como juízes têm substituído os órgãos acusatórios, correndo o risco de violar a garantia de o cidadão ser julgado por um juiz imparcial. Em conclusão, o autor registra que o moderno processo penal é incompatível com o discurso autoritário do “mito da verdade real”, de cunho inquisitivo, que criou um sistema político autoritário, em descompasso com o Estado democrático de Direito.

Em *A divergência das visões de países latino-americanos quanto ao novo governo brasileiro: à luz da teoria do Estado e do Direito Internacional Público*, Patrícia de Oliveira Assumpção Bertuol buscou avaliar as reações de Venezuela, Bolívia e Equador quanto ao processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff e o novo governo formado. Para a autora, a crítica dos demais países não guardam guarida no sistema político internacional, apesar das divergências.

Em seguida, Pedro Luciano Colenci, da Universidade Federal de São Carlos, apresentou texto intitulado *As formas de participação popular e seus limites de contingência*, em que aborda uma discussão sobre os desafios da formação de políticas de planejamento urbano. O autor registra que o atual modelo impõe um desequilíbrio entre o poder constituído, suportado por interesses econômicos fortemente concentrados, e a ausência de participação da população nas tomadas de decisão públicas.

Com o tema *A convenção 169 da OIT e a possibilidade do reconhecimento de pluralismo jurídico no Brasil a partir da arbitragem indígena*, Simone Cristine Araújo Lopes, da Universidade Federal de Juiz de Fora, aborda a possibilidade de implementação da arbitragem para a realização de uma justiça indígena. A convenção 169 da OIT reconhece a possibilidade de que povos indígenas e tribais, cujas condições sociais, culturais e econômicas se distingam de outros segmentos da comunidade nacional e cuja situação seja regida, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por uma legislação ou regulamentações especiais, possam ter seus direitos preservados a partir de instrumentos próprios como forma de proteção e solução de conflitos. A contribuição da autora indica que o instituto da arbitragem nas comunidades indígenas poderia ser potencializado para o acesso à Justiça, em uma releitura da conformação do Estado frente ao pluralismo da sociedade, já incorporado na legislação pátria.

Por fim, com o texto *A legitimidade dos amici curiae na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54/DF*, Wagner Vinícius de Oliveira, da Universidade Federal de Uberlândia, trouxe à tona a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição para refletir sobre os instrumentos democráticos de participação da sociedade civil com a atuação oficial da atividade jurisdicional, com destaque ao instituto do *amici curiae*.

No conjunto, os textos apresentados no GT 7 – Direito, Estado e Constituição do II Congresso Novos Direitos estabelecem aproximações amplas com a temática do evento: A interdisciplinariedade do Direito na sociedade contemporânea. Espera-se que esse e-book possa contribuir com pesquisas futuras para o refinamento tanto do direito quanto de suas instituições.

Organizadores

CAPÍTULO 1

A “REGULAMENTAÇÃO DO CONHECIMENTO”: ANÁLISE CRÍTICA DO DISCURSO CONSTITUCIONAL SOBRE EDUCAÇÃO E ENSINO

THE “REGULATION OF KNOWLEDGE”: critical analysis of the constitutional discourse on education and teaching.

*Gabriel Cerqueira Leite Martire*¹

RESUMO

O objetivo do presente estudo é contribuir com reflexões sobre as teorias constitucionais. Para isso, foi traçado o seguinte caminho: a) entender como se forma o discurso na Constituição Brasileira de 1988, no que tange à “regulamentação do conhecimento”; e, b) buscar alternativas para a ressignificação das estruturas pré-estabelecidas e relações de poder, no interior do próprio discurso. Essa perspectiva de leitura do texto constitucional teve como proposta pensar sobre o seguinte problema: em que sentido a “regulamentação do conhecimento” sintoniza com um ordenamento jurídico democrático? Para a realização dessa pesquisa, a metodologia empreendida buscou reunir elementos das teorias críticas na literatura contemporânea e da observação no campo empírico. Assim, a ideia de educação e de ensino foi analisada a partir da visão complexa do Direito, pelos atravessamentos entre discurso e prática. Para situar a temática, concentrou-se na investigação dos usos que se fazem do discurso em escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro. Como resultado, aponta-se para possibilidades de construção de caminhos para a interpretação constitucional, que parecem se abrir no sentido de alcance da justiça social e do bem comum.

Palavras-chave: Discurso. Constituição. Democracia.

ABSTRACT

The objective of this study is to contribute with reflections on the constitutional theories. For this, the following path was drawn: a) to understand how the discourse is formed in the Brazilian Constitution of 1988, in what refers to the "regulation of

¹ Universidade Federal Fluminense (UFF)/Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (PPGSD) – e-mail: gclm85@yahoo.com.br.

knowledge"; and, b) to seek alternatives for the re-signification of the pre-established structures and relations of power within the discourse itself. This perspective of reading the constitutional text had as a proposal to think about the following problem: in what sense does the "regulation of knowledge" tune with a democratic legal order? For the accomplishment of this research, the methodology undertaken sought to gather elements of critical theories in contemporary literature and observation in the empirical field. Thus, the idea of education and teaching was analyzed from the complex view of Law, through the crossings between discourse and practice. To situate the theme, it focused on the investigation of the uses made of discourse in public schools in the State of Rio de Janeiro. As a result, one points to possibilities for constructing ways for constitutional interpretation, which seem to open up in the sense of achieving social justice and the common good.

Keywords: Speech. Constitution. Democracy.

1 INTRODUÇÃO

O cenário atual das escolas públicas² do Estado do Rio de Janeiro, no que tange as escolas que integram a Secretaria de Estado de Educação, é composto por maioria de professores brancos concursados³ e de discentes negros e com baixa renda familiar. Contudo, isso não seria problema, caso essa relação não estivesse mergulhada em um universo de desigualdades. Dessa inquietude surgiu o seguinte problema: em que sentido a "regulamentação do conhecimento" sintoniza com um ordenamento jurídico democrático?

Diante desse contexto, buscou-se desenvolver um estudo atento aos entrelaçamentos entre teoria e prática. Assim, tal visão complexa do Direito, ajudou a observar: a) o discurso na Constituição Brasileira de 1988, no que tange à "regulamentação do conhecimento"; e, b) as possibilidades de ressignificação das estruturas pré-estabelecidas e relações de poder, no interior do próprio discurso. Isso demandou métodos de trabalho que reunissem elementos tanto das teorias críticas na literatura contemporânea – pesquisando referências como Judith Butler, bell hooks⁴, Joaquín Herrera Flores e Jessé Souza – como da observação empírica.

² Entende-se por escolas públicas aquelas criadas por leis e administradas pelo poder público, com verbas públicas (impostos), para atender ao ensino gratuito de indivíduos.

³ Pessoas investidas em cargos públicos, mediante aprovação em concurso público, conforme determinação legal.

⁴ A autora solicita que a escrita do nome se mantenha em letra minúscula.

Seguindo essa trajetória, a temática concentrou-se na investigação dos usos que se fazem do discurso constitucional sobre educação e ensino, junto às escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro. Desse modo, preferiu-se estruturar este trabalho com a seguinte ordem: a **seção 2** versa sobre a “regulamentação do conhecimento”, onde foram tecidas análises sobre o discurso constitucional; seguindo essa linha, na **seção 3**, foram observadas, em paralelo aos relatos de experiência, as bases estatísticas do Censo Escolar; em seguida, na **seção 4**, a revisão de literatura ajudou a traçar algumas linhas em termos de construção de “Novos Direitos”, sob a perspectiva de alcance da justiça social e do bem comum; por último, nas **considerações finais**, traçam-se algumas observações, buscando trazer novas reflexões para se repensar teorias constitucionais e, por conseguinte, possibilitar alternativas de interpretação constitucional, que garantam espaços horizontalizados de poder.

Uma vez apresentadas as nuances centrais a serem trabalhadas, será realizada uma breve contextualização do enquadramento discursivo constitucional sobre a “regulamentação do conhecimento”, que consiste no assunto do tópico a seguir.

2 REGULAMENTANDO O CONHECIMENTO: LEGISLAÇÃO DO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Este tópico apresenta uma abordagem Constitucional sobre a “regulamentação do conhecimento”. A escolha desse caminho tem relação com a ideia de supremacia da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, sobre todas as demais normas infraconstitucionais (COELHO, 2009, p. 14-15). Desse conceito de supremacia do ordenamento jurídico partiram algumas observações a respeito do discurso constitucional sobre educação e ensino.

Seguindo essa introdução, prosseguimos com as seguintes provocações: que escolas, professores e discentes o Direito Constitucional pretende produzir? Quais as estratégias discursivas se ocultam por trás das normas, na produção e reprodução de sujeitos? De que modo a Constituição busca sanar as desigualdades entre ensino público e privado?

Tais questões não necessariamente podem ter respostas, mas elas trazem algumas reflexões, quando nos colocamos sob uma perspectiva prática de

resistência⁵. Por isso, seguindo essa linha, vejamos o que versa o preâmbulo da Constituição:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Ao observar a raiz dessa introdução constitucional, diversos indícios parecem indicar uma ação que direciona as futuras ações ou omissões. Nesse sentido, a leitura parece estabelecer uma diretriz democrática, ao propor tanto extirpar as injustiças sociais como sugerir a garantia do bem comum. Contudo, um olhar atento sobre a literalidade desse trecho poderia nos revelar outras informações. Para tanto, recorrerei às práticas de resistência apontadas por bell hooks (2008), quando a autora se remete ao verso do poema de Adrienne Rich, para refletir e pesquisar sobre “ligação entre línguas e dominação” (HOOKS, 2008, p. 857-858).

À semelhança das reflexões e pesquisas desenvolvidas por bell hooks (2008) nos Estados Unidos da América, no Brasil também temos a língua portuguesa, costumeiramente, oficializada como a língua padrão – mesmo que no ano de 2002 tenha sido reconhecida a língua brasileira de libras. Não é sem propósito que o nome é língua portuguesa. Assim, a língua oficial se sobrepôs tanto às línguas dos povos autóctones, quanto às línguas dos povos africanos escravizados no Brasil.

O português é, aqui no Brasil, a língua da conquista e da dominação; a máscara que esconde a perda de tantas línguas, todos aqueles sons da diversidade, comunidades nativas que nós nunca ouviremos, usando as expressões de bell hooks (2008, p. 858) sob um outro contexto, para falar sobre os usos que se fazem da língua. Para bell hooks, a resistência à ideia de colonização está em “ [...]

⁵ Expressão que se entende como um contraponto à noção de ideia pura e simples. Isso porque, enquanto a ideia está no plano da abstração, a prática de resistência apareceria como uma força plástica em face à uma ideia dominante posta em ação. Seria a percepção e a reação concreta ao discurso dominante. Uma ideia pura e simples não surtiria efeitos no plano concreto, enquanto ela se mantivesse no plano interno. Também não é uma simples reação, mas uma reação que gera certo efeito concreto. A ideia surgiu a partir da leitura de bell hooks, quando a autora argumenta que: “como o desejo, a linguagem rompe, recusa-se a ser encerrada em fronteiras. Ela mesma fala contra a nossa vontade em palavras e pensamentos que se intrometem, até mesmo violam os mais secretos espaços da mente e do corpo” (HOOKS, 2008, p. 857).

aprender a reivindicar a língua como um lugar onde nós fazemos de nós mesmos sujeitos.” (HOOKS, 2008, p. 858).

Por essa visão, é possível ir além, pensando, por exemplo, que “Deus” é esse que reina e protege, escrito no masculino singular? Quem são os “nós, representantes do povo brasileiro, reunidos [...]”? Seria uma representação majoritariamente constituída por homens, ou mais uma vez a “língua do opressor” demarca também uma categoria específica e fixa de gênero?

Pelos esforços empreendidos na conjuntura do texto, o conteúdo do preâmbulo, por mais que demarque a naturalização e os indícios de um grupo hegemônico, parece buscar esperanças em um horizonte que aponta para a justiça social e o bem comum. Mas, seria uma mera expectativa de se lançar aos “novos mares”, buscando impulsos nas futuras gerações, ou seria um lançar-se ao mar entregando-se às novas formas de colonizar?

Refletir sobre esses pontos, também implica refletir sobre aquilo que o Estado pretende disciplinar em termos de educação, sem perder de vista o posicionamento crítico e contextual. Para tanto, é preciso observar quais estratégias movem a educação e o ensino no Brasil. Ao que tudo indica, parece ser necessário rever a regulamentação do conhecimento, como base na implementação de ações em torno da justiça social.

Ora, vejamos alguns dos princípios norteadores elencados pela Constituição. No Título I, a Constituição expressa alguns desses princípios fundamentais. O artigo 1º reúne elementos que representariam uma ideia sobre as bases de formação de um Estado Democrático de Direito. Desse modo, teriam como fundamentos: “I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político” (BRASIL, 1988).

Seguindo essa linha, o artigo 5º, do mesmo texto, no Título II, Capítulo I, ao versar sobre direitos e garantias fundamentais, especificando direitos e deveres individuais e coletivos, expressa em seu *caput* que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (BRASIL, 1988).

Consequentemente, a igualdade referida no início do artigo 5º, *caput*, é uma igualdade formal. Isso quer dizer que a lei é válida para todos e todas sem distinção. Por outro lado, isso não elimina a igualdade pensada na razão das diferenças.

Assim, a igualdade material é aquela que norteia o conteúdo da lei sobre a igualdade. Por exemplo, temos no mesmo artigo, inciso XLII, a busca pela extirpação sobre a desigualdade racial construída, instituída e reproduzida socialmente, como no caso do combate ao racismo social, estabelecendo que “[...] a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei.” (BRASIL, 1988).

Destarte, existe o reconhecimento sobre a desigualdade racial no Brasil. Este fundamento permite que se criem mecanismos legais, forçando a eliminação de injustiças sociais. Não é a eliminação das diferenças, mas sim das desigualdades.

Contudo, a tentativa de ressignificação das desigualdades, parece exigir esforços para a criação de práticas e discursos dentro das relações de poder, e não fora das relações. O que não parece ser um trabalho simples. A complexidade de se trabalhar com esses mecanismos envolve as naturalizações. Como argumenta Jessé (2004), é preciso operar a partir da “internalização de valores” e da “inscrição no corpo”, que não necessariamente implicariam na intencionalidade.

Tais fatores podem explicar, por exemplo, as escolhas sobre as ramificações que conduziram a divisão entre escolas públicas e escolas privadas. Assim, vejamos como a lei e os princípios do ordenamento jurídico definem escolas (instituições) e pessoas na administração pública, para a construção de subjetivações do que sejam professores e discentes. Para isso, nos reportamos ao Capítulo VII, da Administração Pública, Seção I, Disposições Gerais, artigo 37 (BRASIL, 1988). Nele, uma série de requisitos devem ser observados e cumpridos para o funcionamento da administração pública.

Dessa noção, é possível imaginar em que plano escolas públicas, professores e discentes começam a se moldar. Contudo, é importante chamar a atenção também para a leitura integrada de todo o ordenamento jurídico. Assim, para ajudar a refletir sobre a operabilidade entre teoria e prática, prosseguimos analisando o projeto constitucional da educação, no Capítulo III, Seção I.

O primeiro artigo dessa parte, o artigo 205, atribui direitos e deveres ao Estado e à família para a promoção da educação. Porém, em que medida o acesso à educação é pensado? Essa questão, que se desencadeia em diversas estratégias infraconstitucionais, mais específicas, cria diversos obstáculos na prática. Isso porque, esse ponto pode incidir tanto em convergências como em divergências de

ideias sobre o alcance da educação e do seu acesso, seja pelo Estado, seja pela família.

Outrossim, se houvesse o pleno desenvolvimento de todos e todas, para o trabalho e a cidadania, quais as razões de se exigirem, conforme consta no artigo 37, inciso II, do mesmo texto constitucional, “provas” e “provas e títulos”? Será que isso atenderia, realmente, ao princípio da impessoalidade, ou seriam formas de inclusão e exclusão seletiva de pessoas, a partir daquelas que conseguiram atingir os critérios e conhecimentos especificados em uma determinada avaliação? Por outro lado, tal indagação complementa-se com a seguinte pergunta: quem são as pessoas que determinam os critérios para as avaliações? Esse ponto é fundamental, pois ele tangencia o plano prático, constituído por pessoas concretas, e não por teorias.

Ademais, no contexto atual, as relações de poder sobre determinado conhecimento são estratégias utilizadas para filtragens nas “provas” e “provas e títulos”. Consequentemente, não parece que as avaliações levam em consideração a plenitude de conhecimentos de sujeitos. Escolas fazem avaliações em diferentes níveis de aprendizado, mesmo assim, cada vez mais, pessoas ficam de fora pelos filtros normativos dos editais criteriosos em níveis diversos. Investimentos em pesquisa são para poucos. Inúmeros são os fatores nessa mesma linha de inclusão e exclusão seletiva.

Em relação ao aspecto do “trabalho”, o que poderíamos dizer que qualifica um trabalho? Mais uma vez indagamos: quem vai determinar os critérios da qualificação? Como conseguir a impessoalidade ao determinar aqueles que vão ditar critérios?

Quanto ao “preparo para o exercício da cidadania”, o que se compreende por tal exercício? Existe um ensino para a cidadania nas escolas? Se existe, quais seriam essas disciplinas específicas para o exercício da cidadania? Como ela acontece e quem determina?

Passando para as reflexões acerca do artigo 206, que versa sobre os princípios do ensino, parece que nos deparamos com a criação de um grande paradoxo no campo prático, principalmente, considerando que a Constituição é de 1988. Por exemplo, quando observamos as formas de ingresso de pessoas nas universidades, que apesar de parecer não estar ligado especificamente ao ensino nas escolas, repercute diretamente nesse campo, quando pensamos sobre a

relação e formação de sujeitos, ou seja, escola, docentes e discentes. Conforme a elevação do grau acadêmico – da graduação para a pós-graduação – o acesso torna-se cada vez mais restrito, seja pelo número de vagas disponíveis, ou pelos investimentos nas áreas, ou pelas leituras determinadas, e assim por diante.

Regulamentar o conhecimento é complexo, pois lida com uma teia entrelaçada por diversas direções, constantemente tecidas ou remendadas. Assim sendo, seria indissociável a relação entre ensino e a sua integralidade contextual, juntamente com a operacionalidade da administração pública. Por isso, os incisos I e II, do artigo 206, são fundamentais para se pensar, mais uma vez, em termos teóricos e práticos, o que está sendo criado de fato sobre a regulamentação do conhecimento.

Sobre o inciso III, do mesmo artigo, assim como nos demais incisos, o “pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas” não fazem sentido se forem lidos desagregados da razão de justiça social e de bem comum, norteadores da Constituição. Se assim fosse, tal liberdade poderia se reverter em prejuízo à própria sociedade. Não se trata de cerceamento de direitos, mas sim da abertura de espaços de luta pela justiça social e pelo bem comum.

Sobre a gratuidade do ensino público, no inciso seguinte, tal princípio implica pensar sobre as estratégias ligadas às ferramentas necessárias para a manipulação do conhecimento. Nesse sentido, o contexto econômico, por exemplo, pode ser um fator que contribua em termos práticos, quando se refere à redistribuição de riquezas materiais. Falar em gratuidade do ensino, sem fornecer os recursos materiais para sua viabilização, seria o mesmo que dar um copo a alguém e pedir para que enchesse de água, sem acesso à água. Ou seja, dou a gratuidade, mas não dou as condições de permanência.

Quanto à valorização dos profissionais da educação, por demandar uma série de questões, que parecem integrar parte do conjunto de problematizações já levantadas neste trabalho, não será alvo de maiores detalhes. Portanto, prosseguimos com a leitura dos artigos, observando as estratégias sobre a regulamentação do conhecimento entre os artigos 208 e 209.

Sobre essa parte da legislação, é possível observar algumas situações entre teoria e prática. Isso porque, segundo a teoria, a Constituição não abriria espaço para a criação de duas vertentes de educação, uma pública e outra privada. A vertente de educação seria uma só, como se depreende do próprio texto

constitucional. Em regra, caberia à lei definir as bases para o que se entenderia sobre educação⁶. No entanto, a quem cabe reconhecer a educação legítima? Ou seja, quem, na prática, vai definir a educação?

Ao que tudo indica, a busca pelo ensino democrático, seguindo as bases da justiça social e do bem comum, é o que atribui legitimidade à educação. Por isso, a vertente constitucional de educação autoriza a criação de diretrizes curriculares sobre o conhecimento. Tanto é assim, que a Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 e suas alterações, instituem as “Diretrizes e Bases da Educação Nacional”.

Assim, a Constituição também autoriza certa liberdade para o exercício do ensino por instituições privadas. Mas, cabe ressaltar que essa liberdade não é absoluta, e encontra limites na própria Constituição. Por conseguinte, mesmo com as vestes da igualdade formal, parece que o texto constitucional não vem desempenhando sucesso efetivo na prática, pois as desigualdades continuam a se desenvolver.

Nesse sentido, mais uma vez, retomamos às leituras de bell hooks, quando ela argumenta que é possível observar “[...] um indício da maneira como nós agimos inconscientemente, em cumplicidade com a cultura da dominação.” (HOOKS, 2008, p. 862). Isso porque, o texto constitucional, na sua literalidade e percepções isoladas do texto, ainda é a visão do dominante, do colonizador, que precisa aprovar, reconhecer e permitir o acesso de pessoas ao contexto democrático. Como exemplo, extraímos a redação do artigo 210, em seu § 2º, quando versa que “[...] o ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.” (BRASIL, 1988).

Seguindo a legislação, podemos depreender outros pontos sobre a regulamentação do conhecimento. O artigo 211 versa sobre a organização do ensino pelos entes públicos. Em síntese, concentraremos atenção ao que dispõe o §

⁶ Nesse sentido, parece que o texto constitucional faz uma confusão com as expressões “educação” e “ensino”. No que diz respeito à “educação”, tal expressão parece aderir a um conjunto amplo de saberes, tanto é assim, que a redação do artigo 205 menciona: “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade [...]”. Logo, “educação” sugere uma diretriz para o alcance da justiça social e do bem comum. Já o que indica “ensino”, parece tratar-se do meio elegido para alcance da educação. Por isso, consta no artigo 206, do mesmo texto constitucional: “o ensino será ministrado [...]”. Apesar disso, é possível encontrar alguns usos das expressões empregando “educação” como sinônimo de ensino, o que causa confusão conceitual, tal como no artigo 208: “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica [...]” (BRASIL, 1988).

3º do artigo mencionado. Nele, é possível perceber qual o âmbito de atuação prioritária a que se encarregam, obrigatoriamente, os Estados da Federação. Isso não exclui que esses Estados colaborem com outros entes públicos, visto que a todos cabem assegurar a universalização do ensino.

Quanto aos investimentos públicos no ensino, os artigos posteriores vão se encarregar sobre a abordagem. Por fim, o artigo 214 determina a criação de lei que estabeleça o plano de educação nacional, já mencionado anteriormente.

Visto isso, cabe ressaltar que a Seção II, que aborda as questões pertinentes à cultura, integra-se diretamente com a Seção I, da educação. Vejamos o porquê.

É nessa parte do texto constitucional, que o “exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional” permitem reconhecer a cultura como conhecimento educacional. Contudo, parece que a legislação constituinte preferiu separar cultura de educação. Por que será? Tal questão pode apresentar suas raízes, mais uma vez, infiltradas nas formas como a sociedade foi produzindo e reproduzindo suas estruturas, para distanciar do projeto educacional o trabalho com as diferenças. Talvez isso facilitasse a inclusão e a exclusão seletiva daqueles e daquelas que poderiam ser reconhecidos por “provas” e “provas e títulos”.

De qualquer modo, observamos no § 1º, do artigo 215, uma tentativa de oxigenar as manifestações das culturas populares, autóctones e afro-brasileiras. Mas, seria possível falar em um espaço de emancipação dessas manifestações, ou mesmo de reconhecimento delas, a partir de um protagonismo das pessoas que as criaram, e das que as vêm recriando constantemente, uma vez que, ainda é notória a dominação de uma manifestação cultural sobre as demais? Esta problematização pode ajudar a pensar formas subversivas, para firmar um sentido de democracia que permita, por exemplo, criar mecanismos de resistência contra formas de imposições, de opressões e de verticalizações de poder.

A partir dessa exposição, segue-se com as análises sobre as bases estatísticas do Censo Escolar, e o que os relatos de experiência podem revelar sobre o discurso e as relações de poder, consistindo no assunto a ser tratado na próxima seção.

3 CORPOS PRESENTES COMO CAMPOS DE CONHECIMENTO: QUANDO DISCURSOS CRIAM O EFEITO DO NATURAL

Ao atravessar os conceitos sobre a “regulamentação do conhecimento”, nos deparamos com os corpos que experienciam de fato o que é feito das regulações, especificamente, no ensino público Estadual. Por isso, este tópico parte do relato protagonista de quem sente na carne as marcas do ensino. Isso porque, falar do campo a partir de dentro é bem diferente do que falar dele indiretamente, sem conhecer de perto ou sem permitir o contato vivo. Muitos estudiosos vão discordar desse tipo de análise, pois vão alegar que o envolvimento direto com o local de estudo pode revestir a pesquisa com distorções, causadas pelo descompromisso com a neutralidade que o distanciamento exigiria do observador (FACCHINI, 2005).

Contudo, nenhuma Ciência é neutra. Qualquer discurso, por mais que se pretenda eximir da neutralidade, não conseguirá (BUTLER, 2003). Mas, isso não implicaria problema, caso os discursos não criassem verdades engessadas, e também não provocassem injustiças diversas. Assim, optou-se por um estudo atento à complexidade abrangida pelo conhecimento.

Como forma de ilustrar o desenvolvimento dos argumentos destacados, veremos como a observação participativa no campo pode desestabilizar pesquisas aparentemente neutras, tal como os dados estatísticos da “Sinopse Estatística da Educação Básica”, referente ao ano de 2015. Estes dados são realizados pela “Diretoria de Estatísticas Educacionais”, através do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (2016). Nele consta uma série de informações sobre o ensino básico no País. Porém, não são apontadas as especificidades entre escolas públicas e escolas privadas. Isso não implicaria qualquer problema, se a base de dados não fosse utilizada como parâmetro para políticas de investimentos públicos direcionados ao ensino no Brasil, imerso em um contexto de injustiças sociais.

Não se trata aqui de desmerecer os dados do I.N.E.P., nem de duvidar do comprometimento e seriedade do trabalho, contudo, cabe alertar tratar-se de mais um dado, e não da “realidade da educação brasileira”, como sugere o resumo da Sinopse. Desse modo, alguns pontos, tais como: a compreensão do que é ser negro no Brasil; a lacuna deixada sobre as pessoas que não se declaram em termos de “cor/raça”; tudo isso, seriam traços relevantes para conhecer singularidades outras do ensino no Brasil.

Por exemplo, durante minha vivência, como estudante no ensino básico, cursei em algumas das maiores escolas particulares da cidade de Niterói, o Colégio Sagrado Coração, o Colégio Salesianos e o Colégio Abel. No final dos anos 80, até os fins dos anos 90, nessas escolas, assim como em outras escolas particulares de Niterói, a maioria de alunos e professores eram brancos. Pelo que me recordo, posso afirmar que o número aproximado de pessoas brancas concentrava-se em torno de 90%. Dentre os professores, o predomínio era de mulheres brancas no ensino fundamental, reduzindo a porcentagem, à medida que se caminhava para o ensino médio.

Hoje em dia, isso não teve mudanças significativas. Pode-se dizer que ainda em 2017, prevalecem pessoas brancas nas escolas particulares de Niterói. Isso porque, o alto valor monetário cobrado nessas escolas, bem como os critérios de ensino cultural e social seriam fatores suficientes de seleção, sem ter que apontar para o critério “cor/raça”, como se tudo acontecesse de forma natural. Porém, não é bem assim que as coisas funcionam. A aparente naturalidade com que as situações se apresentam, no fundo, está revestida por raízes sociais e historicamente marcadas pelo racismo institucionalizado. Nas palavras de Souza (2002, p. 81):

A dificuldade em se discutir esse tema tem a ver com a concepção necessariamente naturalizada que temos da eficácia social do mercado e do Estado. Às gerações que nascem sob a égide das práticas disciplinarizadoras já consolidadas nessas instituições, a hierarquia valorativa implícita, opaca e contingente que as perpassa de maneira intransparente e oculta assume a forma naturalizada de uma realidade tácita, que dispensa, por isso mesmo, justificação. [...] Somos continuamente modelados para atender a esses imperativos. Essa realidade permite e confere credibilidade às concepções científicas que desconhecem a lógica normativa contingente desses subsistemas. Ela assume a forma de qualquer outra limitação natural da existência, como a lei de gravidade, por exemplo, contra a qual nada podemos fazer.

Nesse sentido, a minha vivência profissional como professor de artes, junto às escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro, na cidade de Niterói, testemunhou também a presença majoritária de discentes negros e de baixa renda familiar⁷ frequentando escolas públicas. Destas, alguns dos professores em exercício, também eram os mesmos das escolas particulares. O que diferenciava os exercícios

⁷ Por baixa renda entendeu-se a renda mensal de um a três salários-mínimos, junto às condições de vida das pessoas, ou seja, sua subsistência. Nesse sentido, poderíamos também considerar pessoas hipossuficientes, que não possuem condições financeiras para além do seu sustento. Sobre salário-mínimo: o valor atual é de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), regulado pela lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015 (BRASIL, 2015).

dos profissionais nas escolas era o sistema público, cujas regras criavam especificidades próprias dessa organização.

Para além da legislação da rede pública estadual, outras singularidades se apresentam, tais como: a abrangência geográfica, o público, a administração, dentre outros exemplos. Isso tudo implica pensar sobre: os meios de transporte de discentes e professores entre casa e escola; as demandas sociais desses dois públicos; a força de trabalho de professores da rede pública; as distribuições de horários para que professores consigam administrar suas vidas; e, assim por diante.

Esses dados não costumam ser apresentados pelas estatísticas do I.N.E.P. No entanto, tais nuances poderiam apresentar relevâncias em termos de educação e de ensino público e privado. Isso pode fazer grande diferença para as políticas de investimentos públicos, bem como para o desenvolvimento de propostas para o ensino público. Por isso, é preciso chamar a atenção para a leitura articulada e crítica das bases estatísticas, com a verificação dos diferentes contextos.

Como forma de prosseguir com as ilustrações na dimensão das “naturalizações” nos planos prático e discursivo, observamos uma matéria publicada na Revista Veja, intitulada “Professor ganha mal?”, do autor Claudio de Moura Castro (2016). Nela, em síntese, a visão reducionista, com aparência de neutralidade, atribui o prejuízo do ensino público às estratégias de aprendizado de discentes, sem levar em consideração a complexidade do contexto brasileiro, marcado pelas injustiças sociais⁸.

Em contraposição aos argumentos de Castro (2016), sob a ótica das naturalizações e dos marcadores sociais de gênero e de raça, conseguimos desestabilizar as considerações que ele faz sobre estratégias de ensino. Isso porque, o local de fala de Claudio de Moura Castro revela sua parcialidade no

⁸ Ainda sobre o autor, em uma entrevista concedida por telefone à Bruna Porciuncula, o Sr. Claudio de Moura Castro, economista de formação, carioca de 77 anos, ex-professor em diversas universidades, como PUCRJ, Fundação Getúlio Vargas, Universidade de Brasília (UnB) e Universidade de Chicago e colunista mensal de educação da Revista Veja, ao ser questionado se achava a escola particular muito melhor, que justificasse inclusive pagar fortunas para manter um filho nessas instituições, responde o seguinte: “Pagaria. Porque não só você está pagando um ambiente melhor, como está pagando amigos e futuros amigos (do filho) mais bem situados na vida, um ensino melhor e, portanto, está canalizando seu filho para um meio mais enriquecido, não do ponto de vista econômico, mas do ponto de vista intelectual. Então, nessas escolas, sobretudo nas competitivas, você tem um ambiente onde as pessoas que estão lá vêm de famílias altamente motivadas para a educação. Então, seu filho vai conviver com meninos e meninas cujos pais passaram a vida enfiando livros na frente deles. E o resultado a gente vê, é uma diferença importante” (PORCIUNCULA, 2016).

discurso, mesmo que de modo implícito. Ao, retomarmos às palavras de Souza (2002, p. 92), observa-se que:

Não se trata de intencionalidade. Nenhum brasileiro europeizado de classe média confessaria, em sã consciência, que considera seus compatriotas das classes baixas não-europeizadas “subgente”. Grande parte dessas pessoas votam em partidos de esquerda e participam de campanhas contra a fome e coisas do gênero. A dimensão aqui é objetiva, subliminar, implícita e não transparente.

A partir dessas referências, segue-se com as análises. Por exemplo, será que a abordagem de Castro (2016) levou em consideração que professores concursados necessitam dispor de renda prévia para pagar o transporte e outros gastos necessários para os procedimentos burocráticos na assunção do cargo? A dependência de renda prévia pressupõe uma série de outros pré-requisitos que a pessoa deverá possuir. Isso é relevante na medida em que a remuneração percebida pelo servidor garanta condições dignas para a pessoa cumprir com os requisitos e com os princípios legais, como no caso da eficiência do serviço público.

Ainda contestando a matéria de Castro (2016), em 2012, um(a) professor(a), obrigatoriamente, com nível superior, em início de carreira, percebia do Estado do Rio de Janeiro, atuando na disciplina de artes, por exemplo, menos que um estagiário da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Digo isso, porque, no ano de 2012, eu atuava nas duas funções, quais sejam a de estagiário da P.G.E.R.J. e a de professor da rede pública do Estado do Rio de Janeiro. A carga horária era a mesma, sendo que em uma função a minha atuação era sem nível superior, e na outra com nível superior.

Diante disso, cabe indagar: essas escolhas valorativas ocorrem de fato conscientemente pela sociedade? De que sociedade estamos falando? Seria uma parte dela ou ela toda? Quais seriam as bases para essas construções? Que direito é esse que legitimamos? Que pessoas são essas que falam por nós? Como um professor ou uma professora pode vir da pobreza (sem qualquer amparo econômico) e conseguir cumprir com os requisitos exigidos pela legislação para exercer suas funções nos anos iniciais de serviço público? Quem são as pessoas que ocupam a posição de pobreza, majoritariamente, no Brasil? Esses professores das escolas públicas do Estado do Rio de Janeiro possuem gênero, cor e classe? O que isso pode repercutir em termos de ensino? Em que a formação continuada, outro fator que a lei garante, poderia ajudar em termos de melhorias para esses professores, se

as condições contextuais que eles vivem impossibilitam, predominantemente, que continuem a estudar?

Por outro lado, o cargo de professor não foi construído com tantas exigências para que pessoas pobres pudessem participar. Por isso, buscou-se aqui tirar as máscaras que massacraram o conhecimento com aparências de verdade, para revelar as injustiças sociais encobertas. Ademais, chamamos a atenção para as tentativas de usurpação do lugar de fala das pessoas que são de fato legitimadas a falarem de si. Isso poderia evitar que essas mesmas pessoas sejam apontadas como as vilãs de suas histórias.

Quanto aos discentes das escolas públicas, com seus contextos específicos, costumam sofrer na carne os resultados das desigualdades sociais. O aprendizado de alunos e alunas acaba atrelado à relação de toda essa estrutura que os rodeia. Nesse sentido, também poderíamos apontar diversas questões.

Visto isso, acreditando ser suficiente a abordagem para perceber que corpos presentes podem significar e ressignificar espaços na produção epistemológica de si e de seus contextos, prosseguimos para a próxima seção.

4 (RE)INVENTANDO SABERES: AS PERSPECTIVAS CRÍTICAS EM TERMOS DE RESISTÊNCIA E EMANCIPAÇÃO

Pensar sobre o funcionamento das relações de poder por trás do discurso ajudou a observar como a regulamentação do conhecimento pode ser moldada. Além disso, a análise crítica do discurso constitucional serviu para demonstrar que nada é fixo, natural ou neutro (BUTLER, 2013). Isso porque, diante das invenções, (re)invenções surgem.

Dessa visão, novas percepções poderiam emergir. Nesse sentido, se se assumisse uma pauta propositiva em direção ao bem comum e à justiça social, provavelmente, as críticas serviriam como contraponto às ordens verticalizadas de poder. Consequentemente, isso abriria espaço para condições igualitárias de acesso às necessidades reais. Essas estratégias costumam ser evidenciadas em muitos movimentos sociais, que buscam agregar novas leituras constitucionais, ao reagirem em face às desigualdades sociais (CAPRA, 1982).

Dados os elementos abordados até aqui, examinamos que trabalhar com a conexão entre teoria e prática possibilitaria repensar o Direito a partir da visão complexa. Como preleciona Flores (2004), essa visão exige o repensar constante

sobre os conceitos, por meio de mecanismos de resistência e descentralização. Com efeito, a diversidade, em suas múltiplas nuances, requer um Direito criado por pessoas reais e para pessoas reais. Por sua vez:

[...] nossa visão complexa dos direitos aposta por uma *racionalidade de resistência*. Uma racionalidade que não nega que é possível chegar a uma síntese universal das diferentes opções relativas aos direitos. E tampouco descarta a virtualidade das lutas pelo reconhecimento das diferenças étnicas ou de gênero. O que negamos é considerar o universal como um ponto de partida ou um campo de desencontros. Ao universal há que se chegar – ***universalismo de chegada ou de confluência*** [...] (FLORES, 2004, p. 374-375, grifo do autor).

Assim, uma sociedade comprometida com os valores democráticos de participação deveria se deslocar por meio da constante e atenta crítica sobre as forças dominantes. Nesse sentido, os argumentos de Flores (2004) são pertinentes para se repensar a conjuntura do ordenamento jurídico brasileiro, que ergue pilares para sustentar um alcance desejável, ou seja, a previsibilidade de chegada.

Segundo esse pressuposto, o Direito não estaria pronto e acabado. Isso implica dizer que um Direito formalizado não seria o bastante para que as desigualdades deixassem de existir. Por isso, o Direito, pensado através dessa perspectiva, estaria constantemente emergindo das reivindicações concretas que surgem contra as injustiças sociais. Mas, essa solução não é tão simples, pois, se assim fosse, desde 1988, já teríamos uma sociedade justa e igualitária. Nesse sentido, o Direito seria um processo de (re)invenção de novas relações de poder (FLORES, 2004). Em razão disso, as resistências também precisariam se (re)inventar permanentemente, criando novos saberes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das ideias apresentadas e discutidas ao longo do trabalho, observou-se que a “regulamentação do conhecimento” aparenta algumas contradições. Isso porque, se por um lado seria possível a leitura de diretrizes para um espaço democrático através do alcance da justiça social e do bem comum, por outro lado, seria possível a leitura de desigualdades cunhadas no próprio texto constitucional. Assim, a partir da visão complexa do Direito, entrelaçando teoria e prática – por meio das teorias críticas e da pesquisa empírica –, percebeu-se também possibilidades de ressignificação das estruturas pré-moldadas se reconstituírem.

