

DIREITOS FUNDAMENTAIS, DESENVOLVIMENTO E CRISE DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

LIVRO EM HOMENAGEM A JÖRG LUTHER

**PETER HÄBERLE
GILMAR FERREIRA MENDES
FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN
INGO WOLFGANG SARLET
CARLOS LUIZ STRAPAZZON
AUGUSTO AGUILAR CALAHORRO
ORGS.**

**editora
unoesc**



Editora Fundação Fênix



editora
unoesc



**Direitos fundamentais, desenvolvimento e
crise do constitucionalismo multinível
Livro em homenagem a Jörg Luther**

Série Direito

Conselho Editorial – Editora Fundação Fênix

Editor

Ingo Wolfgang Sarlet

Conselho Científico – PPG Direito PUCRS

Gilberto Stürmer – Ingo Wolfgang Sarlet

Marco Felix Jobim – Paulo Antonio Caliendo Velloso da Silveira

Regina Linden Ruaro – Ricardo Lupion Garcia

Conselho Editorial Nacional

Amanda Costa Thomé Travincas - Centro Universitário UNDB

Ana Elisa Liberatore Silva Bechara – USP

Ana Paula Gonçalves Pereira de Barcellos - UERJ

Angélica Luciá Carlini – UNIP

Carlos Bolonha – UFRJ

Claudia Mansani Queda de Toledo- Centro Universitário Toledo de Ensino de Bauru

Danielle Pamplona – PUCRS

Daniel Antônio de Moraes Sarmento - UERJ

Daniel Wunder Hachem - PUCPR e UFPR

Flavia Cristina Piovesan - PUC-SP

Gabriel de Jesus Tedesco Wedy – UNISINOS

Germano André Doederlein Schwartz – UNIRITTER

Gilmar Ferreira Mendes – Ministro do STF, Professor Titular do IDP e Professor aposentado da UNB

Gisele Cittadino - PUC-Rio

Gina Vidal Marcilio Pompeu – UNIFOR

Giovani Agostini Saavedra - Universidade Presbiteriana Mackenzie – SP

Guilherme Camargo Massaú – UFPel

Ivar Alberto Martins Hartmann - FGV Direito Rio

Jane Reis Gonçalves Pereira - UERJ

Juliana Neuenschwander Magalhães - UFRJ

Lilian Rose Lemos Rocha – Uniceub

Luís Roberto Barroso – Ministro do STF, Professor Titular da UERJ, UNICEUB, Sênior Fellow na Harvard Kennedy School,

Mônia Clarissa Hennig Leal – UNISC

Otavio Luiz Rodrigues Jr – USP

Patryck de Araújo Ayala – UFMT

Paulo Ricardo Schier - Unibrasil

Phillip Gil França - UNIVEL – PR

Teresa Arruda Alvim – PUC-SP

Conselho Editorial Internacional

Alexandra dos Santos Aragão - Universidade de Coimbra
Alvaro Avelino Sanchez Bravo - Universidade de Sevilha
Catarina Isabel Tomaz Santos Botelho - Universidade Católica Portuguesa
Carlos Blanco de Moraes – Universidade de Lisboa
Cristina Maria de Gouveia Caldeira - Universidade Europeia
César Landa Arroyo - PUC de Lima, Peru
Elena Cecilia Alvites Alvites - Pontifícia Universidade Católica do Peru
Francisco Pereira Coutinho - Universidade NOVA de Lisboa
Francisco Ballaguer Callejón - Universidade de Granada - Espanha
Fernando Fita Ortega - Universidade de Valência
Giuseppe Ludovico - Universidade de Milão
Gonzalo Aguilar Cavallo – Universidade de Talca
Jorge Pereira da Silva - Universidade Católica Portuguesa
José João Abrantes – Universidade NOVA de Lisboa
José Maria Porrás Ramirez - Universidade de Granada – Espanha
Manuel A Carneiro da Frada – Universidade do Porto
Paulo Mota Pinto – Universidade de Coimbra
Víctor Bazán - Universidade Católica de Cuyo

Conselho Editorial – Editora Unoesc

Jovani Antônio Steffani
Tiago de Matia
Sandra Fachineto
Aline Pertile Remor
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
César Milton Baratto
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

(Organizadores)

Peter Häberle

Gilmar Ferreira Mendes

Francisco Balaguer Callejón

Ingo Wolfgang Sarlet

Carlos Luiz Strapazzon

Augusto Aguilar Calahorro

**Direitos fundamentais, desenvolvimento e
crise do constitucionalismo multinível
Livro em homenagem a Jörg Luther**



Editora Fundação Fênix

Porto Alegre, 2020

Esta obra é uma produção conjunta dos Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade de Granada, do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e da Universidade Positivo (UP).



Direção editorial: Ingo Wolfgang Sarlet
Diagramação: Editora Fundação Fênix
Capa: Editora Fundação Fênix
Contracapa: Foto de Jörg Luther tirada por sua filha, Claudia Luther.

O padrão ortográfico, o sistema de citações, as referências bibliográficas, o conteúdo e a revisão de cada capítulo são de inteira responsabilidade de seu respectivo autor.

Todas as obras publicadas pela Editora Fundação Fênix estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 –
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR



Série Direito – 07

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

HÄBERLE, Peter; MENDES, Gilmar Ferreira; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz; AGUILAR CALAHORRO, Augusto. (Orgs).

Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível. Livro em homenagem a Jörg Luther. MENDES, Gilmar Ferreira; HÄBERLE, Peter; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; STRAPAZZON, Carlos Luiz; AGUILAR CALAHORRO, Augusto (Orgs), Porto Alegre: Editora Fundação Fênix; Chapecó: Editora Unoesc, 2020.

967p.

ISBN – 978-65-87424-37-8 [Editora Fundação Fênix]

ISBN – 978-65-86158-58-8 [Editora Unoesc]



<https://doi.org/10.36592/9786587424378>

Disponível em: <https://www.fundarfenix.com.br>

CDD – 340

1. Direitos fundamentais. 2 Constitucionalismo multinível. 3. Constitucionalismo.

Índice para catálogo sistemático – Direito – 340



Os rostos de Jörg
Composição de fotos realizada por María Bottiglieri

SUMÁRIO

CAPÍTULO I. ESTUDOS.....	19
1. APRESENTAÇÃO	
<i>Os Organizadores</i>	<i>21</i>
2. SAUDAÇÃO	
<i>Peter Häberle</i>	<i>25</i>
3. DEMOCRACIA LIBERAL E DEMOCRACIA DIRETA NA ERA DIGITAL	
<i>Antonio D’Atena.....</i>	<i>29</i>
4. CONSTITUCIONALISMO E O ESTADO CONSTITUCIONAL	
<i>Paolo Ridola.....</i>	<i>45</i>
5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA EM CRISE E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL	
<i>Gilmar Ferreira Mendes.....</i>	<i>65</i>
6. REDES SOCIAIS, COMPANHIAS TECNOLÓGICAS E DEMOCRACIA	
<i>Francisco Balaguer Callejón</i>	<i>85</i>
7. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS – UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E DA LEI ALEMÃ SOBRE A EFETIVIDADE DO DIREITO NA INTERNET (NETZWERKDURCHSETZUNGSGESETZ – GERMAN NETWORK ENFORCEMENT ACT)	
<i>Ingo Wolfgang Sarlet; Gabrielle Bezerra Sales Sarlet.....</i>	<i>107</i>
8. EXPLORANDO AS RELAÇÕES ENTRE SEGURANÇA, CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO EUROPEU	
<i>Enrique Guillén López</i>	<i>123</i>
1. CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL.....	143
9. O EQUILÍBRIO DAS CATEGORIAS DOGMÁTICAS NOS ORDENAMENTOS MULTINÍVEL	
<i>Ricardo Martín Morales.....</i>	<i>145</i>

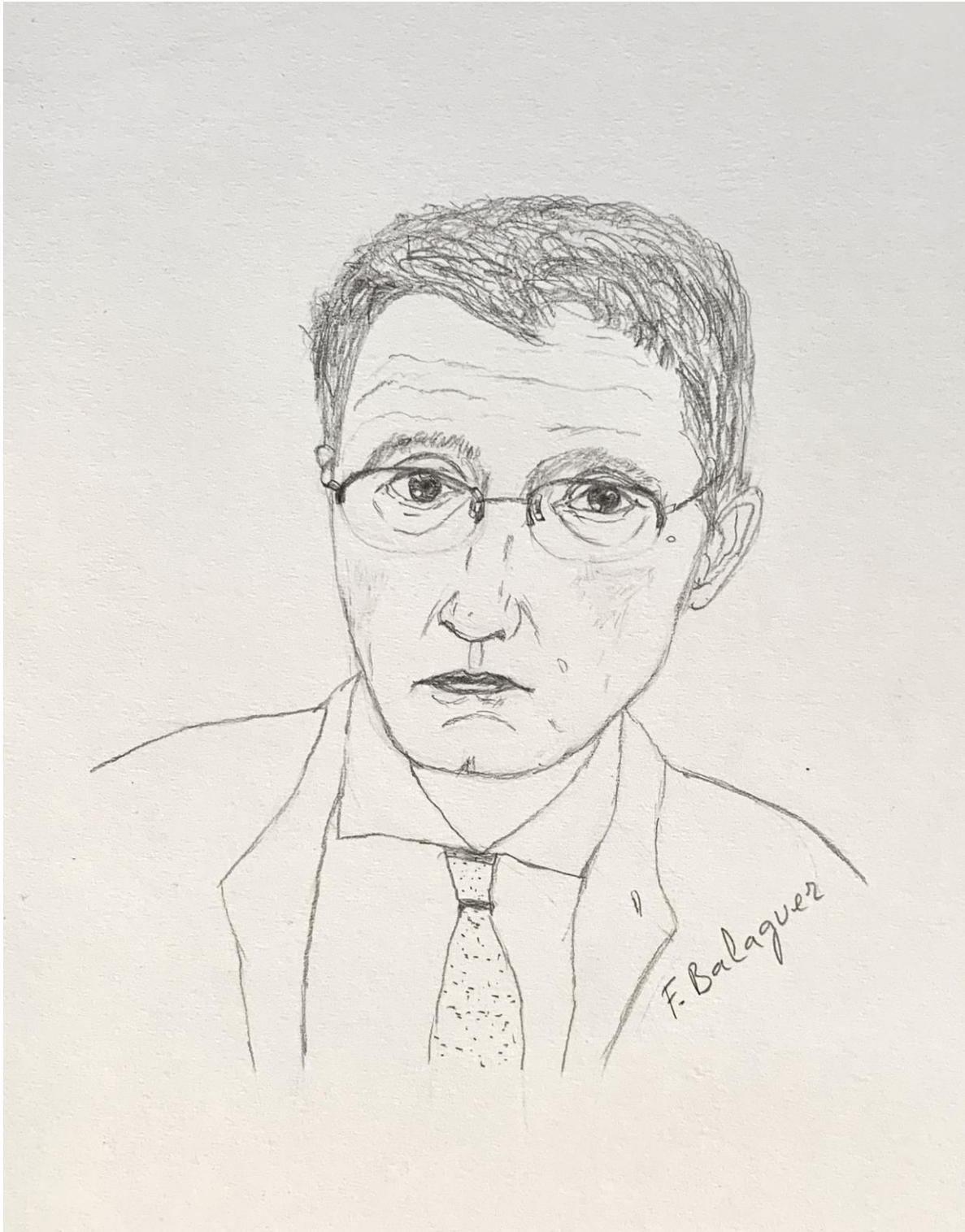
10. A CRISE DO DIREITO CONSTITUCIONAL MULTINÍVEL <i>Juan Francisco Sánchez Barrilao</i>	159
11. A SITUAÇÃO DA FRANÇA FRENTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL <i>Stéphane Pinon</i>	175
12. DIREITOS ESTATUTÁRIOS AUTÔNOMOS NO CONTEXTO DA TUTELA MULTINÍVEL <i>Antonio Pérez Miras</i>	193
2. LIBERDADES	207
13. AS DUAS FACES DO DIREITO À LIBERDADE: UMA RELEITURA DIALÉTICA CONTEMPORÂNEA <i>Eduardo Luft; Rosana Pizzatto</i>	209
14. O DIREITO DE SER INFORMADO NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO MULTINÍVEL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO <i>Anna Papa</i>	233
15. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONFIGURAÇÃO DO AMBIENTE VIRTUAL: O CONTROLE DO FLUXO DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO NA INTERNET <i>Andrei Ferreira Fredes; Carlos Alberto Molinaro</i>	253
16. A CONFIGURAÇÃO DE UM PRIMEIRO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE NACIONAL SOBRE O USO DO VÉU, CASO LACHIRI V. BÉLGICA <i>Valentina Faggiani</i>	277
17. ANÁLISE DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL ATRAVÉS DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA <i>Eloisa Pérez Conchillo</i>	295
18. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E SEGURANÇA PÚBLICA: A PROBLEMÁTICA PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL NA LUTA CONTRA O TERRORISMO INTERNACIONAL <i>Giacomo Palombino</i>	311

