

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)

Campus de Santo Ângelo

Pró-Reitoria de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito –

MESTRADO E DOUTORADO

Editora da URI – Campus Santo Ângelo – RS

DIREITOS CULTURAIS

Santo Ângelo

ISSN 1980-7805 (impresso)

ISSN 2177-1499 (eletrônico)

Direitos Culturais	Santo Ângelo	v. 12	n. 28	p. 204	Set/Dez.2017
---------------------------	---------------------	--------------	--------------	---------------	---------------------

© 2017, by URI – Universidade Regional Integrada
do Alto Uruguai e das Missões
Campus Santo Ângelo, RS.
Pró-Reitoria de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação
Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito –
MESTRADO e DOUTORADO

D598 Direitos culturais : revista do programa de pós-graduação em Direito –
Mestrado e Doutorado – URI Santo Ângelo / Universidade
Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Santo
Ângelo - v.1, n.1 (dez. 2006)- . – Santo Ângelo: FuRI,
2017.

v.12 , n.28, set/dez. 2017

Semestral: Dez. 2006-jul./dez. 2012. Quadrimestral: Jan./abr.
2013-.

ISSN 1980-7805 (impresso)

ISSN 2177-1499 (on-line)

1. Direito-Periódicos. I. Universidade Regional Integrada do Alto
Uruguai e das Missões – URI – Santo Ângelo.

CDU: 340.114

Responsável pela catalogação: Fernanda Ribeiro Paz - CRB-10/1720

Diretor-Editor da Revista

Jacson Roberto Cervi

Thami Covatti Piaia

Editoria de seção e formatação

Débora Patricia Seger

Revisão

Jacson Roberto Cervi

Revisão Lingua Inglesa

Thami Covatti Piaia

Capa

Leandro Figueiredo

Publicação

FuRI – Fundação da URI – Campus de Santo Ângelo

Rua Universidade das Missões, 464 – 98802-470

Santo Ângelo – RS – Brasil – Fone: (55) 3313-7900

Composição e Impressão

Gráfica Venâncio Aires

– 2017–

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de inteira responsabilidade de seus
autores. Os originais não serão devolvidos, mesmo não publicados.

DIREITOS CULTURAIS

Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI)
Campus de Santo Ângelo

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – MESTRADO e DOUTORADO

Reitor

Luiz Mario Silveira Spinelli

Pró-Reitor de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação

Giovani Palma Bastos

Pró-Reitora de Ensino

Arnaldo Nogaró

Pró-Reitor de Administração

Nestor Henrique de Cezaro

URI – Campus de Santo Ângelo

Diretor-Geral

Gilberto Pacheco

Diretora Acadêmica

Marcelo Paulo Stracke

Diretor Administrativo

Berenice Beatriz Rossner Whatuba

Chefe do Departamento de Ciências Sociais Aplicadas

Rosângela Angelin

Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – MESTRADO e DOUTORADO

Coordenação Acadêmica

João Martins Bertaso

Coordenação Executiva

André Leonardo Copetti Santos

Diretor-Editor da Revista

Jacson Roberto Cervi

Thami Covatti Piaia

Linha Editorial

A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado da URI, Campus de Santo Ângelo –, é publicada quadrimestralmente e aceita colaborações de artigos ou resenhas inéditos.

A Revista estrutura-se nas seguintes seções:

I – Artigos, que deverão referir-se, tematicamente, às seguintes linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: a) Direito e Multiculturalismo e b) Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos.

II – Resenhas de Livros e obras de referência do Direito. Apenas serão aceitas resenhas de livros lançados nos últimos dois anos.

III – Resenhas de Jurisprudência

IV – Resumos de Dissertações defendidas no Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDireito - URI.

Indexada nas seguintes bases de dados

Latindex: <http://www.latindex.unam.mx/buscador/ficRev.html?folio=18672&opcion=1>

Periódicos URI: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>

SEER/Ibict:

http://seer.ibict.br/index.php?option=com_mtree&task=viewlink&link_id=1669&Itemid=109

VLEX: <http://br.vlex.com/source/direitos-culturais-4991>

DOI (Digital Object Identifier): <http://dx.doi.org/10.20912/rdc>

Indexadas ou em processo de indexação

Diadorim - Sistema de Classificação das revistas

EBSCO Host publishing

Gale Cengage Learning

Public Knowledge Project - PKP

Brazilian Institute of Information in Science and Technology

Google Scholar

Conselho Editorial

Dra. Graciela Beatriz Rodríguez (Universidad Nacional de Rosario - Argentina)

Dr. Antonio Carlos Wolkmer (UFSC – SC)

Dr. Augusto Jaeger Junior (UFRGS – RS)

Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto (PUC-SP)

Dr. José Russo (UFAM – AM)

Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior (UFRGS - RS)

Dr. Leopoldo José Bartolomé (ARG)

Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF-RS)

Dra. Marta Rosa Vigevano (ARG)

Dr. Orides Mezzaroba (UFSC – SC)

Dr. Roberto Carlos Abinzano (UNaM – AR)

Dr. Vicente de Paulo Barreto (UERJ – RJ)

Avaliadores Ad Hoc

Professores Doutores

Adreana Dulcina Platt (UEL – PR)

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia (FDSM – MG)

Alexandre Morais da Rosa (UFSC – SC)

Alexandre Saldanha (UNICAP – PE)

Alvaro Borges de Oliveira (UNIVALI – SC)

Ana Cecília de Paula-Soares Parodi (UNICURITIBA, SPEI – PR)

Ana Keuly Bezerra (UFPI – PI)

Ana Sara Castaman (FAI – SC)

André Panno Beirão (EGN – RJ)

Angélica Lucía Carlini (UNIP – SP)

Anna Candida da Cunha Ferraz (ESP – SP)

Aparecido Ruiz (UEM, CESUMAR – PR)

Augusto Tanger Jardim (UniRitter – RS)

Bárbara Silva Costa (ESADE – RS, UNISINOS – RS, FAPA – RS)

Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR – PR)

Charlene Maria Coradini (UNIP, PUC – GO)

Cláudia Taís Siqueira Cagliari (FAI – SC)

Claudio Maraschin (UniRitter – RS)

Clayton Reis (Cesumar, UTP – PR)

Daniela Mesquita Leutchuk de Cademartori (UNIVALI – SC)

Daniela Vanila Nakalski Benetti (UNIPAMPA – RS)

Denise Pires Fincato (PUC – RS)

Dóris Ghilardi (UNIVALI, CESUSC – SC)

Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil – PR)

Eduardo Henrique Lopes Figueiredo (FDSM – MG)

Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich (UERJ – RJ)
Elizabeth Maniglia (UNESP – SP)
Enzo Bello (UFF, UERJ – RJ)
Fernanda Mara Gibran (PUC – PR)
Fernando Sérgio Tenório de Amorim (CESMAC – AL)
Floribal de Souza Del’Olmo (URI – RS)
Gil Ferreira de Mesquita (UNITRI – MG)
Gilberto Schäfer (UniRitter – RS)
Giovani Agostini Saavedra (PUC – RS)
Gisele Cittadino (PUC – RJ)
Guilherme Camargo Massaú (FAZ, UNISINOS – RS)
Gustavo Assed Ferreira (FDRP, USP – SP)
Gustavo Silveira Siqueira (UFMG – MG)
Hélcio Ribeiro (Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP)
Ingrid Freire Hass (IBMEC – MG)
Isadora Alborno Cutin Conceição (FAI – SC)
José Carlos de Oliveira (UNESP – SP)
Jose Luiz Quadros de Magalhães (UFMG, PUC, FDSM – MG)
Júlio Cezar Dal Paz Consul (IMED – RS)
Kelly Cristina Canela (UNESP – SP)
Klaus Cohen-Koplin (UniRitter – RS)
Lair da Silva Loureiro Filho (UNIP – SP)
Loiane Prado Verbicaro (CESUPA – PA)
Luciana Moura Araújo Cardoso Pontes (FTC, FAINOR – BA)
Lúcio Delfino (UNIUBE – MG)
Luis Renato Vedovato (UNINOVE, UNICAMP – SP)
Luiz Manoel Gomes Junior (Unipar – PR, UIT – MG)
Mara Darcanchy (UNIT – SE)
Marcela Varejao (UEMG – MG)
Márcia Rodrigues Bertoldi (UNIT – SE)
Marcus Pinto Aguiar (UNIFOR – CE)
Maria de Fatima Ribeiro (UNIMAR – SP)
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça (UNIFOR – CE)
Marisa Helena D’Arbo Alves de Freitas (UNESP, UNIP – SP)
Monica Bonetti Couto (UNINOVE – SP)
Ney Fayet Júnior (PUC – RS)
Newton Cesar Pilau (UNIVALLI – SC)
Nilson Tadeu Reis Campos Silva (UEM – PR)
Nivaldo dos Santos (UFGO, PUC – GO)
Osmar Veronese (URI – RS)
Patrícia Borba Marchetto (UNESP – SP)
Paulo Ricardo Schier (UniBrasil – PR)
Paulo Roberto Colombo Arnoldi (UNESP – SP)
Pedro Germano dos Anjos (FBB – BA)
Rafael Lazzarotto Simioni (FDSM – MG)
Raquel da Silva Silveira (UniRitter – RS)
Renata Almeida da Costa (ESADE – RS)
Robson Antão de Medeiros (UFPB – PB)
Roland Hasson (PUC – PR)
Rosalice Fidalgo Pinheiro (UniBrasil – PR)
Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (FADISP – SP)
Sergio Cademartori (UFSC – SC)
Serguei Aily Franco de Camargo (UEA – AM)
Tânia Lobo Muniz (UEL – PR)
Társis Nametala Jorge (UERJ – RJ)
Valcir Gassen (UnB – DF)
Valéria Silva Galdino Cardin (UEM – PR)
Vanessa Santos do Canto (PUC – RJ)

MISSÃO DA REVISTA DIREITOS CULTURAIS

Disseminar conhecimento sobre as relações entre Direito e Cultura, estimular a reflexão e o debate e promover o desenvolvimento e a capacitação de operadores jurídicos e sua interação com os processos de realização da cidadania.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	13
PRESENTATION	

REGARD CROISÉ ENTRE LES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT DANS UNE PERSPECTIVE « ECO-ANTHROPO-CENTRIQUE ».....	15
--	-----------

Lise Tupiassu

Jean-Raphaël Gros-Désormaux

TEMPO E CONSTITUIÇÃO: O RISCO COMO HORIZONTE DE OBSERVAÇÃO JURÍDICA NA SOCIEDADE POLICONTEXTURAL	33
TIME AND CONSTITUTION: THE RISK AS A LEGAL OBSERVATION HORIZON IN THE POLICONTEXTURAL SOCIETY	

Paulo Roberto Ramos Alves

Fabiola Wust Zibetti

TOMBAMENTO: UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL, ARTÍSTICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO NACIONAL	45
--	-----------

TIPPING: AN INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS AND PROTECTION OF HISTORICAL, CULTURAL, ARTISTIC, TOURIST AND NATIONAL LANDSCAPE PATRIMONY	
--	--

Marcyó Keveny de Lima Freitas

Patrícia Borba Vilar Guimarães

A CRIAÇÃO DA NACIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO	65
---	-----------

THE CREATION OF NATIONALITY IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM	
--	--

Vivianny Kelly Galvão

DO ANALÓGICO AO DIGITAL: UM OLHAR SOBRE O DIREITO À INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE EM REDE A PARTIR DA TRANSIÇÃO TECNOLÓGICA DA TV BRASILEIRA	91
---	-----------

FROM THE ANALOG TO THE DIGITAL: A LOOK AT THE RIGHT TO INFORMATION IN THE NETWORK SOCIETY FROM THE TECHNOLOGICAL TRANSITION OF BRAZILIAN TV	
---	--

Bruno Mello Correa de Barros

Rafael Santos de Oliveira

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COM VISTAS A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA	109
---	------------

ALTERNATIVE MEANS DISPUTE RESOLUTION IN AN INFORMATION SOCIETY REGARDING A FAIR LEGAL SYSTEM	
--	--

Afonso Soares Oliveira Sobrinho

Clarindo Ferreira Araujo Filho

DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA: ESTUDOS CRÍTICOS SOBRE O PAPEL DO DIREITO NO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL..... 135
HUMAN RIGHTS AND SOVEREIGNTY: CRITICAL STUDIES ON THE ROLE OF LAW AND POLITICAL LANDSCAPE

Daniel Carneiro Leão

João Paulo Allain Teixeira

Fernando Da Silva Cardoso

DESJUDICIALIZAÇÃO NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO: REFLEXÕES SOBRE A MITIGAÇÃO DO PARADIGMA DO MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO 159
DISJUDICIALIZATION IN THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM: REFLECTIONS ON THE MITIGATION OF THE MONOPOLY PARADIGM OF JURISDICTION

Fabiano Colusso Ribeiro

Levi Hülse

Sandra Krieger Gonçalves

REVISITANDO MARX: UMA NARRATIVA CRÍTICA DA FORMA DO ESTADO CAPITALISTA DESDE DE JOACHIM HIRSCH 183
REVISITING MARX: JOACHIM HIRSCH CRITICAL NARRATIVE OF THE FORM OF THE CAPITALIST STATE

Cicero Krupp da Luz

Eduardo Henrique Lopes Figueiredo

NORMAS DE SUBMISSÃO..... 201

DIREITOS CULTURAIS

**Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu*
MESTRADO e DOUTORADO da URI – Campus Santo Ângelo–RS
v. 12, n. 28 setembro/dezembro 2017**

APRESENTAÇÃO

PRESENTATION

A terceira edição do ano de 2017, da Revista Direitos Culturais (ISSN 2177-1499 – eletrônico, ISSN 1980-7805 - impresso), estrato Qualis CAPES B1 é organizada e publicada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI – Campus de Santo Ângelo/RS. O periódico conta com a participação de autores de instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras, abordando temas atuais e relacionados às linhas de pesquisa “Direito e Multiculturalismo” e “Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos”.

Nessa nova edição, os pesquisadores autores, avaliadores e leitores, ávidos por informação e conhecimento, encontrarão textos pontuais e elucidativos sobre variados temas e perspectivas. O primeiro texto da revista, intitulado “*Regard croisé entre les droits de l’homme et le droit de l’environnement dans une perspective ‘eco-anthropo-centrique’*”, de Lise Tupiassu e Jean-Raphaël Gros-Désormaux, trata do cruzamento entre direitos humanos e direito ambiental. No artigo intitulado “Tempo e Constituição: o risco como horizonte de observação jurídica na sociedade policontextual”, de autoria dos professores Paulo Roberto Ramos Alves e Fabiola Wust Zibetti, se pode observar as possibilidades construtivas para o direito com base na assimilação constitucional do risco como elemento de complexificação jurídica. O terceiro texto, de autoria de Marcyo Keveny de Lima Freitas e Patrícia Borba Vilar Guimarães, analisa o Tombamento enquanto instrumento de efetivação e proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico nacional, refletindo sobre a postura do Estado frente aos conflitos de interesses que estão em jogo. A seguir, Vivianny Kelly Galvão disserta sobre “A criação da nacionalidade no sistema interamericano”, buscando demonstrar o papel inovador e a influência humanista que o direito americano exerceu e continua exercendo para o direito internacional, principalmente sob a perspectiva da democratização e em especial à regulamentação da nacionalidade. O quinto texto, intitulado “Do analógico ao digital: um olhar sobre o direito à informação na sociedade em rede a partir da transição tecnológica da TV brasileira”, de Bruno Mello Correa de Barros e Rafael Santos de Oliveira, os autores realizam uma reflexão acerca do cenário de transição do sistema analógico de televisão aberta, livre e gratuita para o sistema digital, sob o viés do direito à informação no Brasil. A seguir, Afonso Soares Oliveira Sobrinho e Clarindo Ferreira Araujo Filho tratam “Dos meios alternativos de solução dos conflitos na sociedade da informação com vistas a uma ordem jurídica justa”, numa abordagem que contrapõe a tradição judicial aos novos paradigmas da sociedade globalizada que privilegia formas extrajudiciais de composição de conflitos, contextualizada em um mundo de crise e insatisfação social com o Direito e o repensar de novas formas de acesso à justiça que permitam uma ordem jurídica justa. O sétimo artigo, sobre “Direitos Humanos e Soberania: estudos críticos sobre o papel do direito no cenário político atual”, dos pesquisadores Daniel Carneiro Leão, João Paulo Allain Teixeira e Fernando Da Silva Cardoso, indaga acerca do papel contraditório do direito no cenário político atual, com base em estudos da teoria crítica do direito e da filosofia política, propondo delimitar os contornos filosófico-políticos para a investigação dos direitos humanos e seus

paradoxos, ao relocar a problemática da realização desses direitos e sua importância para a política e a manutenção da ordem social. Como oitavo artigo, intitulado “Desjudicialização no sistema judicial brasileiro: reflexões sobre a mitigação do paradigma do monopólio da jurisdição”, de Fabiano Colusso Ribeiro, Levi Hülse e Sandra Krieger Gonçalves, tem-se uma análise sobre os efeitos que a desjudicialização traz ao ordenamento atual, promovendo meios alternativos para resolução dos conflitos. Por fim, em “Revisitando Marx: uma narrativa crítica da forma do estado capitalista desde de Joachim Hirsch”, os autores Cicero Krupp da Luz e Eduardo Henrique Lopes Figueiredo nos convidam a refletir sobre como o Estado capitalista se alicerça nas relações de classe, demonstrando que a análise histórica, social e política do Estado correlacionam o aprofundamento da expansão do mecanismo de coerção que assegura a apreensão do trabalho, a acumulação capitalista e a assimilação das crises estruturais do capital.

Agradável e proveitosa leitura!

Os editores.

REGARD CROISÉ ENTRE LES DROITS DE L'HOMME ET LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT DANS UNE PERSPECTIVE « ECO-ANTHROPO-CENTRIQUE »

O cruzamento entre direitos humanos e direito ambiental em uma perspectiva « eco-anthropo-centrica »

Crossing perspective between human rights and environmental law in an "eco-anthropo-centric" perspective

Lise Tupiassu¹
Jean-Raphaël Gros-Désormaux²

Resumé: L'importance de la protection de l'environnement pour la survie de l'espèce humaine sur terre semble évidente, ainsi que le rôle du droit dans le domaine. Penser l'environnement en tant que droit fondamental, cependant, ne pas être une tâche aussi facile. Certes, ce n'est que peu à peu que l'environnement a été introduit comme un sujet de protection par l'ordre juridique et, sa prise en compte en tant que droit de l'homme ou droit fondamental est un fait encore plus récent. Considérant que la prise en compte de l'environnement en tant que droit fondamental engendre un certain nombre de difficultés, l'objectif de ce travail est de démontrer que l'inscription du droit à l'environnement dans l'ordre juridique n'est pas anodine. Dans cette perspective nous décrivons le chemin parcouru par le droit à l'environnement dans son affirmation en tant que droit de l'homme et insertion dans le cadre formel du droit positif.

Mots Clés: Environnement. Droits de l'homme. Droit à l'environnement

Resumo: A importância da proteção ambiental para a sobrevivência da espécie humana da terra parece evidente, assim como o papel do direito nessa esfera. Pensar o meio ambiente enquanto um direito fundamental, porém, não é uma tarefa tão fácil. O meio ambiente foi sendo introduzido pouco a pouco como um objeto de proteção pela ordem jurídica e sua consideração enquanto

¹ Doutora em Direito Público pela Université Toulouse 1 - Capitole. Mestre em Direito Tributário pela Université Paris I - Panthéon-Sorbonne. Mestre em Instituições jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito Público pela Université de Toulouse I -Capitole. Atualmente é professora e pesquisadora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação stricto sensu da Universidade Federal do Pará - UFPA e do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Coordenadora da Rede de Pesquisa Junction Amazonian Biodiversity Units - Research Network Program - JAMBU-RNP e dos Grupos de Pesquisas Biodiversidade, Território e Sociedade na Amazônia - BEST AMAZÔNIA e Tributação Ambiental e Desenvolvimento. E-mail: ltupiassu@gmail.com

² Docteur en Géographie par l'Université des Antilles. Chercheur au Centre national de la recherche scientifique en France; membre de l'Unité mixte de recherche LC2S (Laboratoire Caribéen des Sciences Sociales) à l'Université des Antilles; membre du Laboratoire d'excellence français CEBA (Centre d'étude de la biodiversité amazonienne); Co-coordonateur du réseau international Jambu-RNP (Junction amazonian biodiversity units research networking program). Ce travail a bénéficié du soutien des « Investissements d'avenir » de l'Agence nationale de la recherche française (Ceba, réf. ANR-10-LABX-25-01). E-mail: jrmgrosdesormeaux@yahoo.fr.

direito humano ou direito fundamental é um fato ainda mais recente. Considerando que a incorporação do meio ambiente no âmbito dos direitos fundamentais implica em várias dificuldades, o objetivo deste trabalho é demonstrar que sua inscrição na ordem jurídica não é desprovida de consequências. Nessa perspectiva, este texto descreve o caminho percorrido pelo direito ao meio ambiente em sua afirmação enquanto direito humano e inserção no quadro formal do direito positivo.

Palavras-Chave: Meio ambiente. Direitos humanos. Direito ao meio ambiente.

Abstract: The importance of environmental protection for the survival of the human species of the earth seems evident, as does the role of law in this sphere. Thinking about the environment as a fundamental right, however, is not such an easy task. The environment was being introduced little by little as an object of protection by the legal order and its consideration as a human right or fundamental right is an even more recent fact. Considering that the incorporation of the environment in the context of fundamental rights implies several difficulties, the aim of this work is to demonstrate that its inclusion in the legal order is not without consequences. In this way, the text reflects the understanding of the legal recognition of environmental law and analyzes the elements that have led to the formal legal recognition of this right.

Keywords: Environment. Human rights. Environmental rights.

Sommaire: Introduction. 1 La juridicisation de la crise environnementale. 1.1 La perception d'une crise environnementale. 1.2 L'éclosion d'un droit de l'environnement. 2 Le développement du droit à l'environnement. 2.1 Droit de l'environnement ou « droits de la nature »? 2.2 L'affirmation d'un droit de l'homme à l'environnement. Conclusion. Références Bibliographiques.

Introduction

La notion de droits de l'homme pose des interrogations singulières au regard du droit de l'environnement. Dans la controverse qui oppose le jusnaturalisme au positivisme, les droits de l'homme, en termes de valeurs suprêmes devant être protégées pour l'existence digne de l'être humain, poursuivent une quête de fondement et d'effectivité. La nature s'insère dans ce cadre, d'abord comme donnée métaphysique, et ensuite comme bien juridique.

L'origine métaphysique et l'interprétation philosophique des droits de l'homme et de la valeur environnementale représentent des sujets extrêmement riches³. Cependant, notre incursion théorique portera plutôt sur le parcours de la consécration juridique du droit à l'environnement.

Certes, le droit à l'environnement se dévoile dans le cadre de l'évolution socio-historique des droits de l'homme qui apparaît justement dans le contexte d'ascension du rationalisme libéral, à partir d'une évolution des rapports entre

³ MORANGE, 2007, p. 28 s.s.

l'homme et la nature⁴. Le droit à l'environnement est dès lors introduit abstraitement dans une troisième génération des droits de l'homme comme conséquence des mutations historico-économiques de ces derniers.

Mais dans l'univers juridique positif, après avoir été reconnu en tant que valeur digne de protection par les droits de l'homme, le droit à l'environnement nécessite une consécration formelle, une introduction effective dans les différents ordres juridiques. Ainsi, la compréhension de la consécration juridique du droit à l'environnement demande l'analyse des éléments qui ont dirigé la consécration juridique formelle de ce droit.

Dans ce sens, il faut tout d'abord prendre en compte que « toute norme est le résultat d'un processus de transformation de l'être au devoir-être, [...] toute norme, à un moment donné de son histoire, est de l'ordre du social. [...] Toute norme est, donc, au départ, une aspiration, une revendication sociale »⁵. Cela veut dire que la norme toujours surgit comme une aspiration, qui sera ensuite incorporée au droit positif. Elle acquiert une expression normative pour se doter d'effets juridiques.

Considérant que l'inscription de la protection de la nature en tant que droit de l'homme dans l'ordre juridique formelle s'insère forcément dans un parcours de mutation sociale, il est intéressant de comprendre, comment s'est déroulé le mouvement de transformation des mentalités qui a été à l'origine d'une protection juridique de la nature.

Nous verrons que le déclencheur de cette demande est la prise en compte sociale du risque d'épuisement du modèle économique basé sur un besoin croissant de matières premières et de dépôts pour les déchets développé jusqu'alors. Il s'agit du moment où la société se rend donc compte de la faiblesse du modèle de développement de l'État social et des effets néfastes de l'évolution scientifique basée sur une éthique hermétique⁶ qui a généré une vraie crise environnementale.

Dans un second temps, il nous sera possible d'analyser le parcours à partir duquel la réponse au besoin d'institutionnalisation de la valeur environnemental s'est penchée vers l'inscription formelle d'un vrai droit de l'homme à caractère diffus.

1 La Juridicisation de la Crise Environnementale

Vers la fin du XX^e siècle, des voix scientifiques se lèvent pour dénoncer un fait alarmant : on se rend compte que « les activités humaines sont en mesure de transformer les conditions de vie sur terre, peut-être même de les compromettre »⁷. La constatation de l'existence d'une « crise environnementale » entraîne les conséquences apportées par l'étymologie du mot. En grec *krisis* indique la décision. La crise environnementale marque un tournant décisif pour l'humanité⁸

⁴ TUPIASSU-MERLIN, 2010

⁵ ROUSSEAU, D., 1987, p. 127

⁶ Même que l'essentiel de la prise en compte des atteintes contre la nature se soit faite au milieu du XX^e siècle, Déleage (1991, p.261) met en évidence un certain nombre d'auteurs qui depuis le XIX^e siècle étaient déjà sensibilisés face à « dysharmonie » des rapports entre l'homme et la nature.

⁷ INSTITUT, 1997, p. 9

⁸ MICOUD, 1997

qui implique le développement d'un domaine juridique spécifique, le droit de l'environnement.

1.1 La Perception D'une Crise Environnementale

De nombreuses catastrophes naturelles et technologiques voient le jour, et la vitesse avec laquelle les ressources naturelles s'épuisent effraie l'humanité. Lors d'un réveil soudain, l'homme s'aperçoit qu'au lieu de *l'American dream*, c'est l'imagination de Goethe et la musique de Dukas qui semblent devenir réalité, selon la description de Martine Rémond-Gouilloud⁹:

Les barrages cèdent, les lacs acides se dépeuplent, les forêts meurent, les marées noires engluent les côtes, les glaces fondent sous l'effet du réchauffement de l'atmosphère et le ciel, dans sa couche d'ozone, se déchire. Les faits sont là. La conception suivant laquelle la puissance de la science et de la technique ne connaîtrait aucun frein, paraît soudain singulièrement naïve. Une très légère inquiétude trouble nos certitudes. Et beaucoup commencent à se demander si, à tant vouloir maîtriser, à se couper systématiquement de ses racines, la race humaine n'est pas en train de négliger une donnée vitale pour sa survie, qu'un obscur sens de la téléonomie la porte à prendre en compte. Le maître du monde pourrait-il n'être qu'un apprenti sorcier ?

La science avait donné à l'humanité l'illusion de maîtriser la nature, avant de la dé tromper cruellement¹⁰, mais en fait on s'aperçoit que « plus l'homme possède la nature plus elle le possède »¹¹ et « Gaïa¹², risquant dans ses nouveaux équilibres de ne pas laisser place à l'espèce humaine, mérite que celle-ci régule ses activités en conséquence »¹³. Ainsi, sous le risque d'exclusion du futur, l'homme est obligé de reconnaître que tout ne lui est pas permis : sur terre ses « droits » de domination « s'accompagnent de devoirs »¹⁴. Ou, comme l'écrit Michel Serres¹⁵: « à la maîtrise du monde, doit succéder, aujourd'hui, la maîtrise de la maîtrise. »

La crise écologique représente, selon certains, « d'abord et surtout une crise de notre représentation de la nature, crise de notre rapport à la nature »¹⁶ ou alors, une « crise d'objectivité »¹⁷.

La prise de conscience de la dimension du problème écologique marque, ainsi, une crise de la civilisation contemporaine, une crise « culturelle et spirituelle »¹⁸ qui imprime à l'âge actuel une marque de changement des valeurs de

⁹ REMOND-GOUILLOUD, 1989, p. 15

¹⁰ ROMI, 1991

¹¹ MORIN, 1980, p.72

¹² Dans la mythologie grecque, Gaïa représente une déesse identifiée à la « Terre-Mère », la planète terre.

¹³ ROMI, 2004, p. 7

¹⁴ REMOND-GOUILLOUD, 1989, p. 16

¹⁵ SERRES, 2000, p. 12

¹⁶ OST, 2003, p. 8

¹⁷ LATOUR, 2004, p. 32

¹⁸ NUNES JUNIOR, 2005

base de la société¹⁹. Il s'agit de la transformation des paradigmes, de l'ensemble des idées et des croyances qui inspirent la pensée et le comportement de l'humanité²⁰. C'est la renaissance d'un paradigme holistique, d'une nouvelle façon de concevoir les rapports avec le monde, une nouvelle conception de la réalité ou, comme l'affirme Mello²¹ « es un nuevo enfoque le realidades milenariamente conocidas, una nueva vivencia que se establece ».

En fait, nous avons appris avec Descartes à séparer le sujet et l'objet. La méthode expérimentale a contribué à une « conception insulaire de l'homme »²², une pensée qui cloisonne chaque matière et chaque être. Mais la crise planétaire nous mène à nous rendre compte « qu'entre homme et nature les rapports sont d'implication réciproque et d'interaction. »²³. L'écologie en tant que matière systémique et complexe montre que l'indépendance de l'homme est paradoxalement liée à sa dépendance à la nature. Comme l'explique Edgar Morin²⁴, il existe un mouvement de rétroaction dans lequel l'asservisseur devient asservi, de sorte que « nous avons besoin de la dépendance écologique pour pouvoir assurer notre indépendance »²⁵.

Ce changement de valeurs implique l'acceptation d'un « paradigme complexe ». On s'aperçoit, avec S. Gutwirth²⁶, que

[...] le sujet et l'objet ne sont donc pas séparés par un mur aseptique et imperméable. Bien au contraire : l'homme et la nature sont mélangés ; l'histoire humaine et l'histoire naturelle sont une et le sujet et l'objet sont entraînés dans un jeu inéluctable d'interférences et d'interpénétrations.

Et, comme un corollaire naturel, on voit l'évolution de l'ordre juridique.

1.2 L'éclosion D'un Droit de L'environnement

On sait que le droit, élément clef pour le fonctionnement de la société, change selon le moment historique et selon l'évolution inhérente à chaque culture, c'est une idée qui se configure dans un éternel mouvement de progression. Il s'agit d'un « système ouvert »²⁷, qui se transforme continuellement.

¹⁹ « L'idée de nature est, en effet, une production sociale issue du contexte politique, économique, technique du moment (...). La nécessité de prendre en considération les problèmes d'environnement sera, d'ailleurs, présentée comme un devoir, une éthique ». (FROMAGEAU, 1998, p. 22).

²⁰ Comme le constate Frances Cairncross (1992, p. 1), « Something extraordinary happened toward the end of the 1980s. People in many countries began to feel unhappy about the way the human race was treating its planet. They began to complain more noisily about filthy air and water, about the destruction of the rainforest and the disappearance of species, about the hole in the ozone layer and the buildup of greenhouse gases ».

²¹ MELLO, 1997, p. 744

²² MORIN, 1999, p. 133

²³ OST, 2003, p. 247

²⁴ MORIN, 1980, p. 74

²⁵ MORIN, 1999, p. 132

²⁶ GUTWIRTH, 2001, p. 11

²⁷ GRAU, 2000, p. 19

L'évolution des générations des droits de l'homme que l'on a vu précédemment montre la vérité de cette affirmation. Elle nous fait constater que le droit n'est rien d'autre que l'expression de la conscience sociale, la normalisation *de et pour* l'opinion publique. Par des rapports de réciprocité, le droit sert également d'instrument de changement de la société.

Le développement du droit de l'environnement est un exemple fondamental prouvant que l'évolution de la culture sociale se trouve à la base de l'évolution de l'ordre juridique. De la prise de conscience de l'importance de l'environnement découle la prise en compte légale de l'environnement.

En fait, il est possible de remarquer que dès l'antiquité²⁸ quelques normes existaient sur la protection de la vie sauvage et des milieux naturels, notamment dans le cadre de la lutte contre les nuisances²⁹. Ces démarches normatives, notamment en vue de garantir la santé de l'homme et sa propriété, ont continué à se développer tout au long du moyen-âge et de l'âge moderne, jusqu'au XX^e siècle³⁰. À la fin du XIX^e siècle, des lois sur la restauration des terrains de montagne, sur le reboisement et sur la protection des sites naturels à caractère artistique pouvaient être retrouvées dans l'univers juridique français³¹, des normes sur la pollution sont apparues en Angleterre et une esquisse de préoccupation environnementale commence à se dessiner un peu partout dans les pays les plus industrialisés³². Ces normes avaient toujours un caractère assez utilitariste, et n'envisageaient pas vraiment une protection de la nature. Avec la création du Parc National de Yellowstone, aux États-Unis — démarche suivie par d'autres pays comme la Suède —, le début du XX^e siècle commence à se familiariser avec la protection des espaces naturels « en tant que tels », ce qui a été aussi pris en compte par quelques conventions internationales à partir des années 1900, ayant des effets assez restreints^{33,34}.

Mais c'est uniquement avec la généralisation de la prise de conscience sociale autour des menaces sur l'environnement, notamment à partir de la deuxième moitié du XX^e siècle, qu'une nouvelle réflexion sur le traitement légal de la nature vient à l'ordre du jour, ce qui « juridicise » définitivement les rapports de l'homme avec l'environnement. C'est le « traitement officiel »³⁵ de la protection de

²⁸ BAUD, 2001

²⁹ VAN LANG, 2002, p. 2

³⁰ FROMAGEAU, 1990 ; PRIEUR, 1996

³¹ J. Fromageau nous fournit un éventail de diplômes normatifs qui avaient un rapport avec les espaces naturels, dans son « Introduction » à la Genèse du droit de l'environnement (CORNU; FROMAGEAU, J., 2001).

³² LEITAO, 2002, p. 30

³³ DE KLEMM, 2001, p. 100

³⁴ Sur le sujet, Kiss (1989, p. 28) explique que les premières conventions internationales multilatérales relatives à la protection de certaines espèces de la faune sauvage étaient encore basées sur un « utilitarisme à très court terme ». C'est seulement un peu plus tard, à la fin de la première décennie du XXe siècle, que quelques dispositions conventionnelles commencent à protéger véritablement l'environnement.

³⁵ CORNU; FROMAGEAU, 2001, p. 18

la nature, qui devient un objet du droit à part entière³⁶, une « valeur digne de protection »³⁷, l'objet d'un droit de l'environnement.

Comme l'affirme Jean-Marie Breton³⁸ :

Le droit de l'environnement n'est ainsi pas autre que l'expression normative (fondamentale ou procédurale) d'une démarche éthique fondée sur des prédéterminations peu ou prou contestées ou acceptées, et sur des choix ontologiques, et partant axiologiques, conflictuels ou consensuels (...). Ce processus de régulation formelle, récent et original, novateur et incertain, essentiellement instrumental bien que non dénué de connotations finalistes et fonctionnelles, a suscité l'engendrement, puis la consolidation et enfin la reconnaissance d'un droit de l'environnement, corpus de normes techniques spécifiques.

Les contraintes environnementales commencent alors à être intégrées dans le système juridique, de manière à formaliser la démarche écologique par la création de normes de protection, de conservation et de sanction. Les ressources naturelles deviennent des « biens environnementaux », faisant l'objet d'une protection juridique particulière³⁹.

Dans la doctrine de Jacqueline Morand-Deville⁴⁰,

Révolue est l'époque, point si lointain, où l'environnement n'était protégé que de façon incidente et relative à partir des dispositions du Code civil traitant des troubles de voisinage. La protection de l'environnement est devenue une finalité supérieure et transcendante, qui éclaire les solutions apportées à des plaidoiries contrastées. Banalisée, elle inspire la réglementation d'activités quotidiennes ordinaires...

2 Le Développement du Droit à L'environnement

Il est possible de remarquer que tout ce mouvement de transformation écologique de la conscience sociale a influencé et a été influencé de façon dialectique par l'éclosion de « nouveaux droits » qui sont issus du développement d'un « droit nouveau ».

Mais c'est en passant par le carrefour entre la construction d'un droit *de l'environnement* et l'affirmation des droits de la nature que l'on arrive au droit *de l'homme* à l'environnement .

³⁶ En 1973 Jean Lamarque (1973) rend publique cette évidence lors la publication d'un ouvrage pionnier sur le sujet . Dans la continuité est créée en 1976 la Revue Juridique de l'environnement afin de « sortir le droit de l'environnement de la clandestinité et d'en faire une matière qui ne soit plus seulement réservée à un petit groupe de spécialistes » (PRIEUR, 1976).

³⁷ REMOND-GUILLOUD, 1989, p. 98

³⁸ BRETON, 2003, p. 12

³⁹ CASANOVA USERA, 2000, p. 23

⁴⁰ MORAND-DEVILLER, 2007, p. 3

2.1 Droit De L'environnement ou « Droits de la Nature »?

Selon Raphaël Romi⁴¹, le droit de l'environnement est avant tout un droit 'contre', un droit de 'réaction'. D'une part, il vient freiner la démarche économiquement néfaste à l'environnement; d'autre part, comme une réponse, un relais aux pressions politiques et associatives sur la protection de la nature⁴² : le droit de l'environnement surgit aussi pour limiter les revendications sociales sur le changement du rôle de la puissance publique et de la société dans le cadre de l'équilibre écologique.

Et l'énumération des multiples facteurs qui ont influencé la naissance et le développement de ce « droit nouveau » ne s'arrêtent pas là. R. Romi⁴³ (1991) explique, encore, à l'aide d'écrits d'autres auteurs, que :

Pour une large part, le droit de l'environnement est 'né de la pression irrésistible du mouvement écologiste.' Plus encore, le droit de l'environnement a vu ses avancées rythmées par des catastrophes. Il est par ailleurs exact qu'une demande émane des scientifiques eux-mêmes, en rapport avec ces grandes peurs... et avec les leurs. Ces demandes, jointes à celles des associations et aidées par la guérilla contentieuse que celles-ci ont entamée depuis les années 1970, ont contribué à l'émergence de normes nombreuses et diverses...

Ainsi, il est normal que le droit de l'environnement soit un droit empirique, parfois perdu au milieu d'un carrefour de concepts et d'intérêts⁴⁴. Un droit qui sert à régler l'éphémère et par lequel il est réglé. Cela « explique l'obsolescent d'un grand nombre de textes législatifs et réglementaires »⁴⁵. Et dans ce cadre de changement de paradigmes, le traitement juridique de l'environnement fait l'objet des plus diverses conceptions...

La remise en cause de la vision cartésienne et mécaniciste de l'environnement, avec l'avènement d'un traitement juridique « officiel » et « désintéressé »⁴⁶ de la nature, a ouvert la place à de nouvelles conceptions écologiques, aussi réductionnistes et extrêmes que celles qu'elles voulaient combattre, mais dans le sens diamétralement opposé.

Le retour à une vision mystique de la nature a voulu s'imposer, et en même temps s'élever contre l'humanisme sur lequel la pensée moderne a été construite. Du plaidoyer de Christopher Stone⁴⁷ pour que les objets naturels aient des intérêts juridiques, au « Contrat Naturel » de Michel Serres⁴⁸, passant par le mouvement de « libération animale » de Peter Singer⁴⁹, on assiste à une radicalisation du mouvement écologique, visant à octroyer à la nature une valeur

⁴¹ ROMI, (2004

⁴² Des exemples concrets sur l'influence des associations sur la genèse du droit de l'environnement sont cités par Fromageu dans son « Introduction » (CORNU; FROMAGEAU, 2001).

⁴³ ROMI, 1991

⁴⁴ Ce qui l'empêche, parfois, à avoir des bases solides. D'où le plaidoyer pour la construction d'une histoire du droit de l'environnement de Lunel (1986).

⁴⁵ CORNU; FROMAGEAU, 2001, p. 20

⁴⁶ LAMARQUE, 1973, p. 505

⁴⁷ STONE, 1996

⁴⁸ SERRES, 1992

⁴⁹ SINGER, 1975

juridique intrinsèque parfois supérieure à celle conférée à l'être humain⁵⁰. Une remise en question de la modernité surgit au milieu d'un « fondamentalisme écologique »⁵¹, qui discrédite les déclarations des droits de l'homme pour leur universalité fallacieuse et leur humanisme excessif, lorsqu'elles ne donnent pas à la nature le statut de sujet de droit. L'écologisme veut se juridiciser avec une partie de radicalisme de sorte que du droit de l'environnement on veut faire surgir des droits de la nature. Dans ce sens, selon M. Bachelet⁵² « de superficielle qu'elle était, l'écologie était devenue profonde, globale et totalitaire ».

Bien que, actuellement, l'écologie profonde soit laissée un peu de côté par le droit, sans rentrer dans le cadre d'une écologie « totalitariste » et négationniste des droits de l'homme, certains courants juridiques continuent à mettre en exergue le besoin de consécration des droits de la nature⁵³, notamment les droits de l'animal^{54, 55}.

La réalité montre néanmoins que, comme le dit bien R. Romi⁵⁶, « le juriste ne peut guère aborder la nature en termes mystiques, il ne peut plus se comporter en cartésien obtus ». Le droit de l'environnement doit incorporer la complexité des rapports entre l'homme et la nature, rester à mi-chemin entre les conceptions extrémistes⁵⁷, comme une « théorie interdisciplinaire du milieu »⁵⁸ prenant en considération une approche systémique⁵⁹. Ainsi, bien qu'il garde une certaine distance du courant de l'écologie profonde, le droit de l'environnement se qualifie tout de même comme un droit réformateur. Comme le dit Romi⁶⁰ « Si la conclusion d'un 'contrat naturel' demeure un idéal, le droit de l'environnement doit tendre à la satisfaction de cet idéal en cherchant à atteindre à des objectifs plus immédiatement opérationnels ». Il touche toute l'organisation de la société. C'est un droit qui se crée pour revoir et redimensionner les concepts relatifs aux activités sociales par l'intégration des « contraintes environnementales »⁶¹ dans le système juridique. Il est encore — comme il ne pouvait pas éviter de l'être — basé sur

⁵⁰ FERRY, 1992

⁵¹ SILVA, 1999, p. 134

⁵² BACHELET, 1995, p. 111

⁵³ Michel Serres (2000, p. 24), dans un « retour au contrat naturel », reprend la question de la valeur juridique de la nature. Il relativise le rôle de la nature en tant que sujet de droit, en proposant la notion d'objet-monde, un « nouvel objet » avec lequel l'homme doit établir un rapport de symbiose.

⁵⁴ CHOPRA, 1991 ; BABADJI, 1999 ; CHAPOULTIER, 2000 ; GASSIOT, 2005

⁵⁵ Dans le cadre de la prise en compte de l'animal en tant que sujet de droit, il est très intéressant de remarquer deux décisions prononcées par le pouvoir judiciaire brésilien. Dans un premier cas, jugé en 1963, la Cour suprême brésilienne avait statué sur une requête en vue d'obtenir la libération d'un oiseau retenu en cage. Dans sa décision, la Cour avait rejeté la requête en jugeant qu'un animal ne peut être impliqué dans une relation juridique comme sujet de droit mais seulement comme objet de droit (STF Recours Habeas Corpus - 63/399). Vingt ans plus tard, en 2005, la Cour criminelle de l'État de Bahia accepte d'examiner en profondeur la possibilité pour un chimpanzé retenu en cage au zoo de Salvador de bénéficier de la protection de l'*habeas corpus*. La mort du chimpanzé va néanmoins empêcher que la procédure aille à son terme, sans que la Cour tranche définitivement sur la question (9ème Cour criminelle de Bahia, 28 septembre 2005, Habeas Corpus n° 833085-3/2005) (LE BOT, 2007).

⁵⁶ ROMI, 1998, p. 134

⁵⁷ MORIN, 1990 ; OST, 2003

⁵⁸ OST, 2003, p. 259

⁵⁹ LE LOUARN, 2001

⁶⁰ ROMI, 2004, p. 12

⁶¹ BRETON, 2003

l'anthropocentrisme, un anthropocentrisme « inéluctable », mais surtout « raisonnable », comme l'explique M. Rémond-Gouilloud⁶².

Les êtres humains restent en tant que seuls sujets de droit et la nature comme son objet⁶³. Les normes environnementales sont essentiellement destinées aux rapports sociaux et non à une « assistance » à la nature⁶⁴. Il s'agit, sans doute, d'un anthropocentrisme, mais d'un anthropocentrisme qui « n'exclut pas le respect »⁶⁵.

Comme l'explique A. Kiss⁶⁶,

[...] dans l'état actuel de notre compréhension du monde et de nos réflexions, il semble qu'une synthèse soit possible. En effet, si un droit crée par les humains ne peut s'entendre dans sa conception et dans sa mise en œuvre en dehors d'eux — même si sa finalité dépasse le cercle des humains — on en sait maintenant assez sur la biosphère pour penser que, si l'on ne conserve pas ses ressources, si l'on ne respecte pas ses francs équilibres, les humains ne survivront pas plus que beaucoup d'autres êtres vivants. Ainsi, la protection de la biosphère en tant que telle mène indirectement, mais nécessairement, à celle des humains.

Dans le même sens, concluants sont les mots de Jaqueline Morand-Deviller⁶⁷:

Née dans les turbulences, le droit de l'environnement, à peine sorti de l'adolescence, a réussi la prouesse, si imparfait et inachevé soit-il, d'être un droit de la solidarité et de la réconciliation.

L'évolution du droit de l'environnement mène, ainsi, à la suppression de la dichotomie et de l'opposition construite entre « anthropocentrisme » et « l'écocentrisme » par la consécration d'un droit de *l'homme* à l'environnement.

2.2 L'affirmation D'un Droit de L'homme a L'environnement

Au lieu de conférer une valeur juridique à la tutelle subjective des droits *de la nature*, le droit de l'environnement a pu se structurer sur la valorisation juridique des *droits subjectifs des hommes par rapport à la nature*⁶⁸. On évite,

⁶² RÉMOND-GOUILLOUD, 1989, p. 45

⁶³ Même que, dans la pensée de Ost (2003, p. 244), à la suite de Merleau-Ponty, elle ne soit « pas simplement un objet ». Et, comme l'explique M. Serres (2000, p. 14), « ...ce nouvel objet que, faute de mieux, nous continuons d'appeler nature... » n'est pas un objet comme les autres, il s'agit d'un « objet global » qui « devient sujet puisqu'il réagit à nos actions, comme un partenaire ».

⁶⁴ DERANI, 1997, p. 75

⁶⁵ REMOND-GOUILLOUD, 1989, p. 46

⁶⁶ KISS, 1997, p. 16-17

⁶⁷ MORAND-DEVILLER, 2007, p. 3

⁶⁸ « ...le sujet de la protection comme la victime directe de l'éventuel dommage (*sic*) sont la nature. L'individu n'est que le bénéficiaire indirect, tout en étant le titulaire direct de ce droit aux accents généralement anthropocentriques. À travers cette dialectique apparaît, en toile de fond, la distinction entre un droit individuel qui serait donc accordé aux seuls individus, et un droit collectif revendiqué par

ainsi, de confondre la protection juridique subjective (personnalité morale) avec la tutelle objective (centre d'intérêt) et, par l'universalisation du *droit de l'homme à l'environnement sain et équilibré*, on élargit *l'intérêt juridique sur la nature*, ou mieux, on institutionnalise un droit subjectif à la conservation de l'environnement et à une qualité environnementale correcte⁶⁹.

Le droit de l'environnement suit, donc, en principe, un critère finaliste anthropocentriste de garantie de la qualité de vie de l'homme. Comme l'affirme J.-M. Breton⁷⁰, « sa 'légitimité', individuelle aussi bien que sociale, ne peut procéder que de la reconnaissance d'un droit des hommes à vivre dans un environnement sain, préservé, équilibré, harmonieux et valorisant ». Ainsi, le droit à l'environnement fait partie du droit *de* l'environnement, « tout en se trouvant au sommet de la pyramide que constituent les règles composant cette discipline »⁷¹. Et là, il emporte comme conséquence la « subjectivisation de la protection de l'environnement »⁷² et, par la reconnaissance d'un droit fondamental à l'être humain, le droit de l'environnement garantit les moyens procéduraux et substantiels d'assurer la sauvegarde des espaces naturels, des animaux, et des ressources environnementales, en tant que biens juridiques liés aux intérêts diffus.

L'intérêt diffus à la protection de l'environnement est marqué par l'indivisibilité de son objet et l'indétermination de son titulaire⁷³. Il se lie à des conflits typiques de la société post-moderne, à caractère massif et globalisé. Dans un tel cadre, le dommage porté à la nature est un dommage porté à la qualité de vie de chacun des habitants de la terre⁷⁴. Les rapports juridiques, auparavant uniquement privés ou bilatéraux, gagnent des facettes publiques et/ou multiples⁷⁵, la conservation de l'environnement servant comme guide aux administrations et au pouvoir judiciaire.

Mais la vision du droit de l'homme à l'environnement en tant que moyen d'intégrer la nature dans le cadre juridique passible de protection n'est pas suffisante pour démontrer la réelle portée d'un tel droit. Les droits de l'homme et l'environnement ont beaucoup plus qu'un rapport interdisciplinaire ou fonctionnel. Ces notions sont liées par une « identité ontologique »⁷⁶. Le droit de l'homme à l'environnement est le corollaire le plus évident du droit à la vie lui-même⁷⁷, pré requis pour la jouissance de tout autre droit humain. Ainsi, comme il ne sert à rien

les défenseurs de la nature (...). En l'espèce, c'est bien l'homme qui apparaît comme titulaire et bénéficiaire de ce droit à l'environnement. ». (PERI, 2005).

⁶⁹ SILVA, 1999 ; PERI, 2005

⁷⁰ BRETON, 2003, p. 12

⁷¹ KISS, 1997, p. 17

⁷² SILVA, 1999, p. 135

⁷³ GRINOVER, 1999, p. 141

⁷⁴ D'où également la consécration de l'environnement en tant que « patrimoine commun de l'humanité », que les limites méthodologiques de cette étude ne nous permettent pas d'aborder avec la précision qu'il serait souhaitable (FLORY, 1995). Il convient de préciser qu'au Brésil, la consécration constitutionnelle de l'environnement lui confère la qualité de « bien d'intérêt commun à tous les habitants du pays » (TIETZMANN, 2006).

⁷⁵ Comme dans le cas où une industrie polluante viendrait à produire des dommages à un particulier. D'une part, la réparation des dommages et intérêts revient au rapport privé entre l'industrie et le particulier. Mais d'autre part, la responsabilité de l'État ou, au moins, la validité de l'acte administratif d'autorisation d'installation d'une telle industrie, peut être mise en question dans une affaire publique (SILVA, 1999, p. 139).

⁷⁶ MELLO, 1997, p. 774

⁷⁷ CANÇADO TRINDADE, 1992, p. 14

de donner au poisson le droit à la vie sans lui donner le droit à l'eau, le droit de l'homme à la vie ne veut rien dire sans le droit à un environnement sain et équilibré, condition *sine qua non* de la pleine réalisation physique et spirituelle de l'homme^{78, 79}.

La préservation de l'environnement rentre, enfin, dans le cadre de la garantie d'une qualité de vie digne aux êtres humains. La valorisation de la vie humaine et la valorisation de la nature deviennent complémentaires⁸⁰.

Dans ce sens s'exprime Michel Prieur⁸¹:

[...] un anthropocentrisme étriqué paraît aujourd'hui d'un autre âge. Il est scientifiquement admis par tous que la vie des hommes sur terre est étroitement liée à celle des autres espèces vivantes. Protéger la nature, à travers la faune, la flore et la biodiversité, est en même temps protéger l'homme. Détruire la nature ou épuiser ses ressources, prive l'homme d'un développement durable.

Et c'est à partir de cet idéal social que l'on institutionnalise la finalité environnementale des règles juridiques aussi bien dans la sphère nationale que dans la sphère internationale, avec la redéfinition de la place conférée à la protection de l'environnement dans le cadre normatif.

Le droit de l'homme à l'environnement renvoie, donc, à un rapport d'exploitation durable de la nature en vue de satisfaire des besoins d'ordre éthique, esthétique, économique, sociologique, culturel ou écologique. La noosphère définie par Pierre Teilhard de Chardin⁸² suggère un idéal fantasmagorique biocentré de conservation de la vie sous toutes ses formes. Dans une représentation anthropocentrée du monde, l'humain s'est attribué la responsabilité de pérenniser sa propre existence dans une volonté d'altruisme tournée vers les besoins des générations futures et d'autres entités biologiques avec lesquelles il partage l'écosphère et auxquelles il accorde une valeur. L'affirmation d'un droit de l'homme à l'environnement au profit d'un droit de l'environnement pose un regard plus objectif sur les processus d'écologisation qui tendent à normaliser les comportements sociaux. La loi française « pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages » du 8 août 2016 publiée au Journal Officiel du 9 août 2016 consacre cette vision éco-anthropo-centrée des rapports entre l'Homme et la Nature.

Enfin, comme l'a soulignée Catherine Aubertin⁸³ :

Le terme de reconquête n'a rien d'anodin. L'atteinte des objectifs de biodiversité pose en effet la question de la reconquête de territoires de plus en plus artificialisés du fait du développement économique. Reconquête signale aussi la volonté de freiner ce mouvement d'artificialisation, ce qui, en France métropolitaine, se traduit par la préservation d'une biodiversité amie

⁷⁸ MELLO, 1997, p. 775

⁷⁹ Dans ce sens, la Charte Mondiale de la Nature, adoptée par l'ONU en 1982, affirme dans son préambule que : « L'humanité fait partie de la nature et la vie dépend du fonctionnement ininterrompu des systèmes naturels qui sont la source d'énergie et de matières premières ».

⁸⁰ SILVA, 1999, p. 30

⁸¹ PRIEUR, 2003

⁸² TEILHARD DE CHARDIN, 2007

⁸³ AUBERTIN, 2015, p. 215

de l'homme, façonnée par lui et déjà ancienne, sans forcément anticiper les modifications à venir, en particulier celles liées au changement climatique.

Conclusion

« L'essentiel est invisible pour les yeux ». En allusion à la célèbre réflexion de Saint Exupéry, on pourrait dire que le droit ne rend malheureusement pas toujours compte des valeurs les plus évidentes: l'égalité entre les hommes, par exemple, a pendant très longtemps ignoré l'esclavage et les différences entre les hommes et les femmes. Dans cette même logique, le droit à l'environnement lutte encore aujourd'hui pour se faire reconnaître en tant que valeur digne de protection effective par le droit.

Cet article avait pour objet de décrire et d'analyser l'épopée qui marque les rapports entre la nature et les droits de l'homme. On remarque que, bien que faisant partie de la nature des choses, le droit a établi au long de l'histoire un rapport de domination envers la nature. Mais, lorsque l'homme perçoit qu'il ne maîtrise pas la nature, la nécessité que le droit puisse rendre compte des caractères dynamiques et complexes de l'écosphère devient un impératif de survie.

L'environnement devient peu à peu objet d'un droit de l'environnement, pour devenir ensuite l'objet des droits de l'homme. Il inaugure ainsi la troisième génération des droits fondamentaux. Cette consécration normative interroge la diffusion de ce nouveau droit de l'homme à l'environnement au sein des divers ordres juridiques mondiaux mais surtout les conséquences juridiques issues de cette diffusion.

References

AUBERTIN, C., "Loi biodiversité et choix de société", *Natures Sciences Sociétés*, v. 23, n. 3, 2015.

BABADJI, R., "L'animal et le droit: a propos de la déclaration universelle des droits de l'animal", *Revue Juridique de l'Environnement*, v. 1, 1999.

BACHELET, M., *L'ingérence écologique*. Paris : Frison-Roche, 1995.

BAUD, J.-P., "Quelque chose d'Hippocrate à l'origine du droit de l'environnement", In: CORNU, M. et FROMAGEAU, J. (org.), *La genèse du droit de l'environnement*. Paris : L'Harmattan, 2001.

BRETON, J.-M., "Du droit de l'environnement au droit à l'environnement: quête humaniste et "odyssée" normative", In: FERRAND, J. et PETIT, H. (org.), *Enjeux et perspectives des droits de l'homme*. Paris, L'Harmattan, 2003.

CAIRNCROSS, F., *Costing the earth : the challenge for governments, the opportunities for business*. Boston: Harvard Business School Press, 1992, p. 1.

CASANOVA USERA, R., *Constitución y medio ambiente*. Madrid: Dykinson, 2000.

ANCADO TRINDADE, A. A., "El medio ambiente en el marco de los derechos humanos", In: CANCADO TRINDADE, A. A. (org.), *Direitos humanos, desenvolvimento sustentável e meio ambiente*, San José/Brasília, IIDH/BID, 1992.

CHAPOULTIER, G., "Peut-on étendre les principes des droits de l'homme aux animaux ou à l'environnement?" *Raison Présente*, v. 01/03, n. 133, 2000.

CHOPRA, S. K. ; D'AMATO, A. "Whales: their emerging right to life", *American Journal of International Law*, v. 85, n. 1, 1991.

CORNU, M. et FROMAGEAU, J., *Genèse du droit de l'environnement*, v.1. Paris : L'Harmattan, 2001.

DE KLEMM, C., "Un siècle de droit international de protection de la nature", In: CORNU, M. et FROMAGEAU, J. (org.), *Genèse du droit de l'environnement*, v. 1, Paris, L'Harmattan, 2001.

DELEAGE, J.-P. *Histoire de l'écologie*. Paris: La Découverte, 1991.

DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

FERRY, L. *Le nouvel ordre écologique*. Paris : Grasset, 1992.

FLORY, M., "Le patrimoine commun de l'humanité dans le droit international de l'environnement", In: CHEROT, J.-Y. (org.), *Droit et environnement: propos pluridisciplinaires sur un droit en construction*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1995.

FROMAGEAU, J., La police de la pollution à Paris de 1666 à 1789. Thèse (Doctorat en Droit). Université Paris II. Paris, 1990

FROMAGEAU, J., *Histoire de la protection de la nature jusqu'en 1976*, In : 20 ans de protection de la nature: hommage en l'honneur du professeur Michel Despax. Limoges : PULIM, 1998.

GASSIOT, O., "L'animal, nouvel objet du droit constitutionnel", *Revue française de droit constitutionnel*, n. 64, 2005.

GRAU, E. R. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2000.

GRINOVER, A. P., "A defesa do meio ambiente em juízo como conquista da cidadania", In: Universidade de Coimbra (org.), *Portugal-Brasil Ano 2000*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999.

GUTWIRTH, S., "Trente ans de théorie du droit de l'environnement : concepts et opinions", *Environnement et Société*, n. 26, 2001.

INSTITUT NATIONAL DE LA RECHERCHE AGRONOMIQUE (org.), *La crise environnementale et ses enjeux : éthique, science et politique*. Actes du colloque réalisé à Paris, les 13-15 janvier 1994. Paris : INRA, 1997.

KISS, A. *Droit International de l'environnement*. Paris : Pedone, 1989

KISS, A., "Définition et nature juridique d'un droit de l'homme à l'environnement", In: KROMAREK, P. (org.), *Environnement et droits de l'homme*, Paris, Unesco, 1997

LAMARQUE, J., *Droit de la protection de la nature et de l'environnement*. Paris : LGDJ, 1973

LATOURET, B. *Politiques de la nature: comment faire entrer les sciences en démocratie*. Paris : La Découverte, 2004.

LE BOT, O., "La protection de l'animal en droit constitutionnel: Étude de droit comparé", *Lex Electronica*, v. 12, n. 2, 2007.

LEITAO, D. N., *Direito internacional dos direitos humanos e direito internacional do meio ambiente: convergências* (Mémoire Droit), PUC-Rio, Rio de Janeiro, 2002.

LE LOUARN, P., "Approche systémique du droit de l'environnement", In: CORNU, M. et FROMAGEAU, J. (org.), *Genèse du droit de l'environnement*, v. 1. Paris: L'Harmattan, 2001.

LUNEL, P., *et al.*, "Pour une histoire du droit de l'environnement", *Revue juridique de l'environnement*, n. 1, 1976.

MELLO, M. J. M. d., "Derechos humanos y medio ambiente", In: *Hector Gros Espiell Amicorum Liber*, v. 1. Bruxelles: Bruylant, 1997, p.743-791.

MICOU, A., "L'écologie et le mythe de la vie". In : INSTITUT NATIONAL DE LA RECHERCHE AGRONOMIQUE (org.), *La crise environnementale et ses enjeux : éthique, science et politique*. Actes du colloque réalisé à Paris, les 13-15 janvier 1994. Paris : INRA, 1997.

MORAND-DEVILLER, J. *Le droit de l'environnement*. Paris : PUF, 2007.

MORANGE, J., *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*. Paris: PUF, 2007.

MORIN, E. *La méthode: 2. La vie de la vie*. Paris: Seuil, 1980.

MORIN, E., "La pensée écologisée", In: MORIN, E. (org.), *Introduction à une politique de l'homme*. Paris: Seuil, 1999.

NUNES JUNIOR, A. T., "O Estado ambiental de Direito", *Jus Navigandi*, v. 9, n. 589, 2005.

OST, *La nature hors la loi: L'écologie à l'épreuve du droit*. Paris: La Decouverte, 2003.

PERI, A. "La Charte de l'environnement : reconnaissance du droit à l'environnement comme droit fondamental ?" *Les Petites Affiches*, n. 39, 2005

PRIEUR, M. "Pourquoi une revue juridique de l'environnement?". *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 1, 1976..

PRIEUR, M. "Vers un droit de l'environnement renouvelé", *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n. 15, 2003

PRIEUR, M. *Droit de l'environnement*. Paris : Dalloz, 1996.

REMOND-GOUILLOUD, M. *Du droit de détruire*. Paris : PUF, 1989.

ROMI, R. "Science et droit de l'environnement : la quadrature du cercle". *AJDA*, n. 432, Paris, 1991.

ROMI, R. "Quelques réflexions sur l' "affrontement économie-écologie" et son influence sur le droit", *Droit et Société*, n. 38, 1998, p. 134.

ROMI, R. *Droit et administration de l'environnement*. Paris: Montchrestien, 2004.

ROUSSEAU, D., *Droit constitutionnel et droits de l'homme*. Paris: Economica, 1987.

SERRES, M. *Le Contrat Naturel*. Paris: Flammarion, 1992.

SERRES, M. Retour au Contrat naturel. Paris : Éditions de la Bibliothèque nationale de France, 2000.

SINGER, P. *Animal liberation*. New York: HarperCollins, 1975.

SILVA, V. P. "Verdes também são os direitos do homem", In: Universidade de Coimbra (org.), *Portugal-Brasil Ano 2000*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

STONE, C. D., "Should trees have standing?: toward legal rights for natural objects", In: STONE, C. D. (org.), *Should trees have standing?: and other essays on law, morals and the environment*, Oceana, New York, 1996.

TEILHARD DE CHARDIN, P. La place de l'homme dans la nature : le groupe zoologique humain. Paris : Albin Michel, 2007.

TIETZMANN E SILVA, J. A. et BASTOS, R. Z., "Introduction au droit brésilien: Le droit de l'environnement", In: PAIVA DE ALMEIDA, D. (org.), *Introduction au droit brésilien*, Paris, L'Harmattan, 2006.

TUPIASSU-MERLIN, Lise, O meio ambiente na dinâmica histórico-econômica dos direitos humanos, *in*: DIAS, Jean Carlos; FONSECA, Luciana Costa da (Orgs.), *Sustentabilidade: ensaios sobre Direito Ambiental*, São Paulo: Método, 2010, p. 127-145.

VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*. Paris: PUF, 2002.

Convidado

TEMPO E CONSTITUIÇÃO: O RISCO COMO HORIZONTE DE OBSERVAÇÃO JURÍDICA NA SOCIEDADE POLICONTEXTURAL

TIME AND CONSTITUTION: THE RISK AS A LEGAL OBSERVATION HORIZON IN THE POLICONTEXTURAL SOCIETY

*Paulo Roberto Ramos Alves¹
Fabiola Wust Zibetti²*

Resumo: Na sociedade contemporânea o direito afigura-se como um sistema dotado de alta especificidade funcional. Tal característica permite que o sistema jurídico perceba o mundo de acordo com suas próprias características comunicativas. Nesse contexto, as constituições passam a se caracterizar com um elemento altamente evolutivo do sistema, as quais tornam-se capazes de assimilar o risco próprio de processos decisórios como elemento de permanente reconstrução da estrutura jurídica. O presente texto busca precisamente observar, valendo-se do método sistêmico, as possibilidades construtivas para o direito com base na assimilação constitucional do risco como elemento de complexificação jurídica.

Palavras-chave: Teoria Sistêmica. Constituição. Risco.

Abstract: In contemporary society, law appears as a system with high functional specificity. this characteristic allows the legal system to perceive the world according to its own communicative characteristics. in this context, the constitutions are characterized by a highly evolutionary element of the system, which become capable of assimilating the risk of decision-making processes as an element of permanent reconstruction of the legal structure. The present text seeks precisely to observe, using the systemic method, the constructive possibilities for the law based on the constitutional assimilation of risk as an element of juridical complexification.

Keywords: Systemic Theory; Constitution; Risk.

Sumário: Considerações Iniciais. 1 Teoria Sistêmica e Constituição. 2 Organizações e procedimentos. 3 O risco na forma de observação futura. Considerações Finais. Referências.

¹ Doutor (2015) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos e graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2007). Professor na Universidade de Passo Fundo (UPF) e na Universidade do Oeste de Santa Catarina. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Teoria do Direito, Sociologia Jurídica, Direito Constitucional e Direito Civil, atuando principalmente em temas relacionados às novas tecnologias, gestão jurídica de risco, construtivismo, responsabilidade civil, pluralismo jurídico, teoria sistêmica e autopoiese. E-mail: pauloalvess@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito Internacional, pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), com Pós-Doutorado pelo Programa da Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e pelo Centro Ibero-Americano, vinculado ao Instituto de Relações Internacionais da USP. Mestre em Direito, Área de Relações Internacionais, pela UFSC. Especialista em Direito Empresarial pela UFSC. Diplomas em Propriedade Industrial, em Direitos Autorais e em Análise Econômica do Direito, pela Universidade de Buenos Aires. Foi analista de Relações Internacionais da FIESP e Coordenadora de Inovação do Senac - Sistema Fecomércio-RS. Professora Convidada da Universidade de Passo Fundo (UPF) (Brasil), do Instituto de Estudios Internacionales, da Universidad de Chile, e da Universidad Mayor (Chile). Tem experiência nas áreas de direito internacional, comércio internacional, propriedade intelectual e inovação. E-mail: fwzibetti@gmail.com.