Contudo, as amarras do discurso constitucional às naturalizações, demonstraram que algumas formas de pensar se enraizaram na sociedade, movendo pessoas inconscientemente, mas não as responsabilizando menos por isso. Nesse sentido, os projetos criados no Brasil para ocultar as desigualdades, mantendo inclusões e exclusões seletivas, podem ser desmascarados e (re)inventados através de processos emancipatórios. Dessa perspectiva de interpretação constitucional, poderiam surgir mecanismos de resistência e de descentralização.

Diante de todos os resultados, notou-se que os conceitos e as teorias não podem se dissociar da constante revisão crítica e contextual, para que não se caia em visões meramente abstratas, generalizantes, estruturantes, engessadas, reducionistas e distantes da prática. Por isso, não basta que haja mecanismos que regulamentem a educação e o ensino. Por conseguinte, é preciso que se criem formas de participação democrática efetiva. Daí, percebeu-se que a (re)invenção de saberes pode estar presente também em formas de conhecimento que emergem dos espaços de vozes, que gritam para dizer: existimos e somos gente também, com direitos, com deveres, com sentimentos, com vida; queremos respeito, liberdade, igualdade, distribuição das riquezas, dignidade; e, assim se seguindo.

Por fim, essas lutas diárias contra as injustiças sociais parecem situar a regulamentação do conhecimento com a agenda democrática.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em: 2 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – Libras. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 abr. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10436.htm>. Acesso em: 2 de jun. 2017.

_____. Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015. Dispõe sobre a política de valorização do salário-mínimo e dos benefícios pagos pelo Regime Geral da Previdência Social (RGPS) para o período de 2016 a 2019. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13152.htm>. Acesso em: 2 jun. 2017.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CAPRA, Fritjof. O impasse da economia. In: _____. **O ponto de mutação**. São Paulo: Cultrix, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ver. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009.

FLORES, Joaquín Herrera. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistência. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Direitos humanos e filosofia jurídica na América Latina**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

HOOKS, bell. Linguagem: ensinar novas paisagens/novas linguagens. Tradução: Carlianne Paiva Gonçalves, Joana Plaza Pinto e Paula de Almeida Silva. **Revista de Estudos Feministas**, Florianópolis, p. 857-864, 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ref/v16n3/07.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. **Sinopse estatística da educação básica 2015**. Brasília: Inep, 2016. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/basica-censo-escolar-sinopse-sinopse>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

PORCIUNCULA, Bruna. Claudio de Moura Castro: “quanto pior a prova, mais oportunidade os pobres têm, porque é decoreba”. **Gauchazh Comportamento**, 2 nov. 2016. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/vida-e-estilo/noticia/2016/09/claudio-de-moura-castro-quanto-pior-a-prova-mais-oportunidade-os-pobres-tem-porque-e-decoreba-7361626.html>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

SOUZA, Jessé. **A gramática social da desigualdade brasileira**. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 19, n. 54, p. 79-97, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n54/a05v1954.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

CAPÍTULO 2

EXPRESSÃO, REUNIÃO E REPRESSÃO: INCOERÊNCIAS DEMOCRÁTICAS?

EXPRESSION, ASSEMBLY AND REPRESSION: democratic inconsistencies?

*Glaucia Bambirra Silveira*¹

RESUMO

O artigo tem como objetivo apresentar e discutir a democracia, a liberdade de expressão, direito fundamental consagrado constitucionalmente, e os possíveis limites ao exercício dessa garantia constitucional no âmbito do Brasil, especificamente com o viés de análise das manifestações públicas, a repressão policial e o papel dos meios de comunicação. O processo de redemocratização que culminou na elaboração da Constituição Federal que elenca os direitos fundamentais e sociais, além de elevar os municípios ao status de ente federativo. A liberdade de expressão, direito fundamental, é previsto na declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão elaborada em 1789, mostrando a importância deste direito para o exercício da democracia e para o Estado Democrático de Direito. O estudo visa abordar o conceito de democracia e o direito à livre expressão na legislação brasileira, além da análise das manifestações sociais ocorridas no ano de 2013 no Brasil e a ocorrência de repressão policial.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Direito de reunião. Repressão policial.

ABSTRACT

This paper aims to present and discuss democracy, freedom of expression, fundamental right enshrined in the constitution, and possible limits to the exercise of this constitutional guarantee in Brazil, specifically with the bias of analysis of public demonstrations, police repression and role of the media. The process of redemocratization that culminated in the elaboration of the Federal Constitution that elenca the fundamental and social rights, besides elevating the municipalities to the status of federative entity. Freedom of expression, a fundamental right, is foreseen in the Declaration of Human and Citizen Rights drawn up in 1789, showing the importance of this right for the exercise of democracy and for the democratic state of

¹ Mestranda em Políticas Públicas na Universidade Federal do ABC.

law. The study aims to address the concept of democracy and the right to free expression in Brazilian legislation, as well as the analysis of social manifestations in Brazil in 2013 and the occurrence of police repression.

Keywords: Freedom of expression. Right of assembly. Police repression.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar e discutir os conceitos de democracia, liberdade de expressão, direito de reunião e de manifestação social amplamente garantido constitucionalmente no Brasil.

Sob o crivo de uma séria análise da democracia, da liberdade de expressão e de reunião, bem como da legislação constitucional e infraconstitucional brasileira, o estudo visa demonstrar o poder das manifestações sociais, sejam elas a favor ou contra as decisões políticas, abordando a possibilidade ou não da repressão e da limitação desses direitos.

Importante destacar a Constituição Federal brasileira no papel de garantia dos direitos fundamentais e sociais da população, bem como, as legislações infraconstitucionais e os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Na primeira parte, a democracia será o foco da análise, em seguida será explicado o conceito de liberdade de expressão e de direito de reunião e, por último, e não menos importante, serão analisadas as manifestações sociais que ocorreram em 2013 e a repressão da polícia militar aos manifestantes, que gerou consequências contestáveis em face do Estado Democrático de Direito brasileiro.

O destaque fica por conta das liberdades de reunião e de manifestação que asseguram, essencialmente o direito de reunir-se com outros; a liberdade de convocar reuniões e manifestações, aí incluídas as medidas preparatórias (anúncio, convites); e, o que é muito importante, o direito à autodeterminação do conteúdo da reunião ou manifestação.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

O estudo baseia-se em uma pesquisa qualitativa, com análise bibliográfica e das reportagens disponíveis em mídia eletrônica. Do ponto de vista dos objetivos pesquisados, a pesquisa pautar-se-á pelo regime exploratório-explicativo. Exploratório em fase preliminar de coleta de dados e explicativos, quando do aprofundamento da pesquisa.

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

A abordagem da democracia pressupõe o desenvolvimento de um sistema político que permite oposição, rivalidade ou competição entre o governo e seus oponentes, de forma que a característica-chave da democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos (DAHL, 2005).

Dessa forma, os cidadãos plenos devem ter condições iguais de formular suas preferências, expressá-las a seus concidadãos e ao governo, além de tê-las consideradas na conduta e planos do governo. Dentre essas condições, um destaque é dado à liberdade de expressão, garantia institucional e fundamental para o exercício da cidadania plena. De forma que as pessoas podem trocar informações, sugerir alterações e manifestar apoio ou rejeição às decisões políticas e aos dirigentes.

Existem requisitos mínimos para a constatação da existência de uma moderna democracia, dentre eles, as eleições oficiais, periódicas, o sufrágio universal, o direito do cidadão ser eleito, a liberdade de expressão, as fontes alternativas de informação e a liberdade de associação (DAHL, 2005).

A democracia é produto do ocidente (história e cultura), porém pode ser exportada para qualquer lugar do mundo. Dois elementos essenciais da democracia: a liberdade das pessoas (liberalismo) e o poder do povo (democracia). A democracia pressupõe a proteção democrática das pessoas contra a tirania, sendo o poder democrático a implementação de leis que protegem a sociedade. Sendo que muitas pessoas acreditam que a democracia se resume ao sufrágio universal, mas não é só isso. O voto é condição necessária para a democracia, porém não é indicador confiável (SARTORI, 1995).

O conceito de democracia foi alterado ao longo dos tempos, sendo que antigamente era a participação em praças públicas ou em assembleias nas quais os cidadãos eram chamados a participar das decisões. Importante destacar que nessa época, nem todas as pessoas eram consideradas cidadãos e possuíam o direito de votar e participar. Nos tempos atuais, a eleição é a regra, ao passo que a participação direta é exceção, prevalecendo a ideia de democracia representativa, ou seja, o povo precisa ser representado. Importante destacar que o fundamento das democracias modernas está na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (BOBBIO, 2000).

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi um documento solene elaborado em 26 de agosto de 1789 na França, pelos representantes do povo francês que reunidos em Assembleia Nacional, que resolveram declarar solenemente os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabelece garantias fundamentais, dentre elas a proteção à liberdade de opiniões religiosas, a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos, de forma que todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei.

Durante décadas, o Brasil permaneceu fechado para as demandas da sociedade, sempre estabelecendo política do tipo “top down”, de cima para baixo, sem considerar o clamor da população, com grande concentração de poderes na União. O período de ditadura militar permaneceu de 1964 a 1985 com graves consequências para a sociedade. Os movimentos de redemocratização do Brasil e as discussões de elaboração de numa nova constituinte criaram um ambiente propício para que os temas da democracia e dos direitos sociais e fundamentais fossem destacados e garantidos na Constituição Federal.

Barroso (2008, p. 2) explica com clareza o colapso do regime constitucional no Brasil no início de 1964:

O colapso do regime constitucional, no Brasil, se deu na madrugada de 31 de março para 1º de abril de 1964, quando um golpe militar destituiu o Presidente João Goulart. Veio o primeiro Ato Institucional – primeiro de uma longa série – e, na sequência histórica, tornou-se inevitável a trajetória rumo à ditadura, que duraria mais de vinte anos. Em 1965, foram canceladas as eleições presidenciais e prorrogado o mandato do Presidente Castelo Branco. Em 1966, foram extintos os partidos políticos. Em 1967, foi editada uma nova Constituição, votada por um Congresso pressionado e sem vestígio de soberania popular autêntica. Em 1968, baixou-se o Ato Institucional nº 5, que conferia poderes quase absolutos ao Presidente, inclusive para fechar o Congresso, cassar direitos políticos de parlamentares e aposentar qualquer servidor público. Em 1969, em golpe dentro do golpe, impediu-se a posse do Vice-Presidente Pedro Aleixo, quando do afastamento por doença do Presidente Costa e Silva, e uma nova Constituição foi outorgada pelos Ministros militares.

A época de Ditadura Militar (1964 a 1985) no Brasil foi marcada por fortíssima repressão à liberdade de expressão e ao direito de reunião, com a censura dos meios de comunicação e das atividades culturais, além da imposição de normas que reprimiam as manifestações populares contrárias ao poderio militar e político

implantado à força no Brasil. Foi uma época de muitas perseguições políticas, torturas e mortes aos opositores do governo, atitudes que mancharam para sempre a história brasileira e são lembradas constantemente de modo que a ditadura é conhecida como um período obscuro e sombrio.

O Brasil, a exemplo de outros países da América Latina, passou por um longo período de privação de liberdades e direitos fundamentais, ao tempo da ditadura civil-militar e deixou um grande número de vítimas: presos políticos, perseguidos, exilados, mortos e desaparecidos (SCHWINN; SCHIMDT, 2015).

Na década de 80, a mobilização popular levou ao processo de redemocratização que foi longo e culminou na elaboração e promulgação de uma nova Constituição Federal elaborada com a participação de diversos setores brasileiros, grupos sociais e foi acompanhado pela imprensa.

A mobilização social e política gerou o “Diretas Já”, movimento político democrático nos anos de 1983 e 1984 que apoiava a emenda constitucional que permitia que as eleições para Presidente do Brasil fossem diretas. Políticos, entidades de classes, sindicatos, cidadãos participaram ativamente das manifestações populares. A mídia teve um papel importante de divulgação e apoio, mostrando as manifestações populares.

Em virtude das manifestações populares, da redemocratização e da promessa de campanha política de Tancredo Neves, o presidente José Sarney deu início aos debates que culminaram na formação da Assembleia Nacional Constituinte, cumprindo o compromisso de campanha e encaminhou ao Congresso Nacional proposta de elaboração de uma nova Constituição Federal.

Houve abertura para que as comunidades de especialistas participassem da elaboração, de modo que elas exerceram papel crucial por meio de discursos de projetos de lei, audiências no congresso nacional, confecção de papers e articulações diversas. As mudanças significativas no processo de redemocratização ocorreram em função dos movimentos sociais que questionaram as exclusões, gerando novas normas e formas de controle do governo pelos cidadãos.

A atuação dos grupos de pressão, a opinião pública, os movimentos populares, as pressões do Legislativo e das agências administrativas, os movimentos sociais, dentre outros fatores, foram determinantes à mudança na elaboração da nova Constituição Federal.

A ideia de que todo Estado deva possuir uma Constituição e de que esta deve conter limitações ao poder autoritário e regras de prevalência dos direitos fundamentais, desenvolve-se no sentido da consagração de um Estado Democrático de Direito (art. 1, *caput*, da CF/88) e, portanto, de soberania popular (LENZA, 2012).

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi crucial no processo de redemocratização, pois permitiu a participação dos diversos atores sociais, além de garantias sociais e fundamentais à população brasileira. Os direitos sociais e fundamentais constam no bojo do texto constitucional, tais como direito de votar e de ser eleito, direito de liberdade de expressão, de reunião, de religião, de cidadania, saúde, escola, meio ambiente sadio, dentre outros.

A Carta Magna de 1988 demarca o processo de democratização do Estado brasileiro, pois consolidou a ruptura com o regime autoritário militar. O texto constitucional consagra os direitos da cidadania, alargando o campo dos direitos e garantias fundamentais (PIOVESAN, 2013).

A Constituição Federal de 1988 foi um marco da democracia e da participação social por meio da criação de conselhos, consultas populares, plebiscito, conferências, dentre outros, garantindo a legitimidade democrática da gestão pública. O Ministério Público galgou importância focal na preservação da lei, tornando-se fiscal efetivo e participativo, desempenhando um papel importante na preservação dos direitos e garantias fundamentais.

O preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é claro ao afirmar que os representantes do povo, em assembleia nacional constituinte, foram reunidos para instituir um Estado Democrático, baseado nos seguintes princípios: exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

No Brasil, o poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente (art. 1º parágrafo único CF). A soberania popular é exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e, nos termos da lei, mediante plebiscito, referendo e iniciativa popular (art. 14 CF).

A distribuição da população no território brasileiro mudou radicalmente, antes ocupava espaços rurais no interior dos estados, concentrou-se nos grandes centros

urbanos devido à industrialização, oferta de empregos e em busca de melhores condições de vida. Outro fator de destaque foi o fortalecimento dos meios de comunicação em massa, que propiciaram a divulgação das notícias de forma rápida.

A Constituição Federal veio a sedimentar esse novo quadro de relações ao conferir aos municípios o status de ente federativo, bem como introduziu modificações na distribuição das receitas públicas, aumento nas transferências intergovernamentais e a autonomia política, gerando consequências importantes para o fortalecimento da atuação dos municípios nas políticas públicas de uma forma geral.

Os municípios com maior capacidade financeira passaram a ser responsáveis pela execução de partes importantes das políticas públicas. Sob o forte controle dos órgãos do Estado e sob fiscalização da sociedade civil e do Ministério Público.

As inovações da Constituição de 1988 abriram uma janela, no sistema jurídico do Brasil, permitindo a participação dos diversos atores na formação da agenda governamental brasileira e inovações em diversas áreas jurídicas, garantindo direitos fundamentais e sociais, dentre eles a liberdade de reunião, associação e, não menos importante, a liberdade de expressão que é o corolário da participação popular, inclusive das minorias.

A informação e o conhecimento são pilares da evolução humana, resultados da liberdade de expressão em sua forma mais primária. A liberdade de expressão, direito fundamental, é crucial para o Estado democrático de Direito.

A liberdade de expressão é o direito de manifestar o pensamento, as ideias e expressá-las por meio das artes, escritos, gestos e palavras. A Carta Magna de 1988 no artigo 5º garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, garantido a liberdade de manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. Garante, também, a liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença. Sendo, portanto, direito da personalidade essencial para que se concretize o princípio da dignidade humana. A liberdade de expressão é fundamental para a existência de uma sociedade democrática.

A UNESCO considera a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa direito humano fundamental, sendo que a independência da mídia é requisito indispensável para a democracia, o desenvolvimento e o diálogo. A Constituição

Federal brasileira assegura aos cidadãos um amplo acesso à informação a partir de diferentes e variadas fontes, dentro de um ambiente democrático, que garanta as liberdades de expressão e de imprensa².

O Relatório “Protestos no Brasil 2013” elaborado pela ONG Article 19 com o apoio da Fundação Ford explica que:

A liberdade de expressão é um direito amplamente garantido pelos padrões e dispositivos internacionais, sendo parte integrante e essencial para os sistemas democráticos das sociedades contemporâneas, além de significar o direito de todo indivíduo de ter liberdade de opinião e expressão, sem ser molestado por isso. A liberdade de expressão é crucial porque carrega com ela a capacidade de trocar informações e ideias sobre qualquer natureza e por qualquer meio de comunicação, propiciando um ambiente plural e representativo (ARTICLE 19, 2013, p. 37).

Os cidadãos devem ter oportunidade plena de formular preferências, expressá-las a seus concidadãos e ao governo por meio tanto de ações individuais quanto coletivas e de tê-las igualmente consideradas na conduta do governo. Sendo que essa três condições são necessárias para a democracia (DAHL, 2005).

Os requisitos de uma democracia para um grande número de pessoas, quais sejam: liberdade de formar e aderir a organizações, liberdade de expressão, direito de voto, direito de líderes políticos disputarem apoio, fontes alternativas de informação, elegibilidade para cargos políticos, eleições livres e idôneas e instituições para fazer com que as políticas governamentais dependam de eleições e de outras manifestações de preferência.

Claramente entre os requisitos para a democracia está a liberdade de expressão. É possível comparar diferentes regimes políticos, analisando a amplitude do direito de contestação pública. Sendo a democratização formada por duas dimensões: contestação pública e direito de participação. Para ele, a falta do direito de exercer oposição gera a fragilidade no direito de participação social, de forma que o governo repressivo gera menos oportunidade (DAHL, 2005).

Dessa forma, as manifestações sociais são constitucionais e legítimas, sendo que encontram respaldo nos direitos fundamentais de livre manifestação do pensamento e de reunião de pessoas, de forma que é garantido o direito das minorias e a democracia.

² <http://www.unesco.org/new/pt/brasil/communication-and-information/freedom-of-expression/>

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 187 (Marcha da Maconha), estabeleceu parâmetros interessantes³:

1) a reunião deve ser pacífica, sem armas, previamente noticiada às autoridades públicas quanto à data, ao horário, ao local e ao objetivo, e sem incitação à violência;

2) não se pode admitir a incitação, incentivo ou estímulo ao consumo de entorpecentes na sua realização;

3) naturalmente, não poderá haver consumo de entorpecentes na ocasião da manifestação ou evento público;

4) nas manifestações, está proibida a participação de crianças e adolescentes.

O Ministro Cezar Peluso sustentou que a liberdade de expressão emana, diretamente, da dignidade da pessoa humana e se caracteriza como importante elemento para formação e aprimoramento da democracia (ADPF 187 – STF).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em 22 de novembro de 1969, estabelece que toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão, sendo que o direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha

O exercício do direito de expressão não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

Sendo assim, não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões, dentre eles o uso da força pela polícia militar que detém o monopólio da força.

³ LENZA, 2012, p. 981.

Importante destacar que o direito de reunião previsto no artigo 5º, XVI da Constituição Federal é direito meio à livre manifestação do pensamento. Ele é meio para alcance dos demais direitos e liberdades, sendo que é da essência do direito de reunião, a manifestação de críticas, formulação de soluções, intercâmbio de ideias, inclusive elas podem ser contra ou a favor dos dirigentes públicos ou das maiorias.

Trata-se de um direito fundamental, impondo-se a todos, o dever de respeitar e assegurar o exercício regular do direito de reunião. De modo que, se houver desrespeito, deverá haver, também, a responsabilização, inclusive por abuso de autoridade.

O Brasil é signatário do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, cuja adesão ocorreu em 24 de janeiro de 1992 e promulgou o Decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. O direito de reunião pacífica foi reconhecido, sendo que o exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem pública, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O artigo 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos preceitua que ninguém pode ser molestado por suas opiniões.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, reconhece o direito de reunião pacífica e sem armas, apontando que o exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei e que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral pública ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

Para a concretização e manutenção da democracia é necessário garantir a liberdade de reunião e de expressão da sociedade como um todo. Apenas em governos totalitários, as ideias dominantes podem ser expressas e divulgadas, de forma que tal disposição não condiz com o Estado democrático de Direito. Sendo assim, a Constituição do país deve garantir o direito das minorias, impedindo a opressão contra elas.

Importante destacar que para exercer o direito à reunião, alguns requisitos devem ser considerados, dentre eles, a reunião deve ser pacífica, sem armas e em

locais abertos ao público. Ele pode ser exercido sem necessidade de autorização do poder público. Existe apenas a obrigatoriedade de prévio aviso à autoridade pública, apenas para que ela tenha meios de tomar providências com relação ao trânsito, organização, dentre outras.

A liberdade de reunião e de associação para fins lícitos constitui uma das mais importantes conquistas da civilização, enquanto fundamento das modernas democracias políticas. De forma que não se pode legitimar a frustração, supressão ou aniquilação desse direito constitucionalmente garantido.

Manifestação social é uma reunião de pessoas com o intuito de reivindicar algo, manifestar opiniões ou apresentar sugestões normalmente de cunho econômico, social ou político. Geralmente ela ocorre quando um grupo de pessoas se une com o objetivo de fazer alguma reivindicação a respeito de algo que seja ligado ao governo, expressando sua opinião, sentimentos e ideias, tornando público ou expressando publicamente um ponto de vista de um determinado grupo. Geralmente, a quantidade de pessoas presentes na manifestação é considerada relevante para apuração da importância da manifestação popular.

O Brasil, em 2013, foi palco de várias manifestações sociais com pautas diversas, como reivindicações relacionadas ao aumento da tarifa de ônibus, ao encarecimento da vida nas cidades, contra a violência policial, gastos com a Copa, dentre outros assuntos. O Movimento do Passe Livre (MPL) exerceu papel importante na articulação e propagação das manifestações sociais.

As redes sociais exerceram importante papel na organização e propagação das manifestações sociais em 2013, devido à facilidade de conexão entre as pessoas de forma instantânea, atingindo proporções internacionais.

As manifestações iniciaram em junho de 2013, sendo que a primeira reivindicação foi contra o aumento da tarifa de ônibus nas cidades brasileiras e o pedido de passe livre nos veículos de transporte coletivo. O Movimento Passe Livre (MPL) exerceu importante papel na organização das manifestações, esta organização tem como princípio primordial a mobilidade urbana e defende a implantação de tarifa zero nos ônibus. Porém, os motivos não se esgotaram desde então, passando a temas como o combate a violência policial, corrupção, os aumentos nos produtos de consumo, culminando com um viés de polarização política marcante. Fácil foi perceber que essas manifestações populares não

continham um intermediário ou mediador público. Participaram diversas pessoas, de várias idades e com objetivos de uma sociedade melhor.

A capilaridade em todo o território brasileiro foi enfática e demonstrou o poder popular de manifestação pública, das redes sociais e dos direitos de liberdade de reunião e expressão. Os resultados perceptíveis das manifestações sociais de 2013 foram que a população percebeu que a mobilização pode dar resultado, novos temas foram incorporados à agenda governamental e mostrou o grande poder das redes sociais na organização das manifestações sociais. Um fato grave e marcante que gerou resultados não desejáveis ocorreu, que foi a repressão policial maciça, com a criminalização das atitudes dos manifestantes e que gerou graves consequências.

As manifestações populares são instrumento de expressão de pensamento, que variam desde preferências até discordâncias com as decisões governamentais. A grande massa populacional nas manifestações e o despreparo das forças policiais geraram consequências, de forma que os governantes sentiram-se acuados e, dessa forma, buscaram repreender, com a utilização das forças policiais, com violência a manifestação popular, conduzindo pessoas às delegacias de polícia, com o consequente indiciamento de pessoas, além de agressões físicas, uso abusivo de armas não letais, numa verdadeira tática de guerra. Medidas que foram na contramão do direito constitucional da liberdade de reunião e expressão e mostram a face de um governo autoritário e antidemocrático.

A segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, deve ser exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. As polícias militares fazem o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública e são subordinadas aos Governadores dos Estados.

A repressão policial às manifestações de 2013 repercutiu a nível nacional e internacional, foi amplamente divulgada nas redes sociais e mídias, ocasionando até manifestação pública da Anistia Internacional Brasil (2013) que publicou uma notícia no seu site condenando a ação policial com o seguinte título: Criminalização dos protestos e violência policial no Brasil ameaçam princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. O teor foi que as grandes manifestações públicas e protestos aos quais a polícia tem respondido, em alguns casos, com uso excessivo de força. Todas as pessoas têm o direito de protestar de maneira pacífica – exercer

seu direito humano a liberdade de expressão e manifestação – e o governo brasileiro tem a obrigação de garantir que possam exercê-lo.

Centenas de manifestantes saíram feridos das manifestações que ocorreram no Rio de Janeiro e em São Paulo desde junho de 2013, em geral pelas mãos da Polícia Militar que utilizou armas letais e não letais nos confrontos com os manifestantes. A falta de treinamento para o policiamento de protestos e a ausência de regulamentação específica para o uso das chamadas armas menos letais contribuíram para o uso excessivo da força pelas polícias em diversas manifestações, gerando consequências graves.

A Organização das Nações Unidas (ONU) recomendou por meio do escritório de direitos humanos, que o Brasil adote medidas necessárias para garantir a liberdade às manifestações no país. O porta-voz da ONU, Rupert Colville, afirmou que estava preocupado com os relatos de danos, ferimentos, prisões, detenções e arbitrariedades. “Algumas organizações da sociedade civil têm também denunciado a arbitrariedade de algumas dessas detenções” (GIRALDI, 2013). A ONU apelou ao governo do Brasil para que tome todas as medidas e providências necessárias para garantir o direito de reunião pacífica e evitar o uso desproporcional da força durante os protestos. Além de solicitar que as autoridades do país realizem investigações imediatas, completas, independentes e imparciais sobre o alegado uso excessivo da força, punindo as distorções (GIRALDI, 2013).

Outro apontamento importante realizado pela ONU foi a obrigatoriedade de identificação dos nomes dos policiais nas fardas e uniformes, bem como o direito dos manifestantes de filmar a reunião e que a dispersão só pode ser realizada em último caso. Sendo que o direito de manifestação deve ser garantido mesmo que cause interrupções no trânsito da cidade.

A Defensoria Pública do Estado de São Paulo (núcleo de Direitos Humanos) propôs uma Ação Civil Pública⁴ em face do Estado de São Paulo, cuja petição inicial contém 139 páginas, afirmou que:

O direito de reunião é a pedra fundamental de uma democracia vibrante. Essa é uma assertiva que conta com respaldo da doutrina, da jurisprudência, da mídia e do senso comum. Verdadeira a assertiva, a conclusão a que se chegará, após a análise das provas que acompanham esta petição, é que, em São Paulo, o Estado parece querer arrefecer a força do princípio democrático (BRASIL, 2014, p. 2).

⁴ Processo n. 1016019-17.2014.8.26.0053.

Vários episódios violentos por parte da polícia militar foram relatados por manifestantes e constam na petição da Defensoria Pública, mostrando que o aparato repressor do Estado foi utilizado para reprimir a liberdade de expressão e o direito de manifestação:

Já se tem provas, contundentes, da utilização do aparato repressor do Estado para a frustração da liberdade de expressão, do direito à cidade e do direito de reunião. Ademais, nas situações em que seria admissível intervenção policial repressora, constatou-se postura abusiva, desnecessária e ofensiva a protocolos internacionais e relatórios da Organização das Nações Unidas (BRASIL, 2014, p. 2).

A Defensoria Pública explica no bojo na petição inicial da Ação Civil Pública a forma de atuação da Polícia Militar do Estado de São Paulo, especialmente a de São Paulo por meio da tropa de choque, que utilizou a teoria da força progressiva para conter as “massas vistas como irracionais e perigosas”:

De acordo com a visão clássica, ainda adotada no Brasil, especialmente pela Polícia Militar do estado de São Paulo, **as massas são vistas como irracionais, perigosas e tendentes à violência**. A partir dessa premissa, a conduta das tropas é informada pela Doutrina da Força Progressiva, a qual foi muito adotada nos países civilizados a partir de 1960. Por essa abordagem, pequenos atos de violência precisam ser duramente reprimidos, **para demonstrar à massa uma noção de força da lei e ordem pública** (BRASIL, 2014, p. 49, grifo nosso).

A Polícia Militar se destaca como força policial por excelência, que redundou em valorização material e política da corporação. Ocorre a crescente penetração institucional da Polícia Militar, que emerge como força repressiva (violência, prisão e extorsão) quanto ostensiva (intimidativa) (TEIXEIRA, 2012).

O Estado tem o monopólio do uso da força. A teoria do uso da força de forma progressiva é adotada pela Polícia Militar no Brasil, posto que enxerga as massas como irracionais, perigosas e tendentes à violência, de forma que é necessário o uso progressivo da força para controlar e dirimir eventuais conflitos.

Importante destacar que a violência é o emprego não consensual ou legitimado do uso da força física para impor a vontade sobre os outros, sendo que facilita a dominação e subjugação.

A Polícia Militar está presente nas manifestações populares, agindo tanto repressiva quanto ostensivamente, a princípio com objetivo de proteção. A ONU recomendou treinamento especial das forças policiais para lidar com manifestantes

populares, com a inclusão de táticas de negociação, comunicação efetiva e mediação para evitar a escalada da violência e os conflitos.

O ano de 2013 pode ser considerado como o período que registrou um dos maiores números de manifestações nas últimas décadas no Brasil. Em doze meses, foram realizados 696 (seiscentos e noventa e seis) protestos em todo país, com a detenção de 2.608 (duas mil seiscentas e oito) pessoas e com o resultado de 07 (sete) mortes relacionadas aos eventos. Entre os profissionais de imprensa que atuaram na cobertura das manifestações, 111 (cento e onze) foram agredidos ou feridos e 10 (dez) foram presos (VANZINI, 2014).

Os dados foram retirados do Relatório “Protestos no Brasil 2013” produzido pela ONG Artigo 19 com o apoio da Fundação Ford (<http://protestos.artigo19.org/>) que apontou um alto número de protestos espalhados pelo Brasil e inúmeros atos de violência da polícia militar.

O Relatório “Protestos no Brasil 2013” explica: o panorama geral, o direito de protesto no sistema internacional, direito de protesto no Brasil, projetos de lei, justiça, principais violações, jornalistas, pistas para entender o fenômeno brasileiro, uma linha do tempo e a metodologia. Esses assuntos são divididos em nove ícones individuais, sendo que para ter acesso ao conteúdo, basta escolher o tema desejado.

O Relatório em questão apontou algumas violações, dentre elas, a falta de identificação dos policiais militares que usavam uniformes sem o nome e/ou patente, detenções arbitrárias para averiguação, alta criminalização dos manifestantes, censura prévia, uso de armas letais e abuso das não letais, uso de filmadoras e máquinas fotográficas, além de esquema de vigilância das redes sociais pelos policiais, ABIN e Exército, policiais infiltrados (sem fardas) nas manifestações e ameaças. Outra forma utilizada foi a filmagem das manifestações pelas Polícias Militares. A Anistia Internacional Brasil descreveu o episódio da repressão policial mostrando que os manifestantes sofreram terror psicológico e ameaças:

Muitos dos manifestantes presos relatam que sofreram terror psicológico e ameaças, sendo que alguns foram levados para o presídio de segurança máxima de Bangu. Passados alguns dias do protesto, a maior parte dos presos foi liberada e alguns tiveram o indiciamento desqualificado pelo poder judiciário, em um claro indicativo da natureza arbitrária dessas prisões.

Estas práticas das forças de segurança têm violado o inciso LXI, do artigo 5º da Constituição Federal, que determina que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e

fundamentada de autoridade judiciária competente”, assim como o artigo 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

A Anistia Internacional clama para que o Estado brasileiro, em especial o governo do estado do Rio de Janeiro, respeite os direitos dos cidadãos de protestarem e se manifestarem pacificamente, assim como, interrompa as prisões arbitrárias e o processo de criminalização desses manifestantes, que tem se dado em clara violação à Constituição Federal, colocando em risco os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL, 2013).

Outro fato que gerou grande repercussão foi a atitude do governo em utilizar a Lei de Segurança Nacional para punir um casal de manifestantes paulistas por vandalismo, o que configura um real abuso de poder. A Lei em referência define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social e estabelece seu processo e julgamento, foi promulgada em 14 de dezembro de 1983, plena época de ditadura militar. Atitudes como essa, levam a desembocar em um Estado que não respeita o direito de livre reunião ou de liberdade de expressão, uma vez que são utilizadas leis penais duras para criminalizar condutas as quais não se encaixa na literalidade da lei.

As autoridades brasileiras também enquadraram algumas pessoas que participaram das manifestações com base na Lei sobre Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013) que foi criada para combater o crime organizado, aplicando legislação penal extremamente rigorosa. Segundo a Lei considera-se “ [...] organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.” (BRASIL, 2013). O fato marcante é que as pessoas nem ao menos se conheciam ou tinham algum objetivo criminoso comum, nem ao menos atentavam contra a segurança nacional brasileira. Desta forma criminalizam o direito de livre manifestação garantido constitucionalmente, trazendo à memória dos brasileiros o período e os sofrimentos da época da ditadura militar.

Portanto, o endurecimento penal e repressivo às legítimas manifestações sociais gera graves consequências, sendo que manifestantes e jornalistas foram vítimas física e emocionalmente das atitudes policiais, além da grande repressão policial, com uso de armas letais e não letais, como cassetetes, bombas de gás

lacrimogêneo, sprays de pimenta. Grave é a crescente criminalização e o enquadramento em leis penais rigorosas e duras.

É preciso repensar todo o sistema de segurança pública, o Brasil não pode continuar desrespeitando princípios constitucionais, ofendendo a integridade física e psicológica de seus cidadãos quando estes manifestam suas opiniões. Até quando será necessário conviver com uma polícia despreparada, com um governo que desrespeita os direitos fundamentais e sociais, além de ofender princípios basilares da democracia?

A consequência é uma sociedade transformada em principal vítima, pois ao inibir o direito de manifestação, de reunião, de liberdade e de expressão, ocorre uma afronta e desrespeito a democracia. Claro está que não é possível a existência de um Estado Democrático de Direito sem que os direitos fundamentais sejam reconhecidos e respeitados em sua íntegra, especialmente o direito constitucional de livre manifestação e expressão.

4 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo apresentar, a partir do estudo de obras bibliográficas, reportagens e da análise de legislação, o conceito de democracia, os direitos fundamentais, o contexto brasileiro desde a época da ditadura militar ao processo de redemocratização, bem como as manifestações populares ocorridas no Brasil no ano de 2013, com enfoque principal nos direitos de liberdade de expressão e de reunião, garantias constitucionais brasileiras, com previsão em tratados e pactos internacionais dos quais o Brasil é signatário.

A democracia, a liberdade de expressão e de reunião foram relacionadas na análise das manifestações populares do ano de 2013, suas razões, motivos, abrangência e consequências à história nacional brasileira. Outro ponto crucial analisado foi a repressão policial aos manifestantes e jornalistas, com táticas de guerra e utilização de armas letais e abuso de armas não letais, tais como balas de borracha, gás lacrimogêneo, cassetetes, com amplo desrespeito ao direito assegurado pela Constituição Federal de 1988 de liberdade de expressão, que conforme Dahl (2005) explica é parte fundamental para a existência de um governo democrático.

O fato de que até os jornalistas foram vítimas da repressão policial, aponta para uma grave afronta ao trabalho livre da mídia em noticiar os acontecimentos em

tempo real. Mais uma grave violação aos direitos fundamentais de liberdade de expressão e do direito à informação.

As manifestações sociais que ocorreram em 2013 mostraram que a mobilização gera resultados e que a mídia e as redes sociais possuem papel fundamental na difusão, acompanhamento e repercussão na sociedade. Principalmente mostrando a repressão dos poderes públicos e policiais aos manifestantes, além da utilização arbitrária e incoerente de legislações penais extremamente rigorosas aos manifestantes, fazendo com que os cidadãos se transformem em criminosos da noite para o dia. De forma que os direitos garantidos constitucionalmente sejam destruídos em poucas horas.

O objetivo crucial deste trabalho foi auxiliar na reflexão, na difusão e na sensibilização quanto ao direito de livre manifestação de expressão, das reuniões pacíficas, das mobilizações populares e de sua íntima relação com a democracia e com o Estado Democrático de Direito.

Em virtude do assunto de manifestações populares, dos direitos fundamentais e sociais, inclusive de democracia ainda permanecerem fortemente na mídia, é possível o aprofundamento deste estudo, analisando os resultados positivos e negativos da liberdade de expressão popular em massa, das manifestações públicas, refletindo sobre os desdobramentos dessa questão ao longo dos anos. Outra questão que pode ser aprofundada é o estudo dos gestores governamentais e os demais integrantes das forças policiais sobre a atuação repressiva aos manifestantes, bem como dos impactos negativos sobre a democracia. Demonstrando, ao final, que a repressão policial à liberdade de expressão e de reunião é um resquício dos tempos de ditadura militar que deveríamos deixar no passado para a manutenção de uma sociedade democrática e cidadã.

Por outro lado, é importante repensar a atuação da Polícia Militar, verificando qual o seu papel, o treinamento de seus integrantes, a necessidade de revisar a doutrina de uso progressivo da força, afinal, fazer uma análise de todo o sistema de segurança pública brasileiro.