3. DIREITOS SOCIAIS	327
19. DIREITO A SEGURANÇA SOCIAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: RETRATOS DA REGIÃO OESTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA, BRASIL	
<i>Carlos Luiz Strapazzon; Eduardo Augusto Agne Bonamico</i>	329
20. AS CAPACIDADES COMO DIREITOS HUMANOS: A PROPOSTA DE MARTHA NUSSBAUM	
<i>Robison Tramontina.....</i>	345
21. O DIREITO A UM EMPREGO NA ZONA DO EURO. UMA PROPOSTA DE ESTABILIZAÇÃO	
<i>Miguel J. Arjona Sánchez</i>	367
22. ASSISTÊNCIA MÉDICA PARA IMIGRANTES REQUERENTES DE PROTEÇÃO. UM DIREITO UNIVERSAL A SAÚDE?	
<i>María Dolores Requena de Torre.....</i>	399
4. DIGNIDADE DA PESSOA	417
23. REFLEXÕES SOBRE QUESTÕES RECENTES RELACIONADAS COM A DIGNIDADE HUMANA E O FINAL DA VIDA	
<i>Paola Bilancia.....</i>	419
24. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE TECNOLOGIA NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	
<i>Dionis Mauri Penning Blank; Sérgio Augusto da Costa Gillet.....</i>	445
25. DIGNIDADE E PRISÃO NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL EUROPEIA	
<i>Alessio Martino</i>	459
5. IGUALDADE DE GÊNERO	471
26. PENSAMENTO DAS MULHERES E EXPERIÊNCIA JURÍDICA: ALGUMAS REFLEXÕES	
<i>Angelo Schillaci.....</i>	473

27. INFORMAÇÃO NO CIBERESPAÇO: EMPODERANDO MULHERES BRASILEIRAS NA LUTA CONTRA A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA	
<i>Milena Veloso de Linhares; Natálie Vailatti</i>	493
6. BIOTECNOLOGIA E DIREITOS DIGITAIS	511
28. UMA INVESTIGAÇÃO NA PERSPECTIVA DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO ACERCA DAS POSSIBILIDADES DE REGULAMENTAÇÃO DA EDIÇÃO GENÉTICA EM EMBRIÕES HUMANOS (CRISP CAS9)	
<i>Gabrielle Bezerra Sales Sarlet</i>	513
29. JURIDICIDADE DO DIREITO AO ACESSO À INTERNET NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL	
<i>Sérgio Augusto da Costa Gillet; Dionis Mauri Penning Blank</i>	541
7. A CULTURA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E OS DIREITOS CULTURAIS	559
30. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MINORIAS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO DO BRASIL	
<i>Michel Ferrari Borges dos Santos; Wilson Antônio Steinmetz</i>	561
31. A NECESSIDADE DA LEI NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS INTERVENÇÕES DO PODER EXECUTIVO	
<i>Luciano Medeiros de Andrade Bicalho</i>	577
32. ENTRE CILA E CARÍBDIS: UMA ANÁLISE DO DIVÓRCIO ENTRE A DIMENSÃO FORMAL E MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE APROFUNDAMENTO DA CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO	
<i>Hugo César Araújo de Gusmão</i>	597
33. A CULTURA DOS DIREITOS CULTURAIS	
<i>Jörg Luther</i>	623
8. DIREITOS E JUSTIÇA	657
34. O ESTADO CONSTITUCIONAL EM PERIGO: CRISE DA REPRESENTAÇÃO E INSTITUIÇÕES JUDICIAIS SOB ATAQUE	
<i>Fausto Vecchio</i>	659

35. A EFICÁCIA DA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MAIS RECENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA	
<i>Augusto Aguilar Calahorra</i>	677
36. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CIVIL BRASILEIRA	
<i>Luis Alberto Reichelt</i>	711
9. ALGORITMOS, PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO AL OLVIDO	741
37. ALGORITMOS, VIESES E TRIBUTAÇÃO	
<i>Paulo Caliendo</i>	743
38. PANORAMA GERAL DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL E A INSPIRAÇÃO NO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EUROPEU	
<i>Regina Linden Ruaro; Gabriela Pandolfo Coelho Glitz</i>	763
39. O CARÁTER UNIVERSALIZADOR DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E SUA INFLUÊNCIA NO RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO	
<i>Kaiana Coralina do Monte Vilar</i>	779
10. DIREITOS CONSTITUCIONAIS E CRISE ECONÔMICA	807
40. IMPACTOS DA CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
<i>Marcelo Ribeiro do Val</i>	809
41. O IMPACTO DAS MEDIDAS DE AUSTERIDADE NOS DIREITOS DE PROPRIEDADE. UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	
<i>Daniela Dobre</i>	829
CAPITULO II. PERFIS DE JÖRG LUTHER	847
42. O CURSO DA MINHA VIDA	
<i>Jörg Luther</i>	849

43. DESPEDIDA DE JORG LÜTHER	
<i>G. Zagrebelsky</i>	891
44. ECONOMIA DOS SENTIMENTOS	
<i>Francisco Balaguer Callejón</i>	897
45. DESPEDIDA A UM QUERIDO AMIGO	
<i>Manfred H. Wiegandt</i>	901
46. JÖRG LUTHER, JURISTA EUROPEU	
<i>Enrico Grosso; Anna Maria Poggi</i>	905
47. JÖRG LUTHER, UMA LEMBRANÇA	
<i>Renato Balduzzi</i>	913
48. EM MEMÓRIA DE JÖRG LUTHER	
<i>Paola Bilancia</i>	915
49. EM RECORDAÇÃO A JÖRG LUTHER (MARBURG, 26 DE SETEMBRO DE 1959 - TURIM, 3 DE MARÇO DE 2020)	
<i>Chiara Tripodina et. al.</i>	917
50. JÖRG LUTHER - 1959-2020	
<i>Hermann-Josef Blanke</i>	921
51. BIOGRAFIA ACADÊMICA DE JÖRG LUTHER	
<i>Giovani Cavaggion; Giovanni Boggero</i>	925



Retrato de Jörg Luther, por Francisco Balaguer Callejón

CAPÍTULO I. ESTUDOS

1. APRESENTAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-1>

O Livro que apresentamos ao público de língua portuguesa e espanhola, através da sua publicação no Brasil e na Espanha, tem origem no Congresso que realizamos em Granada em 2019 com a participação de palestrantes do Brasil, Espanha, Itália e outros países. Entre eles, nosso amigo Jörg Luther. Na versão em espanhol, o livro já estava pronto para ser enviado à editora em janeiro de 2020, após um processo necessariamente complexo de organização do material e, sobretudo, de realização das traduções dos textos. No final de janeiro, a notícia da doença de Jörg chegou até nós. Decidimos imediatamente dedicar-lhe o livro e disso o avisamos no dia 20 de fevereiro. Jörg ficou muito feliz e expressou sua gratidão aos autores e coordenadores do Livro. Relativamente à sua edição inicial, o Livro incorpora um novo estudo, da autoria de Pedro Cruz Villalón, que pretendia assim juntar-se a esta Homenagem a Jörg. Nos dias que se seguiram a 3 de março, quando Jörg nos deixou, começaram a ser publicados lembretes na Itália e na Alemanha que nos emocionaram muito e que agora estamos editando junto com aqueles que foram preparados especificamente para o Livro, como o meu, o de Paola Bilancia, a de Manfred H. Wiegandt ou Lebenslauf que seus discípulos, Giovanni Cavaggion e Giovanni Boggero, produziram. A estes textos devemos acrescentar “Il corso della vita mia”, um escrito autobiográfico que Jörg me disse que estava preparando naqueles dias de fevereiro e que Antonella gentilmente nos emprestou para publicação no Livro de Homenagem.

Além dos lembretes e perfis de Jörg Luther que são coletados no Capítulo II, o livro contém, no Capítulo I, as apresentações e comunicações do Congresso realizado em Granada durante os dias 23 a 25 de janeiro de 2019 sob o título "Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível". Após vários meses de preparação pelos coordenadores e também por Ilton Robl Filho e Atalá Correia no Brasil e Angelo Schillaci na Itália, o Congresso reuniu um grande número de especialistas brasileiros, italianos, alemães, franceses e espanhóis. A organização do Congresso incluiu a Fundação Peter Häberle, a Cátedra Jean Monnet “ad personam” em Direito Constitucional Europeu e Globalização; o Departamento de

Direito Constitucional da Universidade de Granada, a Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, a Universidade do Oeste de Santa Catarina, o Centro de Pesquisas Jurídicas e Sociais da Universidade Positivo, o Instituto de Direito Público de Brasília e a Università di Roma, La Sapienza. O Grupo de Investigação da Junta de Andalucía SEJ-106: “A Andaluzia, a União Europeia e o Estado social” e “o Projeto de Investigação DER2016-77924-P, ‘Os Direitos Fundamentais face às crises económicas e de segurança num quadro constitucional fragmentado’”.

A experiência académica, que se repetirá no futuro tendo em conta os resultados muito positivos que trouxe, permitiu-nos verificar a semelhança dos desafios que os nossos respectivos sistemas constitucionais têm hoje de enfrentar. A diversidade dos temas analisados foi muito ampla e este livro dá conta disso, pois aborda questões relacionadas à crise económica e seus impactos nos direitos fundamentais, a incidência de redes sociais e empresas de tecnologia, a liberdade de expressão e discurso de ódio, direito à informação e notícias falsas, direito à proteção de dados, direito ao esquecimento, impacto da biotecnologia, eutanásia, direitos sociais, direito à saúde, o direito à educação, a dignidade da pessoa, a compatibilidade entre direitos e desenvolvimento, direitos culturais, direito ao trabalho, igualdade de gênero e os instrumentos de proteção de direitos. Do mesmo modo, situações específicas como as da Polónia ou França, os direitos legais em Espanha, os direitos dos imigrantes irregulares e dos reclusos ou os direitos dos idosos, bem como perspectivas teóricas em relação às categorias dogmáticas relativas aos direitos fundamentais. Naturalmente não é possível apontar os desdobramentos específicos de cada um desses temas, razão pela qual nos referimos justamente ao livro que ora apresentamos com a pluralidade de estudos nele reunidos.

Esperamos que este livro ou, para ser mais adequado, esses livros, uma vez que os mesmos textos são publicados no Brasil e na Espanha, tenham um amplo impacto nas comunidades académicas de onde provêm seus autores e, principalmente, nas de língua espanhola. Espanhol e português. No Congresso que lhes deu origem, cada um dos palestrantes falou na sua língua, salvo algumas exceções, sem problemas de compreensão para os participantes. Fazemos parte de uma comunidade de falantes de espanhol, português e italiano que ultrapassa um bilhão de pessoas. Para as nossas universidades e para os cientistas que nelas desenvolvem os seus trabalhos, a possibilidade de atingir um público tão vasto é uma enorme fortuna. Certamente isso

teria nos permitido publicar os dois livros com todos os textos em sua língua original. No entanto, fizemos o esforço de tradução por vários motivos. O primeiro deles porque sabemos que, em grande medida, ainda existem fronteiras simbólicas entre os grupos acadêmicos de cada país que dificultam a projeção de uma obra que não seja apenas “multinível” pela sua abordagem metodológica, mas também “multilíngue”. Esperamos que essas barreiras desapareçam em breve e, de fato, queremos contribuir para sua superação, aceitando as limitações atuais, através de um esforço de tradução de nossos grupos de pesquisa que esperamos seja temporário, para abrir a transição para um futuro de maior integração acadêmica. A segunda razão é que, para os mais jovens que participaram dessa experiência, a tradução de línguas “irmãs” é também uma forma de avançar nessa integração, por meio de um conhecimento mais aprofundado das realidades dos demais sistemas constitucionais em seu próprio idioma.

Como podem ver, este livro, para além do caminho que os estudos que contém podem seguir uma vez publicados, faz parte de uma profunda vocação universitária nos conteúdos e também na metodologia que temos seguido para a sua preparação. Como é dito na Saudação, ela incorpora “um contrato científico entre gerações”. Um contrato que tenta oferecer aos investigadores mais jovens não só temas para estudar e processos científicos a seguir, mas também fazê-los participar num contexto constitucional, típico da globalização, em que os desafios aos direitos fundamentais são cada vez mais importantes e deve-se oferecer reflexões e respostas de âmbito global para enfrentá-los. Nesta nossa comunidade linguística, que representa no campo da ciência jurídica uma cidadania de alcance global e dimensões extraordinárias, a teoria haberliana da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição assume um significado muito especial. O constitucionalismo vive um momento muito difícil em todo o mundo e nossas vozes devem servir para reafirmar seus valores e princípios, que constituem um universo cultural comum para nossos países. Uma parte desse universo cultural é representada pela obra do nosso mestre de alemão, Peter Häberle.

Temos a certeza que este livro agradaria muito ao nosso amigo Jörg, assim como foi o Congresso que lhe deu origem e de que gostou muito, entre outras razões, porque foi a primeira vez que veio a Granada acompanhado de Antonella. Sabemos a dor que o seu desaparecimento causou ao nosso professor Peter Häberle, que quis liderar simbolicamente a lista dos coordenadores deste trabalho e esta Apresentação para

expressar a sua adesão à Homenagem e o seu carinho por *Giorgone*, como alguns amigos o chamavam. Para a comunidade haberliana ao redor do mundo, parte da qual está representada neste Livro de Homenagem, a perda de Jörg tem muitas dimensões, acadêmicas e pessoais, que nos enchem de tristeza. Mas também sabemos o quanto ele teria apreciado as contribuições acadêmicas, pois testemunhamos seu entusiasmo durante o Congresso onde a maioria delas foi apresentada. Pouco se fala das pessoais, elas mostram o carinho que Jörg despertou naqueles que tiveram a sorte de conhecê-lo.

Peter Häberle
Francisco Balaguer Callejón
Ingo Wolfgang Sarlet
Carlos Luiz Strapazzon
Augusto Aguilar Calahorra.
Gilmar Ferreira Mendes

2. SAUDAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-2>

Peter Häberle¹

O Professor Balaguer propôs que eu lhe dedicasse esta saudação. Ele e Wolfgang Sarlet eles são os "Dióscuros" deste Congresso. O encontro reúne novamente o nosso círculo científico. Foi precedido de seminários inspiradores em Roma (Professor Lanchester), bem como em Granada, e também em Montpellier (graças aos Professores Pinon e Viala) e em Lisboa (graças ao Professor Pereira da Silva). Somos uma pequena república de estudiosos com grande responsabilidade, especialmente nestes tempos de crise. Embora a doutrina constitucional comparada como ciência cultural pouco possa fazer face aos dramáticos processos políticos, precisamente nestes tempos não devemos perder a integridade e responsabilidade que nos corresponde como juristas. Para isso, as amizades científicas que cresceram entre nós ao longo de muitos anos nos ajudarão.