Considerações Iniciais

O direito é um fenômeno eminentemente histórico, social e cultural, evoluindo gradativamente no sistema social. Tal fato, entretanto, por muito tempo não foi observado. Frente aos ideais iluministas, cujo predomínio da razão (unitária) era a marca característica, aliado a discursos securitários, o direito sofreu repetidas reconstruções sob a forma de um discurso fechado, culminando-se na hierarquização normativa kelseniana,³ na qual se observava a Constituição como o topo do sistema jurídico.

A Constituição é cotidianamente observada (do ensino à prática jurídica) mediante arranjos lineares escalonados, como o vértice supremo da normatividade, de onde emana todo o suposto fundamento da ordem jurídica vigente. Todavia, a verticalidade do ordenamento jurídico traduz nítidos problemas frente à realidade policontextual e complexa, na qual se insere a sociedade contemporânea. Desse modo, novas formas de observação do fenômeno constitucional são necessárias para que se visualize um direito voltado para o futuro.

O presente ensaio busca analisar tal questão sob o prisma sistêmico-autopoietico. Para tanto, parte-se da análise da Constituição no contexto sistêmico para, após, observar suas relações com organizações existentes no interior dos sistemas sociais. Em seguida, observa-se o risco enquanto produto de decisões para, ao fim, visualizar as eventuais possibilidades da Constituição no âmbito de uma sociedade complexa e diferenciada.

1 Teoria Sistêmica e Constituição

Sob uma observação sistêmica, a visão da Constituição como vértice do ordenamento jurídico cede lugar à consideração desta como uma forma muito específica/evolutiva de comunicação. A Constituição deixa de ser observada como o arcabouço fundamental da normatividade, tampouco como uma declaração de princípios e valores fundamentais. Há, pois, um nítido rompimento epistemológico com a vinculação da Constituição (e do direito) a critérios axiológicos ou morais, ou de sua pretensa fundamentação do sistema jurídico.

A verticalidade hierárquica necessariamente é substituída por uma prática circular e autorreferente. Na perspectiva luhmanniana, a Constituição é observada como um fenômeno comunicativo que se reveste na forma de uma reação à diferenciação entre direito e política. Assim, ela viabiliza a separação entre esses dois sistemas funcionais, promovendo, ao mesmo tempo, a necessária e paradoxal relação entre eles.⁴

A Constituição, assim, pode ser observada como uma resposta evolutiva à diferenciação entre direito e política, apresentando-se como um nítido paradoxo: ela une e separa direito e política, estabelecendo as condições nas quais esses dois sistemas funcionais específicos e autônomos poderão causar perturbações recíprocas.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 246 et. seq.

⁴ LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). *Il futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996. p. 85.

Em outras palavras, a Constituição atua como uma forma específica de acoplamento entre sistema jurídico e sistema político, possibilitando a observação de que a valoração política de operações jurídicas, assim como o valor jurídico de operações políticas são possíveis apenas na referência à Constituição, a qual estabelece, por um lado, os critérios de organização política e, por outro, os critérios de geração do direito.⁵

Juridicamente a Constituição mostra-se como a estrutura normativa que possibilita a autonomia operacional do direito. Isto é, ela *blinda* o direito de um livre ingresso de critérios morais, políticos, valorativos, religiosos, etc no sistema.⁶ Por outro lado, a própria Constituição reaparece no âmbito interno jurídico estruturando suas operações.⁷

De outro modo, observa-se que as legislações têm sua validade determinada pelas decisões que as aplicam interpretativamente⁸, fato esse que demonstra que a Constituição é responsável pelo acoplamento entre direito e política. As decisões judiciais operam necessariamente na forma de uma distinção, o que pode ser demonstrado no paradoxo da obrigatoriedade da prestação jurisdicional: ocorre a vinculação normativa a uma abertura cognitiva ao meio envolvente, estabelecendo-se a abertura por meio do fechamento.⁹

A Constituição torna possível que o direito opere autonomamente, bem como possibilita a independência das operações políticas. Dessa maneira, promove o fechamento do sistema jurídico, regulando-o, todavia, reaparece no âmbito interno do próprio direito estruturando suas operações mediante a bifurcação constitucional/inconstitucional.¹⁰ Assim, os mecanismos constitucionais delimitam os parâmetros para a abertura e fechamento do direito, (auto)delimitando-se como uma forma específica de controle da autopoiese jurídica.¹¹ Por isso,

não se trata aqui de escalões normativos isolados, mas sim de ‘hierarquias entrelaçadas’ [...]. Por um lado, a presença do código ‘constitucional/inconstitucional’, distinguindo-se do código ‘legal/ilegal’ e cortando-lhe transversalmente, atua como impedimento à legislação ilimitada. Por outro lado, a atividade legislativa e a aplicação concreta do direito constitucional condicionam-lhe a validade e o sentido. Disso decorre

⁵ CORSI, Giancarlo. Sociologia da constituição. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Minas Gerais*. Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan./jun. 2001. p. 172-173.

⁶ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 99.

⁷ DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998. p. 118.

⁸ LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002. p. 63: “Las ‘teorías del derecho’ que surgen en la práctica jurídica o en la docencia del derecho son, junto con los textos del derecho vigente, la forma en la que el derecho se presenta como resultado de las interpretaciones. En este sentido, las interpretaciones son producto de la autoobservación del sistema jurídico, pero no por ello son teorías de reflexión de la unidad del sistema (del sentido del derecho, de su función, etcétera), como para que de allí se extraigan consecuencias que hagan surgir expectativas.”

⁹ ROCHA, Leonel Severo. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. *Estudos constitucionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 213-214.

¹⁰ DE GIORGI, Direito, democracia e risco p. 119.

¹¹ NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, p. 100-101.

que qualquer intervenção legiferante do sistema político no direito é mediatizada por normas jurídicas.¹²

A hierarquia normativa, dessa maneira, passa a ser observada não mais linearmente, mas sim na forma de hierarquias entrelaçadas, onde há a diferenciação do código constitucional/inconstitucional no âmbito interno do próprio sistema jurídico. Essa diferenciação constitucional/inconstitucional, por sua vez, viabiliza que a operacionalização binária direito/não-direito seja incluída, inclusive, no procedimento legislativo, evitando com isso a arbitrariedade de um poder ilimitado e sem qualquer controle.

Ou seja, o sistema jurídico adquire critérios para que sua codificação (direito/não-direito) possa seja aplicada, inclusive, ao procedimento legislativo. Dessa maneira, a Constituição pode ser observada como um mecanismo reflexivo, onde sua normatividade delimita a capacidade de aprendizado do direito, bem como suas possibilidades (autopoiéticas) de reciclagem sem que, com isso, o sistema jurídico perca sua autonomia funcional.¹³ A Constituição, por isso, controla sem controlar, estabelece os marcos jurídicos porém não determina (ou fundamenta) a operacionalidade do direito.

Isso implica uma série de questões relacionadas à possível fundamentação constitucional do direito. A linearidade de um escalonamento hierarquicamente verticalizado, no qual a Constituição repousasse no Olimpo das normas¹⁴ e de lá emanasse a normatividade do sistema jurídico, oculta uma série de problemas e paradoxos, que resurgem quando viabilizadas novas formas de observação do fenômeno constitucional.

Ao contrário da dogmática jurídica, que busca anular e ocultar os paradoxos, a teoria autopoiética funda-se paradoxalmente (sim/não), buscando utilizar tais paradoxos de forma criativa. Assim, os paradoxos deixam de ser impedimentos para o processo de tomada de decisão mediante construções como o fechamento operacional e a abertura cognitiva. Isso deve ser observado como uma evolução da teoria jurídica, salientando-se a diferença para com a teoria kelseniana onde a noção tradicional de tempo importa no fato de que a validade jurídica apenas é dada pela observância a uma hierarquia normativa, em um escalonamento cuja norma superior válida a inferior.¹⁵

A observação sistêmica da Constituição possibilita que se vislumbre o direito e a política como dois sistemas distintos e funcionalmente específicos. Por isso, o sistema jurídico não requer estruturas hierarquizadas que busquem fundamentar/garantir sua unidade (direito/não-direito) por meio de qualquer instância suprema como a Constituição ou, lembrando Kelsen, de uma eventual norma fundamental.¹⁶ O fundamento do direito é o próprio direito, não cabendo em tal descrição nenhum dado externo.¹⁷

¹² NEVES, *Entre Têmis e Leviatã*, p. 99-100.

¹³ *Ibidem*, p. 100.

¹⁴ Expressão utilizada por WARAT, Luis Alberto. *Os quadrinhos puros do direito*. Florianópolis: Almed, 1997.

¹⁵ ROCHA, *Tempo e constituição*, p. 210-212.

¹⁶ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 129.

¹⁷ TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 6-7.

Cabe referir que a fundamentação do direito pelo próprio direito comporta um inafastável paradoxo, eis que a própria distinção aplicável à unidade do código (direito/não-direito) e, utilizada para legitimar as operações jurídicas, não pode ser aplicada sobre si própria, sob pena do bloqueio no processo de tomada de decisões. Esse problema é alcançado quando se busca o fundamento último do sistema jurídico, onde, em determinado momento haverá a irresistível tendência a considerar como não-direito a aplicação do código direito/não-direito, surgindo assim os chamados paradoxos da autorreferência.¹⁸

Precisamente por isso, os princípios e valores constitucionais não podem ser observados como categorias fundantes da normatividade, ou como premissas da realização de justiça (afinal, direito e justiça não são sinônimos!), mas sim, como balizas decisórias para a própria organização da sociedade. Logo, os princípios e valores são premissas passíveis de operacionalização apenas no âmbito interno dos sistemas funcionais da sociedade, nos quais serão organizados procedimentalmente.¹⁹

Os princípios e valores são (procedimentalmente) delimitados apenas no interior sistêmico-organizacional, não havendo a fixação constitucional de seu âmbito de aplicação ou validade. Com isso, sua relevância é plenamente evidenciada não por uma pretensa validade universal, mas sim pelo fato de que seu valor intrínseco é dado pela indeterminação dos critérios de sua própria violação. Em outras palavras, o reconhecimento dos princípios apenas é possível porque, paradoxalmente, não especifica os critérios de sua aplicação,²⁰ sendo tal tarefa desempenhada pelas organizações.

2 Organizações e procedimentos

Dentre as características delimitadas por Teubner, quando examina a autopoiese específica do sistema jurídico, merece especial atenção, para os fins do presente ensaio, o seu caráter circular e autorreferencial: não há uma hierarquização normativa, não é possível falar em uma verticalidade hierárquica ou, como já mencionado, na Constituição como topo do ordenamento jurídico. O direito é legitimado mediante uma operacionalidade circular e autorreferente, na qual, ao se chegar na Constituição e, sendo impossível ultrapassar essa mesma cadeia normativa, o único caminho possível são seus níveis mais baixos, isto é, normas procedimentais.²¹

Essa circularidade deriva diretamente do silêncio constitucional quanto às suas próprias condições/possibilidades de realização. A Constituição cala quanto à forma de sua realização, limita-se a especificar a estrutura organizacional do Estado (delimitando direito e política), bem como em erigir princípios e valores cujo sentido/conteúdo não é dado por si própria. Dessa maneira, o sentido desses princípios e valores não é dado pela Constituição, mas procedimentalmente.

Os procedimentos podem ser observados como formas de operacionalização comunicativa ocorrida no interior de organizações. As

¹⁸ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 6-7.

¹⁹ CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 177-178.

²⁰ CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 178-180.

²¹ TEUBNER, *O direito como sistema autopoietico*, p. 4-6.

organizações dão sentido ao direito (e à sociedade). Não é por acaso que, não obstante comporte ideais de justiça e democracia, bem como se afirme sob uma bandeira valorativa e principiológica, a Constituição encerre premissas básicas para a organização do Estado.

Por sua vez, as organizações são observadas como formas específicas no interior dos sistemas sociais que produzem decisões mediante critérios próprios e específicos. Nesse sentido, a sociedade depende enormemente das organizações: é impossível pensar no sistema econômico sem reportar-se às empresas, na política sem partidos políticos ou no direito sem tribunais.²² São as organizações que dão sentido e operacionalizam a complexidade social, decisoriamente, no âmbito interno dos sistemas funcionais.

Com isso não se quer afirmar que os valores constitucionais cedam seu lugar aos procedimentos, tampouco que as organizações revoguem tais valores mediante suas formas de observação específicas, mas, sim, que esses contextos organizacionais procedimentalmente orientados possuem a capacidade de absorver a complexidade ambiental, sendo que as especificidades de cada caso serão objeto de orientação desde uma perspectiva própria.

Em outras palavras, o direito constrói permanentemente sua realidade no interior de organizações, por meio de procedimentos. Esses procedimentos reagirão às perturbações ambientais de acordo com a especificidade da codificação do sistema, construindo, dessa maneira, a realidade jurídica.

Por isso, os princípios constitucionais adquirem sua importância precisamente no âmbito interno dessas organizações. A Constituição ocupa-se longamente com a criação das condições para o desenvolvimento do direito e de todo o aparato organizacional da sociedade (afinal, o próprio Estado pode ser observado na forma de uma organização), de onde, posteriormente, será atribuído o sentido *fundamental* dos direitos por meio de decisões.

A Constituição, por isso, deve ser vista como uma estrutura evolutiva, que possibilita construções altamente seletivas, viabilizando o deslocamento da observação fundada estritamente no passado para uma observação de futuro, ou, lembrando Ost,²³ traduz a possibilidade de, simultaneamente, construir, destruir e reconstruir o passado normativo, ligando-o dessa maneira ao futuro. Entretanto, essa construção de futuro possibilitada pela Constituição apenas é possível quando operacionalizada no interior das organizações. São os procedimentos que estabelecem os limites às possibilidades oferecidas pela Carta Maior e as condições para seu deslocamento e fixação de novos limites.²⁴

A importância da Constituição resta evidenciada precisamente pela ausência de conteúdo ou de regras próprias para sua realização. Seu conteúdo valorativo repousa, pois, no âmbito procedimental das organizações (no interior de sistemas funcionais), nas quais a Constituição será sempre observada mediante códigos específicos (direito/não-direito, governo/oposição), ainda que a diferença constitucional/inconstitucional esteja sempre presente, orientando as operações jurídicas.

²² CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 175-177. Sobre os tribunais vide LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, Ajuris, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. 164.

²³ OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 15.

²⁴ CORSI, *Sociologia da constituição*, p. 179.

Esse fato reveste a Carta Magna de uma estreita vinculação ao futuro, eis que, ao não especificar o conteúdo de princípios ou valores fundamentais, tampouco sua forma de efetividade, viabiliza que o direito, mediante sua autoapoiese, permanentemente revise suas estruturas e seus pressupostos operativos, estabelecendo-se o *sentido* constitucional procedimentalmente. É precisamente por isso que se torna possível aliar a observação da Constituição à perspectiva do risco enquanto possibilidade de construção de futuro.

3 O risco na forma de observação futura

Sistemicamente, o risco é um produto de decisões. Toda e qualquer decisão, dado seu caráter contingente, é arriscada, ou seja, não é possível avaliar quais serão os resultados futuros por determinada decisão tomada no presente. Dessa maneira, o risco é um evento generalizado da comunicação,²⁵ razão pela qual toda e qualquer decisão necessariamente vincula-se a essa perspectiva.

Há a necessidade de que a sociedade suporte riscos, ao contrário de supostas certezas quanto ao conteúdo das decisões. Nesse passo, os riscos corporificam-se enquanto produto cujo potencial danoso deve ser assimilado pela sociedade. O risco, por isso, deve ser observado como uma forma de distribuição dos *bads* e não dos *goods*.²⁶ Na sociedade complexa e diferenciada não há como se falar em decisões seguras ou em certezas frente às decisões tomadas.

A sociedade contemporânea não mais comporta diferenciações baseadas em segurança, não é possível falar em decisões seguras, desse modo, as decisões arriscadas não mais são indicadas em oposição à pretensa segurança, mas sim em oposição ao perigo.²⁷ Com isso quer se dizer que os ideais modernos de segurança e certezas, até então perseguidos pela sociedade, não mais subsistem. Como acima referido, não mais é possível distinguir risco/segurança, amoldando-se tal forma sob a distinção risco/perigo, na qual, por um lado, delimita possíveis consequências por decisões tomadas e, por outro, fenômenos que independem de decisões, como, por exemplo, desastres naturais.²⁸

Igualmente, a premência do risco na sociedade complexa não pode ser vista apenas como a mera possibilidade de ocorrência de (in)determinado evento danoso. A visão de catástrofe, explorada por Beck,²⁹ cede lugar à observação do risco em um sentido mais amplo, não passível de previsão ou determinação, mas sim como um fenômeno comunicativo que abre um horizonte de possibilidades para a observação do futuro precisamente (e paradoxalmente) pela obscuridade na qual se reveste.

É por isso que, na perspectiva da teoria dos sistemas, a noção de risco toma o lugar de fórmulas de *adaptação*. Não mais se pode falar em adaptação, mas sim em riscos, em incertezas. Sendo a sociedade incerta e arriscada, se estabelece

²⁵ ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. *Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 36

²⁶ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Seqüência*, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 53.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *Sociología del riesgo*. México: Triana Editores, 1986. p. 65.

²⁸ LUHMANN, *Sociología del riesgo*, p. 75.

²⁹ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

igualmente ao direito essa característica, logo, ele não pode garantir decisões seguras se a própria sociedade é (auto)observada como dependente do risco de decisões.³⁰

Por outro lado, o risco não pode ser considerado uma condição existencial humana, tampouco meramente como produto danoso de decisões. O risco é, antes, um evento que traz nítidas possibilidades de estabelecimento de vínculos com o futuro precisamente pelos níveis de incerteza que proporciona, viabilizando, assim, uma “forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade”.³¹

Esse fato traduz uma série de questões e possibilidades para o direito, que passa a ser orientado a partir dessa perspectiva, por isso “el sistema jurídico constituye una imagen que refleja el sistema sociedad: el derecho implica riesgo porque la sociedad misma lo implica” ou, em outras palavras, “el derecho está obligado a observarse y a describirse como algo riesgoso simple y sencillamente porque esto mismo es válido para la sociedad moderna”.³²

Ao direito, enquanto subsistema funcional da sociedade, igualmente não é possível o estabelecimento de critérios de segurança. É justamente esse permanente sentimento de insegurança que viabiliza observações jurídicas sofisticadas. A relevância dessa incessante busca pela determinação de indeterminações está, não em seu sucesso, mas em sua reflexividade. A incerteza, desse modo, mostra-se um evento de extrema valia para o desenvolvimento jurídico e social.

O risco, porém, adquire uma forma específica no interior jurídico, orientada aos interesses e decisões do próprio direito que, necessariamente, passa a observar seu próprio risco, o risco de suas próprias decisões, como forma de observação de futuro e possibilidade de sua (auto)(re)construção. Desde essa perspectiva, tem-se o risco como um evento que permite que o direito (e igualmente a sociedade) possa observar um futuro que, via de regra, não pode ser observado. É precisamente esse paradoxo que viabiliza novas formas de observação específicas e voltadas para o futuro. Assim,

nos sistemas diferenciados da sociedade moderna, o risco é condição estrutural de auto-reprodução; de fato, o fechamento operativo dos sistemas singulares determinados pela estrutura e unidos estreitamente, torna possível o controle do ambiente, ou seja, torna improvável a racionalidade e por isso constringe os sistemas a operar em condições de incerteza. [...] O risco, destarte, é modalidade secularizada de construção de futuro. Já que a perspectiva do risco torna plausíveis pontos de vista diferentes da racionalidade, na condição de que estes sejam capazes de rever os próprios pressupostos operativos e na condição de que haja tempo para efetuar esta revisão.³³

O risco, por ser um evento generalizado, torna possível que se observe o mesmo problema sob aspectos diversos, isto é, viabiliza formas de observação específicas, construídas mediante a racionalidade particular dos sistemas sociais. Por isso, o risco econômico, o risco político, o risco jurídico, etc, possuem formas

³⁰ LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 637.

³¹ DE GIORGI, *O risco na sociedade contemporânea*, p. 52-53.

³² LUHMANN, *El derecho de la sociedad*, p. 637.

³³ DE GIORGI, *O risco na sociedade contemporânea*, p. 53.

distintas, operacionalizadas de acordo com a lógica própria de cada sistema funcional.

Assim, desde uma perspectiva sociológica, observa-se a construção do futuro jurídico sob dois aspectos: 1) pode-se vislumbrar a Constituição como um mecanismo hábil à delimitação do direito e, concomitantemente, uma forma que promove um imenso horizonte de possibilidades à sociedade contemporânea; 2) a perspectiva do risco, enquanto estratégia sistêmica para prever o imprevisível, afigura-se como uma forma possível de construção de futuro, fazendo com que o direito assimile a incerteza mediante sua própria autopoiese.

O direito contemporâneo não pode permanecer agrilhado a conceitos unitários ou a verdades inequívocas. A forma abertura/fechamento possibilitada pela Constituição, bem como a possibilidade de assimilação jurídica do risco, promovem um evidente acréscimo de possibilidades ao próprio direito que, ao operar autopoieticamente, é capaz de construir mundos de sentido próprio, amoldando-se a uma realidade cada vez mais complexa e distante de discursos totalizantes e universais.

Considerações Finais

A Constituição é uma nítida aquisição evolutiva da sociedade diferenciada. Por seu intermédio os sistemas do direito e da política são permanentemente separados e, porque separados, novamente unidos. A Constituição, dessa forma, opera como uma forma altamente seletiva de acoplamento que, por sua vez, é reinserida e tematizada juridicamente. Logo, ela cria as condições comunicativas para a reprodução do direito e, posteriormente, reingressa no sistema estruturando suas operações.

Essa paradoxal realidade suscita uma necessária revisão na observação tradicional da Constituição como vértice do ordenamento jurídico. Quando se alcança a visão do direito como um sistema comunicativo, a hierarquização normativa cede lugar a uma realidade circularmente orientada, na qual não mais se buscam fundamentos valorativos para o fenômeno jurídico, mas sim observa-se que tal fundamento somente pode ser dado nessa circularidade, sendo impossível a busca por qualquer vínculo fundacional que transcenda o próprio direito.

Ao deixar de prescrever meios para a concretização de direitos ou especificar conteúdos para seus próprios preceitos, atribuindo tal tarefa às organizações, a Constituição traduz-se numa evidente possibilidade de construção de futuro. A incerteza do direito (e da sociedade) viabiliza evidentes possibilidades de evolução jurídica e social. Por isso, uma Constituição com vistas para o futuro, concretizada procedimentalmente, juntamente à observância do risco, traduz um evidente acréscimo de possibilidades para o direito que, ao operar autopoieticamente, torna-se capaz de criar formas de observação para um futuro previamente desconhecido.

Sob tal observação, a Constituição, aliada ao conceito de risco, deve ser vista como um eficaz mecanismo de transformação da sociedade e construção de futuro. Entretanto, talvez seu maior mérito seja, precisamente, possibilitar um direito contingente, autônomo e livre de determinações externas. Justamente a manutenção desse caráter de indeterminação do direito e a sua permanente reconstrução no âmbito organizacional, traduzem um incrível horizonte de

possibilidades para a construção do futuro, eis que, afinal, o sistema jurídico apenas observa porque não pode observar e, apenas por isso, é capaz de observar o inobservável.

Referências

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.

CORSI, Giancarlo. Sociologia da Constituição. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Minas Gerais**. Belo Horizonte: UFMG, n. 39, jan./jun. 2001. p. 169-189.

DE GIORGI, Raffaele. **Direito, democracia e risco**: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

_____. O risco na sociedade contemporânea. **Seqüência**, Florianópolis: Fundação Boiteux, n. 28, jun., 1994. p. 45-54.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LUHMANN, Niklas. A posição dos tribunais no sistema jurídico. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, *Ajuris*, n. 49, ano XVII, jul., 1990. p. 149-168.

_____. **El derecho de la sociedad**. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2002.

_____. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: ZAGREBELSKY, Gustavo; PORTINARO, Pier Paolo; LUTHER, Jörg (Org.). **Il futuro della Costituzione**. Torino: Einaudi, 1996. p. 83-128.

_____. **Sociología del riesgo**. México: Triana Editores, 1986.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

ROCHA, Leonel Severo. Da epistemologia jurídica normativista ao construtivismo sistêmico. In: ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoiético do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Tempo e constituição. In: COUTINHO, Jacinto Nelson; MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 197-217.

TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

WARAT, Luis Alberto. **Os quadrinhos puros do direito**. Florianópolis: Almed, 1997.

Recebido em 05 de dezembro de 2017
Aceito em 20 de dezembro de 2017

TOMBAMENTO: UM INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO E PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL, ARTÍSTICO, TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO NACIONAL

TIPPING: AN INSTRUMENT OF EFFECTIVENESS AND PROTECTION OF HISTORICAL, CULTURAL, ARTISTIC, TOURIST AND NATIONAL LANDSCAPE PATRIMONY

*Marcyó Keveny de Lima Freitas*¹
*Patrícia Borba Vilar Guimarães*²

Resumo: Quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio que tem uma importância cultural, histórica, artística e paisagística, pretende preservar a memória nacional, já que cabe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional. A defesa do patrimônio com valor cultural, histórico, artístico e paisagístico é matéria de interesse geral da coletividade. O tombamento é uma forma de intervenção na propriedade pelo qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro, e é instituído sempre que há o desejo de se preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu importante valor reconhecido para a memória do país. Dessa forma, o presente estudo se propõe a analisar, por meio de uma abordagem qualitativa e bibliográfica, utilizando-se do método dialético, de que maneira o Estado intervém na propriedade privada para atender ao interesse público da coletividade através do tombamento, na proteção e defesa dos bens com valores reconhecidos e protegidos. Buscando, assim, estabelecer uma reflexão entre a postura do Estado frente aos conflitos de interesses que estão em jogo e a forma de atuação quando este intervém na seara dos direitos fundamentais de cada cidadão.

Palavras-chave: Tombamento. Direito de propriedade. Intervenção do Estado. Interesse público. Preservação. Direitos fundamentais.

Abstract: When the state intervenes in the private property to protect the assets that have a cultural, historical, artistic and landscape, intended to preserve the national memory, since the state must ensure that all the full exercise of cultural rights and access to sources of national culture. The defense heritage with cultural value, historical, artistic and landscape is a matter of general interest of the community. The tipping is therefore a form of intervention in the property for which the Government seeks to protect the Brazilian cultural heritage, and is set whenever there is a desire to preserve certain well, public or private, because of its important amount recognized for memory country. Thus, this study aims to examine, through a qualitative approach and literature, using the dialectical method, how the current state

¹ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Direito Previdenciário pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. Advogado. E-mail: marcyolima@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba. Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande. É Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. E-mail: patriciaorb@gmail.com

intervenes in private property to serve the public interest of the community through tipping, protection and defense of the values protected by the State. Seeking to establish a reflection between the posture of the State against conflicts of interests at stake and the way it operates when it intervenes in the harvest of the fundamental rights of every citizen.

Keywords: Tipping. Property rights. State intervention. Public interest. Preservation; Fundamental rights.

Sumário: Considerações Iniciais. 1 O Direito de propriedade frente ao instituto do tombamento sob o fundamento do interesse público da coletividade. 2 Função Social da propriedade e interesse público da coletividade: limites a atuação do particular ou tutela dos interesses da coletividade?. 3 Princípios que norteiam o Instituto do Tombamento. 4 Tombamento: um mecanismo de proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico nacional. 4.1 O instituto do tombamento e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro. 5 Competência, natureza jurídica, procedimento e classificação do tombamento. Considerações Finais. Referências.

Considerações Iniciais

O presente estudo, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, objetiva analisar a proteção dos bens de interesse cultural, histórico, artístico e paisagístico nacional, que se inicia pela Constituição Federal de 1988, impondo ao Estado o dever de garantir a todos o exercício dos Direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional, através do instituto do Tombamento.

É evidente que, para esse fim, a CRFB/1988 teria que prever os meios, e assim o fez no art. 216, § 1º, que estabelece: “O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de (...) tombamento (...), e de outras formas de acautelamento e preservação”.

O presente artigo tem como finalidade, portanto, a abordagem e análise do instituto do tombamento frente ao Direito Fundamental de propriedade do particular.

Nesta lógica, de um lado está o direito de propriedade exercido pelo particular, e do outro, a necessidade de se instituir o tombamento pelo ente público em razão do interesse público da coletividade, assim como, pela ausência da função social daquela propriedade, em alguns casos, impedindo que venham a ser destruídos ou descaracterizados.

Neste sentido, qual o interesse que deve prevalecer, a vontade do particular em ter preservado seus amplos poderes sobre a propriedade, ou a intervenção Estatal na proteção e defesa dos interesses difusos da coletividade?

Em síntese, o tombamento não altera a propriedade do bem, só não permite que tal bem venha a ser destruído ou descaracterizado. Logo, o Tombamento protege os bens na medida que impede legalmente a sua destruição, aliás, a preservação somente torna-se visível para todos, quando um bem encontra-se em bom estado de conservação, propiciando sua plena utilização.

O tombamento é, portanto, um importante instrumento na defesa do patrimônio ameaçado de destruição e desaparecimento, logo, o instituto é uma forma de intervenção na propriedade pelo qual o Poder Público procura proteger o

patrimônio cultural brasileiro, e é instituído sempre que há o desejo de se preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico.

A problemática desenvolvida em torno do tema gera discussões e questionamentos, em virtude do tombamento ter por fundamento a necessidade de adequar o domínio privado às necessidades de interesse público, ou seja, do Estado.

Desta forma, o interesse público deve prevalecer sobre o interesse do particular? O dilema moderno se situa na dicotomia entre Estado e Indivíduo. Para que se possa atender aos anseios da sociedade e captar as exigências do interesse público, é preciso que o Estado atinja alguns interesses individuais. E a regra que atualmente se aplica a estas situações é o da supremacia do interesse público sobre o particular, sendo este postulado um dos fundamentos políticos da intervenção do Estado na propriedade, autorizando, assim, o instituto em questão. Até porque, a proteção do patrimônio está diretamente relacionada à melhoria da qualidade de vida da população, pois a preservação da memória é uma causa social tão importante quanto qualquer outra atendida pelo poder público.

1 O Direito de propriedade frente ao instituto do tombamento sob o fundamento do interesse público da coletividade

A propriedade é um direito real, haja vista conferir ao seu titular os poderes de usar, gozar e dispor da coisa, assim como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha. Sendo assim, quando todas essas prerrogativas acharem-se reunidas em uma só pessoa, diz-se que é ela titular da propriedade plena. No entanto, no tocante a propriedade, esta poderá ser limitada quando algum ou alguns dos poderes inerentes ao domínio se destacarem e se incorporarem ao patrimônio de outra pessoa.

Nos termos do art. 1.228 do Código Civil, não há uma definição de propriedade, há apenas o enunciado dos poderes do proprietário: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”. Logo, trata-se de um direito subjetivo completo, a matriz dos direitos reais e o núcleo do direito das coisas.

O Estado brasileiro atende ao interesse público da coletividade. O ato administrativo não tem legalidade se o administrador agiu no interesse próprio, e não no interesse público, ainda que obedecida formalmente a letra da lei. Assim, o administrador tem que atender o interesse público no desempenho dos seus atos.

Conforme lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (1999) o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade, e também como condição de sua existência, ou seja, um dos principais fios condutores da conduta administrativa, pois a própria existência do Estado somente se legitima, se o interesse a ser por ele perseguido e protegido for o interesse público, o interesse da coletividade, haja vista o Estado desempenhar suas funções em detrimento da coletividade, atendendo aos seus anseios.

Não obstante, o interesse que deve ser atendido é o chamado interesse público primário, referente ao bem estar social coletivo, da sociedade como um

todo, que nem sempre coincide com o interesse secundário, referente a órgão estatais ou governantes do momento.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem suas origens no século XIX, em virtude do direito deixar de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos dos indivíduos e passar a objetivar a busca pela justiça social, a pacificação social e o bem da sociedade. Os interesses representados pela Administração Pública, estão previstos no Art. 37 da CRFB/1988, e se aplica na atuação do princípio da supremacia do interesse público.

O tombamento é um instrumento muito importante na proteção dos bens com valor artístico, histórico, paisagístico e cultural, pois sem o ato de tombamento, tais bens estariam desprotegidos e poderiam vir a desaparecer do cenário nacional, portanto, essa proteção se faz necessária, tendo em vista sua importância na conservação dos bens materiais e imateriais de interesse público que compõem o acervo histórico-cultural do país, por vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.

Neste tocante, esclarece DANTAS (2010, p. 229) que:

A Constituição Federal de 1988 consagra o Brasil como um Estado Democrático Social de Direito, o que implica necessariamente dizer que a propriedade deve atender a sua função social, sendo tal função substanciada no interesse público da coletividade, resultando no bem estar da sociedade.

Assim, entende-se que sempre que houver conflito entre um particular e um interesse público coletivo quanto ao tombamento, deve prevalecer o interesse público, pois mesmo o proprietário sendo dono do bem, este não pode dispor daquele da maneira que bem entender, pois há um motivo maior no interesse da administração pública em tombamento determinado bem, qual seja, o atendimento do interesse público da sociedade. Sendo esta, umas das funções do Estado brasileiro, atender aos anseios da coletividade e proteger o patrimônio histórico, artístico, paisagístico ou cultural brasileiro através do tombamento.

O tombamento sob o fundamento do interesse público da coletividade é uma prerrogativa conferida a administração pública, porque a mesma atua por conta de tal interesse, ou seja, o legislador na edição de leis ou normas deve orientar-se por esse princípio, levando em conta que a coletividade está num nível superior ao do particular.

Sendo assim, pelo tombamento o poder público como que congela determinado bem, impondo a sua preservação, de acordo com regras adequadas a cada caso (art. 216, § 1º, da CRFB/1988). A denominação de tombamento vem de tombamento, no sentido de registrar. A coisa tombada pode ser móvel ou imóvel, de propriedade pública ou privada. A coisa tombada continua pertencendo ao proprietário, passando, porém a sofrer uma série de restrições.

Ensina HALBWACHS (2006, p. 98) que:

O tombamento é uma forma de intervenção na propriedade pelo qual o Poder Público procura proteger o patrimônio material e imaterial brasileiro, e é instituído sempre que há o desejo de se preservar certo bem, público ou particular, em razão de seu valor histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico em prol das presentes e futuras gerações em virtude do seu grande valor.

Indiscutivelmente, quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, pretende preservar a memória nacional, já que cabe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

Desta maneira, o interesse público prevalece sobre o interesse individual, respeitadas as garantias constitucionais e pagas as indenizações devidas, quando for o caso.

2 Função Social da propriedade e interesse público da coletividade: limites a atuação do particular ou tutela dos interesses da coletividade?

A CRFB/1988 incluiu a função social da propriedade como princípio da ordem econômica e social, no art. 170, III. Ainda assim, tal garantia ainda está assegurada no art. 5º, XXIII, no âmbito dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. Nesta seara, o direito de propriedade é garantido, desde que cumprida a sua função social. Sendo tratado, ao mesmo tempo, como direito individual fundamental e de interesse público, visando a atender os anseios sociais.

GONÇALVES (2003, p. 89) assevera que no Direito Romano, a propriedade tinha caráter individual. Na idade Média passou por uma fase peculiar, com dupla acepção (o dono e o que explorava economicamente o imóvel, pagando ao primeiro pelo seu uso). Com a Revolução Francesa, assumiu feição notadamente individualista. No século passado, entretanto, foi acentuado o seu caráter social, contribuindo para essa situação as encíclicas papais.

A CRFB/1988 dispõe que a propriedade atenderá a sua função social (art. 5º, XXIII). Também determina que a ordem econômica observará a função da propriedade, impondo freios à atividade empresarial (art. 170, III).

No estágio atual da sociedade, a dignidade da pessoa humana assume um aspecto garantidor dos direitos fundamentais de cada cidadão na nova ordem constitucional, sendo inclusive um dos fundamentos da República Federativa Brasileira. Neste sentido, a dignidade da pessoa humana é posta como regra basilar, influenciando o conteúdo da função social. Nesta sistemática, cumprirá a função social a propriedade que, respeitando a dignidade humana, contribua para o desenvolvimento nacional, para a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais. Os parâmetros para tanto são concretos, ao contrário do que possa parecer.

Nessa nova ordem, o Código Civil determina que o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam tutelados, e conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico, artístico e cultural, bem como deve ser evitada a poluição das águas, do ar., nos termos do art. 1.228, § 1º.

Ainda no Código Civil, é proibido atos que tragam ao proprietário qualquer modalidade, ou utilidade que tenham a intenção de prejudicar outrem (1.228, § 2º). O referido diploma criou uma nova espécie de desapropriação, determinada pelo poder judiciário na hipótese do imóvel reivindicado possuir extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante (1.228, § 3º). Sendo neste caso, cabível uma justa indenização

ao proprietário, que será fixada pelo juiz (1.228, § 5º). Trata-se, portanto, de uma inovação de alto alcance, inspirada no sentido social do direito de propriedade.

Todo o conjunto de leis que impõem restrições ao direito de propriedade como o Código de Mineração, Código Florestal, Lei de Proteção do Meio Ambiente, Plano Diretor das Cidades, dentre outros, acaba trançando o perfil atual do direito de propriedade no direito brasileiro, que deixou de apresentar características de direito absoluto e ilimitado, para se transformar em um direito de cunho social.

No mesmo diapasão, a função social da propriedade está diretamente ligada ao interesse público da coletividade, que se materializa no bem estar-social, pois ao mesmo tempo que restringe o poder de atuação do particular em relação a sua propriedade, haja vista a ideia de propriedade vir mudando com o desenrolar da história, sendo inviável a visão desse direito de forma absoluta e individualista, de modo que o proprietário não pode utilizar o seu bem egoística e indiscriminadamente, garante a proteção dos interesses da coletividade com a preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico com a instituição do tombamento.

Desta forma, a propriedade pode até ser produtiva, todavia, não basta apenas a questão econômica para que seja alcançada a função social da propriedade, pois se a produção estiver baseada, por exemplo, no trabalho escravo ou na exploração predatória do meio ambiente, ela não atende aos ensaios da sociedade, não atingindo, portanto, a sua função social.

O princípio da função social deve ser materializado em todo o conteúdo constitucional, funcionando como verdadeiro parâmetro interpretativo. A CRFB/1988 optou por prestigiar os valores existenciais condizentes com a dignidade da pessoa humana, deixando em segundo plano o individualismo de outrora, influenciando para que os valores patrimoniais passaram a figurar em menor escala.

Qualquer interpretação contraditória aos princípios constitucionais consagrados na CRFB/1988, representa flagrante violação aos fundamentos da República Federativa brasileira. Não se constrói uma sociedade democrática, livre, justa e solidária, erradicadora das desigualdades sociais e promotora do bem comum com soluções patrimonialistas, não se admite, portanto, posturas que venham a violar tais garantias constitucionais.

A propriedade, há muito tempo, deixou de conferir apenas poderes ao titular do direito, conferindo também deveres, como o de usar o bem, de dar a ele uma finalidade social. A propriedade é reconhecida e garantida na forma da lei, a qual estabelece os seus modos de aquisição, de gozo e os limites a que está sujeita, a fim de realize a sua função social e se torne acessível a toda a sociedade. Não se tolera, nem tão pouco se admite o caráter estritamente patrimonialista com o qual a propriedade historicamente era encarada, visto que a pessoa humana deve prevalecer sobre qualquer outro valor.

Acerca dessa temática, se posiciona brilhantemente RIBEIRO (2007, p. 122) ao afirmar que:

Na nova ordem constitucional, a Constituição Federal de 1988 provocou uma profunda mudança na visão do direito de propriedade. A importância social que é dada a propriedade, transcende a questão da

produtividade, pois tem-se a preocupação em dar à propriedade, mesmo que privada, uma destinação mais vinculada ao benefício coletivo.

A propriedade, nos tempos modernos, é caracterizada menos pelo seu conteúdo estrutural e mais pela finalidade econômica e social do bem sobre a qual incide. A função social, nesta linha, incide sobre o conteúdo e conceito do direito de propriedade. A propriedade adquiriu relevo social no decorrer dos anos, não se restringindo apenas a uma relação entre sujeito e objeto, situação típica da ideia de direito real absoluto, há nos dias atuais, portanto, um compromisso perante toda a coletividade.

3 Princípios que norteiam o Instituto do Tombamento

Aproximando-se do objeto central do presente estudo, cumpre observar que o tombamento está inserido no campo do direito administrativo, uma vez que se justifica no poder de polícia, instituto típico deste ramo jurídico e, por conseguinte, está integrado à esfera do direito público.

O direito administrativo, que rege a administração pública, é um dos ramos do direito público. Neste diapasão, apesar do instituto do tombamento ter uma pequena ligação com o direito civil, sua matéria é eminentemente de direito administrativo.

Aliás, assim como a Administração tem prerrogativas, há também restrições que devem ser respeitadas, sob pena de nulidade do ato administrativo e, até mesmo, em muitos casos, de responsabilização da autoridade que editou o ato.

O instituto do tombamento, para que seja revestido de legitimidade, deve obedecer aos princípios que regem a Administração Pública previstos no caput do art. 37 da CRFB/1988, além de outros não expressos.

Neste sentido, CRFB/1988 estabelece que a Administração deve respeitar as restrições decorrentes da lei e dos princípios públicos que a informam na atuação da atividade administrativa no desempenho de suas atividades, não devendo ultrapassar aquilo que seja necessário e suficiente para os fins públicos (princípio da proporcionalidade), cujas metas pretendem atingir.

O tombamento se reveste dos princípios da Administração Pública, tais como o da legalidade, interesse público, supremacia do interesse público, moralidade administrativa, impessoalidade, publicidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Pelo princípio da legalidade, o administrador não pode agir, nem deixar de agir, senão de acordo com a lei, na forma determinada, haja vista no direito administrativo o conceito de legalidade contém em si não só a lei mas, também, o interesse público e a moralidade.

Quanto ao princípio do interesse público, uma regra básica da administração é o atendimento a esse interesse. Neste sentido, o ato administrativo não tem legalidade se o administrador agiu no interesse próprio, e não no interesse público, ainda que obedecida formalmente a letra da lei.

Logo, como consequência lógica do princípio do interesse público, a supremacia do interesse público deve prevalecer sobre o interesse individual,

respeitadas as garantias constitucionais e pagas as indenizações devidas, quando for o caso.

Reafirmando o conceito anterior, tanto a moralidade como o interesse público fazem parte da legalidade administrativa. Assim, violar a moralidade corresponde a violar o próprio direito.

Normalmente, não se trata de uma moral comum, mas de uma moral administrativa, ou ética profissional, que consiste no conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de qualquer profissão.

No tocante ao princípio da impessoalidade, a administração deve servir a todos, sem preferências ou aversões pessoais ou partidárias, devendo sua atuação se destinar a satisfação do interesse público.

O princípio da publicidade traduz-se na ideia de que os atos públicos devem ter divulgação oficial, como requisito de sua eficácia, salvo as exceções previstas em lei.

Sob o aspecto do princípio da finalidade, a administração deve agir com a finalidade de atender ao interesse da coletividade visado pela lei. Caso contrário, estaria promovendo o desvio de finalidade, que é uma forma de abuso de poder, acarretando a nulidade do ato.

A administração deve agir com bom senso, de modo razoável e proporcional respeitando assim o princípio da razoabilidade.

Conforme MARMELSTEIN (2008, p. 362), a proporcionalidade nada mais é do que a aplicação do meio mais adequado e menos oneroso para tentar solucionar o conflito, com a utilização da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, nas decisões judiciais o excesso não é admitido, sendo preciso que o intérprete seja proporcional e a medida aplicada ser apenas a estritamente necessária.

Ademais, a proporcionalidade tanto está relacionada à ideia de vedação de excesso, como a vedação de insuficiência, visto que o Estado deve agir de forma eficaz para prover a prestação jurisdicional e proteger os direitos fundamentais.

O princípio da eficiência foi introduzido expressamente pela Emenda Constitucional 19 de 1998, dispondo que não basta a instalação do serviço público, exige-se que este serviço seja eficaz e que atenda plenamente à necessidade para a qual foi criado.

Desta maneira, não basta que o bem seja tombado, é necessário que seja observada a verdadeira finalidade do tombamento, que é a efetiva proteção do bem tombado.

Portanto, o Poder Público tem que atender a todos esses princípios para que o tombamento se materialize em um instrumento de proteção real desses bens, preservando, desta forma, o patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico nacional. O descumprimento desses princípios é uma afronta a Constituição Federal, resultando no desaparecimento dos bens importantes à memória nacional.

4 Tombamento: um mecanismo de proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico nacional

Tombar é o ato pelo qual se inventaria os bens de raiz com as suas demarcações, com o objetivo de preservar, defender e conservar o bem de interesse público. José Cretella Júnior (2003, p. 134) conceitua tombamento como uma:

Restrição parcial ao direito de propriedade, realizada pelo Estado com a finalidade de conservar objetos móveis e imóveis, considerados de interesse histórico, artístico, arqueológico, etnográfico ou bibliográfico relevante. Restrição parcial do direito de propriedade localiza-se no início de uma escala de limitações em que a desapropriação ocupa o ponto extremo.

Ao analisar a definição acima, podemos conceituar que a restrição a qual se impõe o tombamento trata-se de uma restrição parcial, ao passo que há um limite ao poder de propriedade que se dá em função da proteção da coletividade, tendo em vista que o proprietário não pode dispor do bem da forma que bem entender, pois toda propriedade tem uma função social que deve ser respeitada pelo seu possuidor. Ainda assim, o tombamento tem o intuito de proteger o valor histórico, artístico ou cultural de determinado prédio, sendo limitado ao proprietário o direito de modificar o seu próprio bem.

Entende-se que o tombamento é de fundamental importância para se representar e guardar a história de um lugar, mantendo vivos os acontecimentos passados.

Indiscutivelmente, quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio cultural, pretende preservar a memória nacional, já que cabe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

A CRFB/1988 permitiu a intervenção do Estado na propriedade, dando suporte a essa possibilidade quando existir tal necessidade. Ao mesmo tempo, garantiu o direito de propriedade (art. 5, XXII), desde que este esteja condicionado ao atendimento de sua função social (art.5, XXIII).

Sem sombra de dúvidas, a defesa do patrimônio cultural é matéria de interesse geral da coletividade. Logo, para que a propriedade privada atenda a sua função social, necessário se faz que os proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas no que se refere ao uso dos seus bens, impostas pelo poder Público.

MIRANDA em irretocável lição, nos ensina que (2006, p. 208) que:

A propriedade não se caracteriza como direito absoluto, como ocorria no período medieval. Atualmente, o direito de propriedade só é legítimo diante do atendimento da sua função social, ou seja, diante do exercício do direito de propriedade ao bem-estar social. Se a propriedade não atende a sua função social, deve o Estado intervir para adequá-la a essa nova realidade.

Assim, o proprietário não poderá, em nome de interesses particulares ou pessoais, usar e fruir livremente de seus bens se estes traduzirem interesses públicos relacionados a fatores de ordem histórica, artística, cultural, científica, turística e paisagística. Afinal, esses bens, embora permanecendo na propriedade do particular, serão protegidos pelo Poder Público, que, para esse fim, imporá restrições quanto a seu uso pelo proprietário.

Ao intervir na propriedade privada, o Estado também intervém nos direitos inerentes à mesma, como o gozo, fruição e disposição desses bens.

Com efeito, o direito de propriedade, apesar de ter sido elevado à categoria de direito fundamental na CRFB/1988, como direito fundamental da pessoa humana e garantia inviolável e sagrada da liberdade individual, não é absoluto.

Como bem expõe MARMELSTEIN (2008, p. 367), na doutrina constitucionalista nenhum direito fundamental é absoluto, haja vista as normas constitucionais serem proporcionalmente contraditórias, já que refletem as diversidades ideológicas típicas de qualquer Estado Democrático de Direito.

A esse respeito, MARMELSTEIN (2008, p. 368) afirma que:

[...] há a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais, inclusive o STF já decidiu que não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitadas os termos estabelecidos pela própria Constituição.

Mister observar que o direito de propriedade, assim como os direitos e garantias fundamentais consagrados pela CRFB/1988, não são, portanto, ilimitados, pois os mesmos encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados constitucionalmente.

Por outro lado, mesmo que o tombamento seja uma invasão do poder público no patrimônio particular, esta invasão não é total, mas sim parcial, desta forma, mesmo que o tombamento limite o direito à propriedade, não o restringe inteiramente e, ainda assim, tem a prerrogativa de satisfazer a maior parcela da sociedade em detrimento da minoria.

4.1 O instituto do tombamento e sua importância no ordenamento jurídico brasileiro

É de extrema importância o instituto do tombamento na proteção dos monumentos históricos brasileiros, haja vista se constituir esse instituto num escudo para o país conservar a sua história. Salienta-se que, em muitas cidades brasileiras, não existe nenhum tipo de trabalho realizado em relação a tombamentos, sendo que a competência para restauração e conservação de muitos monumentos é uma tarefa do Estado. Do tombamento, por sinal, resultam para o proprietário obrigações positivas e negativas (fazer e não fazer, respectivamente), ao passo que, para a Administração cria obrigações essencialmente de fazer.

O tombamento poderá ser aplicado aos bens móveis e imóveis, de interesse cultural ou ambiental, como fotografias, livros, mobiliários, utensílios, obras de arte, edifícios, ruas, praças, cidades, regiões, florestas e cascatas. E somente será aplicado aos bens materiais de interesse para a preservação da memória coletiva.

Ainda que um bem seja tombado, este poderá ser alugado ou vendido desde que continue sendo preservado. Não existe, desta forma, qualquer impedimento para a venda, aluguel ou herança de um bem tombado. Caso haja a venda do bem, deve ser feita uma comunicação prévia à instituição que efetuou o tombamento, para que esta manifeste seu interesse ou não na compra do mesmo.

Cumpra salientar que o tombamento é sempre uma restrição parcial, não impedindo ao particular o exercício dos direitos inerentes ao domínio, por essa maneira, não implica, em regra, direito à indenização, para fazer jus a uma possível compensação pecuniária, o proprietário do bem deverá demonstrar que efetivamente sofreu algum prejuízo em decorrência do tombamento.

A conservação e reparação do bem tombado cabem ao proprietário, salvo se comprovar que não dispõe dos necessários recursos, conforme estabelece o art. 19 do Decreto-Lei federal n. 25/37. Logo, quando o proprietário do bem tombado não tiver condições financeiras para manter o bem, os serviços de conservação e recuperação caberão ao Poder Público autor do tombamento.

Desta maneira, contra o ato de tombamento pouco ou quase nada pode ser alegado pelo proprietário, a menos que haja a efetiva falta de interesse público, consubstanciado na inexistência de valor histórico, cultural, artístico, turístico ou paisagístico sobre o bem, assim como a incompetência da entidade promotora do tombamento e a inobservância do devido processo administrativo de tombamento, questões essas que podem ser arguidas em Juízo ou administrativamente, visando, em último caso, obstar o tombamento.

O tombamento é realizado pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN. Tal órgão foi criado em 1937 através da Lei N.º 378, ainda na era Vargas. O IPHAN tornou-se um órgão federal com instrumentos legais para realizar o instituto do tombamento com a responsabilidade de gestão e preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, paisagístico e turístico do país.

Assim, quando se fala em proteção do patrimônio histórico-cultural, é importante conceituar o que seria esse patrimônio cultural. Assim, pode-se conceituar patrimônio cultural, nos termos do art. 216 da CRFB/1988, como aquele composto pelo conjunto dos bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Entre os bens que compõem o patrimônio cultural brasileiro, destacam-se: a) as formas de expressão; b) os modos de criar, fazer e viver; c) as criações científicas, artísticas e tecnológicas; d) as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; e) os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Sendo assim, pode-se entender que a palavra patrimônio pode ter vários significados. Um destes é construído para ser uma representação do passado histórico e cultural de uma sociedade, herança familiar, bens culturais.

Como já salientado anteriormente, uma das formas de proteção do patrimônio histórico-cultural brasileiro é o tombamento. Todavia, a CRFB/1988 também prevê outros mecanismos de proteção desse patrimônio como a ação popular, prevista no art. 5º, LXXII, da Constituição Federal de 1988, que estabelece:

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.

Pode-se afirmar que a CRFB/1988 elencou o tombamento (instrumento administrativo) juntamente com a ação popular (instrumento jurídico-processual) como mecanismos de proteção plena desses monumentos histórico-culturais, objetivando a defesa dos interesses da sociedade.

É importante salientar que o Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, além do que apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Neste sentido, elucida OLIVEIRA (2010, P. 310):

O Estado brasileiro protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, além daquelas de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional. E tal autorização foi reafirmada na Constituição Federal de 1988, que elencou a importância do tombamento como um instrumento legal de preservação dos bens culturais, ampliando a responsabilidade do poder público, com o apoio da comunidade, de promover e proteger o patrimônio cultural, além do tombamento, através de outras formas de acatamento e preservação, como o inventário, registro, vigilância e desapropriação.

O tombamento é um instrumento de materialização da cidadania e os bens que possuam algum valor artístico, histórico e cultural precisam ser preservados como garantia de preservação da própria cultura ou da vida, em seus sentidos mais amplos.

Ainda, como qualquer outra Lei seja Federal, Estadual ou Municipal, o tombamento implica restrições às vontades individuais que ameacem um bem de interesse público, com o intuito de resguardar e garantir direitos e interesses da coletividade. Tal ato não é arbitrário, nem muito menos autoritário, porque, afinal, sua aplicação é executada por representantes da sociedade civil, sendo consultado um Conselho do Patrimônio Cultural composto de representantes das várias dimensões sociais e de órgãos públicos com poderes estabelecidos pela legislação.

Portanto, qualquer cidadão tem o direito de solicitar o tombamento e outras formas de proteção dos bens que considere de valor histórico, artístico, arquitetônico, ambiental ou afetivo para a sua cidade, cabendo aos órgãos técnicos a apreciação dos pedidos e o desenvolvimento dos estudos necessários para esse fim.

Além disso, a Lei nº 7.347 de 1985, que disciplina a ação civil pública, dispõe no seu artigo 6º:

Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção;

Ademais, a mesma lei permite que instituições, governamentais ou não, e associações comunitárias proponham a ação civil pública, visando à punição dos responsáveis pelos atos lesivos ao patrimônio cultural e natural, cabendo inclusive a exigência de reparação dos danos causados.

PELEGRINI (2008, p. 137) esclarece que:

Existem algumas críticas com relação ao instituto do tombamento, todavia, como qualquer outro ato, o tombamento precisa ter uma justificativa legal, proporcional e plausível, haja vista envolver interesse público em detrimento de interesses de particulares. Contudo, é de extrema importância que haja preservação dos patrimônios, para que esses sejam transmitidos para outras gerações.

O tombamento não tem por objetivo parar o crescimento da cidade ou outro bem. Tombar não significa, necessariamente, apenas paralisar ou perpetuar edifícios ou áreas, sem considerar toda e qualquer obra que venha a trazer benefícios para a melhoria da vida na cidade. Diante desta realidade, preservação, revitalização e valorização de áreas são atitudes que se complementam e, juntas, podem valorizar bens que se encontrem ameaçados ou deteriorados interferindo na qualidade de vida de toda a coletividade.

5 Competência, natureza jurídica, procedimento e classificação do tombamento

Apesar do tombamento ser uma intervenção do Estado na propriedade privada, tal interferência mostra-se necessária para que haja a proteção e preservação de bens materiais e imateriais de interesse nacional.

Assim, objetiva-se com o tombamento, a preservação, através de legislação específica, de bens com valor cultural, artístico, histórico, paisagístico, arquitetônico, ambiental e também de valor afetivo para a população, impedindo que venham a ser demolidos, destruídos ou mutilados. Logo, o tombamento, juridicamente falando, impede a destruição do bem.

Quanto a competência para instituir o presente instituto, consoante preconiza o art. 23 da CRFB/1988, inclui-se entre as funções de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, a proteção dos documentos, obras e outros bens de valor históricos, artísticos e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos.

O art. 24 da CRFB/1988 conferiu à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para legislar sobre proteção ao patrimônio histórico, cultural, artísticos e paisagísticos, o que significa que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, exercendo os Estados, desta forma, a competência suplementar, na forma dos §§ 1º a 4º do art. 24.

A proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, paisagístico e turístico nacional é feita pelo IPHAN. Este órgão fiscaliza e executa o instituto do tombamento. O Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN foi criado em 1937 na época do governo de Getúlio Vargas e até hoje é uma das

poucas instituições culturais que conseguiu sobreviver às instabilidades políticas do país. O IPHAN tornou-se um órgão federal com instrumentos legais com o fim de responsabilidade de gestão e preservação do patrimônio histórico e artístico do país.

A esse respeito, CORRÊA (2003, p. 78) afirma que:

Criado ainda pelo Governo de Getúlio Vargas, através da Lei N.º 378, o IPHAN, que hoje se encontra vinculado ao Ministério da Cultura, tem como responsabilidade preservar, identificar, fiscalizar, revitalizar, restaurar e divulgar os bens culturais do Brasil. Para tanto, o IPHAN mantém parcerias com diversas instituições, Ong's, associações e fundações com as quais mantém mais de 20 mil edifícios e 90 centros e conjuntos urbanos tombados, além de um cadastro com cerca de 14.000 sítios arqueológicos, mais de um milhão de objetos e 250 mil volumes bibliográficos.

Assim, observa-se que o IPHAN, Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, é um órgão vinculado ao governo federal, que teve o seu fortalecimento como órgão fiscalizador e de controle decorrente do artigo 216 da CRFB/1988 como uma autarquia federal, já que a busca de uma identidade nacional incentivou a criação de políticas públicas que estabelecesse um sistema organizado de proteção do patrimônio histórico, artístico e cultural no Brasil, sendo posteriormente promulgado o Decreto-Lei nº 25/1937, que organiza a “proteção do patrimônio histórico e artístico nacional”.

Cumpre ressaltar que o IPHAN tem como principal função a tutela de bens materiais e imateriais que tenham importância artística, histórica, paisagista e cultural, pois a CRFB/1988 no artigo 216 outorgou legitimidade a este órgão para proteger através do tombamento:

“...os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I – as formas de expressão; II – os modos de criar, fazer e viver; III – as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV – as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais. V – os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.”

CORRÊA (2003, p. 79), considera que a escolha dos bens tombados e sua respectiva importância não está apenas vinculada ao IPHAN, mas também a outros órgãos que estão direta ou indiretamente ligados a esta autarquia federal, tais como:

Instituto dos Arquitetos do Brasil – IAB; Conselho Internacional de Monumentos e Sítios – Icomos (Brasil); Sociedade de Arqueologia Brasileira – SAB; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – Ibama; Ministério da Educação; Ministério das Cidades; Ministério do Turismo; Instituto Brasileiro de Museus – Ibram; Associação Brasileira de Antropologia – ABA. Treze representantes da

sociedade civil, com especial conhecimento nos campos de atuação do IPHAN.

Neste diapasão, o tombamento poderá ser realizado pela União - por intermédio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, pelo Governo Estadual, ou ainda por meio do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico do Estado ou pelas administrações municipais, utilizando, para isso, leis específicas ou a legislação federal.

Consoante o § 1º do art. 216 da CRFB/1988, o instituto do tombamento tem por objeto a tutela do patrimônio histórico e artístico nacional. Ademais, o dispositivo ainda prevê a desapropriação, que será utilizada quando a restrição afete integralmente o direito do proprietário, ao passo que o tombamento é sempre uma restrição parcial, conforme se verifica pela legislação que o disciplina.

Aliás, se o tombamento acarretar a impossibilidade total de exercício dos poderes inerentes ao domínio, será ilegal e implicará desapropriação indireta, dando direito a indenização integral dos prejuízos sofridos.

É cediço na doutrina e jurisprudência que o Estado também age sobre bens alheios, de particulares ou de outros entes públicos. Neste sentido, o tombamento é um ato de intervenção branda do Estado na propriedade privada, tendo, inclusive, regramento próprio, qual seja, o Decreto 25 de 1937, possuindo, assim, características peculiares quanto a sua classificação e natureza jurídica.

Alguns autores defendem que o ato que institui o tombamento é vinculado, outros não entendem dessa forma, pois acreditam que o ato é discricionário do Poder Estatal. Discordâncias a parte, nessa linha de raciocínio, se o bem for considerado de elevado valor histórico, artístico, cultural e paisagístico pelo órgão técnico competente, outra alternativa não terá o Poder Público a não ser tomar o bem, por isso que alguns estudiosos defendem a vinculação do ato de tomar.

Todavia, há entendimento contrário a esse posicionamento anteriormente esboçado, no sentido de que o ato de tomar é discricionário da Administração Pública. Dessa forma, os bens que possuem valor histórico-cultural só serão passíveis de proteção quando submetidos ao crivo de discricionariedade do poder público. Logo, o fato de um bem ser reconhecido como patrimônio histórico, artístico, cultural e paisagístico, não obrigaria o Estado a tombá-lo, até mesmo porque haveria um juízo de mérito sobre essa decisão de tomar ou não o bem.

Quanto a natureza jurídica, no entender de Celso Antônio Bandeira de Mello, o tombamento tem natureza jurídica de servidão administrativa. Cretella Júnior, considera o tombamento como limitação administrativa. Todavia, ainda existem opiniões divergentes acerca do instituto em questão. Neste diapasão, José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 652) não classifica o tombamento como servidão administrativa nem como limitação administrativa, pois o tombamento tem características próprias, específicas que o diferencia, logo, incide apenas sobre determinados bens discriminados no competente ato.

Apesar das divergências doutrinárias, o tombamento pode sim ser considerado uma servidão administrativa e, sendo um ônus real imposto especificamente a uma propriedade definida, para possibilitar serviço ou utilidade pública, mediante indenização dos prejuízos efetivos.

O processo de tombamento, se dá após avaliação técnica preliminar, quando é submetido à deliberação das unidades técnicas responsáveis pela proteção aos bens culturais brasileiros. Em sendo aprovada a intenção de proteger um determinado bem, seja cultural ou natural, é expedida uma notificação ao seu proprietário. A notificação significará que o bem já se encontra sob proteção legal, até que seja tomada a decisão final, isso depois de o processo ser devidamente instruído, ter a aprovação do tombamento pelo Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural e a homologação ministerial publicada no Diário Oficial. O processo finalmente termina com a inscrição no Livro do Tombo e a comunicação formal do tombamento aos proprietários.

Ainda assim, o tombamento também pode ocorrer em escala mundial, reconhecido como Patrimônio da Humanidade, o que é feito pelo ICOMOS/UNESCO.

O Decreto-Lei nº 25/1937 estabelece uma diferença entre o tombamento dos bens que compõem o patrimônio histórico e artístico nacional. Sendo assim, quando o tombamento se der de ofício referente aos bens pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios, por ordem do diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, deverá ser notificado à entidade a quem pertencer, ou sob cuja guarda estiver a coisa tombada, a fim de produzir os necessários efeitos.

Todavia, se tombamento for de coisa pertencente à pessoa natural ou à pessoa jurídica de direito privado, este será feito de forma voluntária ou compulsoriamente.

Ademais, o tombamento voluntário será feito sempre que o proprietário o pedir e a coisa se revestir dos requisitos necessários para constituir parte integrante do patrimônio histórico e artístico nacional, a critério do Conselho Consultivo do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ou sempre que o proprietário anuir, por escrito, à notificação, que se lhe fizer, para a inscrição da coisa em qualquer dos Livros do Tombo.

Cumprido ressaltar, por outro lado, que o tombamento compulsório será realizado quando o proprietário se recusar com a inscrição do bem. Há de se registrar que o processo de tombamento deverá obedecer ao princípio do devido processo legal.

A esse respeito, ORTIZ (2008, p. 248) afirma que:

Em relação aos efeitos do tombamento, este repercute na alienabilidade das obras históricas e artísticas de propriedade de pessoas naturais ou jurídicas de direito privado. Dessa forma, a propriedade sofrerá sim, com algumas restrições. Outro aspecto de suma importância está relacionado ao fato de que os bens tombados não poderão, em nenhuma hipótese, serem destruídos, demolidos ou mutilados.

Além disso, inexistindo prévia autorização legal, os bens tombados não poderão ser reparados, pintados ou restaurados, sob pena de multa de 50% do dano causado. É importante destacar que se os bens forem pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela destruição, mutilação ou demolição do bem tombado incorrerá pessoalmente na multa. Ainda assim, sem prévia autorização, não se poderá, na vizinhança da coisa tombada, fazer construção que impeça ou reduza a visibilidade, nem nela colocar anúncios ou

cartazes, sob pena de ser mandado destruir a obra ou retirar o objeto, impondo-se neste caso a multa de 50% do valor do mesmo objeto.

Outro aspecto a ser abordado, relaciona-se ao fato de o proprietário da coisa tombada não poder arcar com a manutenção e reparação do bem em virtude da falta de recursos financeiros, quando este não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação do bem, logo, aquele deverá levar ao conhecimento do Iphan a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa.

Neste sentido, quando a comunicação for recebida, e se for considerada necessárias as obras, o diretor do Iphan mandará executá-las, com recursos da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de 06 (seis) meses. Se assim não for, iniciar-se-ão as providências voltadas à desapropriação da coisa. À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, autorizará o proprietário a requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.

Ainda com relação ao Decreto-Lei nº 25/1937, outra forma de proteção do patrimônio histórico consiste na vigilância, haja vista o bem, mesmo tombado, ainda ficar sob a vigilância permanente do Iphan, que poderá inspecioná-los sempre que for conveniente, não podendo os respectivos proprietários ou responsáveis criar obstáculos à inspeção, sob pena de multa.

Ademais, o Decreto-Lei nº 25/1937 ainda confere direito de preferência à União, aos Estados e Municípios, nesta ordem, para adquirir os bens tombados objeto de alienação onerosa. Dessa maneira, a alienação dos bens tombados pertencentes a particulares não será permitida, sem que sejam os bens oferecidos previamente, pelo mesmo valor, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem.

O tombamento é, portanto, um importante instrumento na proteção e defesa dos bens com valor artístico, histórico, cultural e paisagístico, pois sem o ato de tombamento, tais bens estariam desprotegidos e poderiam vir a desaparecer do cenário nacional, logo, essa proteção se faz necessária, tendo em vista sua importância na conservação dos bens materiais e imateriais de interesse público que compõem o acervo histórico-cultural do país, por vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.

Considerações Finais

Sem sombra de dúvidas, quando o Estado intervém na propriedade privada para proteger o patrimônio que tem uma importância cultural, pretende preservar a memória nacional, já que cabe ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais e o acesso às fontes da cultura nacional.

A defesa do patrimônio com valor cultural, histórico, artístico e paisagístico é matéria de interesse geral da coletividade. Logo, para que a propriedade privada atenda a sua função social, necessário se faz que os proprietários se sujeitem a algumas normas restritivas no que se refere ao uso dos seus bens, impostas pelo poder Público.

No atual estágio constitucional, aliás, o Estado assume o dever legal de preservar e proteger o patrimônio histórico e cultural nacional, e desse dever ele

não pode fugir.

Destarte, de um modo geral, qualquer atitude de respeito para com a coletividade e para com a cidade traz um valor positivo que, sem dúvida, ajuda a preservar o que há de melhor no lugar em que se vive.