A liberdade de expressão é direito garantida constitucionalmente, sendo pressuposto para um governo democrático e que preserve os direitos fundamentais e sociais. A população possui a garantia de manifestar suas preferências, seus desejos, expressar suas opiniões e poder cobrar dos governantes uma postura adequada. É necessário garantir o direito às livres manifestações sociais, o direito

de reunião, o direito de livre manifestação, o princípio da dignidade da pessoa humana no seu núcleo essencial. A democracia deve ser respeitada em sua íntegra, afinal, o Brasil é ou não é um Estado Democrático de Direito?

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL BRASIL. **Criminalização dos protestos e violência policial no Brasil ameaçam princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito**. 24 out. 2013. Disponível em: <<https://anistia.org.br/noticias/criminalizacao-dos-protestos-e-violencia-policial-brasil-ameacam-principios-fundamentais-estado-democratico-de-direito/>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo nº1016019-17.2014.8.26.0053. Ação civil pública proposta pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo em 2014. **Vara da Fazenda Pública**, São Paulo, SP, 2014.

BARROSO, Luís Carlos. **Vinte anos da Constituição de 1988**: a reconstrução democrática do Brasil. [2016?] Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/vinte-anos-da-constituicao-de-1988-a-reconstrucao-democratica-do-brasil>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

BOBBIO, Norberto, Democracia: os fundamentos. In: BOVERO, Michelangelo (Org.). **Teoria Geral da Política**: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

DAHL, Robert. **Poliarquia e Oposição**. São Paulo: Editora USP, 2005. p. 25-50. (Clássico 9).

GIRALDI, Renata. ONU apela para que Brasil garanta manifestações pacíficas. **Empresa Brasil de Comunicação**, 18 jun. 2013. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/06/onu-apela-para-que-brasil-garanta-manifestacoes-pacificas-e>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ARTICLE 19. **Protestos no Brasil 2013**. São Paulo: Article 19, 2013. Disponível em: <<http://artigo19.org/?p=4967>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCHWINN, Simone Andreia; SCHIMDT, João Pedro. Da ditadura à democracia, a inacabada transição brasileira. **Revista Reflexão e Ação**, Santa Cruz do Sul, v. 23, n. 2, p. 25-53, jul./out. 2015. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/index>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

TEIXEIRA, Alessandra. **Construir a delinquência, articular a criminalidade**: um estudo sobre a gestão dos ilegalismos na cidade de São Paulo. 2012. Tese (Doutorado em Sociologia)-Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-14092012-091625/pt-br.php>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

VANZINI, Kátia. Relatório caracteriza protestos de 2013 nas ruas brasileiras. **Plural: observatório de comunicação e cidadania**, 30 jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.faac.unesp.br/blog/obsmidia/2014/06/30/relatorio-caracteriza-protestos-de-2013/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

CAPÍTULO 3

DEMOCRACIA, TRANSPARÊNCIA E MORALIDADE: A ADI 5394/DF E O FINANCIAMENTO DE CANDIDATOS PARA CAMPANHAS ELEITORAIS

DEMOCRACY, TRANSPARENCY AND MORALITY: ADI 5394/DF and the funding of candidates for electoral campaigns

Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães¹

RESUMO

Este artigo se articula na análise acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade 53/94/DF, realçando a aplicabilidade do princípio da moralidade e da transparência no caso. A força normativa dos princípios constitucionais atua como importante instrumento de hermenêutica da ordem jurídica para a obtenção dos ideais promovidos pelo constituinte originário. Nesta perspectiva, o princípio da transparência e da moralidade guiam a democracia na busca de seu constante aperfeiçoamento, ao contribuir, essencialmente, no combate à corrupção – assegurando que o poder permaneça com o povo e para o povo. A partir destes pressupostos, foi realizado um estudo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5394/DF, no intuito de evidenciar a atuação do Poder Judiciário na resolução de uma questão política para a garantia do aprimoramento do processo eleitoral. Assim, o este artigo tem por escopo a demonstração do fortalecimento do cenário democrático por meio do controle de constitucionalidade, o qual efetivou princípios da transparência e moralidade no processo eleitoral e, por conseguinte, impediu a ocultação dos doadores de recursos no financiamento de candidatos para as campanhas eleitorais.

Palavras-chave: Democracia. Doações eleitorais. Combate à corrupção.

ABSTRACT

This paper aims to show an analysis of Direct Action of Unconstitutionality 5394/DF, highlighting the applicability of principles of transparency and morality in that case.

¹ Mestranda em Direito na Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Especialista em Direito Processual Constitucional pela Escola de Magistratura do Estado de Goiás (2017), Direito Administrativo e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2012). Graduada em Direito pela Universidade Católica de Goiás (2009).

The normative force of constitutional principles acts as an important hermeneutic instrument of the juridical order to obtain the ideals promoted by the original constituent. In this perspective, the principle of transparency and morality guides democracy in the search for its constant improvement, contributing, essentially, to the fight against corruption – ensuring that the power remains with people and for the people. Based on these assumptions, an analysis was made of the Direct Action of Unconstitutionality 5394/DF, in order to evince the acting of the Judiciary in resolving a political issue to guarantee the improvement of the electoral process. Therefore, the present article has as scope a demonstration of the strengthening of the democratic scenario through the control of constitutionality, which applied the principles of transparency and morality in the electoral process and, consequently, prevented the concealment of donors resources in funding candidates for election campaigns.

Keywords: Democracy. Electoral donations. Fight against corruption.

1 INTRODUÇÃO

A definição de democracia é uma árdua tarefa. Como assinala Dworkin (2014, p. 584), a democracia é um conceito interpretativo. Para este estudo, ela é tomada como um conceito impossível de se determinar, porque não é estático: está em constante invenção. Na lição de Chauí (1983, p. 7) “[...] a democracia é constante invenção porque, longe de ser uma mera conservação de direitos, é a criação ininterrupta de novos direitos.”.

Novos direitos são trazidos em cada fase histórica de um Estado, ainda que não haja renovação da legislação. São novos olhares, novos contextos, novos argumentos, novas demandas. Nesta perspectiva, o constitucionalismo contemporâneo trouxe uma grande discussão dentro da Ciência Política, da Filosofia e do Direito: se haveria uma justificativa para a prática do controle de constitucionalidade no contexto da democracia – alguns o condenam por declará-lo contrário à democracia, por outro lado há quem o defenda por acreditar que a democracia pode ser comprometida em nome de outros valores².

Este estudo se ocupa, portanto, em demonstrar o fortalecimento da democracia por meio do controle de constitucionalidade, onde os princípios constitucionais da transparência e da moralidade são efetivados pelo Poder

² Mais sobre controle de constitucionalidade e democracia em DWORKIN (2014, p. 579–611).

Judiciário. Para tanto, foi feita a análise de um caso concreto, a partir do julgamento cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5394/DF.

Importante destacar que uma das características das sociedades democráticas é possuírem associações, movimentos sociais, populares e instituições que atuam como um contrapoder social, o qual, seja de forma indireta ou direta, limita o poder do Estado. Neste contexto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs uma ADI no Supremo Tribunal Federal, sobre a controvérsia de um dispositivo da chamada “Minirreforma Eleitoral”, a qual permitia a doação oculta em campanhas de candidatos.

Hodiernamente, tem sido revelado um descontentamento quanto à representação política no país. A intromissão excessiva de capital na política viabilizou a ocorrência de muitos casos de corrupção, os quais foram denunciados e explorados de forma massiva pela mídia – principalmente em relação às doações associadas à dinheiros ilícitos. Associado a este quadro, também tem ocorrido embates acerca dos problemas que as democracias enfrentam no mundo todo, por isto, é importante trazer este tema no cenário acadêmico, não com o intuito de esgotá-lo, mas sim para levantar reflexões que contribuem com o debate jusfilosófico e político.

A democracia demanda a consagração de uma série de princípios constitucionais, no entanto, sob a esfera do processo eleitoral, se realçam os princípios da moralidade e da transparência e, por esta razão, são estes os destaques no desenvolvimento deste artigo.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

Para a realização deste artigo, foi feita a análise do caso concreto da ADI 5394/DF, ainda em trâmite no Supremo Tribunal Federal, embora tenha sido proferida decisão cautelar; e a utilização do método indutivo, com a produção de reflexões mais abrangentes a partir do julgado.

Os materiais utilizados foram as legislações pertinentes, tais quais a Constituição Federal de 1.988, as leis nº 13.165/95, 9.095/95 e 9.868/99, jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADIs 5394/DF e 4650/DF), caracterizando assim uma pesquisa documental, além de ter sido feita extensa pesquisa bibliográfica.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 A controvérsia e a judicialização das questões políticas

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs no Supremo Tribunal Federal (STF) com Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5394/DF contra dispositivo da lei nº 13.165/15. A referida legislação alterou a que estabelece normas para as eleições (lei nº 9.504/97), para partidos políticos (lei nº 9.096/95) e o Código Eleitoral (lei nº 4.737/65).

A controvérsia se formou a partir da redação do §12 do art. 28, qual seja:

Art. 28. [...] §12. Os valores transferidos pelos partidos políticos oriundos de doações serão registrados na prestação de contas dos candidatos como transferência dos partidos e, na prestação de contas dos partidos, como transferência aos candidatos, *sem individualização dos doadores* (BRASIL, 2015, p. 1, grifo nosso).

A ausência de individualização dos doadores originários nas transferências feitas pelos partidos aos candidatos não se coaduna com o modelo democrático de Estado, tampouco com o princípio da moralidade e da transparência, todos constitucionalmente consagrados.

Ainda que este artigo não tenha por escopo aprofundar sobre as funções das instituições democráticas, é interessante apresentar o posicionamento adotado por muitas delas diante do caso concreto.

Ao prestar as informações pertinentes para o STF, como determina o art. 11, *caput* da lei nº 9.868/99 (Brasil, 1999), o Congresso Nacional afirmou que o dispositivo atacado apenas tem o condão de simplificar a fiscalização das campanhas pela Justiça Eleitoral, uma vez que a prestação de contas das doações para os partidos já exige a identificação da origem.

Do mesmo modo se posicionaram a Presidência da República e o Advocacia Geral da União (AGU), que concluíram pela improcedência da medida cautelar e, conseqüentemente, a constitucionalidade do dispositivo.

A Câmara dos Deputados considerou esgotado o objeto da ADI 5394/DF em face ao pronunciamento do STF na ADI 4650³, além de argumentar que as doações eleitorais não se destinam apenas ao financiamento de candidatos, mas, também, aos próprios partidos, os quais devem ter liberdade para decidir a respeito da destinação dos recursos que recebem.

³ Maiores informações em BRASIL (2011).

A Procuradoria Geral da República (PGR), contudo, concluiu pela concessão da medida cautelar, apoiando a tese do autor da ADI.

Apesar de não ter sido definitivamente julgada, o STF concedeu a cautelar e retirou a eficácia do texto considerado inconstitucional até que seja julgada em definitivo, com efeito *ex tunc*, como permite excepcionalmente o §2º do art. 11 da lei nº 9.868/99.

Em uma reflexão crítica, o posicionamento da maioria dos órgãos acima citados deixou de observar princípios relevantes que foram consagrados na atual Constituição Federal. A inobservância de tais princípios, permite um enfraquecimento da democracia na medida em que privilegia a ausência de controle por parte da sociedade, sugerindo uma ineficiência no combate à corrupção.

A lei nº 13.165/15, inclusive, surgiu justamente como um instrumento para fortalecer a democracia e a representação popular, sendo denominada “Minirreforma Eleitoral”, embora tenha permitido a chamada “doação oculta”⁴.

Daí decorre a necessidade das instituições se manterem atentas, a fim de auxiliar o aprimoramento do processo democrático, exercendo suas atribuições de modo a garantir a defesa e a efetividade do texto constitucional.

Em que pese os autores da lei terem inserido norma que atinge diretamente preceitos constitucionais os quais serão tratados especificamente a diante, a redação atacada poderia ter sido alterada no trâmite do projeto de lei, já que no Brasil, além do controle repressivo há o controle preventivo de constitucionalidade – exercido no âmbito do Poder Legislativo pelas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ) ou pelo veto do residente da república, neste caso, por inconstitucionalidade (veto jurídico).

Não foi o caso. O Poder Legislativo e o Poder Executivo endossaram o texto de lei do §12 do art. 28, cabendo ao CFOAB acionar o STF para garantir proteção à Constituição e à ordem democrática.

A judicialização de questões políticas é um fenômeno decorrente da forma institucional vigente no país, considerando que o nosso sistema de controle de constitucionalidade prevê amplo acesso ao STF, inclusive por vias de ações diretas, resultando na discussão de assuntos políticos, sociais ou morais em sede judicial.

⁴ A doação oculta é a relação triangular entre doadores, partidos políticos e candidatos, onde o partido recebe o recurso do doador e o repassa ao candidato, desvinculando a origem da doação. Assim, o doador não tem seu nome na relação de contribuintes apresentada à Justiça Eleitoral pelo candidato ou comitê financeiro da campanha – a fonte registrada é o partido.

Como leciona Barroso (2010), esta não é uma opção política do Judiciário, os tribunais não têm outra alternativa a não ser se pronunciarem quando são provocados pela via processual adequada. A Justiça, por conseguinte, tem um papel ativo e decisivo na concretização da Constituição, contudo, pode haver o risco de ativismo judicial, um problema relativo à teoria da decisão e que vem sendo amplamente discutido no neoconstitucionalismo.

É pertinente observar, ainda, que no Brasil temos um modelo híbrido de controle de constitucionalidade, contemplando tanto a espécie concentrada (como é o caso estudado) quanto a espécie difusa. Sobre a exegese do controle concentrado, importante é a contribuição de Favoreu (2004), o autor estabelece que, em muitos países, a opção pelo modelo concentrado se deu, entre outras razões, pelo fim do medo de ferir a soberania do legislador, isto porque a missão das leis se subverteu em opressão, surgindo a necessidade de delas se defender.

Em um paralelo, pode-se dizer que a ADI analisada é um exemplo claro de antídoto contra o legislador que acabou por suprimir a transparência e resguardar a moralidade em relação às doações de recursos destinados à campanha de candidatos, violando princípios constitucionais essenciais para o Estado democrático.

A lei é efetivamente o ato de maior relevância na vida política, é por meio dela que o Estado estipula modos predeterminados de conduta, daí a importância de se consagrar os princípios da transparência e da moralidade, especialmente no processo eleitoral.

3.2 O princípio da transparência

Embora não seja um princípio expressamente descrito na Constituição Federal de 1988, a transparência é tratada como princípio, na medida em que se extrai de diversos preceitos constitucionais e tem a sua consagração no plano infraconstitucional – como a lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), que exemplifica a nova onda de democratização da informação no país, como meio de controle das matérias de interesse público e efetivação da transparência (BRASIL, 2011).

Bobbio (2015), ao tratar o tema, esclarece que o princípio fundamental do Estado democrático é o princípio da publicidade, ou seja, do poder visível. A

transparência decorre, portanto, do princípio da publicidade, este sim, inscrito no art. 37, caput, da Constituição.

De acordo com o autor, o governo democrático é aquele em que os governantes devem exercer o poder sob o controle dos cidadãos:

[...] a democracia pressupõe a máxima liberdade dos indivíduos singularmente considerados, estes devem ser protegidos de um excessivo controle por parte dos poderes públicos sobre a sua esfera privada, e precisamente porque *a democracia é o regime que prevê o máximo controle dos poderes públicos por parte dos indivíduos, este controle é possível somente se os poderes públicos atuam com o máximo de transparência* (BOBBIO, 2015, p. 75, grifo nosso).

O dispositivo controverso da ADI 5394/DF – que permitia, até a propositura da ação, a falta de informações sobre os doadores originários das campanhas dos candidatos – suprime o princípio da transparência, permite um movimento antidemocrático, na medida em que não coíbe a possibilidade de aportes de fontes duvidosas, prejudica a fiscalização das doações eleitorais e enfraquece o combate à corrupção. A relação entre política e dinheiro é um assunto inesgotável e é certo que a infiltração do poder econômico nas eleições é uma das mazelas que corroem a política brasileira.

Na lição de Streck (2013, p. 184), “[...] à opinião pública não se atribui uma forma predefinida senão que se a percebe como um instrumento de controle público do poder a partir da expressão do sentimento popular acerca das práticas político-jurídicas adotadas ou a adotar.”. Para o autor, há uma ligação íntima entre a opinião pública com a questão da visibilidade do poder inserida no projeto democrático.

A construção da opinião pública durante o processo eleitoral é um ponto de extrema importância e demanda a transparência de informações, já que a representação política não pode ser simplesmente revogada pelos eleitores no curso do mandato, apenas no seu fim é que “se presta contas”.

É preciso que se flexibilize a chamada *accountability* vertical⁵, para que não abarque apenas o mandato eleitoral, mas que, durante o processo de campanhas eleitorais, seja possível observar sinais (*simple cues*) que conferem uma certa previsibilidade do futuro e influencia a tomada de decisão para o voto.

A informação sobre os doadores originários no financiamento das campanhas dos candidatos, em repasses feitos pelos partidos políticos, é essencial para formar a opinião pública – peça chave para o exercício da cidadania através do voto –

⁵ Sobre o conceito de *accountability* (PRZEWORSKI; STOKES, 1999, p. 29-55).

permitindo que a sociedade conheça quem são os financiadores e identifique suas posições ideológicas, criando uma expectativa mais apropriada sobre a possível agenda de governança do candidato eleito.

Quando se efetiva a transparência, informando as fontes (originárias) de apoio financeiro que os candidatos recebem para suas campanhas, tem-se uma clareza maior sobre as pretensões para um próximo governo – além de contribuir para a moralidade com a exposição dos financiadores.

Por outro lado, a prestação de informações nunca é demais quando se trata de um processo de escolha dos representantes do povo, o que permite uma fiscalização muito mais eficiente por parte da Justiça Eleitoral. Neste contexto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) já havia editado resolução sobre a prestação de informações (Resolução nº 23.406/14), como uma maneira de aperfeiçoamento do processo eleitoral. A ADI 5394/DF, então, reforçou tal instrução, fortalecendo os mecanismos de prevenção à corrupção.

3.3 Princípio da moralidade

Tratar de moralidade requer especial cautela em relação aos referenciais conceituais, posto que tal termo tem várias acepções. Na ADI 5394/DF a moralidade encontra-se mencionada de várias formas, além de “princípio da moralidade”: moralidade administrativa, moralidade para o exercício do mandato, moralidade e ética administrativa, moralidade eleitoral e moralidade no processo eleitoral.

Na Constituição Federal atual, o princípio da moralidade está expressamente previsto em vários dispositivos, mais comumente se estuda o *caput* do art. 37, que trata sobre a administração pública e se relaciona com o Direito Administrativo. Na lição de Bittencourt Neto:

A chamada moralidade administrativa surgiu da necessidade de se encontrarem, a par da legalidade formalista, novos limites, sob o pálio do Direito, à conduta administrativa do Estado. Derivou de construções que se instalavam no Direito Privado (exercício abusivo de direitos; doutrina do não locupletamento à custa alheia; doutrina da obrigação natural), como ponto de contato entre Direito e Moral. Do abuso de direito, na esfera privada, construiu-se o desvio de poder, no âmbito de atuação do Estado, embrião do conceito de moralidade administrativa. (BITENCOURT NETO, 2005, p. 78).

No contexto deste estudo, no entanto, interessa a moralidade expressa no §9º do art. 14 da CF/88:

Art. 14. [...] §9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cassação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato, e a normalidade e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (BRASIL, 1988, p. 184).

Ambos dispositivos são resultados da intersecção entre o Direito e a moral, porém o princípio da moralidade eleitoral se estrutura especialmente a partir da sua aproximação com a política. Neste contexto, a visão kantiana é uma importante lição: é certo que é preciso trazer à atualidade o preceito proposto na obra *A Paz Perpétua*, onde Kant (2008) estabelece que só haverá um acordo entre a moral e a política quando se condenar o segredo dos atos de governo – aqui, fazendo um paralelo com o processo eleitoral, que é a exegese de todo o governo eleito no Estado democrático.

Sob este prisma, a transparência se interliga à moralidade. A máxima de Kant (2008, p. 48), ao formular sua proposta de moralização política, indica o seguinte: “São injustas todas as acções que se referem ao direito de outros homens, cujas máximas se não harmonizem com a publicidade.”.

Ações imorais têm sido repudiadas e causado o descrédito da classe política, sobretudo nos últimos anos, onde os noticiários denunciaram incontáveis atos de corrupção em todos âmbitos do poder. O movimento pela Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) exemplifica o sentimento popular.

A lei supramencionada institui mecanismos de proteção da moralidade, embora convenha ressaltar que não teve iniciativa pelas instituições democráticas propriamente ditas, sendo possível sua promulgação em razão da mobilização da sociedade civil que formalizou o projeto de lei – com mais de um milhão e trezentas mil assinaturas.

Na contramão do povo, o Poder Legislativo editou redação que originou a controvérsia da ADI 5394/DF. Ao permitir que os partidos não individualizassem os doadores quando realizassem a transferência de recursos aos seus candidatos, deixaram de resguardar a moralidade no processo eleitoral, abrindo espaço para desvios, como a doação oculta, que compromete a legitimidade da conquista e do

exercício do mandato político e deixa de contribuir com o aperfeiçoamento da democracia.

Coube ao Poder Judiciário reafirmar os princípios constitucionais os quais se destinam a preservar os valores consagrados na ordem jurídica e que formam a base do sistema democrático. Como assinala Silva (2005, p. 119), “[...] a democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo e deve ser exercido em proveito do povo.”.

A prestação de contas sobre a origem das doações feitas ao partido para as campanhas de seus candidatos é a concretização do princípio da moralidade, uma vez que busca afastar a influência do poder econômico, o qual desvirtua a igualdade de chances na disputa eleitoral e os interesses reais da sociedade – a que o governo deve observância – e expõe, finalmente, os “financiadores da democracia”.

A consagração do princípio da transparência contribui com o princípio da moralidade e vice-versa; ambos princípios constitucionais fortalecem o cenário democrático e a decência política. Como afirma Bobbio (2015, p. 59), “[...] o manter em segredo um propósito e mantê-lo assim por não se poder apresentá-lo em público, é por si só a prova de fogo de sua imoralidade.”.

4 CONCLUSÃO

A edição de lei que permite a ocultação de informações nas transferências de doações feitas aos partidos políticos para seus candidatos – principalmente em um momento que se busca uma reforma eleitoral que vise o combate à corrupção e a evolução do processo eleitoral como um processo transparente, moral e democrático – é um sinal de que existem problemas com a representação política da sociedade. Certamente, interesses escusos se encontram sob a justificativa de “celeridade e simplificação” no processo de fiscalização da Justiça Eleitoral.

A seriedade de algumas instituições que prestam serviço à sociedade brasileira, como a Ordem dos Advogados do Brasil, juntamente com o trabalho dos magistrados que, precipuamente, têm o dever de garantir a supremacia da Constituição, legitima a judicialização das questões políticas quando visam resguardar a probidade dentro do processo eleitoral brasileiro.

Obviamente, os debates sobre o processo eleitoral continuam ocorrendo essencialmente no Congresso Nacional, órgão vocacionado a esta matéria. Porém,

para o aperfeiçoamento da democracia, cabe ao STF salvaguardar os pressupostos democráticos que devem nortear a função legiferante, com realce para a consagração dos princípios da transparência e da moralidade. Este é o ponto de contato entre a política e o Direito.

Inclusive, o Poder Judiciário tem se revelado importante protagonista no combate à corrupção, especialmente nos últimos anos, com os escândalos envolvendo recursos ilícitos que financiaram os candidatos das últimas eleições.

Possivelmente, o alto custo das campanhas eleitorais é uma das razões que justifica a falta de interesse na transparência relativa às origens das doações dos partidos políticos para os candidatos. Contudo, não é possível confiar na decência dos políticos em agir com independência e honestidade diante da “falta de identificação pública de patrocinadores”. A moralidade é estimulada pela transparência.

Como bem assinala Santos (2013, p. 52, grifo nosso),

A promiscuidade crescente entre o poder político e poder econômico, a hipertrofia das funções de acumulação do Estado em detrimento das funções de confiança e hegemonia, as condicionantes impostas por agências financeiras internacionais, o papel preponderante das empresas multifuncionais na economia mundial, a concentração da riqueza, tudo isso tem contribuído para reorganizar o Estado, diluindo a sua soberania, submetendo-o à crescente influência dos poderosos atores econômicos nacionais e internacionais, fazendo com que mandatos democráticos sejam subvertidos por mandatos de interesses minoritários mais muito poderosos.

A transparência de informações das doações feitas aos partidos políticos para o financiamento de seus candidatos, é uma arma essencial contra a promiscuidade do dinheiro, da política e da democracia. Tornar pública a origem das doações de campanhas de candidatos é realizar o Estado democrático, é dar condições para a moralidade. A participação dos indivíduos na deliberação pública, principalmente no que tange a escolha de seus representantes, só é possível com o exercício da cidadania pautado pela transparência das informações – que influencia diretamente o voto.

Assim a democracia é fortalecida. Basta uma reflexão sobre o futuro, caso não fosse possível a atuação do Poder Judiciário nas questões políticas deste tipo: a “Minirreforma” estaria fadada ao fracasso, ainda porque além da doação oculta,

seria possível a doação empresarial, que também foi declarada inconstitucional pelo STF⁶.

A democracia não está ameaçada pelo regime de partidos políticos, mas pelo financiamento deles, por esta razão é preciso fortalecer os instrumentos que propiciam uma clareza durante todo o processo eleitoral, para que minorias poderosas não sejam as condutoras de agendas políticas opressoras e desinteressadas nas causas relevantes para a sociedade.

Apenas o voto deve ser coberto pelo manto do segredo, com o intuito de assegurar o cidadão a independência de seu pensar. O segredo somente é justificável quando beneficia a sociedade. A transparência e a moralidade, por outro lado, são o corolário da democracia.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

BOBBIO, Norberto. **Democracia e segredo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 1988.

BRASIL. Lei n^o 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 nov. 1999.

BRASIL. Lei n^o 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal altera a Lei n^o 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n^o 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n^o 8.159, de 8 de janeiro de 1991 e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 18 nov. 2011.

BRASIL. Lei n^o 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis n^{os} 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar

⁶ O acórdão declarou inconstitucional a doação feita por pessoas jurídicas. Mais em (BRASIL, 2011).

a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 29 set. 2015. Edição extra.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4650/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Luiz Fux. **Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**, Brasília, DF, 5 set. 2011.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

FAVOREU, Louis. **As cortes constitucionais**. Tradução de Dunia Marinho Silva. São Paulo: Landy, 2004.

KANT, Immanuel. **A paz perpétua**. Covilhã: Lusosofia, 2008.

PRZEWORKSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard. **Democracy, accountability, and representation**. Cambridge Studies in the theory of democracy; Cambridge University Press, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUI, Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. São Paulo: Cortez, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAPÍTULO 4

OS PODERES INSTRUTÓRIOS DO JUIZ PENAL COMO LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO PUNITIVISTA

THE CRIMINAL COURT'S INVESTIGATIVE POWERS AS LEGITIMATION OF THE PUNITIVE DISCOURSE

*Josué Justino do Rio*¹

RESUMO

O artigo tem por objetivo investigar os poderes instrutórios do juiz penal sob a problemática da gestão da prova no processo penal brasileiro, especialmente no que tange ao artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao juiz no curso da instrução processual, de ofício, determinar a produção de prova sobre ponto que considere relevante. Justifica-se a pesquisa na medida em que está a viver tempos em que a espetacularização do processo penal tem resultado em severas críticas por parte dos juristas e acadêmicos, principalmente diante do protagonismo do Ministério Público e do Poder Judiciário, em um momento que as instituições democráticas estão a passar por grandes dificuldades. Destarte, em um Estado que se pauta pela perspectiva de um Processo Penal de viés democrático, a figura do juiz instrutor se mostra incompatível, posto que está em conflito aberto com a garantia constitucional do cidadão de ser julgado por um juiz imparcial, que se mantenha equidistante às partes litigantes.

Palavras-chave: Poderes instrutórios do juiz penal. Garantias constitucionais. Princípio da imparcialidade.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to investigate the criminal court's investigative powers under the problem of the management of evidence in Brazilian criminal proceedings, especially with regard to Article 156 of the Code of Criminal Procedure, which allows the judge in the course of procedural, Determine the production of proof that on what point it considers relevant. The research is justified in that there are times when the spectacularization of the criminal process has resulted in severe criticism from jurists

¹ Doutorando em Educação pela UFSCar/São Carlos. E-mail: josue_rio.direito@hotmail.com.

and academics, especially in view of the role played by the Public Ministry and the Judiciary, at a time when Democratic institutions are experiencing great difficulties. Thus, in a State that is governed by the perspective of a Criminal Procedure with a democratic bias, the figure of the examining judge is incompatible, since it is in open conflict with the constitutional guarantee of the citizen to be tried by an impartial judge, equidistant to the disputing parties.

Keywords: Powers of the criminal court. Constitutional guarantees. Principle of impartiality.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objetivo investigar os poderes instrutórios do juiz penal no que se refere à sistemática da gestão da prova no processo penal brasileiro, que nos últimos tempos criou a figura do “juiz-ator” (ou inquisidor), porquanto permite a produção da prova no curso da instrução – mesmo antes de proferir sentença –, para dirimir dúvida acerca de ponto relevante.

Para tanto, mostra-se necessário examinar o princípio acusatório, que fundamenta toda estrutura do sistema acusatório, especialmente quando se pretende investigar a sistemática do processo penal brasileiro no que se refere à gestão da prova, que possui traços inquisitivos e que não coaduna com a perspectiva de um processo penal de viés democrático.

Em seguida, em razão da envergadura proposta, exigiu-se uma passagem pelo direito processual penal comparado, especialmente em alguns Estados europeus e latino-americanos, visando, com isso, dimensionar ao quão avançada encontra-se a legislação processual penal no que concerne a adoção do sistema acusatório, ou seja, pela equidistância do juiz na gestão da prova.

A problemática dos poderes instrutórios do juiz penal (gestão da prova) face à garantia de o cidadão ser julgado por um juiz imparcial, que não exerça a função substitutiva do órgão acusatório, isto é, que determine a produção de provas, será objeto de estudo na última parte desse trabalho, na medida em que não é possível analisar o sistema acusatório dissociada da garantia da imparcialidade. Nesse prisma, a jurisprudência estrangeira também será trazida a lume, especialmente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

Cuida-se de pesquisa documental – que embora pode ser confundida com a de cunho bibliográfico, por trilhar o mesmo caminho –, pois melhor se adequa à

proposta, tendo em vista que se recorrerá a fontes que vão além do levantamento de material teórico publicado em meios escritos ou digitais, tais como decisões judiciais contidas em repositórios e que exigirão uma análise mais aprofundada.

2 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO COMO FUNDAMENTO DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

A dicotomia entre “sistema inquisitivo” e “sistema acusatório” sempre permeia as discussões quando se propõe a investigar as estruturas do processo penal, especialmente face à sociedade e as instituições que as legitima. Entretanto, a abordagem, nesse artigo, será restrita ao segundo, isto é, ao “sistema acusatório”, fundado no princípio acusatório. Nessa esteira, tem-se que o sistema inquisitivo é regido pelo princípio inquisitivo enquanto o sistema acusatório pelo princípio dispositivo ou acusatório (COUTINHO, 1998).

O sistema inquisitivo, conquanto não seja o objeto principal do estudo, tem como característica fundamental a gestão da prova, na medida em que é confiada, substancialmente, nas mãos do juiz, conferindo-lhe os poderes necessários na busca da verdade dos fatos penalmente relevantes para o deslinde do processo, até mesmo de fatos não ventilados pela acusação. Portanto, tem-se que em todo sistema inquisitivo o juiz “[...] procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos da defesa.” (FERRAJOLI, 2006, p 520). Segundo Coutinho (2015, grifo nosso):

O sistema inquisitório tem raízes na velha Roma, mormente no período da decadência, e alguns traços em outras legislações antigas. Nasce, porém, na forma como estudamos hoje, no seio da Igreja Católica, como uma resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de “doutrinas heréticas”. Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo da sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (o que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos – mantém-se hígido.

O sistema acusatório, por outro lado, de concepção processual penal moderna, cujos fundamentos podem ser compreendidos com as novas ideologias advindas com a Revolução Francesa, que fincou seus postulados da valorização do homem em detrimento da crueldade provocada pelo sistema inquisitorial. O sistema

acusatório moderno visa assegurar às partes a imparcialidade do juiz, assim como sua tranquilidade psicológica, pois garante “[...] o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.” (LOPES JUNIOR, 2015, p. 140). Na lição de Coutinho (1998, p. 166), no sistema acusatório, “[...] o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica”, contudo, segundo o processualista, a gestão da prova está nas mãos das partes, “[...] o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto (o que os ingleses chamam de *judge made law*).”.

A propósito, Ferrajoli (2006, p. 518-519) procura distinguir os sistemas inquisitivo e acusatório a partir das diferenças identificadas nos planos teórico e histórico, que, na sua concepção, não são necessariamente coincidentes ou conexas:

[...] É necessário precisar que as diferenças identificáveis no plano teórico não coincidem necessariamente com aquelas verificáveis no plano histórico, não sendo sempre logicamente conexas entre si. Por exemplo, se fazem parte tanto do modelo teórico como da tradição histórica do processo acusatório a separação rígida entre o juiz e acusação, a paridade entre acusação e defesa, e a publicidade e a oralidade do julgamento, o mesmo não se pode dizer de outros elementos que, pertencendo historicamente também à tradição do processo acusatório, não são logicamente essenciais ao seu modelo teórico: como a discricionariedade da ação penal, a elegibilidade do juiz, a sujeição dos órgãos da acusação ao Poder Executivo, a exclusão da motivação dos julgamentos do jurado dentre outros. Por outro lado, se são tipicamente próprios do sistema inquisitório a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução, não são institutos que nasceram exclusivamente no seio da tradição inquisitória, como a obrigatoriedade e a irrevogabilidade da ação penal, o caráter público dos órgãos de acusação, a pluralidade dos graus de jurisdição e a obrigação do juiz de motivar as suas decisões. Essa assimetria foi fonte de confusões múltiplas, pois frequentemente mantiveram-se como essenciais a um ou a outro modelo teórico elementos de fato pertencentes às suas respectivas tradições históricas, mas logicamente não necessários a nenhum dos dois ou com eles incompatíveis.

Coutinho (1998, p. 165) sublinha que a diferença entre os dois sistemas de Direito Processual Penal decorre dos princípios unificadores – inquisitivo e dispositivo –, cujos fundamentos são delineados pelo critério da gestão da prova e pautado na lógica de que o “processo tem por finalidade, entre outras, a

reconstrução de um fato pretérito crime, através da instrução probatória, a forma pela qual se realiza a instrução identifica o princípio unificador”.

Modernamente, o sistema acusatório caracteriza-se pela: a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) iniciativa probatória deve ser das partes; c) manutenção do juiz como um terceiro nitidamente imparcial; d) igualdade de tratamento às partes, no sentido de igualdade de oportunidades no decorrer do processo; e) o procedimento, em regra, é oral; f) publicidade plena de todo o procedimento, ou pelo menos na maior parte; g) contraditório e possibilidade de resistência; h) ausência de tarifa probatória; i) instituição da coisa julgada; j) possibilidade de impugnação das decisões e acesso ao duplo grau de jurisdição (LOPES JUNIOR, 2015, p. 139). Dessa feita,

[...] é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz (LOPES JUNIOR, 2015, p. 153).

Para Picó i Junoy (2015, p. 112-113) “[...] o princípio acusatório se converteu no princípio fundamental do moderno método procedimento criminal [...]”, na medida em que esse princípio tem por objetivo assegurar a imparcialidade do juiz, tendo como base o adágio *ne proced iudex ex officio*, que pressupõe a ideia de que inexistente processo sem acusação. O autor pontua que as características basilares desse princípio podem ser encontradas na jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol: a) superação de funções entre juiz instrutor e juiz decisor; b) impossibilidade de celebrar o juízo oral sem que exista acusação; c) correlação entre acusação e sentença; proibição de *reformatio in peius*.

Nessa perspectiva, pode-se depreender que o processo penal é o termômetro para se constatar o nível de amadurecimento da democracia em um Estado, isto é, na medida em que o Estado diz a quem cabe a gestão da prova, delimita qual a dimensão do seu poder durante a persecução penal. Streck (2015, p. 46) vai além, afirma que “[...] no fundo, é possível dizer que o sistema acusatório é uma manifestação da recepção do paradigma que proporcionou a grande revolução no campo da filosofia: o *giro ontológico-linguístico*.”. Na assertiva do autor, com o *giro ontológico-linguístico*, segundo o qual os sentidos se dão pela intersubjetividade que

ocorre na linguagem, e não pela consciência do sujeito, se no sistema acusatório colocar o “livre convencimento”, retornar-se-á à inquisição.

3 O PRINCÍPIO ACUSATÓRIO NOS CÓDIGOS PROCESSUAIS PENAIS ATUAIS

Modernamente, o princípio acusatório norteia o procedimento criminal contemporâneo na maioria dos Estados democráticos europeus e latino-americanos. Na Alemanha, é nítida a separação entre os órgãos acusador e julgador, assim como na Itália, que se caracteriza pela “[...] equidistância formal do juiz com a acusação e a defesa, e a igualdade de armas entre acusação e defesa.” (PICÓ I JUNOY, 2015, p. 114).

No processo penal inglês e estadunidense o juiz possui uma atuação passiva na gestão da prova, porquanto no sistema da *common law* a função do magistrado não é dizer o direito, mas de conduzir o processo para que a questão de fato seja decidida pelo corpo de jurados. O papel do juiz é o de intermediário entre as partes litigantes e o júri (a quem cabe o protagonismo decisório), eis porque não se interessa pela busca da verdade e deixa às partes, em igualdade de armas, a produção de provas e apresentação de argumentos direcionados ao convencimento dos jurados. Dessa feita, o processo se desenvolve de forma oral, mediante “[...] o exame cruzado da prova (*cross examination*), exclusivamente pelas partes, cabendo ao juiz, somente, a incumbência de velar pela lealdade dos debates.” (BASTOS, 2010, p. 145-146). No processo penal italiano, como bem observa Bastos (2010), a reforma de 1988 aboliu o denominado Juizado de Instrução (Código Rocco) e adotou um sistema processual de viés acusatório, com explícita separação das funções julgadora e acusatória, e, no que se refere à gestão da prova, a iniciativa cabe às partes, mas com possibilidade de o juiz, de modo suplementar, produzir a prova, na busca da verdade. No entanto, a modificação do sistema inquisitivo então vigente, não se efetivou por meio de um retorno ao sistema acusatório puro, mas mediante a “[...] construção de um sistema acusatório moderno, típico da família romano-germânica, onde se preservou a iniciativa probatória do juiz, com o quê manteve o compromisso de descoberta da verdade.” (BASTOS, 2010, p. 160).