O leque de temas para este Congresso de Granada é amplo e profundo. Menciono apenas os muitos aspectos do constitucionalismo, as palavras-chave "Costituzione economica" (P. Ridola), "discurso de ódio" (I. Sarlet), "a crise da identidade constitucional europeia" (A. Schillaci) ou o "cultura dos direitos culturais" (J. Luther) como exemplo. Os tópicos sobre "Dignità umana e fine vita" (P. Bilancia), bem como sobre os "princípios e direitos da Constituição Económica Europeia" (R. Miccù) e o caso conflituoso da Polónia, que ocorre especialmente no domínio da O direito processual constitucional de forma notável (F. Vecchio) também está incluído no Programa.

Permitam-me algumas observações sobre três temas:

1. Por muitos anos, sem nenhum sucesso científico na Alemanha, tenho criticado o termo "constitucionalismo multinível". É questionável porque evoca a ideia de hierarquia. No entanto, na Europa da UE não existe uma hierarquia na relação entre o

¹ Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle *Universidad de Bayreuth*

Direito Constitucional Europeu em sentido estrito (o da UE) e as leis constitucionais nacionais dos Estados-Membros.

Pelo contrário, pode-se falar de uma relação complementar, com muitas interações, que é o que caracteriza o Direito Constitucional Europeu no seu conjunto em sentido lato (o da UE e o dos Estados-Membros). Recordo, nesse sentido, o meu conceito de "constituições parciais". No entanto, talvez o Congresso que agora se realiza me convença do contrário.

2. Na minha Conferência em Roma, em 12 de maio de 2018, - muitos dos participantes neste Congresso estiveram presentes na época - caracterizei o “constitucionalismo como projeto científico”² por meio de quatro características, em uma abordagem inicial: Primeiro, o constitucionalismo tem a ver com valores elevados, com valores supremos na realidade, como direitos humanos, paz, justiça, estruturas do Estado de direito, solidariedade, bem comum, segurança e cooperação. Em segundo lugar, o constitucionalismo fundamenta e configura a ordem, pode-se mesmo dizer que penetra todo o ordenamento jurídico. Terceiro, o constitucionalismo se distingue de outras formas jurídicas por sua conformação material e procedimental que visa a limitar o poder, evitar a guerra civil e gerar paz; também é projetado para durar ao longo do tempo, o que significa que está institucionalizado. Em quarto lugar, o constitucionalismo está atualmente implantado, em termos geográficos, nos níveis nacional, regional e universal e, portanto, está estruturado de maneira espacial. Mas, parafraseando Richard Wagner pela primeira vez, “aqui o espaço nasce fora do tempo”. Como expressão cultural, através da história e com considerável esforço, o constitucionalismo se tornou o que é agora. Especialmente em 1776, 1787, 1789 e 1848 na América do Norte e Europa, bem como com a constitucionalização da América Latina no século XIX, de forma tangível. Após 1945, o constitucionalismo também se desenvolveu em algumas partes da África e da Ásia e também no Direito Internacional com suas constituições parciais, como a Carta das Nações Unidas.³

² Versão italiana em *Nomos*: Peter Häberle, “Il costituzionalismo come progetto della scienza”, <http://www.nomosleattualitaneldiritto.it/nomos/peter-haberle-il-costituzionalismo-come-progetto-della-scienza/>

Versão espanhola em *ReDCE*: Peter Häberle, “El Constitucionalismo como proyecto científico” *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 29, Enero-Junio de 2018, https://www.ugr.es/~redce/REDCE29/articulos/04_HABERLE.htm

³ Cfr. Peter Häberle, “El Constitucionalismo Universal Desde las Constituciones Parciales Nacionales e Internacionales. Siete Tesis”. *Revista Direito Público*, Nº 54 – Nov-Dez/2013, <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2363>

3.O Estado constitucional deve ser "cooperativo" não só externamente, mas também internamente. Podemos falar, nessa perspectiva, em um regionalismo cooperativo que pode ser muito útil em alguns países. É preciso caracterizar o Estado constitucional como modelo gerador de formas e processos que captam “desdobramentos no tempo”. Isso inclui a reforma constitucional como processo e estrutura. Algumas constituições ao redor do mundo já incorporam os conceitos de “diálogo e transparência”, como novos desdobramentos do constitucionalismo, que talvez sejam adequados para resolver alguns dos problemas que enfrentamos atualmente.

Envio-lhe minhas saudações desde o pequeno Bayreuth e agradeço por tantos anos de afeto. Posso ver na lista de participantes como o contrato científico entre gerações renasce em Granada entre jovens e mais velhos. Desejo-lhes muito sucesso e agradeço pela sua atenção.

3. DEMOCRACIA LIBERAL E DEMOCRACIA DIRETA NA ERA DIGITAL



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-3>

Antonio D'Atena

RESUMEN: 1. Introdução. - 2. O crescimento das democracias iliberais. - 3. A aspiração à desintermediação e sugestões de democracia direta. - 4. Os limites da democracia direta. - 5. A rede e a manipulação do consentimento. - 6. Observações finais.

1. Introdução

Se é possível, gostaria de apresentar o encerramento que me foi confiado lembrando de uma recordação pessoal. No verão passado, preparando-me para lançar a quarta edição de minhas *Lezioni di diritto costituzionale*, deparei-me com a necessidade de modificar profundamente a estrutura do capítulo dedicado à democracia liberal. A terceira edição era de 2010 e a primeira remonta a 2001. Sem embargo, nela havia meu ensaio de 1995, escrito quase no dia depois da queda do muro de Berlim.¹ E bem, então cheguei à conclusão de que, a esta altura, a alternativa representada pelo ordenamento do socialismo real já não existia, o mundo avançava para a democracia liberal.² E isto, observa-se, não porque os regimes comunistas já não existem, mas porque eles não representam mais um modelo institucional. Em outras

¹ Traduzido do italiano por Miguel José Arjona Sánchez D'Atena, *Il principio democratico nel sistema die principi costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1996, está disponível, em uma versão sem anotações, in *Boll.inf.cost.e parl.*, 1995 (depois também publicado em alemão: *Das demokratische Prinzip im System der Verfassungsprinzipien*, in *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, N.F 47 (1999)).

² Para refletir que a assimilação do constitucionalismo por esses Estados tem sido superficial, carecendo de raízes profundas em seus respectivos desenvolvimentos históricos, v. BUGARIČ, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: "Lands in-between" democracy and authoritarianism*, in I-CON 13, 2015, 233 ss. (baixado de <https://academic.oup.com/icon/article-abstract/13/1/219/689918> by guest on 22 March 2019). Com referência específica à Hungria: WILKING, *The Rise of Illiberal Democracy: The Orbánisation of Hungarian Political Culture*, in *Journal of World-Systems Research*, vol. 24.1, 2018, 6 ss., que considera a mistura de fatores históricos, políticos, econômicos e sociais que favoreceram a consolidação da posição do partido majoritário: FIDESZ. Sobre o papel essencial dos partidos não liberais nos desvios que afetam a Europa Central e Oriental: EKIERT, *The Illiberal Challenge in Post-Communist Europe. Surprises and Puzzles*, in *Taiwan Journal of Democracy*, 2012, vol. 8, n. 2, 76 ss.

palavras, não exerceram uma força atraente em países que, mais ou menos tumultuadamente, passaram pelos processos de transformação constitucional desenvolvidos na década de 1990. Essa conclusão, compartilhada por muitos (lembro-me, em particular, algumas reflexões esclarecedoras de Peter Häberle³), pareceu confirmar-se pelo fato de que os Estados que, após a dissolução do bloco soviético, enfrentaram o constitucionalismo, tenderam a adotar constituições inspiradas nos princípios da democracia liberal.

No entanto, atualmente o crescimento das democracias não liberais faz com que esta posição seja mais difícil de sustentar.

2. O crescimento das democracias iliberais

Como se sabe, o conceito de democracia iliberal não é hoje. Ele remonta à pesquisa realizada em meados da década de 1990 por Fareed Zakaria⁴.

Seu modelo correspondente, no entanto, foi criticado e condenado por aqueles que cuidaram dele cientificamente⁵. Hoje, porém, é abertamente reivindicado por aqueles que trabalham para implementá-lo. O que, como você pode adicionar, provoca o espanto do autor que cunhou a categoria, que considera surpreendente que os *leaders* políticos nacionais possam considerar a democracia iliberal honorária⁶.

Nesse sentido, um ponto de referência obrigatório seria um discurso proferido por Viktor Orbán, em 25 de julho de 2014, na Universidade Romena de Băile Tușnad, na qual, em certo sentido, o manifesto político da democracia iliberal pode ser reconhecido⁷.

³ HÄBERLE, *Verfassungsentwicklungen in Osteuropa – aus der Sicht der Rechtsphilosophie und der Verfassungslehre*, in *Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schriften*, Baden-Baden 1994, 101 ss.

⁴ ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, in *Foreign Affairs*, vol. 76, 1997, 22 ss.; ID., *The Future of Freedom. Illiberal Democracy at Home and Abroad*, New York-London 2007.

⁵ ZAKARIA, *The Rise of Illiberal Democracy*, cit., 35, 42, por exemplo, apontou que, sem constitucionalismo liberal, a democracia não seria simplesmente inadequada, mas perigosa, pois implica, além da erosão da liberdade, abuso de poder, divisões étnicas, nacionalismo e até guerra.

⁶ ZAKARIA, *The Rise of Putinism*, en el *Washington Post*, 1.8.2014.

⁷ *Prime Minister Viktor Orbán's Speech at the 25th Bálványos Summer Free University and Student Camp*, 26.10.2014, publicado no site oficial do Primeiro-ministro húngaro. Pelo exame crítico da concepção orbaniana e pela ênfase nos paradoxos a que ela dá origem, v. ANTAL, *The Political Theories, Preconditions and Dangers of the Governing Populism in Hungary*, en. *Czech Journal of Political Science*, 1/2017. Sobre as causas endógenas da deriva institucional no país: BUZOGÁNY, *Illiberal democracy in Hungary: authoritarian diffusion or domestic causation?*, in *Democratization*, 2017.

Nele, entre outras coisas, lê-se: “O novo Estado que estamos construindo na Hungria é um Estado não liberal, um Estado não liberal, que não rejeita os princípios fundamentais do liberalismo, como a liberdade e os poucos que ele poderia enumerar, mas não faz dessa ideologia o elemento central da organização estatal”.

A superação da democracia liberal não é, contudo, a única questão contida nos documentos do programa.

Considere-se o caso da Polônia. Quando entrou na União Europeia, era um estado com uma democracia liberal. Agora, a estratégia redireciona o ordenamento para submeter o judiciário ao poder político. Isso também acontece por meio de instrumentos que, à primeira vista, podem parecer inofensivos. Considere-se, por exemplo, reduzir a idade de aposentadoria dos magistrados, o que permite que você se livre de muitos juízes que se consideram “incômodos”. Por outro lado, essa é a intenção confirmada de forma transparente pelo fato de que, uma vez excedidos os limites de idade, os juízes, mediante solicitação, podem continuar em serviço, se o Presidente o autorizar. E é claro que a autorização presidencial muda radicalmente a condição do magistrado, afetando decisivamente sua independência⁸.

Como se sabe, a União Europeia está realizando um processo que visa conhecer esta situação e tirar as conseqüências que o sistema jurídico europeu prevê⁹.

O outro Estado da União para o qual a atenção da União Europeia foi direcionada é precisamente a Hungria, para a qual um tipo de *leadership* deve ser reconhecido nos processos de transição para a democracia iliberal¹⁰. Entre outras

⁸ A submissão do Poder Judiciário ao Poder Executivo também aponta para um aumento no número de juízes do Supremo Tribunal e a disposição de que uma alta porcentagem deles seja nomeada pelo Presidente da República (eleito diretamente pelo povo de acordo com o modelo da República semi-presidencial). Sobre todo o assunto, v. SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, Milano 2018, espec. par. 6.2.

⁹ Em particular, o decreto do vice-presidente do Tribunal de Justiça da União Europeia de 19 de outubro de 2018 (C-619/18 R), com o qual a República da Polônia foi condenada a suspender até a conclusão do procedimento, a aplicação das regras incriminadas, relacionadas à organização da jurisdição e ao Supremo Tribunal. No momento da redação deste relatório, a Polônia havia aceitado o convite (GAIARDONI, *La UE alza la voce: sanzioni contro i paesi che violano i valori fondanti dell'Europa*, in *Il Bo live dell'università di Padova*, 25 gennaio 2019 [<https://ilbolive.unipd.it/it/news/ue-alza-voce-sanzioni-contro-paesi-che-violano>]). No entanto, deve-se notar que, como parece que os juízes poloneses estão sujeitos a medidas disciplinares se forem ao TJUE, a Comissão não exclui a ativação do procedimento, de acordo com o art. 7 TEU, já que “todo juiz polonês também é juiz europeu”, para se expressar tal como o fez o primeiro Vice-presidente da Comissão, Frans Timmerman. Sobre esta notícia: STRUPCEWSKI, *EU to take action against Poland if judges harassed for consulting ECJ*, in *World News*, 10.2.2019 (<https://www.reuters.com/article/us-eu-poland-judges/eu-to-take-action-against-poland-if-judges-harassed-for-consulting-ecj-idUSKCN1Q81W3>).