A sociedade precisa pensar no futuro com responsabilidade, preservando a memória do país e defendendo os interesses da coletividade por um meio ambiente equilibrado, começando por não depredar monumentos históricos nem equipamentos de utilidade pública, não jogar lixo nas ruas, denunciar ocupações em áreas de proteção ambiental ou de risco, fiscalizar e protestar contra construções ou intervenções que interfiram no equilíbrio da paisagem, não desmatar sem autorização dos órgãos públicos.

Sendo assim, é preciso esclarecer que aquele que ameaçar ou destruir um bem tombado está sujeito a processo legal que poderá definir multas, medidas compensatórias ou até mesmo a reconstrução do bem como estava na data do tombamento.

A defesa e proteção do patrimônio está diretamente vinculada à melhoria da qualidade de vida da população, pois a preservação da memória, dos referenciais culturais, é uma demanda social tão importante quanto qualquer outra a ser atendida pelo serviço público. Logo, ao proteger um patrimônio reconhecido pelo seu valor histórico, artístico, cultural ou arquitetônico pelo tombamento, há a busca da manutenção desse patrimônio para que este possa ser usufruído pelas gerações atuais e futuras.

É necessário, sobretudo, ter em mente que cada cidadão pode contribuir mais do que imagina para a preservação do patrimônio histórico e cultural coletivo e para a conservação e melhoria do espaço onde trabalha e mora, e que as leis dependem do respeito e da fiscalização de todos nós para serem cumpridas.

A instituição do tombamento é essencial para a preservação e valorização da cultura e da própria identidade do país. Assim, o tombamento pode ser um instrumento de defesa da sociedade contra o excesso do capitalismo ou de pressões demográficas, como por exemplo, um processo de tombamento que vise a preservação de um arquivo de documentos históricos, de um bairro, um bosque e que propicie o acesso público de uma população aos bens que possibilitem uma melhor qualidade de vida.

O tombamento, é assim, a primeira medida a ser tomada para a preservação dos bens culturais, na medida que impede, por força de lei, a sua destruição. Em se tratando de bens culturais, preservar não é só a memória coletiva, mas todos os esforços e recursos já investidos para sua construção. Logo, a preservação somente se torna visível para todos, quando um bem cultural se encontra em bom estado de conservação, propiciando sua plena utilização.

A propriedade é um direito individual que assegura a seu titular uma série de poderes, não podendo, no entanto, tais poderes serem exercidos ilimitadamente, porque coexistem com direitos alheios, de igual natureza, e porque existem interesses públicos maiores, cuja tutela pertence ao Poder Público exercer, ainda que em prejuízo de particulares.

O direito de propriedade é, assim, relativo e condicionado, importando atualmente, o sentido social da propriedade, pois se o proprietário não respeita essa função social, nasce para o Estado o poder jurídico de nela intervir e até suprimi-la, se esta providência se afigurar indispensável para ajustá-la aos fins constitucionalmente assegurados.

Desta maneira, o instituto do tombamento é fundado na necessidade de adequação da propriedade a correspondente função social.

É de extrema importância, não apenas para determinados órgãos responsáveis pela conservação do patrimônio histórico e cultural do país, mas para toda a sociedade, como bem de interesse comum, que as obras culturais e artísticas sejam preservadas, garantindo assim, a possibilidade de que nossos descendentes desfrutem das belezas das quais desfrutamos.

Portanto, a ideia de preservação da memória de um país está diretamente ligada à conservação do seu patrimônio cultural. O processo de tombamento, entretanto, nem sempre é garantia da preservação permanente dessa memória, que muitas vezes se desfaz pela falta de incentivos e investimentos públicos e privados.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui... Acesso em: 01 nov. 2017.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

CORRÊA, Alexandre Fernandes. **Vilas, parques, bairros e terrenos**; novos patrimônios na cena das políticas culturais em São Paulo e São Luis. São Luis: EDUFMA, 2003.

DANTAS, Fabiana Santos. **Direito Fundamental à Memória**. Curitiba. Juruá Editora, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Sinopses Jurídicas – Direito das Coisas**. 6ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

HALBWACHS, Maurice. **A memória coletiva**. Tradução de Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2006.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais** – São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Tutela do Patrimônio Cultural Brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

OLIVEIRA, Dennis de. **Metodologia de pesquisa de bens simbólicos**. São Paulo: CELACC-ECA/USP, 2010.

ORTIZ. Renato. **Cultura brasileira e identidade nacional**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2008.

PELEGRINI, Sandra C. A.; FUNARI, Pedro P. **O que é patrimônio cultural imaterial**. São Paulo: Ed. Brasiliense, 2008.

RIBEIRO, Rafael Winter. **Paisagem Cultural e Patrimônio**. Rio de Janeiro: IPHAN/COPEDOC, 2007. (Série Pesquisa e Documentação do IPHAN). <http://portal.iphan.gov.br/portal/montarPaginaSecao.do?id=12576&retorno=paginaIphan>. Acesso em 28 jun. 2017. <http://www.patrimoniocultural.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=4>. Acesso em 17 jun. 2017.

Recebido em 31 de julho de 2017
Aceito em 30 de dezembro de 2017

A CRIAÇÃO DA NACIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO

THE CREATION OF NATIONALITY IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM

*Vivianny Kelly Galvão*¹

Resumo: O presente artigo trata das contribuições do sistema interamericano na regulamentação internacional da nacionalidade. O principal objetivo é demonstrar que o direito americano exerceu e continua exercendo um papel inovador para o direito internacional, principalmente sob a perspectiva da democratização. Para tanto foi usada metodologia de viés quantitativo, com destaque do método hipotético-dedutivo. Os resultados colhidos foram agrupados em dois grupos principais, o primeiro mais conceitual e o segundo voltado à análise da eficácia dos conceitos construídos. Esta segunda parte está representada pela tabela que traz a prática, em regra constitucional, dos Estados na regulamentação da nacionalidade e pelos estudos de casos colhidos na Corte Interamericana de Direitos Humanos. A principal conclusão é que o sistema interamericano traz uma inovação humanista à regulamentação da nacionalidade porque impõe aos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos limites ao poder de regular a atribuição e a perda desse vínculo. A pesquisa tem originalidade porque foi desenvolvida na ocasião da participação da autora no *Centre for Studies and Research in International Law and International Relations* da Academia de Direito Internacional de Haia em 2016 cujo tema debatido foi a regulamentação internacional da nacionalidade.

Palavras-chave: Nacionalidade. Direitos humanos. Direito Interamericano.

Abstract: This article deals with the contributions of the inter-American system to the international regulation of nationality. The main objective is to demonstrate that American law has exercised and continues to play an innovative role in international law, especially from the perspective of democratization. For that, a quantitative bias methodology was used, with emphasis on the hypothetical-deductive method. The results were grouped into two main groups, the first more conceptual and the second focused on the analysis of the effectiveness of the concepts constructed. This second part is represented by the table that presents the practice, as a constitutional rule, of the States in the regulation of nationality and by the case studies collected in the Inter-American Court of Human Rights. The main conclusion is that the inter-American system brings a humanistic innovation to the regulation of nationality because it imposes on the states that are signatories to the American Convention on Human Rights limits to the power to regulate the attribution and the loss of that bond. The research is original because it was developed at the time of the author's participation in the Center for Studies and Research in International Law and International Relations of the

¹ Doutora em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB), Professora de Direito Internacional e Direitos Humanos no Centro Universitário Tiradentes, Professora Titular I do Mestrado em Sociedade, Tecnologias e Políticas Públicas (SOTEPP) do Centro Universitário Tiradentes, Participante do Centro de Estudos e Pesquisa de Direito Internacional e Relações Internacionais da Academia de Direito Internacional da Haia/Holanda (2016). Pesquisadora Associado ao Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP). E-mail: viviannygalvao@hotmail.com

Academy of International Law in The Hague in 2016 whose topic discussed was the international regulation of nationality.

Keywords: Nationality. Human rights. Inter-American Law.

Sumário: Considerações Iniciais. 1. As Conferências Internacionais dos Estados Americanos: Washington (1889-1890) a Caracas (1954). 2. A codificação do Direito Internacional Americano. 3. A 2ª Conferência da Paz (A Haia - 1907) e a democratização do direito internacional. 4. As Convenções Americanas sobre nacionalidade. 4.1 As Convenções Pan-Americanas. 4.2 Um panorama dos tratados bilaterais acerca da dupla nacionalidade envolvendo Estados Americanos. 4.3 Os tratados interamericanos relativos à nacionalidade. 4.3.1 Conceitos e contextos: A Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos (1948) e o direito à nacionalidade. 4.3.2 A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). 5 Os Estados Americanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). 5.1 A prática estatal e a eficácia jurídica do direito americano: o panorama constitucional acerca da nacionalidade e o uso do *ius soli*, *ius sanguinis* e da naturalização. 5.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): estudo de casos. Considerações Finais. Referências

Considerações Iniciais

A cidadania sempre foi um tema muito importante para o direito internacional. Desde os tratados de Westfália que contornaram os primeiros traços da ideia de soberania absoluta dos Estados, já era relevante saber quem eram os sujeitos à jurisdição estatal². O Estado necessita estabelecer quem são seus membros pois é a partir daí que ele começa a definir as situações em que será ou não responsável pelas ações dos seus membros quando ocorrerem violações à soberania estrangeira³.

A experiência ocidental mostrará que, via de regra, a nação é construída a partir do Estado. A identidade nacional passa a ser instrumento importante para a manutenção do Estado, seja em relação à defesa do seu território, seja em relação à sua constituição como sujeito de direito internacional. A análise desse vínculo jurídico-político criado entre o Estado e aqueles que ele reconhece como pertencentes à sua comunidade política interna pode sofrer uma série de recortes. Neste texto, serão examinadas as contribuições do sistema pan-americano na regulamentação internacional da nacionalidade. Para tanto, a pesquisa percorrerá

² SILVA, Caíque Tomaz Leite da; PICININ, Guilherme Lélis. Paz de vestefália e soberania absoluta. In: Revista do direito público, Londrina, v.10, n.1, p.127-150, jan./abr.2015, p.

³ VATTEL, Emer de. The Law of Nations. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.

§ 5. To what laws nations are subject. As men are subject to the laws of nature, — and as their union in civil society cannot have exempted them from the obligation to observe those laws, since by that union they do not cease to be men, — the entire nation, whose common will is but the result of the united wills of the citizens, remains subject to the laws of nature, and is bound to respect them in all her proceedings. And since right arises from obligation, as we have just observed (§3), the nation possesses also the same rights which nature has conferred upon men in order to enable them to perform their duties. [...] § 71. The sovereign ought to revenge the injuries of the state, and to protect the citizens. [...] Private persons who are members of one nation, may offend and ill-treat the citizens of another, and may injure a foreign sovereign: — it remains for us to examine what share a state may have in the actions other citizens, and what are the rights and obligations of sovereigns in this respect.

três pontos principais. O primeiro diz respeito ao sistema pan-americano em si. É importante caracterizar, ainda que brevemente, o que é o sistema pan-americano sob a ótica do direito internacional público. Isto, sem dúvida, servirá de contexto para compreender suas possíveis contribuições na regulamentação internacional da nacionalidade. A segunda parte tratará das principais características dos tratados sobre nacionalidade celebrados com Estados americanos. E por fim, a terceira parte será dedicada à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que toca sua compreensão da nacionalidade.

Antes de passarmos à primeira parte, vale a pena esclarecer a utilização dos termos nacionalidade e cidadania, bem como sistema pan-americano e sistema interamericano. Nacionalidade e cidadania serão trabalhados neste texto como sinônimos, todavia, seguindo a tradição do sistema regional estudado daremos preferência ao termo nacionalidade. Do mesmo modo, pan-americano e interamericano são termos sinônimos. Contudo, como se verá no mais adiante, a expressão pan-americano tem maior peso histórico porque nos remete a todo o processo de formação e de implementação do direito internacional regional pautado na identidade pan-americana.

O direito internacional público se desenvolveu a partir dos tratados de Westfália (1648) e de Utrecht (1713). A Convenção de Viena de 1815 contribuiu para o movimento de consolidação das práticas dos governantes e para a formulação das teorias da soberania absoluta e da fundamentação hegeliana do direito internacional⁴. As regras do direito internacional são criadas no concerto das relações entre Estados europeus e é sobre estas relações que seus princípios⁵ são aplicados. Em outras palavras, o direito internacional nasce exclusivamente europeu.

Os princípios do direito internacional que consagravam as fronteiras e a soberania dos Estados não eram aplicados aos povos das Américas, da África ou da Ásia. Esse caráter restritivo do direito internacional permitia que os Estados europeus continuassem o processo de colonização dos povos em outros continentes, sem considerar qualquer violação os atos de conquista e de dominação daqueles que não faziam parte da comunidade das nações europeias e cristãs. Esse contexto de desigualdade entre os Estados europeus e os novos Estados americanos emancipados do domínio das potências do Velho Continente fez emergir os primeiros anseios regionais por regras internacionais mais inclusivas. O pan-americanismo ganha adeptos e passa a servir de base ideológica e normativa para a reformulação do direito internacional público. Nas próximas seções veremos as contribuições do pan-americanismo na regulamentação do direito internacional, a fim de estabelecer um contexto que contribua para a compreensão da regulamentação da nacionalidade.

⁴ VALLADÃO, Haroldo. *Democratização e socialização do direito internacional: Os impactos Latino-Americano e Afro-Asiático*. Rio de Janeiro, 1961, José Olympio Editora, p. 27.

⁵ O Congresso de Viena consagrou vários princípios fundamentais: (1) o princípio da legitimidade; (2) O princípio da restauração das monarquias reinantes antes da Revolução Francesa; (3) o princípio do equilíbrio de poder na Europa e das "fronteiras geográficas".

1. As Conferências Internacionais dos Estados Americanos: Washington (1889-1890) a Caracas (1954)

O primeiro impacto sobre esse direito internacional marcadamente europeu foi a declaração que o Presidente Monroe fez, em 2 dezembro de 1823, ao Congresso estadunidense no sentido de que qualquer tentativa da parte das potências europeias de estender os seus sistemas a qualquer parte do hemisfério americano seria considerada pelos Estados Unidos como um perigo à sua paz e à sua segurança⁶.

A denominada Doutrina Monroe foi impulsionada pela notícia de um tratado secreto assinado em 22 de novembro de 1822 em Verona pelas monarquias europeias no qual se comprometiam a fazer tudo o que fosse necessário para suprimir os governos representativos onde quer que eles surgissem, bem como prevenir a proliferação de instituições representativas onde ainda não haviam surgido. A declaração do presidente estadunidense tinha por fundamento a manutenção da condição livre e independente que o Continente Americano havia atingido. Outro ponto da Doutrina Monroe era estabelecer uma política que evitasse uma futura colonização da América por Potências Europeias. Daí vem a ideia de “América para os americanos”.

O papel da referida doutrina não deve ser romantizado, pois em nenhum momento ela significou um acordo de proteção entre os Estados Unidos e as nações americanas consideradas mais frágeis e indefesas. A proposta da Doutrina Monroe foi manter o Continente Americano livre da dominação europeia para o bem do modelo institucional estabelecido nos Estados Unidos. Deste modo, a declaração do Presidente Monroe não significou um grande avanço na codificação de um direito internacional americano. As contribuições da doutrina foram tão limitadas aos interesses estadunidenses que outras convocações para criação de uma verdadeira União Pan-americana começaram a surgir em outros pontos da América.

O Congresso do Panamá foi a primeira convocação para a criação de uma União Pan-americana, realizada por Simón Bolívar em 1826. O Tratado do Panamá (1826) iniciou o que podemos apontar como contribuições do Pan-americanismo para a regulamentação do direito internacional. Segundo a Declaração do Panamá, firmada pelas Repúblicas Americanas, em 22 de julho de 1956, a convocação de Bolívar foi "a primeira manifestação coletiva de Pan-americanismo"⁷.

Diferentemente dos Tratados de Westfália (1648) e de Viena (1815), o Tratado do Panamá foi criado em tempos de paz e tinha como finalidade a garantia da independência política e a integridade territorial dos Estados (art. II e XXI). Lapradelle⁸ apontou que os referidos artigos do Tratado do Panamá formam a base

6. “[...] that any attempt on the party of the Powers of Europe to extend their system to any portion of this hemisphere would be considered by the United States as dangerous to their peace and their safety”. Speech at the Algonquin Club, Boston, Mass., at the Pan-American Financial Conference, Banquet given by the Chamber of Commerce, June 20th, 1915.p. 103. (Arquivos da Biblioteca do Palácio da Paz/Haia)

7. ALEIXO, José Carlos Brandi. O Brasil e o Congresso Anfictiônico do Panamá. Revista Brasileira de Política Internacional. Rev. bras. polít. int. vol.43 no.2 Brasília July/Dec. 2000. ISSN 1983-3121. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-7329200000200008>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

8. LAPRADELLE, A. Geouffre de. Préface dans Titus Komarnicki. La cuestión de l'intégrité territoriale dans le Pacte de la Societé des Nations. Paris, 1923.

do artigo X do Pacto da Sociedade das Nações⁹, ou seja, o Pacto de Versalhes traz uma aplicação mais global do ideal bolivariano de não-intervenção política e territorial. O Tratado do Panamá também denominado Tratado de União, Liga e Confederação perpétua entre as Repúblicas de Colômbia, Centro América, Peru e Estados Unidos Mexicanos (15 de julho de 1826)¹⁰.

Apesar de apenas quatro Estados Americanos terem comparecimento, o Tratado do Panamá conseguiu traçar diretrizes que aos poucos foram sendo incorporadas pelos tratados que o sucederam. Esse processo de incorporação tanto pode ser observado sob a perspectiva da criação do direito internacional regional, como sob a ótica da influência sobre tratados de tendência global, a exemplo do citado caso do Pacto da Sociedade das Nações (1919).

Dentre as principais contribuições para o direito internacional, é possível citar: a criação de um sistema de proteção mútua dos territórios como a proibição de declaração de guerra sem que os Estados contratantes tenham realizado consulta prévia à Assembleia; o dever de defender a soberania e independência de todas as potências confederadas da América contra toda dominação estrangeira (artigos 2º, 3º, 8º, 22); a jurisdição extensiva dos tribunais penais das potências aliadas para julgar os prejuízos causadas por corsários armados ao comércio nacional e estrangeiro (art. 7º); a formação de uma Assembleia Geral a cada dois anos, em tempos de paz, e a cada ano, em tempos de guerra, composta pelos ministros plenipotenciários de cada parte (artigo 11º); a criação de um sistema de conciliação e mediação para resolução pacíficas dos litígios internacionais (artigos 13, 16, 17, 19, 20), além de determinar que as Partes contratantes estavam obrigadas e comprometidas a cooperar com a completa abolição e extirpação do tráfico de escravos vindos da África (artigo 27). É possível perceber o carácter mais institucionalista e humanista dessas regras em contraponto com o realismo clássico das relações interestatais.

O Tratado do Panamá seguiu essa mesma linha ao dispor acerca da situação dos nacionais. Os artigos 23 e 24 do referido Tratado criam os primeiros traços de uma nacionalidade pan-americana, bastante semelhante ao que encontramos hoje nas regras de livre circulação de nacionais nos blocos econômicos mais integrados (mercados comuns e união econômica e política). Nesta cidadania pan-americana, os nacionais de cada uma das Partes contratantes gozariam de todos os direitos e prerrogativas dos nacionais da República em que residissem, desde que manifestem interesse em adquirir este status, conforme a lei de cada potência aliada. Se um cidadão de uma República aliada preferisse permanecer no território da outra, conservando seu carácter de nacional do país de nascimento, ele gozaria, igualmente, em qualquer território das Partes contratantes em que residisse, de todos os direitos e prerrogativas dos nacionais deste país. Isto inclui o acesso à justiça, a proteção relativa aos seus direitos de personalidade, bens, propriedades. Neste caso, o Estado de residência não poderia, sob qualquer pretexto, proibir o exercício da profissão ou da ocupação deste nacional pan-

⁹ Pacto de Versalhes. Art.10. Os Membros da Sociedade comprometem-se a respeitar e manter contra toda agressão externa a integridade territorial e a independência política presente de todos os Membros da Sociedade. Em caso de agressão, ameaça ou perigo de agressão, o Conselho resolverá os meios de assegurar a execução desta obrigação.

¹⁰ O nome do tratado revela os únicos Estados que compareceram ao Congresso do Panamá. Todavia, vale ressaltar que o acordo já previa a possibilidade de inclusão dos Estados que não se fizeram presentes.

americano. Como se vê, a primeira tentativa pan-americana de regulamentação internacional da nacionalidade não foi bem-sucedida em razão da baixa adesão dos Estados Americanos, mas foi progressiva sob a perspectiva dos ideais democráticos e humanistas.

2. A codificação do Direito Internacional Americano

Na linha cronológica de regulamentação de um direito internacional regional, destacamos as dez Conferências Internacionais dos Estados Americanos que ocorreram entre 1889 e 1954. Cada uma buscou uma maior participação dos Estados no Continente e, conseqüentemente, a concretização do ideal pan-americano que havia sido estabelecido no Congresso do Panamá (1826). Ao final de quase um século de encontros, debates e negociações, constrói-se o Sistema Interamericano de Direito Internacional personificado na Organização dos Estados Americanos. A OEA passa a ser a principal entidade internacional em nível regional interamericano e, por isso, servirá de fonte para análise das contribuições na regulamentação internacional da nacionalidade.

A fim de compreender o contexto histórico e normativo do sistema interamericano, de forma objetiva, destacaremos as principais regras internacionais criadas em cada Conferência.

- A 1ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Washington DC - 1889-1890)

Dentre as principais propostas da Conferência de Washington estavam a adoção de um tratado de arbitragem obrigatória dos litígios internacionais, a criação de um banco interamericano – com a adoção de uma moeda de prata comum - e o estabelecimento de uma união alfandegária interamericana. Nenhum desses objetivos foi alcançado e, ao final, a Conferência teve como resultados uma recomendação de suporte aos tratados de reciprocidade comercial e a concordância em estabelecer uma União Internacional de Repúblicas Americanas, com sede em Washington. Ela depois tornou-se a "União Pan-Americana" e, com a expansão das suas funções, a Secretaria Geral da OEA.

- A 2ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Cidade do México - 1901-1902)

Na Conferência do México a arbitragem permaneceu como foco de regulamentação do direito internacional americano. Vale destacar a celebração da Convenção relativa ao direito dos estrangeiros que reconheceu a todos os estrangeiros o gozo dos mesmos direitos civis estabelecidos aos nacionais.

- A 3ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Rio de Janeiro - 1906)

A Conferência realizada no Rio de Janeiro adotou algumas recomendações relativas à arbitragem compulsória e à proibição de intervenção estrangeira com base no ressarcimento de dívidas internacionais.

- A 4ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Buenos Aires - 1910)

Em Buenos Aires, o direito interamericano avançou na regulamentação para proteção dos direitos autorais.

- A 5ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Santiago do Chile - 1923)

Nesta Conferência foi celebrado o Tratado para Evitar ou Prevenir Conflitos entre Estados Americanos (Tratado de Gondra).

- A 6ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Havana - 1928)

Na ocasião da Conferência dos Estados Americanos em Cuba, o ideal pan-americano estava bem desgastado por um clima antiestadunidense¹¹ que dominou as negociações. Desse encontro, é possível destacar a celebração da Convenção sobre Neutralidade Marítima.

- A 7ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Montevideo - 1933)

Em Montevideo foi adotada a Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados que reafirmou o princípio da igualdade entre os Estados e reforçou o princípio da não intervenção em assuntos internos ou externos de Estado. Também foi celebrada a Convenção acerca da Nacionalidade da Mulher, que será tratada mais adiante.

- A 8ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Lima - 1938)

A Declaração de Lima é o texto mais conhecido elaborado na Conferência de 1938. A Declaração ressaltou a importância da solidariedade pan-americana e o reconhecimento do respeito a personalidade, soberania e independência de cada Estado Americano.

- A 9ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Bogotá - 1948)

A 9ª Conferência Internacional Americana contou com a participação de 21 Estados e adotou a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Estes três acordos são considerados os pilares do Sistema interamericano.

- A 10ª Conferência Internacional dos Estados Americanos (Caracas - 1954)

Já sendo denominados Estados membros da Organização dos Estados Americanos, os governos celebraram a Convenção sobre Asilo Territorial.

Ainda que brevemente, nota-se que a regulamentação do direito interamericana foi seguida pela necessidade de afirmar a igualdade entre os Estados e o dever de proteção territorial, bem como a importância de criar a de utilizar mecanismos de resolução pacífica dos conflitos. A próxima seção completará esta reflexão ao mostrar que a regulamentação do direito americano trouxe um caráter mais democrático ao direito internacional. Isto poderá justificar e explicar a amplitude das contribuições na regulamentação internacional da nacionalidade.

3. A 2ª Conferência da Paz (A Haia - 1907) e a democratização do direito internacional

Segundo Valladão, e conforme já demonstrado aqui, o direito internacional nasce regionalista (europeu), mas evolui doutrinária e

¹¹. As intervenções estadunidenses em Cuba (1898) e a anexação de Porto Rico, no México (1914-1915), na Nicarágua (desde 1911), no Haiti (desde 1915) e na República Dominicana (desde 1916).

idealisticamente para encontro e realizações universalistas¹². As Conferências Internacionais dos Estados Americanos estabeleceram as bases do direito internacional americana, caberia agora que esse direito fosse incorporado ao direito internacional universal.

O encontro do direito americano com o direito internacional universalista aconteceu na II Conferência Internacional da Paz na Haia (1907) em que 19 Estados Americanos independentes apresentaram aos Estados Europeus as bases democráticas do direito interestatal que haviam criado. Dentre os princípios que podem ser destacados estão: *acquired right to independence, non-intervention right, prohibition against New World's colonization*. Na ocasião da 2ª Conferência da Paz, o sistema internacional americano já há estabelecido o dever de uma solidariedade continental (1826 Conferência do Panamá) e no mesmo ano de 1907, havia criado a primeira corte internacional com a meta de colocar fim às conquistas territoriais, trata-se da *Central-American Court of Justice*. Vale destacar que a Corte de Justiça Centro-Americana já colocava a pessoa humana como sujeito de direito internacional. A CJCA, que começou a funcionar em 1908, foi criada num contexto de instabilidade das relações dos países da América Central, em razão da forte intervenção de potências não-regionais. A conhecida Doutrina Monroe, na prática, representou os esforços norte-americanos para subjugar os Estados centro-americanos em favor dos seus interesses. Um deles era a construção de um canal interoceânico na região.

Nas Conferências de Washington, os Estados centro-americanos assinaram o Tratado Geral de Paz e de Amizade, a Convenção Adicional ao Tratado Geral, a Convenção criando a Corte de Justiça Centro-Americana e mais seis acordos. De acordo com Sorto, a CJCA foi o primeiro organismo com jurisdição tão ampla quanto a jurisdição dos tribunais domésticos, ao contrário da Corte Internacional de Justiça da Haia (CIJ), cuja competência está cerceada pela vontade dos Estados. A CJCA trouxe grande avanço à percepção da pessoa humana como sujeito de direito internacional porque permitia, segundo sua competência, demandas de cidadãos centro-americanos contra os governos dos Estados-partes, diante do esgotamento das instâncias internas ou da negativa de justiça pelo governo demandado. Competia também à Corte julgar as demandas não resolvidas pelas chancelarias dos Estados interessados. Ainda que a existência da Corte de Justiça Centro-Americana tenha sido bastante breve, em 1913 a demanda ajuizada pelo nicaraguense Alejandro Bermúdez Núñez contra a Costa Rica tramitou até o fim¹³. Sem dúvida, a CJCA foi pioneira ao dar acesso jurisdicional à pessoa humana. A Corte de Justiça Centro-Americana operou entre 1907 e 1918, e sua jurisprudência reconhecia a pessoa humana como sujeito de direito internacional, permitindo que figurasse como parte nas ações. Ações que poderiam ser ajuizadas por ela contra seu Estado de nacionalidade¹⁴.

¹². VALLADÃO, Haroldo. Enfoque universalista e regionalista no Direito Internacional: pela justiça social internacional. In: Revista de informação legislativa, v. 16, n. 62, p. 5-22, abr./jun. 1979 e Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 74, p. 85-96, jan./dez. 1979, p. 86.

¹³. SORTO, Fredys Orlando. Considerações sobre a primeira Corte internacional de Justiça. In: Solução e prevenção de litígios internacionais. São Paulo: NECIN-CAPES, p. 275-316, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 308-313.

¹⁴. SORTO, Fredys Orlando. A condição da pessoa humana no Projeto de Código de Direito Internacional Público de Epitácio Pessoa. In: Epitácio Pessoa e a codificação do direito internacional, p. 133-155, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 145-146.

O movimento de democratização do direito internacional teve início com os debates na 2ª Conferência da Paz na Haia em 1907 que apresentou como resultados das negociações entre os Estados a adoção, por unanimidade, do princípio da arbitragem compulsória e, embora com restrições, a proibição do uso da força armada para cobrança de dívidas. Paralelamente aos temas de regulamentação internacional, aponte-se como consequência legal da Conferência de 1907 o fortalecimento da supremacia Constitucional.

4. As Convenções Americanas sobre nacionalidade

Os tópicos anteriores desenharam um panorama das principais contribuições do direito americano à regulamentação do direito internacional. Nesta parte, iremos analisar os (i) tratados criados sob os auspícios do Pan-americanismo, compreendido no período das conferências internacionais dos Estados Americanos, (ii) os principais tratados firmados com Estados Americanos sobre dupla nacionalidade e, por fim, (iii) as regras relativas à nacionalidade no direito internacional interamericano, criadas sob a égide da Organização dos Estados Americanos.

No sistema interamericano, assim como nos demais sistemas, cabe ao ordenamento jurídico nacional estabelecer as regras para atribuição e aquisição de nacionalidade. Em geral, estas regras são encontradas em nível constitucional¹⁵. As expressões mais comuns nos textos constitucionais são nacionalidade, naturalização e cidadania. A nacionalidade diz respeito ao vínculo jurídico entre o indivíduo e o Estado “*by birth*”, ou seja, por nascimento, atribuído pelas regras *ius soli* e/ou *ius sanguinis*. A naturalização é diferente da nacionalidade por nascimento porque é considerada um vínculo criado a partir do desejo do indivíduo de ser nacional de determinado Estado. Neste caso, é preciso preencher os critérios estabelecidos na lei nacional, geralmente são regras infraconstitucionais, em seguida, requerer à autoridade competente o desejado vínculo e ainda assim não ter a garantia de que a naturalização será concedida pelo Estado.

Vê-se logo que o vínculo do naturalizado não é constituído automaticamente, como os nacionais por nascimento. Em alguns casos, a exemplo do Brasil, há clara distinção entre o nacional e o naturalizado no que se refere a ocupação de certos cargos públicos e inclusive no que se refere aos limites da extradição. Existe, portanto, uma “nacionalidade desigual”. A palavra cidadania, em nível constitucional, pode ser usada para se referir a qualquer um que esteja no exercício dos direitos políticos, em especial votar e ser eleito.

Vale mencionar que esta percepção de cidadania é essencialmente excludente, pois deixa de fora com conceito de cidadão as crianças, os idosos que não possam mais votar ou ocupar alguma função pública em que tenham de captar votos, as pessoas privadas de liberdade e os estrangeiros. A doutrina tem contribuído para a expansão do conceito de cidadania, ligando-o à ideia dos direitos humanos que, claramente, tem escopo mais universalizante.

Após este breve esclarecimento terminológico, vamos passar para a análise da regulamentação da nacionalidade pelo direito americano.

¹⁵. Mais adiante há uma tabela que demonstra os principais aspectos da regulamentação em nível constitucional de todos os Estados Americanos.

4.1 As Convenções Pan-Americanas

Dentre os tratados firmados entre os Estados Americanos nas décadas em que se consolidava a União Pan-americana, há dois acordos relativos à nacionalidade que podemos destacar: (i) Convenção pan-americana sobre o estatuto dos cidadãos naturalizados que regressam ao país de origem (1906) e a (ii) Convenção sobre a nacionalidade da mulher (1933).

A Convenção pan-americana sobre o estatuto dos cidadãos naturalizados que regressam ao país de origem foi adotada na ocasião da 3ª Conferência Internacional dos Estados Americanos no Rio de Janeiro. Se comparado aos acordos criados nas conferências anteriores, é possível afirmar que este acordo contou com uma larga adesão dos Estados Americanos: Equador, Paraguai, Bolívia, Colômbia, Honduras, Panamá, Cuba, Peru, El Salvador, Costa Rica, Estados Unidos do México, Guatemala, Uruguai, República Argentina, Nicarágua, Estados Unidos do Brasil, Estados Unidos da América e Chile. Coube ao Brasil exercer o papel de depositário dos instrumentos de ratificação.

Embora a referida Convenção traga somente quatro artigos, ela cria uma regra interessante para a mobilidade dos nacionais das Partes contratantes. De acordo com o artigo primeiro:

if a citizen, a native of any of the countries signing the present Convention, and naturalized in another, shall again take up his residence, in his native country without the intention of returning to the country in which he has been naturalized, he will be considered as having reassumed his original citizenship, and as having renounced the citizenship acquired by the said naturalization¹⁶.

A Convenção de 1906 cria a noção de uma nacionalidade ativa em oposição à uma nacionalidade passiva. Em outras palavras, o vínculo de nacionalidade da pessoa que se naturalizou depende do exercício da sua cidadania. O acordo presume o exercício da cidadania pela manutenção da residência no Estado do naturalizado.

Na 7ª Conferência Internacional dos Estados Americanos, realizada no Uruguai, foi adotada a Convenção acerca da nacionalidade da mulher (1933). A regra criada pelo acordo foi pela proibição de qualquer distinção baseada no gênero com relação à nacionalidade, na legislação ou na prática dos Estados¹⁷. De acordo com a Comissão Interamericana da Mulher, este foi o primeiro tratado no mundo sobre igualdade das mulheres¹⁸. A Conferência em Montevideo foi a primeira que

¹⁶ “[...]Se um cidadão, natural de qualquer dos países signatários da presente Convenção e naturalizado noutra, voltar a ocupar a sua residência, no seu país de origem, sem a intenção de regressar ao país onde foi naturalizado, será considerado como tendo reassumido sua cidadania original e como tendo renunciado à cidadania adquirida pela dita naturalização”

¹⁷. “[article 1] There shall be no distinction based on sex as regards nationality, in their legislation or in their practice.”

¹⁸. Organization of American States. Inter-american commission of women. The World's First Treaty of Equality for Women - Montevideo, Uruguay, 1933. Disponível em: <<http://portal.oas.org/Portal/Topic/Comisi%C3%B3nInteramericanadeMujeres/Historia/TratadosobreigualdadparalaMujerUruguay1933/tabid/660/Default.aspx?language=en-us>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

contou com a participação de mulheres nas delegações dos Estados. O Tratado acerca da Igualdade de Direitos para as Mulheres não foi adotado¹⁹, mas a Conferência ainda assim conseguiu adotar a referida Convenção acerca da Nacionalidade da Mulher.

Conforme a regra criada nesta ocasião, a mulher está apta “to retain her own nationality in the event of marriage to a man of another nationality”²⁰, questão que já havia sido levantada na Conferência da Haia de 1930. Por ter sido a primeira convenção internacional a tratar dos direitos das mulheres, esse acordo serviu como instrumento inspirador para a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher Casada das Nações Unidas (1957), expandindo a proteção da nacionalidade da mulher para além do Continente Americano.

4.2 Um panorama dos tratados bilaterais acerca da dupla nacionalidade envolvendo Estados Americanos

A pesquisa revelou cerca de doze tratados bilaterais sobre dupla nacionalidade firmados entre a Espanha e Estados Americanos. A finalidade dos tratados é reforçar os laços entre a Espanha e a chamada comunidade ibero-americana.

Todos estes tratados estão inseridos na relação entre Espanha e suas antigas colônias na América e por terem, praticamente, o mesmo conteúdo e finalidade é possível fazer uma análise panorâmica de todos estes tratados apontando o que regulamentam em comum. Deste modo, vale mencionar apenas nominalmente cada um dos acordos e, em seguida, apontar o que regulamentam em comum.

1. Convênio entre o Governo Espanhol e o Governo da República Argentina sobre nacionalidade (1969)/Protocolo adicional (2001);
2. Convênio sobre dupla nacionalidade entre o Estado Espanhol e a República da Bolívia (1961) – 14 de abril de 1964) /Protocolo adicional (2000);
3. Convênio sobre nacionalidade entre Espanha e Colômbia (1979)/Protocolo adicional (1998);
4. Convênio sobre dupla nacionalidade entre Espanha e Costa Rica (1964) /Protocolo adicional (1997);
5. Convênio sobre dupla nacionalidade entre Espanha e Chile (1958);
6. Convênio sobre dupla nacionalidade entre o Estado Espanhol e a República do Equador (1964);
7. Convênio sobre nacionalidade entre Espanha e Guatemala (1961)/Protocolo adicional de modificação (1995) e protocolo adicional (1999);
8. Tratado sobre dupla nacionalidade entre o Estado Espanhol e a República de Honduras (1966)/Protocolo adicional (1999);
9. Convênio sobre dupla nacionalidade entre Espanha e Nicarágua (1961)/Protocolo adicional (1997);
10. Convênio sobre dupla nacionalidade entre Espanha e Paraguai (1959)/Protocolo adicional (1999);

¹⁹ Embora Cuba, Equador, Paraguai e Uruguai tenham assinado o acordo.

²⁰ “[...] a manter sua própria nacionalidade na ocasião em que se case com um homem de outra nacionalidade”

11. Convênio sobre dupla nacionalidade entre Espanha e Peru (1959)/Protocolo adicional (2000);

12. Convênio sobre dupla nacionalidade entre Espanha e República Dominicana (1968)/Protocolo adicional (2002).

Segundo Álvarez Rodríguez, os tratados criam a dupla nacionalidade convencional que não favorece as pessoas com dupla nacionalidade sujeitas a eles²¹. A principal crítica de Álvarez Rodríguez é de que os acordos não levam em consideração as questões migratórias já que estabelecem formalidades mais rigorosas que as formalidades impostas aos que não estão sujeitos aos acordos e desejam a naturalização. O primeiro requisito da dupla nacionalidade convencional é adquirir a naturalização do outro Estado contratante, o que não ocorre automaticamente pois os acordos impõem um tempo determinado de residência no Estado do qual se deseja a naturalização. Para que não percam sua nacionalidade de origem, os sujeitos aos tratados de dupla nacionalidade devem estar inscritos no registro competente indicado em cada convênio. Este sistema convencional parte do fundamento de que os duplo-nacionais não podem estar sujeitos as duas ordens jurídicas dos Estados contratantes, por isso, há uma nacionalidade ativa e outra nacionalidade que hiberna. A nacionalidade ativa está ligada ao domicílio ou a última nacionalidade adquirida. Conforme Álvarez Rodríguez²², o efeito jurídico fundamenta da dupla nacionalidade convencional é a não necessidade de renúncia da nacionalidade de origem, ainda que, somente uma delas tenha operacionalidade²³.

Ainda na categoria dos acordos bilaterais, é possível mencionar Acordo de nacionalidade entre Argentina e Itália (1971). Segundo o tratado, os nativos dos Estados contratante podem adquirir a nacionalidade do outro Estado sem terem de renunciar à sua nacionalidade de origem, nas condições e na forma prescrita pela legislação em vigor em cada uma das Partes contratantes. Neste caso, a nacionalidade de origem ficará suspensa, bem como o exercício dos direitos inerentes a ela. O exercício dos direitos públicos e privados, proteção diplomática e a concessão de passaportes e todos os direitos políticos, civis, sociais e laborais, serão regidos pelas leis do país que concede a nova nacionalidade.

Como se pode observar, o Convênio entre Argentina e Itália traz as mesmas questões debatidas no item anterior. A dupla nacionalidade convencional somente reconhece uma nacionalidade ativa, enquanto todos os direitos e deveres inerentes a outra nacionalidade hibernam por tempo indeterminado. Não há, portanto, nesses casos uma dupla nacionalidade de fato.

²¹. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. La doble nacionalidad convencional: una institución en crisis. In: Carta España. Revista de Emigración e Inmigración, n. 504, abril 1996, p. 27.

²². ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia. La doble nacionalidad convencional: una institución en crisis. In: Carta España. Revista de Emigración e Inmigración, n. 504, abril 1996, p. 27

²³. Segundo os acordos, os serviços militares e a proteção diplomática seguem a regra no país de domicílio, enquanto, os direitos trabalhistas e a Seguridade Social podem tanto seguir a regra do país de domicílio como a do lugar onde se realiza o trabalho.

4.3 Os tratados interamericanos relativos à nacionalidade

A Organização dos Estados Americanos e as Nações Unidas possuem em comum o fato de terem aprovado suas Declarações de direitos humanos por meio de resoluções, sendo a Declaração Americana os Direitos e Deveres do Homem (Resolução XXX, em 2 de maio de 1948) alguns meses anterior à Declaração Universal de Direitos Humanos (Resolução 217-A, em 10 de dezembro de 1948.). A Declaração Americana dos direitos humanos é pioneira porque trata dos direitos, mas também dos deveres e, esta parte, é de grande importância para o exercício dos direitos de cidadania.

A dinâmica entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) segue o modelo europeu, antes do protocolo n. 11. Antes do protocolo n. 11, a Corte de Estrasburgo estava no segundo degrau de controle do cumprimento dos direitos humanos, o qual começava pela Comissão Europeia de Direitos Humanos. Dentre as funções da Comissão estava a de analisar a admissibilidade das demandas com exclusividade, conforme se interpretava com base na Convenção.

A Comissão Interamericana faz o juízo de admissibilidade das denúncias apresentadas e, quando acolhidas, investiga e, ao final, emite suas recomendações. A maior crítica quanto à atuação da pessoa humana no sistema interamericano diz respeito ao acesso à Corte que ocorre de forma indireta, isto é, as denúncias apresentadas pelas vítimas ou familiares das vítimas serão direcionadas à Corte exclusivamente por meio da Comissão nos casos de descumprimento de suas recomendações. Embora esse aspecto indique necessidade de reforma, diante da incompatibilidade com a centralidade do ser humano no direito internacional dos direitos humanos, a atuação do sistema interamericano tem se mostrado imprescindível à proteção dos direitos humanos nos Estados.

Vale ressaltar que de acordo com os artigos 35 e 36 do (novo) Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, vigente desde 1º de janeiro de 2010, somente a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e os Estados-partes podem provocar a competência contenciosa do referido Tribunal. Na competência consultiva, além desses dois, é possível que outro órgão da OEA se apresente diante da Corte, contudo deve justificar a compatibilidade do pedido com a natureza de sua atuação. Com relação ao particular, o Regulamento em vigor permite duas situações em que a pessoa humana pode impulsionar a Corte em sua atuação contenciosa. A primeira é no pedido de medidas de urgência que, de acordo com o artigo 27, item 3, “nos casos contenciosos que se encontrem em conhecimento da Corte, as vítimas ou as supostas vítimas, ou seus representantes, poderão apresentar diretamente àquela uma petição de medidas provisórias, as quais deverão ter relação com o objeto do caso”. A segunda hipótese está no artigo 76 que possibilita qualquer das partes, logo os particulares também, solicitar a retificação de erros notórios, de edição ou de cálculo na sentença exarada pela Corte no determinado caso. Essas ainda são situações de atuação do particular bastante restritas no que concerne o reconhecimento de ampla capacidade para demandar na Corte IDH.

A responsabilização dos Estados²⁴, além de revelar as incompatibilidades entre o discurso oficial e sua atuação interna em matéria de direitos humanos, fortalece a cultura dos direitos humanos e relativiza o conceito de soberania. Embora merecedor de críticas, o sistema interamericano fortalece a tese de primazia da proteção do ser humano e da construção no núcleo comum de direitos humanos, resguardando a lógica ética dos direitos humanos dos ataques relativistas.

4.3.1 Conceitos e contextos: A Declaração Americana dos Direitos e Deveres Humanos (1948) e o direito à nacionalidade

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem foi aprovada na IX Conferência Internacional Americana em Bogotá (1948). Dela é possível extrair as diretrizes sobre as quais deve ser regulamentado o direito interamericano acerca da nacionalidade. Os artigos mais importantes neste tema são o artigo XIX que cria o direito à nacionalidade. De acordo com a Declaração, “toda pessoa tem direito à nacionalidade que legalmente lhe corresponda, podendo mudá-la, se assim o desejar, pela de qualquer outro país que estiver disposto a concedê-la”. Além de trazer expressamente a nacionalidade como um direito humano, a Declaração Americana de 1948 vincula à nacionalidade o direito de residência e trânsito²⁵, bem como os deveres fundamentais do sufrágio²⁶ e servir à coletividade e à nação²⁷.

4.3.2 A Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi adotada em 1969 e entrou em vigor em 1978. Ela possui vinte e cinco Estados signatários e destes, somente três ainda não aceitarão a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁸.

No que se refere ao direito à nacionalidade, a Convenção seguiu os mesmos passos da Declaração Americana de 1948 ao regular a nacionalidade como um direito humano. De acordo com o artigo 20 da Convenção, (i) toda pessoa tem direito a uma nacionalidade; (ii) toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território nasceu se não tiver direito a outra nacionalidade e (iii) ninguém pode

²⁴. Responsabilidade exclusivamente na esfera cível, com o pagamento de indenizações, retratação, investigação de fatos do passado, criação de legislação protetiva dos direitos humanos, revogação de leis etc.

²⁵. Artigo VIII. Toda pessoa tem direito de fixar sua residência no território do Estado de que é nacional, de transitar por ele livremente e de não abandoná-lo, senão por sua própria vontade.

²⁶. Artigo XXXII. Toda pessoa tem o dever de votar nas eleições populares do país de que for nacional, quando estiver legalmente habilitada para isso.

²⁷. Artigo XXXIV. Toda pessoa devidamente habilitada tem o dever de prestar os serviços civis e militares que a pátria exija para a sua defesa e conservação, e, no caso de calamidade pública, os serviços civis que estiverem dentro de suas possibilidades.

Da mesma forma tem o dever de desempenhar os cargos de eleição popular de que for incumbida no Estado de que for nacional.

²⁸. Organização dos Estados Americanos. Convenção Americana de Direitos Humanos (1969). Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade ou do direito de a alterar. Note-se que a regulamentação da nacionalidade como direito humano pelo Pacto de São José da Costa Rica segue importantes princípios do direito internacional, a exemplo da possibilidade de mudar a nacionalidade, a prevenção da apatridia e a proibição de que a nacionalidade seja retirada de forma arbitrária.

O artigo 27 da Convenção transforma o direito à nacionalidade em um direito humano irrevogável mesmo em tempo de guerra, perigo público ou outra emergência que ameace a independência ou a segurança do Estado Signatário²⁹.

5 Os Estados Americanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH)

Neste tópico examinaremos a efetividade das normas interamericanas sobre nacionalidade em nível constitucional nos Estados Americanos³⁰. A simples verificação das regras de atribuição e de aquisição de nacionalidade nas constituições dos Estados Americanos permitirá conferir se o Estado garante que toda pessoa tenha direito a uma nacionalidade e se toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território nasceu se não tiver direito a outra nacionalidade. Em outras palavras, as regras do interamericanas sobre nacionalidade determinam que, ao menos, os Estado adotem o critério do *ius soli*.

Em seguida, ainda na linha da análise de efetividade das normas interamericanas sobre nacionalidade, voltaremos nosso olhar à atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos com o estudo de casos em que a Corte teve de aplicar o artigo 20 da Convenção Americana de Direitos Humanos. É importante conhecer os parâmetros interpretativos usados pela Corte para termos ainda mais clareza acerca das principais contribuições do sistema interamericano na regulamentação internacional da nacionalidade.

5.1 A prática estatal e a eficácia jurídica do direito americano: o panorama constitucional acerca da nacionalidade e o uso do *ius soli*, *ius sanguinis* e da naturalização

A título meramente didático, preferimos compilar as informações da prática constitucional dos Estados em uma tabela. As notas de rodapé explicativas servirão para o maior aprofundamento. A tabela abaixo, traz informações sobre a previsão das regras de *ius soli*, *ius sanguinis* e de naturalização nas constituições dos Estados Americanos. Como informação adicional, verificamos se há garantia constitucional do exercício dos direitos políticos para os nacionais não natos (isto é, naturalizados).

²⁹. O artigo 27 proíbe a suspensão dos seguintes direitos: Artigo 3.º (Direito à Personalidade Jurídica), Artigo 4.º (Direito à Vida), Artigo 5.º (Direito a um Tratamento Humano), Artigo 6.º (Liberdade de Escravidão), Artigo 2.º Artigo 12º (Liberdade de Expressão das Leis), Artigo 12º (Liberdade de Consciência e Religião), Artigo 17º (Direitos da Família), Artigo 18º (Direito a um Nome), Artigo 19º (Direitos da Criança) Direito à Nacionalidade) e Artigo 23 (Direito de Participar no Governo), ou das garantias judiciais essenciais à proteção de tais direitos.

³⁰. Canada, U.S, Antigua and Barbuda, Bahamas, Belize, Saint Lucia, Saint Kitts and Nevis, Saint Vincent and the Grenadines and Guiana have not ratified the American Convention of Human Rights.

Estado	Nacionalidade “por nascimento”		Naturalização
	<i>Ius soli</i>	<i>Ius sanguinis</i>	
América do Norte			
Canadá ³¹	Sim	Sim	Sim /Com direitos políticos
EUA ³²	Sim ³³	Sim ³⁴	Sim ³⁵ /Com direitos políticos
México	Sim	Sim	Sim ³⁶ /Com direitos políticos
América Central			
Antigua e Barbuda	Sim	Sim	Sim ³⁷ /Com direitos políticos
Bahamas	Sim	Sim	Sim ³⁸ /Com direitos políticos
Barbados	Sim	Sim	Sim ³⁹ /Com direitos políticos
Belize	Sim	Sim	Sim ⁴⁰ /Com direitos políticos

³¹. The nationality rules are established at the Citizenship Act (R.S.C., 1985, c. C-29). Disponível em: <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-29/page-1.html#h-1>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

³². A person born in the United States who is subject to the jurisdiction of the United States is a U.S. citizen at birth, to include a person born to a member of an Indian, Eskimo, Aleutian, or other aboriginal tribe.

³³. Article XIV (Amendment 14 - Rights Guaranteed: Privileges and Immunities of Citizenship, Due Process, and Equal Protection) 1: All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside.

³⁴. In general, a person born outside of the United States may acquire citizenship at birth if: The person has at least one parent who is a U.S. citizen; and the U.S. citizen parent meets certain residence or physical presence requirements in the United States or an outlying possession prior to the person's birth in accordance with the pertinent provision. Official Website of the Department of Homeland Security. <https://www.uscis.gov/policymanual/HTML/PolicyManual-Volume12-PartH-Chapter3.html>

³⁵. Article XV (Amendment 15 - Rights of Citizens to Vote) The right of citizens of the United States to vote shall not be denied or abridged by the United States or by any State on account of race, color, or previous condition of servitude. The Congress shall have power to enforce this article by appropriate legislation.

³⁶. Article 30. [...] B. Mexicans by naturalization are: I. Foreigners who obtain letters of naturalization from the Secretariat of Foreign Relations; II. A foreign woman who marries a Mexican man and has or establishes her domicile within the national territory. [...]

Article 34. Men and women who, having the status of Mexicans, likewise meet the following requirements are citizens of the Republic: I. Having reached eighteen years of age, if married, or twenty-one years of age if unmarried; II. Having an honest means of livelihood.

³⁷. It also includes every person who is a Commonwealth citizen by the British Nationality Act, 1948.

³⁸. It also includes every person who is a Commonwealth citizen by the British Nationality Act, 1948.

³⁹. It also includes every person who is a Commonwealth citizen by the British Nationality Act, 1948.

⁴⁰. It also includes every person who is a Commonwealth citizen by the British Nationality Act, 1948.

Costa Rica ⁴¹	Sim ⁴²	Sim	Sim ⁴³ /Com direitos políticos
Cuba ⁴⁴	Sim	Sim	Sim ⁴⁵ /Com direitos políticos
Dominica	Sim	Sim	Sim ⁴⁶ /Com direitos políticos
El Salvador ⁴⁷	Sim	Sim	Sim ⁴⁸ /Com direitos políticos
Grenada	Sim	Sim	Sim ⁴⁹ /Com direitos políticos
Guatemala ⁵⁰	Sim	Sim	Sim ⁵¹ /Com direitos políticos
Haiti ⁵²	Não	Sim	Sim ⁵³ /Com direitos políticos

41. The nationals of other countries of Central America and Spaniards and Iberian-Americans by birth, who have resided officially in the country for five years and meet any other requirements prescribed by the law are considered Costa Ricans by naturalization (article 14, 2).

42. As we can see, the *ius soli* rule is moderated by the Constitution. Article 13: The following are Costa Ricans by birth: 1. A child born within the territory of the Republic to a Costa Rican father or mother; [...] 3. A child born in Costa Rica to foreign parents, who is registered as a Costa Rican by the will of either parent during minority or by his own will up to the age of twenty-five.

43. Article 90: Citizenship is the aggregate of political rights and duties pertaining to Costa Ricans over eighteen years of age.

44. Article 1: Cuba is a socialist State of workers, independent and sovereign, organized with all and for the good of all, as a united, democratic republic, for the enjoyment of political freedom, social justice, individual and collective welfare, and human solidarity. [...]

Article 28: Cuban citizenship is acquired by birth or through naturalization.

Article 29: Cuban citizens by birth are: [...] d) foreigners who, through exceptional merit achieved in the struggle for the liberation of Cuba, were considered Cuban citizens by birth.

45. Article 71: The National Assembly of the People's Power is comprised of deputies elected through a free, direct, and secret ballot by the voters, in the proportion and according to the procedure that the law establishes. [...]

Article 132: All Cubans 16 years of age and over, men and women alike, have the right to vote, except those who: a) are mentally disabled and have been declared so by a court, or b) have committed a crime and, because of this, have lost the right to vote.

Article 133 All Cuban citizens, men and women alike, who have full political rights can be elected. If the election is for deputies to the National Assembly of People's Power, they must be 18 years old or over. Article 134 Members of the Revolutionary Armed Forces and other military institutions of the nation have the right to elect and be elected just like any other citizen.

46. It also includes every person who is a Commonwealth citizen by the British Nationality Act, 1948.

47. Article 90 The following are Salvadorans by birth: [...] 3rd—Natives of the other States that constituted the Federal Republic of Central America, who, having a domicile in El Salvador, declare before the competent authorities their desire to be Salvadoran, without requiring them to renounce their nationality of origin.

48. Article 71 All Salvadorans more than eighteen years old are citizens.

49. It also includes every person who is a Commonwealth citizen by the British Nationality Act, 1948. Article 100 (1): In this Chapter: "alien" means a person who is not a Commonwealth citizen, a British protected person or a citizen of the Republic of Ireland; "British protected person" means a person who is a British protected person for the purpose of the British Nationality Act 1948 or any Act of the United Kingdom Parliament amending or replacing that Act.

50. Article 145: Nationality of Central Americans. It is also considered Guatemalans of origin, the nationals by birth of the republics that constitute the Federation of Central America, if they acquire domicile in Guatemala and declare before their competent authority their desire to be Guatemalans. In that case, they may retain their nationality of origin, without prejudice to what is established in Central American treaties or agreements.

51. Article 147: All person over eighteen years of age are Guatemalan citizen.

52. Article 10 The regulations governing Haitian nationality shall be determined by law.

Honduras ⁵⁴	Sim	Sim	Sim ⁵⁵ /Com direitos políticos
Jamaica ⁵⁶	Sim	Sim	Sim ⁵⁷ /Com direitos políticos
Nicaragua ⁵⁸	Sim	Sim	Sim ⁵⁹ /Com direitos políticos
Panama ⁶⁰	Sim	Sim	Sim ⁶¹ /Com direitos políticos
República Dominicana	Sim	Sim	Sim ⁶² /Com direitos políticos
Santa Lucia	Sim	Sim	Sim ⁶³ /Com direitos políticos
São Cristovão e Névis	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos
São Vicente e Grenadinas	Sim	Sim	Sim /Com direitos políticos
Trinidad e Tobago	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos
América do Sul			

^{53.} Article 17 All Haitians, regardless of sex or marital status, who have attained twenty-one years of age may exercise their political and civil rights if they meet the other conditions prescribed by the Constitution and by law.

^{54.} Article 22: Honduran nationality is acquired by birth or by naturalization.

^{55.} Article 36: All Hondurans over eighteen years of age are citizens. [...] Article 32: Foreigners may not engage in political activities of national or international character in the country, under penalty under penalty of the sanctions in accordance with the Law.

^{56.} Chapter II – Citizenship - (1) A person may, in accordance with the provisions of this Chapter, become a citizen of Jamaica by birth; descent; or registration as a citizen of Jamaica based on marriage to a citizen of Jamaica.

^{57.} It also includes every person who is a British subject without citizenship under the British Nationality Act, 1948, or who continues to be a British subject under section 2 of that Act shall by virtue of that status have the status of a Commonwealth citizen.

^{58.} Article 15. Nicaraguans are either nationals or nationalized individuals.

^{59.} Article 47. All Nicaraguans who have reached 16 years of age are citizens. Only citizens enjoy the political rights set forth in the Constitution and in the laws, without further limitations other than those established for reasons of age. Rights of citizens shall be suspended by imposition of serious corporal or specific related punishments and by final judgment of civil injunction.

^{60.} Article 8: Panamanian citizenship is acquired by birth, by naturalization or by Constitutional provision.

^{61.} Article 9. 1. The offspring of parents who are Panamanian by naturalization, born outside the territory of the Republic, provided they establish their domicile in the Republic of Panama and state their desire to elect Panamanian citizenship, not later than one year after reaching legal age.

^{62.} Article 21: Acquisition of citizenship - All Dominicans [masculine] and Dominicans [feminine] who have turned 18 years of age and those who are or have been married, but have not reached that age, enjoy citizenship. Article 22: Rights of citizenship - Are rights of the citizens: 1. To elect and be eligible for the offices established by this Constitution; 2. To decide concerning the matters that are proposed by means of referendum; 3. To exercise the right of popular, legislative and municipal initiative, under the conditions established by this Constitution and the laws; 4. To formulate petitions to the public powers to request measures of public interest and obtain a response from the authorities in the time established by the laws dictated in this regard; 5. To denounce the faults committed by public functionaries in the performance of their office.

^{63.} The Constitution creates a citizen of the United Kingdom and Colonies. Every Commonwealth citizen of the prescribed age who possesses such qualifications relating to residence or domicile in Saint Lucia can vote or be elect.

Argentina	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos
Bolívia	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos
Brasil	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos
Chile	Sim	Sim	Sim ⁶⁴ /Com direitos políticos
Colômbia ⁶⁵	Sim ⁶⁶	Sim	Sim/Com direitos políticos
Equador	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos ⁶⁷
Guiana	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos ⁶⁸
Paraguai ⁶⁹	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos ⁷⁰
Peru	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos
Suriname	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos
Uruguai	Sim	Sim	Sim/Com direitos políticos ⁷¹
Venezuela	Sim	Sim	Sim/Sem direitos políticos ⁷²

É possível perceber, da prática da maior parte dos Estados Americanos, que a nacionalidade é o requisito básico para o exercício dos direitos políticos e é ainda um critério importante para a plena capacidade jurídica dos indivíduos. Deste

⁶⁴. Article 14. Foreigners resident in Chile for more than five years and meet the requirements outlined in the first paragraph of Article 13 may exercise the right to vote in the circumstances and manner specified by law. Nationalized pursuant to No. 3 of Article 10 will have the option to public elected office only after five years of being in possession of letters of naturalization.

⁶⁵. Article 40. Every citizen has the right to participate in the establishment, exercise and control of political power. To give effect to this right can: [...] 7. Hold public office, except Colombians by birth or adoption who hold dual nationality. The law will regulate this exception and determine the cases to which he has applied.

⁶⁶. [...] concomitant requirements for the acquisition of Colombian nationality by birth, applicable to the case *sub judice*, are: (i) been born within the limits of the national territory and (ii) that, at birth, at least one parent is domiciled in Colombia , meaning home the mood of residence accompanied remain in the national territory , in accordance with the relevant provisions of the Civil Code.[...] Constitutional Court. Reference: T – 4551344. Judgment T-075/15 (<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-075-15.htm>)

⁶⁷. Article. 63. [...] Resident foreigners in Ecuador have the right to vote always in the case that they have legally resided in the country for at least five years.

⁶⁸. Article 59. Subject to the provisions of article 159, every person may vote at an election if he is of the age of eighteen years or upwards and is either a citizen of Guyana or a Commonwealth citizen domiciled and resident in Guyana.

⁶⁹. In according to the Constitution (article 152) are citizens: any person of Paraguayan nationality, with eighteen years old, and any person of Paraguayan nationality by naturalization, after two years of having obtained it.

⁷⁰. Even the foreigners who are permanent residents have the same rights in municipal elections (article 120).

⁷¹. Article 75 [...] - The rights attached to legal citizenship may not be exercised by foreigners included in subparagraphs A) and B) up to three years after the issuance of the respective citizenship letter. The existence of any of the grounds for suspension referred to in Article 80, preclude the granting of citizenship letter.

⁷². Exception: Article 40. [...] Enjoy the same rights of Venezuelans by birth the Naturalized Venezuelans who have entered the country before their seven years old and have resided permanently until reaching legal age.

modo, é justificável que nacionalidade seja considerada um direito inerente a todos os seres humanos.

5.2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH): estudo de casos

Segundo Torres⁷³, desde a Convenção Pan-Americana de 1906 (Convenção pan-americana sobre o estatuto dos cidadãos naturalizados que regressam ao país de origem), o direito à nacionalidade tornou-se um direito essencial nas Américas. Em 1984, a Corte Interamericana de Direitos Humanos emitiu uma Opinião Consultiva acerca da proposta de emenda à Constituição da Costa Rica. As perguntas apresentadas pela Costa Rica foram: A) Se as emendas propostas são compatíveis com as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; B) O direito de cada pessoa a uma nacionalidade, estipulado no artigo 20 (1) da Convenção, é afetado de alguma forma pelas emendas propostas aos artigos 14 e 15 da Constituição ?; C) A alteração proposta ao n.º 4 do artigo 14.º, de acordo com o texto proposto no relatório do Comité Especial, é compatível com o n.º 4 do artigo 17.º da Convenção no que diz respeito à igualdade entre cônjuges? e; D) O texto da moção dos Deputados considerou, em seu parecer, que este mesmo parágrafo é compatível com o artigo 20 (1) da Convenção?⁷⁴

A Opinião Consultiva n. 4 foi a primeira ocasião em que a Corte exerceu um controle de convencionalidade ao analisar a compatibilidade da legislação interna de um Estado membro e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Para as questões suscitadas, a Corte entendeu que somente não seria compatível com a Convenção a discriminação, nos casos de naturalização, em favor de um dos cônjuges⁷⁵. Conforme a Corte:

[...] Thus, despite the fact that it is traditionally accepted that the conferral and regulation of nationality are matters for each state to decide, contemporary developments indicate that international law does impose certain limits on the broad powers enjoyed by the states in that area, and that the manners in which states regulate matters bearing on nationality cannot today be deemed within their sole jurisdiction; those powers of the state are also circumscribed by their obligations to ensure the full protection of human rights⁷⁶.

⁷³. TORRES, Amaya Úbeda de. The right to nationality. In: Burgogue-Larsen, L.; Torres, A. Ú. *The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 571.

⁷⁴. I/A Court H.R., Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A n. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en>. Acesso em 22 mar. 2017.

⁷⁵. The Court is of the opinion, by unanimous vote, that the provision stipulating preferential treatment in cases of naturalization applicable to marriage contained in Article 14(4) of the proposed amendment, which favors only one of the spouses, does constitute discrimination incompatible with Articles 17(4) and 24 of the Convention.

⁷⁶ [...] Assim, apesar do fato de que tradicionalmente se aceita que a atribuição e a regulação da nacionalidade são questões que cada Estado deve decidir, os desenvolvimentos contemporâneos indicam que o direito internacional impõe certos limites aos amplos poderes de que gozam os Estados

A Corte entendeu que a clássica posição doutrinária, que considera nacionalidade como um atributo concedido pelo Estado aos seus sujeitos, tem gradualmente envolvido a noção de nacionalidade como uma questão de jurisdição do Estado e a nacionalidade, bem como um problema de direitos humanos. Deste modo, a Corte de São José estabeleceu que o direito à nacionalidade possui dois aspectos:

[it] provides the individual with a minimal measure of legal protection in international relations through the link his nationality establishes between him and the state in question; and second, the protection therein accorded the individual against the arbitrary deprivation of his nationality, without which he would be deprived for all practice purposes of all of his political rights as well as of those civil rights that are tied to the nationality of the individual⁷⁷.

O direito à nacionalidade no Sistema interamericano pode ser analisado sob duas dimensões: positiva e negativa. A dimensão positiva significa o direito de adquirir nacionalidade e a dimensão negativa, a proibição de ser arbitrariamente privado da nacionalidade. O direito à nacionalidade é usufruído por todas as pessoas que têm uma ligação com o Estado, com base nos princípios do *ius soli* ou do *ius sanguinis* ou a combinação dos dois⁷⁸. O princípio da não-discriminação, tratado na Opinião Consultiva n. 4 da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é uma diretriz tanto para a aquisição de nacionalidade, como para a perda da nacionalidade. Na dimensão negativa, não há uma proibição de perda na nacionalidade, mas proíbe-se que o Estado retire arbitrariamente a nacionalidade de alguém. A arbitrariedade se caracteriza pela ausência de critérios transparentes, objetivos e justos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já julgou alguns casos com base na aplicação do artigo 20 (direito à nacionalidade) da Convenção Americana de Direitos Humanos. As decisões da Corte de São José tratam das duas dimensões do direito à nacionalidade (positiva e negativa) e, ainda, apresentam o artigo 20 como um direito autônomo, ou seja, para buscar a realização do direito à nacionalidade não há necessidade de que outro direito da Convenção tenha sido

nessa área e os modos pelos quais os Estados regulam os assuntos relativos à nacionalidade não podem hoje ser considerados dentro da sua jurisdição exclusiva; essas competências do Estado também se circunscrevem às suas obrigações de assegurar a plena proteção dos direitos humanos. I/A Court H.R., Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A n. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en>. Acesso em 22 mar. 2017.

⁷⁷ [...] Fornece ao indivíduo uma medida mínima de proteção jurídica nas relações internacionais, através do vínculo que a sua nacionalidade estabelece entre ele e o Estado em questão; E em segundo lugar, a proteção conferida ao indivíduo contra a privação arbitrária de sua nacionalidade, sem a qual seria privado para todos os fins práticos de todos os seus direitos políticos, bem como dos direitos civis ligados à nacionalidade do indivíduo. I/A Court H.R., Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica. Advisory Opinion OC-4/84 of January 19, 1984. Series A n. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en>. Acesso em 22 mar. 2017.

⁷⁸ TORRES, Amaya Úbeda de. The right to nationality. In: Burgogues-Larsen, L.; Torres, A. Ú. The Inter-American Court of Human Rights, Case Law and Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 571.

violado. Os principais casos julgados pela Corte, relativos ao direito à nacionalidade, foram: Castillo Petruzzi *et al.* v. Peru (1999); Ivcher Bronstein v. Peru (2001); As meninas Yean e Bosico v. República Dominicana (2005); Gelman v. Uruguai (2011); Expulsão de dominicanos e haitianos v. República Dominicana (2014).