Os poderes de iniciativa do juiz em matéria de prova variam conforme a etapa do processo penal italiano. Na fase das *indagini preliminar*, que é fase de investigação preliminar, o juiz responsável por apreciar o pedido de arquivamento ou o ajuizamento da ação penal por parte do Ministério Público (*richiesta de invio a giudizio*) pode determinar novas investigações, caso não concorde com o

arquivamento, ou, no curso da *udienza preliminare* (audiência preliminar, presidida pelo juiz, com a participação do Ministério Público, acusado, defensor, vítima ou seu representante legal, se houver), normalmente realizada após a conclusão da *indagine preliminar* com o objetivo de avaliar a admissibilidade da acusação e, recebendo-a, inaugurar a etapa do *giudice del giudizio*, formando os *fasciolo per il dibattimento* (o processo propriamente dito, na cultura processual brasileira), pode, caso não se sinta apto a decidir pela remessa à fase de *giudizio*, indicar às partes novos temas sobre os quais é importante obter novas informações com vistas a formar a sua convicção quanto ao envio ou não envio para a fase de julgamento propriamente dita, que significa dizer que o juiz, neste caso, mostra às partes novas fontes de prova que devem explorar para formar seu convencimento. Enviada a acusação a júízo (recebida a acusação, no paradigma brasileiro), é de imediato marcada a *udienza dibattimentale*, passando ao *fasciolo per il dibattimento* a ser presidido por um outro juiz, diverso daquele que presidiu a audiência preliminar e que, portanto, não teve contato com as provas até então produzidas. Na fase de *giudizio*, serão produzidas as provas com as quais o juiz irá julgar o processo, sendo certo que, neste momento, seus poderes em matéria de iniciativa probatória são ainda mais amplos, porque pode, após exaurido o debate e a atividade probatória das partes, que virá sempre em primeiro lugar, determinar, de ofício, a produção de novos meios de prova quando absolutamente necessários, assim entendidos em virtude de dúvida deixada pela atuação das partes, por conta de uma instrução não exauriente, temas não suficientemente explorados, defesa tardia ou deficiente, ou mesmo por omissão da acusação na fase dos debates (BASTOS, 2010, p. 161, grifo do autor).

Em Portugal, rege o princípio acusatório, tanto que o texto constitucional prescreve a sistemática acusatória no seu artigo 32.5, dispondo que: “O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório” (PORTUGAL, 1974). No entanto, afigura-se importante salientar que o art. 340 do Código de Processo Penal português conduz no sentido de que o juiz pode produzir a prova, de ofício, *in verbis*:

1 - O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2 - Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da acta.

3 - Sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo 328.º, os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respectivo meio forem legalmente inadmissíveis.

4 - Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que:

a) As provas requeridas já podiam ter sido juntas ou arroladas com a

acusação ou a contestação, exceto se o tribunal entender que são indispensáveis à descoberta da verdade e boa decisão da causa;

b) As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas;

c) O meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou

d) O requerimento tem finalidade meramente dilatória (PORTUGAL, 1987).

Na Holanda, há uma peculiaridade, qual seja, a de que o Ministério Público decide se procede judicialmente contra uma pessoa, restando ao juiz decidir apenas sobre os fatos como são apresentados pelo Ministério Público (PICÓ I JUNOY, 2015, p. 115).

Nos países latino-americanos, também pode-se encontrar o princípio acusatório, como acontece na Colômbia, em que o Novo Código de Procedimento Penal (2004), deixa nítida a distinção entre as funções da acusação e do julgador, que está limitado pelos fatos narrados pela acusação, tanto que o seu art. 361, de forma taxativa, afirma que: “En ningún caso el juez podrá decretar la práctica de pruebas de oficio” (COLÔMBIA, 2004). Entretanto, a Corte Constitucional da Colômbia, ao analisar a constitucionalidade citado dispositivo, firmou posicionamento de que a proibição ali contida *não é absoluta*, tanto que o juiz, no exercício do controle das garantias, pode decretar a prova de ofício nas hipóteses em que seja indispensável para garantir a eficácia dos direitos objeto de controle judicial.

Prohibición de decretar pruebas de oficio. Los demandantes consideran que la norma acusada vulnera el preámbulo y los artículos 2, 4, 228 y 229 de la Constitución Política. Existencia de cargos de inconstitucionalidad y fallo de fondo. Verdad y justicia en el proceso penal. Búsqueda de la verdad como valor, principio y derecho constitucional. La búsqueda de la verdad en el proceso penal no es solo una norma informadora del ordenamiento jurídico como garantía de justicia para el sindicado o para la sociedad sino también un instrumento de protección a la víctima y de eficacia de derechos con especial relevancia constitucional. Límites constitucionales en la búsqueda de la verdad en el proceso penal. Diseño sustancial y procesal en el sistema penal acusatorio para buscar la verdad y defender los derechos en el proceso penal. Neutralidad probatoria como método de concreción de la imparcialidad del juez. Igualdad de armas en el proceso penal. La prohibición contenida en el artículo 361 del Código de Procedimiento Penal no es absoluta en tanto que los jueces de control de garantías si pueden decretar y aplicar pruebas de oficio en casos en los que sea indispensable para garantizar la eficacia de los derechos que son objeto de control judicial. La prohibición contenida en la norma demandada solo se aplica en las audiencias preparatoria y de juicio (COLÔMBIA, 2007).

O Código Processual Penal peruano de 2007, também se pautou pela separação entre as funções instrutórias realizadas pelo Ministério Público, de controle da investigação, pelo *juiz de investigación preparatoria*, e decisórias, pelo *juiz penal*. Some-se, ainda, a correlação entre a acusação e a sentença, bem como a proibição de *reformatio in peius* (PICÓ I JUNOY, 2015, p. 115). Todavia, a instrução probatória pelo juiz de ofício, em situações excepcionais, é admissível:

Artículo 385. Otros medios de prueba y prueba de oficio.

1. Si para conocer los hechos, siempre que sea posible, que no se halla realizado dicha diligencia en la investigación preparatoria o ésta resultara manifiestamente insuficiente, el Juez Penal, de oficio o a pedido de parte, previo debate de los intervinientes, ordenará la realización de una inspección o de una reconstrucción, disponiendo las medidas necesarias para llevarlas a cabo.

2. El Juez Penal, excepcionalmente, una vez culminada la recepción de las pruebas, podrá disponer, de oficio o a pedido de parte, la actuación de nuevos medios probatorios si en el curso del debate resultasen indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad. El Juez Penal cuidará de no reemplazar por este medio la actuación propia de las partes.

3. La resolución que se emita en ambos supuestos no es recurrible (PERU, 2004, p. 146).

O Código de Processo Penal da Nicarágua (2004, p. 3) aderiu toda a estrutura acusatória, preconizando que “[...] *el ejercicio de la acción penal es distinto del de la función jurisdiccional [...]*”, por conseguinte, “[...] *los jueces no podrán proceder a la investigación, persecución ni acusación de ilícitos penales [...]*”, bem como enfatiza a inadmissibilidade, inclusive, da inspeção judicial de ofício, à luz do que determina o art. 310: “*Si para conocer los hechos se hace necesaria una inspección ocular, a solicitud de las partes, el juez podrá disponerlo así y ordenará las medidas necesarias para llevarla a cabo en presencia del jurado y las partes*” (NICARÁGUA, 2004, p. 84).

Na mesma linha o Novo Código de Processo Penal chileno (CHILE, 2000, p. 82, grifo nosso), que assegura às partes a exclusividade da iniciativa probatória, facultando ao juiz apenas a denominada “prova sobre prova”, a teor do que recomenda o art. 336.II, segundo o qual:

[...] *Si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad.*

Sem embargo, o Código de Processo Penal da Bolívia, mais precisamente o art. 342, também primou pela adoção do sistema acusatório, porquanto indica que “En ningún caso el juez o tribunal podrá incluir hechos no contemplados en alguna de las acusaciones, producir prueba de oficio ni podrá abrir el juicio si no existe, al menos, una acusación” (BOLÍVIA, 1999, p. 72, grifo nosso). Por outro lado, com características inquisitivas, pode-se encontrar o Código de Procedimento Penal Argentino e o Código de Processo Penal pátrio.

Assim, superada a análise da legislação processual penal no direito comparado, passar-se-á a abordagem propriamente dos poderes instrutórios e o reducionismo da imparcialidade do juiz penal, tendo como parâmetro jurisprudência do TEDH.

4 OS PODERES INSTRUTÓRIOS E O REDUCIONISMO DA IMPARCIALIDADE DO JUIZ PENAL

Nessa última parte procurar-se-á abordar os poderes instrutórios do juiz penal na conjuntura brasileira, sobretudo diante de um sistema processual penal, para alguns autores de natureza jurídica mista, mas que em determinadas situações, o inquisitivo tenta se travestir de acusatório.

Essa análise justifica-se na medida em que o art. 156 do Código de Processo Penal, com a reforma promovida pela lei n. 11.690/2008, conquanto estabeleça que a prova incumbe a quem alega, faculta ao juiz penal, de ofício, determinar, no curso da instrução criminal, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

No entanto, essa possibilidade pode trazer consequências negativas ao resultado útil do processo criminal, pois está em rota de colisão com a garantia constitucional do cidadão de ser julgado por um juiz *imparcial*, que se mantenha equidistante às partes. Não há sustentar, pois, a existência de efetivo Estado Democrático de Direito e um sistema acusatório se o juiz penal não se mantém equidistante às partes, isto é, se ele necessita produzir provas.

Ferrajoli (2015, p. 535), com propriedade, adverte que esse distanciamento do juiz aos resultados perseguidos pelas partes no processo penal tem de ser *pessoal* e *institucional*.

É necessário em primeiro lugar que o juiz não tenha interesse *privado* ou *pessoal* na solução da causa: “ninguém pode ser juiz ou árbitro da própria causa”, e portanto – são ainda palavras de Hobbes – “não pode ser juiz a pessoa à qual favoreça a esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra”. Para garantir essa indiferença ou desinteresse pessoal em relação aos interesses em conflito é necessária a possibilidade de recusa do juiz por qualquer das partes interessadas. E essa recusa, se por parte da acusação pública deve ser vinculada aos motivos previstos pela lei, por parte do imputado deve ser, ao contrário, o mais livre possível.

Ainda segundo Ferrajoli (2015, p. 536), é imprescindível para que a imparcialidade seja garantida, que o juiz não tenha, igualmente, qualquer interesse de caráter pessoal *público* ou *institucional* no processo, ou seja, exige-se que “[...] ele não tenha um interesse acusatório, e que por isso não exercite simultaneamente as funções de acusação como inversamente ocorre no rito inquisitório e, ainda que ambigualmente, no misto.”. Portanto, não “[...] basta, todavia, para assegurar a separação entre juiz e acusação, que no processo as funções acusatórias sejam exercidas por um sujeito diverso e distinto do juiz.”.

Dessa forma, quando o juiz extrapola os limites contextual da ação penal – que pode englobar a fase preliminar – e dos valores axiológicos da sociedade projetada sobre os fatos em exame, quando ele traz nos seus sentimentos e preferências pessoais e os projetos sobre o julgamento que em nome do Estado é chamado a fazer, ele está, de certo modo, afastando-se da sua imparcialidade.

Primando pelo respeito ao princípio da imparcialidade, o TEDH no julgamento dos casos *Piersack vs. Bélgica* (01.10.1982)² e *De Cubber vs. Bélgica* (26.10.1984)³ firmou posição de que viola o princípio da imparcialidade, consagrado no art. 6.1 do Convênio para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950), a atuação de juiz instrutor em tribunal sentenciador. Na concepção do TEDH, a imparcialidade se define pela ausência de contaminação decorrente de pré-juízos

² Síntese do caso: *Un ciudadano belga presenta una demanda contra Bélgica por la ausencia de un «tribunal independiente e imparcial establecido por la ley», en el curso del proceso en el que estaba implicado, puesto que el Presidente de la Audiencia que juzga y condena al demandante por un delito de asesinato había formado parte del Ministerio Público en la fase de instrucción de su caso. Se alega la vulneración del derecho a un proceso equitativo, puesto que la imparcialidad del tribunal que resolvía sobre el fondo podía ser sometida a duda.*

³ Síntese do caso: *Uno de los Magistrado del Tribunal Correccional de Audenarde que decidieron, el 29 de junio de 1979, sobre la fundamentación de la acusación dirigida contra el demandante había cumplido antes las funciones de juez de instrucción en los dos casos de que se trataba: desde el principio en uno de ellos, y en el otro, como sustituto temporal y después definitivo de un colega (pfs. 8, 10 y 12 supra). El señor De Cubber deduce de todo esto que su causa no ha sido vista por un «tribunal imparcial», tesis que la Comisión suscribe en sustancia.*

que podem conduzir àquilo que o Tribunal denominou de falta de imparcialidade *subjetiva* ou *objetiva* do julgador.

[...] *Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada, especialmente conforme al artículo 6.1 del Convenio, de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto* (TRIBUNAL EUROPEU DE DERECHOS HUMANOS, 1982, p. 12, grifo nosso).

Com efeito, o TEDH, no caso *Castillo Algar vs. Espanha*, reafirmou a sua posição no que concerne ao respeito à garantia *suprema do princípio da imparcialidade*. Na espécie, o TEDH declarou que houve ofensa ao princípio da imparcialidade o fato de dois magistrados, que participaram do julgamento que negou provimento a recurso interposto pelo peticionário na fase pré-processual, também integraram o colegiado. Segue trecho da decisão, *in verbis*:

[...] 43. *El Tribunal señala que a los efectos del artículo 6.1, la imparcialidad debe apreciarse de acuerdo con una prueba subjetiva, en la que se trata de determinar la convicción personal de un Juez concreto en una ocasión particular, así como de acuerdo con una prueba objetiva, tendente a asegurar que el Juez ofrecía las garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto (véase, entre otras, la Sentencia Incal contra Turquía de 9 de junio de 1998, Repertorio, 1998IV, pág. 1574, apartado 65).*

44. *Con respecto a la prueba subjetiva, el Tribunal recuerda que la imparcialidad personal de un Magistrado se presume salvo prueba en contrario (Sentencia Hauschildt contra Dinamarca de 24 de mayo de 1989 , serie A, núm. 154, pág. 21, apartado 47). No obstante, a pesar de la tesis del demandante de que los señores E. S. G. y R. V. P. albergaban ideas preconcebidas sobre su culpabilidad (apartado 39 supra), el Tribunal no considera que existan elementos que prueben que cualquiera de ellos haya actuado siguiendo perjuicios personales. Por ello, no puede sino presumirse su imparcialidad personal.*

45. *En cuanto a la prueba objetiva, consiste en determinar si, con independencia del comportamiento personal del Juez, existen hechos verificables que permitan cuestionar su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden revestir importancia. Está en juego la confianza que los Tribunales de una sociedad democrática deben inspirar en los justiciables y especialmente en los procesados. Por ello, debe recusarse a todo Juez del que pueda legítimamente sospecharse una falta de imparcialidad. A la hora de pronunciarse sobre la existencia, en un asunto determinado, de una razón legítima para temer la falta de imparcialidad de un Juez, debe considerarse la opinión del acusado aunque ésta no tenga un peso decisivo. El elemento determinante es si los temores del interesado pueden considerarse objetivamente justificados (véase, mutatis*

mutandis, la Sentencia Hauschildt, antes citada, pág. 212, apartado 48).

46. *En este caso, el temor de una falta de imparcialidad se basaba en el hecho de que dos de los miembros del Tribunal sentenciador habían formado parte de la Sala que confirmó el auto de procesamiento (apartados 14-16 supra). Tal situación puede suscitar dudas en el procesado sobre la imparcialidad de los Magistrados. No obstante, la respuesta a la pregunta de si estas dudas pueden considerarse como objetivamente justificadas varía según las circunstancias de la causa. El simple hecho de que un Juez haya tomado decisiones antes del proceso no puede, por tanto, en sí mismo, justificar aprensiones en cuanto a su imparcialidad (Sentencia Hauschildt, antes citada, pág. 213, apartado 50).*

47. *A este respecto, el Tribunal observa que, de acuerdo con el auto de procesamiento dictado por el Juez de Instrucción el 6 de mayo de 1992, había contra el demandante un principio de prueba de que el interesado había participado en un delito contra la Hacienda militar, tipificado en el artículo 189.1 del Código Penal Militar . El demandante apeló dicho auto, reiterando los argumentos que había utilizado en su primer recurso ante el Tribunal Militar Central, pero éste rechazó el recurso de apelación el 7 de julio de 1992 (apartados 13-14 supra) (TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS, 1998, p. 9-10, grifo nosso).*

Por outro lado, ao conceder poderes instrutórios ao juiz, além da influência negativa direta da sua imparcialidade, permite-se a destruição completa das bases do processo penal de viés democrático, cujo resultado é o, “[...] *primato dell’ipotesi sui fatti*, gerador de *quadri mentali paranoide*[...]”, isto é, “[...] se opera um primado (prevalência) das hipóteses sobre os fatos, porque o juiz que vai atrás da prova primeiro decide (definição da hipótese) e depois vai atrás dos fatos (prova) que justificam a decisão (que na verdade já foi tomada).” (LOPES JUNIOR, 2015, p. 164).

Sobre a questão paranóica da estrutura processual penal pátria, que se diga pode ser comparada a uma busca desenfreada pela punição a qualquer custo, sendo o processo penal apenas o instrumento para extirpação do mal do plano terreno, tem resultado em Inquisidores travestidos de Juízes instituídos da Salvação. Por isso, o “*Juiz Inquisidor* guarda características paranóicas por excelência; Vossa Excelência diz a *verdade* projetada desde antes e retira o significante mestre, por esse sujeito que se acredita único [...]”, portanto, “[...] não é mais ele, mas o cumpridor de uma tarefa social importantíssima, tal qual Eichmann, cooptado pelo discurso (nazista) do amor-ao-poder.” (ROSA, 2015, p. 152).

De sorte que a estrutura 'paranóica', no Processo Penal, aparece sutilmente, eis que encoberta por *recursos retóricos ordenados*, tanto na assunção de uma *postura inquisitória na gestão da prova*, quanto na *interpretação* da conduta. Com efeito, nesse movimento de autorrefência, na instrução probatória tudo se refere a ele (Juiz Inquisidor), seja um olhar do acusado, uma palavra ambígua da testemunha, um olhar perdido, é tido como algo que *não aconteceu por acaso* e refere-se a ele, e aí... e aí...condena-se, manejando-se recursos retóricos. Afinal, o Juiz agindo por mandato do *Outro*, possui o poder formal e dizer a *verdade* no caso em julgamento. Mesmo que seja um 'neurótico', 'obsessivo', 'esquizofrênico' no mundo da vida extrajurídica (se é que é possível), pelo menos nesses dois momentos pode assumir uma postura *paranóica*, agravada se partidário de movimentos de recrudescimento da repressão, como 'tolerância zero', 'Lei e Ordem' (ROSA, 2015, p. 154).

Em que pese os Tribunais estrangeiros demonstrarem preocupação com a garantia de o indivíduo ser julgado por um juiz imparcial e limitar a gestão da prova por parte do juiz, de modo a evitar que se determine a busca da prova de ofício, fazendo o papel de investigador, em substituição ao órgão acusatório, a jurisprudência pátria, sobretudo a do Supremo Tribunal Federal, admite a produção de prova pelo juiz penal, como constata-se do RHC 88320-PI:

[...] O artigo 7º do CPP confere à autoridade policial a faculdade de proceder à reconstituição do crime ou reprodução simulada dos fatos. Nada impede que o juiz, no exercício dos poderes instrutórios, a determine se achar relevante para dirimir dúvidas (BRASIL, 2006).

De mais a mais, se o princípio da imparcialidade tem de funcionar como um objetivo a ser alçado pelo juiz na sua atividade jurisdicional, tanto que procura instrumentos para que essa garantia seja efetivada, a possibilidade de o juiz poder, ainda que de ofício, determinar a realização de diligência, ainda que não requerida por qualquer das partes, fere de morte a sua imparcialidade, travestindo o "sistema acusatório" em "sistema inquisitório".

5 CONCLUSÃO

A longo do estudo constatou-se que o moderno processo penal é incompatível com o discurso autoritário do "mito da verdade real", de cunho inquisitivo, pois, ao argumento de se desvendar a "verdade", praticou-se as maiores atrocidades, por meio de sistemas políticos autoritários e a criação do juiz-ator (inquisidor), em descompasso com o Estado Democrático de Direito.

No caso brasileiro, por constituir inconstitucionalidade, a continuar se admitindo que o juiz penal tenha poderes instrutórios quando se tem um órgão

acusatório com a envergadura do Ministério Público, uma instituição autônoma institucional e financeiramente, estar-se-á a reduzir o processo penal a um conjunto de atos *meramente simbólico*, e não como instrumento de garantias contra o arbítrio do Estado-Juiz, com o cidadão tolhido do direito de ser julgado por juiz imparcial. E mais, sob o discurso autoritário da “salvação da sociedade” aos poucos ao inquisitorialismo está se reconstruindo, e contemporaneamente, sob a óptica da banalização punitivista.

Ademais, para finalizar, em um modelo processual penal no qual o juiz necessita sair atrás da prova não coaduna com o sistema acusatório e um processo penal democrático, mas denota uma espécie de heroísmo representativo da luta contra o mal. A questão, porém, é que o juiz que determina a produção de prova de ofício não presume que o acusado seja inocente, em razão da falácia do *in dubio pro societa*, que ainda encontra-se enraizada no subconsciente dos juízes, e que justifica a natureza inquisitiva do sistema processual penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Marcelo Lessa. **Processo penal e gestão da prova**: a questão da iniciativa instrutória do juiz em face do sistema acusatório e da natureza da ação penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOLÍVIA. **Código de Procedimiento Penal**. 2011. Disponível em: <http://www.cicad.oas.org/fortalecimiento_institucional/legislations/PDF/BO/codigo_procedimiento_penal.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RHC 88320. Relator: Ministro Eros Grau. Segunda Turma. Brasília, DF, 25 abr. 2005.

CHILE. Ley 19696, del 29 del septiembre del 2000. Establece código procesal penal. **Diario Oficial**, Santiago, 12 oct. 2000. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

COLÔMBIA. Ley nº 906, de 2004. Código de Procedimiento Penal. **Diario Oficial**, 1 set. 2004. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=14787>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

_____. Sentencia C-396/07. **Corte Constitucional da Colômbia**. 23 maio 2007. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-396-07.htm>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFR**, Curitiba, ano 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. **Empório do direito**, 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ITÁLIA. Decreto nº 447, del 22 del settembre del 1988. La giurisdizione penale e' esercitata dai giudici previsti dalle leggi di ordinamento giudiziario secondo le norme di questo codice. **Gazzetta Ufficiale**, 24 out. 1988. Disponível em: <<http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.del.presidente.della.repubblica:1988-09-22;447>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

NICARÁGUA. Ley nº 406. Código procesal penal de la República de Nicaragua. [2001]. Disponível em: <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/nic/sp_nic-int-text-cpp.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

PERU. Decreto Legislativo nº 957, de 22 de julho de 2004. Nuevo Código Procesal Penal. 29 jul. 2004. Disponível em: <https://iberred.org/sites/default/files/codigo-procesal-penal-peru_0.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2017.

PICÓ I JUNOY, Joan. **O juiz e a prova**: estudo da errônea recepção do brocardo *iudex judicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam* e a sua repercussão atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

PORTUGAL. Constituição (1974). **Constituição da República Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/legislacao/documents/constpt2005.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Decreto-lei nº 78, de 17 de fevereiro de 1987. Revoga o Decreto-Lei nº 16489, de 15 de fevereiro de 1929. **Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa**, 1987. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=199&nversao=&tabela=leis>. Acesso em: 16 jun. 2017.

ROSA, Alexandre Morais da. Decisão penal e democracia: repensando a partir do garantismo. **R. EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67 p. 142-163, jan./fev. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: as garantias processuais penais? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. Caso Castillo Algar contra Espanha. Sentença 28194/95. 1997. Disponível em: <

_____. Caso Piersack [TEDH-43]. Sentença 8692/79. 1982. Disponível em:
<

CAPÍTULO 5

A DIVERGÊNCIA DAS VISÕES DE PAÍSES LATINO-AMERICANOS QUANTO AO NOVO GOVERNO BRASILEIRO: À LUZ DA TEORIA DO ESTADO E DO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

THE DIVERGENCE AMONG THE VIEWS OF LATIN AMERICAN COUNTRIES ABOUT THE NEW BRAZILIAN GOVERNMENT: in the light of theory of state and public international law

Patrícia de Oliveira Assumpção Bertuol¹

RESUMO

As reações de alguns Estados latino-americanos, em especial Venezuela, Bolívia e Equador quanto ao impedimento da ex-presidente e ao novo governo brasileiro serão analisadas no presente artigo à luz da Teoria do Estado, do Direito Constitucional e Internacional Público, ante a necessidade de formular uma tese jurídica capaz de explicar o fenômeno da não aceitação de um Estado por seus pares e sua implicação na ordem internacional. Parte-se, da exposição cronológica dos fatos e do embasamento das teses que prevaleceram culminando na condenação por crime de responsabilidade e impedimento da ex-governante. Nesse sentido, o artigo objetiva compreender as divergências do regime político democrático brasileiro em relação ao dos países latino-americanos citados, fundamentando-se nas bases histórico-teóricas dos regimes políticos adotados por tais países, que buscam justificar suas posturas internacionalmente assumidas. A metodologia utilizada foi a hipotético-dedutiva e o método jurídico argumentativo-dialético indutivo, que contemplou análises desde textos clássicos até recentes decisões jurisprudenciais. Conclui-se que o regime político de um Estado regularmente posto, não deve ser avaliado, aceito ou não por seus pares, se ausente qualquer quebra de dever internacional, simplesmente por terem bases ideológicas diversas. Evidencia-se assim, por meio de uma nova abordagem, quais seriam as posturas coerentes com a moderna concepção do Direito Internacional

¹ Advogada pós-graduada em Direito Constitucional, Penal e Processual Penal. Mestranda da Universidade Estadual Paulista – Unesp - Políticas Públicas Educacionais.

passíveis de serem adotadas pelos Estados frente ao novo governo brasileiro na ordem internacional, apesar das divergências (típicas do *uis gentius*).

Palavras-chave: Teoria do Estado. Países latino-americanos. *Impeachment*.

ABSTRACT

The reactions of some Latin American Countries, especially Venezuela, Bolivia and Ecuador in regard to the impeachment of the former president and about the new government will be analyzed in this article, under the light of the Theory of the State, Brazilian Constitutional Law and International Public Law, facing the need to formulate a legal argument capable of explaining the phenomenon of non-acceptance of a State by their peers and its implications in the intentional order. It starts from a chronological summary of the facts and based on the arguments that prevailed culminating in conviction for a crime of responsibility and the impeachment. In this sense, it objectively consider the differences from the Brazilian democratic political regime in relation to the said Latin American countries, by basing on the historical and theoretical foundations of political regimes adopted by such countries that look for justification for their internationally assumed positions, to so understand them. The methodology used was the hypothetical-deductive and inductive argumentative legal dialectical method, which included analysis from classical texts to recent court decisions. We conclude that the political system of a State Legally post, should not be evaluated, accepted or not by their peers, absent any international duty break, simply because they have different ideological bases. Evidencing so, through a new approach, what attitudes would be consistent with the modern conception of International Law that may be adopted by States against the Brazilian new government in the international order, despite their differences (typical in *uis gentius*).

Keywords: Theory of State. Latin American countries. *Impeachment*.

1 INTRODUÇÃO

Sob a égide de sua Constituição promulgada em 1988 que “ [...] coroou o processo político de transição de um Estado de exceção, violento e autoritário, para um novo regime, cuja proposta é a de ser democrático e inclusivo.” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2016, p. 29), o Brasil enfrentou pela segunda vez um processo de impedimento de um presidente da república popularmente eleito.

Este último processo de *impeachment* gerou enormes controvérsias políticas e jurídicas no país, exigindo a manifestação tanto do poder legislativo quanto do poder judiciário, num controle típico dos “*checks and balances*”, colocando em prática o princípio da separação dos poderes que no entender de Inocêncio Mártires Coelho “[...] adquiriu o *status* de uma forma que virou substância no curso de construção e aprimoramento do Estado de Direito.” (COELHO; MENDES, 2010, p. 219). Uma discussão que ultrapassou os limites territoriais do país. Teve reflexo na ordem internacional, com posicionamentos dos mais divergentes, embasados na maioria das vezes em suas próprias acepções e ideologias de governo e regime político.

Para analisar o problema (caso), foi utilizado o método hipotético-dedutivo de Popper (1975) e testada uma solução baseada na argumentação dialético-indutiva (LAKATOS; MARCONI, 2003).

O presente trabalho buscou analisar os posicionamentos divergentes de países latino-americanos quanto ao novo governo brasileiro (governo pós-impeachment) à luz da Teoria do Estado, do Direito Constitucional e Internacional Público, com um referencial amplamente utilizado em estudos de internacionalistas, em análises de problema típico do direito das gentes (RANGEL, 1981). Buscou, também, explicar como o regime político democrático brasileiro é diverso dos países latino-americanos alguns dos quais que têm se mostrado contrários ao impedimento da ex-presidente e ao atual governo brasileiro, comandado pelo Presidente Temer.

Considerando que o tema sob análise, de ordem interna do Estado brasileiro, passou a ser interesse não só do Direito Constitucional, mas do Direito Internacional, imperiosa se faz uma breve exposição cronológica dos acontecimentos (GARCIA, 2016):

- 02 de dezembro de 2015 - O então presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, autoriza a abertura do processo de impedimento da Presidente Dilma Rousseff, mesma data em que o Partido dos Trabalhadores (PT), partido da então Presidente da República vota pela continuidade do processo de cassação do referido presidente da Câmara;

- 18 de dezembro de 2015 - Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) aprova, por unanimidade, rito a ser seguido no julgamento do *impeachment*;

- 17 de abril de 2016 - Plenário da Câmara aprova, por 367 votos favoráveis e 137 contrários, prosseguimento do processo de *impeachment*, que é encaminhado ao Senado;

- 12 de maio de 2016 - Em uma sessão de mais de 20 horas, o Plenário do Senado aprova, por 55 a 22, a abertura do processo de *impeachment*. Dilma Rousseff é afastada da função por até 180 dias e o vice-presidente Michel Temer assume seu lugar, ainda interinamente;

- 4 de agosto de 2016 - Após a requisição de documentos, produção de perícia e depoimentos de 45 testemunhas, a comissão especial do *impeachment* do Senado decidiu, ao aprovar Relatório favorável ao impedimento do Senador Anastasia por 14 votos a 5, que Dilma deveria ser levada a julgamento. A fase, chamada de “pronúncia”, também vai à votação pelo Plenário;

- 10 de agosto de 2016 - Plenário do Senado decide, por 59 votos a 21, que a denúncia é procedente e a ex-presidente deve ser julgada por crimes de responsabilidade. É aprovado o Relatório da Comissão Especial, e concluída a fase de “pronúncia”;

- 25 a 27 de agosto de 2016 - Senado começa julgamento do *impeachment* de Dilma com o depoimento de testemunhas;

- 30 de agosto de 2016 - Acusação e defesa fazem últimas manifestações no processo de *impeachment* e senadores decidem pelo afastamento de Dilma Rousseff, em uma votação bipartida que mantém os direitos políticos da ex-presidente da República;

- 20 de setembro de 2016 – Na Assembleia Geral da ONU, durante discurso do Presidente da República do Brasil delegações do Equador, Venezuela, Costa Rica e Nicarágua abandonam o Evento enquanto representantes da Bolívia e Cuba nem mesmo entram no recinto (JORNAL DO BRASIL, 2016);

- 1º semestre de 2017– Diversos escândalos de corrupção vêm à tona em relação ao governo Temer, com mais manifestações de governantes internacionais sobre sua ilegitimidade.

2 GOLPE DE ESTADO OU PROCESSO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO

Ao longo dos quase nove meses de duração do processo de impedimento, as opiniões no âmbito interno e internacional foram se formando, muitas vezes de maneira acalorada, com a então Presidente da República, na posição de Chefe de

Estado, veiculando informações que era vítima de um Golpe de Estado. Um posicionamento contestado por teóricos do Direito e da Sociologia.

Bonavides (2000), afirma que o golpe de Estado não se confunde com os conceitos de revolução, guerra civil e conjuração, em que pese as afinidades, significando simplesmente a tomada de poder por meios ilegais. Para o Autor, são características do golpe de Estado: a surpresa, a subaneidade, a violência, a frieza do cálculo, a premeditação e a ilegitimidade “Faz-as sempre a expensas da Constituição e se apresenta qual uma técnica específica de apoderar-se do governo, independente das causas e dos fins políticos que a motivam”. Desta forma, é possível afirmar que o golpe de Estado tem um caráter pessoal, egoístico. É o interesse de uma pessoa ou de um pequeno grupo, que, através de uma manobra política ou da força (ou ambos), às margens da legalidade e da constitucionalidade, assume a posição de Chefe de Governo, puxando para si, em determinado momento, as atribuições do Poder Legislativo e do Judiciário a fim de legalizar o seu ato. Para Jehring (2008), um movimento bem-sucedido se chamava revolução, o malsucedido se denominaria, porém, rebelião ou insurreição.

Uma estreita relação entre estado de exceção, golpe de estado e a soberania estatal foi estabelecida também, há muito, por Schmitt (1996) em seu livro *Politisch Theologie*. A conceituação jurídica sobre golpe de estado e estados de exceção se transforma ao longo do tempo, não sendo consenso entre os doutrinadores, como afirma o próprio Bobbio (2008, p. 545):

O significado da expressão Golpe de Estado mudou no tempo. [...] Apenas um elemento se manteve invariável, apresentando-se como o traço de união (*trait d'union*) entre essas diversas configurações: o Golpe de Estado é um ato realizado por órgãos do próprio Estado.

A divergência não é só conceitual, mas quanto às características e à aceitação do golpe de Estado seguem no âmbito da Sociologia Política. Críticos como o cientista político americano Rapoport afirmam: “Típico dos “sistemas monocráticos instáveis”, [...] golpe de Estado no século XX é a técnica política predileta de tomada do poder que mais se emprega nos países subdesenvolvidos ou em fase de desenvolvimento.” (RAPOPORT, 2010, p. 74). Para Bobbio (2008, p. 246), estados de exceção e golpe de Estado ocorrem à margem da legalidade, à margem da constitucionalidade, há uma assunção de poderes (legislativo e judiciário pelo executivo). Elementos que levam a sustentar, com endosso de juristas e ministros do STF, que a transição recente de poder ocorrido no Brasil, não se tratou

de um golpe de Estado, apesar de todas as declarações, com intuito de defesa, apresentadas no exterior pela ex-presidente. Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), Carmen Lúcia e Dias Toffoli, ponderaram que se, no *impeachment*, a Constituição for respeitada não há que se falar em golpe.

Ao longo de todo o processo, muitos juristas de renome se manifestaram afirmando que as condutas da ex-presidente não se tratavam de crime de responsabilidade. Mas por ser tal tema alheio aos objetivos do presente trabalho, este se atém ao resultado final do processo, sem adentrar ao mérito de um processo de cunho jurídico-político. Cunho este, muitas vezes, estreito entre o Direito e a política, como afirma Mendonça (2009).

Consoante todas as previsões constitucionais (artigos 85 e 86) e legais (Lei n.º 1.079, de 10/04/1950), conclui-se que o ordenamento interno prevê de forma clara a possibilidade de condenação de um Presidente da República, caso não ocorra às margens da Constituição e da legalidade. Imperioso ressaltar ainda, que além da observância dos preceitos legais, esse processo de *impeachment* teve a propositura, por um partido político da base aliada da ex-governante (Partido Comunista do Brasil - PCdoB), de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 378, submetida à Corte Suprema que, acionada, fixou parâmetros para a lisura e legitimidade do processo.

Ainda assim, tanto ao longo do processo quanto após, alguns veículos de imprensa internacional colocaram em xeque a democracia brasileira, sob argumento de ter sido desrespeitado o resultado de uma eleição popular. No entanto, relatos de todo o processo corroboram para demonstrar a legitimidade e a constitucionalidade da ocorrida alternância de governo, em um regime democrático que prevê suas próprias formas constitucionais de exercício e controle, que não se resumem a eleições populares de governantes.

3 MODELO DEMOCRÁTICO ADOTADO PELO BRASIL

A democracia é a soberania titularizada pelo povo, de forma que o governo é organizado pela vontade popular. Trata-se de um processo de convivência social em que o poder emana do povo e há de ser exercido direta ou indiretamente pelo povo, em proveito do povo. Assenta-se em dois princípios fundamentais: soberania popular e participação do povo no poder.

Rousseau (2016, p. 92), em sua clássica obra *Do Contrato Social*, afirma que “Se houvesse um povo de deuses, esse povo se governaria democraticamente. Tão perfeito governo não convém aos homens”. E adverte: “Rigorosamente falando, nunca existiu verdadeira democracia nem jamais existirá”. No entanto, em que pese a idealização da democracia, como forma de governo perfeita, ser talvez inatingível, não se pode ignorar que a democracia é o fundamento do regime político brasileiro, e não sua forma de governo (SILVA, 2004).

A Constituição Brasileira é classificada doutrinariamente como uma constituição democrática ou promulgada, assim definida por Sarlet (2012, p. 66) “[...] são as constituições que resultam, na sua origem, de um processo democrático no que diz respeito a sua elaboração, sendo, portanto, resultado da expressão da vontade popular [...]”.

Nesta acepção, hoje o Brasil vive num Estado Democrático de Direito, importante frisar que não se trata de um regime de Estado de Direito (tipicamente liberal e de submissão ao império da Lei), nem mesmo de um mero Estado Democrático (fundamentado na soberania popular). O Estado de Direito é visto como um conceito liberal, muitas vezes denominado Estado Liberal de Direito, fundado nos valores da submissão ao império da lei, divisão de poderes e nos enunciados de garantias e direitos individuais (SILVA, 2004).

Como contraponto ao Estado de Direito, os movimentos sociais do século XIX evoluíram para um Estado Social de Direito, para que houvesse a afirmação dos direitos sociais e dos objetivos da justiça social (DÍAZ, 1973). Este foi a base do neocapitalismo típico do *Welfare State*. Nestes termos, Bonavides (2001, p. 205) salienta que “[...] o Estado Social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo.”.