¹⁰ Spec.: UITZ, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making? An appeal to comparative constitutional scholarship from Hungary*, in *I-CON* (2015), vol 13, n. 1, 284 ss. Sobre el personaje, en

coisas, a situação húngara é agravada pelo fato de que, em 2010, os resultados das eleições deram à maioria política os números necessários para a revisão da rígida Constituição¹¹. Portanto, uma série de mudanças constitucionais, que distorceram profundamente a estrutura preexistente, criaram uma estrutura reguladora tão distante dos modelos e tradições do constitucionalismo que merecem a expressão “Constituição inconstitucional”, cunhada para qualificá-la¹².

As acusações endereçadas à Hungria pelo Parlamento Europeu, mediante a ativação do procedimento referido no art. 7 TUE, são impressionantes. Além de submeter o poder judiciário ao poder político, incluem, entre outras coisas, ataques à liberdade de expressão, à liberdade acadêmica, à liberdade de associação, ao princípio da igualdade, aos direitos das pessoas pertencentes a minorias, como ciganos e judeus, aos direitos fundamentais dos migrantes¹³.

No entanto, não podemos parar somente neste ponto. De fato, mesmo que nenhum outro procedimento tenha sido registrado na União Européia até agora, o

cierto sentido, paradigmático del caso húngaro: VECCHIO, F., *Teorie costituzionali alla prova. La nuova costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, Padova 2013, que contiene, además del análisis de la génesis del proceso, un examen analítico de los contenidos de la nueva disciplina y la evaluación de las dificultades de la intervención de la UE.

¹¹ Los cambios constitucionales de los que estamos hablando se vieron favorecidos por la reducción de 4/5 a 2/3 de la mayoría requerida para la revisión constitucional. Sobre este punto, véase, con un examen de las enmiendas constitucionales que determinaron el escenario en el que la UE ha decidido intervenir: BUGARIČ, *Protecting Democracy and the Rule of Law in the European Union: The Hungarian Challenge*, LEQS Paper n. 79/2014. Sobre el clima convulsivo en el que se adoptaron muchas de estas enmiendas, con sesiones muy largas, durante el día y la noche, que hicieron que el control de los parlamentarios sobre lo que estaban votando fuera simbólico: SCHEPPELE, *The Unconstitutional Constitution*, en *Krugman blogs del The New York Times*, 2.1.2012. Sobre el orden constitucional que resultó: FERRARI, G.F. (ed.), *La nuova legge fondamentale ungherese*, Torino 2012; VECCHIO, F., *Teorie costituzionali alla prova. La nuova costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, cit.; SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, cit., spec. par. 6.1.

¹² SCHEPPELE, *The Unconstitutional Constitution*, cit.

¹³ Para um elenco completo, consulte-se a resolução do Parlamento Europeu, de 12 de setembro de 2018, sobre uma proposta que contém um convite ao Conselho para verificar, em conformidade com o artigo 7, parágrafo 1, do Tratado da União Europeia, a existência de um risco claro de violação grave por parte da Hungria dos valores mobiliários em que a União assenta (2017/2131 (INL)), assim como, acima de tudo, a proposta de decisão do Conselho em anexo, que contém queixas justificadas sobre os seguintes pontos: funcionamento do sistema constitucional e eleitoral; independência do Poder Judiciário e de outras instituições e direitos judiciais; corrupção e conflitos de interesse; privacidade e proteção de dados; liberdade de expressão; liberdade acadêmica; liberdade de religião; liberdade de associação; direito à igualdade de tratamento; os direitos das pessoas pertencentes a minorias, incluindo ciganos e judeus, e proteção contra o discurso de ódio contra minorias; direitos fundamentais dos migrantes, requerentes de asilo e refugiados; direitos econômicos e sociais. Para completar a imagem, pode-se ver que, de acordo com WILKING, *The Rise of Illiberal Democracy: The Orbánisation of Hungarian Political Culture*, cit., 27 ss. – os mecanismos de garantia mantidos pelo sistema húngaro são, na prática, distorcidos devido à ocupação das estruturas de garantia pelos administradores do partido majoritário (Fidesz), cujos mandatos, que excedem em muito a duração da legislatura, permitiriam influenciar a dinâmica política futura, mesmo que esse partido fosse derrotado nas eleições.

vírus da democracia iliberal parece infectar outros Estados-Membros, nos quais existem desvios que compartilham o colapso das garantias específicas das democracias liberais¹⁴. Considere-se, por exemplo, os casos da Eslovênia e da Romênia¹⁵.

Além disso, o quadro se torna ainda mais impressionante se desviarmos nossa atenção para além dos limites da União Europeia.

3. A aspiração à desintermediação e sugestões de democracia direta

As razões que levariam à transição da democracia liberal para a democracia ilegal são identificadas, com base no discurso de Viktor Orbán mencionado acima, na crise financeira “ocidental” de 2008, nas crescentes taxas de desemprego juvenil, na competição econômica entre estados (que favorece estados iliberais como China, Índia, Rússia e Turquia), na evaporação progressiva da classe média¹⁶.

Os fatos brevemente lembrados são, até certo ponto, indiscutíveis. Eles compõem o enredo da complexa crise que estamos enfrentando. O que não é transparente, no entanto, é por que abandonar as garantias da democracia liberal seria o caminho para resolver os problemas que produziram.

A menos que a receita da democracia iliberal seja resolvida na idéia, apreciada pelos autocratas de todos os tempos, de que o sistema de *checks and balances* que caracteriza os estados liberal-democráticos constitui um lastro incompatível com as necessidades de um governo eficiente.

No entanto, se esse fosse o caso, não se deveria pregar a superioridade da democracia iliberal sobre a democracia liberal, mas simplesmente advogar o advento de sistemas não democráticos (ou seja, autocracias autênticas).

Atualmente, não estamos em posição de prever se os sistemas de democracia iliberal estão destinados a se tornar sistemas autocráticos *tout court*¹⁷.

¹⁴ Sobre o fenômeno, v. o tratamento sistemático de SAWICKI, *Democrazie illiberali? L'Europa centro-orientale tra continuità apparente della forma di governo e mutazione possibile della forma di Stato*, cit.

¹⁵ VECCHIO, F., *Teorie costituzionali alla prova. La nuova costituzione ungherese come metafora della crisi del costituzionalismo europeo*, cit., 195 ss.; TANASOIU, *Romania in the European Union. Political Developments and the rule of Law after Accession*, in VON BOGDANDI, SONNEVEND (ed.), *Constitutional Crisis in the European Constitutional Area. Theory, Law and Politics in Hungary and Romania*, Baden-Baden 2015.

¹⁶ *Discurso del Primer Ministro Viktor Orbán*, cit.

¹⁷ Interessante a propósito das reflexões sobre o caso húngaro: ANTAL, *The Political Theories, Preconditions and Dangers of the Governing Populism in Hungary*, cit.

No entanto, há uma razão que explica a preferência dada a um modelo em que a seleção dos chefes de órgãos governamentais é confiada (direta ou indiretamente) ao sufrágio universal¹⁸. As eleições, de fato, representam um formidável fator de legitimidade, que também pode funcionar como um anestésico social efetivo, tornando indolor (ou, pelo menos, despercebido) o esvaziamento dos princípios que presidem às garantias liberais.¹⁹

Além disso, não se pode esquecer que uma das razões para o sucesso dos movimentos populistas registrados nos estados da União Europeia (e não apenas) reside na aspiração, compartilhada por grandes seções do eleitorado, de fazer sua voz ser ouvida pulando a intermediação de elites que se sentem longe das necessidades populares²⁰.

Essa aspiração hoje recebe o novo impulso de um contexto tecnológico que confere realidade a uma profecia formulada, em 1928, por Carl Schmitt, quando, na *Dottrina della Costituzione*, imaginou: “que um dia, por invenções engenhosas, todo homem, sem sair de casa, com um dispositivo [poderia] expressar continuamente suas opiniões sobre questões políticas e que todas essas opiniões [seriam] automaticamente registradas por uma central, onde [seria necessário] apenas as ler”²¹.

Hoje, o progresso tecnológico fornece aos indivíduos tais “invenções engenhosas” disponíveis para todos. Não é, portanto, coincidência que retornem ao primeiro plano um dilema historicamente considerado arquivado: o dilema entre democracia direta e democracia representativa²².

Na Itália, essa aspiração por desintermediação encontra uma expressão particularmente radical na ideia de que, em um futuro não muito distante, ela poderá ser tomada mesmo sem o Parlamento, já que as decisões podem ser tomadas, em tempo real, diretamente pelos cidadãos em rede²³.

¹⁸ O fenômeno é o do desenvolvimento da “democracia eleitoral” em contextos que vêem o declínio da democracia liberal também indicado pelas eleições livres, pelo *rule of law*, pela separação de deveres e garantia de direitos fundamentais. Sobre este ponto: BUGARIČ, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: “Lands in-between” democracy and authoritarianism*, cit., 221, 244 s.

¹⁹ Sobre o tema: UITZ, *Can you tell when an illiberal democracy is in the making?*, cit.

²⁰ Sobre este assunto, amplamente desenvolvido, também com base em pesquisas quantitativas: EATWELL, GOODWIN, *National Populism. The Revolt Against Liberal Democracy*, London 2018, 117 ss., 123 s.

²¹ SCHMITT, *Dottrina della Costituzione*, (1928), trad. de A. Caracciolo, Milano 1984, 322.

²² Ressalta o risco de que as tecnologias digitais possam levar à degeneração da democracia na oclocracia: RUGGERI, “*Forma di governo*” e “*sistema dei partiti*”: *due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?*, en *Consulta online*, 3/2018, 606 s.

²³ Essa perspectiva foi ofuscada por um dos líderes do movimento Cinque Stelle, também presidente da plataforma informática financiada pelos parlamentares do movimento acima mencionado: Davide

Por outro lado, os exemplos dessa perspectiva são constituídos pela ideia, repetidamente apoiada pelo debate político italiano, de que, com relação às posições expressas pelos afiliados do partido a que pertencem, os parlamentares deveriam limitar-se a desempenhar um papel auxiliar, exercido de forma subserviente em conformidade ao que os cidadãos consultados na Internet decidirem, sobre as funções de sua própria competência específica (considere-se a iniciativa legislativa ou a votação da autorização para proceder contra membros do Governo)²⁴.

Na mesma linha, finalmente, há uma recente proposta de lei constitucional, pendente no Parlamento italiano, que prevê um novo tipo de *referendum*, que deve ser colocado junto aos dois já previstos na Constituição Italiana. Este é o *referendum* chamado *propositivo* (que deve ser chamado de *deliberativo*), que exige a aprovação definitiva de propostas legislativas de iniciativa popular, se, dentro de um certo período, elas não tiverem sido aprovadas pelas assembleias parlamentares²⁵.

4. Os limites da democracia direta

Pessoalmente, estou convencido de que a superação das distâncias físicas que decretaram o desaparecimento quase total das formas (limitadíssimas) de democracia direta realizadas na história²⁶ não pode, de forma alguma, justificar a superação progressiva das instituições de representação.

Todas as razões que argumentam a favor da prioridade axiológica da democracia representativa sobre a democracia direta dificultam essa perspectiva²⁷.

Casaleggio, que, em entrevista ao jornal *La Verità*, publicado em 23 de julho de 2018 no *Blog delle Stelle*, à pergunta: “Se tivesses que imaginar uma reforma do Estado, como no Parlamento a) ela existiria b) existiria com menos poderes c) não existiria?”, Ele respondeu: “O Parlamento existiria e existiria com sua tarefa mais alta e mais primitiva: garantir que a vontade dos cidadãos se traduza em atos concretos e coerentes. *Dentro de alguns anos, pode não ser necessário, mesmo assim*” (texto extra em itálico).

²⁴ Num sentido profundamente crítico em relação a essas reivindicações: RUGGERI, “*Forma di governo e “sistema dei partiti”*: due categorie ormai inservibili per la teoria costituzionale?”, cit., 607.

²⁵ A referência é ao projeto de lei constitucional n. 1089 (Disposições sobre iniciativa popular e *referendum*) que prevê iniciativas legislativas reforçadas, apresentadas por pelo menos 500.000 eleitores, que serão submetidos à aprovação por referendo (com o quorum funcional de um quarto dos eleitores) se as Câmaras, no prazo de 18 meses após a sua apresentação, não as aprovarem ou, em qualquer caso, se as aprovarem “com modificações que não são meramente formais”.

²⁶ Mencione a experiência das cidades-estados sumérias, estabelecidas pouco antes de 3000 a.C., em que vemos o primeiro exemplo de democracia direta que conhecemos, v. ACCAME, S., *La boulé dei Cinquecento*, in D'ATENA, LANZILLOTTA (ed.), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, Roma 1998, 11.

²⁷ Cfr. LUCIANI, *Il referendum impossibile*, in *Quad. cost.*, 1991, 513 s., para o qual é encaminhado para outras referências. Para uma declaração clara da primazia da democracia representativa: BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, in *Quad. cost.*, 1985, 234 ss. Para uma revisão recente e extensa do

Consideremos, por exemplo (e em primeiro lugar) o fator de responsabilidade. De fato, é incontestável que a responsabilidade política postula a distinção entre quem “responde” e quem reivindica uma responsabilidade, que, portanto, não existe sem instâncias representativas; uma vez que apenas essas insanidades permitem ao eleitor sancionar, com o deslocamento do consenso, as maiorias políticas que não atendem às suas expectativas²⁸.

Depois, há uma segunda razão fundamental, enfatizada por Max Weber, no início do século passado, quando ele destacou a natureza expressiva elementar da democracia direta, que, baseada apenas em duas palavras – *Ja oder Nein* – não está em posição de contribuir para decisões complexas²⁹.