A. Caso Castillo Petruzzi *et al.* v. Peru (terrorismo)

Segundo a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Peru havia violado o direito à nacionalidade dos senhores Jaime Francisco Sebastián Castillo Petruzzi *et. al.* quando um tribunal militar os condenou à prisão perpétua por traição. A argumentação principal da Comissão é de que o Peru não poderia impor o dever de lealdade aos quatro cidadãos chilenos condenados. Ao analisar se houve violação ao artigo 20 da Convenção, a Corte julgou que a nacionalidade dos cidadãos chilenos envolvidos não estava em questão. Para a Corte, o crime de traição é somente um *nomem iuris* que o Estado usa para na legislação e não implica que os condenados por este crime tenham adquirido os deveres de nacionalidade que os peruanos possuem.

B. Caso Ivcher Bronstein v. Peru (privação arbitrária)

Neste caso contra o Peru, a Comissão requereu que a Corte reconhecesse a violação ao direito à nacionalidade do Sr. Ivcher Bronstein porque o Estado o privou da sua nacionalidade peruana. O Sr. Ivcher Bronstein renunciou à nacionalidade israelense e requereu a cidadania peruana porque era necessário ser peruano para poder ocupar a cadeira de acionista majoritário da Compañía Latinoamericana de Radiodifusión S.A. O Governo peruano revogou a cidadania do Sr. Ivcher Bronstein sem que ele tivesse requerido, única forma de perda da nacionalidade conforme a Constituição peruana. Neste caso, a Corte decidiu que houve violação ao artigo 20(1) e 20(3) da Convenção Americana porque ficou demonstrada a privação arbitrária da nacionalidade. A Corte ressaltou que:

[...]although it has traditionally been accepted that the determination and regulation of nationality are the competence of each State, as this Court has stated, the evolution in this matter shows that international law imposes certain limits on a State's discretionarily and that, in the regulation of nationality, it is not only the competence of States, but also the requirements of the integral protection of human rights that intervene⁷⁹.

C. Caso das meninas Yean e Bosico v. República Dominicana (registro civil)

A Comissão alegou que o Estado se recusou a emitir os certificados de nascimento das crianças Yean e Bosico, nascidas no território da República Dominicana, como base na nacionalidade do seu pai, um migrante haitiano. A

⁷⁹. Embora tenha sido tradicionalmente aceite que a determinação e a regulamentação da nacionalidade são da competência de cada Estado, tal como o Tribunal afirmou, a evolução nesta matéria revela que o direito internacional impõe certos limites à discricionariedade de um Estado e que, na regulação da nacionalidade, não é apenas da competência dos Estados, mas também das exigências da proteção integral dos direitos humanos que intervêm. ^{1A Court H.R.}, Case of Ivcher-Bronstein v. Peru. p. 43. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_ing.pdf>. Acesso em: 22 mar 2017.

Corte reconheceu que o Estado violou o artigo 20 e ressaltou que são ainda mais sérios os casos em que as vítimas de violações a direitos humanos são crianças. O direito à nacionalidade foi extensamente debatido neste caso. Inicialmente, a Corte lembrou que a Convenção Americana classificou o direito à nacionalidade como um direito humano irrevogável (artigo 27) e que a nacionalidade tem uma importância política e legal porque permite que o indivíduo adquira e exerça direitos e obrigações inerentes aos membros de determinada comunidade política. Logo, como tal, a nacionalidade é um requisito para o exercício de direitos específicos⁸⁰. A nacionalidade impõe ao Estado a promoção da proteção igualitária e efetiva da lei a todos, bem como a obrigação de prevenir, evitar e reduzir a apatridia. Outro ponto importante da decisão, no que se refere ao direito à nacionalidade, está na situação da nacionalidade das crianças descendentes de migrantes. A Corte considera que: a) O estatuto migratório de uma pessoa não pode ser uma condição para o Estado conceder a nacionalidade, porque o estatuto migratório nunca pode constituir uma justificação para privar uma pessoa do direito à nacionalidade ou do gozo e exercício dos seus direitos; b) O estatuto migratório de uma pessoa não é transmitido às crianças, e c) O facto de uma pessoa ter nascido no território de um Estado é o único facto que deve ser provado para a aquisição da nacionalidade. O caso das pessoas que não teriam o direito a outra nacionalidade se não adquirirem a do Estado em que nasceram.

D. Caso *Gelman v. Uruguai* (reconhecimento de paternidade)

Os fatos que deram origem ao caso aconteceram durante a Operação Condor que estabelecia um sistema de colaboração entre Argentina e Uruguai com sistemáticas práticas de detenção arbitrária, tortura, execução e desaparecimento forçado realizadas pelas forças de inteligência e segurança internacional do governo ditatorial. O desaparecimento forçado de María Claudia García Iruretagoyena de Gelman, grávida em estágio avançado, por volta de 1976 em Buenos Aires, culminou no nascimento de María Macarena Gelman García Iruretagoyena. A criança foi transportada para o Uruguai e dada a uma família adotiva uruguaia. A Sra. María Claudia García de Gelman e o Sr. Marcelo Gelman, ambos nacionais argentinos e pais da criança María Macarena pleiteiam perante à Corte, dentre outros pontos, o reconhecimento da identidade e da nacionalidade da criança. A Corte condenou o Uruguai à violação ao artigo 20 da Convenção Americana pois sendo Maria Macarena filha de pais argentinos nascidos no Uruguai e, apesar de o Estado não ter esclarecido as circunstâncias de seu nascimento, ela foi privada de sua nacionalidade e identidade argentinas. A transferência ilegal da mãe de Maria Macarena Gelman impediu que a criança nascesse no território de origem dos pais. Logo, a Corte considerou que houve privação arbitrária da nacionalidade por parte do Estado, violando o direito reconhecido no artigo 20(3) da Convenção Americana.

80. I/A Court H.R., *Case of the Girls Yean and Bosico v. Dominican Republic*. p. 58. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_20ing.pdf>. Acesso em: 22 mar 2017.

E. Caso da expulsão de dominicanos e haitianos v. República Dominicana

No caso das expulsões de dominicanos e haitianos da República Dominicana, a Corte enfrentou questões similares às apresentadas no caso das meninas Yean e Bosico, todavia, dessa vez, no contexto de detenções e expulsões em massa. De acordo com a Comissão, a República Dominicana estava praticando detenções arbitrárias e expulsões sumárias de haitianos e dominicanos descendentes de haitianos. O caso evidenciou os obstáculos impostos pelo Estado para impossibilitar que migrantes haitianos registrassem seus filhos nascidos no território dominicano e que descendentes de haitianos nascidos na República Dominicana obtivessem a nacionalidade dominicana. A posição da Corte nessas situações já está bem sedimentada. A Corte entendeu que o Estado privou as vítimas da nacionalidade de maneira arbitrária e, por isso, condenou a República Dominicana à violação ao artigo 20(3) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Vale destacar a evolução jurisprudencial da Corte ao atrelar a violação ao direito à nacionalidade com a violação de outros direitos humanos (direito ao nome, o direito à identidade e direito à personalidade jurídica). Com isso, a Corte deixa claro o entendimento de que o direito à nacionalidade também atua como instrumento para o exercício de outros direitos humanos.

Considerações Finais

No sistema jurídico dos Estados Americanos a cidadania, em regra, diz respeito aos nacionais (por nascimento ou por naturalização) que estão no exercício dos seus direitos e deveres políticos. A nacionalidade aparece como o vínculo legal criado entre Estado e indivíduo a fim de determinar quem é membro de determinada comunidade política. Esse vínculo pode ser atribuído, em geral pelas regras da constituição de cada Estado, ou pode ser requerido por quem desejar se naturalizar. Sob a perceptiva legal, a partir da prática dos Estados, observou-se que a cidadania aparece como atributo dos nacionais que atingiram certa idade.

Com relação à regulamentação da nacionalidade, a configuração dos sistemas jurídicos americanos foi moldada pelas regras internacionais criadas no decurso das Conferências Internacionais dos Estados Americanos, tais como a proibição da discriminação baseada em gênero. Conforme foi visto, a questão da dupla nacionalidade é tratada, em geral, nos acordos bilaterais entre os Estados.

O Pan-americanismo contribuiu para a democratização do direito internacional ao inserir o princípio da igualdade entre os Estados e a arbitragem compulsória na agenda internacional. Com relação à regulamentação internacional da nacionalidade a maior contribuição do sistema interamericano foi, sem dúvida, a regulamentação trazida pela Convenção Americana de Direitos Humanos somada a interpretação e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. No direito internacional americano a nacionalidade é um direito humano, inscrito no artigo 20 da Convenção Americana, que além de criar uma reação jurídica entre o indivíduo e o Estado, é considerado um pré-requisito ao exercício de certos direitos. Vale destacar que, por ser irrevogável, o direito à nacionalidade cria limites ao poder do Estado na regulamentação e no exercício desta questão.

Referências

ALEIXO, J. C. B. O Brasil e o Congresso Anfictiônico do Panamá. In: Revista Brasileira de Política Internacional. Rev. bras. polít. int. vol.43 no.2 Brasília July/Dec. 2000. ISSN 1983-3121. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292000000200008>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. La doble nacionalidad convencional: una institución en crisis. Carta España. **Revista de Emigración e Inmigración**, n. 504, abril 1996.

I/A Court H.R., Proposed Amendments of the Naturalization Provisions of the Constitution of Costa Rica. **Advisory Opinion** OC-4/84 of January 19, 1984. Series A no. 4. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/busqueda_opiniones_consultivas.cfm?lang=en>. Acesso em: 22 mar. 2017.

LAPRADELLE, A. G. de. **Préface dans Titus Komarnicki**. La cuestión de l'intégrité territoriale dans le Pacte de la Societé des Nations. Paris, 1923.

Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)**. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em: 22 mar. 2017.

Organization of American States. Inter-american commission of women. **The World's First Treaty of Equality for Women** - Montevideo, Uruguay, 1933. Disponível em: <<http://portal.oas.org/Portal/Topic/Comisi%C3%B3nInteramericanadeMujeres/Historia/TratadosobreigualdadparalaMujerUruguay1933/tabid/660/Default.aspx?language=en-us>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

SILVA, C. T. L. da; PICININ, G. L. Paz de vestefália e soberania absoluta. In: **Revista do direito público**, Londrina, v.10, n.1, p.127-150, jan./abr.2015.

SORTO, F. O. Considerações sobre a primeira Corte internacional de Justiça. In: **Solução e prevenção de litígios internacionais**. São Paulo: NECIN-CAPES; Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 275-316, 1999.

_____. A condição da pessoa humana no Projeto de Código de Direito Internacional Público de Epitácio Pessoa. In: **Epitácio Pessoa e a codificação do direito internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2013, p. 133-155.

TORRES, A. Ú. de. The right to nationality. In: BURGORGUE-LARSEN, L.; TORRES, A. Ú. **The Inter-American Court of Human Rights**, Case Law and Commentary, Oxford, Oxford University Press, 2011, 886 pp.

VATTEL, E. de. **The Law of Nations**. Indianapolis: Liberty Fund, 2008.

VALLADÃO, H. **Democratização e socialização do direito internacional: Os impactos Latino-Americano e Afro-Asiático**. Rio de Janeiro, 1961, José Olympio Editora.

_____. Enfoque universalista e regionalista no Direito Internacional: pela justiça social internacional. In: **Revista de informação legislativa**, v. 16, n. 62, p. 5-22, abr./jun. 1979 e *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 74, p. 85-96, jan./dez. 1979.

Recebido em 21 de setembro de 2017

Aceito em 30 de dezembro de 2017

DO ANALÓGICO AO DIGITAL: UM OLHAR SOBRE O DIREITO À INFORMAÇÃO NA SOCIEDADE EM REDE A PARTIR DA TRANSIÇÃO TECNOLÓGICA DA TV BRASILEIRA

FROM THE ANALOG TO THE DIGITAL: A LOOK AT THE RIGHT TO INFORMATION IN THE NETWORK SOCIETY FROM THE TECHNOLOGICAL TRANSITION OF BRAZILIAN TV

*Bruno Mello Correa de Barros¹
Rafael Santos de Oliveira²*

Resumo: Este artigo tem como objetivo observar e promover a reflexão, bem como uma revisão da literatura acerca do cenário de transição do sistema analógico de televisão aberta, livre e gratuita para o sistema digital, sob o viés do direito à informação no Brasil. Nesse sentido, se vislumbra a política pública de Estado que tem como missão a implementação do sistema de TV digital, que preconiza em sua essência o acesso ao serviço de TV com maior qualidade de som e imagem, além de interatividade e acesso à conteúdos. Desse modo, o trabalho em tela tem como objetivos a visualização da perspectiva do direito à informação na sociedade em rede, bem como pretende também promover uma observação

¹ Mestrando em Direito no Programa de Pós-Graduação - PPGD da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Área de Concentração: Direitos Emergentes na Sociedade Global. Linha de Pesquisa: Direitos na Sociedade em Rede. Bolsista pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Ensino Superior - CAPES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Membro pesquisador do Grupo de Pesquisa cadastrado no CNPq, intitulado Centro de Estudos e Pesquisas em Direito & Internet - CEPEDI. De 2014 a 2015 participou como pesquisador do grupo Núcleo de Direito Informacional - NUDI da UFSM, também cadastrado no CNPq. Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI e membro associado da Academia Nacional de Estudos Transnacionais - ANET. Parecerista permanente da Revista de Estudos Jurídicos UNESP. Autor de artigos científicos, trabalhos acadêmicos e pesquisas nas áreas de Direito Digital, Direito e Internet, Direito da Criança e do Adolescente, bem como temas relacionados à utilização das Tecnologias da Informação e da Comunicação - TIC e Democratização da Mídia. E-mail: brunomellocorrea@gmail.com

² Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010), na área de concentração em Relações Internacionais, com período de realização de Estágio de Doutorado (doutorado-sanduíche) com bolsa da CAPES na Università Degli Studi di Padova - Itália (fev-jun 2009). Mestre em Integração Latino-Americana (Direito da Integração) pela Universidade Federal de Santa Maria (2005) e Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (2003). Professor Adjunto III no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), em regime de dedicação exclusiva e no Programa de Pós-graduação em Direito da UFSM (Mestrado). Professor do Curso de Especialização em Agricultura Familiar Camponesa e Educação do campo- Residência Agrária (2014/2015). Autor dos livros *Direito Ambiental Internacional: o papel da soft law em sua efetivação*, *Meio ambiente e a agricultura no século XXI* e organizador dos livros: *Direito Ambiental Contemporâneo / Prevenção e Prevenção e Mídias*, *Direitos da Sociedade em rede*, *Direito e novas mídias*, *Direito e novas tecnologias da informação*. Coordenador do projeto de pesquisa *Ativismo digital e cidadania global* (desde 2011). Parecerista ad hoc de revistas jurídicas, dentre elas a *Revista Sequência* (UFSC); *Revista Sociais e Humanas* (UFSM) e *Revista Opinião Jurídica* (CE). Coordenador do Curso de Direito Diário da UFSM (desde 2012). Editor da *Revista Eletrônica* do Curso de Direito da UFSM (desde 2012). Vice-Coordenador do Núcleo de Pesquisas Prof. Luis Alberto Warat (NPLAW/UFSM). Orientador do Curso de Especialização em Tecnologias da Informação e Comunicação aplicadas à educação da Universidade Aberta do Brasil (UAB/UFSM - em 2014). Líder do Grupo de Pesquisas cadastrado no CNPq denominado CEPEDI - Centro de Estudos e Pesquisas em Direito e Internet (www.cepedi.wordpress.com) Atua nas seguintes áreas de pesquisa: *ativismo digital e cidadania*, *novas mídias*, *ciberespaço*, *ciberdemocracia*, *governo eletrônico*, *direito e internet*, *direito internacional ambiental*. E-mail: advrso@gmail.com

sobre o sistema de implantação da TV digital no Brasil e as consequências dessa transição tecnológica para o direito à informação. Para a consecução da presente pesquisa, optou-se pela utilização do método de abordagem dedutivo, ancorado sob a máxima do direito à informação no Brasil, esculpido na Constituição Federal, assim como em outros marcos normativos e a sua ligação com a transição tecnológica a ser operada no país a partir da configuração da televisão digital. Já em se tratando de método de procedimento, elencou-se a combinação do monográfico com o método funcionalista, levando-se em conta a observância de um determinado panorama, sua investigação e interpretação. Da mesma forma elencou-se a técnica de pesquisa baseada em fonte documental, com subsídio nas legislações pertinentes, doutrina, artigos e escritos sobre o tema.

Palavras-Chave: Analógico; Digital; Direito à Informação; Sociedade em Rede; Transição tecnológica.

Abstract: This article aims to observe and promote reflection, as well as a review of the literature on the transition scenario of the analogue television system open, free and free to the digital system, under the bias of the right to information in Brazil. In this sense, it is possible to envisage the state public policy whose mission is the implementation of the digital TV system, which essentially advocates access to the TV service with the highest quality of sound and image, as well as interactivity and access to content. In this way, the work on screen aims to view the perspective of the right to information in the network society, as well as to promote an observation about the digital TV implantation system in Brazil and the consequences of this technological transition to the right to information. In order to achieve this research, we chose to use the deductive approach method, anchored under the maxim of the right to information in Brazil, sculpted in the Federal Constitution, as well as in other normative frameworks and their connection with the technological transition to be in the country from the configuration of the digital television. In the case of a method of procedure, the combination of the monograph and the functionalist method was listed, taking into account the observation of a certain panorama, its investigation and interpretation. Likewise, the technique of research based on documentary source, with subsidy in the pertinent legislations, doctrine, articles and writings on the subject was listed.

Keywords: Analog; Digital; Network society; Right to information; Technological transition.

Sumário: Introdução; 1. O Direito à Informação no Brasil e o prisma da Sociedade em Rede; 2. Do analógico ao digital: um olhar sobre o plano de transição tecnológica na TV brasileira; Conclusão; Referências.

Considerações Iniciais

Partindo das inovações tecnológicas, muitas foram as transformações que puderam ser operadas em diversos campos da vida em sociedade, assim a cultura, a política, economia, relações internacionais e também serviços prestados pela Administração Pública foram potencialmente afetados, além da seara social que passou a conviver com as dinâmicas tecnológicas. No mesmo pressuposto, o campo normativo também teve que modificar-se, visto que muitas condicionantes

passaram a ser influenciadas pelas tecnologias, desafiando o legislador e também o operador jurídico a dar uma nova resposta, mais adequadas às demandas que passam a surgir nessa composição social moderna e altamente tecnológica.

Nesse quadro que o artigo em tela tem a sua trajetória edificada, tendo por escopo o desenvolvimento tecnológico e a questão do acesso a tais meios por toda a parcela social que compõe as matizes do povo brasileiro. Nesse aspecto, trata-se detidamente do serviço de TV aberta, livre e gratuita, que no Brasil é operado a partir de uma lógica de concessões de outorgas e autorizações, onde o Estado, através do Ministério das Comunicações e agências reguladoras, chancela à iniciativa privada a possibilidade de operação da radiodifusão. Esse sistema está em transformação, convergindo para o sistema de TV digital, cujo mote principal se dá pela qualidade de som, imagem e também pela interatividade e acesso a conteúdos informacionais.

Desta feita, inaugurando o paradigma da TV digital no Brasil, novos nuances de desenvolvimento são verificados, sobretudo pela expansão do sistema e também pelos investimentos realizados nessa seara. Nessa conjectura que se justifica a realização deste estudo, que tem como núcleo fundante a realização de uma literatura expositiva, não exaustiva, porém condicionada aos objetivos propostos no artigo, acerca do sistema de TV digital e o direito à informação. Dessa maneira, se propõe dois objetivos centrais, quais sejam, o primeiro deles diz respeito à visualização da perspectiva do direito à informação na sociedade em rede, já o segundo objetivo se trata sobre o sistema de implantação da TV digital no Brasil e as consequências dessa transição tecnológica para o direito à informação

Assim, dentro dessa perspectiva, o artigo tem sua estrutura fundada a partir de dois eixos temáticos principais, pelos quais irão desenvolver-se todo o estudo realizado e cristalizados os objetivos propostos. Logo, o primeiro ponto destina-se a verificar a questão do direito à informação na sociedade em rede, marcando as nuances que este direito apresenta especialmente àqueles cidadãos que tem na TV aberta, livre e gratuita, sua única fonte de informação, notícia, entretenimento e lazer. Por sua vez, o segundo eixo diz respeito propriamente a questão do analógico e o digital, com olhar detido sobre o sistema de implantação da TV digital no Brasil

Neste enfoque, a partir dessa composição e centrando-se na questão do analógico e digital, com a transição dos sistemas tecnológicos a partir da implementação do sistema de TV digital terrestre e o direito à informação que o artigo desenvolve-se, de modo que a metodologia empregada compromete-se com o mesmo ideário. Impende referir a utilização do método de abordagem dedutivo, ancorado sob a máxima do direito à informação no Brasil, esculpido na Constituição Federal, assim como em outros marcos normativos. Já em se tratando de método de procedimento, elencou-se a combinação do método monográfico com o método funcionalista, com base na observação de um determinado panorama, investigação e interpretação. Já no que diz respeito à técnica de pesquisa, elencou-se a busca em fonte documental, subsidiado nas legislações pertinentes, doutrina, artigos e escritos sobre o tema.

1. O direito à informação no Brasil e o prisma da sociedade em rede

Assiste-se hodiernamente uma ampla modificação nas relações, as quais se dão entre os indivíduos, instituições, nações, Estados, setores organizados e a própria sociedade, e estas não se limitam a mudanças pontuais, mas cuja força de impacto desloca-se para representarem profundas e substanciais alterações, exercendo, assim, forte influência no tecido social. Nesta senda, muitos autores destinam suas pesquisas e escritos a definirem e estudarem a passagem do material para o imaterial, da revolução das máquinas operadas pelos homens para à utilização de meios tecnológicos operados pelo computador e sua inteligência artificial. Nesse sentido, Castells³ propõem uma análise intersectorial, haja vista os diferentes papéis operados pela informação na cultura, sociedade e economia.

Com base nisso, impende referir que primeiramente será demonstrada as nuances que perfectibilizam a opção pelo termo sociedade em rede, para em momento posterior definir as bases do Direito à Informação no Brasil, os quais corroboram o sustentáculo do artigo para que se possa definir a informação como peça-chave, força motriz na atualidade, potencializando o discurso que será proferido no segundo tópico do trabalho, destinado a aclarar a respeito da transição do sistema de TV analógico para o digital e sua confluência com o direito à informação.

Assim como o autor supra mencionado, Giddens⁴ afirma que a sociedade encontra-se perante a mudança de alguns dos eixos que caracterizam a modernidade, principalmente no nível econômico, naquilo que Castells denomina passagem de um modo de desenvolvimento industrial para um modo de desenvolvimento informacional. Logo, conforme Cardoso⁵ essa mudança que se desenrola sobre os eixos do industrialismo e o capitalismo na modernidade, não esquecendo as mudanças no nível da experiência, da formação das identidades e da cultura, não pode deixar de ter influência sobre os demais.

Por sua vez, o ponto de interação entre os autores está na crescente radicalização em curso em determinados eixos da modernidade, cuja origem encontra-se presente no papel que a informação e as redes de difusão da comunicação e a informação têm nas sociedades⁶. Nesse momento, que infere-se a indagação a respeito de vivenciar-se uma sociedade da informação, e de acordo com Cardoso⁷ a resposta mais correta será de que a sociedade da informação existe como conjunto de objetivos, essencialmente de caráter político, desenvolvido no contexto das instituições da União Européia, depois apropriado pelos países-membros da União, e posteriormente incorporado no discurso de muitas organizações multilaterais de caráter político e econômico global.

³ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação. Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. Lisboa, 2002.

⁴ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Oeiras: Celta, 1998.

⁵ CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 39.

⁶ Idem.

⁷ Idem, p. 40.

Dando continuidade, Castells⁸ propõe caracterizar as sociedades contemporâneas, não como de informação mas sim como informacionais, o que indica o atributo central de uma nova forma de organização social na qual a produção da informação, o seu processamento e transmissão se tornam as fontes principais da produtividade e do poder em virtude das novas condições tecnológicas emergentes no atual período da história. Assim, ao usar o adjetivo informacional, Castells procura estabelecer um paralelo com a distinção entre indústria e industrial.

Da mesma forma que uma sociedade industrial não é somente uma sociedade onde existe indústria, mas uma "sociedade na qual as formas sociais e tecnológicas da organização industrial permeiam todas as esferas da atividade⁹", também deve-se estabelecer uma distinção analítica entre sociedade da informação e sociedade informacional. A sociedade informacional é assim produto de um determinado contexto histórico, que atravessa as três últimas décadas do século XX, dessa forma, esse tipo de modelo organizacional é correlato a uma reestruturação do capitalismo cujas características mais salientes são a globalização das principais atividades econômicas, a flexibilidade organizacional e um maior poder por parte do patronato nas suas relações com os trabalhadores¹⁰.

A sociedade informacional proposta por Castells, como fruto das mudanças tecnológicas e econômicas, e dos movimentos sociais das três últimas décadas, possui, como uma das suas características principais, a lógica de rede da sua estrutura básica. Embora a rede, como forma organizacional, tenha acompanhado as sociedades humanas ao longo da história, só com o desenvolvimento das tecnologias de informação e a sua domesticação¹¹ pelas estruturas organizacionais das empresas se tornou possível a disseminação de um modelo que alia a flexibilidade à eficácia e à eficiência¹².

Portanto, as sociedades são assim informacionais, pelo fato de a produção da informação, o seu processamento e transmissão se tornarem as fontes principais da produtividade e do poder, mas também em rede porque, da mesma forma que a organização hierarquizada do modelo industrial permeou toda a sociedade industrial, também o modelo descentralizado e flexível da rede permeia as sociedades contemporâneas. Ademais, compactua-se com o ideário preconizado por Castells, no tocante à morfologia social em rede, garantida essencialmente pela

⁸ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação. Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. Lisboa, 2002.

⁹ Idem.

¹⁰ CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 42.

¹¹ SILVERSTONE, Robert. **Television and everyday life**. London: Routledge, 1994.

¹² Segundo Castells, as redes são estruturas abertas, capazes de se expandir sem limite, integrando novos nós desde que consigam comunicar dentro da rede, nomeadamente, desde que partilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetivos de desempenho). [...] A sociedade em rede, como qualquer outra estrutura, não deixa de ter contradições, conflitos e desafios de formas alternativas de organização social. Todavia, estes desafios são provocados pelas características da sociedade em rede, sendo portanto muito distintos dos apresentados pela era industrial. São personificados por diferentes sujeitos, mesmo que estes sujeitos trabalhem frequentemente com materiais históricos fornecidos pelos valores e organizações herdados do capitalismo industrial e do estatismo. CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação. Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. Lisboa, 2002.

indução aos meios técnico-científicos¹³ informacionais, especialmente as Tecnologias da Informação e Comunicação¹⁴ (TIC), que tem em sua base a Internet. Portanto, tendo esse cenário como panorama, subsidiado nos escritos de Castells, opta-se pela utilização do termo "sociedade em rede", tido como a terminologia que consegue expressar de forma mais potencial as novas dinâmicas propiciadas pelas tecnologias informacionais e o desenvolvimento que se observa hodiernamente.

Sendo assim, uma estrutura social com base em redes é um sistema altamente dinâmico, aberto, suscetível de inovação e com reduzidas ameaças ao seu equilíbrio¹⁵. As redes são os instrumentos apropriados para a economia, trabalho, política e organização social dessa época¹⁶. Já em termos tecnológicos, a sociedade em rede – embora radique a sua gênese nas possibilidades oferecidas pelo desenvolvimento das comunicações, *software* e *hardware* dos anos 1970 – encontra o seu momento de difusão da Internet nas famílias e no tecido empresarial em geral durante a segunda metade da década de 1990, conforme disciplina Cardoso¹⁷.

É mister referir que a gênese das tecnologias ampliou o leque de difusão da informação e dos conteúdos, visto que os fluxos informacionais típicos da sociedade em rede propiciam cada vez mais o acesso e essa ampliação. Contudo o direito à informação que a partir das TIC é possibilitado no meio virtual até então era operado pela mídia escrita, também através do áudio e vídeo, e especialmente disseminada através dos meios de comunicação de massa, sobretudo a TV. Assim, o direito à informação tem geralmente seus traços delineados pelas noções de um

¹³ Na perspectiva de Milton Santos meio técnico-científico informacional corresponde a atual fase dos processos de transformação da natureza e construção do espaço geográfico, uma vez que tem a sociedade tecnológica como sua principal expressão. Para chegar ao meio técnico-científico informacional o espaço geográfico passou por uma periodização, constituindo-se esse meio natural em meio técnico, até a construção do paradigma vigente.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional**. 5. ed. 1. reimpr. – São Paulo: Editoria da Universidade de São Paulo: 2013.

¹⁴ Chamam-se Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) os procedimentos, métodos e equipamentos para processar informação e comunicar que surgiram no contexto da Revolução Informática, Revolução Telemática ou Terceira Revolução Industrial, desenvolvidos gradualmente desde a segunda metade da década de 1970 e, principalmente, nos anos 90 do mesmo século. Estas tecnologias agilizaram e tornaram menos palpável o conteúdo da comunicação, por meio da digitalização e da comunicação em redes para a captação, transmissão e distribuição das informações, que podem assumir a forma de texto, imagem estática, vídeo ou som. Considera-se o advento destas novas tecnologias e a forma como foram utilizadas por governos, empresas, indivíduos e setores sociais possibilitaram o surgimento da Sociedade da Informação.

RAMOS, Murilo Cesar. Comunicação, direitos sociais e políticas públicas. In: MARQUES DE MELO, J.; SATHLER, I. **Direitos à Comunicação na sociedade da informação**. São Bernardo do Campo, SP: Umesp, 2008.

¹⁵ CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 43.

¹⁶ Castells dá exemplos de cinco diferentes dimensões em que as redes se manifestam: [...] economia capitalista baseada na inovação, globalização e concentração descentralizada; para o trabalho, trabalhadores e empresas baseadas na flexibilidade e adaptabilidade; para uma cultura de desconstrução e reconstrução contínuas; para uma política destinada ao processamento instantâneo de novos valores e estados de espíritos públicos; e para uma organização social que vise a suplantação do espaço e a invalidação do tempo.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação. Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. Lisboa, 2002.

¹⁷ CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007, p. 43.

direito a ser informado e de ter acesso às informações, ou seja, esse direito fundamental costuma ser dualizado no atendimento mínimo à população e na facilitação da mesma buscar conhecimento¹⁸. Este direito traduz-se como uma potencial formulação de garantia democrática, este, por sua vez, envolve o direito de transmitir, receber e procurar informações.

Assim sendo, Araujo e Nunes Junior acreditam que se trata de um direito fundamental de primeira geração, cuja preocupação consiste em impedir que o Poder Público crie embaraços ao livre fluxo de informações. Portanto, o indivíduo possui liberdade para informar e ser informado¹⁹. Dentro dessa perspectiva, ampliado pelo poder das tecnologias informacionais está também o exercício do direito à liberdade de expressão.

Dito isso, o artigo 5º, IV da Constituição Federal de 1988 reconhece a todos os cidadãos o direito de livre pensamento (liberdade de opinião) e manifestação (liberdade de expressão). Conforme Araujo e Nunes Junior enquanto opinião diz respeito a um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão consiste na sublimação da forma das reações humanas, ou seja, na situação em que o indivíduo manifesta seu sentimento ou sua criatividade, independente da formulação de convicções, juízos de valor e conceitos²⁰. Aliada à Constituição e os seus dispositivos também se pode descrever acerca dessa garantia de liberdade de informar, opinar e se expressar a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que disciplina esta segurança no seu art. XIX²¹, que corrobora o direito de liberdade de informação, opinião e expressão.

Por sua vez, o artigo 220²² da Carta da República, também preconiza garantias à liberdade de expressão, manifestação do pensamento e leciona sob a vedação de toda e qualquer forma de censura. Logo, “a liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de uma sociedade democrática e compreende não somente as informações consideradas como inofensivas indiferentes ou favoráveis, mas também as que possam causar transtornos, resistência, inquietar pessoas, pois a Democracia somente existe baseada na consagração do pluralismo de ideias e pensamentos, da tolerância de opiniões e do espírito aberto ao diálogo²³”.

¹⁸ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 437.

¹⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 104.

²⁰ Idem, p. 103.

²¹ Art. XIX. Todo homem tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independente de fronteiras.

²² Art. 220 – A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º – Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no Art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal.

Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

²³ MORAES, Dênis de (Org.). **Sociedade Mediatizada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2006, p. 207.

Ademais, o direito à informação caracteriza-se como um direito difuso, de acordo com o Art. 81, do Código de Defesa do Consumidor²⁴, ou seja, de gozo por titulares indeterminados e numerosos, quais sejam a totalidade do corpo social. A manifestação de pensamento atende um direito de meio, o acesso à informação, a um direito de fim, que atinge o corpo social de forma indiscriminada. O interesse público está imbricado com os direitos de terceira e quarta geração, sendo direitos de coletividades que ultrapassam o aspecto individualista legado pelo liberalismo burguês²⁵. Assim, o direito à informação confunde-se com o interesse público primário, identificado como bem geral²⁶.

Desta feita, é necessário ressaltar ainda que a comunicação e a informação não são sinônimas. A comunicação implica direito à participação e auto-expressão, englobando o direito à informação – que, por sua vez, desdobra-se em direitos fundamentais de informar, de informar-se e de ser informado²⁷. O direito de ser informado constitui um dos pressupostos essenciais da sociedade da informação convergente que se desenvolve hodiernamente através da informática e pelas redes, sendo premissa da necessidade de conhecimento, essencial para as potencialidades cidadãos e democráticas, sobretudo e especialmente, pelo grande e complexo avanço tecnológico e as grandes crises de ordem pública.

A informação de qualidade que se proclama não é aquela que reúna os conceitos de verdade, objetividade e imparcialidade, pois esses atributos são intangíveis filosoficamente²⁸, o que se busca é o ideário que o ordenamento jurídico tutela, ou seja, uma informação correta, precisa, verdadeira, não-abusiva, honesta²⁹, vez que ocorrendo um desvio na comunicação de massa este deve ser corrigido, independentemente da técnica, do emissor ou da mídia veiculadora da manifestação antijurídica. A informação se converteu assim em um meio tecnológico formalizado juridicamente, de enorme relevância para a realização das múltiplas atividades e iniciativas públicas e privadas³⁰.

Nesse mesmo contexto, a informação é uma das molas propulsoras de inúmeros outros direitos, é a partir dela que o cidadão se empodera acerca dos seus direitos individuais e coletivos, que tem a chance de buscar a tutela e satisfação dessas prerrogativas. Igualmente, o direito à informação tem estreita ligação com outras balizas jurídicas também essenciais ao pleno desenvolvimento do Estado

²⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

²⁵ GOÍS, Veruska Sayonara de. Direito Constitucional à Informação: reflexões sobre garantias possíveis. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 3, n. 2, p. 689-704, set. 2006. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/299>. Acesso em: 31 mar. 2016, p. 696.

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

²⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 162-163.

²⁸ GOÍS, Veruska Sayonara de. Direito Constitucional à Informação: reflexões sobre garantias possíveis. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 3, n. 2, p. 689-704, set. 2006. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/article/view/299>. Acesso em: 31 mar. 2016, p. 693.

²⁹ FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

³⁰ SANCHES BRAVO, Álvaro. **A nova sociedade tecnológica: da inclusão ao controle social: a Europ@ é exemplo?** Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 14.

Democrático de Direito, tais como a liberdade de expressão, direitos civis, políticos e culturais.

Sendo assim, o direito à informação consiste um dos baluartes de composição do Estado Democrático de Direito, sendo essencialmente importante à composição da cidadania, formando a consciência crítica dos indivíduos, e os meios de comunicação de massa, especialmente a televisão aberta e gratuita, tem relevância nesse aspecto, visto que atingem maciçamente uma ampla gama de indivíduos no território nacional. Desta forma, é imperioso verificar as nuances de desenvolvimento dessa matéria, especialmente quando se fala em modificação na forma como esse direito é transmitido e, conseqüentemente, efetivado. Nesse aspecto, que a próxima seção do artigo irá centrar-se, a respeito da implantação do sistema de TV digital na perspectiva do cenário brasileiro. É sobre tal tema que se passa a destacar.

2. Do analógico ao digital: um olhar sobre o plano de transição tecnológica da tv brasileira

A dimensão da contemporaneidade materializa-se pela transformação provocada pela revolução que as tecnologias, especialmente as de informação e comunicação exercem nas dinâmicas do mundo, afetando as relações estabelecidas entre os indivíduos, entre empresas, Estados e nações. Logo, à medida que a sociedade e os meios que a compõem vão alterando-se potencializa-se também os meios que são ofertados aos indivíduos, a partir da indústria, do consumo e da aquisição de bens materiais e imateriais. Como sugere Castells³¹ às mudanças nas relações de produção, de poder e de experiência conduzem também a uma mudança significativa das formas sociais do espaço e do tempo e ao surgimento de uma nova cultura pela alteração do modelo de comunicação.

Muitos são os atores responsáveis e indutores que propiciaram as mudanças observadas na contemporaneidade, uma delas é a globalização³², como um processo que tem em sua égide a eliminação das fronteiras de tempo e espaço e

³¹ CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. A era da informação. Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. Lisboa, 2002.

³² Segundo Milton Santos a globalização diz respeito a um fenômeno que tem por égide a união, contudo, pressupõem a unificação dos Estados-Nacionais, os quais passam a ter relação de interdependência. Tal processo tem sua consolidação com o fim da Segunda Guerra Mundial (anos 1970) e com a emergência do meio técnico-científico informacional, logo, o processo globalizatório tem o seu desenvolvimento na expansão em níveis econômicos, culturais e políticos. Ocorre com a participação e o aceite dos presidentes e chefes dos Estados nacionais, os quais passam a servir aos interesses das empresas e do capital hegemônico. A partir da unicidade técnica (modelo técnico único), tendo por base o sistema capitalista e da forma como está configurado o processo de globalização transforma o consumo em ideologia de vida, fazendo dos cidadãos consumidores, massificando e padronizando a cultura, de forma que contribui na concentração de riquezas nas mãos de poucos. Dentro dessa configuração, a globalização teria a preocupação única de satisfazer os interesses dos agentes hegemônicos, seria, desta forma, perversa, sendo que na visão do referido autor, a produção estrutural da violência, gerada especialmente pela competitividade e acirramento seriam algumas de suas conseqüências. Da mesma forma, pode-se reiterar os índices de pobreza que acentuaram-se em diversos Estados a partir da globalização, sobretudo Estados ricos. A reestruturação da malha social, política, cultural e econômica a partir dos avanços tecnológicos têm levado a problemas no âmbito dessas nações, tais como miséria, pobreza, exclusão social e desemprego. Este último em decorrência da substituição da mão-de-obra humana pela mecanizada.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional**. 5. ed. 1. reimpr. – São Paulo: Editoria da Universidade de São Paulo: 2013.

perfectibilizam a aproximação dos Estados e nações. Desse modo, ampliou-se o leque de tecnologias informacionais e também da digitalização, e os Estados Nacionais passaram a despertar para tal configuração, investindo na pesquisa e na tecnologia. Assim, um desses pontos de avanço corresponde à substituição do sistema analógico de transmissão de televisão aberta pelo sistema digital, que potencializa a qualidade de som e imagem, além da possibilidade de interatividade.

Dentro dessa perspectiva, o Estado brasileiro vislumbrando as modificações no aparato tecnológico, marcado pela digitalização, o acesso à Internet, e também observando a conjuntura global de comunicação resolveu investir na transição tecnológica e informacional, nesse sentido, a partir do Decreto nº 5.820, de 29 de Junho de 2006, implantou-se no Brasil o "Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre (SBTD-T)", o qual tem por escopo fundamental a mudança do sistema de televisão operado no Brasil atualmente – sistema analógico – para o sistema digital, que permite maior mobilidade e qualidade na recepção de sons e imagens. O art. 2º, inciso I, do Decreto disciplina que o Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre diz respeito ao "conjunto de padrões tecnológicos a serem adotados para transmissão e recepção de sinais digitais terrestres de radiodifusão de sons e imagens"³³.

Sendo assim, o decreto presidencial implementa o sistema de TV digital no país e determina em seu artigo 4º, que "o acesso ao SBTVD-T será assegurado, ao público em geral, de forma livre e gratuita, a fim de garantir o adequado cumprimento das condições de exploração objeto das outorgas"³⁴. Ou seja, as emissoras de TV que operam a radiodifusão no país continuam a exercer a sua função, contudo agora a partir do espectro digital. No mesmo ponto, o sistema digital apresenta funcionalidades específicas, garantias do uso da TV digital, as quais são a "transmissão digital em alta definição (HDTV) e em definição padrão (SDTV); transmissão digital simultânea para recepção fixa, móvel e portátil; e interatividade", segundo os incisos I, II e III do art. 6º do decreto³⁵.

Por sua vez, a dinâmica do novo sistema é a celeridade, a qualidade dos conteúdos recebidos e exponencialmente a interatividade, visto que os usuários poderão ter acesso a conteúdos e plataformas diferenciadas, pausando programações ao vivo, dentre outros recursos que são ofertados a partir de um sistema virtual-digital. Ainda, na égide do desenvolvimento da política de transição do sistema analógico para o digital, o Decreto disciplina que incumbe ao Ministério das Comunicações estabelecer o cronograma da transição da transmissão analógica dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão para o SBTVD-T (Art. 10, caput).

Assim, cada cidade, respeitando particularidades definidas na legislação terá seu sistema analógico desligado, migrando imediatamente para o sistema

³³ BRASIL. **Decreto nº 5820, de 29 de junho de 2006**. Dispõe sobre a implantação do SBTVD-T, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5820.htm>. Acesso em: 07 dez. 2016.

³⁴ Idem.

³⁵ BRASIL. **Decreto nº 5820, de 29 de junho de 2006**. Dispõe sobre a implantação do SBTVD-T, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5820.htm>. Acesso em: 07 dez. 2016.

digital. Nessa perspectiva, o artigo 10, §4º estabelece que "O encerramento da transmissão analógica ocorrerá em dezembro de 2018 nas localidades nas quais seja necessária a viabilização da implantação das redes de telefonia móvel de quarta geração na faixa de radiofrequências de 698 MHz a 806 MHz³⁶".

Na mesma senda da implementação da transição do sistema analógico para o digital por meio do Decreto nº 5.820, outras legislações atinentes foram criadas com o intuito de respaldar e efetivar alguns mandamentos, como a Portaria Nº 378/2016/SEI-MC, o Decreto nº 8.753 de 10 de maio de 2016, a Portaria nº 378/2016/SEI-MC, dentre outras normativas. Nessa égide, a Portaria Nº 378/2016/SEI-MC, emitida através do Ministro das Comunicações, estipula algumas condições necessárias para o desligamento e a transição efetiva para o modelo digital de transmissão, como por exemplo, o artigo 4º, caput³⁷, que assim leciona:

É condição para o desligamento da transmissão analógica dos serviços de radiodifusão de sons e imagens e de retransmissão de televisão, respeitado o prazo final estabelecido no Decreto nº 5.820, de 2006, alterado pelo Decreto nº 8.061, de 2013, que pelo menos noventa e três por cento dos domicílios do município que acessem o serviço livre, aberto e gratuito por transmissão terrestre, estejam aptos à recepção da televisão digital terrestre.

O artigo supracitado aponta um mandamento de fundamental importância em se tratando da passagem de um sistema para outro, o § 1º do referido artigo coloca que "não atingida à condição mínima para o desligamento na data estipulada no Anexo IV, a transmissão analógica poderá ser desligada a qualquer momento, assim que verificada a condição estabelecida no caput³⁸". No mesmo sentido, a Portaria nº 3.493, de 26 de Agosto de 2016, preleciona acerca daqueles municípios que não se encontram estipulados no cronograma de desligamento formulado pelo Governo Federal, estes, por sua vez, segundo o artigo 1º, § 3º, da referida portaria, "[...] o desligamento da transmissão analógica deverá ocorrer até 31 de dezembro de 2023³⁹".

Portanto, a transição do modelo de radiodifusão que funciona a partir de um sistema analógico para o modelo digital está em andamento, visto que foram implementadas condições e planos de ação para a execução destas prerrogativas expostas e definidas nas legislações concernentes a este ideário. Pretende-se, portanto, configurar no Brasil, um sistema de radiodifusão digital, aberto, gratuito e inclusivo, que os cidadãos possam receber notícias, entreter-se, informar-se, por

³⁶ Idem.

³⁷ BRASIL. Portaria nº 378/2016/SEI-MC. Ministério das Comunicações. Dispõe sobre a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – SBTDT-T, e alterações posteriores. Disponível em: <<http://www2.mcti.gov.br/documentos/documentos/portaria-mc-n-378.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

³⁸ BRASIL. Portaria nº 378/2016/SEI-MC. Ministério das Comunicações. Dispõe sobre a implantação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre – SBTDT-T, e alterações posteriores. Disponível em: <<http://www2.mcti.gov.br/documentos/documentos/portaria-mc-n-378.pdf>>. Acesso em: 07 dez. 2016.

³⁹ BRASIL. Portaria nº 3.493, de 26 de agosto de 2016. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27180516_PORTARIA_N_3493_DE_26_DE_AGOSTO_DE_2016.aspx>. Acesso em: 07 dez. 2016.

meio de uma comunicação de massa de alta qualidade, com som e imagem de definição extremas, e um meio marcado pela alta interatividade, permissionando que as pessoas possam interagir com a plataforma da TV digital.

Todavia, em meio a esse processo de migração de sistemas há de ser apontada a desobediência à normativa difundida na legislação que trata da transição do sistema analógico para o digital, uma vez que em municípios que ainda não encontravam-se aptos à recepção do sinal digital, o sinal analógico foi desligado, não havendo qualquer preocupação com àqueles cidadãos, que por conta de circunstâncias, como, por exemplo, a situação econômica precária, ou à falta de políticas públicas efetivas de inclusão digital por parte do governo federal, deixaram de ter atendidos os ideários de entretenimento, prestação de serviço e, especialmente o direito à informação, que são possibilitados pelos meios de comunicação de massa, através da radiodifusão.

Desde o início do planejamento que previu o desligamento do sinal digital, o Ministério das Comunicações escolheu Rio Verde (GO), município situado a 200 quilômetros da capital Goiânia, para ser a primeira cidade piloto a desligar o sinal analógico da América Latina. O prazo inicial para o desligamento era 29 de novembro de 2015, contudo, para se realizar tal manobra era preciso atingir a marca de 93% das casas do município recebendo o sinal digital. Como a meta não foi conquistada, as ações de conscientização continuaram e a data foi remarçada para o dia 01 de março de 2016. Nesta data, pontualmente às 12h, mesmo não tendo sido atingido os 93% das casas equipadas com o aparelho digital, o sinal foi desligado em Rio Verde. No total, 85% dos lares possuíam o sinal digital no momento da conversão⁴⁰.

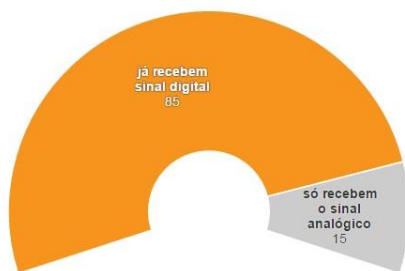
Desta feita, preliminarmente, a partir do que foi observado em Rio Verde (GO) o Governo Federal, mesmo não atingindo o mínimo legal normatizado nos Decretos e Portarias que disciplinam sobre a configuração da TV digital, realiza a transição de um sistema para outro, de modo que a população, especialmente a mais carente ficou, pelo menos em Rio Verde, haja vista a não obtenção do mínimo exigido, sem o acesso a esse meio de grande importância, seja para o lazer através do entretenimento ofertado, acesso à cultura, quanto para a recepção de notícias e conteúdos relevantes para a nação, como informações provenientes do Governo Federal e Administração Pública.

No caso de Brasília e cidades do entorno do Distrito Federal o Governo e a equipe técnica encarregada de promover a transição ampliou o prazo para a migração de um sistema tecnológico para outro, levado especialmente por pesquisas que mostravam a inaptidão dos domicílios, em sua totalidade ou no mínimo requisitado pela lei, em receber o sinal digital, conforme é possível verificar do gráfico divulgado pela Folha de São Paulo em 09 de setembro de 2016, do qual é possível vislumbrar o panorama daqueles que possuem os requisitos para obtenção do sinal digital de alta qualidade e aqueles que ainda não possuem essa prerrogativa:

⁴⁰ PORTAL BRASIL. **Desligamento do sinal analógico de TV começa em Rio Verde, interior de GO**, 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/02/desligamento-do-sinal-analogico-de-tv-comeca-em-rio-verde-no-interior-de-go>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

OS SEM SINAL

Situação dos domicílios da região de Brasília, onde o sinal analógico deixará de ser transmitido em outubro (em %)



Fonte: Ibope
Confira mais infográficos da Folha

Figura 1 – Gráfico que demonstra o percentual de domicílios que estão aptos à recepção do sinal digital e àqueles que ainda não possuem a mesma prerrogativa, na região de Brasília (DF), segundo pesquisa realizada pela Folha de São Paulo⁴¹.

Nesse sentido, há um iminente descompasso entre a atuação estatal que prevê a disponibilidade de acesso à TV digital e a exclusão proporcionada pela mesma por parte daqueles que não possuem o suporte tecnológico para a recepção do sinal - através de conversores digitais ou televisores com os conversores já embutidos de fábrica, haja vista o caso específico de Rio Verde em Goiás, mas que pode ser representativo de muitos outros que vierem a ter o sinal desligado mesmo não atingido a meta estipulada. Passado um alargamento do prazo anterior estabelecido, além do Distrito Federal cidades como Águas Lindas de Goiás, Cidade Ocidental, Cristalina, Formosa, Luziânia, Novo Gama, Planaltina, Santo Antônio do Descoberto e Valparaíso de Goiás tiveram o sinal analógico desligado no mês de novembro, precisamente na data remarcada para tal ação a qual ocorreu no dia 17 de novembro de 2016⁴², de modo que foram desligadas cerca de 13 geradoras e 12 retransmissoras de TV analógica, onde a partir de agora mais de 1 milhão de residências de Brasília e entorno passarão a receber o sinal digital. Para tanto, cerca de 311 mil kits de conversores digitais para aparelhos de TV foram distribuídos para os beneficiários do Bolsa Família⁴³. Contudo é imperioso destacar que por conta do desligamento no DF ter ocorrido de forma recente - mês de novembro de 2016 - ainda não existem dados que possibilitem uma observação detida acerca daqueles domicílios e residências que foram prejudicados pela ausência de sinal analógico, seja pela falta de TV com conversor, seja pela falta do próprio aparelho conversor digital.

⁴¹ FOLHA DE SÃO PAULO. **Desligamento do sinal analógico deixaria 15% do DF sem TV**, 09 set. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1809901-desligamento-do-sinal-analogico-deixaria-15-do-df-sem-tv.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁴² EBC. **Sinal analógico de TV será desligado nesta quinta-feira no DF e Entorno**, 15 nov. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2016-11/termina-quinta-feira-o-prazo-para-desligamento-do-sinal-analogico-no-df>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

⁴³ B!T MAGAZINE. **Brasília desliga sinal de TV analógica**, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.bitmag.com.br/2016/11/brasilia-desliga-sinal-de-tv-analogica/>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

Sendo assim, por mais que o Governo Federal a partir de suas estratégias de inclusão digital, fornecendo uma nova tecnologia, potencialize o compromisso com um novo sistema, mais adequado ao contexto da sociedade em rede contemporânea, resta à necessidade de maior eficiência nas estratégias de inclusão, fornecendo os aparelhos conversores não apenas para os usuários cadastrados e beneficiados pelo programa Bolsa Família do Governo Federal⁴⁴, mas disponibilizando a todos os outros indivíduos possibilidades, como, por exemplo, preço de menor custo para o acesso a tal aparato tecnológico, subsidiando parcela desse equipamento, de modo que não se perfectibilize no Brasil um cenário de exclusão digital, prejudicando o acesso ao entretenimento, cultura, lazer, prestação de serviço e, sobretudo, o amplo e irrestrito direito à informação, que se traduz como base essencial à formação da consciência crítica da sociedade.

Resta também a necessidade de observação sobre o panorama que irá realizar-se na cidade de São Paulo – cidade que será a próxima a ter o sinal analógico desligado, segundo cronograma do Governo Federal – especialmente pelos matizes diferenciados que compõe aquela cidade, tanto por conta das desigualdades sociais que lá se opera, quanto por conta da representatividade como o maior mercado em se tratando de verbas de publicidade e propaganda, que dizem respeito aos fomentos fundamentais que formam as receitas das emissoras de rádio e televisão do Brasil. Nesse sentido, a cidade Sorocaba, será a primeira no Estado de São Paulo a realizar a migração de um sistema analógico para o digital, a partir do mês de setembro de 2017⁴⁵.

Portanto, não basta à pura e simples transição de uma tecnologia antiga para uma nova tecnologia, também se faz necessário estratégias que viabilizem a sua implementação de forma harmônica, equilibrada e equânime, em compasso com as nuances e desigualdades sociais que se fazem presentes no contexto social brasileiro. Nesse sentido, mesmo que a sua aplicabilidade ocorra de forma lenta e gradual, de modo a não prejudicar parcelas sociais, especialmente as mais carentes, deve-se dar uma atenção especial também a outras formas de fomento e subsídio, auxiliando de forma determinante que outras classes sociais tenham também acesso aos aparelhos com preço justo. Nesta senda, cabe ao Estado promover a inclusão digital na sua essência, permissionando o acesso aos novos recursos, promovendo a inclusão de direitos, balizando a composição de garantias individuais e coletivas como, por exemplo, o direito à informação.

Considerações Finais

Em se tratando de aportes conclusivos este artigo teve como objetivo precípua reportar o cenário do desligamento do sinal analógico no Brasil, a

⁴⁴ O programa Bolsa Família do governo federal tendo em vista as ações que tem por objeto viabilizar a implantação do sistema de TV digital no Brasil promove a distribuição do conversor de TV digital para os beneficiários do programa, como uma estratégia de inclusão dos cidadãos, para que não sejam afetados pelo desligamento do sinal analógico, como se pode vislumbrar:

<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/10/beneficiarios-do-bolsa-familia-recebem-conversor-de-tv-digital>

⁴⁵ G1. **Sinal analógico de TV será desligado na região em setembro de 2017**, 07 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2016/10/sinal-analogico-de-tv-sera-desligado-na-regiao-em-setembro-de-2017.html>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

implementação do sinal digital, dentro da perspectiva da sociedade em rede e os reflexos no direito à informação. Nesse sentido, observou-se que as inovações tecnológicas são constantes desde a revolução industrial, sendo que a informação hodiernamente passou a revestir-se como ativo de poder econômico, político, cultural e financeiro, e onde as Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) passaram a despontar como agentes de transformação social. Nesse mesmo sentido, viabilizou-se a observação dos agentes de mudança na sociedade, como, por exemplo, a globalização, responsável por reduzir os limites e fronteiras de tempo e espaço entre Estados e Nações.

Assim, a primeira seção do artigo destinou-se a promover uma visualização acerca do o direito à informação, como um direito esculpido na Constituição Federal de 1988, de grande relevância social, baluarte do Estado Democrático de Direito e viabilizador da formação crítica da sociedade e dos indivíduos. Dentro dessa égide promoveu-se o ideário preconizado por Manuel Castells, de que a morfologia social em que os indivíduos estão inseridos na sociedade na contemporaneidade é em rede, ou seja, que há interligações em diversas searas, sendo a tecnologia a responsável por esse entrelaçamento de âmbitos. Essa proposta definida por Castells de uma sociedade em rede tem razão de ser levando-se em consideração as tecnologias informacionais e o seu pleno desenvolvimento e utilização por parte de muitos atores sociais, como empresas, instituições e pelo próprio Estado que passa a usufruir destas ferramentas.

O segundo eixo tratou de descortinar a égide de implementação da transição do sinal analógico brasileiro para o sistema digital, ou seja, vislumbrou-se os suportes normativos (decretos, portarias) que viabilizaram a criação do Sistema Brasileiro de Televisão Digital Terrestre (SBTV-D-T) e as estratégias de transição de um sistema para outro. Nesse sentido, fora observado o caso de Rio Verde em Goiás, cidade piloto na implementação dessa migração de sistemas tecnológicos, onde mesmo não alcançado o mínimo exigido pela legislação (93% dos domicílios aptos à recepção do sinal digital) operou-se o desligamento do sistema analógico de transmissão. Da mesma forma, ampliou-se o olhar sobre o Distrito Federal e cidades do entorno que tiveram ampliado o prazo, para que pudessem se adequar ao novo sistema (utilização de conversores digitais ou uso de TV com conversor embutido), e que na data de 17 de novembro de 2016 tiveram o sinal analógico desligado.

Sendo assim, restou claro mesmo que precipuamente a partir do que fora observado na cidade de Rio Verde em Goiás, o descompasso da atuação do Governo Federal, uma vez que destinou somas econômicas para a criação do sistema digital, arquitetou toda a lógica de implementação, bem como cronograma de atuação, contudo não trabalhou de forma equânime, com vistas a não deixar de fora domicílios e usuários do sistema de radiodifusão aberta, livre e gratuita, como restou claro a partir de Rio Verde. Logo, é imperioso ressaltar que pode tratar-se de um caso isolado, visto ser essa a cidade piloto, utilizada como ferramenta de teste e muito embora por conta do recente desligamento em Brasília e cidades do entorno do DF não foi possível prescrever sobre o impacto do desligamento do sinal naquela localidade. Nesse sentido, é evidente os reflexos diretos em diversos direitos dos cidadãos, especialmente o direito à informação, vez que tais parcelas sociais que não obtiverem o sinal estão isoladas, sem acesso ao entretenimento, cultura, notícias, lazer, prestação de serviço e, sobretudo, a informação, tão

relevante e necessária para guiar as atividades e comportamentos sociais, além de promover a construção da criticidade e consciência dos indivíduos.

Portanto, há que se falar em inclusão digital, atentando para uma atuação profícua do Estado, de modo a implementar avanços, estipulando políticas públicas que atendam de forma ampla os cidadãos, potencializando recursos e investimentos, reduzindo os custos dos aparelhos conversores e destinando verbas também à campanhas de conscientização acerca dos novos recursos tecnológicos, haja vista que tal processo de migração ocorrerá gradualmente no país, atingindo a todos até a data de 2023. Cabe ao Governo Federal, através de seus Ministérios e agências reguladoras investir nas demandas sociais mais carentes que necessitam da gratuidade dos conversores para terem acesso à TV digital e aos demais consumidores de mídia a oportunidade de adquirir com preços moderados, possibilitando um maior equilíbrio, potencializando o acesso, respeitando os cidadãos e fortalecendo o direito à informação no Brasil, com vistas à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Referências

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

B!T MAGAZINE. **Brasília desliga sinal de TV analógica**, 18 nov. 2016. Disponível em: <<http://www.bitmag.com.br/2016/11/brasil-desliga-sinal-de-tv-analogica/>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Senado Federal. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. **Beneficiários do Bolsa Família recebem conversor de TV Digital**, 03 out. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/10/beneficiarios-do-bolsa-familia-recebem-conversor-de-tv-digital>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Decreto nº 5820**, de 29 de junho de 2006. Dispõe sobre a implantação do SBTVD-T, estabelece diretrizes para a transição do sistema de transmissão analógica para o sistema de transmissão digital do serviço de radiodifusão de sons e imagens e do serviço de retransmissão de televisão, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5820.htm>. Acesso em: 07 dez. 2016.

_____. **Portaria nº 3.493**, de 26 de agosto de 2016. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações. Disponível em: <http://www.lex.com.br/legis_27180516_PORTARIA_N_3493_DE_26_DE_AGO_STO_DE_2016.aspx>. Acesso em: 07 dez. 2016.

CARDOSO, Gustavo. **A mídia na sociedade em rede**: filtros, vitrines, notícias. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede. A era da informação. **Economia, Sociedade e Cultura**. v. 1. Lisboa, 2002.

_____. **A Galáxia Internet**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **A Constituição Aberta e os direitos fundamentais**: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

EBC. **Sinal analógico de TV será desligado nesta quinta-feira no DF e Entorno**, 15 nov. 2016. Disponível em: <<http://agenciabrasil.etc.com.br/geral/noticia/2016-11/termina-quinta-feira-o-prazo-para-desligamento-do-sinal-analogico-no-df>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Desligamento do sinal analógico deixaria 15% do DF sem TV**, 09 set. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1809901-desligamento-do-sinal-analogico-deixaria-15-do-df-sem-tv.shtml>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Oeiras: Celta, 1998.

GOÍS, Veruska Sayonara de. Direito Constitucional à Informação: reflexões sobre garantias possíveis. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 3, n. 2, p. 689-704, set. 2006. Disponível em: <http://www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas/index.php/revista_direito_e_liberdade/artic le/view/299>. Acesso em: 31 mar. 2016.

G1. **Sinal analógico de TV será desligado na região em setembro de 2017**, 07 out. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiai/noticia/2016/10/sinal-analogico-de-tv-sera-desligado-na-regiao-em-setembro-de-2017.html>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

FARIAS, Edilson Pereira de. **Liberdade de expressão e comunicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Dênis de (Org.). **Sociedade Midiatizada**. Rio de Janeiro: Mauad, 2006.

PORTAL BRASIL. **Desligamento do sinal analógico de TV começa em Rio Verde, interior de GO**, 16 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2016/02/desligamento-do-sinal-analogico-de-tv-comeca-em-rio-verde-no-interior-de-go>>. Acesso em: 09 dez. 2016.

RAMOS, Murilo Cesar. Comunicação, direitos sociais e políticas públicas. In: MARQUES DE MELO, J.; SATHLER, I. **Direitos à Comunicação na sociedade da informação**. São Bernardo do Campo, SP: Umesp, 2008.

SANCHES BRAVO, Álvaro. **A nova sociedade tecnológica: da inclusão ao controle social: a Europ@ é exemplo?** Tradução de Clovis Gorczewski. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SANTOS, Milton. **Técnica, Espaço e Tempo: Globalização e Meio Técnico-científico-informacional**. 5. ed. 1. reimpr. – São Paulo: Editoria da Universidade de São Paulo: 2013.

SILVERSTONE, Robert. **Television and everyday life**. London: Routledge, 1994.

Recebido em 10 de dezembro de 2016

Aceito em 16 de agosto de 2017

DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO COM VISTAS A UMA ORDEM JURÍDICA JUSTA

ALTERNATIVE MEANS DISPUTE RESOLUTION IN AN INFORMATION SOCIETY REGARDING A FAIR LEGAL SYSTEM

*Afonso Soares Oliveira Sobrinho*¹
*Clarindo Ferreira Araujo Filho*²

Resumo: Objetivamos o estudo dos meios consensuais de solução de conflitos e procuramos estudar a necessidade da desjudicialização no fomento de uma cultura de paz, em plena sociedade da informação. Entre os meios consensuais de solução de conflitos temos a mediação como forma de autonomia privada, uma ferramenta posta a serviço do Estado Democrático de Direito e concretizado como meio consensual para solução de conflitos de interesses, num mundo de contradições sociais que resulta num salto qualitativo quanto às mudanças para o mundo do Direito. Nesse diapasão os institutos de autocomposição adquiriram força graças a Lei n. 13.105 de 2015 instituidora do Código de Processo Civil, que em seu parágrafo 3º, art. 3º, positivou-a como uma autêntica política de Estado. Utilizamos de pesquisa qualitativa e procedimento dialético apoiado por um referencial teórico que procurou fazer uma revisão da bibliografia relacionada à tradição judicial e os novos paradigmas da sociedade globalizada que privilegia formas extrajudiciais de composição de conflitos em mundo de crise e insatisfação social com o Direito e o repensar de novas formas de acesso à justiça que permitam uma ordem jurídica justa. Concluímos que os meios consensuais de solução de conflitos são um valioso instrumento de cooperação frente a um mundo povoado de contradições da sociedade da informação.

Palavras-chave: Globalização; Democracia; Processo Civil; Composição de Conflitos.

Abstract: The aim of the current research is to study the consensual means used to solve conflicts, as well as to investigate the need of dejudicialization to promote a peace culture within the information society. Mediation stands out among the consensual conflict resolution means as a form of private autonomy, as a tool put at the service of the Democratic State of Law, as well as a consensual means to solve conflicts of interests in a world full of social contradictions. Thus, mediation means a qualitative leap in the changes occurring in the Legal world. Therefore, the self-resolution institutes have gained strength due to Law n. 13.105 from 2015. Such law has set the Civil Procedure Code, whose 3rd paragraph, art. 3 has positivized it as an authentic state policy. A qualitative research and a dialectical procedure supported by a theoretical background were herein adopted to review the literature about judicial tradition, as well as to investigate the new paradigms of the globalized society, which privileges extrajudicial conflict resolution forms in a world of crisis and social dissatisfaction with the Law. This society also rethinks new forms of access to justice allowing a fair legal order. We conclude that consensual conflict resolution means are a valuable

¹ Pós-Doutor em Direito - FDSM. Doutor em Direito - FADISP. Advogado. E-mail: afoadv.doc@gmail.com

² Doutorando em Direito - FADISP. Cartorário. E-mail: xxx@yahoo.com.br

cooperation instrument to be used in a world full of contradictions concerning the information society.

Key words: Globalization; Democracy; Civil Procedure; Conflict Resolution.

Sumário: Considerações Iniciais; 1 Desjuridificação uma meta viável em direção aos meios alternativos de solução dos conflitos; 2 Direito digital e inteligência artificial: novas demandas, desafios e paradigmas para o instituto da mediação e de outros meios de resolução de conflitos; Conclusões; Referências.

Considerações Iniciais

A sociedade pós-moderna é cada vez mais uma sociedade digital, interconectada mundialmente pela Internet, que serve de meio de transmissão de dados num volume e velocidade que crescem exponencialmente dia a dia e não está restrito à informações e conhecimentos de inúmeras áreas das ciências. Mas, também, à diversos tipos de ordens de serviços, compra e venda de ativos, contratos eletrônicos, videoconferências, investigações, interrogatórios, leilões, ordens de produção em linhas de montagem, e muitas outras atividades que antes do advento das tecnologias da informação e das comunicações, tinham de ocorrer face a face ou por meio da remessa física de documentos, objetos, etc. O que influenciou o Estado a criar novos institutos capazes de promover a satisfação das demandas digitais, como por exemplo, o governo eletrônico, o processo judicial eletrônico, a disponibilização de informações relativas à transparência da administração pública.

No entanto, a informatização dos processos não significa *a priori* uma melhoria da eficácia porque na realidade boa parte dos recursos computacionais servem apenas para aumentar a eficiência, a velocidade de entrada e o processamento de dados e, conseqüentemente, as saídas dos sistemas responsáveis pela realização dos processos. Caso esses não sejam bem planejados, enxutos e organizados, o que implica na aceleração da desorganização, o que resulta num verdadeiro caos administrativo cheio de gargalos que dificultam o alcance dos resultados.