Os dois modelos (de Direito e Social), nem sempre caracterizam modelos democráticos, visto que o Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular, com efetiva participação do povo na coisa pública e na formação das instituições.

Estado Democrático de Direito não é uma mera reunião dos dois conceitos, é sim a criação de um conceito novo, fundamento da República é um princípio positivado no *caput* do artigo primeiro da Constituição de 1988, e também em outros dispositivos de aberturas de leis fundamentais como salientado por Coelho (2010, p. 212) – “vg. Espanha, França, Índia, Itália e Portugal – inclusive na recente e

polêmica Constituição da União Européia, artigo I-2º". Nos ideais de Canotilho (1993), o Estado Democrático de Direito é aquele que se pretende aprimorado, na exata medida em que não renega, mas incorpora e supera os modelos liberal e social que, historicamente, o antecederam. Conforme defende Silva (2004), é um tipo de Estado que tende a realizar um processo contraditório do mundo contemporâneo, superando o Estado capitalista para configurar um Estado promotor da justiça social que o personalismo e o monismo político das democracias populares sob o influxo do socialismo real não foram capazes de construir. Não só incapazes de construir, como também incapazes de compreender, pois diversos discursos políticos que sustentavam a ilegitimidade do processo de *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, em que pese a clara redação do artigo primeiro da Constituição de 1988, usaram o termo Estado Democrático ao se referir ao Brasil, termo usado pela maioria das democracias latino-americanas, mas não o concebido pela Constituição Brasileira.

Desta forma, o regime político da democracia adotado pelo Brasil é estranho aos olhos de diversos países, por ser "de Direito", ou seja, à luz da Lei. Logo nem mesmo um governo unanimemente eleito de forma democrática pode se desviar do império da lei, que não é absoluto como no Estado de Direito, mas é o delimitador da soberania democraticamente conferida ao Governante.

Do mesmo modo, as democracias liberais (mais instituídas no liberalismo e império da Lei), com menor cunho social, tais qual a Norte Americana, não têm a mesma dificuldade em assimilar a destituição de um governante eleito, pois a valorização do sistema legal se dá de forma diversa das democracias socialistas.

Como dito, a democracia enquanto fundamento do regime político, não é a forma de governo nem o sistema de governo adotado pelo Brasil, daí surgem ainda mais problemas para a compreensão da complexa estrutura de Estado do Brasil. O Brasil adota a República como forma de governo, que é a definição abstrata de um modo de atribuição de poder (se contrapõe à monarquia), adotando como sistema de governo o Presidencialista, que é apenas um conjunto de normas que estabelecem como será a relação entre o Poder Legislativo e o Executivo.

A República, na classificação de Maquiavel, é o governo da maioria, e se caracteriza por quatro pilares: i) A temporariedade; ii) A eletividade; iii) A responsabilidade dos agentes políticos; e iv) A representatividade popular. Em que pese a extrema importância da Democracia (presente como o pressuposto no item

“iv” que fundamenta a República de Maquiavel), ela não sustenta um Estado Republicano sozinha, assim como este não se sustenta sem ela, resta claro que sem um destes quatro pilares, ou aspectos, propostos por Maquiavel, não há República, se não há República como forma de governo, não se faz necessário um regime político para orientá-la por valores e princípios (tal qual o democrático).

Exposto o modelo político adotado pelo Brasil, imperiosa se faz a compreensão dos modelos adotados pela Venezuela, Bolívia e Equador. Estados que historicamente mantiveram estreitas relações internacionais com o Brasil mas manifestaram-se, publicamente, contrários ao novo governo brasileiro, na figura do presidente Michel Temer, que assumiu a presidência do país após a condenação de Dilma Rousseff por crime de responsabilidade.

4 BASES TEÓRICAS ADOTADAS NA AMÉRICA LATINA

Além de Cuba, a Venezuela que é membro do Mercado Comum do Sul (Mercosul) juntamente com o Brasil; os Estados da Bolívia, do Equador e da Colômbia, que não são membros, mas associados ao Mercosul - sendo todos Estados membros da União de Nações Sul-Americana (UNASUL), signatários de diversos tratados internacionais com o Brasil, se manifestaram publicamente em atitude de rechaço ao novo governo. Logo após a divulgação da condenação da ex-presidente Dilma Rousseff, enquanto países como Argentina e Chile se manifestaram afirmando que respeitam o processo institucional brasileiro, os governos da Venezuela, Bolívia e Equador, países signatários do tratado de comércio - Aliança Bolivariana para os Povos da Nossa América (ALBA), manifestaram-se pela quebra das relações e retirada de seus embaixadores e diplomatas do Brasil (VENEZUELA, 2016). Este último grupo, juntamente com Cuba e Colômbia, manifestou-se publicamente neste sentido durante Assembleia das Nações Unidas realizada em 20 de setembro de 2016.

Cabe, aqui, uma breve descrição do quadro político atual destes países. Inicialmente, os bolivarianos. Venezuela, Bolívia e Equador coadunam de uma ideologia política comum, o bolivarianismo, que provém de Simón Bolívar, um republicanismo cívico-humanista ligado ideologicamente a setores de esquerda. A República Bolivariana da Venezuela, governada por Nicolau Maduro, que assumiu governo, por eleições populares, no ano de 2013, como sucessor de Hugo Chavez, presidente de 1998 até sua morte em 2013, vive intensa crise interna, com centenas

de milhares de venezuelanos realizando protestos constantes, com uma crise econômica gravíssima nos dias atuais. A Bolívia, autodenominada República Democrática, tem como presidente Juan Evo Morales Ayuma (do partido Movimento para o Socialismo), eleito no ano de 2006 por maioria de votos para mandato de quatro anos de duração, no poder até os dias atuais. A autodenominada República Democrática Representativa do Equador é governada por Rafael Correa, que iniciou seu governo em janeiro de 2007, com a chamada “Revolução Cidadã”, promulgou nova constituição em 2008 com previsão de mandato de quatro anos com uma reeleição. Este governante fez manifestações públicas contundentes contra o novo governo brasileiro decorrente do *impeachment*. Assim, percebe-se que Venezuela, Bolívia e Equador não coadunam do modelo do Estado Democrático de Direito, adotado pelo Brasil, e sim de um modelo de democracia radical embasada no populismo.

Em análise sobre o populismo dos países latino-americanos, Collins (2014) em trabalho publicado no periódico *Journal of Latin American Studies*, ressalta que desde a veiculação de artigo polêmico de Castañeda que dividiu a nova América Latina esquerdista em “bons” e “maus” regimes, tendo como “bons” (Brasil, Chile, Uruguai) associados com as políticas social-democratas moderadas, e como os “maus” (Venezuela, Bolívia, Equador) caracterizados como populistas. Uma divisão polêmica que, coincidentemente, se reflete no apoio ou não ao novo governo brasileiro.

Conforme ressalta Ellner (2012, p. 96, grifo nosso), outra diferença marcante dos três países em relação a outros modelos democráticos mais liberais (como o Brasil) é a defesa do modelo da democracia radical: “*Radical democracy emphasizes social incorporation and direct participation. In contrast, liberal democracy, with its central concern for the rights and prerogatives of minorities [...] places a premium on the system of checks and balances.*”.

Como salientado por Silva (2012), o monismo político das democracias populares não é capaz de construir algo similar ao modelo brasileiro, ressalta-se que ao que tudo indica também se vislumbra uma incapacidade de compreensão ou mesmo aceitação entre as diferentes formas de democracia. Há muito, se debate sobre monismo e dualismo em Direito Internacional. Inicialmente, a corrente doutrinária do dualismo vislumbra dois sistemas completamente distintos e autônomos, sendo que para que o direito das gentes (Direito Internacional Público) tenha

validade, ele deve ser incorporado ao sistema interno, já a corrente do monismo nacionalista entende que há primazia do Direito Interno, um primado hierárquico, sobre as normas internacionais (PORTELA, 2012). Neste sentido, não é de se espantar que os Estados que adotam correntes interpretativas que sobrelevam o direito nacional frente ao internacional, não raras vezes, são os mesmos que adotam o monismo político das denominadas democracias populares.

Desta feita, o papel do Direito Internacional, frente às relações exteriores de países com altíssimas diversidades culturais e políticas, é fundamental, pois como salientado por Castro (2001, p. 249) “[...] por não ser a convivência de Estados estruturada em subordinação a um governo, não há jurisdição internacional, e sem esta o direito das gentes só pode ser visto como único, ímpar, dessemelhante do estatal.”. De tal modo, em tese, na relação entre Estados, se vê situações de conflito quando ocorre a quebra da boa-fé de por parte de algum Estado em suas relações externas, inobservância da “*pacta sunt servanda*” em tratados e acordos internacionais.

Em que pese tais institutos sejam típicos de hermenêutica internacional, são abordados aqui para uma aproximação com o papel que o Presidente do Brasil exerce, pois, ao ser nomeado cumpre a função de Chefe de Governo (âmbito interno) e Chefe de Estado (perante a comunidade internacional). Assim, os acontecimentos no âmbito interno refletem em outra ordem jurídica, a internacional. E conforme reza o dualismo, não se pode negar a existência das duas, apenas não cabendo ao caso, como em hermenêutica, estabelecer qual prepondera, pois, os papéis de Chefe de Estado e de Governo se convergem em uma única figura, fazendo com que prevaleça o *status* do Estado Brasileiro como um todo e não enquanto quem o representa. Um Estado que, firmado nos quatro pilares republicanos, fez, durante o processo de julgamento do *impeachment*, com que todos fossem observados – com instituições democráticas, políticas e administrativas em livre funcionamento – garantiu-se que a lei (Estado Democrático de Direito) fosse aplicada não só para impedimento da ex-presidente Dilma Rousseff, como para a cassação e prisão de um chefe de poder legislativo que autorizou tal processo de impedimento. Assim, sob o império da lei, a democracia brasileira “de Direito”, persiste apesar da alternância de governo, feita sem a manifestação popular direta (voto), mas realizada indiretamente pelos representantes do povo, conforme previsto na Constituição.

5 O APARENTE RETORNO ÀS DOCTRINAS INTERNACIONAIS DO SÉCULO XIX

Os fatos recentes ocorridos no País trazem à baila antigas doutrinas difundidas no âmbito internacional e por muito tempo aceitas. Nos idos de 1907 no Equador, o chanceler equatoriano Carlos Tobar percebeu que na América Latina, caudilhos perdiam as eleições, mas voltavam ao poder através da revolução. Essa realidade fazia parte da história latino-americana da época. Então, Tobar propôs doutrina que recomendava que só se reconhecesse um governo de fato, se num segundo momento, os representantes fossem legitimados por votação popular. Essa doutrina visava diminuir o número de revoluções na América Latina.

A doutrina Tobar pretende que se não deve reconhecer governo algum oriundo de golpe de Estado ou de revolução, enquanto o povo do respectivo país, por meio de representantes livremente eleitos, não o tenha reorganizado constitucionalmente, o que protegeria o princípio da legitimidade democrática. Uma doutrina pertinente ao contexto histórico da época, mas que parece ainda estar presente nos ideais de alguns países latino-americanos.

Imperioso salientar que, a manifestação do STF ao julgar a ADPF nº. 378 e ao firmar o rito do impedimento, que foi seguido, foi de que após a punição por crime de responsabilidade não deve haver novas eleições, devendo seguir a ordem constitucional de sucessão à autoridade impedida (o que não ocorreria se fosse caso de impugnação às eleições, que poderia gerar nova convocação para eleição, não sendo o caso). Assim, no âmbito interno brasileiro, está pacificado o entendimento de que o processo foi constitucionalmente legítimo, não devendo ocorrer novas eleições como então proposto por Tobar no contexto de 1907.

Ainda nos idos anos de 1930, a doutrina Tobar já havia sido rechaçada pela denominada doutrina Estrada, proposta por Genaro Estrada, Secretário de Estado das Relações Exteriores do México (SILVA; ACCIOLY; CASSELLA, 2012). Estrada, em 1930, quando a América Latina se viu diante de uma série de mudanças políticas drásticas em que diversos governos revolucionários assumiram o controle do Estado, viu-se diante de um hábito que os demais Estados eram instados direta ou tacitamente a reconhecer o novo governo, ainda que seja por meio de uma simples nota ou mera continuidade das relações anteriormente estabelecidas. Então, manifestou-se exatamente em sentido contrário a esse hábito, pois, segundo sua concepção, um estado ao arrogar-se a prerrogativa de decidir se um governo

deveria ou não ser reconhecido, estaria necessariamente ingerindo nos assuntos internos do outro.

Ou seja, a proposta de Genaro Estrada liga-se à ideia de que não cabe aos outros Estados emitir juízo quanto à legitimidade do novo governo, mas caber-lhes-ia somente enviar ou retirar seus representantes diplomáticos, sendo este o único direito que lhes é inerente. Para Estrada, qualquer outra atuação, salvo a de enviar e retirar representantes, configuraria ingerência do Estado nos assuntos internos de outro Estado, ou seja, ato ilícito diante do Direito Internacional frente à liberdade soberana do outro estado. Desse modo, o campo de atuação que deve caber aos Estados em relação àquele que passou por mudanças políticas profundas é o de apenas retirar e enviar representantes.

Apenas a Venezuela fez comunicado oficial de que suspendeu as relações internacionais com o Brasil. Além de retirar definitivamente o embaixador venezuelano no Brasil, Alberto Efraín Padilla, o país vizinho decidiu congelar as relações políticas e diplomáticas com o governo brasileiro. Tal quebra de relações exteriores veio após o governo brasileiro convocar os embaixadores do Equador, Bolívia e Venezuela para consultas no Brasil. O novo Ministro das Relações Exteriores do Brasil, José Serra, após a decisão Venezuelana, fez a seguinte manifestação: “A manifestação do governo venezuelano reflete, em primeiro lugar, um desconhecimento da realidade do Brasil, da Constituição [brasileira], das leis e daquilo que aconteceu” (BRASIL, 2016a).

6 CONCLUSÃO

Tudo indica que em que pese alguns países serem adeptos à doutrina Tobar, as medidas adotadas pelos três países, adeptos ao bolivarianismo, se mostram coerentes com a doutrina mexicana proposta por Estrada, como indica o rompimento de relações da Venezuela.

Deste modo, interpretação diversa submeteria o regime político brasileiro à vontade soberana de um único país.

Em recente manifestação do ministro do STF, Edson Fachin, em assunto diverso, mas abordando temas de fundo de extrema relevância para o posicionamento da Corte Suprema quanto a questões internacionais, nos autos da Ação de Extradicação nº. 1362, em que é relator, citando o renomado autor de Direito Internacional dos Direitos Humanos, André de Carvalho Ramos, afirma que não

pode haver espaço para interpretações que conduzam à incompatibilidade entre normas constitucionais com a normatividade internacional. Baseia-se ainda, em seu voto, precedente da Corte Suprema da Justiça Argentina, acentuou que “de nada serviria la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas em uno u outro derecho nacional” (BRASIL, 2016b, p. 10).

A referida Ação de Extradicação nº. 1362 trouxe, à Corte, temas complexos como o reconhecimento dos costumes como fonte de Direito Internacional, ressaltando que o STF já o reconhece. No entanto, não fixou precedentes pelos quais o costume internacional pode ser reconhecido, em que pese tratar dos costumes, perpassa para chegar ao mérito em questão referente à compatibilidade da ordem interna com a internacional.

Nesse sentido, recente pedido feito pela Assembleia Geral das Nações Unidas à Comissão de Direito Internacional, foi realizado a fim que fosse elaborada uma minuta de resolução sobre a forma de identificação de costumes internacionais, para que assim eles fossem respeitados como fontes de Direito Internacional pelos demais Estados e organismos internacionais.

Nestes termos, a Resolução da Assembleia Geral da ONU nº. 56/83 prevê por “prática geral” que podem formar uma “rede de precedentes” nos quais um padrão de condutas pode ser observável. Um costume considerado como “prática geral” de um Estado deve ser observado, mais ainda o deve ser a Constituição e a Legislação interna de um país. Essa aceitação da prática (*opinio juris*) traduz o que a Comissão de Direito Internacional afirma ser a percepção de que os “Estados devem acreditar eles mesmos que estão a aplicar uma regra obrigatória do direito costumeiro internacional” (BRASIL, 2016b).

Nesse contexto, e sob essa perspectiva hermenêutica, se conclui que o posicionamento dos Estados da Venezuela, Bolívia e Equador nas relações internacionais com o Brasil, têm bases ideológicas na doutrina Tobar, haja vista que, se manifestaram quanto ao reconhecimento do governo brasileiro somente se houvessem novas eleições. No entanto, a exteriorização da ideologia dos três Estados, por se mostrar incoerente com o atual ordenamento internacional, bem como por não terem tais países como exercer sua soberania sobre um Estado par, acaba por se amoldar aos termos da teoria Estrada. Essas teorias do início do século XIX não mais fundamentam os posicionamentos das Nações Unidas e de

organismos internacionais, que ao tempo não existiam ou não regulamentavam as relações exteriores como nos dias atuais.

Conclui-se, que a “prática geral” do Estado Brasileiro, fundamentada em sua Constituição, leis e decisões judiciais da Corte Constitucional (STF), devem ser observadas por coadunarem com o ordenamento internacional. Ressalta-se ainda, que o posicionamento ideológico de um Estado, ou sua Constituição, não deve se opor ao ordenamento internacional. Nestes termos, acaba não restando alternativa para Venezuela, Bolívia e Equador, além de apenas romper relações e vínculos bilaterais com o Brasil. Neste caso, a quebra da boa-fé das relações e contratos (*pacta sunt servanda*) entre o Brasil e tais países não pode ser atribuída ao Estado Brasileiro, em eventual análise submetida às cortes e organismos internacionais.

Portanto, organismos internacionais, como a OEA e a ONU, ainda podem vir a se manifestar, nomeando inclusive Estado Intermediador para tentar pacificar as relações entre os Estados, indicando como devem ser cumpridos os acordos e tratados pré-estabelecidos entre os países que tenham ou venham a quebrar as relações diplomáticas.

De fato, o complexo regime democrático brasileiro não é aceito por países vizinhos, em especial os bolivarianos. No entanto, em que pesem as críticas, o Brasil é uma democracia jovem, mas com pilares estabelecidos na legalidade, que tudo indica estão sendo observados e fiscalizados por instituições imparciais, pilares estes que se forem continuamente garantidos manterão um Estado Republicano em funcionamento, nos moldes do Estado Democrático de Direito, adotado e reafirmado pelo Brasil com o doloroso e longo processo de impedimento de sua ex-governante e de estabelecimento de um novo governo já marcado por acusações e escândalos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Planalto. **Notícias Presidência da República**. 2016. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2016/08/governo-brasileiro-convoca-embaxadores-da-venezuela-do-equador-e-da-bolivia>>. Acesso em: 03 out. 2016a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Extradução 1.362 Distrito Federal. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<https://www.jota.info/wp-content/uploads/2016/10/EXT-1362-voto.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2016b.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário político**. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2008. 545 p.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: [s.n.], 1993.

CASTRO, Amilcar de. **Direito internacional privado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

COELHO, Inocêncio Martires. Fundamentos do Estado de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 219 p.

COLLINS, J. N. New Left Experiences in Bolivia and Ecuador and the Challenge to Theories of Populism. **Journal of Latin American Studies**, v. 46, n. 1, p. 59–86. 2014.

DÍAZ, Elias. **Estado de derecho y sociedade democrática**. Madri: Taurus, 1973.

ELLNER, Steve. The Distinguishing Features of Latin America's New Left in Power The Chávez, Morales, and Correa Governments. **Latin American Perspectives**, v. 39, n. 1, p. 96–114, 2012.

JORNAL DO BRASIL. c1995-2018. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/pais/noticias/2016/09/20/delegacoes-deixam-reuniao-da-onu-durante-discurso-de-michel-temer/>>. Acesso em: 23 set. 2016.

JEHRING, Rudolf von. **Der Zweck im Recht**, 4. ed. [S.l: s.n.], 2008.

GARCIA, Gustavo et al. **Senado aprova impeachment**: Dilma perde mandato e Temer assume. G1-Globo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/senado-aprova-impeachment-dilma-perde-mandato-e-temer-assume.html>>. Acesso em: 23 set. 2016.

LAKATOS, Eva M.; MARCONI, Marina de A. **Fundamentos de Metodologia Científica**: técnicas de pesquisa. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 10. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

MENDONÇA, Eduardo Bastos de. A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre direito e política. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, n. 13, jan./mar. 2009.

ONU. **UN Documents**. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/477/97/PDF/N0147797.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 14 out. 2016.

POPPER, Karl S. **A lógica da pesquisa científica**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1975.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm , 2012.

RAPOPORT, David C. "Coup d'État: The view of the men firing pistols". In: Friedrich, **Revolucion**. [S.l.: s.n.], 2010.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Versão digital. [S.l.: s.n.], [1962?]. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 15 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHMITT, C. **Politische Theologie**. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, G. E. do Nascimento e; ACCIOLY, Hildebrando; CASSELLA, Paulo Borba. **Direito internacional público**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VENEZUELA. **Governo**. [201-?]. Disponível em: <http://www.mre.gov.ve/index.php?option=com_content&view=article&id=47260:venezuela-condena-golpe-de-estado-contrapresidenta-dilma-rousseff-en-brasil&catid=3:comunicados&Itemid=108>. Acesso em: 10 out. 2016.

CAPÍTULO 6

AS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POPULAR E SEUS LIMITES DE CONTINGÊNCIA

THE FORMS OF POPULAR PARTICIPATION AND CONTINGENCY SUBSCRIPTIONS

*Pedro Luciano Colenci*¹

RESUMO

O desequilíbrio entre o poder constituído, suportado por interesses econômicos fortemente concentrados e a precária formação política de grande contingente populacional tendem a perpetuar o conceito deformante e prevalente de democracia, que incentiva a participação popular nas tomadas de decisões pública. Por meio da revisão bibliográfica com foco objetivamente estabelecido no planejamento urbano, torna-se possível, dada a proximidade do cidadão com os membros do poder constituído, avaliarem-se as possibilidades e as práticas da representatividade, os limites e a efetividade contributiva de sua participação. Levantou-se a necessidade de se identificarem e de se estabelecerem limites e, aqui entendendo-se limites no sentido de competência ou alcance, em quais circunstâncias as decisões populares ou as manifestações hegemônicas de determinados grupos de interesse podem validar um estudo técnico, por exemplo, em detrimento de interesses humanitários de ordem superior como a sustentabilidade social e ambiental, patrimônio cultural, histórico ou artístico. Trata-se de tema complexo, questão fulcral, a ser colocada em discussão diante dos desequilíbrios de representatividade, sob a possibilidade iminente de ocorrerem graves manipulações. O levantamento que aqui se propõe, objetiva oferecer melhor entendimento sobre este complexo assunto e apresentar contribuições para o adequado encaminhamento da intrincada questão da representatividade democrática, num inquieto ambiente político.

Palavras-chave: Participação Popular. Limites de Participação. Planejamento Urbano.

¹ Doutor em Ciências Ambientais (UFSCar). Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa Novos Direitos (CNPQ). É Advogado e Professor. E-mail: colencilu@yahoo.com.br.

ABSTRACT

The imbalance between the power, supported by economic interests heavily concentrated and the precarious political formation of large population tend to perpetuate the concept deformans and prevalent of democracy, encouraging popular participation in public decision-making. Through the literature review focusing objectively established in urban planning, it is possible, given the proximity of the citizen with the members of constituted power, evaluate the possibilities and practices of representativeness, the limits and the effectiveness of your contributory participation. Arose the need to identify and to establish limits and here being understood in the sense of competence or limits range, in what circumstances the popular decisions or hegemonic manifestations of certain interest groups can validate a technical study, for example, to the detriment of humanitarian interests of higher order as the social and environmental sustainability, cultural, historic or artistic heritage. It is complex, central issue theme, to be placed on discussion on imbalances of representation, under the imminent possibility of serious manipulations occur. The proposed removal, aims to provide better understanding of this complex subject and submit contributions to the proper delivery of intricate question of democratic support, a restless political environment.

Keyword: Popular Participation. Limits of Participation. Urban Planning.

1 INTRODUÇÃO - fundamentos legais da gestão democrática da cidade

Etimologicamente, a palavra democracia possui origem grega, partindo dos vocábulos demo (povo) e cracia (poder) o que por cognição significa: poder do povo, com base na soberania popular, na liberdade de escolha de seus governantes, na equilibrada divisão de poderes e no exercício de controle sobre os atos das autoridades constituídas, o que significa, pelo menos em tese, que os cidadãos têm a garantia de participar direta ou indiretamente, por meio de representantes políticos do processo decisório nas esferas: Federal, Estaduais e Municipais, eleitos por meio do sufrágio universal (voto). Faz-se importante ressaltar que os políticos são cidadãos comuns, que por vontade própria, com ímpeto de liderança, altruísmo ou por vocação se apresentam, para representar os interesses de uma parcela da população, ou seja, para servirem, (COLENCI; OLIVEIRA, 2016), no decorrer de seus respectivos mandatos.

Conforme abundante debate e argumentações, o Estado brasileiro é constituído sob a égide da democracia e por isso reluz o princípio da soberania popular. Tal princípio desemboca no parágrafo único, do art. 1º da Constituição Federal² promulgada em 1988, (BRASIL, 1988) sendo que todo poder emana do povo e é exercido por este, diretamente ou por meio de seus representantes, em seu próprio proveito (MORAES, 2012).

A forma de governo do Estado Brasileiro é republicana, o que pressupõe a característica de um governo temporário, de quatro em quatro anos e, de cidadão eleito. Sendo que a participação popular de forma direta no desenvolvimento dos atos do governo e de suas decisões, ultrapassa as fronteiras do formato republicano, o que empodera o povo a participar e a reluzir o princípio da soberania popular (MOREIRA, 2009; NOVELINO, 2011; SILVA, 2011).

O município também obedece a esta sistemática democrática e à forma republicana de governo e por isso, para legitimar os atos dos governantes, deve existir a participação do povo no exercício do poder. Bonavides (2003, p. 345) esclarece que a democracia direta não tem a rigidez imediatista do modelo Ateniense, ou de qualquer forma do modelo misto, conhecida como democracia semidireta, “[...] a versão moderna ou contemporânea, é qualificada pela suprema voz e presença do povo soberano em todas as questões vitais da ação governativa.”

Para Bonavides (2003, p. 345) “[...] governar é legislar; governo é legislativo; governa quem legisla. Em se tratando, porém, de democracia, há que atender a este requisito fundamental: legisla quem tem legitimidade. E, legitimidade quem tem é o povo.”.

Assim, o princípio da gestão democrática da cidade tem seu fundamento nuclear no princípio da soberania popular, ratificado no art. 1º da Carta Magna e, portanto, o povo é a fonte do poder e pode exercê-lo direta ou indiretamente (MOREIRA, 2009).

Constitucionalmente, ainda o art. 14 da Carta Magna (BRASIL, 1988) acrescenta como fundamento para a democracia participativa no Município e, permite a gestão democrática da cidade, a saber: “Art. 14. A soberania popular será

² Art. 1º da CF/88 - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.”

Somando-se ao parágrafo único do artigo 1º e o art. 14 da Constituição Federal (BRASIL, 1988) podem ser citados para fundamentar a gestão democrática da cidade os artigos da Carta Maior adiante expostos: - Art. 31, § 3º determina a transparência das contas do município, obrigando-o a deixarem a disposição dos contribuintes; - Art. 37, § 3º e incisos, especifica que a lei infraconstitucional disciplinará a participação do usuário na administração pública direta e indireta, no que se refere aos serviços locais de competência do Município; - Art. 74, § 2º dispõe que qualquer cidadão, partido político, associação e sindicato podem denunciar irregularidades, na forma da lei, ao Tribunal de Contas, sendo que o art. 75 estende o entendimento ao Município; - Art. 206, VI estabelece a gestão democrática do ensino público; Art. 216, § 1º conclama o apoio da comunidade para auxiliar na proteção e promoção do patrimônio cultural brasileiro, nos conjuntos urbanos de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Chama a atenção o fato de a Constituição Federal de 1988 ser nominada de Constituição Cidadã por promover a participação dos cidadãos na formação e condução do estado. Situação ainda por melhor definir uma vez que, dependendo das circunstâncias, poderá ocorrer maior, menor ou nenhuma participação popular no encaminhamento das demandas sociais e na condução das decisões que, de alguma forma, irão interferir em sua vida (COLENCI; OLIVEIRA, 2016).

Em legislação infraconstitucional, que é esparsa, os fundamentos da gestão democrática da cidade encontram arrimo primeiramente pela Lei Complementar, nº 101/2000 que estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências, (Lei de responsabilidade fiscal), garantindo nos art. 48, parágrafo único e 49, *caput*, transparência da gestão fiscal incentivando a participação popular.

A Lei 10.257/2001, que se autodenomina Estatuto da Cidade, em suma estabelece diretrizes gerais da política urbana e regulamenta a gestão democrática da cidade, principalmente no seu artigo 2º, II que estabelece a gestão democrática como diretriz geral, tornando-a obrigatória, e estabelece os meios em que a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos

da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

O Estatuto da Cidade, editado pela Lei n.º 10.257/2001, possui linguagem simples, revestindo-se de auto explicação. Nele está disposto o regramento da gestão democrática da cidade, especialmente no seu capítulo IV, além dos artigos 2º, incisos II e XIII; 4º, inciso III, alínea *f* e § 3º; 32, § 1º; 37, parágrafo único; 40, §4º e incisos I a III; 43, incisos I a IV; 44 e 45.

Da leitura dos artigos acima mencionados tem-se a gestão democrática como diretriz geral, de maneira que a democracia participativa no Município torna-se obrigatória, decorrendo a determinação de audiência pública nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades que possam afetar negativamente o meio ambiente, o conforto ou segurança da população.

Dali também extrai-se a gestão orçamentária participativa, controle social sobre as políticas urbanas que necessitem de dispêndios dos recursos públicos; publicidade do Estudo de Impacto de Vizinhança por qualquer pessoa interessada; realização de audiências públicas e debates com a população, associações de vários segmentos, além do acesso e da publicidade na formação do plano diretor, entre outras inúmeras maneiras de participação popular.

O exercício da democracia participativa no Município é cogente, uma vez que obriga a todos, inclusive o Poder Público que deve limitar-se às disposições legais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal e no Estatuto da Cidade, além da possibilidade de responsabilização do agente público que deixar de observar os diplomas legais referidos, por improbidade administrativa e crime de responsabilidade, conforme o art. 73 da Lei Complementar n.º 101/2000 e art. 52 do Estatuto da Cidade.

2 CONCEITO DE GESTÃO DEMOCRÁTICA NA CIDADE

Ugarte (2004, p. 2) ao pensamento crítico da democracia, em especial sobre a ideia que retrata a participação popular em frações, ao indagar: “que participação e para qual democracia?”, afirma que é um conceito controvertido, e muito amplo ao debate. Isto porque, se o cidadão precisa participar de um sistema: democrático, monárquico ou aristocrático, este se apresenta limitado a participar, compelido que é, de uma circunstância de tarefas pré-definidas, fato que implicitamente restringiria sua livre participação. Citando Aristóteles, Hegel, Rousseau, Montesquieu, Locke,

Kelsen, Habermas, entre outros pensadores consagrados, Bobbio criticamente afirma que se constitui apenas de uma parte da verdade apresentar-se democracia como forma de governo da qual os cidadãos participam, sendo preciso entender mais detalhadamente: *quem* são os cidadãos, de *qual* participação se trata e *quais* são as formas possíveis desta participação. Chambers e Salisbury (1966) trazem à discussão os problemas e perspectivas atuais da democracia, destacando o distanciamento que se constata entre a teoria e a prática corrente dos procedimentos sob este regime.

Entendendo este conceito, se é que ele se fecha em um entendimento, apesar do período contemporâneo ocidental utilizar exaustivamente o termo democracia para definir a sua forma palatável de governo, existem diferentes configurações de exercê-la. De modo geral, os sistemas democráticos que se verificam nos países ocidentais que o adotam apresentam diferenciações sensíveis em suas formas de governar. Para Canotilho (1994), entretanto, eles buscam algo em comum que é a formação de um estado soberano com a concepção do seu povo absorver e imbuir-se do conceito de cidadania, e este conceito corresponde a validação e efetividade dos direitos humanos fundamentais. Nisso reside a essência do conceito, entendendo-se por democrático um país que respeita e faz respeitarem-se os direitos fundamentais.

Existem, como dito, diversos formatos de democracia sendo este um atrativo objeto de atenção de inúmeros estudiosos contemporâneos principalmente nas áreas das ciências político, sociais e do direito. Os pesquisadores que lideram estas discussões afirmam que o sistema democrático representativo está em crise, por se apresentar inconcluso, sendo este o desenvolvimento do texto a seguir. Adicionalmente serão apresentados criticamente, no presente capítulo os elementos que permitem caracterizar as três principais formas adotadas indistintamente no Brasil, de modo a ensejar o estabelecimento de uma correlação temporal entre elas, quais sejam: Democracia Direta (Participativa), Democracia Indireta (Representativa) e Democracia Semidireta (Deliberativa). Feito este levantamento, avança-se na questão: a democracia direta possui limites quando da sua atuação e quais são eles? Pressupõe-se que esta possibilidade de ocorrência pode se contrapor às imposições de ordem superior e das premissas interpostas imperativamente pelas abordagens da ciência, da tecnologia, do empirismo e da experiência, do planejamento político, das imposições ambientais existentes, ou seja, discutir-se-á

se a decisão circunstancial e extemporânea de interesse coletivo, sob pressões diversas, ainda que sem consistência argumentativa justificável, pode e deve ultrapassar os limites de algo que comprovadamente se mostre prejudicial, ao longo do tempo, seja ao ambiente construído, natural, cultural ou profissional. Adicionalmente discutir-se-á, se o conceito de participação possui imbricamento em seus limites, com outros conceitos que afetam diretamente a plena cidadania como; legalidade, equidade, equilíbrio social, liberdade, fatores que aparentemente estão correlacionados, mas que nem sempre guardam entre si uma integração harmônica.

Por seu turno a gestão democrática da cidade versa sobre a dinâmica democrática da participação popular no governo municipal. Assim, pressupõe uma participação direta e pessoal do povo individualmente ou de forma compartilhada na realização dos atos do governo municipal. Portanto, é este palco municipal que se vislumbra a materialização do princípio da soberania popular, pois o povo integra a formação dos atos e decisões do Governo da Cidade (MOREIRA, 2005).

Oliveira (2002, p. 109) explica que o gestor da coisa pública necessita ouvir a comunidade e ser sensível as suas necessidades, oferecendo mecanismos para viabilizar estas necessidades, não só para auxílio nas decisões, mas também como forma de administração. A dinâmica democrática de hoje em dia não é vista somente com o governo da maioria, pois se assim fosse, bastaria ocorrerem as eleições. Sendo muito mais do que isso!

É a manutenção das regras do jogo É o respeito às minorias. É a participação na tomada de decisões. É uma interação perfeita entre o eleito e os eleitores. É o intersubjetivismo de ações e reações como forma de sentir o pulsar da coletividade, e a tomada de decisões passa a ser um processo complexo.

O que culmina diretamente na qualidade de vida das pessoas, e na manutenção do bem comum, pois se o processo é integrador, onde a população participa da tomada de decisões os resultados quanto as melhorias podem ocorrer.

3 PROBLEMAS JURÍDICOS E POLÍTICOS SOBRE A PARTICIPAÇÃO POPULAR

Uma análise utilitarista do conceito de participação popular no processo de tomada decisões públicas torna-se tarefa de difícil consumação. Participar, em sentido lato, significa intervir num processo decisório qualquer.

Modesto (1995) explana que a questão da participação, no âmbito do direito público, vincula-se estritamente na realização e controle das funções estatais e na

própria elaboração do direito positivo. Nesta seara, Kelsen (1990, p. 91) define mais particularmente, que os direitos políticos são "[...] as possibilidades abertas ao cidadão de participar do governo, da formação da 'vontade' geral. Livre da metáfora, isso significa que o cidadão pode participar da criação da ordem jurídica."

Assim, o sistema positivista implantado após a Constituição Federal (BRASIL, 1988), em um conceito mais abrangente permite a cada cidadão votar e ser votado, o que supostamente transpassa a ideia de que qualquer cidadão pode participar do processo político nacional e, por conseguinte participa da administração pública (SCHUMPETER, 1984; DAHL, 1971). No entanto, a participação popular no âmbito da administração pública deve ser entendida, em sentido amplo, como qualquer forma de interferência de terceiros (aquele que não responde diretamente) na efetivação da função administrativa do Estado e, em sentido mais restrito, versa sobre a intervenção no processo de efetivação da função administrativa do Estado, executada em benefício do interesse coletivo, diretamente pelo cidadão ou por representantes de grupos sociais legitimados, a agir em nome de seus representados. (SEELE; PERUZZOTI, 2009). Quanto à possibilidade de concebê-la de forma ampliada a partir de novos canais de participação política exemplificados em inovações democráticas (PATEMAN, 1970; MANSBRIDGE, 2003; URBINATI, 2006).

Reside aqui, conforme exposto, uma ponderação quanto ao sentido de se estabelecerem limites e de se restringir a participação direta, por entender que esta não pode ser considerada toda e qualquer interferência de terceiros no curso da função pública, mesmo porque algumas questões não poderão ser respondidas pela opinião popular, muitas vezes carregada de subjetividade, e sim por questões técnicas, por imposições legais (a própria lei), por procedimentos da própria gestão administrativa, por força política, entre outras ações que poderão se contrapor diretamente a possibilidade de participação direta.

Impõem-se dessa forma a necessidade de se estabelecerem critérios de qualificação das partes. Há que se melhor entender o que seja participação popular com o fito de se poder distinguir e qualificar, por exemplo a participação segundo as atividades forçadas compulsórias, como a obrigatoriedade do voto ou da prestação de serviço militar, também deve ser diferenciada atuação daqueles servidores públicos que prestam concurso para adentrar a carreira pública. Chauí (1993) chama a atenção para a necessidade do exercício de outra democracia, mais autêntica e

abrangente, que passe pela afirmação e criação de direitos, por meio da construção dos sujeitos sociopolíticos por sua própria ação, ultrapassando o sentido restrito da cidadania, dando ao cidadão: voz e voto. Da mesma forma é importante distinguir e estabelecer distinção, daqueles que utilizam os remédios constitucionais como recorrência, lançam mão dos institutos constitucionais, exigindo a legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência da gestão da coisa pública com a intenção não declarada, de obterem o envolvimento e a participação, mais como garantia do prestígio de sua liderança individual.