Isso pode ser usado com referência a opções de tipo binário, com relação às quais, isso é, *tertium non datur* (considere-se, por exemplo, no *referendum* institucional italiano de 1946, que apresentou ao eleitorado a alternativa absolutamente transparente entre Monarquia e República.). Por outro lado, é absolutamente inadequado quando a decisão política postula operações de equilíbrio entre interesses diferentes, que abrem caminho para uma pluralidade de soluções intermediárias. Max Weber, por exemplo, destacou a impossibilidade técnica de confiar os recursos do *referendum* para aprovar uma lei orçamentária³⁰.

Tampouco não deve ser declarado que limitações expressivas semelhantes são conhecidas pelos parlamentares que também, no momento da votação, precisam escolher entre o sim e o não³¹. De fato, diferentemente dos eleitores chamados a consultas por referendo, eles participam da discussão e estão em posição de propor emendas, contribuindo assim para a redação do texto legislativo³².

tópico: URBINATI, *Representative Democracy. Principles and Genealogy*, Chicago 2006, que adde DE MARCO, *Democrazia in trasformazione: i nuovi orizzonti della democrazia diretta*, in BILANCIA, P. (editor), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, in *Federalismi.it*, número especial 1/2017; CASTORINA, *Democrazia diretta e democrazia rappresentativa in Italia: crisi dei tradizionali istituti di partecipazione politica e riforme mancate*, *ibidem*. Sobre o assunto, v. também, em referência a perfis metodológicos: TORRE, *Chi dirige la democrazia diretta? Leviathan e Behemot, il monstrum bifronte della sovranità*, *ibidem*.

²⁸ Sobre os termos do problema na Hungria: ANTAL, *The Political Theories, Preconditions and Dangers of the Governing Populism in Hungary*, cit., que afirma que a democracia do *leader* esvazia os órgãos representativos, frustrando sua responsabilidade política.

²⁹ WEBER, *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (1918), in ID., *Gesammelte Schriften*, II ed., Tübingen 1958, 370 ss.; ID., *Parlamentarisierung und Demokratisierung*, in ID., *Wirtschaft und Gesellschaft* (1921-22), V ed., Heidelberg 2002.

³⁰ WEBER, *Parlament und Regierung*, cit.

³¹ ... uh, é claro, a abstenção (opção disponível também para o período eleitoral).

³² Então, por exemplo, PALADIN, *La sovranità popolare nella democrazia degli antichi ed in quella dei moderni*, in D'ATENA, LANZILLOTTA (editor), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito*

Com uma referência específica aos limites técnicos dessas consultas, a elaboração do Tribunal Constitucional Italiano é esclarecedora, com base em uma decisão fundamental sobre o *referendum* revogado, devido à caneta de Livio Paladín: n. 16 de 1978. De acordo com essa jurisprudência, as questões do referendo devem ser formuladas de forma a não limitar a vontade do eleitor. Ou seja, devem ser claras e simples e, se envolverem uma pluralidade de perguntas, devem ser dotados de uma “matriz racionalmente unitária”.

A partir desta elaboração, argumentou-se doutrinariamente (penso, em particular, em algumas importantes contribuições de Alessandro Pace) que uma lógica semelhante também deveria se aplicar ao *referendum* de “aprovação” previsto no artigo 138 da Constituição, no procedimento de revisão constitucional: referendos, especificamente destinados a aprovar leis constitucionais que, em uma segunda resolução, não obtiveram maioria de dois terços daqueles que têm direito a voto³³. De fato, observa-se que, se a lei constitucional apresenta conteúdos heterogêneos, o cidadão, se avalia positivamente certos conteúdos e negativamente outros, é forçado a uma eleição que força sua vontade de maneira antinatural.³⁴

Reservas semelhantes podem ser aplicadas ao projeto constitucional acima mencionado, destinado a confiar à aprovação por referendo das propostas legislativa de iniciativa popular que, dentro de 18 meses após sua apresentação, não tenham sido aprovadas pelas assembleias parlamentares. De fato, é evidente que, nesses casos, o corpo eleitoral está sujeito a um texto legislativo preparado por outros, com conteúdos não necessariamente atribuíveis a uma matriz racionalmente unitária, de acordo com

costituzionale contemporaneo, cit., 151; LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, in *Commentario della Costituzione Bianca*, Pizzorusso, Bologna-Roma 2005, 116 ss.

³³ PACE, *Problemi della revisione costituzionale in Italia: verso il federalismo e il presidenzialismo?*, in *Studi parl.*, 1/1995, 14 ss.; ID., *L'instaurazione di una nuova Costituzione. Profili di teoria costituzionale*, in ID., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, Padova 1997, 140 s. (também disponível na segunda edição revisada e ampliada, publicada em Pádua em 2002) para a qual o limite de homogeneidade do projeto deve ser válido em qualquer caso, também, portanto, no pressuposto de que a maioria de dois terços será alcançada na segunda deliberação (*contra* DOGLIANI, *La lotta per la Costituzione*, in *Dir. pubbl.*, 1996) uma vez que no momento do exercício da iniciativa legislativa (quando, portanto, o projeto de lei constitucional está redigido), não se sabe se a lei constitucional será aprovada em segunda leitura, com a maioria de dois terços dos membros da câmeras (que, de acordo com o artigo 138 da Constituição, exclui a realização do referendo de aprovação).

³⁴ Para observar como desta maneira se neutraliza o valor agregado do referendo, mediante a coerção da vontade do organismo eleitoral, v. D'ATENA, *Sette tesi per il riavvio delle riforme costituzionali* (2006), agora em ID., *Tra autonomia e neocentralismo. Verso una nuova stagione del regionalismo italiano?*, Torino 2016, 294, onde é enfatizado que, ante decisões heterogêneas, quando não está em tensão mútua, o eleitor não está em posição de “distinguir” o conteúdo que pode ser a seu favor daqueles que ele desaprova. E, portanto, é fatalmente levado a decidir, não com base no mérito das perguntas, mas seguindo a lógica do alinhamento partidário.

o que o Tribunal Constitucional exige para o *referendum* revogador. Isso reduz a decisão popular à aprovação de um artigo no qual o eleitorado não teve a oportunidade de influenciar.

É precisamente esse elemento que nos permite medir o escopo ambíguo da suposição de que, promovendo instrumentos populares de consulta, o índice de democracia do sistema será aumentado.

Nesse sentido, ainda são relevantes alguns comentários de Ernst-Wolfgang Böckenförde, que destacam que, por trás de cada consulta de endosso, há grupos que promovem, mobilizam e direcionam a participação popular, orientando-a na formulação das perguntas³⁵.

A precisão da observação foi confirmada em um recente caso político italiano: o caso *Diciotti*, o qual leva o nome de um navio da guarda costeira italiana que, após resgatar 190 emigrantes (dos quais 13 chegaram a Lampedusa em condições precárias de saúde), tinha, a princípio e quando não tinha autorização para desembarcar, que permanecer dois dias nas águas em frente à ilha, para posteriormente, ao receber a ordem de ir para o porto de Catania, não podendo desembarcar os naufragos, tendo recebido ordem de “não descer a passarela e as escadas”. Depois de dois dias, o Ministro do Interior ordenou o desembarque imediato de menores desacompanhados e, depois de mais dois dias, o de seis migrantes que precisavam de um exame clínico urgente, para finalmente, quando Irlanda, Albânia e Igreja Católica concordaram em aceitar ao naufrágio, o dos sujeitos ainda a bordo.

À luz desses fatos, o Tribunal de Ministros de Catania solicitou ao Senado, de acordo com o artigo 96 da Const., autorização para agir contra o Ministro do Interior por sequestro, com o agravante de abuso de poder³⁶.

³⁵ BÖCKENFÖRDE, *Democrazia e rappresentanza*, cit., 239, também, com referência à Constituição de Weimar, KIRCHHEIMER, *Weimar – e cosa dopo? Analisi di una Costituzione*, in ID., *Potere e conflitto. Saggi sulla Costituzione di Weimar*, por A Scalone, Modena 2017, 65. Na literatura italiana, espec.: LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, cit., 117 ss., y además GEMMA, *Ordinamenti liberaldemocratici: più liberali che democratici*, en *Scritti in onore di Antonio D’Atena*, II, Milano 2015, 1287 s. Em geral, sobre a questão da relação entre referendo e democracia direta: LUCIANI, *Il referendum abrogativo*, cit., 1 ss.; PIZZETTI, F. G., *L’Istituto referendario tra democrazia diretta e democrazia rappresentativa. Brevi considerazioni e spunti di riflessione alla luce di recenti vicende italiane e britanniche*, in BILANCIA, P. (ed.), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

³⁶ Este é um caso penal, como evidenciado pela disposição da medida adotada pelo Tribunal de Catania, Seção de Crimes Ministeriais, de 7.12.2018: “O senador Salvini, na qualidade de ministro, viola as convenções internacionais de resgate no mar e os correspondentes padrões nacionais de implementação, [...] não permitindo que o Departamento de Liberdades Cívicas e Imigração seja competente sem motivo justificado [...] hesite em solicitar o POS (local seguro) apresentado oficialmente pelo IMRCC (Centro de Coordenação de Resgate Marítimo da Itália) às 23h30 do dia 17 de agosto de 2018, bloqueou o processo de desembarque de migrantes, determinando conscientemente a privação

Os senadores do Movimento Cinco Estrelas, aliado do governo do partido ao qual o Ministro do Interior pertence, decidiram adiar a decisão de conceder ou não a autorização para prosseguir, formulando uma consulta com a qual é difícil negar o cargo pitoresca³⁷.

Dado que quase 60% dos eleitores consultados na rede optaram pela negação da autorização para prosseguir, os senadores do Movimento Cinco Estrelas expressaram, com muito poucas exceções, no mesmo sentido. Dessa forma, entre outras coisas, puderam apoiar a responsabilidade de uma eleição, que contrastava com a aversão tradicional do movimento de sequestro de justiça por parte dos políticos, sobre os registrados, gerando pouco embaraço.

Finalmente, antes de encerrar o assunto, é hora de lembrar que, quando as consultas são realizadas com recursos de rede, há um último aspecto particularmente delicado. De fato, não se pode excluir, com absoluta certeza, que aqueles que administram e controlam a rede possam manipular os resultados das consultas feitas por meio dela³⁸.

A isto deve-se acrescentar, para evitar qualquer mal-entendido, que não se exclui que os instrumentos de participação popular por meio dos recursos da rede possam contribuir para a dinâmica democrática³⁹. Considere-se, por exemplo, que o

ilegítima da liberdade pessoal deste último, forçada a permanecer em condições psicofísicas críticas a bordo do navio, U. Diciotti, atracado no porto de Catania, das 23h49 de 20 de agosto até a tarde de 25 de agosto, quando foi autorizado o desembarque. Este fato foi agravado por ter sido cometido por um funcionário público e por abuso dos poderes inerentes às funções exercidas, e por ter sido cometido mesmo em detrimento de menores”.

³⁷ Este é o texto enviado aos assinantes: “O atraso do desembarque do navio Diciotti, para redistribuir os migrantes nos vários países europeus, ocorreu para a proteção de um interesse do Estado? – Sim, era para a proteção do interesse de um Estado; portanto, a autorização para prosseguir deve ser negada; – Não, não era para a proteção dos interesses do Estado, portanto a autorização para prosseguir deve ser aprovada”.

³⁸ Nesse sentido, veja-se o *Provvedimento* sua violação dos dados n.º. 83, de 4 de abril de 2019, com o qual o Garantidor pela proteção de dados pessoais sancionou a associação responsável pelo processamento dos dados relacionados à plataforma à qual o Movimento Cinco Estrelas confia a votação on-line, observando, entre outras coisas, que a mesma plataforma “Não permite garantir a integridade, autenticidade e sigilo das expressões de voto “, uma vez que” parece não ser capaz, entre outras coisas, de evitar abusos cometidos por funcionários internos, nem permitir a verificação posterior dos comportamentos que eles têm, dada a limitada eficácia das ferramentas de monitoramento de atividades”.

³⁹ V., de fato, COLEMAN, *Can The Internet Strengthen Democracy?*, Cambridge-Malden 2017, que também destaca o potencial de transparência da rede nos processos de tomada de decisão. Neste último perfil, espec. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell'era della sfiducia*, trad. de Bresolin, Roma 2017; adde RIVERA, *Il ruolo di Internet nell'ordinamento democratico contemporaneo. Prospettive evolutive e direttrici di sviluppo*, in BILANCIA, P. (ed.), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit. Sobre a questão relacionada ao c.d. democracia participativa, para uma abordagem ampla das questões: ALLEGRETTI (ed.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, Firenze

processo de elaboração do Tratado de Roma de 2004 – o Tratado que contém uma Constituição para a Europa – também incluiu a participação dos cidadãos por meio de um *forum online*.⁴⁰

Devem, no entanto, ser instrumentos complementares, não destinados a substituir os locais de representação⁴¹.

5. A rede e a manipulação do consentimento

Nesse ponto, deve-se dizer que o surgimento da *Internet* na vida política tem outro aspecto extremamente delicado. Como aponta o historiador israelense Yuval Noah Harari, de fato, “A crise da democracia liberal não ocorre apenas nos parlamentos e nas cabines de votação, mas também nos neurônios e sinapses do nosso cérebro.”⁴².

Este passo alude de maneira transparente a las técnicas de manipulación del consentimiento.

No se trata de un tema nuevo. Cuando existe democracia, en efecto, siempre existe el peligro de que, con diferentes métodos y efectos, las directrices del cuerpo electoral sean “manipuladas”⁴³.

Voltando a um período relativamente recente, podemos lembrar o que um dos autores escreveu que, em 1968, inspirou o movimento de protesto que se desenvolveu impetuosamente nas universidades do mundo ocidental: Herbert Marcuse. Quem, na obra que se tornou o breviário de uma geração, viu uma conexão entre a existência de armas capazes de comprometer irremediavelmente a sobrevivência da raça humana e a criação de ferramentas efetivas de controle social, projetadas para conter, limitar ao

2010. Sobre o assunto, à luz da experiência alemã: LUTHER, *Dove è diretta la democrazia? Risposte tedesche*, in BILANCIA, P. (ed.), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

⁴⁰ Sobre o significado desse processo de abertura: CERULLI IRELLI, *The Issue of the Legal Nature of the Constitutional Treaty and the System of Sources*, in BLANKE, MANGIAMELI (ed.), *Governing Europe under a Constitution*, Berlin-Heidelberg 2006, 60 ss.