Analogamente, o mesmo ocorre em relação aos problemas do procedimentalismo da justiça, porque a prática comum demonstra que uma grande parcela da população brasileira busca o Estado-Juiz como meio de solução de conflitos. Porque desconhece ou renega a segundo plano, outros métodos de composição, meios extrajudiciais de gestão de conflitos, que não envolvem o aparelho burocrático judicial e toda a morosidade inerente aos processos. Meios esses que pelo viés da autocomposição estão inseridos na sociedade globalizada com o intuito de promoção de uma cultura de paz pelo diálogo com vistas a uma ordem jurídica justa.

O Código de Processo Civil, Lei n. 13.105, de 2015³, logo em seu art. 1º adota como critério interpretativo valores e princípios expressos na Constituição de 1988⁴. Dentre os quais destacamos as normas definidoras de duração razoável do processo, a celeridade, a apreciação do poder judiciário de lesão ou ameaça a direito, etc. No mesmo diapasão, a resolução 125/2010 do CNJ⁵, já dispunha sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Judiciário. E a lei 13.140 de 2015 veio afirmar pela mediação uma cultura dialógica, colaborativa e pacificadora, inclusive envolvendo a administração pública⁶.

Ou seja, encontramos o arcabouço jurídico pátrio, a partir da sistemática principiológica, em consonância com as práticas mais modernas do Estado Democrático de Direito no tocante a disponibilização de meios extrajudiciais para resolução de litígios.

O problema da pesquisa é como podemos alcançar uma ordem jurídica justa por meio dos meios extrajudiciais de composição de conflitos? Como a desjudicialização contribui para essa mudança num mundo globalizado, digital?

O objeto da pesquisa são os meios de solução de conflitos e sua relevância para alcançarmos uma cultura de paz por meio de uma ordem jurídica efetiva, eficaz, justa.

Objetivamos o estudo dos meios consensuais de solução de conflitos e procuramos identificar a necessidade da desjudicialização no fomento de uma cultura de paz, em plena sociedade da informação.

Utilizamos de pesquisa qualitativa e procedimento dialético apoiado por um referencial teórico que procurou fazer uma revisão da bibliografia relacionada à tradição judicial e os novos paradigmas da sociedade globalizada que privilegia formas extrajudiciais de composição de conflitos num mundo permeado de contradições no qual está inserido o direito. Assim, necessitamos repensar novas formas de superar a insatisfação social com o modelo tradicional de fazer o Direito, que passa por novos meios de acesso à justiça, entre os quais a mediação, conciliação, arbitragem.

A justificativa deste trabalho é que *pari passu* à complexidade da sociedade em rede encontramos-nos frente a necessidade do uso dos meios consensuais de conflitos com vistas a uma ordem jurídica justa⁷. Daí, extraímos as

³ BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Institui o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08.10.2016.

⁴BRASIL. Constituição Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08.10.2016.

⁵ BRASIL. Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em :<http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_publicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em 08.10.2016.

⁶BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 27.10.2016.

⁷ A ordem jurídica justa seria aquela que atende aos valores e princípios constitucionais e permitem o acesso à justiça material por meio dos instrumentos democráticos-participativos. Nesse diapasão a desjudicialização ganha força, seja pela conciliação, mediação, arbitragem como meios de composição de conflitos mais equânimes e com maior satisfação de interesses para os envolvidos. Nesse sentido, o

hipóteses conceituais exploradas no decorrer da pesquisa. Qual a relevância dos meios alternativos de solução dos conflitos para uma ordem jurídica justa? Os novos paradigmas impostos pelo direito digital e a possibilidade de utilização da inteligência artificial (IA) em processos de autocomposição atenderiam as demandas da sociedade para realização de direitos?

Verificamos a relevância dos meios alternativos de solução de conflitos para a formação de uma ordem jurídica justa mediante o atendimento dos interesses das partes e formação de uma cultura da cooperação, a exemplo da crescente utilização da mediação Online, da advocacia colaborativa, do sistema multiportas, entre outros, com meios mais céleres e efetivos do acesso à justiça e que contribuem para desafogar o judiciário. Nesse diapasão a tecnologia pode ser uma aliada a exemplo do peticionamento eletrônico, da informatização do judiciário. Por outro lado, a inteligência artificial precisa ser instrumento que facilite o acesso à justiça, não instrumento de substituição de juízes pelas máquinas, especialmente pela complexidade e particularidade da interpretação no caso concreto.

Rompendo com a tradição de pensar o Direito apenas a partir da Jurisdição Estatal, os meios alternativos de solução de litígios, entre os quais a mediação representa uma busca pela paz interior, pela não violência, numa busca do entendimento dos desejos das partes. Estamos no plano dos sentimentos, emoções, realidades de vidas, da liberdade.

1 Desjuridificação uma meta viável em direção aos meios alternativos de solução dos conflitos

Hans Kelsen, por exemplo, buscou de maneira sistêmica, circunscrever, pelo viés do império da lei, alguns dos dilemas sobre o quais Platão, na Grécia Antiga, e Jean-Jacques Rousseau, na Europa ainda no século XVIII, dedicaram-se a explicar – a lei acima dos homens, a lei ao lado dos homens e a lei para si mesmo –, assentando o maior peso sobre os elementos que fazem parte da composição da forma jurídica do Estado moderno e, que em boa medida também reflete os paradigmas pós-modernos.^{8,9}

processo civil passa a ser pautado por relações jurídicas dialógicas, cooperativas com vistas à solução de mérito norteado por valores e princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira. *A Crise do Estado e a desjudicialização: entre o imobilismo e a busca por uma ordem jurídica justa*. Brasília: Conpedi, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/3z3f9fv8/PBVbx76BjS0doNz7.pdf>>. Acesso em: 28.12.2016).

⁸ Cf. Monique Canto-Sperber (2007): “O grande problema em política, que comparo àquele da quadratura do círculo em geometria, [é o seguinte]: como encontrar uma forma de governo que coloque a lei acima do homem?”. Esta frase de Rousseau, extraída de uma carta ao marquês de Mirabeau em 26 de julho de 1767, faz eco à afirmação de Platão: “Na [cidade] em que a lei é o senhor dos dirigentes, e em que os dirigentes são escravos da lei, é a salvação que eu vejo chegar, e com ela todos os bens que os deuses atribuem às cidades” (*Leis, IV, 715d*). Estas duas frases – poderíamos podido citar outras – recordam que, para toda a filosofia clássica, a lei é tanto uma palavra de ordem quanto um conceito, destinado a resolver questões tão difíceis como as do governo do homem pelo homem (política) e do governo do indivíduo por si mesmo (moral) [...] (CANTO-SPERBER, Monique. *Dicionário de Ética e Filosofia Moral – Volume II*. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2007, p.30)

A expressão da lei e do sistema jurídico a ela relacionado poderia muito bem ser retratada por meio das lentes da sociologia como a imagem de uma folha de papel, que tanto pode conter normas que são obedecidas, pelo poder coercitivo e impositivo, como poderia para outros simplesmente ser destruída, rasgada ou até mesmo ignorada, dependendo do contexto do embate político das forças e do poder vivenciados pelos agentes públicos e privados, em um determinado segmento do tempo histórico em que exista um Estado constituído¹⁰. Esta hipotética imagem da folha de papel nos leva a pensar sobre a penosa realidade de nosso Judiciário e a morosidade que dificulta a realização de um direito justo.

O Direito Justo deve ser determinado por valores jurídico-políticos constitucionais — desde logo a Liberdade, a Igualdade e a Fraternidade (e para esta caminham a Solidariedade, a Justiça e a Humanidade, que por vezes são seus quase sinónimos) [...].

O triunfo do novo paradigma jurídico será não apenas o de um sistema de valores, que se poderiam tornar abstratos ou dogmatizar-se em fórmulas ritualísticas. Implica ação prática, vivida, uma constante e perpétua luta pela aplicação concreta da Justiça [...].¹¹

Poderíamos fazer um exercício hipotético, caso imaginássemos que o homem do campo da parábola de Kafka, “Diante da Lei”, não fosse o homem fixado prematuramente em papeis dedicados à violência da legalidade institucionalizada, mas sim um juiz do campo. Como tal, ele está diante de um caso jurídico, que tem de lidar com base no direito e na lei, mas não é capaz de decidir o que é direito de acordo com a lei¹². O que equivaleria a dizer que a prática decisória da aplicação jurídica encontraria um impasse diante das balbúrdias da vida; mesmo diante da lei, não sabe como proceder. Assim, não seria mais o caso de falarmos no réu que responde o processo perante a lei, ou da parte que busca o

⁹ Neste mesmo diapasão raciocina John Rawls quando fala da conotação que o sistema legal assume quando contextualizamos a justiça formal e a administração do Estado: “[...] Um tipo de ação injusta é a incapacidade, por parte de juízes e de outras autoridades, de aplicar a lei apropriada ou de interpretá-la corretamente. No que diz respeito a esse assunto, é mais esclarecedor pensar não em violações flagrantes, como, por exemplo, o suborno e a corrupção, ou o abuso do sistema legal para punir inimigos políticos, mas sim em distorções sutis causadas por preconceitos e predisposições, uma vez que essas atitudes realmente discriminam certos grupos no processo judicial. Podemos chamar de “justiça como regularidade” a administração regular e imparcial da lei, e, nesse sentido, equitativa. [...]” (RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008, p. 291).

¹⁰ SARMENTO, Leonardo. *Controle de constitucionalidade e temáticas afins*: com inferências e cognições articuladas no novo CPC em capítulos exclusivos. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2015.

¹¹ CUNHA, Paulo Ferreira da. *Direito & Democracia: ideologia, crise e prospectiva*. Boletim de Ciências Econômicas (homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes). Orgs. Luís Pedro Cunha; José Manuel Quelhas; Teresa Almeida. Vol. LVII, Tom. I, Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Impactum Coimbra University Press. 2014. Disponível em: <<https://digitalisdsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39843/1/Direito%20e%20democracia.pdf>>. Acesso em 12.03.2017. DOI: https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_36 p. 1324-1325

¹² TEUBNER, Günther. O direito diante de sua lei: sobre a (im) possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. vol. 1, nº 1, janeiro-junho de 2014. Brasília, DF: UNB, 2014.

seu direito diante dela, mas do próprio direito na busca compulsiva pela lei.¹³ : “Os tradicionais paradigmas que serviram bem ao Estado de Direito do século XIX não é mais viável para formar a peça articulada de que necessita o Estado contemporâneo para a execução de políticas públicas efetivas”.¹⁴

Necessitamos levar em conta outro importante fato, o de que uma parcela significativa da população brasileira, na sua grande maioria formada por leigos em ciências jurídicas de um lado, e de verdadeiros analfabetos funcionais de outro¹⁵, ainda desconhece os meandros do judiciário brasileiro (não por acaso governos negligenciam com a educação de qualidade). Em grande medida a morosidade existente no sistema jurídico pátrio tem como causa a utilização exagerada dos muitos procedimentos e recursos processuais que, não obstante, sejam legal e legitimamente previstos, são em sua grande maioria utilizados como forma de postergar a emissão de sentenças o que só prolonga o tempo do processo¹⁶.

Operadores da lei têm de enfrentar vários desafios que passam da simples falta de estrutura física e de pessoal dos tribunais [...] em dotar o judiciário de meios eficazes quanto à solução dos processos em curso, como também, dos vieses

¹³ De acordo com a visão de Teubner (2014) quando discorre sobre a modernidade jurídica. (TEUBNER, Günther. O direito diante de sua lei: sobre a (im) possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*. volume 1, número 1, janeiro-junho de 2014. Brasília, DF: UNB, 2014.)

¹⁴ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca Bittar. O direito na pós-modernidade. *Revista Sequência*, no 57, p. 131-152, dez. 2008. p. 145. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p131/13642>>. Acesso em 12.03.2017.

¹⁵ Para melhor compreender o fenômeno ler CARVALHO, Olavo de; *O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota* [recurso eletrônico]; 1.ed.; Rio de Janeiro, RJ: Record, 2013 e também SOUSA, Jessé; *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2009.

¹⁶ SADEK, Maria Teresa (org.). *O sistema de justiça*. Rio de Janeiro, RJ: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Modelos de Peças no Novo CPC*; São Paulo, SP: Editora Forense Jurídica - Grupo Gen, 2016.

interpretativos¹⁷ a que todos estamos sujeitos durante o desempenho de nossas funções quer seja como juízes, quer como advogados, mediadores, árbitros etc.¹⁸

O problema em semelhante contexto não é a inexistência de comando normativo, que existe em fartura, aliás é mais fácil o jurisdicionado vir a óbito em decorrência de *overdose* de legislação[...]. Em verdade, a gestão e os meios pelos quais o sistema Judiciário está formatado, ou seja, estabelece as regras técnicas de processo para a catalogação, gestão e decisão, faz com que os fins não sejam alcançados em tempo razoável¹⁹

Especialistas são capazes de escrever centenas de páginas justificando cada um desses procedimentos, citando princípios (legalidade, segurança jurídica, boa-fé, contraditório, etc.), jurisprudências, bases históricas, direito internacional comparado, hermenêutica jurídica, teoria do Estado e do Direito, etc. – mas, dificilmente, com esses argumentos convenceríamos um analista de processos com graduação em ciências administrativas e/ou computacionais, experiente em descobrir gargalos, que desenvolveu ao longo dos anos de experiência uma visão crítica de fluxos de trabalho, que dos quatorze procedimentos que constam deste fluxograma (vide Figura 1) apenas um ou dois possibilitariam uma rápida resolução da lide: - Audiência de Conciliação (CPC Art. 334) e Revelia (CPC Arts. 344, 345 e 348)²⁰.

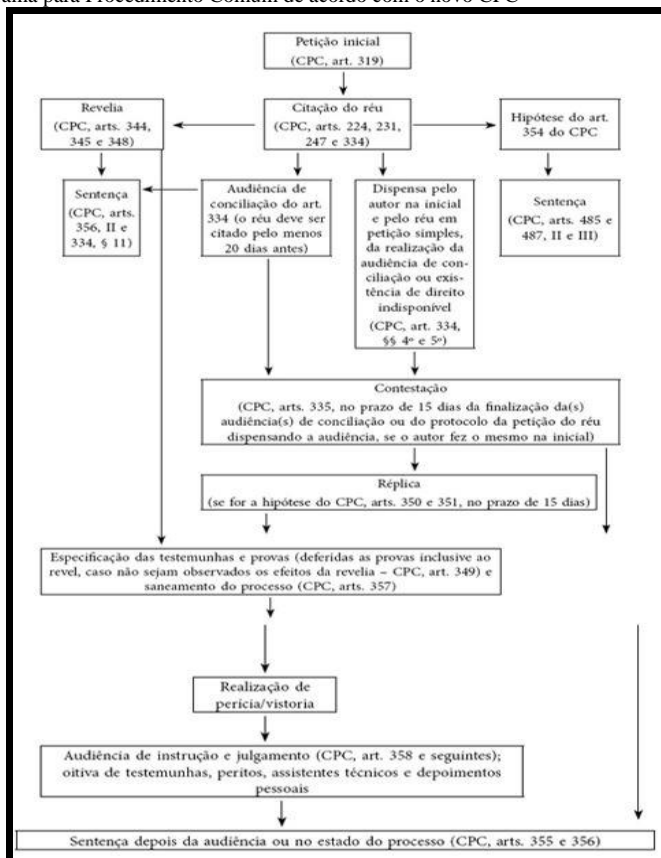
¹⁷ “ (a) o viés da confirmação: a predisposição de optar por dados e informações que tão somente confirmem as crenças e impressões preliminares, sem passar pelo crivo apurado do sistema reflexivo [...]. Ocorre, por exemplo, quando o intérprete [...]fixa uma inclinação inicial e seleciona apenas as provas e os argumentos que confirmem essa crença, afastando tudo aquilo que se colocar em dissonância [...] (b) o viés da falsa coerência: a predisposição de negar a (incômoda) dúvida e de suprimir artificialmente a ambiguidade moral (não menos incômoda), inventando narrativas coerentes. Coerência, frequentemente, falsa. Ocorre, por exemplo, quando o cérebro lê os textos normativos como se estivessem isentos de possibilidades interpretativas conflitantes, suprimindo ambiguidades morais à força, com base em supostas vontades claras e peremptórias da lei ou do legislador original [...]; (c) o viés de aversão à perda: a predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos. Trata-se de fenômeno que possui, como os demais, convincente explicação evolucionária [...]; (d) o viés do “status quo”: a predisposição de manter as escolhas feitas, ainda que disfuncionais, anacrônicas e obsoletas [...]; (e) o viés do enquadramento: a predisposição de interpretar à dependência do modo pelo qual a questão é enquadrada. Ocorre quando o intérprete, leigo ou exímio especialista no assunto em discussão, deixa de perquirir, por falta de tempo ou outro motivo, se o enquadramento diverso da questão conduziria à resposta mais plausível [...]; (f) o viés do otimismo excessivo: a confiança extremada guarda conexão com previsões exageradamente seguras (e negligentes), ligadas a erros nem sempre inocentes [...]; h) o viés do presente (*present-biased preferences*): existe tendência de buscar recompensas imediatas, sem perguntar sobre os efeitos a longo prazo, causando prejuízos de toda ordem (inclusive à saúde pública), por falhas nas escolhas intertemporais [...]” (FREITAS, Juarez. *A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro*: como lidar com os automatismos mentais. Revista da AJURIS. v. 40. n. 130. Junho de 2013. p. 235-237).

¹⁸ FREITAS, Juarez. *A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro*: como lidar com os automatismos mentais. Revista da AJURIS. v. 40. n. 130. Junho de 2013; SANTOS, 2016.

¹⁹ SANTOS, Fabio Marques Ferreira; *O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça*: poder cibernético judicante - O direito mediado por inteligência artificial. Tese de Doutorado; Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7088>. Acesso em 07/10/2016. p. 191

²⁰ NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas, SP: Editora Millennium, 2008; SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Modelos de Peças no Novo CPC*; São Paulo, SP: Editora Forense Jurídica - Grupo Gen, 2016.

Figura 1 – Fluxograma para Procedimento Comum de acordo com o novo CPC



Fonte: Adaptado de Scavone Júnior (2016)²¹

Este excesso de ritos, e crescente procedimentalismo²², nos leva a refletir sobre o verdadeiro problema da justiça, que não fica reduzido ao acesso à justiça, como pensam alguns, mas a realização pura e simples de direitos (o conseguir vencer o imbróglio dos labirintos procedimentais da justiça): - “não é à toa que a Ministra Eliana Calmon chegou a afirmar que o difícil no Brasil, não é o acesso à justiça, o difícil é conseguir sair da justiça”.²³ Observamos, na política e na consequente edição de leis, a prevalência do econômico frente ao social. E, até parece que a simples publicação de leis e a utilização das melhores técnicas prescritas pelos especialistas pudessem, como num passe de mágica fosse

²¹ Cf. SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. *Modelos de Peças no Novo CPC*; São Paulo, SP: Editora Forense Jurídica - Grupo Gen, 2016.

²² Cf. RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008. E também OLIVEIRA, Pablo Camarço. *Teoria da Justiça de John Rawls - Tensão entre Procedimentalismo Puro Universalismo e Procedimentalismo Perfeito Contextualismo*; Curitiba, PR: Editora Juruá, 2015.

²³ Cf. NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. Campinas, SP: Editora Millennium, 2008. p. 107).

solucionar os problemas que dificultam o acesso à justiça e a celeridade dos processos que perduram há séculos.²⁴

O exercício da atividade jurisdicional, por descrição legal, não se preocupa com as pessoas, tampouco com o conflito. Exime-se da responsabilidade de caminhar junto às pessoas para encontrarem o ponto de equilíbrio entre os alter-egos. Tem-se a aparência de algo bom em oposição ao mau, porém trata-se somente disso: uma imagem sem conteúdo. A mediação, contudo, revela-se como prática pedagógica de reviravolta dos valores egocêntricos para uma atitude amorosa, sensível e próxima ao estranho no qual se manifesta diante de cada pessoa. Essa reflexão sobre nossa práxis existente propõe outra política de civilização.²⁵

A mediação é relevante instrumento para alcançarmos à paz social, na medida em que as partes olhem para os seus sentimentos, emoções e não para o conflito em si. Como bem explica Warat:

Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, corremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando a interpretação. Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas. Quando as pessoas interpretam (interpretar é redefinir), escondem-se ou tentam dominar (ou ambas as coisas). Quando as pessoas sentem sem interpretar, crescem.

[...] A energia que está sendo dirigida ao ciúme, à raiva, à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando fica silenciosa, serena, atinge a paz

²⁴ “Como intelectual e técnico, o “tesouro” que busco é compreender como os rumos da técnica e, também, da “propriedade” sobre aquelas ideias que animam as técnicas e as tecnologias mais importantes do mundo contemporâneo, vêm se estendendo sobre as liberdades individuais e sobre os direitos civis. Como o embate entre o Capital e o social, chegou às portas das mais sinistras distopias profetizadas na literatura [...]” (SOUZA FILHO, Rubens Araujo Menezes de. *Os donos das ideias: história e conflitos do direito autoral, do copyright e das patentes na crise contemporânea do capital*. 2014. Tese de Doutorado em História Social. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 10. Acesso em: 06.10.2016).

²⁵ AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. *A Mediação como experiência de humanização do direito na pós-modernidade: inquietações a partir do pensamento complexo*. Disponível em: < <http://www.periodicoeletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1645/1307> >. Acesso em 09.03.2017. p. 12

interior, a não violência, a amorosidade. Estamos a caminho de tornarmo-nos liberdade. Essa é a meta mediação²⁶.

Para construir uma cultura de paz, ou cultura da paz, como preferem alguns, é preciso conhecer as gêneses da violência (física e emocional) bem como o conflito²⁷, tanto interior como o que nasce do desacordo entre as nossas necessidades e as de nossos semelhantes.²⁸ Rosenberg²⁹ atuou como mediador em várias situações de conflitos, desde que querelas entre proprietários de terras na Carolina do Norte e trabalhadores rurais migrantes, até mesmo entre grupos de israelenses e palestinos. Essa rica experiência confirma a dificuldade das pessoas em pensar em termos de necessidades, ao invés de apontar o que está errado na conduta alheia.³⁰

Descrevemos, ao longo deste estudo que soluções do tipo extrajudicial, por exemplo, podem ocorrer pela autocomposição³¹ ou mediante a intervenção de um terceiro, que faça às vezes de julgador imparcial. Desistência, submissão e transação são exemplos de soluções autocompostas.³² Também pode ocorrer a utilização do processo como ferramenta de solução extrajudicial, na medida em que a conciliação é estimulada por um terceiro ou pelo juiz, ou dele prescindir. Outros exemplos de mecanismos alternativos ou extrajudiciais que solucionam os conflitos por autocomposição são o compromisso de ajustamento de conduta e a

²⁶ WARAT, Luis Alberto. Surfando na *pororoca*: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 26.

²⁷ Um conflito pode ser definido como a diferença entre dois objetivos que são buscados por parte de uma sociedade, ou seja, o conflito existe quando duas ou mais pessoas entram em desacordo porque as suas opiniões, desejos, valores e/ou necessidades são incompatíveis. Conseqüentemente, frente ao conflito, as pessoas em geral assumem três tipos de atitudes: 1) ignoram os conflitos; 2) respondem de forma violenta aos conflitos; 3) lidam com os conflitos de forma não-violenta, por meio do diálogo/consenso. Com certeza as duas primeiras alternativas não são as melhores, mas quando se aprende a lidar com o conflito de forma não-violenta, de forma justa e pacífica, essa é a melhor das opções para restaurar a paz. Portanto, para construir e encerrar os conflitos de forma não violenta é preciso mudar atitudes, crenças e comportamentos (PELIZZOLI, Marcelo (org.). *Cultura de paz*: restauração e direitos; Recife, PE: Ed. Universitária da UFPE; 2010. p. 83).

²⁸ ROSENBERG, Marshall B.; *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*; São Paulo, SP: Ágora, 2006.

²⁹ ROSENBERG, Marshall B.; *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*; São Paulo, SP: Ágora, 2006.

³⁰ O sucesso de um processo de mediação depende da maneira como o mediador e os participantes conseguem se comunicar expressando suas reais necessidades sem se preocupar em julgar apressadamente as atitudes uns dos outros. (ROSENBERG, Marshall B.; *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*; São Paulo, SP: Ágora, 2006, p. 85-86).

³¹ Segundo Oliveira (2014) a autocomposição é a primeira forma de resolução de conflitos que exclui a força bruta em prol da razão, do bom senso e da boa-fé. Ocorre quando uma ou ambas as partes de um conflito abrem mão de todo ou de uma parte do seu direito. Assim como a autotutela, autocomposição só envolve as partes comprometidas na controvérsia. É um método de pacificação ainda presente hoje em dia, que se expressa no direito moderno de quatro formas – renúncia, reconhecimento, transação e conciliação. Renúncia e reconhecimento são atos simples, unilaterais, enquanto transação e conciliação compõem atos complexos, que envolvem concessões recíprocas. (OLIVEIRA, Gláucia Fontes de. *A valorização das formas paraestatais de resolução de conflitos: um novo enfoque de acesso à justiça*. São Paulo, SP: Ed. Baraúna, 2014).

³² OLIVEIRA, Gláucia Fontes de. *A valorização das formas paraestatais de resolução de conflitos: um novo enfoque de acesso à justiça*. São Paulo, SP: Ed. Baraúna, 2014.

recomendação, que respondem aos anseios dos conflitantes e à diversos outros aspectos relacionados à cultura da paz.³³

A mediação,³⁴ de acordo com a lei 13.140/2015, em seu §único, art. 1º é: “[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”³⁵, no tocante a direito disponível e nos casos de direitos indisponíveis que admitam transação, conforme previsto no art. 3º da referida lei³⁶. Por sua vez, a conciliação é utilizada em conflitos mais simples: “[...] no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes”³⁷.

Um relevante instrumento extrajudicial é a cláusula escalonada³⁸, praticada no direito negocial pela utilização da simbiose - mediação empresarial e arbitragem - no âmbito privado de resolução de conflitos como opção alternativa à

³³ Sobre cultura da paz e justiça restaurativa ler Pelizzoli (2010) e também Zehar (2008): “[...] é tirando o crime de seu pedestal abstrato. Isto significa compreendê-lo como a Bíblia compreendia e da forma como nós o vivenciamos: como um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos. A justiça deveria se concentrar na reparação, em acertar o que não está certo. Nesse caso, duas lentes bem diferentes poderiam ser descritas da seguinte forma: Justiça retributiva – O crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa. A justiça determina a culpa e inflige dor no contexto de uma disputa entre ofensor e Estado, regida por regras sistemáticas. Justiça restaurativa – O crime é uma violação de pessoas e relacionamentos. Ele cria a obrigação de corrigir erros. A justiça envolve a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções que promovam reparação, reconciliação e segurança” (ZEHR, Howard. *Trocando as lentes*: um novo foco sobre o crime e a justiça; São Paulo, SP: Palas Athena, 2008. p. 170-171).

³⁴ “A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades [...]” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça; Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*; -5ª.ed-; Brasília, DF: CNJ, 2015, p.20)

³⁵ BRASIL. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 27.10.2016.

³⁶ BRASIL. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 27.10.2016.

³⁷ BRASIL. *Lei 13.140, de 26 de junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 27.10.2016.

³⁸ “As cláusulas escalonadas são meios combinados e multietapas de resolução de controvérsias. Há inúmeras possibilidades de combinações entre os meios, entretanto as mais utilizadas são as cláusulas escalonadas *med-arb* e *arb-med*, estipulações contratuais que preveem fases sucessivas que contemplam os mecanismos mediação e arbitragem para a solução de controvérsias”. (LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Arbitragem, Mediação e a Cláusula Escalonada*. In Carta Forense. 02.06.2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/arbitragem-mediacao-e-a-clausula-escalonada/13774>>. Acesso em 27 dez. 2016).

tutela jurisdicional, fornecendo respostas adequadas e eficazes por meio de parceira para todos os envolvidos.³⁹

Por sua vez, a advocacia colaborativa⁴⁰ como primeira opção aos litígios é essencial na sociedade da informação. Haja vista, que a peculiaridade do caso vai exigir estudo, flexibilidade no encontro da melhor forma de satisfazer os interesses das partes. As tentativas de extrajudicialização e de formas consensuais de solução de conflito no curso do processo⁴¹ claramente significam o resultado de pressões de grupos interessados em romper o *status quo* do sistema judiciário. O enfrentamento interno das causas de ineficiência do judiciário tem como causa o despreço à Democracia - como princípio e regra de convivência pelos profissionais da área. O que anula a maior parte das tentativas de atualização da função judicial e estipulação de alternativas.

A resistência ao estabelecimento de uma maior horizontalidade na tomada de decisões administrativas, junto com a ausência de canais de aferição institucional para aferição das posturas a respeito de teses de interesse comuns, advindas dos escalões inferiores, excluiu do grande debate a maior parcela dos magistrados jovens e do funcionalismo comprometido, bloqueando a otimização do modelo judiciário brasileiro⁴²

No entanto, a diversificação crescente e a presença cada vez mais necessária de profissionais de várias áreas – psicólogos, mediadores, assistentes sociais, etc. -, apoiando os juízes e as partes no curso dos processos, bem como, suas atuações no quadro de servidores da justiça é um fator que certamente criará influências políticas capazes de impulsionar reformas no sistema judiciário, com o objetivo de melhorar a democratização dos tribunais, a participação e a definição de novos objetivos e metas. Destacamos, nesse sentido, o sistema multiportas⁴³ que

³⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Arbitragem, Mediação e a Cláusula Escalonada*. In Carta Forense. 02.06.2014. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/arbitragem-mediacao-e-a-clausula-escalonada/13774>>. Acesso em 27 dez. 2016.

⁴⁰ “A ideia da advocacia colaborativa é criar um ambiente de cooperação em que todos possam buscar uma solução viável. Para isso funcionar, é assinado um termo de não litigância entre os advogados. Por meio desse documento, caso as partes não cheguem a um acordo e a questão tenha de ser resolvida na Justiça, os defensores são obrigados a deixar seus clientes [...]. Além de ter de declinar da causa, o advogado também está obrigado a manter sigilo sobre o que foi tratado, pois as informações das partes são compartilhadas. A restrição vale só para a causa em questão e o advogado é livre para representar outros clientes na Justiça”. (BEZERRA, Elton. *Advocacia colaborativa ganha força e adeptos no Brasil*. Conj. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-dez-07/advocacia-colaborativa-ganha-forca-adeptos-brasil>>. Acesso em: 3.12.2016).

⁴¹ Como ocorre por exemplo nas situações previstas nos Artigos 694 do novo Código de Processo Civil, *in verbis*: “Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar” (BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Institui o Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 08.10.2016).

⁴² WERNECK VIANNA, Luiz *et al.*; *Corpo e alma na magistratura brasileira*; Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1999.

⁴³ “O modelo idealizado por Frank Sander, denominado de Multidoor Courthouse System – Sistema das Múltiplas Portas, tinha como fulcro central oferecer soluções mais congruentes às peculiaridades de cada demanda, de forma mais efetiva, célere e de custo razoável. Esse sistema consiste em disponibilizar vários mecanismos de solução de conflitos para os processos trazidos ao Judiciário. O conceito tem a premissa da noção de que há vantagens e desvantagens em cada caso específico ao usar

é utilizado para encontrar a melhor solução para o caso concreto diante complexidade das relações sociais e jurídicas na sociedade da informação e do conhecimento.

A arbitragem por exemplo, representa uma alternativa extrajudicial, é bastante utilizada para disputas comerciais tanto nacionais como internacionais entre empresa nesse sentido cabe destacar: “Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória⁴⁴ e o compromisso arbitral”⁴⁵. Vale lembrar que nos termos do art. 35 da Lei de arbitragem “a sentença arbitral estrangeira para ser reconhecida ou executada no Brasil, estará sujeita à homologação do STJ.”⁴⁶

2 Direito digital e inteligência artificial: novas demandas, desafios e paradigmas para o instituto da mediação e de outros meios de resolução de conflitos.

Alguns dos paradigmas do procedimentalismo do judiciário brasileiro foram alterados quando da edição da Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006⁴⁷, a denominada Lei do Processo Eletrônico. Este dispositivo legal regulamentou os passos para a informatização do processo judicial, em primeiro pela obrigatoriedade da certificação digital dos agentes para promover a segurança das transações e, em seguida, fornecendo as linhas gerais para a operacionalização dos procedimentos a serem executados pelos recursos da tecnologia da informação e da comunicação.

Um avanço para todo o sistema judiciário que passou a utilizar importantes ferramentas disponíveis nos recursos computacionais para melhorar o acesso à justiça, a celeridade, o controle sobre o andamento dos processos, a remessa de documentos e comunicações às partes e, o controle e transparência sobre a performance dos juízes e tribunais de todas as instâncias. No entanto, o Processo Civil é uma das áreas mais fecundas do Direito, porque por seu intermédio podemos concretizar a instrumentalização necessária para a obtenção dos resultados materiais que são disponibilizados no processo⁴⁸.

um ou outro processo de resolução de disputas, sendo que a existência de várias possibilidades é a situação ideal”. (SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUZA, Mariana Almeida de. *O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro*. Direitos Fundamentais & Justiça. Ano 5, nº 16. 2011. Disponível em: <http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf>. Acesso em 27.12.2016. p. 207)

⁴⁴ “Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. (BRASIL, Lei 9307/96)

⁴⁵ BRASIL. *Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília (DF). 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 30.10.2016.

⁴⁶ BRASIL. *Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília (DF). 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 30.10.2016.

⁴⁷ BRASIL. *Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006*. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília (DF): Presidência da República, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 25.10.2016.

⁴⁸ O processo pode ser compreendido como método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica. (DIDIER JR., Didier. *Curso de direito processual civil*:

A linguagem jurídica desenvolvida pelo homem, no sentido de executar a mediação entre os seres humanos e suas relações em sociedade precisa alcançar uma ordem jurídica capaz de garantir o acesso à justiça⁴⁹. Assim, o Direito está em uma encruzilhada, por um lado a adoção de formas de autocomposição minimizam a presença do Estado/Juiz, as questões relativas às demandas criadas pelo Marco Civil da Internet, do Direito Digital, etc., e, por outro lado, a adoção de novas tecnologias como a da inteligência artificial capaz de viabilizar o “poder cibernético judicante”⁵⁰.

No século XXI o capitalismo eletrônico-informático é a força motriz da globalização. Esse tipo de globalização provoca, cada vez mais, a compressão do espaço e do tempo. A *internet* e a *televisão a cabo* permitem a simultaneidade de informação e, com isso, provocam o aniquilamento do tempo[...]. Um dos efeitos [...] é aproximar culturas tidas como diferentes⁵¹

A aproximação de culturas exige novas regulamentações, o Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de Abril de 2014)⁵², por exemplo, normatizou vários direitos e deveres relativos à questões da web e, por conseguinte, do Direito Digital⁵³ (dispositivos estes que deverão ser interpretados numa sistemática à luz dos princípios constitucionais), a exemplo da propriedade intelectual⁵⁴, do direito à

introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador, BA: Editora Jus Podivm, 2015. p. 30)

⁴⁹ “É, portanto, na estrutura do sistema processual que habita a peça central operacional da Justiça, o Estado/Juiz, responsável por mediar o Direito, dando ao sistema organicidade e coesão para sua efetiva funcionalidade[...]”. (SANTOS, Fabio Marques Ferreira; *O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça: poder cibernético judicante - O direito mediado por inteligência artificial*. Tese de Doutorado; Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7088>. Acesso em: 07.10.2016. p. 15)

⁵⁰ SANTOS, Fabio Marques Ferreira; *O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça: poder cibernético judicante - O direito mediado por inteligência artificial*. Tese de Doutorado; Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7088>. Acesso em: 07.10.2016.

⁵¹ ASSIS, Olney Queiroz; *Manual de Antropologia Jurídica*; São Paulo, SP: Saraiva, 2011. p. 429.

⁵² BRASIL *Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014*. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília (DF): Presidência da República, 2014. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em 25.10.2016.

⁵³ “[...] compreender o direito digital como uma nova disciplina jurídica, com características como a transversalidade e a imprescindível aproximação a campos científicos não jurídicos, como aconteceu recentemente com o direito ambiental. Ele é composto pela incidência de normas, jurídicas e outras, no chamado ciberespaço, tanto que em inglês é comumente designado de *Cyberlaw*[...]. Propomos que o direito digital, além da internet, cuide da regulação, normativa, governamental ou não (*soft law*), de tudo que relacione às mídias eletrônicas. E que ele contemple ainda um outro aspecto, uma espécie de reverso desse que se vem mencionar, pois seria a constituição de um campo de estudo no direito que se dedique a aplicar nele os desenvolvimentos da digitalização eletrônica” (LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.); *Marco Civil da Internet*; São Paulo, SP: Atlas, 2014. p. 261)

⁵⁴ “Quando se analisam os problemas colocados pela Internet com relação à tutela do direito do autor (moral ou patrimonial), a referência à jurisprudência é de total interesse, pois de suas pronúncias podem ser extraídas indicações para uma futura disciplina da matéria. Os juízes ingleses elaboraram o conceito de *fair use* (uso correto, equitativo), para garantir dentro das leis dos direitos autorais, uma razoável mediação com os interesses públicos e sociais, um direito que não é do autor, mas do leitor, e sua aplicação poderá tornar-se extremamente útil. Nos EUA, a *National Information Infrastructure* propõe a aplicação do *fair use* na Internet, que permitiria o acesso gratuito a informação da mesma forma como

intimidade, da tutela da dignidade da pessoa humana no ambiente digital, do direito de exclusão definitiva de dados pessoais divulgados por meio da web, e muitos outros, mas não regulamentou devidamente a utilização da mediação⁵⁵ e da arbitragem nacional ou internacional⁵⁶ como formas de solução de conflitos o que somente sobrecarrega os tribunais de processos e dificulta a realização de direitos e o acesso à uma justiça célere.

Muito provavelmente o que nossos legisladores não percebem com a devida clareza é que na elaboração dos códigos legais eles deveriam *a priori* seguir a prescrição de Richard Posner – “[...] é preciso comparar o mercado real com o Estado real, não o mercado real com o Estado ideal [...]”⁵⁷. Evitando desta maneira uma interminável demanda por novas legislações que corrijam textos legais cheios de imperfeições ou descolados da realidade.

Apesar de não haver dúvidas quanto à possibilidade de distinção, sempre surgem problemas quando perguntamos a respeito da diferença entre fundamentação e aplicação de normas, bem como das consequências que devem ser apreendidas no caso em análise. Porém, a diferença essencial entre a fundamentação e a aplicação de uma norma é que, nesta, temos a sua conveniência enquanto que, naquela, de sua validade. E a conveniência de uma norma pode ser definida tendo em vista uma situação de aplicação determinada⁵⁸. Assim, poderíamos aproveitar todo o potencial em editar normas que as ciências da informática podem fornecer para melhorar os serviços do sistema judiciário e de outras áreas da administração pública.

Na visão de Pinheiro (2013) é possível utilizarmos o instituto da arbitragem em questões relacionadas ao Direito Digital, quer seja na esfera nacional quer em conflitos de âmbito internacional, já que existe amparo legal fornecido pela Lei n. 9.307, bem como pelos Artigos 850 a 852 do Código Civil que não revogou aquele dispositivo legal.⁵⁹ Sem dúvida, o Estado deverá ter uma

ocorre nas bibliotecas ou livrarias onde se permite a consulta de livros sem o compromisso de sua aquisição. Fundamentado nesse princípio nasce na doutrina o conceito de *copyleft*, que se opõe ao conceito de *copyright*. Em decorrência desse novo elemento, a distribuição da informação deverá ser generosa, as ideias deverão circular gratuitamente e ser endereçadas especialmente as escolas, a educação, aos países em desenvolvimento, a fim de reduzir as distancias entre quem tem e quem não tem acesso a informação[...]”. (PAESANI, Liliana Minardi; *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*; -6.ed.-; São Paulo, SP: Atlas, 2013. p.56).

⁵⁵ O CNJ lançou o sistema de Mediação Digital que permite acordos, celebrados de forma virtual, de partes do processo que estejam distantes fisicamente, como, por exemplo, entre consumidores e empresas. Esses acordos podem ser homologados pela Justiça, se as partes considerarem necessário. (BRASIL. *Mediação e Conciliação, qual a diferença? Brasília. 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoef/conciliacao-mediacao>>*. Acesso em 22.07.2016).

⁵⁶ “De certo modo, podemos afirmar que o Marco Civil afasta e muito a possibilidade de solução de conflitos amigavelmente, visto que torna tudo exigível por ordem judicial, conforme previsto nos artigos 10, 13, 15 e 22. Ademais, o artigo 19, parágrafo terceiro, atrai para o Juizado Especial de Pequenas Causas o ônus de julgar os casos que envolvam remoção de conteúdo na web. Imaginem o impacto disso no Judiciário, visto que em momento algum o Marco Civil tratou sobre a necessidade de se criar uma vara especializada para tratar desses temas novos e da aplicação da própria lei nova” (LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.); *Marco Civil da Internet*; São Paulo, SP: Atlas, 2014. p. 96-97)

⁵⁷ POSNER, Richard A.; *Para além do direito*; São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009. p. 432

⁵⁸ ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

⁵⁹ “[...] para o Direito Digital não existe melhor forma de resolução de conflitos que o uso dos mecanismos legais de arbitragem e mediação. As vantagens do juízo arbitral vêm ao encontro das

melhor adaptação às demandas criadas pela sociedade da informação⁶⁰, construindo passo a passo um senso de justiça que atendam às necessidades das pessoas, cada vez mais inseridas no mundo digital e, mais e mais conscientes de seus direitos e deveres.

Chaïm Perelman defende a ideia de que é um exercício ilusório pensarmos em todas as acepções possíveis que o termo justiça adquiriu na atualidade, e faz uma rica preleção acerca de pelo menos seis questões que são normalmente levantadas pelos estudiosos contemporâneos quando discutem este tema. “[...] 1. A cada qual a mesma coisa; 2. A cada qual segundo seus méritos; 3. A cada qual segundo suas obras; 4. A cada qual segundo suas necessidades; 5) A cada qual segundo sua posição; 6) A cada qual segundo o que a lei lhe atribui [...]”⁶¹. Notamos, na discussão que estas questões são carregadas de paradoxos, estando cada uma delas sujeita a determinadas reservas quando confrontadas face a face umas com as outras.⁶²

Decerto que o resultado só pode ser um conceito de justiça cujo preenchimento de conteúdo tem de ser deixado em aberto. O que é comum a todas as formulações mencionadas seria a ideia de que ser justo significa um igual tratamento para todos os seres que são, sob determinada perspectiva, iguais, que apresentam a mesma índole. A este respeito permanece em aberto em que perspectiva se devem identificar aqueles que devem ser tratados identicamente. Expresso doutro modo: a justiça formal ou abstracta deixa-se assim definir como um privilégio de acção, segundo o qual os seres da mesma categoria antológica devem ser tratados do mesmo modo[...]. Estas categorias não poderiam, contudo ser determinadas sem uma certa escala de

necessidades geradas pelas novas formas de relacionamento na sociedade digital, principalmente no tocante à celeridade dos processos e ao conhecimento específico envolvido em cada caso... Observamos que, quanto à aplicabilidade, a área que mais necessita de arbitragem nas questões de Direito Digital é, talvez, a das transações comerciais, ou seja, os contratos de e-commerce (ressaltamos também importância da arbitragem para as questões de disputa de domínio). Ora, como a arbitragem permite que as partes não só definam a jurisdição, uma vez que a arbitragem pode ser também internacional, mas também a legislação aplicável ao caso, a inclusão de uma cláusula arbitral nos contratos eletrônicos seria a melhor maneira de resolver eventuais litígios” (PINHEIRO, Patrícia Peck; *Direito digital*; -5.ed.-; São Paulo, SP: Saraiva, 2013, p. 287).

⁶⁰ “Com efeito, na Sociedade da Informação a pessoa é primeiramente representada por informações, ou seja, conhecida por dados, números, rotinas de compras e gastos, na forma de textos, imagens, sons e dados registrados. Esta nova percepção do indivíduo, como um ser informacional, passa a reclamar a proteção da privacidade, notadamente por se tratar de um direito fundamental de primeira grandeza, reconhecido como direito de personalidade, com caracteres de indisponibilidade, intransmissibilidade, inalienabilidade e imprescritibilidade. [...] O problema se amplia diante do instrumental existente na Sociedade da Informação, e em virtude destas inúmeras inovações tecnológicas permitem que qualquer indivíduo possa ser vigilante dos que o cercam, quando munido de dispositivo e equipamentos cada vez mais potentes e invasivos, a exemplo: dos celulares, dos tablets, das câmeras e de gravadores de sons” (DE MARCO, Crithian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (orgs.); *Teoria geral e mecanismo de efetividade no Brasil e na Espanha*: Tomo I. Série Direitos Fundamentais Civis Joaçaba, SC: Editora Unoesc, 2013).

FORST, Rainer. *Contextos da justiça*: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010. p.143-144.

⁶¹ Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*; -1.ed.-; São Paulo, SP: Martins Fontes, 1996, p. 9.

⁶² Cf. PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*; -1.ed.-; São Paulo, SP: Martins Fontes, 1996.

valores, e esta seria, por sua vez, dependente da visão pessoal do mundo de cada um ⁶³

E é esta visão pessoal do mundo que influencia os intérpretes da lei que a cibernética⁶⁴ e/ou as ciências computacionais tentam captar por meio da inteligência artificial, para criar no futuro próximo a estrutura de ação do poder cibernético judicante. Sistemas estruturados para mineração de dados (*data mining*) já utilizam muitos dos fundamentos da Inteligência Artificial para tratar um grande volume de dados em aplicações de policiamento preventivo, análise de arquivos criminais, monitoramento de suspeitos, etc.⁶⁵ Da mesma forma, para a prospecção de citações de fatos jurídicos e princípios utilizados em julgamentos passados, utilizados na argumentação em cortes de países que adotam o sistema da *commom law*, com o intuito de requerer isonomia de julgamento.

Uma espécie de trabalho extenuante quando realizado por seres humanos especializados, mesmo que bem treinados para tanto, e que sistemas computacionais apoiados por Inteligência Artificial potencialmente poderiam atingir acurácia entre 79% a 89% de precisão⁶⁶. O que nos faz expandir os horizontes à necessidade de novas formas de interpretação jurídica, relacionadas aos temas que são apresentados à sociedade digital interconectada pela web.^{67, 68}

⁶³ LARENZ, Karl; *Metodologia da ciência do direito*; -3ª.ed.-, Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p.243

⁶⁴ Este termo ganhou notoriedade ao ser utilizado na obra de Nobert Wiener, matemático que lecionou no Instituto de Tecnologia de Massachussets (M.I.T). “Desde o fim da Segunda Guerra Mundial, venho trabalhando nas muitas ramificações da teoria das mensagens. Além da teoria da transmissão de mensagens da engenharia elétrica, há um campo mais vasto que inclui não apenas o estudo da linguagem mas também o estudo das mensagens como meios de dirigir a maquinaria e a sociedade, o desenvolvimento de máquinas computadoras e outros autômatos que tais, certas reflexões acerca da psicologia e do sistema nervoso, e uma nova teoria conjectural do método científico. Esta mais vasta teoria das mensagens é uma teoria probabilística[...]. Cibernética...da palavra grega *kubernetes*, ou piloto, a mesma palavra grega de que eventualmente derivamos nossa palavra governador [...]” (WIENER, Nobert; *Cibernética e sociedade*: o uso humano de seres humanos; 2.ed. São Paulo, SP: Editora Cultrix, 1968. p. 15).

⁶⁵ NETTEN, Niels *et al.*; The Rise of Smart Justice: on the Role of AI in the Future of Legal Logistics; *Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence* (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em: <http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>. Acesso em 14.10.2016.

⁶⁶ Segundo demonstram os estudos de SHULAYEVA, Olga; SIDDHARTHAN, Advait; WYNER, Adam. Recognizing Cited Facts and Principles in Legal Judgements; *Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence* (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em: <http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>. Acesso em 14.10.2016.

⁶⁷ “No âmbito da ciência do direito, a tentativa de, com auxílio do instrumento da lógica moderna, chegar a novos conhecimentos há muito não é mais nada de novo. Uma área, na qual a aplicação da lógica moderna particularmente se sugere, é a análise lógica dos fundamentos de decisão jurídicos realmente expostos em conjunto. Tanto mais deve causar surpresa que esse campo até em tempo mais recente mal foi trabalhado. Um método para tais análises não existe (ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18).

⁶⁸ “A ideia de ‘autômatos juízes’ ou de ‘subsunção automática’ já é relativamente antiga. Desemboca hoje nos ‘sistemas periciais’ ou nos ‘sistemas baseados no conhecimento’ no domínio do direito. Neste domínio, um objetivo importante, senão o mais importante, é a ‘segurança do direito’. Possivelmente, os esforços feitos (e o seu fracasso) quanto aos processos de subsunção automatizados dizem mais sobre as ideias que os juristas têm sobre a decisão do que sobre as possibilidades da utilização do computador nesta área [...] Tentou-se aí, na aplicação do esquema de subsunção ‘clássico’, especificar e definir

Por influência do positivismo jurídico a ciência jurídica configurou-se como saber dogmático. É óbvio que o estudo do direito não se reduz a esse saber. Assim, embora o jurista seja um especialista em questões dogmáticas, é também, em certa medida, um especialista em questões zetéticas, visto que, diante da alta complexidade que o mundo contemporâneo imprimiu aos problemas jurídicos, muitas vezes, precisa abordar e enquadrar o tema não apenas nos seus aspectos jurídicos, mas também nos seus aspectos antropológicos, econômicos, sociológicos, políticos, filosóficos, éticos, históricos, etc.⁶⁹

Os aspectos relacionados à interpretação dos códigos legais, dúbios e cheios de nuances, ainda é uma dificuldade que precisa ser vencida. Boa parte da legislação proporciona uma considerável liberdade de julgamento ao juiz, como por exemplo, o de fixar a extensão do dano financeiro para compensar um certo delito, ou de determinar a sentença em um caso envolvendo um crime.⁷⁰ Muito embora, os juízes utilizem em casos parecidos, as regras são flexíveis ao ponto de podermos afirmar que não existem casos iguais. Juntemos a questão em análise o fato de que a lei não é apenas um mero conceito no interior de um sistema axiomático, mas também possui objetivos sociais que devemos levar em conta quando da sua interpretação e/ou aplicação⁷¹. Outra barreira percebida⁷², diz respeito ao senso comum, que é utilizado para esclarecer fatos em determinadas situações de julgamento.

Os sistemas de informações têm dificuldade em lidar com conceitos e raciocínios fundamentados no senso comum. Em suma, quando temos em mente a aplicação da lei pela simples utilização da lógica, desconsideramos fenômenos como a empatia, e equidade que devem ser utilizados nos julgamentos com vistas à justiça material. A modelagem computacional envolvendo os aspectos discutidos são apresentados como uma tarefa difícil, pois a entrada de dados nos sistemas de informação quase sempre necessita do prévio julgamento humano⁷³.

O ato de julgar não é uma tarefa simples exigindo a aplicação da norma ao caso concreto. Ao mesmo tempo a sociedade em rede exige o uso da técnica a serviço das partes como no negócio processual, na conciliação, na mediação, aliada à sensibilidade, flexibilidade em lidar com interesses conflitantes de forma menos

conceitos relativos aos factos, de modo a construir um tipo de árvore de conceitos, na qual pudessem juntar ainda, os conceitos a ele relativos” (KAUFMANN E HASSEMER, 2009, p. 577).

⁶⁹ ASSIS, Olney Queiroz; *Manual de Antropologia Jurídica*; São Paulo, SP: Saraiva, 2011. p. 479

⁷⁰ Cf. PRAKKEN, Henry. On how AI & law can help autonomous systems obey the law: a position paper. Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em: <http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>. Acesso em 14/10/2016.

⁷¹ PRAKKEN, Henry. On how AI & law can help autonomous systems obey the law: a position paper. Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em: <http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>. Acesso em 14/10/2016.

⁷² PRAKKEN, Henry. On how AI & law can help autonomous systems obey the law: a position paper. Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em: <http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>. Acesso em 14/10/2016.

⁷³ PRAKKEN, Henry. On how AI & law can help autonomous systems obey the law: a position paper. Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em: <http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>. Acesso em 14/10/2016.

burocrática, célere, no âmbito judicial ou extrajudicial, a partir de valores próprios da dinâmica social na pós-modernidade.

A dinâmica da sociedade, o novo que emerge sem cessar da subterraneidade da vida social pontua a necessidade de resignificação do Direito, de atualização de seu sentido conforme as demandas de Justiça presentes no imaginário social. O sentimento de justiça e a luta para a sua realização constitui elemento em torno do qual se produz agregação social. O social aparece como elemento fundacional do fenômeno jurídico, ao mesmo tempo em que o Direito vai influenciar na formação da consciência da sociedade sobre o justo⁷⁴.

Portanto, relações jurídicas exige novos olhares e técnicas que permitam soluções de conflitos - a exemplo da Resolução Online de Litígios de baixa intensidade dentro da lógica da sociedade em rede - no âmbito do Direito Internacional Privado⁷⁵ diante da pluralidade normativa e seu alcance. Então emerge o desafio de “[...] estabelecer um modelo de regulação online de litígios que enfrente o caráter ubíquo e desterritorializado do ciberespaço”⁷⁶

Os modos de Resolução Online de Litígios (ODR) demonstram que é possível construir sistemas de solução de conflitos que estejam dissociados do Direito interno dos Estados. Essa dissociação, contudo, jamais será absoluta. E não se pode pretender que o seja. Mas não se pode olvidar que ao menos uma constatação assume ares de verdade, ainda que provisória. A melhor maneira de regular os conflitos que se originam nas redes numéricas é fazendo uso dos recursos que a tecnologia de informação e comunicação põe à disposição.⁷⁷

A utilização conjugada de técnica cognitiva, tecnologia da informação e comunicação, e a inteligência artificial podem servir de meios de condução, em

⁷⁴ DIAS, Maria da Graça dos Santos. *A Utopia do Direito Justo*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/008.pdf>>. Acesso em: 09.03.2017. p. 15

⁷⁵ As redes numéricas impõem uma alteração fundamental no objeto do Direito Internacional Privado, cada vez mais internacionalizado, e na sua relação com o Direito interno dos Estados. A aplicação de uma norma estatal interna a um conflito originado na Internet pode não atender às reais expectativas dos contratantes. O Direito Internacional Privado, inicialmente um direito de remissão, de determinação da lei aplicável às relações jurídicas multiconectadas, transforma-se para dar guarida a uma pluralidade normativa que não mais está centrada no Estado como única instância de enunciação de normas. Não se trata mais de indicar a norma jurídica que melhor convenha, nos moldes da glosa arcusiana, mas de considerar uma pluralidade de fontes normativas que não necessariamente irão remeter a solução do litígio para um direito estatal. (AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. A Resolução Online de Litígios (ODR) de Baixa Intensidade e seus Reflexos no Direito Internacional Privado: Uma Análise da Normatividade Polissêmica das Redes Numéricas. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Ano XVI. nº 27. Novembro 2016. p.93)

⁷⁶ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. A Resolução Online de Litígios (ODR) de Baixa Intensidade e seus Reflexos no Direito Internacional Privado: Uma Análise da Normatividade Polissêmica das Redes Numéricas. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Ano XVI. nº 27. Novembro 2016, p. 79.

⁷⁷ AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. A Resolução Online de Litígios (ODR) de Baixa Intensidade e seus Reflexos no Direito Internacional Privado: Uma Análise da Normatividade Polissêmica das Redes Numéricas. *Revista Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*. Ano XVI. nº 27. Novembro 2016, p. 94.

pouco tempo, no sentido de estabelecer novos patamares de efetividade do Direito e da Justiça⁷⁸.

Essa nova geração há de estabelecer uma nova pauta para o Direito e para a Justiça, a partir de uma base de conhecimento, de conceitos, princípios, regras e postulados ainda não vistos. É uma sociedade em que a tecnologia passa a predominar e a reescrever e a escrever suas bases cognitivas à luz de uma caneta sem tinta e uma reprodução sem impressão e sem papel. Surge, assim, uma nova geração que caminha para uma acessibilidade participativa de dados e informações jurídicas viabilizada pela seara da Inteligência Artificial, fomentando, com isso, o cumprimento dos preceitos estabelecidos na carta política Constitucional já outrora plasmada pela discutida bandeira da acessibilidade da Justiça⁷⁹.

A sociedade em rede, no seu dinamismo, necessita das formas alternativas de composição de conflitos, em que as partes sejam sujeitos, diante da complexidade das relações sociais, jurídicas e respectivos interesses, por meio de instrumentos democrático-participativos pela via judicial e extra com vistas a uma ordem jurídica justa.

Considerações Finais

Concluimos afirmando que os meios consensuais de resolução dos conflitos são relevantes alternativas à burocracia do judiciário brasileiro na sociedade da informação e comunicação. Especialmente por ser valioso instrumento fomentador de uma cultura de paz, pois atende aos anseios de acesso à justiça pela celeridade, segurança jurídica e eficiência. Haja vista está em sintonia com os valores e princípios democráticos constitucionalmente assegurados na sociedade globalizada, como verdadeiros frutos e fontes de direito da pujante revolução técnico-científica e informacional. A exemplo da advocacia colaborativa, da cláusula escalonada, do sistema multiportas, da resolução online de litígios com vistas a uma ordem que seja justa, equânime, com vistas à construção de uma sociedade livre e solidária.

Destacamos os meios alternativos de solução de conflitos para a formação de uma ordem jurídica justa mediante o atendimento dos interesses das partes e formação de uma cultura da cooperação com meios mais céleres e efetivos do acesso à justiça e que contribuam para desafogar o judiciário. Portanto, a tecnologia pode ser uma aliada a exemplo do peticionamento eletrônico, da informatização do judiciário.

⁷⁸ Cf. SANTOS, Fabio Marques Ferreira; *O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça: poder cibernético judicante - O direito mediado por inteligência artificial*. Tese de Doutorado; Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7088>. Acesso em 07.10.2016.

⁷⁹ SANTOS, Fabio Marques Ferreira; *O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça: poder cibernético judicante - O direito mediado por inteligência artificial*. Tese de Doutorado; Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7088>. Acesso em 07.10.2016, p. 205.

No processo de desjudicialização é necessário pensarmos nos meios alternativos de solução de litígios, entre os quais a mediação, em virtude da busca pela paz interior, pela não violência, no melhor entendimento dos desejos das partes. Estamos no plano dos sentimentos, emoções, realidades de vidas, da liberdade.

Finalizando, o uso da Inteligência Artificial é relevante instrumento no auxílio do julgador, como também, no ambiente da mediação, conciliação e arbitragem, imprescindíveis para desafogar o sistema judiciário brasileiro. Há trinta anos os computadores pessoais vêm evoluindo e disponibilizando informações, dados e programas praticamente impensáveis. Portanto, as tecnologias podem nos ajudar a viver numa sociedade (nesse sentido não defendemos a substituição dos juízes por máquinas, haja vista cabe ao julgador uma interpretação a partir do caso concreto), capaz não apenas de realizar efetivamente seus direitos, mas como facilitadora à realização da justiça material.

Referências

ALEXY, Robert. **Direito, razão, discurso**: estudos para a filosofia do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório. **A Resolução Online de Litígios (ODR) de Baixa Intensidade e seus Reflexos no Direito Internacional Privado**: Uma Análise da Normatividade Polissêmica das Redes Numéricas. *Revista Direito e Justiça (Reflexões Sociojurídicas)*. Ano XVI. Nº 27. p. 77-98. Novembro 2016.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. **A Mediação como experiência de humanização do direito na pós-modernidade**: inquietações a partir do pensamento complexo. Disponível em: <<http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/1645/1307>>. Acesso em 09.03.2017. p. 12

ASSIS, Olney Queiroz; **Manual de Antropologia Jurídica**; São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

BEZERRA, Elton. **Advocacia colaborativa ganha força e adeptos no Brasil**. Conjur, 2013. Disponível em:<<http://www.conjur.com.br/2013-dez-07/advocacia-colaborativa-ganha-forca-adeptos-brasil>>. Acesso em: 31.12.2016

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca Bittar. **O direito na pós-modernidade**. Revista Seqüência, n. 57, p. 131-152, dez. 2008. p. 145. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p131/13642>>. Acesso em: 12.03.2017.

BRASIL. **Mediação Digital**. Conselho Nacional de Justiça. 2017. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>. Acesso em 14.02.2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça; Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*; -5ª.ed-; Brasília, DF: CNJ, 2015.

_____. **Mediação e Conciliação, qual a diferença?** Brasília. 2016. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/conciliacao-mediacao>>. Acesso em: 22.07.2016.

_____. **Constituição Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 08.10.2016.

_____. **Lei 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 27.10.2016.

_____. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Institui o Novo Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 08.10.2016.

_____. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília (DF): Presidência da República, 2014. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 25.10.2016.

_____; **Lei n. 11.419, de 19 de dezembro de 2006.** Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Brasília (DF): Presidência da República, 2006. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 25.10.2016.

_____. **Lei n. 9307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Brasília (DF): Presidência da República, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 30.10.2016.

_____. **Resolução nº 125 do Conselho nacional de Justiça –CNJ.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_repubblicacao_resolucao_n_125.pdf>. Acesso em: 08.10.2016.

CANTO-SPERBER, Monique. **Dicionário de Ética e Filosofia Moral.** Volume II. São Leopoldo, RS: Editora Unisinos, 2007.

CARVALHO, Olavo de; **O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota** [recurso eletrônico]; -1.ed.-; Rio de Janeiro, RJ: Record, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito & Democracia:** ideologia, crise e prospectiva. Boletim de Ciências Económicas (homenagem ao Prof. Dr. António José Avelãs Nunes). Orgs. Luís Pedro Cunha; José Manuel Quelhas; Teresa Almeida. Vol. LVII, Tom. I, Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Impactum Coimbra University Press. 2014. Disponível em: <<https://digitalis->

dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/39843/1/Direito%20e%20democracia.pdf >. Acesso em 12.03.2017. DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-1_36 p. 1324-1325

DE MARCO, Crithian Magnus; PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; STEINMETZ, Wilson (orgs.); **Teoria geral e mecanismo de efetividade no Brasil e na Espanha**: Tomo I – Série Direitos Fundamentais Cíveis Joaçaba, SC: Editora Unoesc, 2013.

DIAS, Maria da Graça dos Santos. **A Utopia do Direito Justo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/008.pdf>>. Acesso em: 09.03.2017.

DIDIER JR., Didier. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador, BA: Editora Jus Podivm, 2015.

FORST, Rainer. **Contextos da justiça**: filosofia política para além do liberalismo e comunitarismo. São Paulo: Boitempo, 2010.

FREITAS, Juarez. **A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro**: como lidar com os automatismos mentais. Revista da AJURIS.v. 40. n. 130. Junho de 2013.

KAUFMANN, A.; HASSEMER, W.; **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**; Lisboa (Portugal): Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2005.

LARENZ, Karl; **Metodologia da ciência do direito**; -3ª.ed.-, Lisboa, Portugal: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, George Salomão; LEMOS, Ronaldo (coord.); **Marco Civil da Internet**; São Paulo, SP: Atlas, 2014.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Arbitragem, Mediação e a Cláusula Escalonada**. In Carta Forense. 02.06.2014. Disponível em<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/arbitragem-mediacao-e-a-clausula-escalonada/13774>>. Acesso em: 27.12.2016.

NALINI, José Renato. **A rebelião da toga**. Campinas, SP: Editora Millennium, 2008.

NETTEN, Niels *et al.*; The Rise of Smart Justice: on the Role of AI in the Future of Legal Logistics; **Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence** (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em<<http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>>. Acesso em 14.10.2016.

OLIVEIRA, Gláucia Fontes de. **A valorização das formas paraestatais de resolução de conflitos**: um novo enfoque de acesso à justiça. São Paulo, SP: Ed. Baraúna, 2014.

OLIVEIRA, Pablo Camarço. **Teoria da Justiça de John Rawls**. Tensão entre Procedimentalismo Puro Universalismo e Procedimentalismo Perfeito Contextualismo; Curitiba, PR: Editora Juruá, 2015.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de; ARAÚJO FILHO, Clarindo Ferreira. **A Crise do Estado e a desjudicialização**: entre o imobilismo e a busca por uma ordem jurídica justa. Brasília: Conpedi, 2016. Disponível em<<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/3z3f9fv8/PBVbx76BjS0doNz7.pdf>>. Acesso em 28.12.2016.

PAESANI, Liliana Minardi; **Direito e Internet**: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil; -6.ed.-; São Paulo, SP: Atlas, 2013.

PELIZZOLI, Marcelo (org.). **Cultura de paz**: restauração e direitos; Recife, PE: Ed. Universitária da UFPE; 2010.

PERELMAN, Chaim. **Ética e Direito**; -1.ed.-; São Paulo, SP: Martins Fontes, 1996.

PINHEIRO, Patrícia Peck; **Direito digital**; -5.ed.-; São Paulo, SP: Saraiva, 2013.

POSNER, Richard A.; **Para além do direito**; São Paulo, SP: Martins Fontes, 2009.

PRAKKEN, Henry. On how AI & law can help autonomous systems obey the law: a position paper. **Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence** (ECAI 2016); The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em:<<http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>>. Acesso em: 14.10.2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2008.

ROSENBERG, Marshall B.; **Comunicação não-violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais; São Paulo, SP: Ágora, 2006.

RUSSEL, Stuart; NORVIG, Peter; **Inteligência Artificial**; Rio de Janeiro, RJ: Elsevier, 2013.

SADEK, Maria Teresa (org.). **O sistema de justiça**. Rio de Janeiro, RJ: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010.

SALES, Lília Maia de Moraes; SOUZA, Mariana Almeida de. **O Sistema de Múltiplas Portas e o Judiciário Brasileiro**. *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 5, nº 16. 2011. Disponível

em<http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/16_Dout_Nacional_7.pdf>. Acesso em: 27.12.2016.

SANTOS, Fabio Marques Ferreira; **O limite cognitivo do poder humano judicante a um passo de um novo paradigma cognitivo de justiça**: poder cibernético judicante - O direito mediado por inteligência artificial. Tese de Doutorado; Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, SP, Brasil, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7088>. Acesso em 07.10.2016.

SARMENTO, Leonardo. **Controle de constitucionalidade e temáticas afins**: com inferências e cognições articuladas no novo CPC em capítulos exclusivos. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2015.

SCHMIDT, Eric; COHEN, Jared; **A nova era digital**: como será o futuro das pessoas, das nações e dos negócios; Rio de Janeiro, RJ: Editora Intrínseca, 2013.

SHULAYEVA, Olga; SIDDHARTHAN, Advait; WYNER, Adam. Recognizing Cited Facts and Principles in Legal Judgements; **Workshop at the 22nd European Conference on Artificial Intelligence (ECAI 2016)**; The Hague, The Netherlands, August 30, 2016. Disponível em: <http://www.ecai2016.org/content/uploads/2016/08/W2-ai4j-2016.pdf#page=46>. Acesso em 14.10.2016.

SOUSA, Jessé. **Ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte, MG: UFMG, 2009.