Em sentido amplo a participação denominada *uti cives* é aquela em que o agente privado, sem vínculo jurídico com o Poder Público e com interesse coletivo, intervém na evolução de funções estatais.

Segundo Modesto (2007) pode-se dividir a participação popular em dois grandes grupos. A primeira forma é a subjetiva por se relacionar a tutela de interesses individuais dos agentes que tomam parte da decisão administrativa, espécie trazida pelo Estado Liberal de Direito, mas que efetivamente não realizam, de fato, a participação popular, pois busca-se na administração pública, o interesse individual, corrente, trazida por Brito (1992), que enquadra como forma de “controle social da administração” e não de participação. A segunda corrente é a participação cidadã em sentido estrito, é a forma de participação objetiva, semidireta ou direta do povo na condução da função administrativa do Estado. Trata-se de uma evolução política. Mais ainda, Brito (1992) traz como exemplos: a participação do cidadão na composição do Conselho de Contribuintes; a possibilidade de se oferecerem denúncias de irregularidades ou de abuso de poder, mediante representação; a participação em conselhos deliberativos (municipais, estaduais ou federais), onde são debatidos temas de interesse geral, a participação em audiências públicas, a reclamação relativas à qualidade e à efetividade de prestação dos serviços públicos, entre outras formas, junto a ouvidoria ou à mídia.

O tema torna-se crescente, no âmbito global e nacional, no aprofundamento teórico sobre a mecânica da participação popular tendo como base as inúmeras chaves teóricas e com metodologias e objetos de estudo distintos (FUNG; WRIGHT, 2003; AVRITZER, 2009; AVRITZER; SOUZA, 2013; POGREBINSCHI; SANTOS, 2011; MANSBRIDGE; PARKINSON, 2012; SEELE; PERUZZOTI, 2009; GEISSEL; NEWTON, 2012; SMITH, 2009). No entanto, pouco se produziu academicamente, com o objetivo de se permitir materializar um modelo específico para tornar viável a

participação popular. Reflexões com este último objetivo podem se tornar elementos centrais para a compreensão da diversidade dessas inovações e dar sentido à efetiva participação contributivamente. De fato, percebe-se que a democracia representativa se demonstra frágil no sentido de legitimar a ordem jurídica e as políticas públicas. Pela crise democrática existente, de modo geral e especialmente no caso brasileiro, faz-se necessário que a democracia representativa ceda espaço à democracia participativa, na qual os cidadãos venham a atuar diretamente, interferindo nas tomadas de decisões, entendendo-se ser esta a condição única de se equilibrarem os interesses e como mecanismo apto para elevar o nível das decisões para o sentido mais puro de política (DINIZ, 1978). Entretanto para que essa participação seja faticamente viável, é preciso que haja conscientização e comprometimento dos cidadãos para tal participação. (PARÉS; CASTELLÀ, 2008). Certo é que não pode ocorrer somente no âmbito da Administração Pública, em um sistema de tomada de decisões, unilateral, *top down*, ou seja, um sistema em que as decisões públicas, inclusive da escolha dos elementos participantes e do modo de se participar venham de cima para baixo, do comando do executivo para a sociedade.

Sabe-se que o apoio institucional e a reflexão simples aceitação das vantagens do instituto da participação podem refletir o entusiasmo da vontade da mesma forma com que podem ofuscar a clareza da razão. São inúmeras as eloquências do discurso e no entanto, são despojadas as ações decorrentes que realmente sistematizem e operacionalizem a participação popular; falta um elo de ligação, no abismo estabelecido entre a vontade de institucionalizar a real participação popular para as decisões (PARÉS; CASTELLÀ, 2008).

Assim, diante da complexidade existente na questão da participação popular de forma direta é de relevante importância refletir sobre as formas básicas de participação e os instrumentos processuais aptos a esta efetivação, bem como a utilização de mecanismos fora da legislação que auxiliam a participação (NOGUEIRA, 1997).

A participação popular deve coexistir nos outros setores do Estado, pois se revela numa questão eminentemente política de acordo com o grau de desenvolvimento e efetivação da democracia na sociedade. Também não pode restringir a participação popular meramente a uma questão jurídica, pois o equipamento jurídico que se possa implementar não introduzirá ao cidadão a cultura

participativa, não parte da lei o espírito participativo do cidadão. O que pode ocorrer é uma situação inversa que a formulação de lei dificulte a participação, por criar mecanismos de acomodação e/ou neutralização dos cidadãos (MODESTO, 2007).

Refletindo sobre a dogmática jurídica, esta seria um instrumento de auxílio na participação popular, concretamente, ao especificar e criticar os instrumentos já existentes, desde que permeada pelas necessidades concretas da sociedade e dos cidadãos, deixando de lado os discursos ideológicos inoperantes, demagogos, utópicos, distantes da realidade. Se o discurso jurídico não assumir este papel contribuirá e muito, para a formação e o aumento do grau de participação existente. Cabe, diante da complexidade existente ao universo jurídico, social, político, econômico, tecnocrático, entre outros a formação de uma sociedade apta a participar efetivamente das discussões públicas tornando o processo democrático uma realidade. Tornando-o aquilo que se propôs a ser, de fato.

O objetivo deste capítulo é oferecer melhor entendimento para se galgar esse passo no que diz respeito à realidade brasileira. Partindo de um estudo amplo para o caso concreto, desvendar-se-á a relação entre Estado e sociedade civil no tema participação política e com isso será analisado e proposto um método mais adequado para a participação popular na realização de um Planejamento Urbano, a ser confrontado com os procedimentos adotados na revisão do plano diretor da cidade de São Carlos – SP. A revisão bibliográfica das inúmeras possibilidades disponibilizadas, de inserção de conceitos, de teorias e de práticas da administração corporativa e das tecnologias de informações e de comunicação, conforme estabelecido no New Public Management – NPM; a cultura prevalente do grupo gestor e os procedimentos adotados na chamada Revisão do Plano Diretor, de 2016 em São Carlos – SP, revelam um enorme “gap” na gestão municipal, como se apresenta a seguir.

Nesse sentido, se avança, metodologicamente, na revisão bibliográfica, composta da busca por referências teóricas e aplicadas juntamente com o levantamento de documentos públicos como o Processo Administrativo nº13.691/2005 de revisão do Plano Diretor de São Carlos, dedicado a pensar na estrutura formada para a participação com a constituição democrática e da relação entre Estado e sociedade no contexto local. Nesse sentido, o capítulo está dividido tipologia da participação na administração pública, procedimentos, tipos e instrumentos de participação, os limites para participação popular direta, o

contingenciamento da participação cidadã, como ocorreu a revisão do plano diretor na cidade de São Carlos e quais as possíveis alternativas de solucionar o caso. A análise comparativa do arcabouço teórico-prático com a efetividade de sua aplicação permitirá novas proposições.

4 PROCEDIMENTO, TIPOS E INSTRUMENTOS DE PARTICIPAÇÃO

Não existe forma jurídica que contemple de maneira pacífica, a lógica racional de participação popular, ou seja, não existe um modelo por meio do qual as pessoas sigam e venham a obter bons resultados participativos, fato que não inviabiliza identificar na legislação ou em qualquer meio costumeiro, os diversos procedimentos, tipos e instrumentos que se acham em uso, disponibilizados que estão hoje empregados na administração pública, com maior ou menor grau de autenticidade e integração social. Nos limites desta intervenção, cabe referir em especial os seguintes, quando empregados para tutela de interesses sociais.

- Colegiados Públicos: reconhecimento a cidadãos ou a entidades representativas, do direito de integrar órgão de consulta ou de deliberação colegial no Poder Público, comumente conhecido como Conselhos de Políticas Públicas, que para Gohn (2011, p.7) são como "canais de participação que articulam representantes da população e membro do poder público estatal em práticas que dizem respeito à gestão de bens públicos", são intensamente experimentados nas esferas federal, estadual e municipal, podendo ser encontrada uma vasta literatura sobre o assunto (INSTITUTO DE PESQUISAS ECONÔMICAS E APLICADAS, 2013; INSTITUTO POLIS/INESC, 2011; GOHN, 2011; PONTUAL, 2008; TATAGIBA, 2002, HABERMAS, 1989); cada conselho possui legislação própria do Ente Federativo que o cria, tornado inconstantes as leis confeccionadas para a criação de cada órgão, dentre eles se destacam:
 - Conselhos Gestores – são específicos para a gestão democrática em relação a participação popular sobre as políticas públicas.
 - Gestão Orçamentária Participativa - é uma atividade pela qual a população decide, sob critérios, sobre a aplicação dos recursos

pela administração municipal, em obras e serviços, destacando-se que neste caso, não existe lei específica.

- Comitês - a composição diversificada e democrática dos Comitês contribui para que todos os setores da sociedade com interesse específico dos seus fins, tenham representação e poder de decisão sobre sua gestão. São compostos pelos diversos setores da sociedade civil ou dos poderes públicos e tem, como competências, aprovar os Planos que envolvem seu objeto e objetivos; arbitrar conflitos sobre assuntos de interesse dos comitês, em primeira instância administrativa; estabelecer mecanismos e sugerir propostas; entre outros. Existem os Comitês de Bacias Hidrográficas, de Educação, de Esportes Olímpicos, entre outros. Especificamente no que se trata às Bacias Hidrográficas, cabe ressaltar o caráter regional e intermunicipal de sua atuação, num conceito que poderia ser estendido beneficentemente a outros temas como o descarte de resíduos, a saúde, a mobilidade, a proteção de biomas, ou seja, segundo temas que ultrapassam os limites dos municípios, mas que os afetam diretamente.
- Debates, audiências e consultas públicas/consulta prévia – são instrumentos hábeis para promover diálogo, por meio de um amplo debate com os atores sociais, em busca de alternativas para a solução de problemas que contenham interesse público relevante, são sessão de discussão, aberta ao público, sobre tema ainda passível de decisão. Esta modalidade está prevista na Constituição Federal de 1988, arts. 58, §2º, II; art. 63, Parágrafo único; Art. 18, §4 e nas legislações infraconstitucional, como no estatuto da cidade art. 40, § 4º, inciso I, e segundo a resolução 25 do Conselho das Cidades, art. 8º, explica que as audiências públicas têm por finalidade informar, colher subsídios, debater, rever e analisar o conteúdo do Plano Diretor Participativo;
 - Reuniões – são marcadas pelo órgão público para discussão de determinada pauta e para determinado público, tem caráter apenas de discussão de assuntos específicos e não permite a

plena participação, possui caráter menos formal do que os debates, audiência e consultas públicas.

- Conferências – Souza et al. (2013, p. 26), são “processos participativos de interlocução entre Estado e sociedade, convocados pelo Poder Executivo e desenvolvidos em etapas interconectadas a partir da escolha de representantes e da formulação de propostas para políticas públicas” ou seja, são instrumentos da democracia moderna que conjugam a participação da sociedade civil e os representantes do governo (Federal, Estadual e Municipal) nas discussões e deliberações de um determinado tema, geralmente de políticas públicas. Iniciou-se no governo de Getúlio Vargas, no art. 90 da Lei nº 378/1937, de 13 de janeiro de 1937 e até hoje os gestores utilizam este instrumento; nesta modalidade se destacam as Conferências das Cidades, realizadas primeiramente nas instancias municipais e depois, nas estaduais e convergindo para uma Conferência Nacional. Segundo o IPEA (2012), as conferências podem ser entendidas como processos participativos convocados por órgãos do Poder Executivo que reúnem, com certa periodicidade, representantes do Estado e da sociedade para dialogar a respeito de políticas públicas. Mecanismos constitucionais de consultas à população para deliberarem sobre determinado assunto de relevante interesse populacional:
 - Plebiscito – na iminência de um projeto de lei que ainda em discussão e na condição, não foi aprovado, é possível lançar-se mão do plebiscito para saber se a população quer ou não a sua aprovação. Previsão nos Art. 14, I; Art. 18, §3º, Art. 49, XV da CF/88, Art. 2º das ADCTs;
 - Referendo – numa condição de determinada lei que esta em vigor, ou seja, que foi aprovada antes de realizar do referendo. Procede-se ao referendo para saber se população quer ou não, sua continuidade. Previsão dos Art. 14, II; Art. 49, XV, Art. 84, VIII e XX da CF/88;
 - Iniciativa popular – refere-se à possibilidade da população apresentar projetos de lei para serem votados no Congresso Nacional. Esse instrumento é utilizado na democracia direta ou

democracia semidireta - Art. 14, III; Art. 27, §4º; Art. 29, XIII e Art. 61, §3º da CF/88; são exemplos as iniciativas que culminaram em Lei da Ficha Limpa, a proposição em discussão do Projeto de Lei de Prevenção e Combate à Corrupção.

- Ações Judiciais de “Controle Social” – referem-se às possibilidades, de por iniciativa popular (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entre outras), se forem contestados atos e encaminhamentos que possam vir a contrariar o interesse público, se opostamente aos preceitos constitucionais o cidadão pode buscar na justiça, por meio destas ações, a solução do descontrole social.
- Atuação do Ministério Público, que além do seu atributo de ajuizar ações judiciais pode também utilizar o Termo de Ajuste de Conduta (TAC), instrumento que permite ajuste entre o órgão público e o causador do dano no sentido de reestabelecer a ordem social, se o dano foi causado é realizado um acordo (TAC) para a recuperação da área degradada, ou de firmar uma obrigação que diz respeito ao bem comum.
- Reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos, difere da representação administrativa, pois fundamenta-se em relação jurídica entre o Estado ou concessionário do Estado e o particular-usuário.
- Denúncia pública, instrumento de formalização de denúncias quanto ao mau funcionamento ou responsabilidade especial de agente público; ex. representação administrativa, lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965;
- Colaboração executiva, organizações que desenvolvam, sem intuito lucrativo, com alcance amplo ou comunitário, atividades de colaboração em áreas de atendimento social direto;
- Ombudsman (ouvidor), o órgão da administração disponibiliza esta função para tentar sanar os problemas da população em relação aos serviços públicos;

- Fiscalização orgânica, obrigatoriedade, por exemplo, de participação de entidades representativas em bancas de concursos públicos, exemplo a OAB.
- Alguns desses mecanismos procedimentais encontram fundamento constitucional direto (CF, v.g., arts. Art. 5º, XXXIII, XXXIV, "a", LXIX, LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LXXVII; 10; 37, 3º.; 58, II; 74, §2º; 132; 216, §1º.). Outros encontram arrimo em regulação infraconstitucional, como os constantes da recente Lei de Normas Gerais de Processo Administrativo (Lei 9784/99, v.g., arts. 31 a 34).
- Protestos nas ruas, piquetes, greve e reivindicações - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente, previsão do Art. 5º, XVI, art. 37, VII da CF/88;
 - Mutirão, Horta Comunitária, entre outras formas que as pessoas se reúnem para desempenhar um papel coletivo, como por exemplo construção de casas populares, o que eleva a participação para a autogestão, onde os arranjos entre os cidadãos solucionam demandas públicas.
- Processo Eleitoral (Sufrágio Universal - voto), O artigo 14, "caput", retrata que a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei. No §1º afirma que é obrigatório a todos os cidadãos brasileiros (incluindo analfabetos, e, a participação espontânea de menores até 16 anos); além da possibilidade dúplice onde o cidadão deve votar e pode, se tiver interesse e atender as mínimas exigências, ser votado. Trata-se, neste caso, de uma participação compulsória.
- Uso dos meios de comunicação (mídia): é um importantíssimo fator, neste período contemporâneo que permite, tanto a divulgação dos atos administrativos e de seus posicionamentos, quanto a manifestação por parte da população. A mídia, como um elo de ligação entre a população e o governo, exerce um importante papel social, na

integração ou na desintegração de conceitos, imagens e posicionamentos. Deve-se considerar neste aspecto, um olhar de muita atenção pois que, a mídia constitui-se um influente mecanismo de intervenção social, artigo 5º, XIV da CF/88;

- Oferecimento à população de softwares específicos (sistemas próprios para efetivar a participação) e mais modernamente, de aplicativos com fins específicos, conhecido como “Internet das Coisas”, que aos poucos transforma a cidade em cidade inteligente (*smart city*). Este instrumento, de forte impacto pela sua facilidade de utilização, permite imediato e direto acesso da população as questões públicas, tanto em relação a informação sobre os atos administrativos tomados pelos gestores quanto disponibilizar para a população canais diretos de comunicações, diminuindo o distanciamento existente entre governo e povo; pode-se constatar uma nova conceituação neste sentido, denominada Democracia Digital, cuja manifestação popular se dá rapidamente por meio das Redes Sociais e contém um forte impacto na representatividade, que se bem utilizado pode aproximar a autogestão, onde o cidadão pode exercer o seu papel de fiscal da sociedade, participando diretamente das decisões, problemas e soluções públicas;
- Formação e participações nas Organizações Não Governamentais (ONGs). As ONGs possuem um importante papel social, realizando tarefas com fins sociais para cobrir lacunas deixadas pela administração pública. Constituem-se em algumas formas jurídicas, como: Associações, Fundações, Cooperativas, Sociedades sem fins lucrativos, entre outros e se qualificam como de Utilidade Pública nas três esferas de governo, além das outras qualificadoras;
 - Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social – CEBAS;
 - Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP;
 - Organização Social (OS) ou, Organização Civil de Interesse Social ou de Interesse Específico;
 - Cooperativas Populares ou Comunitárias.

- Neste tópico também cabe ressaltar o papel das Associações de Bairro, que focalizam o desenvolvimento daquela região e criam palcos para as pessoas debaterem os problemas cotidianos encontrados no bairro em que vivem.
- Formação e participação em Organizações não Governamentais: ABRINQ. Todos pela Educação;
- Formação e participação nos Sindicatos de trabalhadores e empregadores. O artigo 8º da CF/88 regulamenta a formação sindical dando as diretrizes importantes para o seu funcionamento; CUT, Força Sindical, Adusp, que interagem nos movimentos sociais com fim específico de proteger o direito dos trabalhadores.
- Formação de participação nos Partidos Políticos, previsão do art. 17 da CF/88 onde é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana;
- Formação e participação em institucionais representativas das classes patronais: Fenaban, Anfavea, CNI, Fiesp, Firjan, Ciesp,
- Participação em Grupos e Associações Religiosos – o Brasil é um país laico e aceita a participação e fundação de religiões. Segundo o artigo 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Os grupos religiosos realizam um papel fundamental a sociedade, tanto em questão de valores ligados a religião e à filantropia quanto as questões de atendimento ao indivíduo;
- Participação em Grupos Sociais e Clubes de Serviços tais como Rotary Clube, Lions Clube, Maçonaria, Rosa Cruz, Clubes de Recreação, de Esporte e Lazer, DeMolay, Rotaract e Interact, Grupo de Escoteiros, Associações Atléticoas, Centros Acadêmicos e suas confederações: UNE, UBES, entre inúmeros outros existentes que formam a sociedade brasileira. Desenvolvem os ambientes de representatividade onde as pessoas podem ser vistas e também ver e interagir com as outras,

obter e transmitir informações, se integrarem na sociedade que podem ser importantes na formação cidadã, formando o espírito da sociedade. Um dos aspectos mais significativos dessas aglutinações populares reside na possibilidade de se destacarem novas lideranças. A organização comunitária de Cooperativas de Produção, Hortas, Centros de Artesanato, sob o conceito de tecnologias mão de obra intensivas, melhor caracterizadas pelo Prof. Henrique Rattner, da FVG, na década de 1970, como tecnologias apropriadas, revelam este caráter formador de Consciência Popular e a emergência de suas lideranças;

- Pesquisas de Opinião Pública, promovidas formalmente por instituições credenciadas e sob a vigilância da autoridade eleitoral, tal como o IBOPE, IBGE, DATA FOLHA, entre outras;
 - Outro importante palco de participação popular, mesmo que informal, é o costume que se tem em algumas cidades, onde as pessoas se reúnem, marcam encontros em padarias, praças, bares, para além de se alimentarem ou tomarem um café, também discutirem os problemas da cidade e mesmo que teoricamente dão possíveis soluções. Talvez o mais famoso *point* seja o Boca Maldita, de Curitiba ou o Café Dona Júlia, em São Carlos-SP.

Finalizando, cabe destacar a disponibilização do Ramal 156 para o encaminhamento de reclamações ou reivindicações à autoridade municipal, e o ramal 190, para acesso à autoridade policial. Na revisão do Plano Diretor Municipal da cidade de São Paulo, obteve um leque de instrumentos e sistemas disponibilizados aos cidadãos da Grande São Paulo, no sentido de se incentivar a participação cidadã, cujos resultados, entretanto, são pouco expressivos dado que a receptividade da atividade municipal não se efetiva.

O regime democrático pressupõe eleições livres e existência de diferentes partidos políticos em uma dada sociedade. Os partidos políticos são os meios utilizados para a prática da democracia representativa. Um Partido Político é um grupo organizado formal e legalmente constituído, com base em formas voluntárias de participação, em uma associação orientada ideologicamente e propondo Programas Partidários de Ação ou de Governo, para influenciar ou ocupar o poder

político, sendo responsáveis por representar os interesses dos diferentes grupos sociais, segundo uma ótica específica. No caso brasileiro, sob as leis eleitorais vigentes, a proliferação de partidos, com 35 segundo o Tribunal Superior Eleitoral (BRASIL, 2016), provocou uma diluição conceitual e sua perda de identidade representativa, descaracterizando a legitimidade da prática política no interesse do estado para se assemelhar a um *balcão de negócios*.

Muito se apregoa sobre a necessidade de atualização das instituições públicas em direção a uma aproximação com o modelo democrático ideal, o que está a exigir reformas políticas tributárias, do sistema jurídico, penitenciário, educacional frente às novas demandas, entretanto, nota-se a falta de lideranças com visão de estado, de estadistas capazes de bem conduzir os destinos do país, estrategicamente e com soberania.

Importante destacar ainda, a forte atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública, criados que foram a partir da Constituição de 1988, para garantir a ordem pública e a paz social, sempre em defesa do coletivo em detrimento do individual. Sua atuação pode se dar, inicialmente, após a constatação dos fatos, por meio de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) que é uma espécie de contrato firmado entre o MP e o acusado que se comprometerá em resolver determinadas pendências. Esta esfera de poder também é competente para ajuizar ação civil pública e exerce uma constante vigilância sobre os atos dos poderes executivo e legislativo em todas as esferas, o que resulta em indispensável contribuição à representatividade.

Assim posto, mapeado as inúmeras formas de participação popular, faz-se importante recortar para o presente trabalho aquelas que foram efetivamente utilizadas para a revisão do Plano Diretor Municipal de São Carlos-SP, objeto desta pesquisa, numa análise comparativa.

4.1 Alguns Limites Encontrados para Participação Popular Direta no Planejamento Urbano

Reconhecidamente, a análise crítica das condições existenciais no ambiente urbano clama por profundas investigações de seus postulados percebidos como reducionistas e simplificadores de uma realidade em ebulição, conforme o filósofo Lefebvre (1991), visto terem sido estabelecidos preponderantemente sob a ótica do modo de produção capitalista, norteadora por muito tempo de comportamentos

sociais que extrapolaram o ambiente de produção para atingirem modos de vida urbanos e seus reflexos na política. Cabe definir, indagando, qual o sujeito a quem se deve servir? que segundo Lefebvre (1991, p. 56), citando Nietzsche, afirma que: “[...] à este homem de agora, a este projeto inacabado em perpetua transformação [...]”, o que torna necessário e urgente deixar para trás os mitos e limites da vida rural e da prática vigente de caráter conformista e submissa e, passar a melhor entender e conceituar as potencialidades ensejadas pela atualidade e as premências da sociedade urbana. Se até então prepondera uma prática que prestigia a concentração de poder político, cujas decisões determinantes são de caráter unilateral, de cima para baixo, urge reverem-se os conceitos de estrutura, função e formatação hierárquica de poder, que se acham em visível desacerto. Identificar e reconhecer seu alcance, seus ares de validez, seus limites de validação e suas relações recíprocas, e mais, buscar a compreensão de que os cidadãos fazem parte de um todo e que, sem privilegiar nenhuma das partes, possa se garantir certa independência e uma relativa autonomia, são aspectos constituintes de um sistema dogmático e pleno de significações no que se refere ao estruturalismo, formalismo e funcionalismo. Tanto os políticos como os cidadãos, em suas várias categorias sócio econômicas, se sustentam segundo uma rede de significações, num sistema que não é estático e que estão sujeitos a variações de acordo com a sociedade ou da parcela de sociedade a qual pertencem. Cabe lembrar que “[...] *o homem é um animal suspenso em redes de significância que ele mesmo criou*[...]”, ensina Geertz (2003, p. 121). Uma má explicitação dessas significações pode comprometer toda a eficácia do regime democrático, em função dos erros que estão a atribuí-las, numa racionalização simplória das *práxis* política da qual se têm apenas frágeis noções, ideias e projeções de como são realmente e como tendem a se tornar futuramente, onde se manifesta preponderantemente o compromisso individualizado em si e em seu grupo de interesse. A civilidade do comportamento das pessoas tende a refletir a honestidade de seus governos, que por sua vez reflete a qualidade e a idoneidade de seus atos, como se apresenta em Khanna (2008). Para este autor, a corrupção é praticamente invisível no Primeiro Mundo, desenfreada no Terceiro e sutil no Segundo, o que torna fácil posicionar-se o Brasil. Considerando-se que a globalização enfraquece o domínio burguês, faz-se necessária uma democracia mais forte para ser mediadora entre grupos de interesse cada vez mais poderosos, com representatividade efetiva entre capitalistas, sindicatos e as classes menos

favorecidas, o que começa com uma reforma fiscal para que seus efeitos distributivos dos serviços constitucionalmente atribuídos ao estado prover, venham a ter um caráter equitativo, conforme Khanna (2008). De fato, o poder concentrador da economia neoliberal globalizada identifica-se pela intensidade acelerada de indivíduos e grupos sociais a partir do pouco conhecimento que detém. Existe uma relação biunívoca entre tecnologia (inovação) e Capital, cada qual realimentando e empoderando o outro e conseqüentemente, excluindo os menos (ou, não) preparados e agredindo o meio ambiente. Esses fenômenos de concentração para poucos e de exclusão, para a maioria, afeta as relações de poder e de participação cidadã, uma vez que a tecnologia não é politicamente neutra.

Ainda que a forma democrática nos moldes adotados pelo Brasil, se pressuponha uma tênue participação popular nos processos de tomada de decisões públicas e se disponibilize inúmeros instrumentos legais aplicáveis para sua consecução, de modo a garantir a contextualização de Estado Democrático de Direito, longe está de se obter legítima efetividade (OLIVEIRA et al., 2016).

Reconhece-se que o processo é complexo e contraditório por envolver o estado, cidadão, sociedade e mercado, em seus interesses difusos ou concentrados, entretanto apesar de passados vinte e oito (28) anos da promulgação constitucional, verifica-se que a participação popular ainda é incipiente e necessita de processos de revisão, como acima apresentada. Esta caótica condição de não participação pode ser explicada pelas razões que se apresentam a seguir:

- i. falta de estrutura adequada para fornecer acesso aos cidadãos e com vistas a efetivar esta participação. Compreende estrutura as questões físicas e espaciais, locais adequados para as pessoas se reunirem e debaterem sobre as questões municipais. Esses locais podem ser físicos ou virtuais. As atuais estruturas se apoiam fortemente nas práxis e menos nos projetos técnicos e científicos a partir de ideologias e calcados em humanismo, segundo Lefebvre (1991) o que tende a perenizar o *status quo* ante detrimento das possibilidades de uma evolução construtiva em direção à uma sociedade harmônica.

A falta de interesse de quem detém o poder em não dividi-lo consensualmente e assim persistir em tomar as decisões que lhe convier, distanciando a população do governo, o que verticaliza, de cima para baixo, as decisões sem chances de reflexões mais

amadurecidas. Ressalta-se aqui, segundo Schmitt (1992), o conceito de neutralidade do estado no regime democrático, onde se supõe que as decisões se baseiam na escolha da maioria tendo-se em vista o interesse coletivo. De maneira distorcida, entretanto, o estado sob controle de representantes de grupos hegemônicos não se comporta com isenção e neutralidade, uma vez que a ele resta intervir de acordo com os interesses localizados em grupos de poder, dado o desequilíbrio dos setores, o que implica dizer que, por princípio, a democracia não atua literalmente com autonomia de sua gestão, estando sim submetida de alguma forma, às forças de frequência e intensidade variadas de interesse individualizado.

- ii.* distanciamento geográfico do centro decisório do país. O Distrito Federal se acha localizado, dadas as dimensões nacionais, de certa forma, convenientemente longe da maioria das pessoas que, em seus estados e municípios, se disponham a acompanhar as decisões governamentais. A elas cabe tomar conhecimento dos fatos indiretamente, somente por meio dos canais de comunicação disponíveis e nem sempre estes se acham acessíveis à maioria. A falta de clareza e a democratização das informações, de maneira interativa ou responsiva, caracterizam um dos fatores que ensejam a centralização do poder político na União, relegando aos Estados e Municípios aspectos secundários ou já decorrentes de decisões tomadas. A falta de transparência nos atos da administração pública, em consequência contribuem fortemente para a dissociação cognitiva dos cidadãos, o que pode caracterizar uma prática intencional do poder dominante, à sua conveniência.
- iii.* os baixos níveis atingidos pela educação formal da maioria das pessoas constituem-se num dos importantes fatores conducentes ao exercício pleno da cidadania, afetando também outros aspectos como a capacitação para o trabalho e para um desempenho com qualidade e com produtividade. Numa condição cidadã hipossuficiente, regida pelo analfabetismo ou pelo analfabetismo funcional, descrito por Brecht (2007) as pessoas desinteressam-se pelas decisões políticas e, mesmo não confiando na figura do cidadão político, entregam a

responsabilidade da administração pública para um pseudorrepresentante, terceirizando seus deveres e direitos, à mão beijada. Também, cabe afirmar que os baixos níveis de qualificação e o desinteresse propagado, não contribuem para a formação lideranças hábeis para assumirem a responsabilidade de representar seus pares uma vez que individualmente não se constroem pessoas com um olhar crítico sobre as distorcidas informações que lhe são passadas e sobre a realidade sob as quais vivem.

- iv. os meios de comunicação em geral: a imprensa escrita, televisiva, digital ou falada, possuem alto índice de receptividade pela população, sendo que as informações transmitidas tornam-se “verdades absolutas”, uma vez que a versão chega a ter mais impacto que o fato. Na aldeia global, a ação da mídia caracteriza um poder paralelo que se sobrepõe à ação de políticos, de maneira que se estabelece uma relação de sujeição destes, favorecendo-os ou desprestigiando-os em convenientes alinhamentos. Nesse sentido foi cognominado o 4º poder. Com isso, ocorre uma relativização do conceito puro de democracia.
- v. no mundo atual, da *geração Y* ou da *geração @*, vem ocorrendo uma forte tendência à individualidade comportamental em detrimento do sentimento coletivista ou de solidariedade comunitária. A fragilização do espírito coletivo dos cidadãos somada à percepção de uma imagem fortemente negativa da classe política faz com que os cidadãos de bem, potenciais líderes políticos se mantenham afastados das lides ao mesmo tempo, em que, em sentido contrário, as pessoas que tomam a frente e se apresentam, são rechaçadas ou postas sob suspeição de pronto, pela coletividade. Esta individualização das pessoas, é algo preocupante na formação do país, uma vez que contribui para o enfraquecimento da doutrina, dos valores, do espírito das regras de conduta entendidos como princípios fundamentais na construção de cidadãos civilizados, segundo Colenci Junior (2000).
- vi. a impossibilidade prática sob as limitações de caráter: legal, institucional, corporativa prevalentes de se exercer em sua plenitude a função controle, segundo Souza (2002) se verifica por ser a política autárquica não transparente e infensa às melhores intenções por quem

de direito. Com a sentida ausência, e por que não, intencional, de mecanismos verdadeiramente eficazes de controle e pelas condições de impunidade reinante, tornam o âmbito de atuação direta ou indireta da política pública, presa fácil da manipulação e da corrupção endêmica, o que só reforça aquilo que, nas ideologias e teorias elitistas chega a ser estabelecido como uma espécie de virtude cívica (caso contrário, sua inexistência “sobrecarregaria” o sistema político com suas infundáveis demandas e seus desejos de participação). Assim sendo a apatia política resulta na pronta aquiescência de se deixar a “política” para os “políticos”! Neste aspecto, quando o cidadão que não gosta de política e de se envolver em política, certamente deixará a cargo dos políticos decidirem seu destino, por ele.

vii. o “distanciamento social” que gradualmente se estabelece a partir da legitimidade da ação das lideranças populares, da lida em tempo real, em direção ao deslumbramento, ascensão e comprometimento aos atrativos e confortáveis patamares de mordomia de uma aristocracia política, distanciando-os de seus compromissos originários sob novos interesses.

Das razões apresentadas, com aplicação em maior ou menor intensidade, entre outros, estão a persistir as manifestações e os esforços voluntariosos das pessoas de se comprometerem e de participarem diretamente das tomadas de decisões. Embora os governos de esquerda propugnem que tais iniciativas encontrem ressonância em sua ideologia, a prática vigente demonstra que tais ações tem um caráter mais aparente do que um estágio real de participação, dada a orquestração e a profissionalização de “mentores” que encabeçam os movimentos reivindicatórios, que mesmo sendo legítimos, se verificam intempestivamente, de maneira não propositiva, resultando em ações inócuas na maioria dos casos. Para Lefebvre (1991) os movimentos de reivindicação social devem se apoiar nas classes operárias, sob a tutela da esquerda. Entretanto, o fato mais significativo é o de que as classes operárias em seu cotidiano, são treinadas e atuam de forma disciplinada em empresas de cultura capitalista, sob princípios organizacionais e capacitação produtiva, que entre outras atribuições prestigiam a livre iniciativa e a criatividade, e a formação de lideranças produtivas. Características que, extrapolam os limites das empresas e repercutem nas famílias e nas comunidades onde vivem, o que

representa um relevante ponto de partida. Sob este ponto de vista, não são desprezíveis as considerações de renomados pesquisadores de que os excedentes gerados pelo capitalismo é que têm permitido, por transbordamento, atenderem-se as mais agudas demandas sociais ao longo do tempo, mesmo com evidentes falhas, como o fato de ser um modelo fortemente excludente.

5 A QUESTÃO DO CONTINGENCIAMENTO DA PARTICIPAÇÃO CIDADÃ

Uma das perspectivas para o melhor equacionamento da questão da participação popular pode ser direcionada para o contingenciamento de seus limites sob os olhares subjetivo, qualitativo e quantitativo dos vetores que venham a definir representatividade legítima, direta ou indiretamente. Esta pesquisa não encontrou, até este ponto, relatos sobre este importante aspecto: *as possibilidades de estabelecimento de limites ou o contingenciamento*, no tratamento do tema. Ocorre que por falta de métrica e parâmetros hábeis para se avaliarem a legitimidade de propósitos e as competências relacionadas ao engajamento dos cidadãos na política, em seus grupos de interesse, toda sorte de distorções e descalabros no uso das ferramentas de participação popular, embora existentes, ganham corpo. As variáveis representativas da participação popular podem ser caracterizadas como Variáveis de Entrada e Variáveis de Saída, sendo um dos problemas centrais aqueles que se referem à atribuição de pesos e valores adequados aos diversos parâmetros de influência. Uma vez estabelecidos, têm-se de fato, atribuído ao sistema geral que contextualiza a representatividade cidadã, uma individualidade quantitativa, habilitando-o a aceitar conjuntos prescritos de variáveis de entrada e transformá-las em correspondentes conjuntos singulares de variáveis de saída, conforme Azimow (1968). Se os parâmetros forem considerados satisfatoriamente, as variáveis de saída resultantes serão aceitáveis em *espécie* e *valor* contanto que, naturalmente, a concepção do problema original em discussão, represente, potencialmente *soluções satisfatórias*. Em síntese, a questão da participação cidadã, constitui-se em um procedimento de escolhas entre variáveis qualitativas e quantitativas, subjetivas ou objetivamente estabelecidas, a serem analisadas sob uma sistemática racionalidade e estilo de liderança, num chamado conjunto ótimo de parâmetros. Se as eventuais pressões dos diversos setores interessados vierem a alterar as variáveis de entrada, as variáveis de saída acusarão modificações que poderão ser pacificamente aceitas ou não, estabelecendo-se situações controversas

com consequências imprevisíveis. Este conjunto ótimo de parâmetros a serem escolhidos tem significância se resultante de critérios escolhidos e apropriados à discussão do problema em questão. A subordinação de determinados parâmetros a interesses específicos, condicionando-os, coloca o critério em condição de *subotimização*, afastando-o dos seus mais altos objetivos com consequências funestas. Pesquisa Operacional e sistemas computacionais de representação matemática, simulações são ferramentas indispensáveis na busca de soluções de problemas complexos onde subjetividade, cultura, clima organizacional, governabilidade, liderança e análise situacional têm inevitável peso em questões tecnológicas, estratégicas, econômicas e tempestivas.

A prevalência de ambiguidade na participação representativa, que em essência é feita por *pessoas*, exige flexibilização entre humanismo e racionalidade, intransigência e tolerância, uma vez que estas se opõem, argumentam, contradizem, desacreditam, duvidam, agem com hipocrisia, improvisam, se antagonizam, desconfiam, vacilam, questionam, desaprovam, se omitem, e se revelam num conjunto de atitudes que conduzem à incompatibilidade e a instabilidade no processo de tomada de decisões, segundo Weick (2003) e que, como explanado, por não deterem capacidade técnica para promover o bem comum, fazem surgir a indagação se é necessário estabelecerem limites nas decisões coletivas, ou seja, se compete e de que forma isso se dará, à maioria, decidir a favor ou em detrimento, em desfavor da coisa pública ou do próprio interesse coletivo.