⁴¹ Sobre o assunto, espec. BIFULCO, *Democrazia deliberativa, partecipativa e rappresentativa: tre diverse forme di democrazia?*, in ALLEGRETTI (ed.), *Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*, cit., que ele considera “profundamente errado” acreditar que a democracia participativa e a democracia deliberativa podem substituir a democracia representativa. Com referência específica à democracia deliberativa: BIFULCO, *Democrazia deliberativa e principio di realtà*, in BILANCIA, P. (ed.), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit.

⁴² HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo*, trad. de M. Piani, Firenze 2018.

⁴³ Com referências à história da antiguidade, veja-se com uma rica exemplificação: SORDI, *Propaganda e confronto politico*, in D’ATENA, LANZILLOTTA (ed.), *Alle radici della democrazia. Dalla polis al dibattito costituzionale contemporaneo*, cit., 57 ss.

máximo a crítica radical aos poderes estabelecidos⁴⁴. Essas ferramentas eram as de publicidade comercial que, na “sociedade de consumo”, teriam influenciado profundamente o modo como as pessoas se sentem, o que, como Marcuse escreveu, mudaria sua alma por mercadorias e pelas falsas necessidades criadas pelo sistema⁴⁵.

Hoje, no entanto, o fenômeno passou por uma mudança qualitativa radical, pois, para citar Harari novamente, vivemos “em uma época em que cientistas, multinacionais e governos estão aprendendo a violar nossos cérebros”⁴⁶.

Independentemente das técnicas mais perturbadoras – de natureza biológica – que evocam cenários dignos de *Brave New World* de Aldous Huxley, podemos, aqui, limitar nossa atenção às técnicas digitais, que, inicialmente desenvolvidas para fins de marketing, também são aplicáveis no mercado político.

E, em particular, sabe-se que, em virtude dos rastreamentos que deixamos na rede, o “perfil” de cada um de nós é redutível a um algoritmo, que pode circular sem controle, e que nos permite receber mensagens personalizadas, relacionadas ao que somos mais sensíveis⁴⁷. Sem mencionar que os algoritmos obtidos nas buscas realizadas por cada um na rede também permitem isolar o cidadão eleito em uma espécie de bolha de informação da qual são excluídos todos os conteúdos que possam comprometer os preconceitos⁴⁸.

Os dados emergentes do *Russia Gate* são impressionantes nesse sentido⁴⁹.

⁴⁴ Sobre esse aspecto da elaboração de Marcuse, v. atualmente PEOPLE, *Life in the nuclear age: Classical realism, critical theory and the technopolitics of the nuclear condition*, em *Journal of International Political Theory*, 2018.

⁴⁵ MARCUSE, *L'uomo a una dimensione*, cit., 29.

⁴⁶ HARARI, *loc.ult.cit.*

⁴⁷ Uma visão geral das estratégias e técnicas de desinformação *online* de natureza política, o relatório técnico intitulado *Le strategie di disinformazione online e la filiera dei contenuti fake*, preparado pelo Serviço Estatístico Econômico da Autoridade de Garantias de Comunicações (AGCOM), 45 ss. As implicações jurídico-constitucionais do uso dessas técnicas e, de maneira mais geral, do impacto, na formação de opiniões, notícias falsas e discursos de ódio, especialmente para o papel dos mecanismos de busca e a penetração nas redes social, são enormes. Um quadro geral completo é oferecido no recente volume de PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, Milano 2017; BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, in *Nomos*, 2018, 11 ss. Com referências específicas às *fake news*, v. também: FROSINI, T.E., *Costituzionalismo 2.0*, em *Rass. parl.*, 4/2016, 691 s., enquanto que na questão central evocada por eles: o valor da verdade no Estado constitucional é uma referência obrigatória HÄBERLE, *Wahrheitsprobleme im Verfassungsstaat*, Baden-Baden 1995, que também pode ser lido na tradução italiana de F. Fiore: HÄBERLE, *Diritto e verità*, Torino 2000.

⁴⁸ Sobre este perfil: PITRUZZELLA, *La libertà di informazione nell'era di Internet*, in PITRUZZELLA, POLLICINO, QUINTARELLI, *Parole e potere. Libertà d'espressione, hate speech e fake news*, cit. (para o qual se remete para outras referências), que tratam amplamente do *filter bubble* e seus efeitos, enfatizando o papel que, a esse respeito, o *Facebook* pode assumir e descrever os caracteres de c.d. *bubble democracy*, que ameaça decretar a atrofia de um elemento essencial para a vitalidade da democracia: o debate público.

⁴⁹ Para um marco sintético, v.: AGCOM, *Le strategie di disinformazione online e la filiera*, cit., 47 ss.

Mas o fenômeno não é confirmado apenas nos Estados Unidos. Por exemplo, podemos lembrar que a imprensa também relatou um caso italiano que não é menos perturbador⁵⁰. No domingo, 27 de maio de 2018, durante uma crise governamental extremamente difícil, o Presidente da República, Sergio Mattarella, recusou-se a nomear o Professor Paolo Savona como Ministro da Economia. Imediatamente, uma força política que se preparava para formar um governo lançou, com alguma precipitação, a mensagem que o Presidente da República teria que se submeter a um *impeachment*: à acusação da comissão estadual mencionada no art. 90 da Constituição⁵¹. Ao mesmo tempo, uma conhecida *social network* – *twitter* – foi invadida por milhares de mensagens, de milhares de perfis, cuja senha era: “Mattarella resign”. Por trás desses perfis, que eram perfis falsos (ou, de qualquer forma, perfis referentes a assuntos que não conheciam a operação), parece que uma agência estava oculta: A *Internet Research Agency* (IRA), com sede em São Petersburgo; uma organização que não é nova neste tipo de operações, como confirmado pela atividade maciça de desinformação que realizou, por ocasião das eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos⁵².

Não é certo que tais operações causem o efeito esperado de seus arquitetos. No caso italiano, isso não aconteceu. No entanto, seu perigo não pode ser ocultado. De fato, eles e as ferramentas que os tornam possíveis são uma clara ameaça à estabilidade de nossos sistemas. “Nos últimos anos, um documento recente da Comissão Europeia esclarece que as táticas de manipulação e desinformação *online* foram detectadas em um contexto eleitoral em pelo menos 18 países e que as táticas de desinformação contribuíram para um declínio geral pelo sétimo ano consecutivo do liberdade de *Internet*”⁵³.

⁵⁰ A notícia foi dada por vários jornais italianos. V., por exemplo: FUBINI, *Le manovre dei russi sul web e l'attacco coordinato a Mattarella*, in *Corriere della Sera*, 3 de agosto de 2018, 6.

⁵¹ Embora essa notícia também tenha sido amplamente divulgada na imprensa e nos sites de *Internet*. v., para todos: <https://www.ilfattoquotidiano.it/2018/05/27/governo-di-maio-occorre-impeachment-mattarella-per-evitare-reazioni-della-popolazione-e-poi-si-torna-al-voto/4385875/>. Além da repentina reversão da força política autor da iniciativa, v. VALENTINI, *Così è sparita l'ipotesi dell'impeachment a Mattarella*, in *Il Foglio*, 30.5.2018 (<https://www.ilfoglio.it/politica/2018/05/30/news/cosi-e-sparita-lipotesi-dellimpeachment-a-mattarella-197693/>)

⁵² Ademais de AGCOM, *Le strategie di disinformazione online e la filiera*, loc.ult.cit., v. BELLOTTI, *Propaganda e manipolazione nelle elezioni politiche: il ruolo dei social network e degli algoritmi basati sulla intelligenza artificiale*, in *Menabò*, n.º. 88 (17 de julho de 2018), que relata uma investigação realizada pela *Oxford Internet Institute*, o que mostra que, em 2016, o conteúdo desinformativo de cerca de 50.000 contas automáticas de *Twitter*, atribuível ao IRA, alcançou, no período anterior às eleições presidenciais, cerca de 126 milhões de cidadãos dos EUA.

⁵³ COMISIÓN DE LA UE, *La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo* (Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité

6. Observaciones finales

Como já tive ocasião de observar em outros lugares, essas técnicas representam um desafio mortal para as democracias liberais de hoje, que ameaçam decretar a atrofia de um elemento essencial para a vitalidade da dinâmica democrática: o debate público⁵⁴.

No entanto, o fato é que a Internet, com todas as suas implicações, faz parte da realidade em que estamos vivendo. Oferece enormes oportunidades, impensáveis antes da revolução digital, mas também apresenta perigos perturbadores, como os mencionados nesta reflexão. Portanto, trata-se de gerenciá-lo e, sobretudo, permitir que os usuários o usem, sem serem utilizados.

“Ótimo programa!”, como Charles de Gaulle diria. No entanto, não muito maior do que os muitos com os quais nossa geração tem que lidar: considere-se, por exemplo, no desafio ambiental, que requer ação imediata, para evitar cataclismos naturais e sociais de proporções inimagináveis.

Por outro lado, a União Europeia trabalha, há algum tempo, nessa frente, combatendo as tentativas de desinformação, que vem recebendo uma grande e sistemática aplicação da esfera política. Entre as iniciativas implementadas por ela, podemos lembrar as que visam promover a diversidade de informações e conhecimento de mídia dos usuários, desenvolver indicadores de confiabilidade das fontes, criar uma rede europeia independente de verificadores factuais para verificar a veracidade das notícias publicadas na rede⁵⁵. O código sobre a prática de desinformação autorizado pela Comissão Europeia em 20 de setembro de 2018 também se enquadra na mesma linha⁵⁶.

das Regiões), COM (2018), 236 FINAL, 12, citando a *Freedom on the net 2017 report*, da FREEDOM HOUSE, <https://freedomhouse.org/report/freedom-net/freedom-net-2017>.

⁵⁴ D'ATENA, *Tensioni e sfide della democrazia*, in *Giur. cost.*, 6/2017, 3137, que pode ser lido, em português, com o título *La conflictividad axiológica de la democracia liberal y el desafío de Internet*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2018 (n.º. 30). Salienta-se que é necessário um debate público para atender às novas demandas de participação democrática, nas quais diferentes opiniões, opções e representações podem ser comparadas em BILANCIA, P., *Crisi della democrazia rappresentativa e apertura nuove istanze di partecipazione democratica*, in BILANCIA, P. (ed.), *Democrazia diretta vs Democrazia rappresentativa*, cit., que também destaca a atual inadequação, nesse sentido, da c.d. democracia em rede. Por uma denúncia severa da incidência, nas decisões políticas, da desinformação dos eleitores: BRENNAN, *Against Democracy*, II ed., Princeton-Oxford, 2017, que propõe a alternativa radical da “epistocracia”, sobre a qual, com reservas: SOMIN, *Democracy vs. Epistocracy*, in *The Washington Post*, 3.9.2016.

⁵⁵ COMMISSIONE UE, *Contrastare la disinformazione online: un approccio europeo*, cit., 7 ss.

⁵⁶ Deve-se enfatizar que a União Europeia, devido à escala de suas intervenções, pode combater as ameaças das ferramentas digitais de uma maneira muito mais eficaz do que os Estados-Membros. Para

Porém, mesmo por parte dos Estados-Membros, há uma crescente vigilância neste sentido. Na Itália, por exemplo, tomamos nota do compromisso da Autoridade de Garantia de Comunicações (AGCOM) e da Autoridade para a proteção de dados pessoais⁵⁷.

Seria pecar de otimismo excessivo pensar que, graças a essas intervenções, o problema de manipular o consenso eleitoral no tempo da Internet seja drasticamente reduzido (ou mesmo erradicado). Muito foi feito, mas ainda há muito a ser feito.

Um aspecto em que um compromisso energético e renovado deve ser dado é o da cultura e, em particular, o treinamento dos jovens. De fato, é incontestável que a sobrevivência das instituições da democracia liberal depende, em grande parte, do consenso popular, que nesta fase do ano é certamente maior com relação à democracia eleitoral do que com as instituições do Estado de Direito⁵⁸. Somente a mudança nesse sentimento coletivo (e, portanto, a percepção de que o componente de garantia liberal do sistema não é menos importante que o democrático) pode fornecer à democracia liberal raízes sólidas⁵⁹.

Portanto, é inquestionável compartilhar sem reservas o pedido de expansão, nos currículos escolares, da formação para a cidadania, por meio da educação cívica, que forneça aos cidadãos as ferramentas cognitivas indispensáveis⁶⁰. E forneça a eles os antídotos necessários contra sugestões emocionais fundamentais (como desinformação *online*). Porque, como James Madison escreveu há quase 200 anos (e desde então o problema cresceu enormemente), “um governo popular que carece do apoio de informações populares ou dos meios para alcançá-las é o prólogo de uma farsa ou de uma tragédia. Talvez dos dois”⁶¹.

compartilhar, portanto, o juízo de BALAGUER CALLEJÓN, *Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI*, cit., 17 s.

⁵⁷ Para uma imagem geral: BUSIA, LIGUORI, POLLICINO (ed.), *Le nuove frontiere della privacy nelle tecnologie digitali. Bilanci e prospettive*, Roma 2016.

⁵⁸ BUGARIČ, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: “Lands in-between” democracy and authoritarianism*, cit., 244 s.

⁵⁹ De novo: BUGARIČ, *A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: “Lands in-between” democracy and authoritarianism*, cit., 245.