SOUZA FILHO, Rubens Araujo Menezes de. **Os donos das ideias**: história e conflitos do direito autoral, do copyright e das patentes na crise contemporânea do capital. 2014. Tese (Doutorado em História Social) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Acesso em: 06.10.2016.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Modelos de Peças no Novo CPC**; São Paulo, SP: Editora Forense Jurídica - Grupo Gen, 2016.

TEUBNER, Günther. O direito diante de sua lei: sobre a (im) possibilidade de autorreflexão coletiva da modernidade jurídica. **Revista de Direito da Universidade de Brasília.**, volume 1, número 1, janeiro-junho de 2014. Brasília, DF: UNB, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 26.

WERNECK VIANNA, Luiz *et al.*; **Corpo e alma na magistratura brasileira**; Rio de Janeiro, RJ: Revan, 1999.

WIENER, Nobert; **Cibernética e sociedade**: o uso humano de seres humanos; - 2.ed.-; São Paulo, SP: Editora Cultrix, 1968.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça; São Paulo, SP: Palas Athena, 2008.

Recebido em 17 de janeiro de 2017

Aceito em 30 de março de 2017

DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA: ESTUDOS CRÍTICOS SOBRE O PAPEL DO DIREITO NO CENÁRIO POLÍTICO ATUAL

HUMAN RIGHTS AND SOVEREIGNTY: CRITICAL STUDIES ON THE ROLE OF LAW AND POLITICAL LANDSCAPE

*Daniel Carneiro Leão*¹
*João Paulo Allain Teixeira*²
*Fernando Da Silva Cardoso*³

Resumo: Este artigo apresenta reflexões sobre a temática de direitos humanos relacionada com a soberania, em especial, a indagação acerca do papel contraditório do direito no cenário político atual. A análise foi feita a partir de estudos da teoria crítica do direito e da filosofia política, principalmente, aqueles realizados sob o viés da *critical legal thinking* e os trabalhos de Costas Douzinas. Propõe-se nesse trabalho delimitar os contornos filosófico-políticos para a investigação dos direitos humanos e seus paradoxos, ao relocar a problemática da realização desses direitos e sua importância para a política e a manutenção da ordem social. Nesse contexto, serão apresentados os limites e as possibilidades sobre como pensar os direitos humanos em meio à conjuntura jurídico-política atual, ao levar em consideração a afirmação de autoridade, as práticas políticas e o direito, sobretudo, a captura dos modos de pensar e de viver nos contornos das democracias liberais e da ordem internacional. Assim, é feita investigação do problema da soberania e seus desdobramentos, quanto a dinâmica política e relações de poder determinantes à concepção prevalente de direitos humanos.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Teoria Crítica do Direito. Filosofia Política. Soberania.

Abstract: This article reflects on human rights and sovereignty, in particular, on the role of law in our current political scenario. The analysis was made according to studies of critical legal theory and Costas Douzinas works. It is proposed to delimit the philosophical contours for an investigation of human rights and its paradoxes, while addressing the

¹ Doutorando em Direito da PUC-RIO e Mestre em Jurisdição e Direitos Humanos pela UNICAP/PE, tendo feito Mestrado-Sanduiche na UNISINOS/RS. Membro dos Grupos de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Democracia e Constitucionalização de Direitos e Pós-colonialidade e Integração Latino-Americana, Teoria Crítica do Direito, vinculados, respectivamente, a UNICAP, a UNILA e a UERJ. E-mail: danielromaguera@hotmail.com.

² Professor dos cursos de mestrado e doutorado dos Programas de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (PPGD/UNICAP) e da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (CCJ/UFPE) e Professor da graduação na Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Doutor e Mestre em Direito pela UFPE. Consultor "ad hoc" do Ministério da Educação. Mestre em *Teorias Críticas Del Derecho* pela Universidade Internacional de Andalucía com a orientação do Prof. Joaquín Herrera Flores. jpallain@hotmail.com

³ Doutorando em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2016). Mestre em Direitos Humanos - Universidade Federal de Pernambuco (2015). Professor Assistente da Universidade de Pernambuco. Membro do Núcleo de Estudos e Pesquisas de Educação em Direitos Humanos da UFPE. Pesquisador do Grupo de Pesquisas sobre Democracia, Gênero e Direito (PUC-Rio/CNPq), de Educação em Direitos Humanos, Diversidade e Cidadania (UFPE/CNPq), Movimentos Sociais, Educação e Diversidade na América Latina (UFPE-CAA/CNPq) e do Diversiones - Grupo de Pesquisa sobre Direitos Humanos, Poder e Cultura em Gênero e Sexualidade (UFPE-CNPq). E-mail: cardosodh8@gmail.com.

problematic of its fulfillment and its protagonism for establishing social policy and political order. In this context, will be presented the limits and possibilities of critical thinking about Human Rights in the midst of our current juridical-political conjunction, and in the light of the contours of authority, according to dominant political practices and established law, above all, with an analysis of the problem of capture, thinking and living of liberal democracies and international order. In that sense, it is made an investigation of the problem of sovereignty and its consequences, as for the dynamic policy and decisive power relations of the prevailing conception of Human Rights.

Keywords: Human Rights. Critical Legal Theory. Political Philosophy. Sovereignty.

Sumário: Considerações Iniciais. 1 Direitos Humanos na atualidade. 2 O problema da soberania Considerações Finais. Referências

Considerações Iniciais

O presente texto traz reflexões sobre Direitos Humanos e Soberania, em especial, das contradições relacionadas ao papel que o direito cumpre na atualidade. A motivação à temática pretendida parte das contribuições da teoria crítica do direito e da filosofia política, em especial, os trabalhos de Costas Douzinas sob o viés desconstrutivista, quando investigados os direitos humanos e seus paradoxos em face da legitimação das práticas políticas contemporâneas.

Uma vez delimitada crítica aos direitos humanos e seus paradoxos na atualidade, é feita consideração do paradigma de soberania, notadamente, quanto à intensificação da operacionalidade de seus mecanismos e à formação do espaço legítimo dos direitos. A hipótese é de que, ao passo que surgem reflexões filosóficas sobre as relações de poder, o direito se estabelece como espaço prioritário do exercício de soberania.

Nesse contexto, é feita análise da soberania, conforme a expansão das possibilidades e modos soberanos, pois, muito embora se questione a dimensão da soberania dos estados em meio à crise de seus paradigmas e à criação da lei internacional, outros espaços são criados pelo e para o exercício de poder soberano.

Trata-se de um estudo de natureza bibliográfico-exploratória, instrumentalizado a partir de investigação teórica relacionada ao objeto e universo correspondentes. Ainda, no curso da argumentação construída, são feitas remissões a eventos políticos elucidativos das reflexões críticas apresentadas.

1 Direitos Humanos na atualidade

Direitos Humanos – liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana⁴, etc. – são valores estruturantes da ordem internacional e fazem parte da ideologia⁵

⁴ A dignidade tem especial destaque. Para Antonio Pele (2010, p. 08): “A dignidade do ser humano representa a fundação e o horizonte das ordens política e legal das sociedades modernas ocidentais” (tradução nossa).

que norteia o mundo na atualidade⁶. Ao mesmo tempo, guerras civis, invasões neocoloniais, *dumping* social, controle das fronteiras, criminalização de imigrantes, embates étnicos, dentre outros eventos estão entrelaçados em sua afirmação (BARRETO, 2013b).

Os Direitos Humanos triunfaram em momento histórico que revela flagrantes violações a seus princípios, pois as pretensões morais de seu discurso não desfrutam concordância com a correspondente leitura empírica⁷ (HOFFMANN, 2004).

Neste artigo, busca-se investigar as contradições dos direitos humanos na contemporaneidade, sob o viés da teoria crítica e filosofia política, no tocante a relação desses direitos com a soberania. Portanto, serão questionados os paradoxos dos direitos humanos a partir da concepção política atual e às relações de poder – internas, em seu entorno, e para além de seus limites – determinantes à sua afirmação⁸.

Aqui, o que se entende por Direitos Humanos não diz respeito a um conjunto de atributos reconhecidos ao sujeito (direitos subjetivos), a normas constantes de estatutos legais (direito positivo)⁹, a ideal com base em premissas morais (por exemplo, uma nova jurisprudência de direito natural contrária à tentativa escassa do positivismo jurídico de afastar a moral do direito), a essência de humano ou a discurso político; nem se confunde com as lutas sociais contra opressões estatais e violências. Não é que sejam negadas tais feições, mas devem ser entendidas a partir de questionamentos sobre os embates sociais e suas consequências, também, como os modos de afirmação desses direitos determinam o social pelas suas práticas políticas correspondentes e dispositivos de poder¹⁰.

⁵ Segundo Douzinas (2007a, p. 20): “Os direitos humanos são a ideologia depois do fim, a derrocada das ideologias ou, para usar uma expressão em voga, a ideologia do ‘fim da história’”.

⁶ Considera-se “[...] a universalização do tema dos direitos humanos [...] um fenômeno da nossa época, que acompanha o desenvolvimento da política internacional, da economia globalizada e a evolução jurídica da matéria através do direito internacional” (DORNELLES, 2004, p. 181). Gómez (2008, p. 81) reconhece o processo de expansão dos Direitos Humanos em um recente trajeto histórico que perpassa do impulso inicial ao congelamento da guerra fria, da lenta retomada ao seu auge nos anos noventa, até as precariedades e ameaças globais crescentes ao retrocesso do pós-11 de setembro de 2001, durante 60 anos de internacionalização dos Direitos Humanos. Por outro lado, para Douzinas (2007a, p. 19-20) tais direitos “[...] são alardeados como a mais nobre criação da nossa filosofia e jurisprudência e como a melhor prova das aspirações universais da nossa modernidade, que teve que esperar por nossa cultura global pós-moderna para ter seu justo e merecido reconhecimento [...] venceram as batalhas ideológicas da modernidade”.

⁷ Ao recapitular os acontecimentos atuais, após o 11 de setembro, em meio a consequência das guerras e ocupações desastrosas do Afeganistão e Iraque, ao despertar a guerra contra o terror, a Abu Ghraib e a Baía de Guantanamo, com a experiência do hiato obscuro cada vez maior entre o Norte e o Sul e entre o pobre e o rico em todos os lugares [...] (DOUZINAS, 2007a, p. 14).

⁸ Os Direitos Humanos apenas têm paradoxos a oferecer (DOUZINAS, 2007b). É preciso relacioná-los com o legado epistemológico da modernidade atrelado à geopolítica mundial e padrões dominantes do capitalismo global (BARRETO, 2013a).

⁹ “O legalismo dos direitos anda de mãos dadas com o voluntarismo do positivismo” (DOUZINAS, 2007a, p. 28).

¹⁰ As mobilizações de resistência civil e protestos na busca por melhores condições sociais aos oprimidos, excluídos e submissos à ordem dominante não se confundem com os direitos humanos aqui tratados. As pautas de movimentos sociais de esquerda e embates sociais, com o clamor por Direitos Humanos, se opõem a categoria ocidental de direitos humanos aqui criticada. Tais incursões enfatizam a possibilidade dos direitos humanos diante de suas contradições, em oposição a ideologia prevalente desses direitos, conforme remete a ordem internacional, nacionalismo, exclusão social, violência constitucional, humanismo, etc. De tal modo, a crítica do que se denomina de direitos humanos neste

Assim, não são nos limites das determinações apresentadas acima que é possível entender a categoria direitos humanos e como essa se constitui, pelo contrário, muitas vezes, trazem efeitos e aporias que tentam negar ou dissimular as relações determinantes a realização desses direitos. O que se busca é compreendê-los a partir dos seus contornos sociais, históricos e políticos, uma vez problematizados em meio as relações de poder, violência e contradições que lhe são constitutivas, até imanentes, o que implica pensar os direitos humanos pela criticidade ético-política em oposição a uma falsa assepsia estética ou pretensa neutralidade.

Nesse sentido, destaca-se o confronto do apelo de direitos humanos pautado em uma essência universal e progressista com a realidade de seu entorno, é possível argumentar pelo fracasso desses direitos, mas ao mesmo tempo por seu êxito, pois os direitos humanos se inserem no contexto do legado epistemológico da modernidade, do progresso histórico¹¹, da filosofia liberal, da geopolítica internacional e dos padrões do capitalismo global. É possível dizer que tais direitos fazem parte do difundido *ethos* contemporâneo e do modelo universal de justiça da lei internacional (BARRETO, 2013a).

O Triunfo dos direitos humanos, então, é também sua encruzilhada, não só por tais direitos deixarem a desejar quanto às promessas realizadas, mas questiona-se a passagem de uma predisposição de resistência às estruturas de poder¹² a

artigo, não endereça as histórias de resistência e contínua oposição aos modos dominantes por grupos sociais oprimidos e sujeitados (movimento negro, indígenas, mulheres, trabalhadores precarizados, escravos, etc.), em especial, nos países periféricos (ou terceiro mundo) diante da perspectiva ocidental, aqui questionada. Se por um lado os direitos humanos não contemplam as pautas de movimentos sociais de esquerda e embates sociais, por outro lado, quando o clamor por direitos humanos contempla esses interesses sociais, a partir dos seus paradoxos as necessidades sociais de um grupo subalternizado, é porque se opõem a categoria ocidental de Direitos Humanos aqui criticada. Tais eventos revelam a possibilidade dos direitos humanos diante de suas contradições e modos prevalentes pelo viés crítico e social.

¹¹ Importante mencionar a teoria de Hannah Arendt ao desenvolver reflexões políticas no Séc. XX, em especial, suas contribuições para enfrentar o problema do legítimo na formação da história ocidental recente e, também, desvelar o que subjaz a “crise” da modernidade (ARENDDT, 2013; 2007). Nesse sentido, seu estudo será de grande importância para expor os mitos da modernidade – progresso universal, sujeito autônomo, racionalidade, linearidade histórica, civilização ocidental, etc. – ao permitir que compreenda-se as realizações da política nos processos de dominação – guerras, estados-nação, violência colonial, formação imperial da ordem global, controle sobre os corpos, domínio ocidental, etc. Assy (2011, p. 76-79) sintetiza elementos da singular mudança de perspectiva trazida pela autora, “[...] ideias como a lacuna na história, negando conceber a política na lógica moderna do progresso, sua noção de promessa, sua noção de singularidade, uma nova maneira de abordar a subjetividade para além do conhecido debate binário entre a comunidade de identidade (Sittlichkeit) versus o neo-universalismo kantiano [...] testemunho, narrativa e reconciliação; ação como um novo evento ao invés de violência; a ruptura na história e a política dos perdedores [...] acontecimentos singulares e ruptura, ao invés de progresso universal e o processo de meios-fins como objeto central da história [...] o evento singular e o testemunho da narrativa [...] o instante, a possibilidade real de chegada [...] o presente como ruptura, “um gap entre o passado e o futuro” (ASSY, 2011, p. 79, tradução nossa).

¹² A política – dominante – da modernidade subordinou o exercício direito de resistência a suas formas legais, retirando a insurgência do espaço legítimo do direito, a bem dizer, do Estado de Direito Liberal (PILATTI, 2009, p. 11). Assim, o direito de resistência se limita a recuperar algo que se perdeu, a normalidade do exercício de poder, “Contra a traição tirânica, a insurreição popular é então defesa da ordem, esforço para retornar à antiga ordem legítima. O direito de resistência se inscreve, portanto, em uma lógica da conformidade” (BOVE apud GUIMARAENS, 2007, p. 170). Conclui Guimaraes (2007, p. 171), o, “[...]constitucionalismo ocidental vem insistentemente propondo, o que não raro projeta tal direito para o campo da negatividade, ou seja, um dispositivo de mera reação que visa reconstituir uma ordem jurídica violada [...] nela o direito de resistência só pode ser exercido quando o tirano já se estabeleceu, quando o mal já se tornou hegemônico. O fato de se ter de esperar uma violação dos

elemento central da ordem estabelecida, ocupando o ápice da formação e evolução do direito.

Ora, quanto ao trajeto histórico dos Direitos Humanos, em que pese possa ser traçada uma correspondência com o histórico de luta política que envolveu conquistas sociais, defesa das liberdades públicas e transposição dos regimes absolutistas e violência estatal, também é inegável a justificação dos modos dominantes com a positivação do que veio a ser o embrião da ordem internacional e dos modos políticos prevalentes a partir da segunda metade do Século XX (GÓMEZ, 2007).

Por outro lado, é difícil pensar que a acepção dos direitos humanos na atualidade teria sido alcançada sem que houvesse pertinência para com a história¹³ do expansionismo ocidental¹⁴, a difusão do saber eurocêntrico, o humanismo¹⁵ e a afirmação do projeto moral, político e social da modernidade¹⁶. É feita conexão dos direitos humanos com a conjuntura jurídico-política da atualidade e o trajeto de sua

direitos para que somente então possa se admitir o exercício do direito de resistência implica reduzir à quase insignificância tal instituto”.

¹³ Pensar a história dos direitos humanos é atentar para os modos eurocêntricos de sua realização, problematizando os contornos políticos e as relações de poder de sua afirmação, “[...] distinto pano de fundo histórico e geopolítico pode modificar os termos, conceitos e agenda da teoria e da prática dos direitos humanos. O intérprete é consciente também do fato de que sua perspectiva do terceiro-mundo se posiciona em desacordo com outra perspectiva da Europa. A crítica ocorre nesta mudança de pontos de vista, que ao mesmo tempo cria as condições para tentar uma abordagem nova e independente da tradição dos direitos naturais e humanos, para assim possibilitar um diálogo entre estes dois pontos de vista” (BARRETO, 2013b, p. 07, tradução nossa).

¹⁴ As expressões como “ocidente”, “europeu” e “eurocentrismo”, possuem acepção geopolítica que remete a modernidade expansionista do norte global (CONNELL, 2011, p. 10). Pontue-se que a lógica por trás dessas definições tem relação direta com o eurocentrismo, na medida em que “[...] não se refere a todos os modelos de conhecimento de todos os europeus em todas as épocas [...] pelo contrário há uma específica racionalidade ou perspectiva na produção do conhecimento que se fez hegemônica globalmente [...]” (QUIJANO, 2008, p. 549, tradução nossa). Nesse sentido, “[...] não é uma coincidência quando trazem em seus conceitos de ciência, democracia, direitos humanos e arte, algo característico de sua idéia de verdade. Estes conceitos participam do desafio europeu lançado para a espécie humana: para criar formas de vida que consideram o homem como uma criatura essencialmente profunda e capaz de grandeza [...] a Europa foi a mãe das revoluções; uma definição mais profunda descreveria a Europa como a casa contra a miséria humana [...]. O direito da Europa é sua grande declaração para o ser humano” (SLOTERDIJK *apud* PELE, 2010, p. 09).

¹⁵ A leitura feita é de que a pretensão de neutralidade do humanismo não é compatível com o trajeto de formação da sociedade internacional e sua expansão. O que não indica apenas uma contradição prática dos direitos humanos, mas permite reconhecer um espaço político diverso em seu universalismo ocidental. Ora, os direitos humanos funcionam – entre a abstração universal/realidade social; o ideal humanista/práticas humanitárias – em um sistema de exclusões na (pós)modernidade. Logo, é possível vislumbrar uma nova feição do humanismo na contemporaneidade, na qual se dá a violência das práticas humanitárias, para Douzinas, “O humano e seus derivados, humanismo e humanitarismo, estão intimamente relacionados à ação dos direitos” (DOUZINAS, 2007a, p. 16).

¹⁶ A expressão “modernidade” compreende um projeto caracterizado pelo eurocentrismo e pelo binômio modernidade/colonialidade, constituído por uma totalidade que exclui e sujeita o outro, ou seja, o não europeu. O qual, não integra o âmbito legítimo de produção do moderno, que propaga o racionalismo do epicentro europeu através da submissão e negação dos demais povos (BRAGATO, 2014). Nesse sentido, os direitos humanos em seu discurso hegemônico são resultantes desse projeto propagado pelo expansionismo ocidental (destacam-se, da vertente descolonial, os escritos de Aníbal Quijano, José-Manuel Barreto, Enrique Dussel, Arturo Escobar e Walter Mignolo). Afinal, com o iluminismo e o projeto racionalista da modernidade, “[...] o entendimento que o Ocidente tem de si mesmo tem sido dominado pela ideia do progresso histórico por meio da razão” (DOUZINAS, 2007a, p. 23). Logo, a modernidade não se limitou ao *locus* espacial do continente europeu, se fez necessária a inferiorização do colonizado para o humanismo europeu (DUSSEL, 1993).

formação. Tais direitos assumiram papel ápice¹⁷ no projeto civilizatório da modernidade¹⁸.

Nesse sentido:

Direitos naturais e humanos foram concebidos como uma defesa contra o domínio do poder, a arrogância e a opressão da riqueza. Após sua inauguração institucional eles foram sequestrados por governos cientes dos benefícios de uma política moralmente confiável (DOUZINAS, 2007a, p. 16)¹⁹.

É direcionado o olhar, portanto, à concepção de direitos humanos conforme são dissimuladas e justificadas as manifestações de poder e promovido o ideal civilizatório de nossa época. Ao mesmo tempo, paradoxalmente, são esses direitos que garantem proteção às conquistas sociais e permitem uma melhoria das condições de vida de muitas pessoas, em face do panorama geral da política.

A hipótese deste artigo, então, insurge dessas críticas aos direitos humanos e seus paradoxos, no que diz respeito a seu papel determinante para a soberania e construção de subjetividades²⁰, ou seja, tais direitos são relacionados ao

¹⁷ A concepção da história dos direitos humanos se manifesta em um processo de pinça dos eventos históricos de interesse prevalente em dado momento, com a capacidade de eternizar toda uma mitologia – moderna – acerca desses direitos, bem como por afirmar seus padrões dominantes: “As referências históricas são geralmente tão nebulosas quanto frequentes, empregam um vocabulário altamente estilizado que glorifica os “pais dos direitos humanos”, que são tomadas por terem “inventado” o núcleo essencial do que é hoje conhecido como direitos humanos. Tais referências históricas não servem muito para colocar os Direitos Humanos no contexto histórico, como o fazem para mostrar a sua validade supra-contextual” (HOFFMANN, 2004, p. 89). Nesse sentido, Hoffmann remete a reflexão de Haakonssen e Lacey sobre a construção das verdades dos Direitos Humanos, posto que a maioria das referências históricas são mitológicas em sua natureza: “[...] as verdades deveriam estar acima do fluxo da história – algo mais fixo e universal, permanente e confiável, como um guia para a ação além do que as particularidades da história podem de si mesmos revelar” (HAAKONSEN; LACEY, 1991, p. 07).

¹⁸ A história dos direitos humanos dando seguimento ao direito natural é um exemplo da historiografia da ala *Whig*, por exaltar os êxitos do passado para um acúmulo que justifique o presente, conforme a normatividade e objetividade moderna (DOUZINAS, 2007a, p. 27).

¹⁹ Questiona-se a possibilidade de qualquer disputa social ser apreendida pelas categorias morais dos direitos humanos, bem como seu discurso se revela capaz de unificar os mais diversos segmentos políticos e sociais na atualidade. Logo, a ilação é de que os direitos humanos cumprem – paradoxalmente – com o papel de um novo humanitarismo. Não significa indicar, portanto, apenas uma contradição prática desses direitos, mas ressonar um espaço político diverso na sua expansão – conforme leitura crítica do apelo humanista – o que implica em redimensionar sua forma de compreensão. Logo, ao serem questionados os paradoxos de direitos humanos perceber-se-á que a acepção central desses direitos não se sustenta na forma preceituada pelo discurso idealista, mas em arranjo diverso que possui potencialidade universal de acordo com a sedimentação de um novo humanismo atrelado ao projeto (pós)moderno ocidental. Jean Paul-Sartre (1968, p. 16) sintetiza a necessidade de “Encaremos [...] o *strip-tease* de nosso humanismo. Ei-lo inteiramente nu e não é nada belo: não era senão uma ideologia mentirosa, a requintada justificação da pilhagem; sua ternura e seu preciosismo caucionavam nossas agressões”.

²⁰ Segundo Douzinas, “O reconhecimento legal não seguiu o entendimento moderno e a alegada universalização da humanidade e, como resultado, os direitos humanos dão origem a uma série de questões conceituais e ontológicas difíceis” (DOUZINAS, 2007b, p. 60, tradução nossa). Nem poderia, trata-se de uma aporia imanente da concepção de direito, em especial, dos Direitos Humanos. A legalidade permanece em um *gap*, ao questionar-se a essência de homem, princípios universais e a concepção de sujeito moderno, verifica-se que os valores de humanidade não são fonte normativa primária das regras morais e das normas legais, nem muito menos é a definição de humano que estabelece o escopo dos direitos humanos. Ora, o excesso simbólico torna os direitos humanos em

exercício de poder soberano, à legitimação das práticas políticas e à dominação dos sujeitos na atualidade.

A premissa é a de que a categoria direitos humanos se estabelece como concepção prevalente do contexto jurídico-político atual, devendo ser relacionado com o desenvolvimento do capital²¹ e da ordem internacional. Essa proposição, porém, apenas se torna viável quando problematizada a afirmação de soberania na atualidade, pois em seu momento de crise revela a intensificação de seus próprios mecanismos, “[...] o mundo globalizado aparece como a crise mantida na sua conveniência, simultaneamente, como o término extremo do projeto de modernização, que se manifesta com maior intensidade e escondido sob a forma de crise” (BIRD; SHORT, 2015, p. 01, tradução nossa).

Tal feição, portanto, atenta a que muitas vezes passa despercebido pelos estudos de filosofia e dogmática jurídica, pois problematiza a produção do saber

entidades capazes de apreender as mais diversas possibilidades do social, “Se os direitos humanos são causa e efeito do desejo, não pertencem aos seres humanos; direitos humanos constroem os humanos” (DOUZINAS, 2007b, p. 57, tradução nossa). Assim, a dimensão moral desses direitos traduz uma contradição intrínseca de sua natureza, pois “[...] a humanidade não pode funcionar como fonte para a construção das normas morais e legais, [...] revela um futuro incerto vez que não é factível uma condição humana comum ou um valor intrínseco de humano” (DOUZINAS, 2007b, p. 8, tradução nossa).

²¹ O capital, entendido neste anteprojeto, não se limita aos contornos econômicos do regime capitalista, ou tão somente ao poder manifestado nas relações de poder no mercado financeiro e acumulação de patrimônio, mas, a entender o monopólio de violência legítima e os espíritos do capital de Max Weber (WEBER, 1996), ou seja, a autorrealização moral intramundana e as racionalidades do capital – em sua rígida crosta de aço – atreladas a predestinação, a vocação e a ascese (PELE, 2016, p. 145 e seguintes), também, o fetichismo e as ideologias do capital de Karl Marx (HARVEY, 2010). Nesse sentido, é elemento central do cinismo e das mitologias pós-modernas, a teologia do capital produz o (a falta de) *sensu communis* – expressão Kantiana, “sentido de dar sentido aos dados do sentido” (ASSY, 2012, p. 55) – de nosso tempo. Antônio Pele traz a hipótese da construção dos sujeitos contemporâneos a partir de um ideal neoliberal, com o retorno do *homo economicus*, empreendedor de si mesmo (FOUCAULT, p., 2008b, p. 233), o “[...] “espírito” do capitalismo que forjaria subjetividades em função das novas exigências do neoliberalismo”. (PELE, 2016, p. 143). Maurício Rocha, por sua vez, observa as condições paradoxais da nossa experiência atual de formação e servidão voluntária, capaz de revelar a construção dos sujeitos, “[...] de um lado a servidão voluntária proposta pelo pós-fordismo, de outro um *quantum* de liberação presente nas linhas de força da virada cognitiva do capital – que trouxe a inteligência para o centro de uma economia imaterial e determinou novas condições para a formação das subjetividades” (ROCHA, 2004, p.154). Acerca da econômica do conhecimento nos modos do capital/trabalho, o autor reconhece que “A *virada cognitiva* do capitalismo trouxe a inteligência para o centro de uma economia imaterial e determinou novas condições para a formação das subjetividades” (ROCHA, 2004, p.157). Nesse cenário, a posição de Marx sobre os Direitos Humanos merece destaque, “[...] em “A Questão Judaica” de 1844, analisa a concepção de Direitos Humanos como princípios de caráter individualista-burguês, marcados pela ideologia liberal. Dessa maneira, a pretensão a um caráter universal desses direitos não afastaria a sua verdadeira natureza liberal-burguesa. Ao contrário, a sua universalidade aparece exatamente quando a burguesia revolucionária do século XVIII conseguiu encarnar como conquista suas as demandas e interesses de amplos segmentos humanos e que puderam ser generalizados na luta contra o poder despótico do absolutismo. Por outro lado, para Marx, as declarações formais de Direitos Humanos não faziam nada mais do que formalizar as condições reais da sociedade burguesa, com uma separação entre os espaços público e privado. Essa dicotomia público-privado se materializa com a distinção entre as esferas de atuação do ser humano. Uma clara separação entre o “Homem” e o “Cidadão”. Dessa maneira, os Direitos Humanos seriam os direitos que se estabelecem na esfera privada, o que remetaria às condições do mercado, ou o posicionamento de cada indivíduo na sua distinção com os outros humanos (cristãos e judeus; nacionais e estrangeiros; operários e patrões; homens e mulheres; etc.). Seriam direitos do Homem egoísta, individualista, motivado apenas pelos seus interesses particulares. A ética do Homem Burguês” (DORNELLES, 2005, p. 131).

ético-jurídico-político, haja vista a herança decorrente das teorias modernas e da lógica universalista dos direitos humanos.

Diante disso, propõe-se reflexão que visa contribuir para a abertura do horizonte de estudos sobre a temática, e, assim, tentar “[...] retomar o entendimento dos Direitos Humanos ao lugar a que pertence: o coração da teoria crítica e social” (DOUZINAS, 2007a, p. 16)²². De tudo, “[...] continuar as lutas políticas e intelectuais contra a perversão do espírito de resistência e utopia [...]” (DOUZINAS, 2007a, p. 15). Isso ao clamar pela possibilidade de exercício crítico dos direitos humanos²³, apesar de terem sido “[...] transformados de um discurso de rebeldia e divergência em um discurso de legitimidade do Estado” (DOUZINAS, 2007a, p. 25). A partir do viés da desconstrução²⁴, a fundamentação empreendida nesta pesquisa compreende reflexões da filosofia política e da teoria crítica do direito com ênfase nos escritos da *Critical Legal Thinking*.

2 O problema da soberania

A partir de análises filosóficas focadas nas dimensões da Soberania (estrutura, estado e governo) e/ou do(s) Sujeito(s) (indivíduos, subjetividades e modos de ser), o direito tem sido – habitualmente – pensado em modelos jurídicos e suas institucionalidades, seja pelas teorias da justiça de estatuto moral,

²² Desse modo, longe de atender ao relato das narrativas ocidentais – de idealismo universal e/ou historicismo localizado – é preciso atentar para a ambivalência dos direitos humanos diante da afirmação do projeto político europeu, pois, do “[...] testemunho judicial às vicissitudes da saga de direitos humanos, percebe-se que estes não são simplesmente "um conceito ocidental". Como mostram as evidências históricas, o Ocidente tem sido também um inimigo – o mais mortal? – à sua existência. Tanto o Ocidente produziu tratados, manifestos e documentos legais que consagram esses direitos, como também foi o deflagrador em grande escala de crimes inomináveis como o colonialismo – longo período de "violação dos direitos humanos"- bem como as atrocidades nazistas” (BARRETO, 2013b, p. 18, tradução nossa)

²³ O utópico desses direitos permanece, por exemplo, com relação ao valor liberdade, na manifestação contrária ao instituído, para tanto não pode assumir forma determinada, ao “[...] agir contra facto, assim, em uma perspectiva de um mundo ainda aberto, não determinado seu caminho até o fim” (BLOCH, 1988, p. 192, tradução nossa).

²⁴ A partir das profundas reflexões de Jacques Derrida, a ideia é estabelecer crítica aos limites do legítimo e a intensificação do exercício de poder em meio ao universalismo dos Direitos Humanos. Algo presente na *Critical Legal Studies*, *Critical Legal Thinking* e *Critical legal Conference*, do contexto britânico, apresentada por Costas Douzinas, “A Crítica foi moldada de acordo com protocolos e técnicas legais. De Kant a Hegel e Marx, os críticos tendem por adoptar papel disponível pelos contornos judiciais [...] os juristas críticos britânicos têm seguido uma estratégia política e estética, que hoje pode nos pedir para abandonar a crítica tradicional a lei por atos de resistência” (DOUZINAS, 2005, p. 47, tradução nossa). Tal perspectiva se inicia com a “[...] desconstrução do direito positivo interveio e desvendou tanto as reivindicações históricas de continuidade, legitimidade da ordem legal como as reivindicações sistêmicas de coerência, a racionalidade ou a integridade argumentativa baseada em direitos moral [...]. Pode-se dizer, de fato, que a lei está oferecendo o terreno perfeito para as operações de desconstrução, já que parece seguir lealmente todos os princípios padrões que a desconstrução ataca”. (DOUZINAS, 2005, p. 62, tradução nossa). O próprio Jacques Derrida reconheceu sua importância, “[...] julgo que os desenvolvimentos dos *Critical Legal Studies* [...] que se situam na articulação entre literatura, a filosofia, o direito e os problemas político-institucionais, são, hoje em dia, do ponto de vista da desconstrução, dos mais fecundos e necessários (DERRIDA, 2010, p. 14)”. E, completa, “Eles respondem, a meu ver, aos programas mais radicais de uma desconstrução que desejaria, para ser consequente com relação a ela mesma, não permanecer fechada em discursos puramente especulativos, teóricos e acadêmicos, mas pretender, [...] mudar as coisas e intervir de modo eficiente e responsável [...]” (DERRIDA, 2010, p. 14).

imperativo normativo ou *práxis* democrática, como por uma série de atributos reconhecidos aos sujeitos.

Tais leituras²⁵ parecem não considerar aspectos relevantes da crítica do direito que motivam este artigo, pois recaem no problema de leitura conjuntural por escolherem contornos que em dado momento sobressaem ou interessam determinada postura, ou em versão idealizada do direito.

Em sentido contrário, diversas reflexões filosóficas podem contribuir para o problema apontado, quanto a temas da soberania, subjetividade, dominação política, controle, poder, etc., ao abrir possibilidades para compreender o direito, como àquelas de Deleuze, Foucault, Derrida, Benjamin, Agamben, etc., destaca-se a análise de poder como exercício de Foucault, a desconstrução de Jacques Derrida, a crítica da violência de Benjamin, o estado de exceção e a soberania de Agamben e os agenciamentos e a desterritorialização de Deleuze, pois não reproduzem os problemas de fixação e da polarização soberano/subjetividade, pelo contrário, reconhecem os perigos e apontam as falhas de críticas analíticas, moralistas e contingenciais. Esses autores – apesar das diferentes e inúmeras contribuições – reconhecem o inescapável do poder (força, violência, etc., cada qual em seu léxico e aporte teórico), e por isso a necessidade de um contínuo (re)pensar dos modos de dominação, a partir dos seus próprios contornos, ou seja, aqueles legitimados pelo direito.

Para não reproduzir as generalizações das teorias do direito sobre a soberania, então, é preciso “[...] construir uma analítica do poder que não tome mais o direito como modelo e código” (FOUCAULT, 1988a, p. 87). Foucault (1988b, p. 02, tradução nossa) noticia as descrições de Gaston Bachelard acerca do abandono da ilusão utópica do ideal homogêneo de sociedade (capaz de endereçar o problema do espaço do direito):

O trabalho monumental de Bachelard e as descrições dos fenomenólogos, nos ensinaram que não vivemos em um espaço homogêneo e vazio, mas, ao contrário, em um espaço completamente imbuído de quantidades e, talvez, completamente fantasmático também.

A partir disso, a sugestão é indagar sobre o conhecimento produzido adstrito às práticas sociais relativas aos direitos humanos²⁶, pois o campo de

²⁵ “Os melhores filósofos liberais da direita escrevem como se duzentos anos de filosofia e teoria social não tivessem acontecido, como se eles nunca tivessem ouvido falar de Marx e as lutas sociais, de Nietzsche, do poder e da resistência de Foucault, de Freud, da psicanálise e da dialética do desejo, ou de Levinas, Derrida e da ética da alteridade” (DOUZINAS, 2007a, p. 15/16). São apresentadas críticas às leituras liberais, em especial, ao domínio dos neokantistas, pela cegueira subjetiva dos véus da ignorância, perfeito domínio de si, lugar atomocêntrico, etc., por não compreender as ações dos Direitos Humanos. O neokantismo, conforme o pressuposto do sujeito autônomo e autodisciplinado com fins escolhidos por meio de atos de vontade e cognição, se manifesta pela filosofia moral pela “[...] pressuposição transcendental de um discurso heurístico (Rawls) ou um pressuposto construtivo que parece oferecer a melhor descrição da prática jurídica (Dworkin)” (DOUZINAS, 2007, p. 21).

²⁶ Quanto à produção do saber, “Quase que unanimemente, os historiadores contemporâneos têm adotado uma atitude de comemoração para o surgimento e progresso dos direitos humanos, proporcionando entusiasmos recentes com histórias nostálgicas do passado” (MOYN, 2010, p. 05, tradução nossa). Apesar de diversas discordâncias entre a leitura aqui proposta do trajeto histórico dos direitos humanos com a obra do referido autor, a leitura de Samuel Moyn, talvez, como nenhuma outra, possa contribuir para entender a ascensão desses direitos a partir da segunda metade do Séc. XX como

produção pressupõe e constitui ao mesmo tempo relações de poder, já que “Não há relação de poder sem a correlativa constituição de um campo de conhecimento, nem qualquer conhecimento que não pressuponha e constitua ao mesmo tempo relações de poder” (FOUCAULT, 1979, p. 27, tradução nossa).

Tal predisposição indica a maneira de pensar o direito²⁷, no(s) movimento(s) realizado(s) em relação a dimensão de soberania e das subjetividades sociais. A formulação é de que o direito, em sua imanência política, se dá como relação de cunho político. O direito é o espaço em que ocorre a operacionalidade entre as categorias da soberania e da subjetividade. Assim, entender o direito demanda reflexões filosóficas em meio às relações de poder de sua afirmação.

A hipótese é de que o direito – a categoria direitos humanos – também permite a afirmação do soberano, por meio de lógica que constitui o espaço legítimo, ao manifestar-se em ideologias, discursos, racionalidades, práticas, estatutos, instituições, etc.

Nos diversos contextos de afirmação do direito, então, parece que a problemática persiste, conforme se dá a formação do espaço legítimo em que são definidas as subjetividades sociais e afirma-se o soberano, pois permite a mobilização das estruturas (superando a estagnação) e o controle social dos sujeitos (evitando a possibilidade de fuga). Não fosse assim, as estruturas não iriam se reinventar como na Colônia Penal de Kafka (1986) e as subjetividades não seriam passíveis de captura – sem o vazio da lei – como no Processo de Kafka (2008). Logo, o direito não está restrito a institucionalidade, aos valores morais ou aos direitos subjetivos, pois tais direitos seriam observados apenas como resultado ou efeito.

O espaço do direito é o que permite o reinado soberano, melhor dizendo, permite o exercício de poder e os fluxos de dominação entre sujeitos, pela contínua (re)invenção dos modos do político. Tal proposta, então, não compreende o direito de forma auto referencial, pelo contrário, aponta leituras internalistas como consequências da dominação, pois é uma ilusão achar que o direito pode ser validado em si ou por uma (irrefletida) presunção de correspondência, o que onera a forma de olhar para seus problemas em face da possibilidade de recair em armadilhas. Por isso, é que a leitura da filosofia política diz respeito ao contínuo exercício crítico sobre os limites do direito, ao ponto de questionar-se a afirmação soberana e construção social em sua lógica.

“The Last Utopia”. Gomez comenta o cenário político e ideológico mencionado, como um quadro de vertiginosa reconfiguração geopolítica e geoeconômica do poder mundial, em que se instalou um clima cultural e ideológico marcado pelo eclipse das utopias de transformação do século XX e a consagração dos direitos humanos como a “última utopia” de caráter moral e universal (2014, p. 04).

²⁷ A expressão “Direitos” nesta leitura abrange a dimensão política de sua afirmação, não apenas remete a usual sentido normativo/institucional/jurídico: “A análise da aprendizagem e da aquisição de disposições conduz ao princípio propriamente histórico da ordem política. Pascal tira uma conclusão tipicamente maquiavélica a partir da descoberta de que o arbítrio e a usurpação estão na origem da lei, de que é impossível fundar o direito na razão e no direito, de que a Constituição, sendo decerto o que mais se assemelha, na ordem política, a um primeiro fundamento cartesiano, não passa de uma ficção fundante destinada a dissimular o ato de violência fora da lei que está na raiz da instauração da lei: na impossibilidade de facultar ao povo o acesso à verdade libertadora sobre a ordem social (“veritatem qua liberetur”), pois isso apenas serviria para ameaçar ou arruinar essa ordem, é preciso “trapaceá-lo”, dissimular-lhe a “verdade da usurpação”, ou seja, a violência inaugural na qual se enraíza a lei, fazendo com que seja “vista como autêntica, eterna” (BOURDIEU, 2007. p. 203-204).

Neste artigo, então, o problema do direito é considerado em face do contexto histórico atual, conforme se estabelece(u) a categoria direitos humanos. O que propomos, pois, é relacionar os direitos humanos com a soberania e a condição do humano na atualidade, caracterizada pela imposição das práticas humanitárias e pela violência legitimada nos seus contornos.

Não é difícil notar que a soberania nas últimas décadas, desde o fim da guerra fria ao menos, com a queda do muro de Berlim (poder-se-ia argumentar a partir do pós-guerra da primeira metade do séc. XX), tem sido desafiada como conceito dotado de supremacia, diante do aparente enfraquecimento da força interna dos estados na ordem global²⁸.

Para Costas Douzinas (2010, p. 01, tradução nossa)²⁹ houve um ataque precipitado à soberania, com a desconsideração de elementos da situação política entre a ordem internacional westfaliana e o âmbito interno dos estados no pensamento contemporâneo,

Este ataque orquestrado está ligado ao fim da guerra fria, o anúncio bastante prematuro do "fim da história" e da "virada moral" na política internacional e doméstica. A globalização, o capitalismo e o cosmopolitismo neoliberal minaram a ordem de Vestefália internacionalmente e as cúpulas do poder internamente.

O argumento apresentado é de que há uma ampliação do espaço de atuação do soberano na atualidade. Costas Douzinas (2007a, p. 14), ao comentar o livro de Joanna Bourke (2005) aponta a dimensão alcançada, “[...] a sujeição da soberania a regras morais e legais e sua substituição por instituições internacionais e leis cosmopolitas abriram caminho para temores sombrios e ações ainda mais sombrias”.

Pertinente fazer menção a aspectos e feições desconsiderados pela compreensão moderna de soberania, pois não pode ser entendida como uma totalidade, na qual as teorias pensam tratar de um fenômeno restrito e estruturado em uma categoria unitária. Panu Minkkiken (2009) reconhece ao menos três feições da soberania: *Autocephalus*, *Heterocephalus* e *Acephalus*³⁰.

Em nossa interpelação, interessa o contágio da feição política do direito, entender os (não)limites do *Autocephalus*, que é a “[...] mais óbvia apresentação e expressão empírica da soberania como um princípio político aparece no direito

²⁸ Como os seguintes textos: Habermas, Jurgen. 2006. *The divided west*. Cambridge: Polity Press; Rawls, John. 2001. *The law of the peoples*. Cambridge: Harvard University Press; NEWMAN, Michael. *Democracy, Sovereignty, and the Europe Union*. Published in United Kingdom, Second impression, C. Hurst e co: 1997, dentre outros.

²⁹ Este ensaio tem por inspiração a *Critical Legal Studies* (CLS) no contexto britânico, especialmente, os escritos de Costas Douzina na busca por, “[...] reconstruir uma teoria jurídica para um novo mundo de pluralismo cultural, abertura intelectual e consciência ética” (DOUZINAS, 2007a, p.09). Significa dizer, não se está em busca de modelo ou teoria sobre a soberania que fundamente os padrões legítimos do direito (modelos jurídicos e suas instituições), ou seja, capaz de atender aos ditames de uma teoria da justiça (estatuto moral, imperativo normativo e/ou práxis), pelo contrario, isso faz parte do problema.

³⁰ Sobre elas, Douzinas (2010, p. 02, tradução nossa) faz referência e síntese ao destacar a importância de contestar o conceito estabelecido de soberania, “[...] *autocephalus* (auto-decisão, a soberania constitucional de direito), *heterocephalous* (muitas soberanias decorrentes de tecnologias capilares de poder) e *acéfala* (a soberania do sujeito do conhecimento e domínio) [...] Apesar da *logorrhoea* teórica, a soberania permanece um conceito (impugnado) em busca de uma teoria”.

constitucional” (DOUZINAS, 2010, p. 02, tradução nossa), conforme se estabeleceu a concepção soberana da modernidade e a formação do espaço legítimo do direito. O argumento é de que soberania (em sua dimensão legítima) se dá para além do princípio constitucional como elemento estruturante do modelo de estado. Logo, seus limites devem ser postos em questão sob pena de ater-se ao pensamento cerceada pelos modos do soberano.

É preciso observar a situação atual do soberano e o problema do constitucional levando em consideração as modificações decorrentes da materialização da soberania na ordem de Estados inaugurada em Vestefália e seu desenvolvimento nas relações internacionais³¹, conforme foi sedimentado o cenário do constitucionalismo democrático e da ordem internacional.

Nesse contexto, a leitura do desgaste da soberania como elemento estrutural do estado carece ir além da tradição que se limitou a observar essa concepção detida à fundação do estado moderno e seus contornos, pois só assim é possível considerar as implicações do poder soberano. A soberania não perde espaço nas instituições inclusive no próprio âmbito estatal, manifesta-se Sousa Santos (2000, p. 157) em tempos de crise, “[...] paradoxalmente, a actuação do Estado-Providência é mais solicitada em períodos (de elevado desemprego, por exemplo) em que a disponibilidade de recursos é menor (receitas fiscais mais baixas)”. No mesmo sentido, Sharp (2010, p. 08) comenta sobre a dimensão de soberania além da estatalidade:

[...] as instituições sociais, políticas, econômicas, religiosas e até mesmo da sociedade - fora do controle do estado - foram deliberadamente

³¹ Quanto a soberania e seu desenvolvimento, Marcia Nina Bernardes (2014) faz menção à noção de soberania absoluta de Vestfália como tendo sido sempre uma espécie de ficção – “a natureza e a forma do Estado-Nação na Europa [...] resultou da inter-seccção de condições e processos históricos ‘nacionais’ e ‘internacionais’ complexos, que determinaram o tamanho, estrutura organizacional, composição étnica, infra-estrutura material, etc” (GÓMEZ, 2000, p. 14. Pelo contrário, o estado talvez ainda seja a mais importante dimensão de exercício de soberania, pelo poder de declarar guerras, sancionar o uso legítimo da força em seu território, possuir o monopólio estatal da justiça, conferir o status de cidadania, etc (BERNARDES, 2014, p. 276). Afinal, a soberania é desagregada de um lócus específico ou centro, ao passo que o poder soberano é entendido em multiplicidade de perspectivas e em termos de uma pragmática, que, não existe senão em exercício: “O poder, acho eu, deve ser analisado como uma coisa que circula, ou melhor, como uma coisa que só funciona em cadeia. Jamais ele está localizado aqui ou ali, jamais está entre as mãos de alguns, jamais é apossado como uma riqueza ou um bem. O poder funciona. O poder se exerce em rede e, nessa rede, não só os indivíduos circulam, mas estão sempre em posição de ser submetidos a esse poder e também exercê-lo. Jamais eles são o alvo inerte ou consentidor do poder, são sempre seus intermediários” (FOUCAULT, 1999, p. 35). Por outro lado, as premissas de uma doutrina nacionalista do estado-nação (ordem vestfaliana) ou internacionalista baseada em conceitos consolidados de teoria política e preocupada com as dimensões estruturais de uma ordem são incapazes de questionar a complexidade e multifacetária realidade dos elementos que pretende analisar, por exemplo, a ideia de território como limitação geográfica para exercício da soberania (GÓMEZ, 2000, p. 44 e seguintes). No caso do Brasil, a afetação pelas decisões decorrentes do contencioso internacional no âmbito de exercício soberano estatal é bastante rarefeita, sem contar no descumprimento dos comandos pelos países, a saber, por exemplo, na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – instituição essencial para inserção do país no regime internacional de direitos humanos – “Até hoje foram julgados cinco casos contra o Brasil, com quatro sentenças declarando responsabilidade do país e estabelecendo recomendações cujas implementações ainda estão sendo acompanhadas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Ximenes Lopes v. Brasil* [...]; *Escher e outros v. Brasil*, [...]; *Garibaldi v. Brasil*, [...]; *Julia Gomes Lund e outros v. Brasil* [...]), e um arquivamento (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Nogueira de Carvalho e outro v. Brasil* [...])” (BERNARDES, 2011, p. 142).

enfraquecidas, subordinadas, ou mesmo substituídas por novas instituições arregimentadas utilizadas pelo Estado ou pelo partido governante para controlar a sociedade.

Do outro lado, existem outras instâncias de exercício de poder e institucionalidades, notadamente, trazidas pela ordem internacional, e que são determinantes para a análise da soberania.

Para entender a complexidade entre elas é preciso adotar uma visão da heterotopia social, ao considerar que a relação dos fragmentos não se limita a uma percepção de soberania como estrutura unitária de um corpo político e fugir aos próprios limites do soberano (interna e externamente). Não é difícil perceber tal indicativo, quando da análise do legítimo uso da força e das fronteiras do direito, os Estados Unidos, o maior *Rogue State*³², exercem a razão do mais forte em oposição ao discurso prevalente, por ele adulado quando não contempla seus interesses (DERRIDA, 2005, p. 33).

Segundo Derrida (2005, p. 178), é possível destacar o “[...] recurso ao uso legal e legítimo da força (necessidade a priori da coação), ou seja, alguma soberania, ainda que não estatal”. Por exemplo, o combate ao terrorismo no pós 11 de setembro de 2001, em que os Estados Unidos ultrapassaram a dimensão legítima de estado-nação, fortificando-a, ao exceder seus contornos pelo poder soberano (BORRADORI, 2004).

Tal diferencial só pode ser compreendido a partir da relação dos modelos políticos e suas instituições com as forças sociais de sua realização em determinado contexto histórico, em que o problema do direito pode ser enfrentado como uma série de dispositivos de poder, habitualmente favoráveis aos grupos dominantes, serve “[...] para garantir que as forças econômicas e tecnológicas não estejam sujeitas a qualquer outro fim que não o da sua própria expansão contínua. O Estado de Direito nessa perspectiva, portanto, se mostra permeado por forças ‘externas’” (DOUZINAS, 2007a, p. 25). Por exemplo, quando os direitos humanos funcionam como moral capaz de justificar as manifestações de poder:

O núcleo desse argumento é desenvolvido a partir de uma crítica à defesa dos bombardeamentos da NATO 1999 da Iugoslávia (a guerra do Kosovo) por Habermas. [...] ofereceu uma expressão mais completa de uma posição tomada por vários advogados internacionais, que reconheceu a ilegalidade da guerra, mas argumentou que deve ser considerada como “moralmente justificada (WERNER, 2007, p. 02, tradução nossa).

Dessa maneira, a intensificação dos modos de soberania operada no reino dos direitos é essencial para entender o funcionamento da ordem internacional e

³² Para Derrida o *État Voyou, Rogue State ou Estado Vadio* é: “[...] o Estado que não respeita os seus deveres de Estado diante da lei da comunidade mundial e as obrigações do direito internacional, o Estado que ultraja o direito – e que troca do Estado de direito” (DERRIDA, 2005, p. 33).

das democracias atuais³³, em que as práticas contemporâneas resultam de uma seletividade arbitrária suportada pelo ideal universalista do direito³⁴.

Aqui, porém, novamente fazemos o alerta de que não se quer negar o trajeto histórico de lutas políticas, conquistas sociais, defesa das liberdades públicas e transposição dos regimes absolutistas, muitas vezes relacionados às conquistas materializadas na categoria direitos humanos³⁵. Entretanto, também, tal lógica foi sucedida pelo regime de positivação do que foi o embrião dos Direitos (modernos), melhor dizendo, dos direitos humanos na modernidade, conforme a consequente institucionalização pelo *mindset* gerencial (KOSKENIEMMI, 2006, p. 9-36). Se tais direitos garantem condições mínimas de vida e melhoria para grupos sociais em face do exercício de poder, ao mesmo tempo, permitiram a intensificação dos modos do soberano e a legitimação de seu poder.

³³ “A diferença entre o triunfo da ideologia dos Direitos Humanos e o desastre de sua prática é a melhor expressão de cinismo pós-moderno, a combinação de iluminação com resignação e apatia e, com um forte sentimento de impasse político e claustrofobia existencial, de uma ausência no meio da sociedade mais móvel” (DOUZINAS, 2000, p. 12, tradução nossa).

³⁴ A dimensão do humano se estabelece, “A irrealidade ontológica do homem abstrato dos direitos conduz inexoravelmente à sua utilidade limitada. Direitos abstratos são, assim, retirados de seu lugar de aplicação e das circunstâncias concretas das pessoas que sofrem e se ressentem de que eles não conseguem corresponder a suas reais necessidades” (DOUZINAS, 2007a, p. 166). É assim pela “desafortunada esquizofrenia em que os tratamentos normativos abstratos de direitos têm sido divorciados da análise da forma como os direitos são moldados em sua realidade, e surgem do contexto social e cultural em particular” (SARAT; KEARNS, 1996, p. 04, tradução nossa). Por outro lado, o Humanismo surge na Modernidade quando o fundamento religioso do *humanitas* foi apreendido pela concepção político-liberal do séc. XVIII. A afirmação do Humanismo é de que existe uma essência universal de homem atribuída a cada indivíduo como sujeito concreto (DOUZINAS, 2007b, p. 52). O Homem, portanto, aparece sem características específicas de um contexto sócio-econômico-político, mas na universalidade de uma essência de humano. A racionalidade e a ética da espécie humana indicam essa mínima condição de humano decorrente de uma dádiva da natureza. Segundo a filosofia liberal de nosso tempo, por exemplo, Habermas, Rawls, defende-se a autoridade autônoma e virtude democrática por meio de um auto reconhecimento do homem que apesar das diferenças tem uma matriz antropológica comum. Essa argumentação persiste, e, portanto, permite relacionar moralismo universal que tem raízes fulcrais na histórica do ocidente moderno, conjuntamente com o sujeito empírico de direitos humanos – bem definido – homem, heterossexual, europeu e proprietário, apesar do apelo comum do humano (DOUZINAS, 2007b, p. 54).

³⁵ Não quer dizer que não seja importante a dimensão jurídico-institucional desses direitos, em absoluto, mas é preciso ter o cuidado de não cair nas armadilhas recorrentes do pensamento jurídico sobre direitos, reproduzidas, muitas vezes, entre as diversas culturas e ordenamentos jurídicos, algo presente no projeto hegemônico de sua afirmação, de tal modo, Hoffmann (2006) precisou a problemática da transplantabilidade dos direitos humanos e seus efeitos. A partir disso, é possível repensá-los, “Talvez, apesar de, ou, na verdade, por causa de suas contradições inerentes, o conceito de direitos humanos continue a ser indispensável ferramenta retórica contra qualquer forma de dominação e tentativa de hegemonização, quer seja feita por um vizinho, uma comunidade política, ou um governo. A linguagem dos direitos humanos pode ser usada por todos e em todos os lugares, não necessariamente com sucesso em relação ao objetivo originalmente perseguido, nem, na verdade, com qualquer predeterminado resultado. O mundo - e a própria comunidade política, em particular - portanto, não se fez menos complexo e contraditório em razão dos direitos humanos, mas também não é permitido reduzir à força a complexidade irreduzível de quem vive nela. Neste sentido, a “essência” dos direitos humanos poderia, de fato, ser considerados como seu poder de permitir a transgressão: nenhuma imposição hegemônica, nenhuma racionalidade, nenhuma lei, nenhum julgamento, nenhum argumento estará sempre a salvo de ser desafiado pelos muitos usos dos direitos humanos” (HOFFMANN, 2004, p. 100, tradução nossa). Sob o alerta de que, “Os direitos humanos perdem seu fim, argumentava-se, quando deixam de ser o discurso e a prática da resistência contra a dominação e a opressão públicas e privadas para se transformar em instrumentos de política externa das grandes potências do momento, a “ética” de uma missão “civilizatória” contemporânea que espalha o capitalismo e a democracia nos rincões mais escuros do planeta” (DOUZINAS, 2007a, p. 13).

Ora, na medida em que se permite a abertura de espaços de atuação na democracia ou são reconhecidos direitos, paradoxalmente, também está presente o âmbito legitimado pelo direito que atende ao interesse das elites políticas e *experts* jurídicos³⁶. Logo, tal reflexão nos leva a considerar o peso normativo correspondente aos avanços nas mobilizações e práticas sociais³⁷, bem como o papel de autocontenção dos direitos³⁸. Ao ponto de, portanto, não apenas reconhecer que a lógica das democracias constitucionais e da ordem internacional deixa a desejar quanto às promessas realizadas, mas questionar o papel dos direitos diante da predisposição de conter qualquer tipo de resistência pelas estruturas de poder e da proteção da ordem estabelecida contra ameaças e atos de insurgência.

Logo, é preciso ter em mente esse contexto apontado pelas críticas em questão, remissivo ao projeto universalista³⁹ da expansão do discurso humanista insurgente do continente europeu, que impõe o contorno específico de uma ideologia que pretende atingir submissão universal⁴⁰. Por outro lado, histórias

³⁶ Na pós-modernidade prevalece à formalização por um conjunto de detentores do saber, nas palavras de Boaventura de Sousa Santos, “A hegemonia do conhecimento-regulação significou a hegemonia da ordem, enquanto forma de saber, e a transformação da solidariedade – a forma de saber do conhecimento emancipação – numa forma de ignorância [...]” (SOUSA SANTOS, 2000, p. 119). O apontamento é de que a pós-modernidade não afastou o ideal moderno: “O que achei menos aceitável nessa ideia foi a presunção de que “a era da modernidade” terminou e que estamos, por assim dizer, já no “lado oposto”, ou pelo menos perto de entrar nele. Parecia inaceitável e errado, porque, até onde eu sabia, éramos modernos por completo; na verdade, mais modernos que nunca; ou seja: voltamos a lâmina afiada da “faca modernizadora” contra a própria modernidade, contra seus próprios produtos do passado” (BAUMAN, 2010. p. 11).

³⁷ Para Derrida (2010, p. 56): “A politização [...] é interminável, mesmo que ela não possa e não deva nunca ser total. Para que isso não seja um truísmo uma trivialidade, é necessário reconhecer a seguinte consequência: cada avanço da politização obriga a reconsiderar, portanto a reinterpretar, os próprios fundamentos do direito, tais como eles haviam sido previamente calculados ou delimitados”.

³⁸ Segundo Douzinas a força de lei geralmente é desconsiderada em meio às técnicas jurídicas do direito por imperar o “[...] desprezo pelo papel da lei na manutenção das relações de poder e desce a minúcias de exegeses e apologias desinteressantes da técnica jurídica” (2007a, p. 25).

³⁹ “O que estamos usando como critério não é o universalismo global, mas o universalismo europeu, conjunto de doutrinas e pontos de vista éticos que derivam do contexto europeu e ambicionam ser valores universais globais – aquilo que muitos de seus defensores chamam de lei natural – ou como tal apresentados” (WALLERSTEIN, 2007, p. 60). Nesse sentido, “[...] o modelo de poder que é globalmente hegemônico hoje pressupõe o elemento de colonialidade” (QUIJANO, 2008, p. 533, tradução nossa).

⁴⁰ Enrique Dussel, no livro intitulado “1942, O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade”, fez leitura inigualável do projeto da modernidade: “[...] La falácia de desarrollismo consiste em pensar que el patrón del moderno desarrollo europeo debe ser seguido unilateralmente por toda outra cultura. Desarrollo tomado aquí como una categoría ontológica y no simplemente sociológica o económica. Es el ‘movimiento necesario’ del Ser para Hegel, su inevitable ‘desarrollo’” (DUSSEL, 1993, p. 60). Gómez escancara o custo deste trajeto civilizatório interligado à formação e expansão do Estado-nação, do capitalismo e do colonialismo europeu durante séculos: “[...] uma longa tradição da prática e do pensamento político [...] fez da invisibilidade das vítimas e da justificação de violentas injustiças e barbáries perpetradas o preço inevitável a se pagar pela marcha triunfal do Progresso, da Civilização, da Humanidade, da História Universal” (2014, p. 02). Afinal, “O bem-estar e o progresso da Europa foram construídos com o suor e o cadáver dos negros, árabes, índios e amarelos. Convém que não nos esqueçamos disto” (FANON, 1968, p. 77), relata Chandra Muzaffar, “Enquanto os direitos humanos expandiam-se entre o povo branco, os impérios europeus infligiam terríveis erros humanos sobre os habitantes de cor do planeta. A eliminação das populações nativas das Américas e da Australásia e a escravidão de milhões de africanos durante o tráfico de escravos europeu foram duas das maiores tragédias dos direitos humanos da época colonial. Claro, a supressão de milhões de asiáticos em quase toda parte do continente durante os longos séculos de dominação colonial também foi outra calamidade colossais dos direitos humanos. Colonialismo ocidental na Ásia, Austrália, África e América

locais da modernidade europeia têm produzido desenhos globais (ESCOBAR, 2010, p. 188).

É preciso atentar ao que acontece nos contornos do poder soberano, para além da ilusão de que a Constituição institui a soberania e sua legitimidade política de atuação, com a busca por padrões de humanidade e garantia de direitos, detido aos limites do Estado, mais do que nunca é possível perceber a impossibilidade dessa linha de argumentação constitucional (BOLZAN, 2011). Nesse contexto, observa-se a peculiaridade da ordem internacional dos Estados, em que, ao mesmo tempo, se deu o fortalecimento dos estados, mas que por isso são ameaçados pela atuação das grandes potências mundiais, como também sofrem o ataque voraz do mercado global, via o processo de globalização⁴¹ e atuação do capitalismo financeiro propulsor de uma “ordem neoliberal global” (PASSET, 2002)⁴². Douzinas (2010, p. 03, tradução nossa) aponta a importância de se opor a neutralidade do fetichismo constitucional, que:

[...] esquece, no entanto, a primazia das relações sociais sobre a expressão textual e tende para o que se poderia chamar de "fetichismo constitucional" ou *nomophilia*: a afirmação exagerada que a lei é soberana e politicamente neutra, o que confere ao texto constitucional a capacidade de regular cada os aspectos da vida e pacificar o conflito social e político.

Desse modo, se propõe observar a soberania que confere estabilidade às estruturas política e leis, aos direitos humanos, e não ficar preso a “ingênuas”

Latina representou a mais maciça e sistemática violação dos direitos humanos já conhecida na história” (MUZZAFAR, 1999, p. 26).

⁴¹ O espaço de afirmação do capital resulta da ideologia da globalização, “[...] a retórica apologética da globalização é assumida de imediato como carro chefe do ultraliberalismo conservador que, hegemônico no campo político-ideológico nos países do Norte industrializado, já vinha lançando desde a década de setenta uma ofensiva total contra o Estado de Bem-Estar, esse símbolo máximo do capitalismo organizado posterior à Segunda Guerra Mundial, caracterizado pela regulação econômica nacional, pelo pleno emprego e crescimento sustentado, pela produção de massa estandardizada e pelo compromisso de classes através de mecanismos neocorporatistas entre empresários, sindicatos e Estado” (GÓMEZ, 1997, p. 13).

⁴² Exsurge o que se pode chamar – no Direito – de uma (ir)realidade jurídico-neoliberal instituída pelo mercado que sustenta um estado de apatia ético-moral do sujeito contemporâneo num confronto da lógica humana de proteção de/dos direitos humanos, com a lógica do mercado enquanto instituição desmanteladora do social, do político e do jurídico (PHILIPPI, 2006). O sujeito encontra-se instituído pelo mercado em uma situação de subalternidade frente à substancialidade da instância social. A instituição produz um “eu” dominado e expurgado de sua existencialidade humana, de modo, a procurar abrigo em uma (a-)normalidade mercadológico-assujeitadora da faceta humana do homem – sem gravidade (LEGENDRE, 1983). Conforme (LEGENDRE, 1983, p. 109-117): “A instituição, só pode ser evidentemente – constato aqui a velha prática das leis – uma grande máquina para dissimular a verdade, para produzir a ilusão pelas máscaras, para propor sempre a outra coisa sublime, ao invés da verdade do mais gritante desejo”. Nesse sentido é que se concebe no presente trabalho o mercado como instituição, perversamente articulada para dissimular as existências humanas em uma aparente vontade de gozo e consumo, que esvazia os sujeitos-sociais de função cidadã, funcionalizando-os de acordo com os interesses do mercado e do capitalismo neoliberal. O que se estabelece nas relações sociais da atualidade são formas de existencialidade que incapacitam o homem para a diferença. Em uma sociedade pervertida pelo fetichismo da mercadoria – não somente a mercadoria-produto fabricado para o consumo, mas as próprias subjetividades humanas, o amor, a amizade, os laços sociais que são mercadorizados – como objeto último de prazer e gozo, as diferenças apagam-se em uma relação subjetiva de dominação do “eu” pelo “outro”. A perversão social-mercadológica implica a não castração e o subjuo do sujeito na paranoia pelo gozo, implicando o rompimento dos laços sociais mais humanos que consubstanciam o sujeito em sua humanidade (BIRMAN, 2000, p. 260-261).

distinção entre o legal/constitucional e o político, vê-se a afirmação paradoxal de soberania, Douzinas (2010, p. 03, tradução nossa) chamou “o paradoxo da indivisibilidade e ilimitabilidade da soberania”.

Para compreender esse paradoxo, então, é preciso superar a concepção contratualista de soberania⁴³, que segundo John Austin (1885, p. 169) tem como fator determinante a obediência que conduz à passagem do estado de natureza para a ordem estatal, tal conceito originou e permaneceu nos estudos tradicionais acerca da soberania. Tal engano se deu em razão da erosão do espaço-tempo da soberania na modernidade, bem como da distorção funcional da ação soberana para garantir direitos ligados à cidadania.

O que parece ainda ser relevante, porém, é que a superioridade da soberania demanda subordinação, “O soberano se define incondicionalmente como superior ao seu outro. O poder de determinar a si mesmo gera a relação de dominação e subserviência” (DOUZINAS, 2010, p. 04, tradução nossa). Com a soberania, portanto, verifica-se a dinâmica em que se estabelecem as possíveis, ou seja, aquilo que pode ser atribuído ao espaço da política. Percebe-se, nesse sentido, o papel da soberania como artifício legitimador, hábil para garantir a permanência do exercício de poder. O soberano, portanto, é extrínseco ao contrato ao passo que estabelece os limites do legítimo (SOUSA SANTOS, 2000, p. 133).

Com a soberania, revela-se que o próprio direito é ultrapassado ao operar sua lógica, pois o “[...] soberano é aquele que tem o direito de suspender o direito” (DERRIDA, 2005, p. 30), reflexão também desenvolvida por Carl Schmitt⁴⁴, “Soberano: quem o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, a validade do ordenamento, então [...] permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in Toto* possa ser suspensa” (AGAMBEN, 2010, p. 22)⁴⁵. O que só pode ser estabelecido, paradoxalmente, pelos padrões de legitimidade que irá fixar, pelo direito.