Essas indagações acarretam reflexões de importante significação pois, muitas opções discursivas podem ser levantadas, como por exemplo:

- *participação popular x meio ambiente*: o coletivo pode decidir sobre questões que irão interferir de forma desastrosa na natureza a bem do progresso. Como exemplo: pode a decisão coletiva desrespeitar uma área de preservação para passar uma estrada de rodagem ou para construir obras de moradia em morros, canalizar um rio para ampliar a área de ocupação do solo, as áreas de expansão municipal ter como vetor locais de bacias hidrográficas. Pode o coletivo decidir por regularizar área invadida que é certo os desastres ambientais, entre inúmeras outras hipóteses. Ao que parece não existe lógica em permitir tal descalabro, sendo que o estudo técnico é muito mais importante que qualquer decisão coletiva;

- *participação popular x patrimônio histórico e cultural*: mesma interpretação deve-se ter no presente caso, tal como: pode em decisões formadas coletivamente interferir no patrimônio histórico e cultural, como por exemplo: a demolição de prédio histórico que geralmente estão localizados em áreas centrais para construção de um complexo esportivo ou, residenciais modernos. Ocupação de prédios históricos para instalação de serviços públicos, ou dar-lhes outra destinação, sem a devida restauração ou preservação;
- *participação popular x gestão pública*: como pode o povo entender a complexidade e os meandros da administração pública direta e indireta, toda a legislação positivada como uma colcha de retalhos, que sequer o próprio administrador e sua equipe sabem ao certo o que é permitido. Além da dificuldade em entender o processo decisivo de como as decisões dos representantes são tomadas. O gestor público detém malícia e interesses passíveis de serem percebidos ou explicitados à população. Entende-se que transparência nas decisões deve ser a essência do negócio, no entanto, o processo de decisão coletiva chega a ser moroso e não respaldaria a urgência eventual que o poder público necessitaria;
- *participação popular x estudo técnico especializado*: não pode ser aceito o fato de que um estudo técnico venha a ser confrontado ou não, relegado ou desconsiderado, por uma decisão popular. Neste caso, cabe considerar o fato de que mesmo se a população decidir por correr o risco, a administração pública detém responsabilidade e não deve permitir tal fato. Não se pretende aqui privilegiar o tecnicismo em detrimento do fator humanista, mas a prevalência da razão, caso o coletivo decidir-se precariamente sobre algo que possa vir a ser prejudicial;
- *participação popular x rigor da lei*: apesar dos esforços governamentais no sentido de incluir nos textos das leis infraconstitucionais a participação popular direta como prestígio do exercício de cidadania e, da consideração legal de se penalizar o administrador público pela incorrência de atos administrativos dessa ordem, sob pena de improbidade administrativa, percebe-se, no entanto, que tais leis estão

sendo paulatinamente enfraquecidas e em vias de cair em desuso, pela falta de definição lógica-racional de sua aplicação ou de um modelo estruturado a ser seguido. Tem prevalecido, como prática corrente da vida política, o interesse na criação exacerbada de leis impositivamente, sem o compromisso de se estabelecerem rígidas possibilidades de controle de sua efetividade, ou seja, leis que não são feitas para serem cumpridas se esvaem no campo das “boas” intenções. Este aspecto, entre outros, reforça o contexto de prevalência do Direito Urbanístico.

- *participação popular x orçamento público*: trata-se de um programa desenvolvido na década de 80, na cidade de Porto Alegre³ que serviu de exemplo para o mundo, como um exemplo de participação popular contributivamente, no entanto, esta participação limitou-se ao setor de obras e serviços e ainda mais limitou a escolher entre um ou outro. Assim, o estudo técnico levanta as possibilidades e demandas para cada bairro ou zona urbana, e a população escolhe de forma mais limitada onde irá investir. São práticas comuns, em sentido contrário, dentro do folclore político, as que representam irreparáveis distorções perniciosas, como os investimentos em obras visíveis e de certo impacto tipo a construção de “chafarizes”, em detrimento de obras enterradas, como as de saneamento, ou, o prestígio do “efeito Aldeias Potemkin” descrito por Khana⁴, como aquele em que se determina a limpeza e pintura das regiões centrais mais visíveis das cidades, às vésperas das eleições. Oliveira (2015) afirma que o Orçamento Participativo é uma relevante forma de inclusão democrática dos diversos segmentos da sociedade civil, que orienta o governo na partilha com a população do poder de deliberação, por meio da escolha direta de representantes, adquirindo um caráter de cogestão dos recursos públicos. Infelizmente, salvo engano, possibilita uma discussão participativa e opinativa apenas sobre parte da problemática urbana, geralmente ligada mais diretamente aos problemas que afetam

³ Sobre um dos mais divulgados é orçamentos participativos, o de Porto Alegre, ver Santos (2002).

⁴ Aldeias Potemkin: do nome do militar, político e favorito de Catarina II da Rússia que teria forjado e retocado as fachadas e o aspecto das aldeias à beira do rio Dnieper, na Criméia, para causar boa impressão à czarina durante sua passagem de navio (KHANA, 2008, p. 28).

determinados indivíduos ou grupos. A gestão contributiva está a exigir a visão estratégica do todo municipal e uma clara discussão sobre recursos, competências e prioridades.

6 PREMISSAS E LIMITES DE ORDEM SUPERIOR NO ESTABELECIMENTO DE CRITÉRIOS

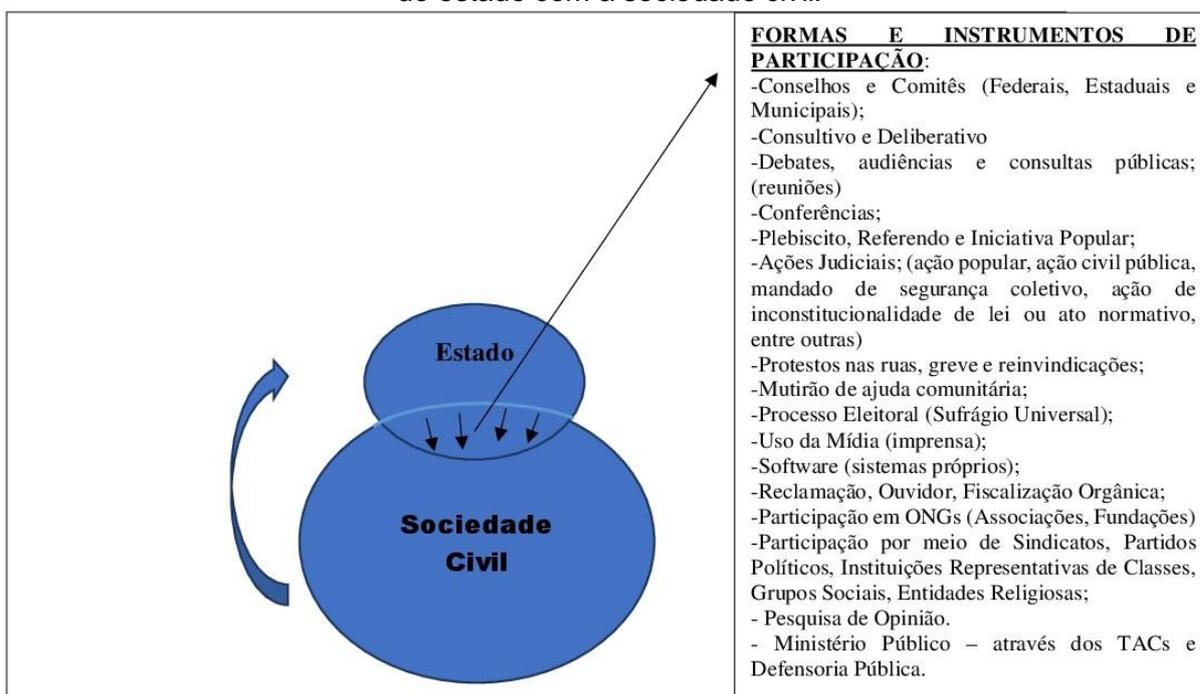
Certamente não poderiam ser negligenciadas as considerações essenciais de uma ação integrada e participativa, os parâmetros que venham a ser alinhados entre as premissas e a se constituírem critérios na adoção de limites de representatividade e de tomada de decisão. Entre eles podem ser apontados:

1. a limitação de recursos econômico-financeiros (exequibilidade econômica) e sua impossibilidade de utilização frente à magnitude de certos projetos, mesmo entendidos como aplicáveis; cabe lembrar as graves intercorrências descritas nas leis fundamentais da Ciência da Economia, ao estabelecer sua Lei Hedonista: *na qual o homem procura o máximo de bem estar com o mínimo esforço, o que enseja a cultura do oportunismo e do jeitinho*, em detrimento do *mérito*.; ou, a inequação matemática insolúvel, estabelecida pelas limitações entre os escassos Recursos disponíveis, sendo muitos não renováveis e, as impossibilidades de atendimento das Demandas, sempre crescentes, quanto ao comportamento individual e consumista ou ao acelerado aumento demográfico, não planejado, principalmente nas classes menos favorecidas ou nas populações em estágio de hipossuficiência;
2. a impossibilidade de irrealizabilidade física, por questões de competências tecnológicas ou de gestão, inexistentes, fracamente existentes ou intransponíveis;
3. a temporalidade decorrente de inexistência tempestiva de durações, prazos, sazonalidades; agravadas por significâncias em mandatos e não por compromisso de oferecimento de soluções válidas e duradouras;
4. as exigências prevalentes no estabelecimento de prioridades diante de emergências, criticidade, inadiabilidade, inevitabilidade;
5. a questão de visão estratégica (*visioning*) das lideranças frente a problemas ainda latentes e potenciais, mas de relativa iminência, fato

nem sempre percebido pelas pessoas comuns; as perspectivas de longo prazo são limitadas aos efeitos políticos de um mandato:

6. a idiossincrasia do líder no comando do executivo municipal e seu estilo de exercer o comando. Afinal *ele é quem tem a caneta...* e que é o responsável direto por suas decisões;
7. o forte papel das comunicações de massa na indução de decisões, com ou sem manipulação, com ou sem o endereçamento a interesses específicos;
8. a necessidade de se estabelecerem “filtros” em diferentes níveis de seleção, em direção aos fatores: oportunidade; mérito; conveniência, temporariedade; disponibilidade de recursos; escolha entre demandas de amplitudes equivalentes; considerações táticas e operacionais.

Figura 1 – demonstrativo da importância da participação popular em relação a proximidade do estado com a sociedade civil.



Fonte: Elaborado pelo autor. (2017)

A presente figura demonstra que o estado possui uma relação de poder verticalizado, de cima para baixo, em relação a sociedade civil, contrariando o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal que normatiza esta temática, assim expresso “*todo poder emana do povo, que exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente*”, o que se vê na prática é que o estado se sobrepõe a vontade do povo e fica muito distante da realidade dos anseios desta. Assim, a

participação popular de forma direta ou semidireta é uma tentativa de trazer o Estado em um contorno mais horizontalizado, no sentido de suas decisões, para a sociedade civil.

Conforme tratado no presente artigo, na tentativa de criticar estas formas limitadas de decisões compartilhadas, traçou-se aqui quais são os instrumentos participativos existentes e quais as limitações por eles enfrentadas, tanto intrínsecas como extrinsecamente.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do explanado observa-se que a participação popular, apesar de importante para o desenvolvimento da cidadania e de um Estado Democrático de Direito necessita ser repensada para se superar as inúmeras possibilidades de alijamento, de alienação ou mesmo as barreiras que se apresentam a uma participação direta ou indireta, clara e legítima, de forma construtiva. Ao se pensar em Gestão Participativa se faz necessário considerar-se que a população detenha em seu âmago, um espírito coletivo e solidário, aliado a um raciocínio crítico e produtivo, voltados e comprometidos com a autogestão, o que significa um nível de maturidade em que o próprio cidadão trate a coisa pública como se sua fosse, com o adequado zelo e ordem e não, com o descaso prevalente. O cidadão precisa se sentir integrado e capaz de participar deste complexo sistema formado, precisa perceber-se em pertencimento nesta sociedade cujos movimentos são preponderantemente no sentido de *distanciamento* e de *individualização*. As questões fundamentais se situam em fatores gerais de caráter nacional: doutrinário e ideológico, e em aspectos intrínsecos de uma determinada comunidade, tais como: estilos de liderança, competências e capacitações com o reconhecimento, identificação e superação de suas perspectivas estratégicas através de: seus pontos fortes e pontos fracos; vulnerabilidades e potencialidades; visão do universo (*visioning*), com suas de oportunidades e de riscos: sustentabilidades econômica e política; governo e governabilidade; conjunturas dos fatores externos de influência (clima organizacional); maturidade gestora e maturidade cultural dos agentes de decisão e de participação. De modo geral, as demandas municipais se situam muito além do que estabelecem os parâmetros: tecnológicos, organizacionais e econômicos, recaindo, com forte intensidade e simultaneamente, na subjetividade dos aspectos qualitativos, o que aumenta a complexidade do processo de tomada

de decisão. Daí a busca por critérios a serem estabelecidos, através de meticulosa análise dos fatores de influência, quanto à sua intensidade, direção e sentido, a serem considerados como vetores representativos das manifestações populares, democraticamente, de modo que permitam delinear os limites de uma participação política, social e economicamente construtivas. Limites como fronteiras que permitam a circunscrição dos problemas em pauta, que algo além da subjetividade ou de circunstâncias causais que insistem em perenizar condições já inaceitáveis de tomada de decisão unilateralmente ou, de cima para baixo, mas uma ferramenta de apoio efetivo, de caráter motivacional, indutor da participação popular e do surgimento de novas lideranças em apoio ao processo de decisão. Para tanto, situa-se o município como o laboratório da prática democrática, onde as instituições, os mecanismos de integração e a proximidade de seus agentes, sem seus diferentes papéis tem condições efetivas de compartilhar ideias e propor soluções.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, L. **Participatory institutions in democratic Brazil**. Baltimore, MD: John Hopkins University Press, 2009.

AVRITZER, L.; SOUZA, C. H. L. de (Org.). **Conferências nacionais: atores, dinâmicas participativas e efetividade**. Brasília, DF: IPEA, 2013.

AZIMOW, M. **Introdução ao projeto de engenharia: técnicas de otimização**. São Paulo: Ed. Mestre Jou, 1968.

BONAVIDES, P. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 5 maio 2015.

BRECHT, B. **O Homem é um homem**. São Paulo: Ed. Autêntica, 2007.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). **Partidos políticos registrados no TSE**. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

BRITTO, C. A. Distinção entre controle social do poder e participação popular. **Revista de Direito Administrativo (RDA)**, Rio de Janeiro, n. 189, p. 114-122, jul./set., 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45286/47723>>. Acesso em: 12 jul. 2015

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CHAMBERS, W. N.; SALISBURY R.H. **Problemas e perspectivas atuais da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar Ed., 1966.

CHAUÍ, M. **Cultura e democracia**: um discurso competente e outras falas. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1993.

COLENCI JUNIOR, A.; PADRONI, R. M. **Inovação Produtiva e Competitividade Sistêmica**. São Carlos – SP: Broch, 2000, p.148 e 155.

DAHL, R. A. **Polyarchy**: participation and opposition. London: Yale University Press, 1971.

DINIZ, E. **Voto e máquina política**: patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1978.

FUNG, A.; WRIGHT, E. O. **Deepening democracy**: institutional innovations in empowered participatory governance. London: Verso, 2003.

GEISSEL, B.; NEWTON, K. **Evaluating democratic innovations**: curing the democratic malaise. London: Routledge, 2012.

GEERTZ, C. The Interpretation of Culture. In: Choo C.W. **A Organização do Conhecimento**. São Paulo: Ed. Senac, 2003. 121 p.

GOHN, M. da G. **Conselhos gestores e participação sociopolítica**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2011. (Questões da nossa época, v. 32).

HABERMAS, J. **Between facts and norms**: contributions for a discourse theory of law and democracy. Cambridge: MIT Press. 1989.

INSTITUTO DE PESQUISA E ECONOMIA APLICADA. **Conselhos nacionais**: perfil e atuação dos conselheiros. Relatório de Pesquisa. Brasília: IPEA, 2013. Disponível em:

<www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/relatoriofinal_perfil_conselhosnacionais.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

KHANNA, P. **O segundo mundo**: impérios e influência na nova ordem global. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2008.

LEFEBVRE, H. **O Direito à cidade**. São Paulo: Moraes, 1991.

MANSBRIDGE, J. **Beyond adversary democracy**. Chicago: University of Chicago Press, 1983.

MANSBRIDGE, J.; PARKINSON, J. Deliberative systems: deliberative democracy at the large scale. Cambridge: Cambridge University Press, 2012. 1-26 p.

MODESTO, P. Direito e Poder Político. Estado e Direito - O Problema da Legitimidade. In: **Revista dos Tribunais (RT)**, São Paulo, ano 84, v. 711, jan., p. 57-62, 1995.

MORAES, A. de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas 2012.

MOREIRA, L. F. **A democracia participativa no estado democrático brasileiro**. 2009. 69 f. Monografia (Especialização)-Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2009.

NOGUEIRA, M. A. A dimensão política da descentralização participativa. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 11, n. 3, p. 8-19, 1997. Disponível em: <<http://pesquisa.bvsalud.org/portal/resource/pt/lil-413258>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

OLIVEIRA, C. M. **Democracia representativa em questão**: participação popular no processo legislativo de revisão do plano diretor de São Carlos, SP. São Paulo: FAPESP, 2016.

OLIVEIRA, C. M. et al. **Democracia participativa no direito urbanístico**. São Carlos: EdUFSCar, 2016. 131 p.

OLIVEIRA, F. P. **Cidades em crise**: os problemas e (algumas) possíveis vias de soluções em Portugal. São Carlos. Ed. Rima, 2015.

OLIVEIRA, R. F. **Comentários ao estatuto da cidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PARÉS, M.; CASTELLÀ, C. **Criteria, metodologies i reflexions entorn l'avaluació de la participació ciutadana**. Barcelona: EPSU/IGOP/UAB, 2008.

PATEMAN, C. **Participation and democratic theory**. Cambridge: Cambridge University Press, 1970.

POGREBINSCHI, T.; SANTOS, F. Participação como representação: o impacto das **Revista de Ciências Sociais**, v. 54, n. 3, p. 259-305, 2011.

PONTUAL, P. Desafios à construção da democracia participativa no Brasil: a prática dos conselhos de gestão das políticas públicas. **Coleção Cadernos da CIDADE**, São Paulo, v. 12, n. 14, p. 27, nov. 2008.

INSTITUTO POLIS/INESC. **Projeto de pesquisa governança democrática no Brasil contemporâneo**: estado e sociedade na construção de políticas públicas: a arquitetura da participação no Brasil: avanços e desafios. Relatório Final. São Paulo: Polis/Inesc, 2011. Disponível em: <www.polis.org.br>. Acesso em: 28 fev. 2014.

SCHMITT, C. **O Conceito de político**. Tradução de Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.

SEELE, A.; PERUZZOTI, E. **Participatory innovation and representative democracy in Latin America**. Baltimore, MD: Woodrow Wilson Press/John Hopkins University Press, 2009.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SMITH, Graham. **Democratic innovations: designing institutions for citizen participation**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

SOUZA, M. J. L. **Mudar a cidade: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbana**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

SOUZA, Clóvis H. L. de et al. Conferências típicas e atípicas: um esforço de caracterização do fenômeno político. In: AVRITZER, Leonardo; SOUZA, Clóvis Henrique L. de. (Org.). **Conferências Nacionais: atores, dinâmicas participativas e efetividade**. Brasília: Ipea, 2013. p. 25-57.

TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. In: DAGNINO, Evangelina (Org.). **Sociedade civil e espaços públicos no Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 47-105.

UGARTE, P. S. **Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo**. São Paulo: Editora 34, 2004. p. 93-106.

URBINATI, N. **Representative democracy: principles and genealogy**. Chicago: Chicago University Press, 2006.

WEICK, K. E. Sensemaking in: organization. In: Choo, C. W. **A Organização do Conhecimento**. [S.l.]: Ed. Senac, 2003.

CAPÍTULO 7

A CONVENÇÃO 169 DA OIT E A POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PLURALISMO JURÍDICO NO BRASIL A PARTIR DA ARBITRAGEM INDÍGENA

THE ILO CONVENTION 169 AND THE POSSIBILITY OF RECOGNITION OF LEGAL PLURALISM IN BRAZIL FROM INDIGENOUS ARBITRATION

Simone Cristine Araújo Lopes¹

RESUMO

O trabalho visa a abordar a possibilidade de implementação da Arbitragem para a realização de uma justiça indígena nos moldes do que já ocorre em países andinos, especialmente o Equador, aqui analisado com maior profundidade. O instituto jurídico pode servir como instrumento de efetivação dos direitos indígenas reconhecidos pela Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), já reconhecida pelo Estado brasileiro, embora ainda carente de aplicação prática. Trata-se de reconhecimento jurídico aos povos originários que habitaram, por primeiro, as terras latino-americanas e, por isso mesmo, detentores de direitos irrenunciáveis e inalienáveis, conforme já defendiam autores da Idade Moderna como Francisco de Vitória. O artigo parte de uma releitura do conceito de função jurisdicional, atividade típica do Poder Judiciário, que não afasta a possibilidade dessa prática funcional por qualquer pessoa, conforme legislação brasileira sobre a Arbitragem que aponta a qualquer pessoa capaz de exercer a função de árbitro eleito pelas partes em litígio.

Palavras-chave: Direitos indígenas. Função jurisdicional. Justiça indígena.

ABSTRACT

The present work aims to address the possibility of implementing Arbitration among indigenous people in order to attain a justice system alike the one present in Andean countries, especially Ecuador, which is examined here in depth. The judicial institute

¹ Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Mestra em Direito Público e Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. Professora Assistente II do Departamento de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, campus Governador Valadares. Associada ao Instituto dos Advogados de Minas Gerais e do Grupo de Estudos em Direito Eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

may work as an instrument of realization of indigenous peoples rights as recognized by the C169 - Indigenous and Tribal Peoples Convention, (ILO), already acknowledged by the Brazilian government, although still lacking practical application. The C169 is about judicial recognition of the original inhabitants of Latin American lands and, because of that, are the holders of unwaivable and inalienable rights, in accordance with what was argued by authors from Modern times such as Francisco de Vitória. The article is based on a re-reading of the concept of a jurisdictional function, a typical activity of the Judiciary, which does not exclude the possibility of this functional practice by any person, according to Brazilian Arbitration Law that points to any person capable of exercising the function of arbitrator elected by parties to the dispute.

Keywords: Indigenous rights. Jurisdictional function. Indigenous justice.

1 INTRODUÇÃO

Tendo em vista recentes notícias de júris envolvendo comunidades indígenas na região da Amazônia brasileira, bem como a realidade latino-americana que deu um giro para uma forma radical de democracia por meio de novas Constituições, especialmente, a equatoriana de 2008, analisada neste artigo, é que se delinea a aplicação prática pelos países signatários da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, mormente quanto à forma alternativa de resolução de conflitos.

Assim, a análise do presente trabalho, embora faça um breve resgate histórico sobre os direitos indígenas e seu papel no contexto do período colonial e após as independências dos países da América espanhola (Equador, sob análise) e lusitana (Brasil), tem como foco a efetividade dos direitos dos povos originários, especialmente numa perspectiva de plurinacionalidade e interculturalidade.

A questão que se busca responder é se é possível pensar numa Justiça Indígena em território brasileiro tal como ocorreu quanto ao reconhecimento desse mesmo tipo de exercício de função jurisdicional em terras equatorianas, mediante reconhecimento expresso na Constituição da República do Equador de 2008 da “Justiça Indígena”.

Para a resposta, num primeiro tópico, se delineará o marco teórico quanto à conceituação da função jurisdicional segundo a Teoria Geral do Processo.

No segundo tópico, será apresentado um breve histórico relacionado à polêmica jurídica suscitada pela chegada dos europeus em terras americanas, a partir de 1492, bem como a situação jurídica delineada aos povos originários na perspectiva dos colonizadores e como tal debate jurídico resultou no resgate sobre o reconhecimento dos direitos aos indígenas a partir de um conceito jurídico de pluralismo jurídico coexistente não só no período colonial como nos tempos atuais.

Num terceiro tópico, será trazida a previsão legislativa brasileira e equatoriana quanto à aplicação da Convenção 169 da OIT e se, a despeito da ausência de norma constitucional expressa na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como na Constituição da República do Equador de 2008, é possível a efetivação da “Justiça Indígena” nos moldes de uma Arbitragem e seu alcance para os indígenas brasileiros.

Assim, se poderá chegar à conclusão mediante o método adotado e conforme delineado a seguir, de forte embasamento histórico que, quanto à matéria, é por vezes, olvidado, especialmente levando em consideração as referências do devir dos institutos jurídicos, isto é, uma certa repetição quanto à aplicabilidade de seus institutos que a tradição indígena tanto gosta de enfatizar, isto é, encarar o decorrer do tempo não como linear, típico dos ocidentais e da tradição europeia, mas cíclica.

2 MATERIAIS E MÉTODOS

A pesquisa para realização da presente pesquisa inovadora se deu com uso de fontes dogmáticas e clássicas do Direito, isto é, a análise das normas jurídicas e doutrina, aplicadas ao tema. Para tanto, recorreu-se ao método analítico-dogmático de teor dedutivo.

Enfatize-se a pesquisa de campo, no Equador, realizada pela articulista, que pode ouvir pessoas envolvidas com a prática da “Justiça Indígena”.

3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1 Função Jurisdicional na tríade da Teoria Geral do Processo

Reconhece-se que, na Teoria Geral do Processo, houve várias evoluções democráticas quanto aos elementos sobre a Ação² e o Processo³, remanescendo a

² Nesse sentido, indica-se como obra de grande impacto de meados do século XX, originado do Projeto Florença (CAPPELLETTI, 1988).

³ Cite-se como exemplo de uma perspectiva democrática sob o marco teórico de Jürgen Habermas e a Teoria da Ação Comunicativa (NUNES, 2012).

Jurisdição de uma abordagem mais ousada até mesmo pela forma como se institucionalizou o exercício desse viés pelo Poder Judiciário, somente, e, por isso mesmo, exclusivamente vinculado à pessoa jurídica do Estado. É o Estado-juiz ladeado ao Estado-legislador e Estado-executor conforme as três perspectivas clássicas do exercício do poder soberano.

É clássico tratar a função jurisdicional como instituto que pendula entre o exercício do papel do Estado na prestação do serviço jurisdicional e a lide, como sustentavam Carnelutti (1944) e Chiovenda (2000)⁴.

No entanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência andaram extravasando as bordas dessas teorias para o reconhecimento de que, sim, o particular pode ser detentor do poder de julgar com capacidade de coisa julgada com a figura do árbitro em legislações que considerem o laudo arbitral como verdadeira sentença prolatada por juiz de fato e de direito⁵, como ocorre na Lei Brasileira de Arbitragem (LAB), a Lei 9.307/96, e - por que não dizer? – as decisões das comunidades indígenas ou de índios julgadores, conforme autoriza a Constituição da República do Equador, que incluiu a “Justiça Indígena” entre os órgãos do Poder Judiciário daquele país andino.

O fato é que, depois da fase histórica de pouco mais de dois séculos da técnica judicial, isto é, da exigência do bacharelado em Direito para o exercício do cargo de juiz togado, somente este apto para a função jurisdicional soberana, delineia-se nos diplomas legais de aqui e acolá o resgate de figuras populares para o exercício daquilo que se convencionou chamar de Jurisdição Popular que, segundo Lopes (2017, p. 289), é

[...] espécie de Jurisdição fundada na soberania popular, prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em especial, por meio da qual qualquer do povo, desde que civilmente capaz, é potencial titular da função jurisdicional característica do órgão do Poder Judiciário, embora com os limites de competência traçados pela Lei de Arbitragem e pelos artigos do Código de Processo Penal quanto ao jurado, membro do Conselho de Sentença de um Tribunal do Júri, cujas decisões finais são capazes de coisa julgada.

De fato, no Brasil, a Justiça Pública foi obra iniciada pelo Ministro Nabuco de Araújo, pai de Joaquim Nabuco, quando aquele fora membro do gabinete imperial do governo brasileiro em meados do século XIX, mais exatamente em 1843, como

⁴ Obra originalmente publicada em 1903.

⁵ “Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” (BRASIL, 2015, p. 1208)

pontua Viana (1999, p. 502). Instituição que afastou o exercício de processar e julgar a qualquer do povo, como se deu em grande parte da história do direito, de que tratou Nequete (2000), Leal (2012) e Bastos (1870)⁶.

Não bastou a instituição da Justiça Pública. Ela tinha que ter efetivo poder estatal como um dos três elementos de soberania que consagrou o princípio da separação dos poderes, por muito tempo defendido entre nós. E esse Poder Judiciário com função de guarda das normas constitucionais foi inaugurado pelo Decreto 848 de 1890 (BRASIL, 1890) que criou a Justiça Federal e delineou a competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o controle de constitucionalidade dos atos de outros poderes, já na nascente República, antes mesmo da redação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 (BRASIL, 1891).

Talvez, justamente, por ter esse poder estatal típico de poder político, além do poder jurídico, é que a jurisprudência vacilou por um tempo para declarar os atos decisórios arbitrais como efetiva função jurisdicional. É nessa perspectiva que vem a calhar a decisão do Supremo Tribunal para a legislação federal, isto é, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), como se vê no acórdão abaixo:

PROCESSO CIVIL. ARBITRAGEM. NATUREZA JURISDICIONAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA FRENTE A JUÍZO ESTATAL. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR DE ARROLAMENTO. COMPETÊNCIA. JUÍZO ARBITRAL.

1. A atividade desenvolvida no âmbito da Arbitragem tem natureza jurisdicional, sendo possível a existência de conflito de competência entre juízo estatal e câmara arbitral.

2. O direito processual deve, na máxima medida possível, estar a serviço do direito material, como um instrumento para a realização daquele. Não se pode, assim, interpretar uma regra processual de modo a gerar uma situação de impasse, subtraindo da parte meios de se insurgir contra uma situação que repute injusta.

3. A medida cautelar de arrolamento possui, entre os seus requisitos, a demonstração do direito aos bens e dos fatos em que se funda o receio de extravio ou de dissipação destes, os quais não demandam cognição apenas sobre o risco de redução patrimonial do devedor, mas também um juízo de valor ligado ao mérito da controvérsia principal, circunstância que, aliada ao fortalecimento da Arbitragem

⁶ Bastos (1870) é um dos exemplos de teórico do século XIX que apontavam os EUA como modelo a seguir na organização jurisdicional, embora fizesse várias ressalvas para adequar à realidade brasileira, o que mostra um jurista crítico e de pensamento decolonizador, ainda muito pouco conhecido entre nós, atuais pesquisadores do Direito brasileiro, que atribuímos a Rui Barbosa, por assim dizer, a “paternidade” da ideia do modelo constitucional dos Estados Unidos na República brasileira. Em verdade, o estudo dos modelos judiciais franceses e americanos já era moeda corrente em obras de bacharéis formados tanto em São Paulo quanto Recife nas novas faculdades de Direito, indicativo do prestígio notado por Adorno (1988) quanto à ascensão dessa nova elite, verdadeira nova classe social do Brasil independente.

que vem sendo levado a efeito desde a promulgação da Lei nº 9.307/96, exige que se preserve a autoridade do árbitro como juiz de fato e de direito, evitando-se, ainda, a prolação de decisões conflitantes.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Tribunal Arbitral (BRASIL, 2014).

Essa decisão do colendo STJ é paradigmática porque admitiu Conflito de Competência fulcrado no art. 105, I, *d*, da CR/88, isto é, que compete ao STJ “[...] processar e julgar, originariamente, os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, o, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.” (BRASIL, 2015, p. 84). Ou seja: colocou um tribunal arbitral cuja sede era em São Paulo no mesmo patamar de um juiz de direito integrante do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, partes no Conflito de Competência supracitado.

Assim, pode-se concluir, sem receio, que o paradigma atual para considerar um ato decisório como função jurisdicional é a capacidade para coisa julgada, como já defendia Allorio (1963) e mesmo Aroca et al. (2000) com seu “Derecho Jurisdiccional”, para ele, mais adequado que a terminologia da disciplina ou ramo jurídico como o “Direito Processual” corrente.

3.2 Escorço histórico sobre o pluralismo jurídico, plurinacionalidade e interculturalidade no exercício da função jurisdicional pelos indígenas

Como bem disse Santos (2013), a superação do paradigma do positivismo jurídico liberal do século XIX não se deu, como novidade, nos tempos atuais nos países andinos ou mesmo no Brasil, como já apontava o estudo de Wolkmer (2001), uma vez que o pluralismo jurídico era realidade admitida pelos países colonizadores em terras americanas, também trabalhado por Wolkmer (2007) em obra dedicada à história do direito. De fato, o “[...] pluralismo jurídico consiste no reconhecimento da existência de mais de um sistema jurídico no mesmo espaço geopolítico (o Estado).” (SANTOS, 2013, p. 21)⁷.

A importância na abordagem desse aspecto se dá por conta do fato de que a “Justiça Indígena” equatoriana admite, não só a concessão da função jurisdicional aos povos indígenas como, também, o direito, reconhecido pelo Estado na Constituição, de aplicar o direito costumeiro dessas comunidades, sendo várias de

7 Tradução do original espanhol: “El pluralismo jurídico consiste en el reconocimiento de la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geopolítico (el Estado).”

suas expressões herança do período colonial, embora haja quem conteste tal fato por considerar que o direito costumeiro indígena, na verdade, é o direito costumeiro dos povos indígenas no período colonial que assimilaram muito das regras legiferantes da nação espanhola.⁸ De fato, dispõe a Constituição equatoriana em seu Capítulo Quarto, da “Função Judicial e Justiça Indígena”, *ipsis literis*:

Art. 171. As autoridades das comunidades, povos e nacionalidades indígenas exercerão funções jurisdicionais, com base em suas tradições ancestrais e seu próprio direito, dentro de seu âmbito territorial, com garantia de participação e decisão das mulheres. As autoridades aplicarão normas e procedimentos próprios para a solução de seus conflitos internos, e que não sejam contrários à Constituição e aos direitos humanos reconhecidos em instrumentos internacionais. O Estado garantirá que as decisões da jurisdição indígena sejam respeitadas pelas instituições e autoridades públicas. Ditas decisões estarão sujeitas ao controle de constitucionalidade. A lei estabelecerá os mecanismos de coordenação e cooperação entre a jurisdição indígena e a jurisdição ordinária (ECUADOR, 2008, p. 121)⁹.

O fato de colonizadores reconhecerem o direito de os povos primitivos das Américas aplicarem e viverem segundo seu próprio costume advém do fato da polêmica advinda do evento do direito – ou não – de dominar, como senhores, as terras desbravadas. Vitória (1967) foi um dos doutrinadores que negou aos espanhóis tal direito, lançando as bases, até hoje, admitidas para fins do Direito Internacional Público. Em obra tão conhecida como a *Relectio de Indis*, Vitória (1967) prova que há soberanos e magistrados entre os indígenas tão legítimos quanto de qualquer outro Estado nacional conhecido naquela época, século XVI e, portanto, com direito de serem reconhecidos como legítimos donos das terras da América, negando, até, a teoria medieval de teor teocrático que, supostamente, daria à Igreja Católica Apostólica Romana a prerrogativa de mediar sobre questões territoriais do Velho Mundo e Novo Mundo. Logo ele, um frei católico. Nada obstante,

⁸ A articulista esteve no Equador, nas cidades de Riobamba e Quito, em agosto de 2016, para pesquisa de campo, quando entrevistou nacionais que confirmaram essa impressão, pessoalmente, em entrevistas ou de forma espontânea.

⁹ Do original em espanhol do Art. 171 da Constitución de la República del Ecuador, de 20 de outubro de 2008: “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales. El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria” (ECUADOR, 2008, p. 121).

reconhece a possibilidade de os colonizadores espanhóis comercializarem com os indígenas com base nas regras comuns aplicáveis do Direito das Gentes. Mas isso era próprio a qualquer relação entre Estados soberanos na Europa.

Verdade que havia teóricos a contrariar a tese de Vitória (1967), mas o fato é que as metrópoles portuguesa e espanhola – especialmente durante a União Ibérica – não pareciam dispostas a arriscar a perda de algum tipo de influência sobre a população indígena e, sobretudo, sobre as terras, cujas riquezas ainda estavam por descobrir em séculos seguintes. Por isso, dirá Maya (1996, p. 28) sobre um direito aborígene durante a colonização espanhola na Auditoria de Quito, admitida pela Coroa espanhola:

Espanha logrou constituir-se em um grande império, no qual o sistema jurídico era um suporte fundamental para que a Coroa pudesse dirigir seus povos conquistados. Deve se considerar, portanto, que as colônias iberoamericanas por si só não criaram um novo ordenamento jurídico; mas antes foi Espanha que a desenvolveu desde seu ponto de vista novas instituições jurídicas que, de todo modo, constituiriam o Direito Indiano. Desse modo, o Direito Indiano foi uma parte ou segmento da grande universalidade do Direito Hispânico.

O Direito Indiano foi a ordem jurídica que regeu as colônias americanas, mas junto a ele também regeram o Direito Espanhol (e dentro deste, muito particularmente, o Direito Castelhanos) e o Direito Aborígene. O Direito Espanhol regia em tudo o que não foi legislado pelo Direito Indiano; ou, desde outro ponto de vista, o Direito Indiano devia regular a forma na qual o Direito Espanhol podia se aplicar na América. Por sua parte, o Direito Aborígene foi aplicando unicamente nas relações existentes entre os indígenas, inclusive com o beneplácito da Coroa (...)¹⁰.

Evidente está, portanto, que o desenvolvimento do conceito de pluralismo jurídico e o reconhecimento de mais de uma nacionalidade numa só nação – plurinacionalidade – e a concepção de interculturalismo, que garante a coexistência e reconhecimento legal das culturas indígena e urbana equatoriana dependem não só do estudo do Direito, como também da Teoria Geral, Sociologia e Antropologia.

¹⁰ Tradução livre do espanhol: “España logró constituirse en un gran imperio, en donde el sistema jurídico era un soporte fundamental para que la Corona pueda dirigir a sus pueblos conquistados. Debe considerarse, por tanto, que las colônias iberoamericanas por si solas no crearon un nuevo ordenamiento jurídico; más bien fue España la que desarrolló desde su punto de vista nuevas instituciones jurídicas que, a la postre, constituirían el Derecho Indiano. De este modo, el Derecho Indiano fue una parte o un segmento de la gran universalidad del Derecho hispánico. El Derecho Indiano fue el orden jurídico que rigió em las colônias americanas, pero junto a él también rigieron el Derecho Español (y dentro de este, muy particularmente, el Derecho Castellano) y el Derecho Aborigen. El Derecho Español rigió en todo lo que no fue legislado por el Derecho Indiano; o, desde otro punto de vista, el Derecho Indiano debió regular la forma em la cual el Derecho Español podía aplicarse en América. Por su parte, el Derecho Aborigen fue aplicado únicamente em las relaciones existentes entre los indígenas, incluso con el beneplácito de la Corona”.

Dar poder direto nas mãos de cidadãos, para seu livre exercício e aplicação de seus costumes, é uma das facetas da Democracia Radical que tem em Restrepo (2014) um de seus teóricos, a criticar a concepção de Democracia Deliberativa habermasiana que, para ele, é limitada e um contrassenso ao próprio conceito da palavra Democracia.