⁶⁰ V, em particular, o capítulo intitulado “educare i cittadini” em MOUNK, *Popolo vs Democrazia. Dalla cittadinanza alla dittatura elettorale*, tradução de F. Pé, Milano 2018. Dessa forma, poderia tentar resolver o problema indicado por BRENNAN, *Against Democracy*, cit.

⁶¹ Esta é a passagem inicial da carta endereçada por Madison a W. T. Barry em 4 de agosto de 1822, que pode ser consultado em Madison a W. T. Barry em 4 agosto 1822, disponível para consulta em <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch18s35.html>.

4. CONSTITUCIONALISMO E O ESTADO CONSTITUCIONAL¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-4>

*Paolo Ridola*²

Sumário: 1.– Alguns esclarecimentos preliminares sobre o Estado Constitucional. 2.– Estado constitucional e constitucionalismo. 3.– O Estado constitucional aberto e cooperativo 4.– O futuro do Estado Constitucional.

1 Alguns esclarecimentos preliminares sobre o Estado constitucional

O atual Estado constitucional sintetiza o conjunto de transformações oferecidas pelo constitucionalismo nas democracias pluralistas, que levaram a progressiva erosão dos padrões conceituais do juspositivismo estadista. Portanto, indica, em um sentido muito geral, o modelo de democracia pluralista, que já há algumas décadas tem obtido uma extraordinária capacidade de propagação em escala mundial, também como resultado de convenções internacionais, processos supranacionais de integração e contribuições cruzadas entre Constituições estatais. É uma afirmação habitual que com esse modelo foi assentado de modo geral a supremacia da Constituição, especialmente graças ao desenvolvimento generalizado do controle de constitucionalidade e de um direito jurisprudencial vivo, até mesmo mediante a rede de comunicação, cada vez mais densa, do diálogo entre tribunais. Isto levou, entre outras coisas, a confluência do debate sobre o Estado constitucional com o acerca do neoconstitucionalismo. O estágio do neoconstitucionalismo colocou em primeiro plano, como assinalou Richard Bellamy, a tensão entre *legal y political constitutionalism*. Como podemos resolver a contradição sobre os *substantive outcomes* que uma sociedade fundada no pluralismo desejava alcançar? Confiando nos recursos do processo democrático ou nos do *judicial process*? Mas a questão está no coração da história do constitucionalismo britânico e norte-americano, e nos perfis que se cruzam durante um longo período de tempo.

¹ Traducido del italiano por Antonio Pérez Miras – Traduzido do espanhol por Andrei Ferreira Fredes.

² Università di Roma “La Sapienza”

A elaboração da categoria do Estado Constitucional constitui também o resultado de um turbulento, e mais complexo ainda, percurso cultural iniciado durante os anos da República de Weimar, que causou uma mudança radical de perspectiva (de la *Staatslehre* ao *Verfassungslehre*: do Estado à Constituição) no estudo das comunidades políticas. Isto significa não somente que o modelo indicado tende a transcender a organização dos Estados, mas sobretudo que, até com relação a própria experiência destes, a Constituição não se apresenta (nem se impõe) com a expressão da soberania do Estado e seus limites, vez que na Constituição coexistem se coorderam distintas esferas do pluralismo: a privada, a pública (relacionada com as múltiplas formas de organização da opinião pública), e finalmente, mas sem nenhuma pretensão de exclusivada, a estatal. Além disso, o vínculo entre Constituição e pluralismo não apenas afeta o seu conteúdo (por exemplo, com ênfase nas associações, partidos, grupos de interesses e diversas manifestações da esfera pública), mas também a dinâmica constitucional e as formas nas quais se afirma o valor da Constituição: o pluralismo se converte, em definitivo, em um elemento calcificador da eficácia da Constituição. Esta transformação afetou principalmente a dinâmica constitucional, que adquiriu uma tendência marcadamente procedimental, que deu protagonismo à comunicação a comunicação entre os muitos temas que compartilham, e que se manifesta tanto na fase constituinte (como demonstram a maioria das transações que ocorreram nas últimas três décadas) como na das trocas constitucionais e, finalmente, na fase de ajuste por via interpretativa. Portanto, a adaptação da dinâmica constitucional a um processo público pluralista tornou menos clara a distinção entre *foundations*, *transformations* e *interpretation* da Constituição (B. Ackerman), e demonstra que é essencialmente no terrenos da capacidade de sustentar uma concordância prática da complexidade que se mede, sobre um permanente e evolutivo banco de provas, a supremacia da Constituição.

2 Estado constitucional e constitucionalismo

Estes breves indícios do enquadramento histórico do constitucionalismo apresentam muito firmemente as questões relativas ao impactos das mudanças profundas dos sistemas políticos, determinados pela democracia e o pluralismo em particular, no núcleo histórico-conceitual do constitucionalismo. A partir do século

XX, de fato, vai se dissolvendo progressivamente o vínculo o vínculo que havia unido indissolavelmente o complexo de dispositivos e garantias e proteção contra o poder soberano, os quais rebaixam a ideologia e a estrutura teórica do constitucionalismo, às exigências fundantes da ordem e hegemonia burguesas, de um lado, e por outro, a construção do direito público do Estado-nação. Este processo de dissolução se completou em duas etapas. Em primeiro lugar, depois do final da Primeira Guerra Mundial, quando a sociedade civil, com suas articulações e suas linhas de conflito, inseriu no cenário das Constituições europeias: a expansão do conteúdo das Constituições, como instrumento para demarcar ou aproveitar a complexa dinâmica das sociedades pluralistas, e junto com a democratização do processo político e a crescente importância das formas de organização política das massas, a fazer que passe ao primeiro plano a função de legitimação das Constituições, que se alinham com a componente garantista, herdada da tradição do constitucionalismo moderno, que porém as vezes tendem a eclipsá-la. Em um segundo momento, quando a mesma limitação do poder excede os horizontes da estatalidade, para fazer pretenda à rede de interdependências do “Estado constitucional cooperativo” (Häberle), e com fenômenos da globalização que afetaram, além dos mercados, ao campo dos direitos, à esfera da comunicação pública e da democracia, devido ao desaparecimento da coincidência entre o espaço territorial, a área da soberania do Estado e a dimensão da comunidade política.

Observa-se que a relação com a complexidade social transformou profundamente tanto a concepção do papel da Constituição, não mais atribuíveis às questões de neutralização presididas pela legalidade formal, com à sua supremacia, não mais demarcadas pelo paradigma da *Stufenbau* kelseniana e de uma disposição exclusivamente hierárquica do ordenamento das fontes normativas. Isto se deve a que as Constituições contêm antes de tudo diversas opções de princípios, que se referem a uma visão do direito que não se pode reduzir nem à conformidade com um sistema jurídico (segundo o enfoque do juspositivismo formalista) nem ao mero fatalismo (segundo o enfoque do juspositivismo sociológico), mas definida pelo paradigma de adequação/coincidência com um marco de valores materiais. A reflexão sobre a função das normas de princípio na interpretação deixou clara que a relação entre Constituição e pluralismo é intrínseca à coexistência de diretrizes e orientações fundamentais, que, precisamente, em virtude de sua estrutura regulatória, abrem a interpretação da

Constituição, permitindo revelar o conteúdo ético-avaliativo e os ideais de justiça imanentes ao texto. Portanto, os princípios constitucionais tomam relevância essencialmente no terreno de sua intrínseca potencialidade expansiva (em comparação com as regras, aplicáveis em seu lugar com o esquema “tudo ou nada”: Dworkin) ou na otimização dos resultados, como preceitos que devem guiar a máxima aproximação possível ao objetivo de ajustar o ordenamento a todos os conteúdos de valores da Constituição (Alexy). E a supremacia da Constituição se mede, portanto, no campo de jogo axiológico e na sua proteção, mais que termos de critérios formais de hierarquia normativa, e sobre o terreno da interpretação, mais que no da correspondência abstrata com um esquema de conformidade/dissimilaridade.

Creio que a pergunta decisiva é a seguinte: dado que as Constituições se veem constringidas a lidar com a complexidade social e o pluralismo, isto se tornou impraticável pela via dos dispositivos de neutralização desenvolvidos pelo liberalismo jurídico e, além disso, inescapável o repensar da tensão entre Direito e legalidade. Uma tensão – insisto uma vez mais – na sua maior parte alheia à história do constitucionalismo. Gostaria de me referir não somente às origens medievais do constitucionalismo inglês (à ideia da sujeição do soberano a um direito arraigado na consciência sociais e entendido como uma realização histórica dos princípios do direito natural: Mc Ilwain, Tierney). Também gostaria de adicionar que até as raízes da ideia do Estado de Direito no jusnaturalismo racionalista não separavam sua essência de uma teoria da justiça e de um sistema de avaliação, e de fato se conotava com elementos substanciais mais que procedimentais. As razões históricas pelas quais o liberalismo jurídico eventualmente radicalizaria a oposição entre o direito e a lei são bem conhecidas. O ponto é que o pluralismo minou tanto o sistema de proteção de direitos como o dos dispositivos de neutralização.

Neste ponto desempenham evidentemente um papel decisivo as grandes opções de princípio contidas nas Constituições do pluralismo: possuem uma visão do Direito definida pelo paradigma da adequação/correspondência a um marco de valores materiais. E portanto a minar o argumento de que não existe nenhum vínculo necessário entre o Direito e a moral, entre o direito positivo e a justiça, não contribuiu apenas a vontade de cessar, depois do final da Segunda Guerra Mundial, ao totalitarismo como mal extremo da política (penso na fórmula de Radbruch), mas também na necessidade, imposta pelo pluralismo, de carregar a Constituição de um

inédito dever de unificação política, inédito porque opera no cenário de uma sociedade caracterizada pela diferença e o conflito (Hesse).

Não cabe dúvida de que a mudança do juízo de constitucionalidade da lei do esquema de comparação entre objeto e parâmetro ao da correspondência/adequação ao conteúdo de valores da Constituição implica a transição a uma visão flexível do ordenamento jurídico em seu conjunto (que está pois em função do pluralismo e do reconhecimento mútuo, um recurso virtuoso no lugar de um arriscado *Abschied* da normatividade). Mas também implica (havia observado, a partir de um ângulo crítico, Forsthoff, seguindo o pensamento weberiano) um impulso para a materialização do Estado de Direito. Uma materialização, em primeiro lugar, confiada ao papel dos princípios constitucionais, que são a principal ferramenta para alcançar o objetivo de ajustar o ordenamento a todos os conteúdos de valor da Constituição. Uma materialização, ademais, cujo resultado final parece ser não o da abstrata submissão da lei à constitucionalidade material e formal, mas o de que a interpretação e a aplicação das leis devem resultar, em cada caso, conforme o conteúdo material da Constituição. Aqui, por um lado, podemos ver a distância deste resultado e do esquema kelseniano do controle concentrado, mas também razões profundas (próprias da cultura constitucional, diria eu), que separam os equilíbrios da tradição estadounidense (arraigada na dinâmica do controle difuso) das ponderações da corte alemã, que, neste sentido, representam o esforço mais elaborado de impregnar o controle concentrado da Constituição consciente da variedade do conteúdo de valores que nela convivem e da multidimensionalidade dos direitos fundamentais que dela derivam.

Este cenário se reflete principalmente na estrutura e garantia dos direitos fundamentais, já que foi visto emergir cânones de proteção de direitos que não são atribuíveis ao instrumento das garantias da tradição do Estado de Direito. De fato, este instrumento é insuficiente, senão improdutivo, porque se trata de cânones que vão além das categorias elaboradas em função do Estado de Direito, para limitar a atuação dos poderes públicos: a fixação do objetivo (do interesse público), a igualdade de tratamento, o princípio de determinação do caso, a polarização da regra/exceção, generalidade e abstração da lei. O porquê o novo cenário constitucional, nele se inserindo a nova proteção dos direitos fundamentais, requer uma reconsideração a partir de outra ótica de cânones de garantia que não são desconhecidos para o Estado

de Direito de corte liberal, como o princípio da proporcionalidade ou a interdição da arbitrariedade. Enquanto a primeira, porque o escrutínio da relação entre o meio e a finalidade já não se situa dentro da relação (de caráter estatal) entre o poder soberano (e em princípio ilimitado) e a liberdade individual, mas que a transcende, abrindo-se à consideração de outras relações entre os diferentes âmbitos da sociedade civil e da colisão entre os direitos dos particulares. E em relação a interdição da arbitrariedade, porque, uma vez mais alterando o esquema do antagonismo entre os atos de imério e os sujeitos privados, está carregado um conteúdo positivo, dirigido à realização das subjacentes diretrizes constitucionais de orientação.

Devemos ser conscientes de que a questão do pluralismo desempenha um papel muito decisivo neste assunto. Isto se reflete na posição da lei, em seu lugar no sistema de fontes: já que a relação – ou imbricação – do Estado e a Sociedade, que parecer ser a meta das democracias pluralistas, transformou a função ordenadora da lei, que já não é chamada somente para circunscrever desde o exteriores a esfera de liberdade dos indivíduos, mas que se converteu em un instrumento de regulação das dinâmicas sociais. Mas um instrumento que, por este motivo, sofre o estreitamento da margem de manobra imposta pela função diretiva dos princípios constitucionais (a *dirigierende Verfassung*: Lerche: Gomes Canotilho). Portanto, as mudanças na função legislativa se refletem nas novas aparências com as quais se manifesta a supremacia da Constituição. E se a antiga supremacia da lei retroce a um espaço reduzido, até a Constituição não é identificável somente por um conjunto de limitação da ação dos poderes públicos, nem com um conjunto de garantistas de bens superiores – estaticamente – na classificação de uma superior força normativa. Mas esta se configura como um complexo ordenamento, cuja manutenção frente às ameaças do legislador constitui uma tarefa permanente confiada dinamicamente ao intérprete. A este respeito, as operações de equilíbrio e ponderação se afastam do enfoque do normativismo. Uma distância que se refere ao plano da lei (sobre o qual o espaço reduzido prevaleceu sobre sua antiga onipotência), mas que além disso envolve o plano da Constituição e de sua força normativa.