⁴³ O caminho perquirido compele a análise do poder político não consignada na abordagem tradicional dos modelos jurídico-institucionais, é preciso re-visitá-la (definição de soberania, teoria do estado, nacionalismo), o que nos remete a abordagem Foucaultiana (FOUCAULT, 2004).

⁴⁴ “[...] poucos textos de outras épocas se mostram tão esclarecedores para não dizer quase proféticos Da situação atual como El nomos de la tierra (SCHMITT, 2001b, publicado originariamente em 1950) e El concepto de lo político/Teoría del partisano (SCHMITT, 1984, publicado originariamente em 1963), além dos que Schmitt dedicou durante as décadas de 1920 e 1930 à dupla conceitual soberania/exceção (La ditadura (SCHMITT, 2003), Teología política (SCHMITT, 2006), Teoría de la Constitución (SCHMITT, 1996), e Legalidad y legitimidad (SCHMITT, 2001a)) (GÓMEZ, 2008b, p. 13).

⁴⁵ Agamben atenta ao paradoxo de soberania, pois, está dentro e fora do direito, já que “O poder soberano é justamente esta impossibilidade de discernir externo e interno, natureza e exceção, *physis* e *nomos*” (AGAMBEN, 2004, p. 43). Explica, “[...] o que ocorreu e ainda está ocorrendo sob nossos olhos é que o espaço do “juridicamente vazio” do estado de exceção (em que a lei vigora na figura – ou seja, etimologicamente, na ficção – da sua dissolução, e no qual podia portanto acontecer tudo aquilo que o soberano julgava necessário) irrompeu de seus confins espaços-temporais e, esparramando-se para fora deles, tende agora por toda parte a coincidir com o ordenamento normal, no qual tudo se torna assim novamente possível” (AGAMBEN, 2010, p. 44). A diferença entre a concepção da norma em Foucault e a dimensão do Estado de Exceção em Agamben será enfrentada no intuito de que se compreenda a lógica investigada pelo autor não se confunde com a extremidade do Estado de Exceção que implica na ruptura da normalidade democrática e instabilidade pelo exercício de poder, que, comumente precede a instauração de um regime autoritário. Aliás, este ponto de ruptura é a situação extrema ou limite da excepcionalidade. A lógica de soberania se perfaz pelo contínuo estado de exceção “[...] porque a validade do direito positivo é suspensa no estado de exceção, ele pode definir o caso normal como âmbito da própria validade” (AGAMBEN, 2010, p. 24).

Diante disso, a desconstrução⁴⁶ se preocupa com o que reside oculto, mas sempre presente, trata-se do fantasmagórico⁴⁷ ou do político em que se dá as relações de poder, em nossa abordagem, relacionado ao cenário da política atual e aos direitos humanos, em que resta presente, “O estado de exceção”, a suspensão das liberdades civis, o uso extensivo de tortura, coisas que, de acordo com o consenso liberal, as democracias não podem fazer [...]” (DOUZINAS, 2007a, p. 15).

Considerações Finais

Este escrito versou sobre a temática de direitos humanos relacionada a soberania. A partir de escritos de teoria crítica do direito, em especial, os trabalhos

⁴⁶ Acerca da desconstrução, no relato de seu precursor Jacques Derrida: “[...] o que se chama correntemente de desconstrução não corresponderia de nenhum modo, segundo a confusão que alguns tem interesse em espalhar, a uma abdicação quase nihilista diante da questão ético-política-jurídica da justiça e diante da oposição entre justo e injusto, mas um duplo movimento que assim eu esquematizaria: O sentido de uma responsabilidade sem limites, portanto necessariamente excessiva, incalculável diante da memória, e, por conseguinte, a tarefa de lembrar a história, a origem e o sentido, isto é, os limites dos conceitos de justiça, de lei e de direito, dos valores, normas, prescrições que ali se impuseram e se sedimentaram, permanecendo, desde então, mais ou menos legíveis ou pressupostos [...]. Essa responsabilidade diante da memória é uma responsabilidade diante do próprio conceito de responsabilidade que regula a justiça e a justeza dos nossos comportamentos, de nossas decisões teórica, práticas, ético-políticas. [...] toda desconstrução dessa rede de conceitos, em seu estado atual ou dominante, pode assemelhar-se a uma irresponsabilização, quando, pelo contrário, é um acréscimo de responsabilidade que a desconstrução faz apelo. Mas, no momento em que o crédito de um axioma é suspenso pela desconstrução, naquele momento estruturalmente necessário, pode-se sempre acreditar que já não há lugar para a justiça, nem para a própria justiça, nem para o interesse teórico que se orienta para os problemas da justiça. É um momento de suspensão, aquele tempo de *epokhé* sem o qual, com efeito não há desconstrução possível. [...] estruturalmente presente no exercício de toda responsabilidade, se considerarmos que esta não deve abandonar-se ao sono dogmático, e assim regenerar-se.” (DERRIDA, 2010, p. 37/38)

⁴⁷ O Fantasmagórico “Compreende a ausência de significação a soberania, que em seu exercício apaga os sinais de autoridade, tornando-os invisíveis” (DERRIDA, 2005, p. 42). Como bem pontua a Professora Fernanda Bernardo ao traduzir a obra de Jacques Derrida “*Voyous*”, em português, “*Vadios*”, quanto à “ex-apropriação” do originário “[...] toda a soberania é fantasmática, ideológica ou ficcional; por outras palavras e nas palavras do próprio Derrida, está mal de soberania. Que é denegada com a apropriação soberana, segundo Derrida presente em todos os processos de colonização” (DERRIDA, 2005, p.11-12). Inclusive, como exemplo da análise realizada na referida obra, por exemplo, o combate internacional ao terrorismo no pós 11 de setembro de 2001. Tanto é que, segundo Derrida, os Estados Unidos são o maior *Rogue State*, afinal exercem a razão do mais forte em oposição ao discurso prevalente, quando não contempla seus interesses (DERRIDA, 2005, p. 33). O *etat Voyou, Rogue State, ou Estado Vadio* é: “[...] o Estado que não respeita os seus deveres de Estado diante da lei da comunidade mundial e as obrigações do direito internacional, o Estado que ultraja o direito – e que troca do Estado de direito” (DERRIDA, 2005, p. 33). Gómez aponta os efeitos práticos do domínio norte-americano em resposta ao ataque terrorista, “[...] os Estados Unidos, na condição de superpotência golpeada e desafiada, se reservam o direito exclusivo de conduzir as ações e definir os objetivos, os meios e o inimigo, o certo é que tal dispositivo responde a uma lógica imperial de repressão, controle e ordem que não reconhece mais limites espaciais e temporais” (2000, p. 06). Contextualizando, “Uma lógica imperial, portanto, que já operava de maneira ostensiva nos anos 90, através do desenvolvimento de mecanismos supraterritoriais de caráter jurídico, político-institucional e ideológico, no quadro da economia política global dominante e em benefício do bloco de poder mundial, constituído pela trama complexa de Estados centrais sob a incontestável supremacia norte-americana, capital produtivo e financeiro transnacional, instituições econômicas e de segurança internacionais, ideologia neoliberal” (GÓMEZ, 2000, p. 06). Compreende-se a ausência de significação a soberania, que em seu exercício apaga os sinais de autoridade, tornando-os invisíveis (DERRIDA, 2005, p. 42)

de Costas Douzinas sob o viés desconstrutivista, foram investigados os direitos humanos e seus paradoxos em face da legitimação das práticas políticas contemporâneas. Nesse sentido, foi questionado o papel dos direitos humanos na atualidade, a partir das suas contradições, ao enfrentar a problemática de como pensá-los e os modos de sua realização.

Em seguida, foi direcionado o olhar para a soberania, conforme a expansão dos contornos políticos na atualidade e a dimensão da soberania dos em meio à crise de seus paradigmas.

De tal forma, é feita a conexão dos direitos humanos com a conjuntura jurídico-política da atualidade e o trajeto de sua formação, sendo apresentados limites e possibilidades em meio ao problema da soberania.

Nesse contexto, o poder soberano é determinante para a distinção do legítimo nas práticas políticas da atualidade, conforme a expansão das possibilidades e modos soberanos. Logo, muito embora se questione a dimensão da soberania dos estados em meio à crise de seus paradigmas, outros espaços são criados pelo e para o exercício de poder soberano.

Feitas essas considerações, portanto, relaciona-se direitos humanos e soberania, ao considerar o exercício de poder e as relações de força que fazem parte do direito, mas que apenas existem em razão de seu papel determinante para os espaços legítimos de soberania.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ARENDT, Hannah. **A Condição Humana**. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

_____. **Entre o Passado e o Futuro**. 7. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2013.

ASSY, Bethania. **A moldura de uma existência cosmopolita: cultivo de sentimentos públicos uma leitura arendtiana**. *Revista Direito e Práxis*, v. 3, p. 53-72, 2012.

_____. Hannah Arendt and the Jewish Messianic Tradition - Heroic Action and the Politics of the Defeated. *Trumah - Zeitschrift der Hochschule für Jüdische Studien Heidelberg*, v. 20, p. 50-68, 2011.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence or the philosophy of positive law*. London: John Murray, 1885.

BARRETO, José-manuel. *Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law*. **Newcastle**: Cambridge Scholars Publishing, 2013a.

BAUMAN, Zygmunt. **Legisladores e intérpretes**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

_____. **Critical International Law: post-Realism, post-colonialism, and transnationalism**. New Delhi: Oxford University Press, 2013b.

BERNARDES, M. N. Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Esfera Pública Transnacional: Aspectos Jurídicos e Políticos da Implementação de Decisões Internacionais. Sur. **Revista Internacional de Direitos Humanos** (Impresso), v. 15, p. 135-156, 2011.

_____. Esfera públicas transnacionais: entre o realismo vestfaliano e o cosmopolitismo. **Revista Direito GV**, v. 10, p. 269-294, 2014.

BIRD, Greg; SHORT, Jonathan. **Community, immunity, and the proper: an introduction to the political theory of Roberto Esposito**. Angelaki: Journal of the Theoretical Humanities, 18:3, 1-12, fevereiro, 2015.

BIRMAN, Joel. Mal-Estar na atualidade: a psicanálise e as novas formas de subjetivação. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. **A subjetividade do tempo: uma perspectiva transdisciplinar do direito e da democracia**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BORRADORI, Giovanni. **Filosofia em tempo de terror: diálogos com Jürgen Habermas e Jacques Derrida**. São Paulo: Campo das Letras, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Meditações Pascalianas**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

BOURKE, Joanna. **Fear: a cultural history**. London: Virago, 2005.

GUIMARAENS, F. Direito de resistência e a receptividade de doutrinas jurídicas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 1, p. 167-176, 2007.

BRAGATO, Fernanda. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, Vol. 19 - n. 1 - jan-abr 2014.

CONNELL, Raewyn. **A iminente revolução na Teoria Social**. Conferência realizada no 35º Encontro Anual da Anpocs, Caxambu, Minas Gerais, em 26 de outubro de 2011.

DERRIDA, Jacques. **Força de Lei**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. Vadios. **Trad.** Fernanda Bernardo. Coimbra: Terra Ocre, 2005.

DORNELLES, J. R. W. A Internacionalização dos Direitos Humanos. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 1, p. 177-195, 2004.

DOUZINAS, Costas. Oubliez Critique. **Law and Critique**, vol. 16, nº 1, jan., p. 47-69, 2005.

_____. Athens Revolting: Three Meditations on Sovereignty and One on Its (Possible) Dismantlement. *Law and Critique*, London, v. 21, n. 3, p.261-275, nov. 2010.

_____. **Human Rights and Empire: The Political Philosophy of Cosmopolitanism** by Costas Douzinas. Abingdon: Routledge-Cavendish, 2007b.

_____. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2007a.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

FOUCAULT, Michel. Por uma Genealogia do Poder. In: **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

_____. **Nascimento da biopolítica. 1. ed.** São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

_____. **História da Sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988a.

_____. Practicing Criticism. In.: **KRITZMAN**, Lawrence D. *Politics, Philosophy, Culture: interviews and other writings 1977-1984*. New York, 1988b, p. 154-55.

GÓMEZ, J. M. Globalização da política. Mitos, realidades e dilemas. **Revista Praia Vermelha Curso de Pós-Graduação Em Serviço Social Ess Ufrj**, Rio de Janeiro - RJ, nº1, p. 07-47, 1997.

_____. Globalização dos Direitos Humanos, Legado das Ditaduras Militares do Cone Sul da América Latina e Justiça Transicional. **Revista Direito, Estado e Sociedade** (Impresso), v. 33, p. 85-130, 2008a.

_____. Soberania imperial, espaços de exceção e o campo de Guantánamo. Desterritorialização e confinamento na 'guerra contra o terror'. **Contexto Internacional** (PUCRJ. Impresso), v. 30, p. 210-230, 2008b.

_____. Política e democracia em tempos de globalização. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. Sobre os direitos humanos, a cidadania e as práticas democráticas no contexto dos movimentos contra-hegemônicos. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, v. 6, p. 121-153, 2005.

_____. A justiça transicional e o imprevisível jogo entre a política, a memória e a justiça. **Comunicações do ISER**, v. N°68, p. 71-80, 2014.

HAAKONSSSEN, K e LACEY, M.J. (eds.): **A Culture of Rights**, Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

HARVEY, David. **A companion to Marx's Capital**. London: Verso. 2010.

HOFFMANN, F. F. Human Rights and Political Liberty, a comment on Edward Rubins Rethinking Human Rights. *International Legal Theory*, v. 9, 2004.

_____. A Transplantabilidade dos Direitos Humanos - reflexões acerca de um conceito clássico do direito comparado. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 26, p. 1-15, 2006.

KAFKA, Franz. **O veredicto**: na colônia penal. São Paulo: Brasiliense, 1986.

_____. **O processo**. Porto Alegre: L&PM, 2008.

KOSKENIEMMI, Martti. Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes About International Law and Globalization". **Theoretical Inquiries in Law**, 8:9, 9-36, 2006.

MELBOURNE UNIVERSITY LAW REVIEW (Austrália). Melbourne University (Ed.). Review: The end of human rights: Critical Legal Thought at the Turn of the Century. **Melbourne University Law Review**, Melbourne, v. 445, n. 26, 2002.

MINKKINEN, Panu. **Sovereignty, knowledge, law**. London: Routledge-Glasshouse. 2009.

MOYN, Samuel. **The Last Utopia**: Human Rights in History. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

MUZAFFAR, Chandra. From human rights to human dignity. In: VAN NESS, Peter. **Debating human rights: critical essays from the United States and Ásia**. London: Routledge, 1999.

PASSET, René. **A ilusão neoliberal**. Trad. Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2002.

PELE, I. A. Understanding Human Dignity. **Papeles el tiempo de los derechos**, v. 20, p. 1-11, 2010.

_____. De calvino a buda: o “espírito” do capitalismo. Artigo publicado no livro “Capitalismo e Direitos Humanos: relações perigosas (2016)”. Disponível em:

https://www.academia.edu/17061882/DE_CALVINO_A_BUDA_O_ESP%C3%84DRITO_DO_CAPITALISMO_From_Calvin_to_Buddha_The_Spirit_of_Capitalism, acesso no dia 01/04/2016.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. A Forma e a Força da Lei: reflexão sobre um vazio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org). **Direito e Psicanálise: intersecções a partir de “O Estrangeiro” de Albert Camus**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PILATTI, A. A Plebe Multitudinária e a Constituição de seus Tribunais na Sociedade Global. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Mato Grosso do Sul**, v. 14, p. 183-196, 2009.

QUIJANO, Anibal. Coloniality of Power, Eurocentrism, and Social Classification. In: DUSSEL, Enrique et al. **Coloniality at large: Latin America and postcolonial debate**. Durham: Duke University Press, 2008.

ROCHA, M. A. Paradoxo da Formação: servidão voluntária e liberação. **Revista Brasileira de Educação**, Rio de Janeiro, v. 27, p. 154-171, 2004.

SARAT, Austin; KEARNS, Thomas. “Editorial Introduction” in Sarat, A./Kearns Th.R.[ed.]: **Legal Rights: philosophical and historical perspectives**, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1996.

SARTRE, Jean-Paul. Prefácio. In: FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1968.

SHARP, Gene. **Da ditadura à democracia: Uma Estrutura Conceitual para a Libertação**. Trad. José A.S. Filardo. The Albert Einstein Institution. 4. ed. 2010.

SLOTERDIJK, P., Falls Europa erwacht, consulted in French, Si l’Europe s’éveille, Mannoni, O, (trans.), Ed. Mille et Une Nuits, Paris, 1994 apud PELE, I. A.. Understanding Human Dignity. *Papeles el tiempo de los derechos*, v. 20, p. 1-11, 2010.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A crítica da razão indolente**. São Paulo: Cortez, 2000.

WALLERSTEIN, Immanuel. **O universalismo europeu**. São Paulo: Boitempo, 2007.

Recebido em 11 de abril de 2017
Aceito em 07 de novembro de 2017

**DESJUDICIALIZAÇÃO NO SISTEMA JUDICIAL BRASILEIRO:
REFLEXÕES SOBRE A MITIGAÇÃO DO PARADIGMA DO
MONOPÓLIO DA JURISDIÇÃO**

**DISJUDICIALIZATION IN THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM:
REFLECTIONS ON THE MITIGATION OF THE MONOPOLY
PARADIGM OF JURISDICTION**

*Fabiano Colusso Ribeiro*¹
*Levi Hülse*²
*Sandra Krieger Gonçalves*³

Resumo: O sistema judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado por elevado número de demandas processuais, fator preponderante na decorrente morosidade e incapacidade de atendimento a todos os litígios, prejudicando, assim, o efetivo acesso à justiça. Tem-se por intuito formular neste trabalho uma breve análise sobre os efeitos que a desjudicialização traz ao ordenamento atual, promovendo meios alternativos para resolução dos conflitos, na medida em que a essa iniciativa não encontra óbice no paradigma da reserva de jurisdição ou monopólio de jurisdição.

Abstract: It is imperative that the Brazilian judicial system is overcrowded by great procedural demands, which generates the idea of length of service and incapacity to attend to all litigation, thus hindering effective access to justice. The present work is a brief analysis of the effects that the detrimentalization brings to the current order, promoting alternative means for the resolution of conflicts, since this initiative does not find any obstacle in the paradigm of the reservation of jurisdiction or monopoly of jurisdiction.

Palavras-chave: Desjudicialização. Jurisdição. Poder Judiciário. Resolução de conflitos. Acesso a justiça.

Key-words: Disjudicialization. Jurisdiction. Judicial power. Conflict resolution. Access to justice.

¹ Mestrando no Programa de Mestrado em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Especialista em Direito Público pela ESMAFE-RS/UCS (2016), e Direito Aplicado pela Escola Magistratura do Paraná - EMAP (2011). Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2007). Foi Procurador do Município de Cascavel(PR), e atualmente é Secretário do Juizado Especial e CEJUSC na Comarca de Pomerode. E-mail: levihulse@uol.com.br

² Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI - SC, na área de concentração em Constitucionalismo, Transnacionalidade e Produção do Direito. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Graduado Bacharel em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2010) e graduado em História pela Fundação Universidade Regional de Blumenau FURB (2006). Advogado com a OAB/SC 31.986. Professor na Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe - UNIARP. Editor da Revista Ponto de Vista Jurídico - UNIARP. E-mail: levi@uniarp.edu.br

³ Advogada; Mestre e Doutora em Ciência Jurídica - UNIVALI; Professora de Direito Processual Civil e Direito Administrativo; Conselheira Federal pelo Estado de Santa Catarina e Presidente da Comissão Nacional de Direito Médico e da Saúde da Ordem dos Advogados do Brasil, triênio 2016/2018. E-mail: sandra@kriegeradvogados.com.br.

Sumário: Considerações Iniciais; 1- A evolução e o panorama atual do sistema judicial brasileiro; 2- Reflexões sobre a limitação do monopólio da jurisdição; 3- Ruptura do paradigma da judicialização; 3.1 A desjudicialização no Brasil. Considerações Finais. Referências.

Considerações Iniciais

Para este estudo, compreende-se Judicialização como o mecanismo através do qual o Poder Judiciário atua, mediante provocação do interessado e no bojo de um litígio, formulando políticas públicas, revendo decisões dos outros poderes ou intervindo nas relações jurídicas contratuais, a partir de premissas fundadas no estabelecimento de Justiça Social, nos Direitos Fundamentais e nos Princípios Constitucionais.⁴

O presente artigo aborda a necessidade de refletir a realização da desjudicialização dos conflitos no sistema judicial brasileiro frente a necessidade de repensar o monopólio da jurisdição, revendo pois, o modelo de protagonismo do Poder Judiciário e por conseguinte, estabelecendo-se um movimento inverso ao acima compreendido.

No último século o assoberbamento do Poder Judiciário não é algo exclusivo do Brasil, mas em vários países no mundo, o que se deve, principalmente, a dois fatores; as ondas reformistas intensificaram, amplamente, o acesso à justiça pela população, traduzindo-se em transformações sociais conduzidas pelo desenvolvimento econômico e social, bem como em decorrência de maior protagonismo social e político dos Tribunais, ou seja, houve um aumento significativo da judicialização dos conflitos.

O cenário atual do Poder Judiciário é marcado pelo excesso de processos, congestionamento e ineficiência do Poder Judiciário. Isso está traduzido no último relatório divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2016, denominado "*Justiça em números*"⁵, revelando-se uma verdadeira crise da jurisdição.

Partindo desse panorama, propõe-se a reflexão acerca da possibilidade da mitigação ou eliminação da morosidade judicial por meio da desjudicialização de procedimentos judiciais, o que já foi adotado de forma tímida pela legislação brasileira, mas já implantado com êxito em países estrangeiros de forma mais efetiva, com resultados satisfatórios para o jurisdicionado.

Com o intuito de refletir sobre este cenário, registram-se iniciativas promovidas na legislação brasileira e as que são passíveis de implementação que sejam compatíveis com o paradigma do monopólio da jurisdição.

⁴Conceito baseado na obra: BRANDÃO, R. A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro. **RDA – Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, mai/ago/2013.

⁵ Segundo os dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, no Brasil tramitam atualmente cerca de 100 milhões de demandas judiciais. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Relatório Justiça em Números 2016. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfb344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 15.dez. 2016.

1 A Evolução e o panorama atual do Sistema Judicial Brasileiro

O sistema judicial brasileiro foi construído sob o dogma da separação dos poderes, e dele deriva o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ou reserva de jurisdição, o que significa a primeira vista um direito quase absoluto ao acesso à justiça.

Trata-se de um modelo de constituição democrática, inspirada nos padrões liberais [americano e francês], em uma ruptura do passado, marcando o fim do absolutismo. Aliás, como alerta Luigi Ferrajoli, a maioria das cartas constitucionais do século XIX e XX, na Europa ou na América, surgiu a partir do rompimento de regimes totalitários/autoritários ou até mesmo como projeto de futuro. Como o referido autor enfatiza, "*Siempre las constituciones democráticas son el producto de cambios revolucionarios y de pactos fundantes y refundantes de la convivencia civil*"⁶.

O surgimento deste novo modelo teve como principal precursor, Montesquieu, que, influenciado pelo Liberalismo, propôs a limitação da atuação do Estado, como uma maneira de reduzir o poder deste. Com efeito, esta foi a prescrição das Constituições que pregariam que a não separação de poderes implicaria na ausência de democracia. Esta separação é consagrada em diversos momentos históricos, dentre os quais releva a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776, e de forma transformadora, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada na França em 1789, no seu artigo 16⁷.

Sobre a garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário brasileiro, ou monopólio da jurisdição, Bonavides esclarece que ela é fundamental e um dos principais instrumentos para assegurar a eficácia do Estado social fundado nos alicerces do Estado de Direito. Tanto é, que este princípio vem expressamente previsto desde a Constituição Federal de 1946⁸.

Na sua gênese, a ideia de separação de poderes, foi pensada exatamente para neutralização política do Poder Judiciário, ou seja, este Poder não poderia interferir na esfera do legislativo. Como anota Tércio Sampaio Ferraz Junior:

A teoria clássica da divisão dos poderes, construída com um claro acento anti-hierarquizante em face da concepção personalista anterior, iria garantir de certa forma uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência da política na administração, que se torna totalmente aceitável no Poder Legislativo, parcialmente no Poder Executivo, fortemente neutralizada no Poder Judiciário, tudo dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito. E essa neutralização política do

⁶ Tradução livre dos autores: Sempre as constituições democráticas são o produto de uma mudança revolucionária e de pactos fundantes e refundantes da convivência civil. In- FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia**. v.2. Madrid. Editora Trotta, 2011, pp.46-49.

⁷ Livro XI, Capítulo VI. MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das Leis**. Tradução de Cristiane Murachco. São Paulo. Editora Martins Fontes, 1996, ps. 167-178. Em igual sentido: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo, Noeses, 2014, ps.2-3.

⁸ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo. Malheiros, 2004, 15 ed., p.553.

Judiciário foi uma das peças importantes para o aparecimento de uma nova forma de saber jurídico: a ciência do direito - positivo - no século XIX⁹.

Entretanto, Boaventura de Sousa Santos ensina que tal visão clássica foi ao longo dos tempos transformada significativamente pela evolução do Poder Judiciário no mundo decorrente de transformações políticas e sociais, as quais advêm em parte pelo desenvolvimento econômico ditado pelo sistema capitalista implementado em grande parte do mundo desde do século XV¹⁰.

O referido autor argumenta que esta transformação pode ser dividida em três períodos, quais sejam, a fase do Estado Liberal; o período do Estado Providência; e o estágio atual, crise do Estado Providência, para nós, conhecido como Estado Social. De forma sintetizada, no primeiro período é marcado pelo "*diminuto peso político*" do Poder Judiciário, havia uma atuação técnica exigente, mas no campo ético de forma fraca; no estágio do Estado Providência, no final do século XIX, por sua vez, ocorreu a "*desneutralização política*" do Poder Judiciário, com atuação mais pró-ativa e marcada pela intensificação do acesso a justiça e a defesa de direitos difusos e coletivos e a constitucionalização do direito¹¹.

Por fim, no último período, que se iniciou no final da década de setenta e perdura até os dias atuais, o Poder Judiciário é "*fortemente politizado*" diante da crise do Estado Providência e a potencialização da filosofia neoliberal. Houve contínua defesa dos direitos difusos e coletivos diante da intensa desigualdade social decorrente da globalização da economia, bem como ocorre uma crise da representação política, daí enseja combate a corrupção e ao abuso do poder político, e ainda, a "*judicialização das questões sociais*", nas áreas ambiental e consumidor¹².

Sob outro enfoque percebe-se que essas fases também evidenciam a transição entre duas formas clássicas de justiça: a justiça comutativa e distributiva. Segundo Norberto Bobbio, a primeira preocupa-se com o bem ou o direito da pessoa humana em si, como pessoa. Já a justiça distributiva tem como objeto a pessoa humana, mas considerada em sua posição profissional, familiar ou social¹³.

No caso brasileiro, Boaventura de Sousa Santos adverte que não passou por toda essa evolução o Poder Judiciário pátrio, uma vez que varia de acordo com o país, observado o nível de desenvolvimento econômico e social. Em razão disso o autor conclui:

Os três períodos que analisamos na seção precedente não se adequam às trajetórias históricas dos países periféricos e semiperiféricos. Durante o período liberal, muitos desses países eram colônias e continuaram a sê-lo por muito tempo (os países africanos); outros só então conquistaram a independência (os países latino-americanos). Por outro lado, o Estado-

⁹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo, Noeses, 2014, p.3.

¹⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista brasileira de ciências sociais. v. 11, n. 30, ps. 29-62, fev. 1996.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista brasileira de ciências sociais. v. 11, n. 30, ps. 29-62, fev. 1996.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista brasileira de ciências sociais. v. 11, n. 30, ps. 29-62, fev. 1996.

¹³ BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Rio de Janeiro. 1987, p.15.

providência é um fenômeno político exclusivo dos países centrais. As sociedades periféricas e semiperiféricas caracterizam-se em geral por chocantes desigualdades sociais que mal são mitigadas pelos direitos sociais econômicos, os quais, ou não existem, ou, se existem, têm uma deficientíssima aplicação¹⁴.

Isso não representa que o Brasil, classificado como país periférico, não tenha sofrido influência ou aproveitado algumas dessas trajetórias, porquanto sua evolução também sofreu influência das transformações do Estado impostas pelo modelo desenvolvimentista neoliberal predominante com o fim do Estado Social. Como o próprio autor identifica,

Nesses países que passaram por processos de transição democrática nas três últimas décadas [o caso do Brasil], os tribunais só muito lenta e fragmentariamente têm vindo a assumir a sua co-responsabilidade política na atuação providencial do Estado. A distância entre a Constituição e o direito ordinário é, nesses países, enorme, e os tribunais têm sido, em geral, tíbios em tentar encurtá-la¹⁵.

Não obstante, Boaventura de Sousa Santos, em seus estudos, destaca a importância dessa análise para entender a conjuntura histórica mundial da função judicial no conjunto de poderes do Estado. A partir dessa premissa deve-se aprofundar essa análise a partir do desenvolvimento econômico e social e sua influência no Poder Judiciário. Isso porque para o jurista há forte relação em relação ao desenvolvimento econômico e o desempenho da função judicial e a litigiosidade no país.

Ao debruçar sobre o caso do Brasil, ressalta que o país ao tempo do Estado Liberal era colônia e tardou em conquistar sua independência, por isso, sofre ainda como forte desigualdade social, especialmente porque ficou por longo período dominado pela ditadura. Somente no final da década de oitenta o país passou por uma transição democrática e sequer conseguiu vivenciar de fato parte da fase do Estado Providencial [Estado Social]¹⁶.

Em novos estudos, o autor revela que iniciamos nova fase revelada pela expansão do neoliberalismo, na qual aprofundaram-se as desigualdades sociais, conflitos populares e a degradação ambiental, o que fez surgir a pressão social e dos mercados, leia-se o interesse econômico, os quais reclamam um sistema judicial célere, previsível, que proporcione segurança jurídica e a preservação ampla de direitos aos jurisdicionados¹⁷.

Com efeito, há de um lado o mercado econômico representado pelas instituições tradicionais e hegemônicas, tais como Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e as grandes agências multilaterais e nacionais de ajuda ao desenvolvimento, etc; os quais direcionam/direcionaram as reformas nos sistemas

¹⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista brasileira de ciências sociais. v. 11, n. 30, ps. 29-62, fev. 1996.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista brasileira de ciências sociais. v. 11, n. 30, ps. 29-62, fev. 1996.

¹⁶ SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3 ed. rev. amp., p. 14

¹⁷ SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3 ed. rev. amp., ps.20-24.

judiciais com foco exclusivamente econômico. De outro vértice, existe os cidadãos, representados por movimentos sociais, organizações sociais, associações, os quais reivindicam seus direitos e pressionam por reformas processuais para ampliar o atendimento a população mais vulnerável¹⁸.

Sob outra perspectiva, Mauro Capeletti¹⁹ ensina que os movimentos renovatórios do acesso a justiça passaram por três ondas, as quais, de certa maneira, confundem-se com as fases citadas acima. Em síntese, a primeira permitiu o acesso a justiça aos mais pobres; a segunda, por sua vez, tratou dos direitos coletivos e a terceira é a aplicação de mecanismos alternativos para resolução de conflitos.

Assim, é inegável que a partir da evolução do sistema judicial brasileiro, com maior protagonismo político e social do Poder Judiciário, aliado à ampliação de garantias constitucionais, ou melhor, crescimento do acesso a justiça, eclodiu o congestionamento desse Poder. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos "*A juridificação econômica, política e do bem-estar social tem como outra face o aumento exponencial da litigação e a consequente sobrecarga dos tribunais, com impacto no tempo dos processos*". Para ele há um novo contexto de intervencionismo judicial que reclama atitudes do Estado para resolução dessa crise da morosidade judicial²⁰.

Dentro desse contexto insere-se a chamada crise da justiça²¹ no Brasil atual. Para a opinião pública, o Judiciário é visto como um moroso e falho prestador de serviço público. Para os gestores públicos, a instituição é vista como um óbice às finalidades governamentais e de gestão, com decisões judiciais que implicam em ingerência às políticas públicas afetas ao poder executivo e que acarretariam despesas e custos que comprometem o ajuste fiscal e a estabilidade monetária.

Para ficar em um único exemplo, merece destacar Relatório divulgado em 2014 feito com base em pesquisa jurisprudencial conduzida pelo Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais, Centro de Pesquisa Jurídica aplicada da Escola de Direito de São Paulo da FGV e coordenada pela Profa. Ada Pelegrini Grinover, cujos dados coletados versaram sobre a judicialização da saúde nos Estados de São Paulo e Minas Gerais. Segundo esse relatório,

“[...]a combinação da promessa constitucional de direitos sociais com um modelo de processo judicial insuficientemente aparelhado resulta em prejuízo para a plena efetivação desses direitos. Pesquisas empíricas voltadas ao mapeamento deste processo de judicialização dos direitos sociais no Brasil apontam que a atuação do Judiciário produz efeitos irracionais nas políticas públicas e no orçamento público, e que a individualização das demandas

¹⁸ SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3 ed. rev. amp., ps. 20-24.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.25.

²⁰ SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3 ed. rev. amp., p.25.

²¹ Em uma só frase: este vocábulo “[...] se traduz pela crescente ineficiência com que o Judiciário vem desempenhando suas três funções básicas: a instrumental, a política e a simbólica”. In: FÁRIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. p. 1. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduarFaria.pdf>. Acesso: 24/07/2014.

termina por favorecer aqueles com mais fácil acesso ao Judiciário, ou seja, a classe média, e portanto não conduz a uma efetiva transformação social.”²²

Inserese aqui pois, o objetivo deste breve estudo, em um pequeno recorte que tem por fito apontar de forma sintética em breves considerações, a forma que o Estado brasileiro pretende lidar com essa questão da morosidade, a partir dos dados estatísticos divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça, cuja situação é neste último ano 2016, alarmante.

O diagnóstico sobre o funcionamento do sistema judicial brasileiro não é novo, a exemplo de estudos realizados pelo IPEA - Instituição de Pesquisa Econômica Aplicada e o ICJBrasil (FGV), (que apurou o índice da confiança da Justiça brasileira).

Segundo O IPEA, que em 2008 fez um diagnóstico sobre o funcionamento do sistema judicial brasileiro, após a reforma legislativa de 2005, constatou-se a necessidade de "simplificação de seus procedimentos operacionais, de capacitação de seus funcionários, de melhoria de suas condições de trabalho, de incorporação de tecnologias de informação, entre diversas outras"²³. Em 2011, em outro estudo, analisou o custo e o tempo das execuções fiscais na Justiça Federal, chegando à cifra de 4,3 mil reais para cada processo, o qual dura em média 8(oito) anos e 2(dois) meses, algo preocupante do ponto de vista, relação "custo x benefício"²⁴.

Por sua vez, os dados divulgados anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça revelam, atualmente, que há 74 milhões de processos em tramitação, registrados até o final de 2015, sendo que na fase de conhecimento, cujo período compreende a postulação das partes, produção de provas e prolação de sentença, transcorrem, em média 1(um) ano e 6(seis) meses na maioria dos Tribunais; enquanto a fase de execução, na qual não há atividade cognitiva do juiz, mas apenas a realização do direito constante em um título executivo judicial ou extrajudicial, consome, em média, 4(quatro) anos e 5(cinco) meses nos Tribunais²⁵.

No primeiro semestre de 2016 divulgou-se, também, o resultado do índice de confiança na Justiça brasileira, o qual registrou que apenas 29% da população

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **AVALIAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL COLETIVA E INDIVIDUAL A PARTIR DA JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. Relatório de Pesquisa. São Paulo, 2014. Disponível em: <http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf>. Acesso em: 15.dez.2016.

²³ BRASIL, Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada. **Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade**. Brasília: IPEA, 2008 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1328.pdf>. Acesso em: 15.dez. 2016, p.45.

²⁴ BRASIL, Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada. **Comunicado IPEA n. 83**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 15.dez. 2016, p.10.

²⁵ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2016**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 15.dez. 2016, p. 70.

confia no Poder Judiciário, enquanto 59% confia nas Forças Armadas, esta última instituição a mais confiável para os brasileiros²⁶.

Tais números revelam o tamanho da crise do sistema judicial brasileiro, porquanto a apuração do índice de confiança não indica apenas uma rejeição pelo modelo; mas uma demanda reprimida, vez que fatalmente a descrença na instituição termina por diminuir ou reprimir suas demandas, ou seja, não deixa de ser procurada/utilizada. Aliás, de acordo com Boaventura de Sousa Santos, em conferência sobre o acesso à justiça no Brasil, existe no país uma demanda suprimida por justiça, representada por legiões de indivíduos que não conhecem seus direitos ou os conhecem mas sentem-se impotentes para reivindicá-los, o que denomina de sociologia das ausências, asseverando que olhar para essa demanda é proceder-se a uma revolução democrática da justiça e conclui: “o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso”²⁷.

E por tal crise estatal e, por via de conseqüência, de sua função jurisdicional tem-se que continuar a repensar a jurisdição estatal.

2 Reflexões sobre a limitação do monopólio da jurisdição

Conforme já exposto há sinais de esgotamento institucional do Poder Judiciário brasileiro, diante de inúmeros desgastes. Assistiu-se nas últimas décadas uma explosão de litigiosidade, volume este de atividades judiciais que pode ser facilmente constatado a partir dos injustificáveis encargos eminentemente administrativos dos magistrados, quais sejam, restrição de bens via sistemas eletrônicos (BACENJUD, RENAJUD, SERASAJUD, etc.), gestão administrativa dos fóruns, sem que isso seja propriamente de sua incumbência.

Neste contexto, denota-se a incapacidade de resposta adequada da jurisdição estatal aos conflitos, abrindo-se um campo fértil para procedimentos extrajudiciais de resolução de conflitos, também denominados “*alternativos*”. Além disso, a busca por alterações no sistema judiciário e no processo judicial tradicional, exigindo maior participação dos cidadãos na solução dos conflitos e autonomia em relação às estruturas estatais.

Dá a necessidade de rever ou aprimorar os atuais sistemas de justiça, a fim de resolver ou minimizar o elevado número de processos com um mínimo de eficiência e traz o questionamento da verdadeira função que vem exercendo o Poder Judiciário e do seu monopólio na realização e no desenvolvimento dessas atividades.

Desde as décadas de 1960 e 1970, nos Estados Unidos, há reflexões questionando o paradigma do monopólio da jurisdição pelo Estado. Esse movimento pregava a informalidade e a descentralização dos procedimentos, fomentando a participação ativa dos cidadãos na resolução dos conflitos²⁸.

²⁶ BRASIL, Portal FGV, **Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-CJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15.dez. 2016, p. 15.

²⁷ SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3 ed. rev. amp., p.32-33.

²⁸ PEDROSO, João *et al.* **Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa)**. Coimbra, Centro de Estudos Sociais,

O movimento, denominado ADR - *Alternative Dispute Resolution*, defendia a existência de outros mecanismos para solução de conflitos, tais como, a negociação, a conciliação, a mediação e a arbitragem, para promoção do acesso à justiça. Esses mecanismos não são, necessariamente, novas formas de solução de litígios que surgiram naquela época, mas novas aplicações de procedimentos bastante antigos, isto é, a retomada de técnicas que já existiam inclusive antes da justiça estatal, mas que foram deixadas de lado após a monopolização da justiça pelo Estado moderno²⁹.

Pelo impulso dos estudos e reflexões do movimento ADR, no século XX, houve forte tendência de desjudicialização, caracterizada, mesmo dentro do processo judicial, pela simplificação processual ou recurso a métodos informais, para agilizar as soluções dos processos judiciais; e fora do sistema judicial, com o surgimento de estruturas não judiciais de resolução de litígios³⁰.

Não obstante, frisa-se que os movimentos de desjudicialização oriundos da crise da jurisdição são extremamente variáveis, tendo em vista a cultura jurídica de cada lugar, o desenvolvimento econômico e social e a complexidade dos conflitos. O Brasil, como um Estado burocrático permeado por problemas estruturais e que não atende a contento a demanda social o problema é de difícil enfrentamento. Um caminho passa por incentivar a busca de soluções para o tratamento extrajudicial dos conflitos de interesse, tendo o próprio Estado como agente regulador e promotor de novas políticas de organização judiciária, na busca de soluções criativas, equânimes, imparciais e independentes, porém, sem nunca dispensar a atuação do juiz no quadro das múltiplas questões que efetivamente lhes devem ser postas a analisar e julgar.

Aliás, este debate não é novo, porquanto já presente no Direito Comunitário Europeu do qual, como exemplo, Portugal, assim como os demais membros da União Européia, encontraram soluções desjudicializantes eficientes, no que couber, para os problemas comumente enfrentados numa sociedade eminentemente urbana e de consumo em massa, que serão expostos adiante³¹.

O maior problema da interpretação do monopólio de jurisdição não está restrito ao direito processual constitucional, conforme assegura a moderna doutrina constitucional, mas sim, dentro de uma perspectiva que envolve os princípios estruturantes de toda a ordem constitucional, como é o caso do controle jurisdicional, da imparcialidade e da independência do juiz (artigo 5º, incisos XXXV, LIV e LV da Constituição Federal)³².

2001. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 15.dez.2016, p.20.

²⁹ PEDROSO, João *et al.* **Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa)**. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2001. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 15.dez.2016, p.20.

³⁰ PEDROSO, João *et al.* **Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa)**. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2001. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 15.dez.2016, p.20.

³¹ SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3 ed. rev. amp., p.25.

³² CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 661.

Canotilho revela o sentido de "*monopólio jurisdicional*", como alguém que poderá dar a "*primeira palavra*" e a "*última palavra*" sobre determinada relação jurídica, bem como aponta os principais pontos a serem analisados na eventual legitimação de órgãos extrajudiciais de resolução de conflitos de interesses:

[...] a expressa rejeição constitucional de 'auto-defesa', de "justiça privada" ou "justiça pelas próprias mãos" (excepcionando apenas alguns casos de direito de resistência) implica necessariamente a atribuição da realização concreta do direito, com fim de solucionar litígios, a órgãos imparciais particularmente qualificados; os órgãos/poder especialmente qualificados para estas funções de *jurisdictio* devem ter o monopólio da jurisdição, pois isso é uma dimensão ineliminável do princípio do estado de direito e um corolário material do princípio da divisão de poderes; o monopólio jurisdicional é hoje, seguramente, um princípio constitucional material concretizador ou densificador destes princípios.³³

O aludido autor, ao diferenciar os princípios da reserva de juiz/ reserva de jurisdição e da reserva de tribunal/ via judiciária, menciona que:

[...] a ideia de que relativamente a algumas situações é legítima a intervenção de outros poderes (designadamente administrativos) desde que seja assegurado depois o direito de acesso aos tribunais. Na reserva de juiz, o tribunal intervém logo no início; na reserva de tribunal o apelo aos juizes ocorre, a maior parte das vezes, sob a forma de recurso. Dito por outras palavras: na reserva de juiz verifica-se o monopólio total da função jurisdicional quanto à decisão de certas questões; na reserva de tribunal, o exercício da função jurisdicional é parcial, posto que no mais das vezes não se exige a intervenção inicial do juiz.³⁴

Em suma, na chamada reserva de juiz ou reserva absoluta de jurisdição, a qual decorre da opção estatal de cunho jurídico-constitucional, onde compete ao juiz a primeira e última palavra acerca do direito aplicável em determinada relação jurídica, não há espaço para um procedimento extrajudicial de resolução de conflitos³⁵.

Tal conceito clássico e restrito de jurisdição, como mero aplicador de leis, não é compatível com o Estado Constitucional, nas palavras de Marinoni:

[...] o dever de dar tutela aos direitos, especialmente os direitos fundamentais materiais – seja na sua proteção propriamente dita, como preservação da sua integridade, seja na implementação dos direitos fundamentais sociais –, não mais se resume a um poder de mera afirmação das leis, haja vista que, depois de compreender os casos concretos a partir dos valores constitucionais da sociedade, deve dimensionar a lei com base nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais, fazendo

³³ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 668.

³⁴ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 664-665.

³⁵ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 669.

valer os nortes da organização do Estado e da sociedade proclamados pela Constituição.³⁶

Segundo Candido Rangel Dinamarco o monopólio estatal da jurisdição como órgão exclusivo em julgamentos é herança cultural do direito romano, no qual passou-se por uma transformação em que houve a absorção estatal da atividade de solucionar conflitos, antes de responsabilidade do cidadão³⁷.

Portanto, é certo que quando se faz referência ao monopólio do Poder Judiciário, este não é o único meio jurídico de permitir as pessoas o acesso a uma ordem jurídica justa, esta garantia poderá ser sempre reclamada em casos de lesão ou de ameaça de violação de direitos e interesses dos particulares por medidas e decisões provenientes de outros poderes, autoridades públicas e órgãos delegatórios da Justiça, a ponto de afrontar a ordem jurídica justa³⁸.

A propósito, sobre o tema Marinoni esclarece:

No Estado Constitucional, os conflitos podem ser resolvidos de forma heterocompositiva ou autocompositiva. Há heterocomposição quando um terceiro resolve a ameaça ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes. Há autocomposição quando as próprias partes resolvem seus conflitos.³⁹

Segundo o referido autor, a jurisdição deve ser encarada como a "*ultima ratio*", tendo a legislação processual atual expressamente incentivado, preferencialmente, a resolução dos conflitos por meios alternativos⁴⁰. Mas não faz qualquer sentido implementar a política de resolução alternativa de conflitos exclusiva ou pertencente apenas ao Judiciário, como inicialmente prevista pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ, atividades que podem ser melhor resolvidas nas esferas administrativas. Tal prática é incompatível com o raciocínio da própria política pública e acaba afastando da própria sociedade outros caminhos para resolver seus problemas sociais quando estes podem ser resolvidos por métodos de autocomposição e por intermédio de outros agentes.

Ainda sobre outras alternativas à jurisdição, completa Canotilho:

[...]a forma tradicional de solução de litígios através dos tribunais e mediante decisão de um juiz imparcial é considerada, hoje, como incapaz de assegurar, só por si, a paz jurídica e de garantir em tempo razoável alguns direitos e interesses das pessoas, sendo certo que a formação constitucional

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. Et. al. **Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil**. v.1. 2ed. São Paulo, 2016, p.391.

³⁷ DINAMARCO, Candido. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo, Malheiros, p. 121.

³⁸ DINAMARCO, Candido. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo, Malheiros, p. 122.

³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. Et. al. **Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil**. v.1. 2ed. São Paulo, 2016, p.187.

⁴⁰ Art. 3º do Código de Processo Civil: "*Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. §1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.*"

de jurisdição assenta, em grande medida, no modelo clássico de juízes, tribunais e jurisprudência. Não há, porém, obstáculos incontornáveis à institucionalização de formas alternativas (ou complementares) de justa composição dos conflitos por acordo das partes e/ou com auxílio de um mediador. Tratar-se-ia de forma de prestação de justiça própria de um estado cooperativo.⁴¹

Nesse sentido, Miranda, elucida que no direito constitucional português não se aplica o princípio do “*monopólio estadual da função jurisdicional*” ou exclusividade da “*justiça pública*”, tendo em vista a possibilidade de surgirem normas que institucionalizem instrumentos e formas de composição não-jurisdicional de conflitos [arts. 202º e 205º, da Constituição da República Portuguesa⁴²], sem diminuir o postulado da tutela jurisdicional dos direitos.⁴³

Depreende-se da análise do texto constitucional português a previsão expressa acerca de formas de resolução alternativa de litígios no ordenamento jurídico daquele país, sendo insuscetível de discussão a sua legalidade e legitimidade. No entanto, também do cotejo da norma constitucional, se infere que os tribunais e os juízes mantiveram o protagonismo na estrutura judiciária do país, sendo que às autoridades administrativas e às formas de composição extrajudicial de conflitos foi assegurada uma posição complementar, realmente de coadjuvação em relação à indelegável função jurisdicional estatal.

Ressalta-se que o próprio texto constitucional português condiciona a institucionalização de instrumentos e formas de composição não-jurisdicional de conflitos à lei. Portanto, somente o Estado, através do legislativo, é que poderá delegar legitimidade e parcela de jurisdição a terceiros, que não os tribunais e os agentes judiciais, para dirimirem controvérsias.

Percebe-se, que no mundo há concepção da institucionalização de instrumentos e formas de composição não-jurisdicional de conflitos à lei, vem sendo colocada em debate no ambiente da ciência do direito, posto que ganha volume a conscientização de que, para se obter a efetividade do processo, é imperioso garantir o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Porém, tais garantias podem ser preservadas por meio de soluções alternativas, que não somente aquela que conduz exclusivamente ao monopólio da função jurisdicional estatal.

No Brasil, segundo Nelson Nery Junior, embora se reconheça que a “atividade jurisdicional é típica, mas não exclusiva do Poder Judiciário”, este “[...] conceito de jurisdição não tem sido desenvolvido pela doutrina brasileira, no

⁴¹ CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

p. 672-673.

⁴² "Artigo 202º. 4. A lei poderá institucionalizar instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos; Artigo 205º. 2. As decisões dos tribunais são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as de quaisquer outras autoridades. PORTUGAL, Constituição da República Portuguesa. Assembleia da República. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10.jan.2017."

⁴³ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. v. 4. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 29.

sentido de acompanhar a evolução que o instituto vem sofrendo nos ordenamentos mais modernos [...]”⁴⁴

A jurisdição, portanto, não tem como escopo somente a solução de litígios, mas, principalmente, a busca da paz social mediante a aplicação de critérios justos de solução de conflitos, além do esclarecimento à sociedade de que é possível ter acesso ao Direito de forma preventiva, por meio da orientação de especialistas, evitando-se a cultura da lide, que configura uma tensão no sistema jurídico⁴⁵.

O fenômeno de retirada de parte da competência do âmbito judicial é tema de suma importância para a plena, rápida e eficaz realização do Direito⁴⁶, e é consequência do aumento de demandas apresentadas ao Poder Judiciário que dificulta a prestação jurisdicional efetiva; conforme ensina Cappelletti:

O processo, no entanto, não deveria ser colocado no vácuo. Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada; e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva⁴⁷.

Considerando, pois, que se trata de mudança profunda, a efetividade da implantação de tais medidas depende de esforço social conjunto, sendo essencial que haja a modificação da visão e do comportamento dos agentes públicos e dos operadores do direito voltada para a busca da prevenção de instalação de litígios e a utilização de mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos. Esta mudança de visão e de comportamento deve pautar-se no reconhecimento da premissa de que cabe ao Poder Judiciário prestar um serviço público, pois é dele o poder de aplicar o direito ao caso concreto, mas a colaboração da sociedade é essencial para alcançar uma justiça mais efetiva e ágil⁴⁸.

Nesse contexto, opera-se a necessidade redução da exigência de atuação do Poder Judiciário, com a desjudicialização dos conflitos, cuja matéria constitui um matiz supletivo decorrente de uma opção de organização do próprio Estado, a fim de justamente privilegiar a atuação do Estado/Judiciário naquelas controvérsias que efetivamente não podem prescindir da sua análise (monopólio absoluto da jurisdição), observando que a organização judiciária é matéria indelegável e irrenunciável do próprio Estado.

Assim, o paradigma do monopólio de jurisdição, reserva do juiz e da inafastabilidade da apreciação de lesão e ameaça de direito pelo Poder Judiciário,

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁴⁵ SOARES NETO, Júlio. **Direito Registral e Arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2010. p. 93.

⁴⁶ HELENA, Eber Zoehler Santa. **O fenômeno da desjudicialização**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7818>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p.25.

⁴⁸ BANDEIRA, Regina Maria Groba. **O judiciário na Constituição de 1988. Um poder em evolução**. Câmara dos Deputados. Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira. Brasília: Edições Câmara, 2008. p. 779-780.

admitem perfeitamente a adoção pelas demais instituições do Estado, dentro de suas respectivas competências, da desjudicialização de conflitos já amplamente conhecidos e implantados em nosso ordenamento jurídico.

3 Ruptura do Paradigma da Judicialização

Com a evolução dos sistemas judiciais surgiu a necessidade de novos meios para resolver ou encarar os conflitos do Estado Moderno, o qual tem falhado muito na sua missão pacificadora, que inexoravelmente tenta realizar mediante o exercício da jurisdição, havendo situações em que se afigura legítima e necessária a intervenção de outros agentes que compõem o sistema judicial, devidamente legitimados pelo Estado, desde que seja assegurado ao jurisdicionado, de forma diferida, o direito de acesso aos tribunais.

Para abandonar este panorama, cuja causa dentre outros fatores refletem irresolvidos problemas de condução do próprio sistema deve-se alongar o horizonte das possibilidades permitindo-se contemporâneas propostas tendentes à desformalização e desburocratização dos procedimentos a fim de conferir maior acesso, celeridade e adequada tutela de direitos⁴⁹.

Nesse sentido, por desjudicialização compreendeu-se, inicialmente, a edição de legislação que combatia o formalismo processual, visando a solução de um problema social sem a necessidade de jurisdição. Segundo Ada Pellegrini Grinover, "*desformalização enquanto tendência processual, quando se trata de dar pronta solução aos litígios, constituindo fator de celeridade*".⁵⁰

Já o jurista e sociólogo francês Jean Pierre Bonafé Schmitt citado por Pedroso em suas lições conceitua esse fenômeno como "desjuridização"⁵¹ ou desjurificação, originado no direito americano, em movimentos que pretendiam a informalização da justiça e a deslegalização, as quais não podem ser confundidas com a desjudicialização, que é o mero deslocamento da atividade judicial para fora do tribunal ou para órgãos não judiciais⁵².

⁴⁹ HABERMAS, Jürgen. A Crise de Legitimação no Capitalismo Tardio. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1999, p. 15.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. **Teoria geral do processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.33.

⁵¹ Adotou-se, aqui, a denominação sugerida por Jean-Pierre Bonafé-Schmitt, embora não nos sintamos confortáveis com o termo, uma vez que pode pressupor o afastamento pleno da jurisdição, o que não representaria a intenção, ao menos por dois motivos: a um, que o Estado não pode e não deve se desprender integralmente do múnus (deve, ao menos, atuar preventivamente – normatizando as formas -; ou repressivamente – mediante a fiscalização da prática dos mecanismos); e, a dois, que a adoção dos modelos pressupõe o exercício ideológico da jurisdição, uma vez que o poder-dever de administrar a justiça, compondo os conflitos de interesses e pacificando a sociedade, buscando dar a cada um o que a ele pertence, embora não seja exercido diretamente pelo Estado-juiz, o é indiretamente pelo particular em nome desta intenção. Assim, quando respondemos a questão: o que se quer afastar é o conflito da jurisdição ou do Poder Judiciário? Pendemos a segunda hipótese - ou seja, do Poder Judiciário -, de sorte que o melhor termo deveria ser, ao nosso juízo, "desjudicialização".

⁵² PEDROSO, João *et al.* **Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa)**. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2001. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 15.dez.2016, p.29.

Descarta-se, desde logo, a concepção segundo a qual a desjudicialização poderia, por si só, resolver todos os males, uma espécie de fenômeno substitutivo da Justiça. A ineficiência da Justiça não implica admitir maior eficiência na adoção de técnicas de desjudicialização dos conflitos, não necessariamente⁵³. O devedor que não paga e sabe que a Justiça tardará a dar a sua resposta, prefere apostar na Justiça, a ter de recorrer a meios consensuais ou alternativos na solução de seu conflito.

A desjudicialização consiste na retirada de competência para apreciação de certas matérias pelo Poder Judiciário e sua transferência para a esfera administrativa. Diverge, porém, em virtude de os meios alternativos servirem como possibilidade de resolução de conflitos, escolhida pela vontade das partes. Assim, apesar de coexistentes à jurisdição estatal, uma vez escolhidos pelas partes, os meios alternativos se tornam, ao menos a princípio, exclusivos para a resolução de determinado conflito.⁵⁴ Sobre a questão da desjudicialização, Daniela O. Oliveira em sua obra sobre o tema, afirma que:

A desjudicialização está mais afeita a uma situação – o movimento de retirada de procedimentos que antes eram típicos da função judicial, sendo agora absorvidos por outras instâncias não judiciais. Em verdade, pode-se manter a coexistência dos meios, ou não. Têm-se, assim, procedimentos que são mesmo excluídos da apreciação judicial, e outros que passam a ser assumidos também pela processualidade administrativa ou cartorária.⁵⁵

O movimento de desjudicialização consiste, portanto, na subtração da apreciação judicial de determinadas matérias para serem analisados pela instância administrativa. É importante, outrossim, distinguir os modos de desjudicialização. Quando se vai falar de desjudicialização, a impressão que primeiro vem à tona é a transferência de determinadas atividades judiciais (que, hipoteticamente, deixarão de ser judiciais) a outras pessoas ou órgãos, agentes públicos ou privados, o que não é adequado.

Em primeiro lugar, a desjudicialização não é um caminho sem volta, nem representa um mecanismo capaz de interromper a atividade judicial. Ao contrário, convive com ela. Mais do que isso, depende de uma boa administração da Justiça, pois se trata de garantir o controle externo de legalidade sobre os atos praticados pelos particulares e/ou agentes do Poder Público no exercício de suas funções.

Tais atos estão inspirados nos dois "*Pactos de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano, firmado pelos Chefes dos três Poderes*", por ocasião da Reforma do Judiciário em 2004, após a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, publicado no Diário Oficial, em que o Estado brasileiro compromete-se em fomentar diversas medidas, dentre elas estímulo à desjudicialização e a diminuição da judicialização⁵⁶.

⁵³ CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e a da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 43.

⁵⁴ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 2014, p.163.

⁵⁵ OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 163.

⁵⁶ BRASIL. **Pacto republicano de estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/outras/iipacto.htm>. Acesso em: 10.dez.2017.

Antes de mais, vale registrar que a judicialização consiste em um fenômeno de ordem política e sociológica, o que implica dizer que é contingencial e que seus níveis apresentarão variação ao longo das transformações da sociedade. Nos dizeres da professora da Pontifícia Universidade Católica da Argentina, Luis María Bandieri:

"la transformación posmoderna de la idea de constitución concibe a ésta como el derecho supremo, que sujeta todo lo jurídico, y que a la vez encarna la única supremacía política. La justicia constitucional, entonces, como ejecutora y protectora de aquella supremacía, jurídica y política, aunque sus decisiones se tomen en un proceso constitucional y bajo la forma técnica de una sentencia, se convierte en una suprema instancia política".⁵⁷

Dentre as causas apontadas para o fenômeno da judicialização da política, segundo Barroso, a primeira delas seria a própria ascensão institucional do Judiciário, seguida da crise de representatividade e a desarticulação dos Parlamentos; e, por último, teria a judicialização como causa o fato dos próprios atores políticos preferirem esta transferência do poder decisório para arena judicial como forma de se eximirem das discussões polêmicas, o que poderia fazê-los perder votos ou terem qualquer outro prejuízo relacionado ao jogo político.⁵⁸

Também considerado como causa da judicialização da política, o sistema de controle de constitucionalidade adotado por nossa Lei Fundamental é considerado pelo Ministro Gilmar Mendes, como um dos mais abrangentes do mundo, combinando aspectos dos sistemas americano e europeu.⁵⁹

Barbosa Moreira registra uma eloquente crítica às soluções milagrosas quando se trata de premonições sobre o futuro do Poder Judiciário, especialmente sobre o aperfeiçoamento da Justiça ou soluções para o fim da judicialização. O autor lista na década de 2000 grandes 4 (quatro) mitos que atualmente permanecem em discussão, quais sejam, i) "*a rapidez acima de tudo*" - acelerar a prestação jurisdicional a qualquer preço historicamente não tem sido uma iniciativa; ii) "*a fórmula mágica*" - Excesso de entusiasmo com ideias que não culturalmente não funcionam no Brasil, citando, o exemplo da Arbitragem que já fora tratada como panacéia da justiça, mas o tempo provou o contrário; iii) "*supervalorização de modelos estrangeiros*" - a difícil tarefa de trazer modelos prontos e implanta-los acriticamente em nosso ordenamento, que costumam não resolver problemas, mas criar mais; e iv) "*onipotência da norma*" - o império da lei ou excesso legislativo, ansia por sucessivas reformas sem atentar para o cotidiano forense.⁶⁰

O enfrentamento da judicialização, segundo as críticas dos estudos de Falcão, ARGUELHES e Recondo, perpassa pelo engajamento do Supremo Tribunal Federal, o qual tem um comportamento fomentador da judicialização ao

⁵⁷ BANDIERI, Luis María. Justicia Constitucional y Democracia: ¿Un Mal Casamiento? In: George Salomão Leite; Ingo Wolfgang Sarlet. (Org.). Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais: estudos em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Salvador: JusPodium, 2012, v. 1, p. 333-362.2012, p. 335

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 332.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição Constitucional. São Paulo: Saraiva. 2005, p.146.

⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: alguns mitos**. Revista de Processo, v. 102, abr./jun. 2001, pp. 228-238.

estimular a litigiosidade individual, ou como dizem os autores, "*o dilema do Supremo: os ministros agem contra o colegiado e, por ação ou omissão, assumem um poder de fazer política e políticas públicas que não lhes pertence*".⁶¹

Por ora, convém deixar expresso que tanto a judicialização quanto a desjudicialização sempre representaram uma opção de poder, dentre possíveis variáveis, segundo circunstâncias históricas, políticas e culturais, conforme narrado acima. A desjudicialização é uma proposta coerente e necessária construída a partir da análise das taxas de congestionamento nos processos de execução trazida pelo CNJ⁶², o que nos dizeres de Barbosa Moreira, "*combater enfermidades que não se conhecem bem é desferir às cegas golpes na escuridão. Para saber em que direção nos devemos mover, cumpre ter uma imagem tão exata quanto possível da situação atual*".

Flavia Pereira Ribeiro, em estudos sobre a desjudicialização, conclui que o dogma do monopólio da jurisdição, enquanto ente realizador da justiça está enfraquecido e há duas razões que justificam o surgimento da desjudicialização, quais sejam, a ineficiência do Estado no seu mister jurisdicional em responder as demandas da sociedade contemporânea; e a necessidade do Estado em adequar-se a um "*contexto global de desjudicialização*", o qual passa a transferir atividades que tradicionalmente seriam confiadas ao Judiciário.⁶³

Nesse contexto, a referida autora adverte que no panorama mundial a desjudicialização em um primeiro momento surgiu em decorrência do movimento em favor dos meios alternativos de conflitos, porém, atualmente não são mais suficientes para a diversidade de conflitos e peculiaridades da sociedade contemporânea. A mediação, conciliação já estão consagrados no plano internacional. Isso porque surge em nova corrente que pretende a realização de direitos fora do Poder Judiciário, o que ocorreu na Comunidade Europeia, que pretende padronizar os sistemas judiciais dos países membros.⁶⁴

Tal diretriz restou consignada na Recomendação n. 17 de 09 de setembro de 2013, do Conselho da Europa, cujo teor orienta os Estados-membros a realização de medidas para facilitar a execução de decisões judiciais ou não judiciais, seguindo as diretrizes e princípios constantes no documento, entre elas destaca-se medidas desjudicializantes, como a possibilidade da realização de execução de títulos judiciais ou extrajudiciais por agentes privados.⁶⁵

Aliás, como já havia identificado Boaventura Souza Santos há excessiva sobrecarga do Poder Judiciário com execução de dívidas, especialmente nos grandes centros urbanos, tema cuja baixa complexidade jurídica predomina no Poder Judiciário, tanto é que na maioria dos países europeus tal questão foi

⁶¹ FALCÃO, Joaquim.; ARGUELHES, Diego W.; RECONDO, Felipe.: Onze supremos: o supremo em 2016. Belo Horizonte (MG), 2017, p.

⁶² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2016**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 15.dez. 2016, p. 70

⁶³ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 36.

⁶⁴ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38-39.

⁶⁵ COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. Recommendation Rec(2003)17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df135>. Acesso em: 30.jan.2017.

desjudicializada, a exemplo da Dinamarca e Portugal, onde elas tem procedimento diferenciado.⁶⁶

Na Europa há uma diversidade de sistemas judiciais que guardam um ponto em comum, pois a grande maioria retirou da esfera de competência do juiz, a execução de títulos executivos judiciais ou não, incumbindo-a um terceiro esta tarefa. Ele pode ser um órgão administrativo dentro do tribunal ou fora de sua estrutura, e até mesmo um agente de execução privado. Registra-se que esse modelo desjudicializado é uma realidade na Itália, Alemanha e França; na Espanha vigora o modelo no qual o Tribunal mantém a condução da execução.⁶⁷

É exatamente isso que se pretende com esse breve estudo sobre a desjudicialização, porquanto ela provoca o deslocamento de algumas atividades antes atribuídas ao Poder Judiciário e, portanto, previstas em lei como de sua exclusiva competência, para que passem aos órgãos ou agentes públicos/privados, admitindo-se que estes possam realizá-las por meio de procedimentos administrativos. A respeito do tema elucida Flavia Pereira Ribeiro:

Propõe-se que no Brasil ao tabelião de protesto seja delegada a função pública de execução dos títulos executivos, por meio de outorga a um profissional de direito devidamente concursado, e que a sua remuneração seja realizada de acordo com os emolumentos fixados por lei, cobrada do devedor somente ao final do procedimento executivo. A fiscalização será realizada pelo Poder Judiciário – corregedorias estaduais. A delegação¹⁰³ é o regime jurídico sugerido para a execução desjudicializada no país, pois é um regime constitucionalmente previsto, bastando regulamentação legal para a nova atividade.⁶⁸

Este processo de transferência de serviços para os cartórios extrajudiciais que antes só poderiam ser feitos pela Justiça (desjudicialização), tem por objetivo trazer celeridade às ações que não envolvem litígio e contribuir para a redução da crescente pressão sobre os tribunais, que estão abarrotados como expomos acima.

Para que o instrumento judicial se torne célere, é imperioso concentrar a atividade do Juiz, afastando do Poder Judiciário questões de menor complexidade, nas quais inexistam conflitos entre as partes. Assim, se evitaria a intervenção judicial nas situações em que não se faz necessária. A legislação processual necessita ser adequada a essa realidade.

A informalização da Justiça significa acatar espaços jurisdicionais alternativos e desenvolver mecanismos consensuais de justiça em espaços comunitários. Com essa informalização, cresce a desjuridificação (desjudicialização), ou seja, a adesão a meios informais de solução de controvérsias.

⁶⁶ SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Editora Cortez, 2007, 3 ed. rev. amp., p.28.

⁶⁷ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 83-88.

⁶⁸ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 43.

3.1 A desjudicialização no Brasil

Seguindo a tendência de alguns países da Europa ocidental, como Itália, Espanha e Portugal, o Brasil tem-se empenhado na implementação de mecanismos alternativos ou complementares de acessibilidade à jurisdição, a partir do final do século passado, primordialmente em razão do colapso do sistema judiciário. O processo de desjudicialização – composição e/ou regularização fora da esfera estatal – teve início na passagem do século XX para o século XXI.