Essa influência de pluralismo jurídico não foi exclusividade em terras de colonização espanhola. Foi, também, no Brasil, especialmente na realidade expressa das Missões Jesuíticas, cujos territórios, a bem da verdade, se localizavam àquela época em domínio espanhol. Há várias obras¹¹ que relatam a existência desses missioneiros, capitaneados pelos jesuítas, a desvendar realidades em muito assemelhadas com o estatuto jurídico indígena existente no Equador de hoje.

Uma vez demonstrada a realidade de antigos tempos do fenômeno do pluralismo jurídico, veja-se o contexto da orientação normativa internacional para a efetividade dos direitos indígenas, reconhecidos por doutrinadores de muitos séculos atrás.

3.3 A Convenção 169 da OIT e sua efetividade no Equador e no Brasil – possibilidade do modelo jurídico da Arbitragem

A Organização Internacional do Trabalho, como se sabe, é um órgão vinculado à Organização das Nações Unidas (ONU), pessoa jurídica de Direito Internacional Público, que propõe Convenções para ratificação pelos Estados membros da ONU, adotando-as como normas jurídicas válidas para aplicação interna. Questões, portanto, de respeito ao princípio de soberania dos Estados-membros e do direito de autodeterminação dos povos.

No Brasil, a ratificação se deu por meio do Decreto n.º 5.051, de 19 de abril de 2004, que dispõe:

Artigo 1º - 1. A presente convenção aplica-se: a) aos povos tribais em países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial (...)

Artigo 2º -1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação

¹¹ Cite-se: Gay (1942), um cónego mais preocupado com o relato histórico, puro e simples, chegando a rechaçar conceitos um tanto românticos da realidade missioneira, Lacouture (1994), um jornalista com visão crítica e Lugon (1968), um padre que escreve no calor do movimento próprio ao da Teologia da Libertação e sua aproximação com o marco teórico marxista, motivo do título do livro dele que chega a chamar as missões de uma experiência de módulo comunista-cristã.

coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida (BRASIL, 2004).

Em verdade, a aplicação no Equador da dita Convenção que data do ano de 1989, se deu a partir da Constituição da República do Equador de 1998 que já reconhecia, em seu art. 84, número 7 sobre os direitos coletivos indígenas que seriam reconhecidos de modo a “[...] conservar e desenvolver suas formas tradicionais de convivência e organização social, de geração e exercício da autoridade.”¹² (ECUADOR, 1998). Ou seja: não concedia a função jurisdicional às comunidades indígenas, mas uma autoridade não soberana, limitada ao exercício de mediação ou conciliação, instrumentos próprios de decisão sem capacidade de coisa julgada e, ademais, auto compositiva. Apenas na Constituição de 2008 é que se reconhece a Justiça Indígena com verdadeira função jurisdicional, excluída, apenas, por força de decisão da Corte Constitucional equatoriana,¹³ casos de homicídio, que devem ser julgados perante os tribunais regulares estatais.

Já no Brasil, além do supracitado Decreto, o que se tem é a realização de algum júri composto por jurados indígenas,¹⁴ também uma expressão da Jurisdição Popular na concepção de Lopes (2017), bem como o reconhecimento de sanções penais indígenas em julgados penais,¹⁵ embora, ressalte-se, quem detenha o poder

¹² Tradução do original em espanhol: “Art. 84.- El Estado reconocerá y garantizará a los pueblos indígenas, de conformidad con esta Constitución y la ley, el respeto al orden público y a los derechos humanos, los siguientes derechos colectivos: (...) 7. Conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad.”

¹³ Para maiores detalhes ver Ecuador (2014), em referência à sentença n. 113-14, SEP-CC, conhecido como “caso la Cocha”.

¹⁴ BRANDÃO, Inaê. Em RR, Júri Indígena Começa a Julgar Tentativa de Homicídio em Reserva. Jornal G1-Rede Amazônica, Rio de Janeiro, 23 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2015/04/em-rr-juri-indigena-comeca-julgar-tentativa-de-homicidio-em-reserva.html>>. Acesso em 10 out. 2016.

¹⁵ Caso de índio que foi punido pela comunidade com a expulsão da tribo, por um tempo, como sanção a um delito de homicídio que foi reconhecido pela justiça federal como excludente de nova

jurisdicional seja sempre um órgão do Poder Judiciário e, portanto, estatal permanente.

Em ambos os casos, veja-se que o exercício da Jurisdição Popular se restringe ao instituto do Júri, ficando de fora o reconhecimento para julgar, por qualquer indígena e excluindo o representante do Estado que é o juiz togado, as questões de direito disponível entre os membros de seu povo ou comunidade. Tal instituto seria, perfeitamente, cabível, na instituição de uma Arbitragem indígena que prescinde de autorização estatal para funcionar, bastando seguir os ditames da legislação vigente.

Desse modo, é evidente que o indígena brasileiro não pode julgar matérias penais, em regra de direito indisponível, como ocorre com seus assemelhados no Equador, mas podem julgar, com capacidade de coisa julgada, questões de direito disponível, bastando que seja civilmente capaz e eleito pelas partes em litígio, como preconiza a Lei 9307/96 e em respeito à sua tradição e costume, como prevê o art. 231 da Constituição brasileira de 1988.

Trata-se de uma das três possíveis classificações da Jurisdição Popular, defendida por Lopes (2017): a Justiça Indígena equatoriana, a Arbitragem, os jurados. Em todos esses institutos jurídicos, admitidos pelo ordenamento jurídico equatoriano e/ou brasileiro, há o popular, não necessariamente técnico, a processar e julgar causas sob sua apreciação.

4 CONCLUSÃO

Desse modo, em vista do exposto, é possível identificar a possibilidade de aplicação da instituição da Arbitragem nas comunidades indígenas brasileiras, atendendo os ditames da Convenção 169 da OIT, como um assemelhado à Justiça Indígena equatoriana. Tal fato implica numa releitura da conformação de Estado, em superação ao monolitismo para o pluralismo jurídico na sociedade, admitido pela Constituição brasileira de 1988 em seu art. 231, que tutela os costumes e tradições indígenas.

pena criminal por aplicação da regra ne bis in idem, isto é, um mesmo crime não pode ser punido 2 (duas) vezes (ARAÚJO et al., 2006, p. 64-66).

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. **Os aprendizes do poder**: o bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988. 266 p.

ALLORIO, Enrico. **Problemas de derecho procesal**. Tradução de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1963. 463 p.

AROCA, Juan Montero; COLOMER, Juan Luis Gómez; REDONDO, Alberto Montón; VILAR, Silvia Barona. **Derecho jurisdiccional**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch Libros, 2000. 486 p.

BASTOS, Aureliano Cândido Tavares. **A província**: estudo sobre a descentralização no Brasil. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1870. 418p. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220526>>. Acesso em: 10 out. 2016.

BRASIL. **Coletânea de direito internacional**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Valério de Oliveira Mazzuoli. 12. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 7 nov. 2016.

BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. **Coleção das Leis do Brasil**, Rio de Janeiro, 1890. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm>. Acesso em: 13 nov. 2015.

BRASIL. Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 13 nov. 2016.

BRASIL. **Mini Código Civil 2015**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Yussef Said Cahali. 17. ed. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 111.230/DF, 2ª Seção. Processo Civil. **Diário da Justiça eletrônica**, Brasília DF, 3 abr. 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. 168 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de derecho procesal civil**. Tradução de Niceto Alcalá-Zamorra y Castillo y Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944. 598 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Bookseller: Campinas, 2000. 472 p.

ECUADOR. Constitución (1998). **Constitución de la República del Ecuador**. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 1998. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo15.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2016.

ECUADOR. Constitución (2008). **Constitución de la República del Ecuador**. Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador, 2008. 269p.

ECUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia n.º 113-14-SEP-CC. Resumem de admisibilidad. Quito, 30 jul. de 2014. Disponível em: <<http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/spacesstore/9493e397-2760-4631-9534-ba7d4d63f3c5/0731-10-ep-sen.pdf?guest=true>>. Acesso em: 2 set. 2016.

GAY, Cônego João Pedro. **História da República Jesuítica do Paraguai**: desde o descobrimento do Rio da Prata até nossos dias, ano de 1861. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1942, 484p.

LACOUTURE, Jean. **Os jesuítas**: os conquistadores. Tradução de Ana Maria Capovilla. Porto Alegre: L&PM, 1994. 531p.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. 7. ed. São Paulo: Companhia das Letras: Revista dos Tribunais, 2012. 363 p.

LOPES, Simone Cristine Araújo. **Jurisdição popular**: evolução histórica. O caso equatoriano. 2017. 320f. Tese (Doutorado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

LUGON, Clovis. **A república comunista cristã dos guaranis 1610-1768**. Tradução de Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1968. 353 p.

MAYA, Roberto Granja. **Derecho penal en la audiencia de Quito**. Quito: Editora Nacional, 1996. 230 p.

NEQUETE, Lenine. **O poder judiciário no Brasil**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

RESTREPO, Ricardo Sanín. **Teoría crítica constitucional**: la democracia a la enésima potencia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. 292 p.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Cuando los excluídos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. **Justicia Indígena, Plurinacionalidad e Interculturalidad en Ecuador**. 2. ed. Quito: Abya-Yala, 2013. p. 13-50.

VIANA, Francisco José de Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. 591 p.

VITÓRIA, Francisco de. **Relectio de indis**: o libertad de los indios. Tradução de L. Pereña y J. M. Perez Prendes. Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1967. 239 p.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 212 p.

_____. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. 403 p.

CAPÍTULO 8

A LEGITIMIDADE DOS AMICI CURIAE NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF N. 54/DF

THE LEGITIMACY OF AMICI CURIAE IN THE CLAIM OF NON-COMPLIANCE OF FUNDAMENTAL PRECEPT - ADPF N. 54/DF

*Wagner Vinícius de Oliveira*¹

RESUMO

O objetivo deste escrito é investigar mecanismos capazes de majorar a legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo Supremo Tribunal Federal. Mais precisamente, desenhar um arcabouço teórico capaz de conjugar instrumentos democráticos de participação da sociedade civil com a atuação oficial da atividade jurisdicional. Para que o resultado final desta atividade passe pelo crivo da legitimidade é necessário que dela participem diversos(as) intérpretes. À luz da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, investiga-se a participação plural utilizando a linha crítico-metodológico para compreender dos significados e alcances do pluralismo jurídico. A partir da análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 54/DF, percebeu-se que as ideias articuladas, em alguma medida, foram implementadas, contudo, no caso em tela, as instituições religiosas não foram admitidas como *amici curiae*, muito embora a ação contou com participações da sociedade civil. Conclui-se, portanto, haver um ligeiro descompasso entre teoria e prática e, apesar do acerto da decisão final adotada não há falar-se verdadeiramente em sociedade aberta dos(as) intérpretes.

Palavras-chave: *Amici curiae*. Controle de constitucionalidade. Legitimidade democrática. Participações sociais.

ABSTRACT

The objective of this writing is to investigate mechanisms to increase the legitimacy of the concentrated control of constitutionality held by the Court Supreme. More

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU, bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES, graduado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas (2016), advogado. *E-mail:* wagner.vinicius@sga.pucminas.br.

precisely, to draw a theoretical framework capable of combining democratic instruments of participation of civil society with the official function performance in the judicial activity. For the result of this activity pass through the sieve of the legitimacy is necessary the participation of diverse interpreters. In the light of the open society of interpreters of the Constitution, we investigate the participation plural using the line critical and methodological basis for understanding the meaning and scope of legal pluralism. From the analysis of the Claim of Non-compliance of Fundamental Precept - ADPF n. 54/DF (in Portuguese), it was perceived that the ideas articulated, in some measure, were implemented, however, in the case in question, the religious institutions not was accepted as *amici curiae*, although the action have various participations of civil society. We conclusion, however, that have a slight discrepancy between theory and practice, despite the accuracy of the final decision, not is possible to speak truly in open society of interpreters.

Keywords: *Amici curiae*. Constitutionality of control. Democracy legitimacy. Social participation.

1 INTRODUÇÃO

Nas linhas que seguem busca-se conciliar uma visão contemporânea do direito com a função jurisdicional no Estado democrático a partir da Constituição aberta e plural. Para tanto, este escrito investiga mecanismos capazes de majorar a legitimidade da jurisdição constitucional realizada em sede de controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

A realização da devassa encontra como justificativa o próprio tema que, num só tempo, é dotado de relevância jurídica e social além de colaborar com a produção do conhecimento crítico-reflexivo. Destarte, a jurisdição constitucional, especialmente a realizada na espécie Arguição de Preceito Fundamental - ADPF, não deve ser reservada apenas aos especialistas.

Para interpretar e configurar a realidade analisada, com vistas a cooperar com possíveis soluções, busca-se enfrentar alguns problemas cruciais para desenhar a nova configuração para as participações sociais, especialmente sobre questões de direitos e garantias fundamentais. Assim, a (i)legitimidade dos *amici curiae*² e, por via de consequência, da própria jurisdição constitucional é a problemática analisada conforme a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter

² No singular: *amicus curiae*.

Häberle (1997) e, aplicada em um julgado concreto, como possível elemento de testagem.

Objetiva-se ao término do caminho percorrido reconhecer (ou não), no provimento jurisdicional examinado a fundamentação substancial do conjunto dos atos decisórios; a efetiva participação dos agentes envolvidos; o exercício da garantia fundamental de conhecimento, participação e influência nos pronunciamentos jurisdicionais; o controle democrático da função judicial erguido por respostas plurais; dentre outras garantias do processo constitucionalmente adequado.

Quanto ao método de abordagem regente dos princípios de investigação elege-se a linha crítico-metodológica, segundo asseveram Dias e Gustin (2015, p. 21, grifo das autoras),

[...] supõe uma teoria crítica da realidade e sustenta duas teses de grande valor para o repensar da Ciência do Direito e de seus fundamentos: [...] na versão postulada pela **teoria do discurso** e pela **teoria argumentativa**. Essa linha compreende o Direito como uma rede complexa de linguagens e significados.

Deste modo, excetuada esta breve antessala e as considerações finais, este artigo está metodologicamente estruturado em dois momentos. Num primeiro momento, expõe-se os conceitos introdutórios como é o caso da legitimidade decisória, da Constituição em seu aspecto formal e material, igualmente, põe à lume aspectos deficitários da teoria de base.

Além disso, no segundo momento, adota-se uma estratégia prática representada pela ADPF n. 54/DF, que versou sobre a possibilidade jurídica da antecipação terapêutica de fetos portadores de anencefalia. Discute-se, também, algumas questões sobre os *amici*, além de apresentar os resultados da testagem acima indicada, com possíveis implicações no arcabouço teórico, revela dizer que ao promover as participações sociais sob a forma das intervenções dos *amici*, bem como pela realização de audiências públicas, dentre outras, representam importantes mecanismos para a legitimação da jurisdição constitucional.

Ao se optar pelo recorte acima indicado revela o alinhamento com a própria razão de ser da ADPF, uma vez que se destina a tutela dos chamados preceitos sensíveis da Constituição. Em última análise, representam a imperatividade dos direitos e garantias fundamentais realizadas de forma residual pelo controle concentrado de constitucionalidade.

2 INTÉRPRETES E SOCIEDADE ABERTA: implicações, possibilidades e discussões

Falar em sociedade aberta dos(as) intérpretes da Constituição é reportar-se as questões de hermenêutica constitucional. Ao se pesquisar sobre o tema, inevitavelmente se depara com expressivos trabalhos teóricos que remetem a Häberle (1997) e a sua teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, a qual servirá como marco teórico na orientação e elaboração deste escrito.

Contudo, percebe-se a necessidade de operacionalizar novos formatos de participações sociais, daí o porquê da realização desta pesquisa aplicada. A premissa inicial colocada em debate é a proposta contida na seguinte tese:

[...] no processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer em elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 13, grifo do autor).

Segundo a sobredita teoria, põe-se como tema central as participações sociais na jurisdição constitucional, como quesito básico de aperfeiçoamento do processo decisório republicano e democrático. O texto problematiza a realização dos mecanismos aptos a majorarem a legitimidade do controle concentrado de constitucionalidade, tais como as intervenções dos *amici curiae* ou a realização de audiências públicas, que serão abordados mais à frente.

Como já dito, busca-se investigar instrumentos capazes de preencher as fendas da interpretação constitucional realizada exclusivamente pelos(as) especialistas, por outras palavras, ilegítima. Sem mais delongas deve-se ressaltar que apenas os clássicos cânones interpretativos (gramatical, histórico, lógico e sistemático), propostos por Savigny, não comportam as especificidades da matéria aqui analisada.

Nesta atividade, a hermenêutica constitucional, notadamente de matriz filosófica, exerce papel de destaque que não cabe ser obliterado. Fato que não significa enveredar por vieses de hermenêuticas teológica, filológica ou metodológica, em verdade, trata-se de uma pesquisa teórica e aplicada que visa investigar instrumentos de participações sociais, necessário, portanto, formar um arcabouço coerente que sistematiza e sintetiza a posição hierarquicamente privilegiada da Constituição.

A Lei Maior considerada em seu sentido material equivale aos direitos e garantias fundamentais, valores constitucionais, dentre outros; e, seu aspecto formal representa a garantia da supremacia e rigidez de seu Texto, segurança a coerência do ordenamento jurídico, por exemplo. De maneira especial, essa abordagem possui reflexos de ordem prática sobre as questões analisadas no controle de constitucionalidade brasileiro (OLIVEIRA, 2016).

Equivale a dizer, que no paradigma democrático de direito não há espaço legítimo para a interpretação constitucional realizada exclusivamente por intérpretes oficiais (sociedade fechada, segundo Häberle), bem como as participações dos(as) demais intérpretes nestes e em outros espaços institucionais não devem ser reduzidas ao mero cumprimento protocolar e acrítico. O modelo democrático reclama, portanto, que outras fontes participativas componham o fluxo de interpretações constitucionais que desafiam o presente e insistente solipsismo judicial, desta forma, como diz Häberle (1997, p. 32), colabora para mitigar, “[...] o livre arbítrio da interpretação judicial.”

Ao considerar a conexão entre jurisdição e pluralidade interpretativa necessária a temática pesquisada envereda pela compreensão de que “A sociedade torna-se aberta e livre, porque todos estão potencialmente e atualmente aptos a oferecer alternativas para a interpretação constitucional.” (HÄBERLE, 1997, p. 43), uma vez que:

Todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma. O destinatário da norma é participante ativo, muito mais ativo do que se pode supor tradicionalmente, do processo hermenêutico. Como não são apenas os intérpretes jurídicos da Constituição que vivem a norma, não detêm eles o monopólio da interpretação da Constituição (HÄBERLE, 1997, p. 15).

A teoria supra fornece as bases para demonstrar a relevância da interpretação e compreensão constitucional na construção do Estado democrático de direito, além de possibilitar que as intervenções dos *amici* abram caminho para orientarem uma decisão legitimamente adequada. Logo, revela-se consentânea a análise de outros elementos, como é o caso da legitimidade do processo decisório orientada pelos sentidos material e formal da Constituição.

Neste tônica, torna-se inescapável a abordagem, ainda que preliminar, dos elementos indicativos da legitimidade pretendida. Forte indício, decorre da demonstração clara e consistente das razões de decidir (*ratio decidend*), construídas

comparticipativamente, pelos(as) intérpretes, portanto, necessário será examinar se e em que medida as participações sociais aumentam a qualidade das respostas oferecidas pelo Judiciário.

Sobre o tema, uma direção viável é apontada por Balaguer Callejón (1997, p. 51, tradução nossa),³ cujo teor das ideias se transcreve:

A legitimidade do poder judicial de um sistema democrático deve ser vista a partir da perspectiva de controle do poder. Em uma democracia complexa que respeite o pluralismo, não deve só haver instituições representativas, onde a maioria sempre se impõe, mas também as instituições de controle. Desta forma, o sistema judicial, é uma instituição que ajuda a assegurar (como o Tribunal Constitucional em seu âmbito) o pluralismo. Daí deriva sua legitimidade democrática, da sua apresentação para o sistema jurídico.

Assim, a legitimidade decisória, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, permite igualmente concordar com Kriele (2009, p. 54), ao afirmar que “[...] hoje em dia, o problema da legitimidade é o problema da justificação (material-) racional do poder público.” Deve-se, então, nessa mesma toada, passar ao exame dos sentidos da Constituição.

2.1 Constituição e seus sentidos material e formal

Para além do aspecto estritamente formal, a Constituição precisa refletir os modos de ser social e, ao reconhecer a realidade substantiva subjacente, também chamado de sentido material ou substantivo. De certo, o pluralismo político é o gênero do qual decorre a pluralidade nas atividades estatais, então, a diversidade deve ser compreendida como o substrato que compõe (ou deveria) as práticas estatais igualmente tomadas em seu sentido amplo.

Contudo, a mensuração destes desafios perpassa por dimensões de ordem econômica, política, jurídica, social etc. Sabe-se que tradicionalmente os direitos de primeira geração (ou dimensão), via de regra, exigem condutas negativas estatal para assegurar as liberdades fundamentais. Ao passo que, nos direitos de segunda geração exigem-se condutas positivas estatais e, para tanto, deve-se empregar

³ No original: “La legitimidad del poder judicial en un sistema democrático debe contemplarse desde la perspectiva del control del poder. En una democracia compleja que respete el pluralismo, debe haber no sólo instituciones representativas, donde se impone la mayoría, sino también instituciones del control. De ese modo, el poder judicial, es una institución que contribuye a garantizar (como el Tribunal Constitucional en su ámbito) el pluralismo. De ahí deriva su legitimidad democrática, de su sometimiento al ordenamiento jurídico.” (BALAGUER CALLEJÓN, 1997, p. 51).

recursos humanos e materiais para sua realização, como é o caso do direito fundamental à saúde ou à educação, por exemplo.

Já, os direitos de quarta geração (que ultrapassam os direitos coletivos e difusos - terceira geração), compreendem basicamente o direito à democracia, que por seu turno, perpassa por uma complexa rede de condutas, ora positivas, ora negativas. Enfim, superar a dicotomia existente entre objetivo e substantivo, no que toca ao Texto Maior, é (re)desenhar um constitucionalismo que permanece atual e atuante e, não se deixa aprisionar nas lembranças do passado ou nos prognósticos futuros.

Equivale afirmar que a finalidade pretendida pela sociedade aberta é a legitimidade dos processos decisórios, não apenas nas questões constitucionais, mas principalmente pela materialização dos conteúdos albergados no Texto e contextos constitucionais, a exemplo dos já citados, valores democráticos do pluralismo político e das participações sociais.

Assim, tal qual Goldoni e Wilkinson (2016, p. 11, tradução nossa),⁴ compreender que “A Constituição existe como uma unidade política, não como um conjunto abstrato de normas.” Nessa ordem de ideias, repise-se que as decisões acerca das controvérsias constitucionais determinadas exclusivamente pelos órgãos judiciais ou por um seletivo grupo de especialistas (sociedade fechada), padecem de insanável ilegitimidade democrática.

De modo efetivo, o que se pretende é pesquisar elementos para em complementaridade com a atuação dos órgãos estatais incrementar a jurisdição constitucional exercida pelo STF, com vistas a majorar qualitativamente as decisões prolatadas. Não se trata, contudo, de ampliar demasiadamente o controle de constitucionalidade concentrado ao ponto de equipará-lo a um instrumento de democracia direta, aos moldes da ação popular,⁵ de outra sorte, tornar os procedimentos decisórios radicalmente democráticos.

Vale frisar, que um processo constitucionalmente adequado não deve ocorrer nem de baixo para cima (*Bottom to top*), tampouco de cima para baixo (*Top to*

⁴ No original: “The constitution exists as a political unity, not as an abstract set of norms.” (GOLDONI; WILKINSON, 2016, p. 11).

⁵ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88, art. 5º. LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; (BRASIL, 1988).

bottom), mas, comparticipativamente por todos os sujeitos processuais envolvidos. Como ressalta Bonavides (2010, p. 714), “A Constituição seria rígida na forma, mas flexível no conteúdo.” A aludida flexibilidade constitucional numa abordagem ampla deriva não apenas do seu enunciado normativo, decorre, sobretudo, dos métodos interpretativos do direito positivo existente.

Nas constituições modernas, além das clássicas funções de elencar os direitos e garantias fundamentais e limitar o exercício da atividade estatal, a Constituição formal, escrita e legislada, exerce outras funções que permitem a consolidação do projeto coletivo. No caso da República Federativa do Brasil, em outubro de 1988, como já dito, fez-se a opção pelo reconhecimento do pluralismo político como um de seus fundamentos⁶.

Não em vão, este fundamento constitucional encontra-se espraiado em todo o Texto Constitucional, inclusive consta expressamente as participações sociais na função da administração pública,⁷ em sentido amplo, e isto, certamente, inclui a função jurisdicional. Realizadas estas concepções propedêuticas, coloca-se em questão o dilema de efetivar estes direitos e garantias fundamentais elencados no catálogo exemplificativo da Constituição da República de 1988, marcadamente no que concerne ao tema da participação plural na coisa pública (*res publica*).

2.2 Críticas à teoria da sociedade aberta

Ao se acolher qualquer teoria de forma acrítica e passiva o resultado das análises efetuadas revelam-se tendencioso e pré-determinado de antemão. Logo, as críticas que se colocam frente a teoria da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, sumariamente descrita, são endereçadas aos planos ideal, conceitual e procedimental ou operativo.

Distinto do plano ideal, no qual essa teoria majoritariamente se apoia, as sociedades concretas (reais) não são equiparáveis a uma massa uniforme de vontade unívoca. Exatamente ao contrário, possuem múltiplos e distintos interesses, contrários e contraditórios, bem como seus valores são, em última medida,

⁶ CRFB/88, art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

⁷ CRFB/88, art. 37, § 3º. A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente: (BRASIL, 1988).

contingenciais e as visões de mundo são dissensuais e, no mais das vezes, inconciliáveis. Portanto, a sociedade aberta apresenta-se como uma visão idealizada, distante da realidade nacional brasileira, repleta de gritantes contradições, quiçá da realidade latino-americana.

Pelo mote de sociedade aberta apresentado, percebe-se a pressuposição de uma insuperável dicotomia entre as sociedades fechada e aberta, da mesma forma entre Estado e sociedade civil etc., ao que tudo indica, se aproxima da ultrapassada (di)visão hermética entre os ramos do direito público e privado, por exemplo, afirma-se que tais divisões, com cirúrgica precisão, inexistem da forma como idealizada.

No plano operativo ou procedimental, o próprio Häberle (1997, p. 29) tratou de chamar atenção para a fragilidade metodológica de sua teoria, nesse aspecto “Uma possível objeção poderia ser a de que, dependendo da forma como seja praticada, a interpretação constitucional poderá ‘dissolver-se’ num grande número de interpretações e intérpretes.”

Com efeito, percebe-se a carência de sistematização procedimental ou estratégia operativa para implementar sua teoria. De igual monta, idênticas ressalvas são destinadas a ideia que meras participações argumentativas, por si só, sejam suficientes para solucionar o problema de legitimidade. Vale dizer, desvinculadas de um procedimento inclusivo adequado permanecerão restritas apenas ao plano teórico.

Entretanto, as críticas ligeiramente suscitadas, ou o conjunto delas, sugerem o aperfeiçoamento da teoria, não sua completa invalidação, que forçosamente deve ser plural. Isto inclui, com efeito, as participações teóricas de outros(as) intérpretes de diversas linhagens de pensamentos, realidades sociais, posições filosóficas, idades, nacionalidades etc. Sobretudo no que respeita a contextualização de suas ideias para o pensamento do constitucionalismo contemporâneo latino americano.

Retoma-se o ponto sobre a escassa aplicação (ou comprovação) empírica das pesquisas jurídicas empreendidas, apresentado na parte introdutória deste artigo, que de agora em diante será destacado. Não obstante a validade das diversas pesquisas teóricas realizadas, revela-se adequada e até mesmo necessária uma abordagem prática para compreensão adequada das ideias ventiladas. Desta forma, permite-se mensurar, ainda que minimamente, o grau de impacto da teoria da sociedade aberta dos(as) intérpretes da Constituição e sua (suposta) aplicação.

3 SOBRE AS PARTICIPAÇÕES NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - ADPF n. 54/DF

Para cumprir o aspecto pragmático, toma-se por base a ADPF n. 54/DF, proposta em junho de 2004 e transitada em julgado em maio de 2013. Na qual o STF, pela via da técnica de interpretação conforme a Constituição, sem redução de texto, decidiu, por maioria de votos, pelo afastamento da glosa penal do tipo doloso de aborto, na hipótese comprovada a antecipação terapêutica de feto com má formação congênita cerebral irreversível (anencefalia).

Antes, porém, diante das (im)possibilidades de participações sociais no processo constitucional, cabe uma análise construtiva e crítica do instituto jurídico-político dos *amici curiae*. Para tanto, segundo as palavras de Coelho (2010, p. 12, grifo do autor):

O *amicus curiae* é um terceiro que intervém em um processo, do qual ele não é parte, para oferecer à corte sua perspectiva acerca da questão constitucional controvertida, informações técnicas acerca de questões complexas cujo domínio ultrapasse o campo legal ou, ainda, defender os interesses dos grupos por ele representados, no caso de serem, direta ou indiretamente, afetados pela decisão a ser tomada.

A hipótese contida no conceito apresentado pressupõe que as intervenções dos *amici* potencializam a legitimidade da atividade decisória do STF, compatível com a premissa estabelecida pela teoria adotada. Portanto, quanto maior for a abertura da jurisdição constitucional (intérpretes não oficiais), os atos decisórios, sobretudo naqueles que versem sobre preceitos fundamentais, terão sua legitimidade majorada, na mesma medida em que se aumentar a interpretação plural.

Contudo, acerca da natureza dúbia dos *amici*, a exemplo da sugestiva obra acima referenciada (MEDINA, 2010), revela-se salutar estabelecer um contraponto, conforme aduzem Theodoro Júnior et al. (2015, p. 253, grifos dos autores):

Entretanto não podemos vislumbrar o *amicus* como uma figura, por essência imparcial e neutra, uma vez que sua intervenção pode se dar com um cunho estratégico, especialmente pela percepção que parcela dos litigantes habituais (*repeat players*) vêm usando da litigância estratégica, de modo a impactar a aplicação do direito e construir padrões decisórios benéficos a seus interesses. Isto torna os *amici* uma figura essencial que merece ter seus argumentos analisados, mas que pode, atendendo o requisito da representatividade adequada - art. 138 - (interesse institucional), estar defendendo o interesse de alguma das partes.

Isto porque, o sobredito sujeito processual, doravante típica intervenção de terceiros positivada pelo art. 138 do Código de Processo Civil/2015,⁸ potencialmente atua nas fases instrutória e de julgamento, com o fim de majorar a qualidade argumentativa dos fundamentos das decisões judiciais prolatadas. Desta feita, a instituição que pretende, de fato, ser democrática deve promover e assegurar conhecimento, participação e influência dos(as) destinatários(as), na máxima medida possível.

O conceito ampliativo da interpretação e jurisdição constitucional, somados as intervenções dos *amici*, aprimoram os procedimentos e criam as pré-condições para a construção de uma nova topografia da jurisdição constitucional brasileira assentada na premissa básica do pluralismo jurídico, enquanto normatividade dinâmica. As transformações efetivas, capazes de abrir novos horizontes interpretativos, são operacionalizadas por mecanismos que reúnam a dimensão social e o controle da função jurisdicional mediante as participações dos cidadãos(ãs), das sociedade civil organizada e demais atores sociais.

O entrecruzamento com as participações dos *amici* visa sublinhar a relevância dos(as) destinatários(as) da norma na elaboração da decisão judicial. Com vistas a (re)formular criticamente o mote de controle concentrado de constitucionalidade, no qual, a ADPF está inserida, examina-se, portanto, as intervenções dos *amici* (ou sua inexistência). Por outras palavras, o desafio apresentado é entender o porquê que na ADPF n. 54/DF, embora tenha examinado tema demasiadamente complexo e plurissignificativo para o interesse coletivo, não contou com as participações dos *amici*.

Requerimentos não faltaram. Por exemplo, segundo os autos da ADPF n. 54/DF a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB, a Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, a Associação UNIVIDA, a Associação Médico Espírita do Brasil, o Conectas Direitos Humanos e Centro de

⁸ BRASIL. Lei n. 13.105/2015, art. 138. O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação.

§ 1º A intervenção de que trata o caput não implica alteração de competência nem autoriza a interposição de recursos, ressalvadas a oposição de embargos de declaração e a hipótese do § 3º.

§ 2º Caberá ao juiz ou ao relator, na decisão que solicitar ou admitir a intervenção, definir os poderes do *amicus curiae*.

§ 3º O *amicus curiae* pode recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas. (BRASIL, 2015).

Direitos Humanos – CDH (BRASIL, 2012), todas as instituições apresentaram requerimentos, contudo, foram indeferidos sob diversos argumentos, dentre os quais a laicidade do Estado brasileiro.

Lado outro, a Associação de Desenvolvimento da Família, sem sequer integrar a relação processual, no aspecto jurídico formal, requereu a extinção do processo sem julgamento do mérito e a “improcedência da ação”, na mesma senda, Therezinha Maria da Silva Aranha e a Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos (BRASIL, 2012). Efetivamente, prudência possui íntima ligação com as ideias aqui defendidas, portanto, são orientações válida para todos(as) os(as) intérpretes.

Isso não quer significar que no caso em tela, operou-se a antítese teórica, ou seja, a sociedade fechada dos intérpretes da Constituição. Mesmo porque a audiência pública, realizada em quatro sessões, contou com as participações de instituições da sociedade civil, inclusive algumas cujos requerimentos de ingresso processual, na qualidade de *amicus*, foram indeferidos.

Vale a menção nominal das instituições que tiveram seus requerimentos de participação na audiência pública indeferidos por variados motivos dentre os quais, novamente, a laicidade. Assim, não foram permitidas as participações da Associação Nacional Mulheres pela Vida, da Federação Espírita Brasileira, da Federação Nacional dos Enfermeiros - FNE, da Pastoral da Criança, do Movimento em Defesa da Vida de Porto Alegre, da Associação Nacional Mulheres pela Vida e da Associação Médico Espírita do Brasil (BRASIL, 2012).

No julgamento do pedido principal, a arguição contou ainda com a expressiva participação da arguente (requerente), a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, mediante a distribuição de memorial e sustentação. Outrossim, com a indicação de oitiva de peritos por parte do Procurador Geral da República, ouviu-se, também, o Ministro de Estado da Saúde a época.

Infere-se, portanto, que a cisão hermética (sociedade aberta vs. fechada) não operou em sua integralidade. Contudo, excessos ocorrem de ambos os lados. Por um lado, o(a) Ministro(a) relator(a) possui acentuada carga decisória, realizada a partir de um “juízo de oportunidade”, por outro lado, aqueles(as) que se pretendem intérpretes da Constituição, ora não comprovam sua adequada representatividade ou pertinência temática, ora inobservam os procedimentos mais elementares de validade para a prática dos atos jurídicos processuais.

Em síntese, o que se busca é construir um meio termo no qual se conjuguem as participações processuais, na qualidade de *amici*, por exemplo, com a consequente legitimidade e acerto das decisões democraticamente prolatadas. Portanto, outro desafio que surge é aproximar teoria e prática na construção do Estado democrático de direito e concretizar a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição, enquanto uma realidade factível.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diferentemente do lugar comum de sintetizar (repetir) tudo aquilo que já fora dito durante o artigo, em sede conclusiva busca-se focar nas linhas gerais que orientaram sua escrita. O escopo, portanto, reside na indicação da complementaridade das intervenções dos *amici curiae* no controle de constitucionalidade brasileiro, cuja ADPF n. 54/DF, não serve como material confirmatório. Assim, concretizar compromissos éticos e históricos, implícitos ou explícitos no Texto Constitucional, deve ser o objetivo identificável nas *praxis* das instituições e sociedades democráticas.

No entanto, pluralidade não deve ser confundida com ausência de critérios racionais e adequados para as participações sociais. Sob os ditos “critérios”, estes não devem permanecer ao alvedrio do(a) Ministro(a) relator(a), mesmo porque o paradigma democrático deve ser compreendido como critério orientador, tanto no silêncio da lei, quanto em sua interpretação e aplicação. Isto é, na ausência de regra que regulamente determinada matéria deve-se perseguir os sentidos e alcances alinhavados pelo Estado democrático de direito.

Assim, entende-se por adequado inserir as intervenções dos *amici* ao lado das audiências públicas como exemplos possíveis de mecanismos que majorem a legitimidade das decisões tomadas no controle concentrado de constitucionalidade. Até mesmo como forma de corroborar que as manifestações de cunho religioso, independente da crença professada, efetivamente não contribuem, de modo satisfatório, para elucidar a temática debatida.

Destarte, o caso analisado consolidaria uma decisão adequada do ponto de vista democrático, além de assentar que laicidade não significar exclusão do debate público. Deve-se, de tal sorte, compreender que as participações societárias representam a atividade daqueles(as) interessados(as) morais - desde possuam

interesse institucional - acolhidos no local institucionalizado de fala e ação processual.

Viu-se, por fim, que a ausência das intervenções revela um ligeiro descompasso entre teoria e prática constitucional e, a despeito do acerto da decisão final adotada, não há falar-se numa clivagem estanque, em termos de interpretação constitucional, por isso, a sociedade não deve ser considerada nem totalmente aberta, nem totalmente fechada.

REFERÊNCIAS

BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa. **Interpretación de la constitución y ordemaniento jurídico**. Prefácio de Peter Häberle. Madrid: Tecnos, 1997.

BONAVIDES, Paulo. A interpretação da Constituição. In: BETTINI, Lúcia Helena Polleti et al. (Org.). **Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito, 2010. p. 693-735.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 54/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=tp&docid=3707334>>. Acesso em: 10 dez. 2016.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ordenamento jurídico, constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira, et al. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

GOLDONI, Marco; WILKINSON, Michael A. The material constitution. **London School of Economics and Political Science**, London, n. 20, p. 1-29, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875774>. Acesso em: 21 mar. 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da**

constituição. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

KRIELE, Martin. **Introdução à teoria do Estado**: os fundamentos históricos da legitimidade do Estado constitucional democrático. Tradução de Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.

MEDINA, Damares. **Amicus curiae**: amigo da corte ou amigo da parte? São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Agenda suprema: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. **Tempo Social** (USP. Impresso), São Paulo, v. 28, p. 105-133, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto et al. **Novo CPC fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.