No Brasil já existem leis no sentido desjudicializar certas matérias⁶⁹, especificadas abaixo, sendo a primeira a ser editada nesse sentido o Decreto-Lei n. 70/66, o qual prevê o rito para recuperação de crédito hipotecário, cuja execução é conduzida por um agente privado, denominado "agente hipotecário". Outras tímidas iniciativas posteriores foram a introdução dos parágrafos na redação do artigo 890 do Código de Processo Civil de 1973 com a Lei n. 8.951/94, a qual possibilitou, nas obrigações em dinheiro, a consignação em pagamento de modo extrajudicial.

Após, com maior impacto social, foi implantada pela Lei n. 9.307/96, que regularizou o instituto da arbitragem, procedimento já previsto como opção no Juizado Especial Cível (Lei 9.099/95 - art. 25) caso não obtida a conciliação, embora de pouca utilização no microsistema do Juizado Especial.

Em seguida, foram editadas sucessivas leis disciplinando processos de natureza administrativa sob a coordenação de determinados órgãos públicos, como é o caso, por exemplo, da alienação fiduciária de bens imóveis - Lei n. 9.514/97; da retificação bilateral de registro de áreas - Lei n. 10.931/2004 [alterou a lei de Registros Públicos - Lei 6.015/73, permitindo-se que as modificações de registros imobiliários pudessem ser realizadas por oficial do Registro de Imóveis]; da usucapião administrativa prevista no âmbito da regularização fundiária - Lei n. 11.977/2009; e finalmente a obrigatoriedade da prática da conciliação e mediação no processo judicial, e introdução do usucapião administrativa pelo Código de Processo Civil de 2015 (art. 216-A da Lei n. 6.015/73).

Nesse contexto se incluem os inventários, partilhas, separações e divórcios consensuais - Lei n. 11.481/07, embora se tratem de procedimentos de natureza administrativa. Ainda, merecem registro a Lei n. 11.101/05, que trata da Recuperação e Falência de sociedades empresárias (criou a Recuperação Extrajudicial) e a Lei de Mediação - 13.140/2015.

Essas transformações nos procedimentos ao longo dos anos impactam diretamente no funcionamento do Poder Judiciário diante da expansão do processo de desjudicialização, tentando simplificar alguns procedimentos e recorrer aos meios informais para solução de litígios, ainda que dentro de um processo judicial, para tentar imprimir-lhe efetividade e celeridade ao mesmo tempo em que soluciona as demandas.

Ainda, no Brasil, se fez pouco, se comparado com outros países no mundo, e algumas situações reclamam soluções urgentes como é o caso das execuções, dado o volume de processo dessa categoria. Isso porque a fase executiva do processo é o maior gargalo da morosidade judicial, conforme recentes pesquisas e estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça e IPEA, no qual

⁶⁹ RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 45-81.

apontam o alto índice de litigiosidade gerado pela fase de execução ou processo de execução, com altíssimo volume de processos e elevada taxa de congestionamento, o que indica ser o maior fator de ineficiência do Poder Judiciário na atualidade⁷⁰⁻⁷¹.

Mas não se pode simplesmente copiar um determinado modelo de reforma, sem moldá-lo a cultura jurídica do país. Com efeito, Mauro Capelletti fez uma importante análise sobre a importação de reformas jurídicas:

Um aspecto igualmente óbvio – bem conhecido dos estudiosos de Direito Comparado – é o de que as reformas não podem (e não devem) ser transplantadas simploramente de seus sistemas jurídicos e políticos. Mesmo se transplantada “com sucesso”, uma instituição pode, de fato, - operar de forma inteiramente diversa num ambiente diverso. Nossa tarefa deve consistir, com o auxílio de pesquisa empírica e interdisciplinar, não apenas em diagnosticar a necessidade de reformas, mas também cuidadosamente monitorar sua implementação.⁷²

Portanto, a desjudicialização no Brasil merece ser melhor pensada, estudada e adequada ao sistema judicial brasileiro. Deve ser vista como a principal forma de tornar a prestação jurisdicional mais célere e retirar a sobrecarga de demandas do Poder Judiciário ou distribuí-las conforme o grau de complexidade. Sem contar a exigência social para o acesso à justiça e por maior participação dos cidadãos nos problemas que os envolvem, tendo em vista a descrença da população nas vias judiciais.

Considerações Finais

Por conta da decadência das estruturas Estado e do Direito moderno no século XIX viu-se a necessidade de repensar as formas de solução de conflitos de interesses, tanto dentro do processo judicial quanto fora dele, com a expansão das esferas de resolução de litígios. No âmbito do processo judicial um dos grandes exemplos é a conciliação; para além da justiça estatal, a mediação. A recente reforma do Código de Processo Civil não escapou dessas discussões acerca dos procedimentos extrajudiciais, porque esta é uma tendência, ou melhor, um desafio, mas infelizmente pouco se avançou.

Perceber a crise do Estado pelo processo de desjudicialização tem revelado que modelo de justiça precisa estar em perene reformulação para o atendimento aos interesses da sociedade. Para além da exclusividade da autoridade estatal ao resolver conflitos, deve haver um sistema integrado de resolução de

⁷⁰ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2016**. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 08.dez. 2016, p. 61.

⁷¹ IPEA, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Comunicados do Ipea ns. 83 e 127 - CUSTO UNITÁRIO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL NA JUSTIÇA FEDERAL**. Brasília, 2011. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent§ion=26&Itemid=357&search=processo>. Acesso em: 08.dez.2016.

⁷² CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p.162.

litígios fruto da parceria entre Estado e sociedade. A centralidade do poder estatal, em dizer o direito, não atinge certas expectativas da sociedade. Neste ponto, a mediação e a conciliação podem continuar a integrar o sistema, entre outras medidas.

À evidência, a figura da desjudicialização representa uma cessão de parcela do Poder Estatal ou da Jurisdição, sem, contudo, implicar a abdicação do poder geral de controle, por parte do Judiciário, dos atos eventualmente praticados com excesso ou abuso de poder.

Todavia, a desjudicialização não poderá sacrificar direitos e garantias fundamentais em virtude da crise da jurisdição estatal. Ao contrário, a desjudicialização deve contribuir para a promoção da Justiça e a realização de direitos fundamentais dos cidadãos – com o acesso à justiça, celeridade, efetividade de direitos, pacificação. Isto é, as garantias constitucionais, que atualmente estão inerentes ao processo judicial, têm que permanecer nos procedimentos extrajudiciais. Tampouco representa a eliminação de garantias constitucionais, uma vez que o Poder Judiciário continua responsável pelo julgamento dos principais conflitos surgidos na sociedade.

A desjudicialização representa um avanço na resolução de conflitos e contribui significativamente para desafogar o Poder Judiciário, liberando-o para cumprir adequadamente o seu mister, nas demandas que forem levadas à sua apreciação, além de se traduzir em uma nova forma de acesso à Justiça.

Referências

BANDEIRA, Regina Maria Groba. **O judiciário na Constituição de 1988. Um poder em evolução.** Câmara dos Deputados. Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade Brasileira. Brasília: Edições Câmara, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O futuro da justiça: alguns mitos.** Revista de Processo, v. 102, abr./jun. 2001.

BARROSO, Luis Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Saraiva. 2009, p. 332.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, sociedade; por uma teoria geral da política.** Rio de Janeiro. 1987.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 15 ed. São Paulo. Malheiros, 2004.

BRANDÃO, R. **A judicialização da política: teorias, condições e o caso brasileiro.** RDA – Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 263, p. 175-220, mai/ago/2013.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2016.** Brasília: CNJ, 2016. Disponível

em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>. Acesso em: 15.dez. 2016, p. 70.

BRASIL, **Constituição Federal**. Palácio do Planalto. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 15.dez.2016.

BRASIL, Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada. **Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade**. Brasília: IPEA, 2008 Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1328.pdf>. Acesso em: 15.dez. 2016, p.45. BRASIL, Instituto de Pesquisa e Economia Aplicada. Comunicado IPEA n. 83. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em:<http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunica_ipea83.pdf>. Acesso em: 15.dez. 2016.

BRASIL, Portal FGV. **Índice de Confiança na Justiça Brasileira – ICJBrasil**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15.dez. 2016.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e a da conciliação**. 2. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 43.

CANOTILHO, J. J. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COUNCIL OF EUROPE. COMMITTEE OF MINISTERS. **Recommendation Rec(2003)17 of the Committee of Ministers to member states on enforcement**. Disponível em: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805df135>. Acesso em: 30.jan.2017.

DINAMARCO, Candido. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.1. São Paulo, Malheiros, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia**. v.2. Madrid. Editora Trotta, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O direito, entre o futuro e o passado**. São Paulo, Noeses, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini, et. al. **Teoria geral do processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Avaliação da Prestação Jurisdicional Coletiva e Individual a partir da Judicialização da Saúde**. Relatório de Pesquisa. São Paulo, 2014. Disponível em: <

http://cpja.fgv.br/sites/cpja.fgv.br/files/relatorio_final_judicializacao_da_saude.pdf>. Acesso em: 15.dez.2016.

HELENA, Eber Zoehler Santa. **O fenômeno da desjudicialização**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7818>>. Acesso em: 15.dez. 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Et. al. **Novo curso de direito processual civil: teoria do processo civil**. v.1. 2ed. São Paulo, 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 2. ed. v. 4. Coimbra: Coimbra, 2000.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das Leis**. Tradução de Cristiane Murachco. São Paulo. Editora Martins Fontes, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8. ed. São Paulo:

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 2014, p.163.

OLIVEIRA, Daniela Olímpio de. **Desjudicialização, acesso à justiça e teoria geral do processo**. Curitiba: Juruá, 2014.

PEDROSO, João et al. **Percursos da informalização e da desjudicialização por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparativa)**. Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2001. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 15.dez.2016.

PORTUGAL, **Constituição da República Portuguesa**. Assembleia da República. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 10.jan.2017.

RIBEIRO, Flávia Pereira. **Desjudicialização da execução civil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista brasileira de ciências sociais. v. 11, n. 30, ps. 29-62, fev. 1996.

SANTOS, Boaventura Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3 ed. rev. amp. São Paulo: Editora Cortez, 2007.

SOARES NETO, Júlio. **Direito Registral e Arbitragem: a nova jurisdição extrajudicial**. Curitiba: Juruá, 2010.

Recebido em 07 de agosto de 2017
Aceito em 30 de dezembro de 2017

REVISITANDO MARX: UMA NARRATIVA CRÍTICA DA FORMA DO ESTADO CAPITALISTA DESDE DE JOACHIM HIRSCH

REVISITING MARX: JOACHIM HIRSCH CRITICAL NARRATIVE OF THE FORM OF THE CAPITALIST STATE

*Cícero Krupp da Luz*¹

*Eduardo Henrique Lopes Figueiredo*²

“The same men who establish social relations with their material productivity also produce principles, ideas, and categories conforming to their relations. Hence, these ideas, these categories, are no more eternal than their relations, which they express. They are historical and transitory products.”³ Karl Marx

“Quando eu canto, que se cuide quem não for meu irmão. O meu canto, punhalada, não conhece o perdão. Quando eu rio, rio seco como é seco o sertão. Meu sorriso é uma fenda escavada no chão...” “Chico Buarque - Baioque

Resumo: O objetivo desse ensaio é estabelecer aproximação elementar e inicial das investigações sobre o Estado desenvolvidas por Joachim Hirsch. Por meio da exploração das construções teóricas articuladas nas investigações do cientista político alemão, as quais relacionam apreensões de O Capital e interpretações da sociedade capitalista em Yevigny Paschukanys, Nicos Poulantzas e Claus Offe, entre outros importantes teóricos. Hirsch se dedica àquilo que compreende como teoria da derivação do Estado, que constitui variante da crítica histórico dialética. Esta teoria desenvolve importantes questões sobre as formas de socialização observáveis no cenário da sociedade burguesa e enriquece a compreensão sobre a dimensão jurídica do Estado social. A teoria da derivação orienta a percepção da diferenciação acentuada entre as relações econômicas e a sociedade e ao constatar seu aprofundamento e desdobramento, observando a materialização desta diferenciação nas instituições e nos processos políticos e sociais. A ‘forma’ e a ‘função’ estatais são explorações sobre o Estado capitalista na projeção em níveis acentuados de caracterização e explicação sobre determinadas dinâmicas políticas que não podem ser fecundas se prescindirem da análise dos fatores basilares da sociedade moderna. A continuidade da crítica da economia política nas investigações de Hirsch é convite ao entendimento sobre o Estado como forma histórica e moderna que é eficaz enquanto monopolizadora da violência silenciosa ao instituir os modos de utilização do trabalho. Para as variantes da crítica social histórico-dialética, as construções abstratas do Estado, entre elas o Estado social, não poderão ser compreendidas enquanto aparato concreto de um sistema político sem que se dê a investigação das inter-relações estruturais da sociedade. O

¹ Professor de Direito Internacional e Globalização. Doutor em Relações Internacionais pela Universidade de São Paulo (Bolsa FAPESP). Mestrado em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Bolsa do CNPq). Professor da Graduação e do Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. E-mail: cicroluz@gmail.com

² Professor de História e Teoria do Direito. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor da Graduação e do Mestrado em Constitucionalismo e Democracia da Faculdade de Direito do Sul de Minas – FDSM. E-mail: ehlfigueiredo@yahoo.com.br

³ MARX, Karl. *The Poverty of Philosophy*. A reply to "La philosophie de la misère" of M. Proudhon. Cosimo, Inc. 2008.

Estado capitalista é pressuposto e como ‘forma’. Este se alicerça nas relações de classe e a análise histórica, social e política do Estado assim correlacionam o aprofundamento da expansão do mecanismo de coerção que assegura a apreensão do trabalho, a acumulação capitalista e a assimilação das crises estruturais do capital.

Abstract: The purpose of this essay is an approximation of the investigations of the state developed by Joachim Hirsch. In particular, that consider propositions of critical from the orthodox theories of historical materialism and so on. Joachim Hirsch’s theoretical apparatus it is a powerful articulation among important expressions of political science, such as Yevigeny Paschukanis, Nicos Poulantzas and Claus Öffe. It is called derivation theory of State and in it, form and function of state are explored in the theory of capitalist state as a rising of political society in modernity. Including an aid of Hirsch’s model, where the limits of social state it is the necessary, but also constitutive interventionary possibility of the political experience that appeals to social exclusion, since it is the presupposed capitalist state. The demandings of State interventions that establishes it in a political ‘form’ between social relations becomes State capitalist State itself. The negative face os this interventions can be observed in a radicalization of state monopoly of violence and this, otherwise, materialize the structure of policies and class relations because coercion it is historical in mechanisms that assure labour division and assimilation, by the state, of consequences from cronical and structural crisis of capitalist system. Authors propose, at the end, some arguments to provide associate briefly theses and ideias with the Brazilian state crisis of the second decade of the 21st century.

Palavras-chave: materialismo histórico; Teoria do Estado; Estado capitalista; Estado social; Joachim Hirsch

Keywords:

Sumário: Considerações Iniciais; 1 A ‘forma’ e a ‘função’ no Estado Capitalista. 2 O interlúdio jurídico no Brasil. Considerações Finais. Referências.

Considerações Iniciais

O conceitualismo do estudo sobre o Estado – inclusive sobre o Estado brasileiro – uma vez ancorado nas teorizações cujos limites são constituídos com auxílio da metodologia jurídica, privilegiam os aspectos formais e normativos. Apenas por aparência ou superficialmente saberes distintos são considerados. Estes saberes, por sua vez, são aleatoriamente manejados e não auxiliam a compreensão das singularidades das formações estatais modernas. A captura e a descrição sobre o Estado, nos termos da uma generalidade mal explicada, deixam de ser contributivas para aproximação de sua materialidade e substância. As indagações de Joachim Hirsch, professor cujos interesses residem em dar continuidade à crítica histórico-materialista, pelo fato de não se confundirem com objetivos tão somente formais, poderão contribuir, após a organização temática de alguns de seus trabalhos, com a compreensão da ‘forma’ e ‘função’ estatais no contexto do constitucionalismo social co-existente ao capitalismo.

A probabilidade ou melhor, um retrato dos desafios do constitucionalismo social de ‘apreender’ as formas e funções estatais no capitalismo e em razão do capitalismo pode resultar em sua apreensão por este mesmo Estado. O Estado social não é nesse sentido algo diverso ou indiferente ao Estado capitalista. Se desta admissão seguir considerado que o constitucionalismo social não é uma etapa, mas uma dimensão política do Estado capitalista, talvez o mapeamento da forma e da função estatais colabore para aproximar a ‘forma’ Estado da ‘forma’ social e dos seus meios de se relacionar, constituídas historicamente e lançadas em confrontação permanente, tal como esta confrontação existe, entre o modo de produção capitalista e as exigências da democracia.

*Que Significa Estado? Reflexiones de la Teoria del Estado Capitalista*⁴ ilustra este eixo. Nele estão os conceitos centrais de Hirsch. Focalizados no seu esforço de expor e compreender o Estado Capitalista:

“(…) com maior precisão (...)”, ou como escreve nosso autor, “(…) o Estado nas dimensões dos significados (...) ‘forma’, ‘contradicción’ y ‘regulación’. La conexión de la reproducción material, cohesionada por la forma del valor (dinero, capital) y la ley del valor (mercado), es como há demostrado Marx em *El capital* – producción y realización del plusvalor y, como tal, caracterizada por su crisis. Y esto em um doble sentido: el proceso de acumulación de capital, que a su vez es lucha de clases, lucha por la producción y apropiación de plusvalor, está permanentemente sometido a la posibilidad de estancamientos y colapsos. Al mismo tiempo se basa em condiciones sociales y requisitos naturales, los cuales no es capaz de producir ni de mantener, sino que incluso tendencialmente destruye.”⁵

A esta afirmação referencial, interessam e são somados diretamente ao desenvolvimento deste texto: (a) o posfácio escrito para a edição brasileira da sua Teoria Materialista do Estado, acessível para os leitores brasileiros a partir de 2004; (b) a exploração da *forma* e das *funções* do Estado capitalista exploradas em trabalho que remonta ao ano de 1977, intitulado *Observações sobre o Estado burguês e sua crise*, composição que integrou coletânea de textos organizados por Nicos Poulantzas.⁶ Dois trabalhos de datação posteriores, respectivamente, são também importantes. São eles: (c) *O problema da dedução da forma e da função do Estado burguês*, bem como: (d) *Forma Política, Instituições Políticas e Estado*. Nestes dois textos foi considerada, para os propósitos deste texto, como já se destacou, a hipótese-itinerário de Hirsch ou ainda, mais analiticamente: Para perceber e compreender, no horizonte da teoria *derivacionista* e da teoria da *regulação*, a morfologia do Estado capitalista e a sua coexistência com crises estruturais imanentes ao capitalismo, deve-se remontar às crises compreendidas por Karl Marx e relativas (1) à crise da acumulação do capital; e (2) à crise do declínio da taxa de lucro. Para os estudos de Hirsch são observados na *forma* e nas *funções* do Estado capitalista, tanto a substância histórica do capitalismo, ao que se pôde acrescentar as transformações do Estado derivadas deste modo de produção e

⁴ HIRSCH, Joachim. *Que Significa Estado? Reflexiones de la Teoria del Estado Capitalista*. Revista de Sociologia Política Número 24, p.165-175, jun. de 2005.

⁵ *Op. E Loc. Cit.* P. 168.

⁶ POULANTZAS, Nicos. *O Estado em Crise*. Tradução de Maria Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Graal, 1977, pp.85 e ss.

por este condicionadas. Comparativamente ao modo de produção não capitalista, o que se destaca por meio de reprodução da lei do valor, são as alterações do Estado, que não se constituem por meio de rupturas irracionais ou inapreensíveis, mas sugestivas de novas estruturas, tantas quantas se possam considerar no sentido de absorver as relações do capital. Ainda que seus aspectos negativos passem a exigir, do ponto de vista morfológico, variações diversas nas formações estatais, aí se observa um dos mais apreciáveis desafios, vale destacar, a impossibilidade senão mesmo a esterilidade da pretensão de compreender o Estado de modo diverso nessa composição das relações econômicas, vez ser expressão delas. Se a leitura do materialismo histórico é a constante nesses esforços, não há que se considerar como espantosa as dimensões assumidas pelo Estado diante das crises estruturais. Estas crises não obedecem ou se confundem com predicados evolutivos do ponto de vista dos mecanismos da *coerção estatal*, - mas expressam-se na dimensão institucional do Estado -, inclusive como reflexo deste para que se dê a garantia da destinação do excedente econômico, cuja tradução pode ser observada no incremento ou não das possibilidades de acesso aos bens materiais. A *'forma'* Estado contribui para o entendimento do que é o Estado capitalista e a manutenção da sua estrutura nas possibilidades de reprodução de relações sócio políticas. Estas relações são perceptíveis sob as condições do modo de produção capitalista nos termos da "(...) *'intervenção'* de uma instância coercitiva, colocada fora do processo de reprodução material, instância que sob esta forma, é essencialmente organizada de modo reativo ao movimento de acumulação do capital e às lutas de classe."⁷

Antonio Manuel Hespanha, em sua breve, mas não por isso pouco elucidativa orientação para conhecimento da especificidade do direito nas obras de Karl Marx e Friedrich Engels, destacou que há uma desproporção disposta entre as formas jurídicas. Estas são erroneamente auto-compreendidas e auto-definidoras de direitos indistintos. Mas as formas jurídicas não são capazes de atingir e amparar todos os indivíduos a as relações econômicas que sob estes subjazem. A força dos interesses de classe, ao se unirem à explicação das superestruturas, é desejosa de compreender ser o direito relativamente autônomo. Ocorre que isso se deu face ao econômico uma vez que este entendimento, por sua vez, se contrapunha às cômodas simplificações daqueles que faziam uso do materialismo dialético para compreender a realidade histórica. Por sua vez a *'instância'* do direito não é de tão singela compreensão. O direito pode absorver vozes e formas de exclusão social de matizes diversificados e em assim sendo, tomá-lo na dicotomia base/superestrutura não contribui para uma investigação fecunda das suas veredas sócio-históricas. É certo que a divisão social do trabalho, se por um lado propiciou o obscurecimento do direito, pois este passou a deter um caráter funcional por meio dos seus institutos relativamente às relações de produção, por outro pôde ser percebido em certo *'poder genético'*. Este poder é *'autônomo'* e decorrente das representações teóricas dos juristas. A complexidade do sistema jurídico, resistente à formação de um todo coerente, dificulta sua compreensão como *'forma'* de mediação. Estas dificuldades permanecerão ausentes do direito, mas desejada unidade conceitual, tão comum ao conceitualismo positivista, não chancela em seu interior, indagações dessa natureza.

⁷ POULANTZAS, Nicos. *O Estado em Crise*. Tradução de Maria Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Graal, 1977, p.93.

No tempo de Marx, a cultura jurídica germânica esteve às voltas com o envolvimento das fontes romanas. Esta herança romanística, - entre as variadas formas de recepção da cultura jurídica lida e cultivada no direito medieval -, disputava espaço junto às tentativas de sistematização do direito. Esta disputa não parece ter sido a preocupação central para o materialismo histórico nas suas manifestações teóricas iniciais, isto é, como formação epistemológica voltada para a historicização das relações humanas na sociedade europeia industrial. Diante da questão das relações entre a base e a superestrutura, ou melhor, se estas se relacionam por meio de exigências inexoráveis e sendo assim, destas relações é disposta a ‘forma’ típica do direito da sociedade capitalista pode-se indagar: É o direito moderno que ‘ganha matriz diversa’ ou é este direito algo gestado nessa e para a modernidade? A generalidade e igualdade da lei são estudadas em várias etapas das investigações materialistas e mantém a mesma face ao longo delas. A ‘forma’ específica do direito nas raízes do materialismo, ou o direito ‘igual’ é compreendido como ‘fetichismo’ de mercado. O universal e o abstrato são permutáveis ou negociáveis como mercadorias. Hespanha esclarece que o pensamento de Marx e Engels sobre o direito e o Estado não é unitário, tampouco sistemático. No interior de cada escrito não há homogeneidade e isso levou Ricardo Guastini a compreender que não foi ainda realizado “(...) o estudo exaustivo e pormenorizado desta evolução.”⁸ A compreensão fecunda contudo foi instituída, sendo esta a que interessa sobre caráter superestrutural do Estado e do direito, pois não há prejuízo em tomar a existência da “(...) especificidade histórica desses dois níveis.”⁹

Para desenvolvê-la no sentido de obter algumas aproximações das indagações de Hirsch, torna-se importante o envolvimento com níveis cada vez mais específicos quanto às relações existentes entre o Estado e a economia capitalista. Este desafio é necessário num sentido prévio de romper o conceitualismo. Para Gilberto Bercovici este rompimento pode ser tomado na riqueza da leitura da teoria do Estado de Hermann Heller pelo fato desta se constituir em esforço importante que pode ser notado em um interesse permanente de Heller. A naturalização do confronto, ou ainda, na arena do Estado é a política e não o direito que se antepõe entre o constitucionalismo social e a forma capitalista de Estado.¹⁰ Nesse sentido Heller foi o teórico que se dedicou a esta compreensão do Estado pelo fato de ter vivenciado momento específico de crise do capitalismo¹¹ e das formações iniciais do Estado social europeu. Seu esforço para compreender o horizonte do qual se vale Bercovici contribuiu para expor, isto no sentido de criticar, os limites das teorias formais do Estado que pouco esclarecem quanto à análise dos eventos políticos e das transformações das relações capitalistas. As relações políticas são econômicas e se co-implicam, tornando nebuloso o exame de fatos sociais cujos pontos de partida sejam os fatos cotidianos. A exploração do superficial na percepção do que seja ‘um direito’, na sua ‘forma’ e ‘função’ são sim narrações indubitavelmente, mas prisioneiras nos limites de uma digressão opinativa. Esta digressão opinativa desdobrada em espécie de seriação cuja

⁸ HESPANHA, Antônio Manuel. *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Livros Horizonte, 1978, p.65.

⁹ *Op. Loc. Cit.* P. 67.

¹⁰ BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente – atualidade de Weimar*, São Paulo: Azougue Editorial, 2004.

¹¹ HELLER, Hermann. *Teoria del Estado*. México. FCE, 2008.

pertinência é cativar o leitor não especialista, não se presta a esclarecer, mas a constituir um sentido para e sobre a mais agressiva crise que o Brasil contemporâneo vivencia nesta segunda década do século XXI.

1. A ‘forma’ e a ‘função’ no Estado Capitalista

Se as investigações do cientista político Joachim Hirsch¹² auxiliam este texto quanto ao propósito do seu envolvimento com o estudo da ‘forma’ do Estado ‘burguês’, isto a fim de que se instaure roteiro analítico pretendido sobre as relações entre o Estado e as relações econômicas há que se relevar que não poderá existir, quanto ao exame do Estado, a sua diferenciação do modo de produção capitalista. A história do constitucionalismo social é o marco temporal de uma forma política que se prestará à compreensão não só do problema das classes sociais na sociedade capitalista, mas também faz alusões ao problema da acumulação. O constitucionalismo social é a reação interventiva à ‘forma’ do Estado burguês, que é detentora do horizonte explicativo da fragilidade do liberalismo. Este confina a experiência política a meras funções públicas específicas, porém indiferentes aos movimentos do capital e às relações sociais. Entre as atenções de Joachim Hirsch estão pontos de partida sobre limites que a categoria da luta entre classes enseja para o conhecimento do Estado Moderno. Pelo fato da exploração das experiências sócio-políticas cujo período histórico remonta aos primeiros trinta anos do século XX, pode-se ter a compreensão sobre as razões das constituições políticas terem se alterado e dessa alteração é possível tentar demonstrar os desafios de reação aos impasses do liberalismo econômico. Neste cenário da ‘forma’ Estado, no sentido da reprodução funcional do valor repercuta a:

(...) ‘particularização’ do Estado se levarmos em conta que a sociedade reproduz-se necessariamente em seus elementos estruturais através dos efeitos de leis objetivas que se impõem aos indivíduos mesmo sem o seu conhecimento. Porque a conservação da estrutura social do capitalismo não depende mais diretamente da força de opressão da religião e da ideologia ou de relações diretas de violência ou de dependência. A conclusão, – proposta por Hirsch –, é (sic) dependente de um itinerário que se pretende reconstruir e que na análise sobre o Estado não podem ser separadas a forma deste das suas funções em uma experiência política e social.¹³

Se o questionamento da economia keynesiana presta-se à crítica sobre o expansão contínua em termos de dimensão das funções do Estado moderno, isto pelo fato ter emprestado sustentação à atuação do Estado social, assim também às formas políticas de proteção vivenciadas em vários países europeus após 1945 até a crise estrutural dos anos 1970 são formas assumidas pelo Estado capitalista. O que teve seu início e ápice nas décadas de 1950 e 1960 não se restringe às orientações econômica das consequências políticas da paz. O que atingiu sua notória

¹²HIRSCH, Joachim. O Problema da Dedução da Forma e da Função do Estado Burguês. In: REICHEL, Helmut *et all.* *A Teoria do Estado* – Materiais para a reconstrução da teoria marxista do Estado, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, pp.143-158.

¹³HIRSCH, Joachim. *Op. e Loc. Cit.*

envergadura foram das formas políticas de amparo necessárias para correção dos laissez-faire. O longo período de estagnação e de crise que posteriormente envolveu o acesso aos bens primários não renováveis, isso conjuntamente à insinuação das economias que se recuperaram no período posterior ao final do segundo maior conflito mundial do século XX desencadearam significativas alterações diante das formas políticas do Estado social. Ainda que conservadora, porém não indiferente à compreensão do capitalismo como processo histórico, a ‘forma’ do constitucionalismo social alterou também as orientações do ‘como’ se investigar o direito público, pois a ‘forma’ do Estado na sua concepção e estruturação normativa absorveu “(...) *concepções sociais ou socializantes, assim como a determinação de princípios constitucionais para intervenção estatal nos domínios social e econômico, (...) são, assim, consideradas como fundamentos do novo ‘constitucionalismo social’ que se estabelece em boa parte dos Estados europeus e alguns americanos.*”¹⁴

Para que possa ser aprofundado o entendimento da ‘forma’ histórica do Estado moderno, pode ser admitido de antemão vislumbrar no Estado capitalista as suas contradições, pois quanto à ele já advertira Karl Marx no prefácio à Contribuição da Crítica da Economia Política serem as relações de produção burguesas a “(...) *última forma contraditória do processo de produção social, contraditória não no sentido de uma contradição individual, mas de uma contradição que nasce das condições de existência social dos indivíduos*”.¹⁵ Na investigação sobre o Estado moderno é que podem ser observados estes graus do inter-relacionamento existentes na sua constituição política e na dimensão jurídica. A racionalização no tocante à dimensão jurídica, que de várias maneiras se expressa nas formas das instituições como respostas para a atuação estatal, não resultam na possibilidade de imprimir, a partir delas, sentidos determinados às ações sociais. O fato de que estes já se deram por meio da exclusão é que emprestam horizonte para interpretação sobre as metamorfoses do Estado. Esta atuação é compreendida do ponto de vista do direito como construção normativa e conceitual, isto por que ambas são tomadas como a realidade do Estado.¹⁶

Na província do direito são propostos seus problemas específicos. Estes problemas não partem da confrontação de realidade que sendo bem mais ampla, paradoxalmente, é reduzida. Ela é ampla teórico-juridicamente, mas esta amplitude se prestará de modo tão só aparente quanto à utilização da ciência social para analogia e ilustração previamente instituídas. Isto equivale a afirmar que esta não é a dimensão mais frágil, logo, vulgarizadora sobre o direito. A limitação da estrutura normativa independente e autônoma de outras passa a ser o direito instituído, o que é vigente e esta perspectiva cada vez mais é questionável a

¹⁴BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e Estado de Exceção Permanente* – a atualidade de Weimar, São Paulo: Azougue Editorial, 2004, p.26.

¹⁵MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Tradução de Maria Helena Barreiro Alves, São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição, 1983, p.25.

¹⁶ O problema da ‘realidade’ tomada como verdade e os desdobramentos das projeções no sentido de dinamização deste ponto de partida da estrutura institucional articulado com suas tarefas constitucionais pode ser explorada com auxílio de Caio Farah Rodriguez em *Juízo e Imaginação* – da indeterminação jurídica à inovação institucional, mais especificamente, a partir do item 4.1.3, O que significa tratar como verdadeiro? Nesse sentido: RODRIGUEZ, Caio Farah. *Juízo e Imaginação* – da indeterminação jurídica à inovação institucional, Rio de Janeiro: FGV-Malheiros, 2016, pp. 95 – 100.

respeito de um direito que estabeleça parâmetros para relações políticas e sociais considerando os parâmetros do constitucionalismo social.

O historiador Peter Burke, em um estudo sobre a formação da história social, dedica maior parte de sua curiosidade intelectual na demonstração dos aspectos negativos que divórcio entre saberes provoca no conhecimento da sociedade, mais especificamente para o historiador, nas relações entre história e a sociologia. Há mais débitos que frutos nos limites existentes nos períodos de consolidação dessas ciências. São duas faces da especulação social não propriamente distintas, mas cujos ângulos e graus de especificidade formam campos de análise nos quais podem ser angariados elementos exploráveis.¹⁷ Dados e enfoques diversos da ciência sob os quais se assenta a realidade, são importantes não apenas aspectos invisíveis socialmente porquanto de outro modo não poderão ser atingidos. Ainda que parcialmente tenha sido deste modo, tanto a sociologia quanto a história muito perderam. Para o professor de Cambridge, os historiadores e os teóricos da sociedade:

(...) têm a oportunidade de se liberar de diferentes tipos de paroquialismo. Os historiadores correm o risco de paroquialismo no sentido quase literal do termo. Ao se especializarem, como em geral o fazem, em uma região específica podem acabar considerando sua 'paróquia' completamente única, e não uma combinação única de elementos que individualmente têm paralelos em outros lugares. Os teóricos sociais demonstram paroquialismo em um sentido mais meta-teórico, um paroquialismo mais vinculado a tempo do que a lugar, sempre que generalizam sobre a 'sociedade', com base apenas na experiência contemporânea ou discutem a mudança social sem levar em consideração os processos de longo prazo.¹⁸

Esta propensão ao erro, possível de ocorrer no esforço crônico do conhecimento sobre a sociedade não pode se extravasar na singular escusa de reticente equívoco de cálculo. Compreenda-se como cálculo também a exclusão deliberada, não por desconhecimento, mas por sobressalto desejoso de sobre a realidade deixar de lado aquilo que nela interage, a sua dinâmica. A correção permanente não pode sanar as coisas da ciência, mas afinal, se forem resgatadas duas irresignações propostas por Boaventura de Sousa Santos no seu *Um discurso sobre as Ciências*, ainda de certo modo se vive no século XIX, pois a nossa experiência, é certo dizer, padece diante de um "(...) *tempo de transição, síncrono com muita coisa que está além ou aquém dele, mas descompassado em relação a tudo que o habita.*"¹⁹ Pode ocorrer que gerações inteiras sejam levadas talvez não ao erro, mas à vertigem dele resultante em tempos de comunicação mediada por intérpretes diletantes.

¹⁷ BURKE, Peter. *O Mundo Como Teatro* – Estudos de Antropologia Histórica, Lisboa: Difel, 1992.

¹⁸ BURKE, Peter. *História e Teoria Social*. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venâncio Majer, São Paulo: Unesp, 2002, p.13.

¹⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. São Paulo: Cortez, 5ª edição, 2008, pp. 14-15.

2. O interlúdio jurídico do Brasil

No Brasil, o estudo do direito pode ser escolha que constituirá o primeiro passo para as carreiras burocráticas de Estado. O desempenho de funções estatais é possível por meio do aprendizado dos traços formais e normativos sobre o Estado. A preparação exigida para as carreiras de Estado aprofundam conhecimentos os quais enfatizam a dinâmica que se assemelha a espécie de exegese ampliada entre normas devidamente articuladas com seu manejo sistemático, - no sentido de reiteração. Juntamente com decisões judiciais aproximadas ‘*ad hoc*’, detentoras dos sentidos para ilustrar ou reforçar situações fáticas, é construída a narrativa sobre fontes do direito com perfil de institucionalidade crescente. Um direito de juízes e não mais dos cidadãos. A latitude dos conhecimentos exigidos, isto é, a massa de informações dispostas em raio cujos limites são comparáveis apenas a esforços atléticos. Restam disfarçadas na superficialidade as indagações sobre a sociedade face às jurídicas. As profundas implicações das dinâmicas administrativas e jurisdicionais do Estado brasileiro não são atingidas. Estas dinâmicas exteriorizam movimentação prospectiva, ou melhor, para frente, pois são incapazes de alterar ou corrigir vetores estruturais desse mesmo Estado que se aglutinam na sua complexidade histórica, social, econômica e política. Ainda que seja assim, é de se destacar que as fontes do direito brasileiro não são vigorosas o suficiente ao ponto de ensejar mudanças estruturais ou conjunturais pelo fato de se constituírem nos termos de um distanciamento cada vez mais acentuado da Constituição enquanto pacto político.

A profundidade e a complexidade não importam para dimensão vinculante do direito que se abstém, ou melhor, se limita ao estabelecimento também de limites nas dinâmicas entre órgãos e pessoas administrativas. Desde a graduação, que se caracteriza pela formação baseada em volumes que ‘extraem’ de textos legais, - códigos e legislação - , proposições que emprestam forma a um corpo de saber conhecido como doutrina, como destacou Luís Alberto Warat, com a idéia de Senso Comum Teórico dos Juristas.²⁰ Pessoas interessadas em apreender o universo da ‘jurisprudência’²¹ incrementam sua aptidão por meio da memorização da lei e seu aperfeiçoamento está na sua versão aplicada. Nas distinções entre saberes e no conhecimento dos seus conteúdos podem residir outras indagações? Por que não compreendê-las como científicas? Por que não ‘perceber’ ciência nas distinções? Esta tornou-se apenas a catalogação da realidade.

A realidade vivida não é a percepção do ‘todo’ social. Este se turva e os equívocos se avolumam quanto à sua compreensão. Personagens que se valem do excesso de especialização passam a ser tidos como enxadristas sociais. São eles capazes tão somente de decifrar o movimento ocorrido e antecipar, também, o próximo. Esta é a substância, *coeteris paribus*, por assim dizer, a forma mental causalista ‘instituída’ e na qual se reduziu a análise social no Brasil, ‘*precarizada pela e existente na luneta dos juristas*’. Esta precariedade parece ter se fundido aos

²⁰ WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Seqüência*; Estudos Jurídicos e Políticos, v. 3, n. 5, 1982.

²¹ Propõe-se o trocadilho com a imagem de Marx, segundo a qual suas preocupações teriam sido ‘apenas inicialmente’, o direito. In: MARX, Karl. *Contribuição à Crítica da Economia Política*. Tradução de Maria Helena Barreiro Alves, São Paulo: Martins Fontes, 2ª edição, 1983.

meios de comunicação de massa. Informados e substancializados por meio de alguns conhecimentos ainda que não sistematizados do sistema legal brasileiro, o discurso opinativo foi semeado. Este é, intrigantemente, o preferido diante da reflexão que tome a sério o exame das relações sociais com auxílio das ferramentas que estão nas raízes e na tradição da teoria social. Quaisquer incursões racionais no nível da fala humana parecem ser satisfatórias se resguardada alguma coerência. A razão suficiente da identidade entre o público e a mensagem, pouco importando o lugar de partida da análise e do conteúdo, dispensaram ao sistema legal brasileiro nova experiência, qual seja: ser mercadoria consumível nos meios de comunicação de massas. Ainda que este mesmo quadro tenha sido lançado à instabilidade provocada por alterações profundas e rápidas no tocante ao Estado social, do ponto de vista da atuação estatal administrativa - da sua estrutura institucional - o 'esboço' de Estado social brasileiro entre os Estados da América Latina está sendo 'desconstituído', tal como foi pensado jurídica entre 1986 e 1988.

Este Estado é 'deslegitimado' por vozes diletantes alçadas em locais estratégicos e privilegiados para divulgação, sobretudo, da reprodução de processo que encontra eco na classe média não reconhecida na experiência constitucional no período conhecido por nova república. Entre os mais vigorosos formatos de 'deslegitimação' pode se observar a reiteração da ideia opaca de crise, reinterpretable sob vários moldes. Esta ideia se afasta dos direitos sociais ou os toma como obstáculo ao explorar neles o início genético para a crise do e no próprio Estado brasileiro, a qual precisa de reformas estruturais que possam acomodar investimentos. Professores universitários e estudiosos, historiadores, economistas e juristas sensíveis às metamorfoses do capitalismo e à questão social foram banidos das diversas formas de participação sobre as características estruturais do Estado brasileiro. Esta arena está cedida e nela se destacam burocratas e servidores que impulsionam e dinamizam a atuação estatal, valendo-se da premissa de que o fazem como resposta necessária à crise. Esta é apresentada e interpretada por veículos de comunicação por meio de opiniões 'ad hoc,' que não deixam de ser monitoradas quanto aos seus conteúdos. O que é relevante nessas opiniões é a 'suposição', expressa e utilizada de forma engenhosa que se dão nas narrativas cotidianas. São redutoras, parciais, confusas.

Não é propósito aqui um envolvimento maior com o problema da comunicação na sociedade de massas. Esta comunicação se orienta no sentido de que não se fissurem, não se insinuem dissensos frutíferos sobre aquilo que seria uma forma de crise. Trata-se de ecoar origem única para ela. Na sua raiz como já se destacou está o Estado brasileiro. Se este passou a ser narrado e interpretado como o 'centro' da crise segundo destaques que são sincronizados pelos meios de comunicação de massa, quais são os argumentos centrais sobre a crise? O que há nela? Perry Anderson compreendeu existir na América Latina, por uma década e meia, sem pressão norte americana direta, juntamente com o *boom das commodities* e grandes reservas de popularidade, a coexistência de movimentos sociais com governos heterodoxos. Esses movimentos se pluralizaram, mas não há mais governos dispostos a dialogar com eles e assim uma "(...) exceção global está chegando ao seu fim, sem nenhum sinal de mudança positiva no horizonte."²² A

²² ANDERSON, Perry. A crise no Brasil, p. 15. Publicado no *Blog da Boitempo*, em 21/04/2016. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/terceiros/2016/abril/16.04-Crise-no-Brasil.pdf>> Acesso em 21/2/2017.

atmosfera de intolerância na região conta com porta vozes deste Estado de semi-beligerância, no qual os meios de comunicação prevalecem juntamente com os maniqueísmos da rede mundial de computadores. Alan Sokal, no prefácio de seu conhecido trabalho,²³ se vale de passagem de Richard Posner para destacar o que alguns ‘intelectuais’ públicos protagonizam nos meios de comunicação. Ainda que credenciados e reconhecidos em suas áreas de conhecimento e de atuação, quando extravasam seu campo de especialidade, correm o risco de facilmente enveredar para opiniões tão banais quanto superficiais nos termos de um padrão no qual se antevê a vagueza de análise. O bom e o mal, o benévolo e o cruel, o sábio e o néscio, o gênio e a pessoa de pouca inteligência se tornam os ‘lugares de partida’ para formar juízos sobre diversos acontecimentos ou campos de observação.

Mas estes são tornados relevantes apenas episodicamente. Esta limitação vinda de especialistas reforça a razão da inclinação que se pode alimentar relativamente a estas pessoas: ela é errônea e até exagerada, pois ser cientista não quer dizer que este é dotado de tamanha acuidade e unidade quanto à aptidão compreensiva no sentido de realizar espécie de varredura analítica sobre todo um complexo horizonte social e cultural. A importância que se dispensa às suas ‘credenciais’ e mais ainda, no tocante ao ‘como’ essas credenciais podem se materializar, infundem no ambiente dos meios de comunicação os efeitos da liturgia e respeitabilidade. Mas estas não se confundem com a substância da análise. O que vale é ter sido escolhido como analista. Os efeitos desencadeados, desde confundir até exasperar discussões leigas é outra indagação, ou melhor, sobre a intencionalidade dos efeitos daquilo que se comunica. Esta intencionalidade diz a certa altura com aquilo que se busca evidenciar sobre os níveis de especialização existentes nos campos do saber. Os níveis de especialização levam em conta afirmações e refutações. O que realmente interessa é a instalação de ambiente no qual devem ser mantidas e asseguradas possibilidades entre afirmações e refutações. Para serem cultivadas, não interessam reduções perniciosas, pouco sensíveis sobre o que ‘constitui’ realmente a experiência política e social compartilhada por múltiplas sincronias, mas também dissonâncias, isso para expressar minimamente a experiência cotidiana vivida por milhões de pessoas.

Nas ciências sociais e na economia, José Antônio Avelãs Nunes narra curiosa estória sobre desonestidade intelectual e obscuridade estilística. Trata-se do *Fox Phenomenon*: Um professor norte americano na década de 1980 veio a tornar-se conhecido por meio de reportagens que se sucediam em influente periódico daquele país. Em três oportunidades distintas proferiu palestras sobre psicologia. Valendo-se de três artigos diferentes, os quais guardavam entre si tão só o fato de serem totalmente infundados cientificamente, quer fossem considerados segundo pilares teóricos da psiquiatria ou ainda da psicanálise. Obteve aplausos. Sua fala foi tida como singular e estimulante. Este curioso sujeito se justificou ao afirmar que, “(...) os investigadores que quiserem causar impressão junto dos seus colegas deverão escrever textos pouco inteligíveis”.²⁴ O professor português observou ocorrer com os saberes sobre a economia certo rastro da conduta de Fox. Sobre

²³SOKAL, Alan. *Más allá de las imposturas intelectuales* – ciência, filosofia y cultura. Madrid: Paidós, 2008, p. 14.

²⁴AVELÃS NUNES, José Antônio. *Uma Volta ao Mundo das Idéias Económicas* – Será a Economia uma Ciência?, Coimbra: Almedina, 2008, p.489.

esses saberes, também afirmou Fox: “*Você descobrirá rapidamente que a sua situação e o seu estatuto progredirão em proporção geométrica da não-pertinência e da obscuridade dos seus ditos e dos seus escritos*”.²⁵ No Brasil os saberes sobre o Estado e sobre a política, quando tomados em *sentido estrito*, tanto atingiram quanto consolidaram espaços privilegiados, mas também espaços ideológicos, cada vez mais exclusivos, porém intencionalmente excludentes e distorcidos relativamente às indagações necessárias sobre as singularidades da história da sociedade brasileira e de seu Estado.

Na metade da década de 1990, Tércio Sampaio Ferraz Júnior explorou as consequências do criptonormativismo para o direito. Este professor observava ininteligibilidade crescente não só no discurso bacharelesco e retórico do direito, construído a partir das correlações necessárias entre as normas. Por meio da sofisticação de engenhosidades entre institutos e interpretações sobre as normas e posicionamentos teóricos, as construções doutrinárias do direito brasileiro assumiram um caráter ‘*per se*’, ou seja, serviam como atributo para autores interessados em erudição edificada com auxílio de uma varredura estéril do direito. O direito tornou-se algo hermético, exclusivo, algo para sujeitos mais versados em técnica sobre interpretação que direito em sí. O afã de tudo saber identificava o distanciamento com aquilo que se desejava compreender. Na ininteligibilidade resultante dos limites da astúcia do intérprete relativamente ao seu ‘*lugar*’ social uma imagem pode ser ilustrada: Ainda na década de 1990, os ares neoliberais provocavam o debate intenso sobre o Estado gerencial e eficiente. Este Estado deveria substituir o Estado burocrático, algo que se daria por meio de reformas constitucionais e a criação de inovadoras práticas institucionais. Com a continuidade no tempo de governos heterodoxos nos moldes da análise de Anderson, a inclusão social precária se operou independente de alterações estruturais no Estado brasileiro.

Na prospecção sobre a ‘forma’ e as ‘funções’ do Estado brasileiro e das suas singularidades históricas não aparecem as ‘fontes’ jurídicas. Direito, burocracia e representação popular²⁶ entre outras são apenas elementos compreendidos como ‘partes’ do Estado. Ainda que reconhecidos estes elementos, sua compreensão se dá por meio formal e episódico na literatura jurídica. Se investigadas seriamente, poderão contudo contribuir para romper não apenas no nível da percepção positivista, com os limites do formalismo que impulsiona *para frente*, isso sob a premissa da falsa neutralidade normativa, a experiência constitucional recente. Esta experiência atravessa transformação profunda para reforço de estrutura administrativa voltada para reprodução da ‘forma’ e da ‘função’ do Estado brasileiro em sintonia com aquilo que Luiz Gonzaga Belluzzo compreende como ‘nova rejeição’ que:

“(…) é mais profunda porque, de forma devastadora, erodiu os sentimentos de pertinência à mesma comunidade de destino, suscitando processos subjetivos de diferenciação e (des) identificação em relação aos outros, ou seja, à massa de pobres e miseráveis que infesta o país. Essa (des) identificação vem assumindo cada vez mais as feições de um individualismo

²⁵ AVELÃS NUNES. José Antônio. *Op. e Loc. Cit.*

²⁶ Nessa tríade estão os problemas desenvolvido por Décio Saes na investigação sobre forma burguesa do Estado Brasileiro. Nesse sentido: SAES. Décio. *A Formação do Estado Burguês no Brasil* (1888 – 1891), Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1ª edição, 1983, pp36 e ss.

agressivo e anti-republicano. A rejeição também foi mais ampla porque essas formas de consciência social contaminaram vastas camadas de classes médias: desde os ‘novos’ proprietários, passando pelos quadros técnicos intermediários até chegar aos executivos assalariados e à nova intelectualidade formada em universidades estrangeiras ou mesmo em escolas locais que se esmeram em reproduzir os valores do individualismo agressivo. Isto para não falar do papel avassalador da mídia. Tais expectativas e anseios não são desvios psicológicos de grupos ou indivíduos, mas deitam raízes profundas na estrutura socioeconômica e, portanto, na secular inclinação a reproduzir a desigualdade. As classes cosmopolitas – sob a retórica de um ‘primeiro-mundismo’ abstrato e, não raro, vulgar têm sido eficientes na reprodução do apartheid social e impiedosas na crítica do projeto nacional.²⁷

O ativismo e protagonismo jurisdicionais são distorções observáveis, pois a ausência de alterações estruturais esgotou a possibilidade de inclusão de população crescente por meio tão só da redefinição permanente da atuação administrativa, compreendida nesta a atuação judicial. O fato de o Estado social de direito se fragilizar não pode ser pilar para que se perceba na atividade jurisdicional função corretiva e redentora capaz de alterar a substância da atuação administrativa, isso para assegurar direitos. A segurança jurídica de uma decisão judicial que reconheça, por exemplo, o direito à saúde não passa de tópico discursivo que supervaloriza o a atuação de um juiz, pois esta atuação não é apta para abalar a ‘forma’ estatal. O saber jurídico propicia esse jogo da razão na interpretação sistemática das normas. Quando incide e tematiza a face negativa da exclusão econômica, prescinde de nelas considerar como se constituiu a ‘forma’ estatal da economia política. Esta forma é preponderante sobre a ‘forma’ constitucional.

Para o professor brasileiro Roberto Mangabeira Unger, a teoria jurídica não historicizada e pouco afeta às importantes indagações sobre as relações sociais estudadas pela teoria social se limita a “(...) *identificar a atuação da ordem jurídica na vida social com o modo pelo qual essa ordem é descrita a qual dela se utiliza ou lhe servem de defesa. Quando ocorre tal identificação, todos os símbolos e tradições que dão ao direito uma aparência radicalmente autônoma são tomados ao seu valor nominal.*”²⁸ Para Celso Furtado, em *Dialética do Desenvolvimento*, a certa altura deve ser necessário abandonar a compreensão hegeliana do Estado e da sociedade civil para considerar os esforços atuantes dos seres humanos em sociedade. Estes podem ser observados como mais complexos e diversos, evitando-se a redução à atuação tão só organizativa, ainda que esta tenha se tornado preponderante:

“O que importa é reconhecer que qualquer estrutura social que tenha alcançado certo grau de diferenciação necessitará organizar-se politicamente a fim de que os seus conflitos internos não a tornem inviável. Um ponto importante a ter em conta é o caráter ‘*sui generis*’ da organização política – instrumento que a própria sociedade utiliza para auto disciplinar-se

²⁷ BELLUZZO, Luiz Gonzaga. Esperanças do Passado. In: *Lua Nova* 66 - 2006, pp. 57-67.

²⁸ UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna* – Contribuição à Crítica da Teoria Social, tradução de Roberto Raposo, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2ª edição, 1979, p.66.

– cabendo-lhe o monopólio do uso da força em nome da coletividade como um todo.”²⁹

Assim, é possível dizer ser um tanto quanto estranho para a teoria jurídica, ainda que imprescindível como etapa necessária para a história do direito público, que da sua exploração junto às formações sociais, uma vez sendo estas formações o ponto de partida do conhecimento das ‘formas’ políticas, entre elas as ‘formas’ estatais correspondam às sociais como se fossem indiferentes.

Considerações Finais

A expressão ‘forma’ Estado, se relacionada com a constituição social, quando parte do universo teórico do materialismo histórico, assume horizonte mais dilatado. O propósito de aprofundar a compreensão do Estado na sua ‘forma’ burguesa, que é expressiva das relações mantidas com a dinâmica econômica capitalista e, assim, com os interesses privados poderão contribuir para o entendimento da ‘forma’ estatal e daquilo que nela prepondera, sendo válido propor, que a partir dos estudos de Hirsch, podem ser enfatizados : (a) a ‘forma’ Estado se orienta pela alteração das suas e nas suas funções. O processo histórico e bem por isso, diante desse mesmo processo, observa-se a corrosão das possibilidades de que se credite aos atributos identificadores da experiência política o resguardo perene de laços de identidade com o elemento nacional, considerados como a dimensão humana da experiência política, ou mais detidamente, como a soberania de um povo em um território no qual o poder autônomo edifica o presente e planeja um futuro nacional sem assimetrias de classe. Estas são mais que proposições conceituais. Estão além delas. São proposições que rompem com a abstração formal do Estado, tipicamente cultivada pelo saber do direito. Para distingui-las nitidamente entre as esferas privada e coletiva, a compreensão sobre o Estado de certo modo não deve se deter na prevalência conceitual sobre a sua constituição. Esta prevalência não reside na sua estrutura e perenidade esvaziadas, ou noutras palavras, estéreis quanto ao sentido da justificação da existência. Para isso basta um texto político e normativo sem sujeitos, sem relações sociais. O Estado deve nutrir interesse em si mesmo, não apenas compreendido no interesse próprio de seus funcionários, burocratas e estruturas administrativas. Isto apenas o converte, afirma Hirsch, em garantidor das *‘relaciones de producción capitalistas’*³⁰, em grande parte, independente de influências diretas da sociedade. Em razão das confrontações com as ‘formas’ sociais, o ponto de equilíbrio sempre transitório entre as forças econômicas e populares por sua vez foi compreendido como possível por meio dos textos constitucionais.

Nos textos constitucionais a dimensão da soberania do povo resgata a possibilidade da discussão questionadora sobre as relações políticas, neles sendo também possível observar que há toda uma fragilidade dos estudos sobre o Estado, ou melhor, que da sua escassa investigação resultam variadas outras fragilidades se afastada a compreensão da Constituição como um pacto social e político. Estas

²⁹FURTADO, Celso. *Dialética do Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1ª edição, 1964, p.37.

³⁰HIRSCH, Joachim. *Op. e Loc. Cit.*

fragilidades uma vez mais se projetam nas investigações sobre as relações sociais existentes no Estado, constituídas sob a sua consolidação histórica, compreendendo-se nelas as condicionantes das dimensões existenciais apenas aparentemente autônomas. Entre as dimensões autônomas, o direito, para esta hipótese, sobretudo o direito do Estado brasileiro são relevantes. Na reprodução irrefletida dos estudos pertinentes à experiência política constitucional, especificados e singularizados nas constituições legais, o que se dá em grau cada vez mais indiferente à teoria da constituição e à teoria do Estado são mecanismos indutores que se tornam pouco a pouco o ponto de partida para incompreensões. Estas incompreensões são fundantes, por sua vez, da desonestidade intelectual que se torna manejável em um cenário de superposição e acúmulo da interpretação sistemática de normas articuladas com decisões judiciais. Os estudos que resultam do distanciamento crescente de problemas teóricos sérios, entre eles, o da crise estrutural do modo de produção capitalista, expressos na crise de acumulação e na crise do declínio da taxa de lucro, uma vez que ocupam atenção central nas investigações que Joachim Hirsch desenvolve a partir de *O Capital* são centrais para o aprofundamento dos estudos sobre o Estado capitalista e, por extensão, sobre as possibilidades de um Estado social.

Também nesse sentido, propõe-se que a perspectiva da economia política que não seja servil às conexões da ‘forma’ do modo de produção capitalista, mas que intensifique as relações entre o Estado e as ‘formações sociais’, desde que nessas se busquem permanentes compromissos entre classes. Terá sido assim percebida a aproximação de dois importantes aspectos possíveis: a distribuição de renda e o investimento público. Todos os que não possuam o capital, afirma Adam Przeworski, poderão consentir com a propriedade privada dos instrumentos de produção. Mas será assim apenas se este consentimento antecipar seus frutos, isto diante da certeza de que suas condições materiais poderão melhorar ainda que a apropriação do lucro capitalista se dê constantemente. Esse compromisso não é evidente, explícito, como esclarece o cientista político polonês, pois a sua substância é institucional. A propriedade é um direito que apenas o Estado pode reconhecer e manter. Esta se estende aos meios de produção e o consentimento dos proprietários relativamente a essa abstração se traduz na preservação de traços específicos da política. Quando esta se fragiliza, observa-se a probabilidade de que seja desencadeada a necessidade de novas formas públicas, desta vez mais explícitas, para a instituição de consensos. Se a ‘influência pública’ do Estado sobre investimento e a renda for questionada, e sobre este questionamento já alertava Przeworski na década de 1990, todas as cadeias impostas pela democracia’ passarão a correr riscos, pois a “(...) *combinação da propriedade privada dos meios de produção com sufrágio universal é um compromisso, e este implica que a lógica da acumulação não é exclusivamente a lógica de agentes privados.*”³¹

Este é um problema amplo, substancial, pode-se dizer, para o Estado moderno, pois este apenas poderá reproduzir-se se a reprodução social das relações materiais ocorrer, ainda que a separação absoluta entre sociedade e Estado seja insustentável. O conhecimento sobre as relações entre Estado e sociedade observará que nas formas de intervenções do Estado não são indiferentes às influências da sociedade e nem poderia ser de outro modo, ainda que o processo de

³¹ PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e Social Democracia*. Tradução de Laura Teixeira Mota, São Paulo: Cia. Das Letras, 2ª reimpressão, 1995, p. 257.

revalorização do capital seja constante. Se as possibilidades de se refletir sobre o Estado social foram neste texto orientadas no sentido de um afastamento intencional dos saberes nos quais o direito pode ser percebido com maior nitidez, isso se deu pela opção da relação histórica consolidada entre o Estado burguês capitalista e seu aspecto democrático, tão só potencial, para entendimento de Joachim Hirsch. O estudo das formações das classes sociais, tão relevante para a história e para as ciências sociais expressam também uma ‘forma’ moderna de contradição da ‘constituição burguesa’ da sociedade. O Estado visto sob a consideração das formações sociais capitalistas não é uma abstração instituída conscientemente, tampouco a materialização da vontade popular fundadora, deliberadamente inclinada à instrumentalização de autonomias individuais. O Estado, anotou Nicos Poulantzas³², é também relação social, mas de natureza diversa. O Estado está longe de poder ser conceituado e a sua mutabilidade rompe os mais refinados mecanismos jurídicos e abstratos que a modernidade construiu. Embora suas características também modernas ainda não tenham se exaurido, nelas a compactação material e social, as relações entre indivíduos, grupos e classes tenham instituído forças sociais concretas, cujos mecanismos políticos podem não ocorrer nos espaços da lei e da igualdade.

Referências

AVELÃS NUNES, António José. **Uma Volta ao Mundo das Idéias Econômicas** – Será a Economia uma Ciência, Coimbra: Almedina, 2008.

BELLUZZO, Luiz Gonzaga. **O Capital e suas Metamorfoses**. São Paulo: Unesp, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente** – atualidade de Weimar, São Paulo: Azougue Editorial, 2004.

BURKE, Peter. **O Mundo Como Teatro** – Estudos de Antropologia Histórica, Lisboa: Difel, 1992.

_____. **História e Teoria Social**. São Paulo: Unesp, 2002.

CODATO, Adriano e Perissinott, Renato. O Estado como Instituição. In: **Marxismo como Ciência Social**, Curitiba: editora da UFPR, 2011, pp.35 e ss;

HELLER, Hermann. **Teoria del Estado**. México, FCE, 2008.

FURTADO, Celso. **Dialética do Desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1964;

³² POULANTZAS, Nicos. Staattheorie – Politischer Überbau, Ideologie, Sozialistische Demokratie, Berlin, s/d, *apud* Que Significa Estado? Reflexiones de la Teoria del Estado Capitalista. *Revista de Sociologia Política* Número 24, 2005.

HIRSCH, Joachim. O problema da dedução da forma e da função do Estado burguês. In: REICHELDT, Helmut *et al.* **A Teoria do Estado** – materiais para a reconstrução da teoria marxista do Estado, tradução de Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, pp. 143-158;

_____. Observações teóricas sobre o Estado burguês e sua crise. In: POULANTZAS, Nicos. **O Estado em Crise**, tradução de Maria Laura Viveiros de Castro, Rio de Janeiro: Graal, 1977.

_____. Forma política, instituições políticas e Estado – I. **Economies et Sociétés** V. 12 N. 139, 1990.

_____. **Teoria Materialista do Estado**, Tradução de Luciano Cavini Martorano, Rio de Janeiro: Revan, 2010, pós-fácio à edição brasileira.

_____. Que Significa Estado? Reflexiones de la Teoria del Estado Capitalista. **Revista de Sociologia Política** Número 24, 2005.

MARX, Karl. **O Capital** – Crítica da Economia Política – Livro I O processo de produção do Capital, tradução de Reginaldo Sant'anna, Rio de Janeiro: Bertrand, 1994.

_____. **The Poverty of Philosophy**. A reply to " La philosophie de la misère" of M. Proudhon. Cosimo, Inc. 2008.

PRZEWORSKI, Adam. **Capitalismo e Social-Democracia**, tradução de Laura Teixeira Mota, São Paulo, Cia. Das Letras, 2ª reimpressão, 1995.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann – O direito liberal para além de si mesmo. In: NOBRE, Marcos. **Curso Livre de Teoria Crítica**, Campinas: Papirus, 2008.

SOKAL, Alan. Mas Allá de las Imposturas Intelectuales. Madrid, Paidós, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um Discurso sobre as Ciências**. São Paulo: Cortez, 5ª edição, 2008.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito na Sociedade Moderna** – Contribuição à Crítica da Teoria Social, Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 1979.

WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 3, n. 5, p. 48, 1982.

Recebido em 26 de novembro de 2017

Aceito em 30 de dezembro de 2017

NORMAS DE SUBMISSÃO

1. A Revista Direitos Culturais, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado da URI, Campus de Santo Ângelo – é publicada quadrimestralmente e aceita para publicação artigos inéditos.
2. Quanto à temática, os artigos deverão obedecer às linhas de pesquisa do Mestrado em Direito da URI: I – Direito e Multiculturalismo e II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos.
3. Os trabalhos serão recepcionados pelo método *double blind peer review* que possibilita a análise dos inominados artigos, garantindo segurança tanto para o(s) autor(es), quanto para os avaliadores. Esse método ainda exige a avaliação do artigo por dois ou mais avaliadores.
4. A publicação de trabalhos está condicionada à aprovação por pareceristas e, em sendo o caso, ao cumprimento de suas recomendações. São levados em conta a originalidade do tratamento do tema, a consistência e o rigor da abordagem, sua contribuição para a academia e a linha temática da revista. Os nomes dos pareceristas permanecerão em sigilo, omitindo-se também os nomes dos autores perante os pareceristas.
5. Os trabalhos devem:
 - a) Conter entre os autores, pelos menos, um DOUTOR;
 - b) ser inéditos;
 - c) conter título (na língua portuguesa e inglesa);
 - d) resumo (na língua portuguesa e inglesa), com no máximo 200 palavras;
 - e) palavras-chave (na língua portuguesa);
 - f) sumário (na língua portuguesa e inglesa);
 - g) introdução, desenvolvimento, conclusão e referências;
 - h) possuir de 10 a 20 laudas no formato Word;
 - i) fonte **Times New Roman** 12, espaçamento entre linhas simples, espaçamento entre parágrafos simples, com margens superior e esquerda de 3cm, inferior e direita 2cm.
6. Os textos podem ser enviados através da página da revista (<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>) em texto corrido e sem o uso de recursos sofisticados de formatação. Para envio e acompanhamento do texto, é necessário cadastrar-se na área de acesso.
7. Os artigos devem estar conforme as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

8. Deve ser adotada citação na forma de nota de rodapé, sistema numérico.
9. Os títulos das divisões e subdivisões dos textos devem ser escritos em letras minúsculas e em negrito e numerados de forma progressiva.
10. As referências são apresentadas no final do trabalho, listadas em ordem alfabética e sem numeração, de acordo com a ABNT. Exemplos:

a) Livro

SOBRENOME, Nome. Título em negrito. Edição. Local de publicação: Editora, ano.

Ex.: SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4.ed. São Paulo: Cortez, 1997.

b) Capítulo

SOBRENOME, Nome. Título do capítulo. *In: SOBRENOME, Nome (Org.)*. Título do livro em itálico. Edição. Local de publicação: Editora, ano. p.página inicial-página final.

Ex.: McCARTHY, Thomas. Practical discourse: on the relation of morality to politics. *In: CALHOUN, Craig (Org.)*. **Habermas and the public sphere**. Cambridge: The Mit Press, 1992. p.51-72.

c) Artigo

SOBRENOME, Nome. Título do artigo. Título do periódico em itálico, local de publicação, v. ano-ou-volume, n. número-ou-fascículo, p. página inicial-página final, data.

Ex.: CIRNE-LIMA, Carlos. Ética de coerência dialética. *Veritas*, Porto Alegre, v.44, n.4, p.941-964, dez./1999.

d) Publicações eletrônicas: seguem o padrão acima, segundo seu gênero, acrescido da especificação do meio. Páginas www e similares vêm acompanhadas do endereço completo e data da leitura.

11. O envio espontâneo de artigos e a posterior aceitação para publicação implica, automaticamente, a cessão dos direitos autorais à Revista, tanto em versão impressa como eletrônica. Sua reprodução posterior, por qualquer meio, poderá ser feita somente mediante entendimento prévio entre a Revista e o autor e com a devida citação da fonte.
12. Com a publicação, a autora ou o autor principal de artigo recebe dois exemplares sem custo; coautores recebem um exemplar.

13. Os conceitos emitidos nos trabalhos são de responsabilidade exclusiva dos autores.
14. Somente serão analisados trabalhos que estejam dentro das regras e que atendam às recomendações.
15. Os autores serão notificados sobre o resultado da avaliação via e-mail.

Redação:

Revista Direitos Culturais

Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e

Doutorado da URI, RS - Brasil

Av. Universidade das Missões, 464 – Tel. (55) 3313-7907

Email: ppgdireito@santoangelo.uri.br

Página:

<http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/index>
98802-470 – Santo Ângelo, RS – Brasil