Isto teve consequências significativas para o papel e os estilos argumentativos dos tribunais constitucionais, que se manifestaram sobre uma base filosófica e em diferentes contextos da cultura jurídica, mas em qualquer caso refletem profundas transformações da interpretação constitucionais. Aui se faz referência, para mencionar

os exemplos mais relevantes, à *reasonableness doctrine* (baseada no equilíbrio dos interesses em jogo), elaborada pelo Supremo Corte Norte Americana, graças a qual a constitucionalidade se abriu à avaliação de se a medida adotada é *fair, intelligent, just*, ou, se, ao contrário, é irracional, inapropriada, desnecessária. Também fazemos referência, por outro lado, ao juízo de ponderação (*Abwägung*) dos diferentes conteúdos de valor incorporados pelos princípios constitucionais, levado a cabo pelo Tribunal constitucional alemão. Através dele, o cânone da proibição dos atos arbitrários (*Willkürverbot*), herdado da tradição do *Rechtsstaat* do século XIX, se transforma, carregando-se de um valor positivo (de alinhamento com os princípios constitucionais), nas diversas figuras argumentativas da *Übermaßverbot* (proibição do excesso), em uma escala de nuances da necessidade (*Erforderlichkeit*) da medida se desliza sobre o terreno da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*) e sobre a mera idoneidade da finalidade (*Zwecktauglichkeit*).

Me limito aqui a enumerar, de um modo absolutamente sintético as conclusões fundamentais da *Güterabwägung*: a eficácia dos *Grundrechte* nas relações entre particulares; a superação da concepção dos limites dos direitos como barreira (*Schranke*) externa que contém esferas de liberdade em princípio ilimitadas (os limites dos *Grundrechte* como limites imanentes, por estarem incardinados no “sistema de valores” do qual o Direito é expressão: Häberle); abertura à dimensão transnacional dos direitos, que começa com a Declaração universal de 1948, dado que, segundo recentes leituras (Rensmann), a chamada à *Wertordnung* atuou também como porta de entrada à penetração no sistema constitucional de valores universais incluídos na Declaração e ao nascimento de um *grenzüberschreitender Grundrechtskonstitutionalismus*. Em termos mais gerais, a chamada à *Wertordnung* atuou como um fator de “empoderamento da *Geltungskraft* dos direitos fundamentais”, o quais dão “impulsos” e “diretrizes” a toda a estrutura da comunidade política. Creio que é importante sublinhar este ponto. O discurso que constói os *Grundrechte* como expressão de uma *Wertordnung* não coloca este aspecto dos direitos em oposição a sua vestimenta de tipo individual. Isto é, de fato, o que se propõe, como se deixou claro desde a sentença *Lüth*: ampliar a força de irradiação (*Ausstrahlungskraft*) da centralidade do sujeito no sistema constitucional.

Este passo é decisivo para colocar em perspectiva histórica as razões da transformação da argumentação utilizada pelos tribunais constitucionais para a

interpretação dos direitos fundamentais. Em alguns dos meus trabalhos recentes, argumentei, principalmente graças a obra de Leo Strauss e, ná Italia, de Matteucci, que é ao menos o resultado de uma visão unilateral (senão um malentendido) considerar o juspositivismo estadista como a única meta coerente do legado do constitucionalismo. Esta é uma visão do constitucionalismo cujo horizonte se encontra Hobbes mais que Locke, e que se vê demasiadamente influenciada, em minha opinião, pela muito radical leitura que do complexo itinerário histórico do constitucionalismo ofereceu Carl Schmitt. Este discurso passa por cima, em minha opinião, da forte tensão ética e valorativa que encerra a ideologia do constitucionalismo, ao colocar que os resultados do liberalismo jurídico do século XIX (e as razões de fundo para o desenho de uma forte unificação política que o inspirou) teria dado um giro juspositivista cada vez mais demarcado, encerrando a garantia de direitos nos horizontes da legalidade, de um direito (im)posto pela vontade do legislador.

Pelo contrário (esta é a tese básica que busco argumentar), a afirmação de uma jurisprudence sobre os direitos fundamentais que utiliza a razoabilidade (baseada no equilíbrio dos interesses em jogo) ou sobre a *Abwägung* dos diferentes conteúdos de valores incorporados pelos princípios constitucionais, marca um desvio radical das tranquilizantes neutralizações da legalidade formal, do paradigma do Estado de Direito de recorte liberal e dos instrumentos de garantia que se estavam preparando para os direitos: direitos públicos subjetivos, não é de estranhar, de acordo com a linha reconstrutiva dos liberalismo jurídico tardio que culminou com Jellinek, e não (ou ainda não) direitos fundamentais, é dizer, direitos que cumprem com uma função construtiva do conjunto do ordenamento jurídico constitucional.

Na doutrina dos Estados Unidos foi muito debatido se o equilíbrio dos tribunais constitucionais comprometeu a relação dos juízes com o texto constitucional (Scalia). Na alemã, se discutiu se as ponderações abriram a porta a uma “tirania dos valores”, o que daria lugar a uma regressão da normatividade da constituição a um mero “ponto de vista das operações de ponderação” (Forsthoff), e se adicionou que tais operações cerceariam, frente ao peso de uma concepção omnicompreensiva da Constituição, os espaços de autonomia do parlamento e sacrificariam sua legitimidade democrática em favor de uma verdadeira e própria onipotência dos juízes, ainda que apoiada na Constituição (Böckenförde). Ou se, pelo contrário, o passo a uma visão flexível do sistema jurídico em seu conjunto seja, em função do pluralismo e do reconhecimento

mútuo um recurso virtuoso mais que uma recessão aventureira da normatividade. Em qualquer caso, o debate demonstra que o Estado constitucional se separa das tranquilizantes neutralização da legalidade formal, do paradigma do Estado de Direito de recorte liberal e dos instrumentos de garantia que previa.

Outra crítica ao Estado constitucional acerca de seu equilíbrio é sua impressão paternalista. Segundo Isaías Berlin, um precursor deste discurso, o sacrifício da liberdade individual (negativa) em nome de uma “liberdade superior”, por algum sujeito investido de uma função “pedagógica”, é expoente dele. Brevemente, os riscos de um despotismo do mais sábio, do templo de Sarastro da Flauta Mágica, constituem o maior perigo das operações do equilíbrio. Críticas às quais não faltaram respostas, provenientes de diferentes linhas da cultura jurídica weimariana, que, com diferentes sotaques, havia se perguntado sobre se o plano constitucional poderia ser realmente indiferentes a um *Ineinander von Bindung und Freiheit*, que esculpe os significados dos valores sociais. Pois, não são eles os que orientam o fluxo dinâmico do processo de integração, através do qual as normas constitucionais “se realizam” (Rudolf Smend)? Não constituem uma trama densa que permite à Constituição “organizar” a liberdade na vida social (Hermann Heller)?

Mais recentemente, surge a crítica neoliberal das ponderações (Ladeur, y antes, Schlinck): um passo importante precisamente para voltar a um ponto central do meu trabalho sobre a relação entre valores, ponderações e pluralismo. Passo importante porque esta direção neoliberal termina essencialmente culpando aos pesos e contrapesos e as ponderações de bloqueio do processo espontâneo de autorganização da sociedade. Seria necessário fazer algumas distinções: assim, por exemplo, a crítica me parece mais problemática quando se refere ao papel dos juízes no sistema norte americano, muito fortemente conectado com a sociedade e historicamente mais capazes de interpretar o pluralismo social, e certamente fundada de modo diferente em relação com as ponderações, que se movem em um marco de um sistema de valores materiais. O ponto de partida é que uma demarcada formalização dos direitos, por um lado, e o feito de que os direitos não suponham um sistema, mas que somente expressem garantias pontuais de esferas de liberdade, permite melhor libertar-se das ataduras para buscar espontaneamente uma posição da sociedade, em continua evolução, emoldurada no marco da legalidade formal. Resumindo, os dispositivos de neutralização estabelecidos pela concepção judicial das liberdades negativas

ofereceriam um espaço maior para os recursos de descentralização e à indeterminação das relações na sociedade. Foi expressado algumas dúvidas sobre esta crítica neoliberal das ponderações (von Hayek, Leoni). Pois estou convencido que a fragmentação dos interesses e o hiperpluralismo das sociedades complexas não produz somente ações coordenadas de redes de organização social, mas tensões, conflitos e marginalização social. E que uma democracia pluralista não pode renunciar a um tecido institucional capaz de cumprir o cargo de uma função de *Ausgleich*, corretiva da espontaneidade social, como garantia da igual liberdade, mas também como condição indispensável da inclusão em um processo livre e aberto, que constitui certamente a alma de uma sociedade livre. Isto me parece, concluindo, o recurso fundamental dos equilíbrios e das ponderações em um marco de Constituições pluridimensionais e pluriorientadas, para as quais não parece haver soluções interpretativas negativas e exclusivas (*aut-aut*), mas sim a busca de acordos e conciliações prudentes.

Em definitivo, o Estado constitucional não implicou a mera transferência da legalidade ao mais alto nível da supremacia hierárquica da Constituição, mas uma mudança qualitativa a respeito do Estado legislativo. E, segundo alguns pensamentos, esta mudança construiria a nova fronteira do constitucionalismo no ordenamento da democracia pluralista, que recuperaria a forte tensão ética expressada pela ideologia do constitucionalismo moderno, tensão cuja absorção pelo juspositivismo estatal havia gradualmente obscurecido. A transição ao Estado constitucional, ao final, havia implicado a reformulação do constitucionalismo em uma dimensão que está em dia com as demandas das sociedades pluralistas, já que enfatiza o conteúdo de valores da Constituição e potencializa o papel da jurisprudência na aplicação de tais conteúdos até contra a ação do legislador e do executivo. No qual, pelo contrário, um enfoque legalista, baseado no paradigma do Estado legislativo, tende a enfatizar a centralidade do legislador e a reduzir os espaços de uma jurisprudência chamada a dar voz aos conteúdos materiais da Constituição.

3 O Estado constitucional aberto ou cooperativo

Concluo com algumas considerações sobre o cenário de interdependências transnacionais que afeta cada vez mais o desenvolvimento do Estado constitucional. Gostaria de assinalar, em primeiro lugar, o tema häberliano da categoria do

kooperativer Verfassungsstaat, sobre a qual me detenho porque está decididamente orientada pelo enfoque *rechtvergleichend*. Assinalo as características essenciais (que permitem vislumbrar novas aberturas do seu trabalho encaminhadas para um *Verfassungslehre* universal). Häberle se move da proposta teórica de uma teoria constitucional baseada no “pensamento da possibilidade” no lugar do “pensamento de alternativas” e reelabora o conceito de constitucionalismo como doutrina dos limites do poder (do “estatal” e do “social”), mas com algumas importantes integrações e pontuações: I. O *Abschied* de um *präkonstitutioneller Staatsbegriff* próprio da tradição cultural alemã (pensar no Estado antes que na Constituição); II. O constitucionalismo como um *kulturelle Errungenschaft*, e como conquista de uma dimensão humana considera em sua totalidade, *als Ganzes* (que põe, ao fundo, referência ao *Menschenbild*); III. A incompatibilidade com o constitucionalismo dos enfoques decisionistas, baseados nas polarizações *Freund/Feind*, crítica que não acredito que possa ser acusada de um excesso de irenismo, porque é, provavelmente, a única resposta possível, observando a história e observando as posições das sociedades pluralistas.

Perspectivas como esta apontam a uma tendência para a abertura cosmopolita do constitucionalismo. Os estudos häberlianos sobre o *gemeineuropäisches Verfassungsrecht* devem ser entendidos como *Vorstufe* de uma *Verfassungslehre* universal. Deriva daqui a complexidade de uma aproximação baseada no monismo entre Constituições estatais e Direito internacional, senão sua integração material: *Völkerrecht im Verfassungsstaat* e vice-versa, *Verfassungsstaat im Völkerrecht*. Isto significa a coexistência de elementos de um “direito internacional constitucional” (com referência a princípios básicos do constitucionalismo), e cláusulas de abertura do direito constitucional para a integração material com o Direito internacional e supranacional.

Existem muitos fatores que contribuíram ao desenvolvimento do Estado constitucional cooperativo: o crescimento da comunicação (e a contaminação) entre culturas jurídicas muito distantes em contexto histórico e de estabelecimento nas sociedades; a tendência para a generalização de um patrimônio comum, especialmente no âmbito dos direitos humanos; o desenvolvimento de organizações supranacionais e de sistema microrregionais de proteção dos direitos; o aumento exponencial em número e tempo dos fluxos migratórios, dos intercâmbios culturais e do comércio

jurídico em escala transnacional; a perda pelos Estados da disponibilidade exclusiva em amplos e importantes âmbitos de regulação; a maior predisposição dos operadores jurídicos a enfrentar um marco normativo que transcenda os direitos nacionais; a crescente importância da comparação e da comunicação entre culturas jurídicas nos itinerários da educação universitária. O marco das transformações que surge de tudo isto exige, de um lado, repensar as categorias e os estilos argumentativos arraigados na experiência histórica do Estado-nação “introspectivo”, e de outro, não permite cair em generalizações universalistas simplistas, como se o surgimento de um “espaço jurídico global” nos teria projetado um clima de “fim da história”, ante o qual ao jurista não sobra outra opção que um reconhecimento acrítico do existente. Pelo contrário, surge um cenário de transformações que, por um lado, está longe de haver encontrado o arranjo e os equilíbrios definitivos, e por outro, sugere ao fundo conflitos, impasses e nós problemáticos, sobretudo, aqueles que se relacionam com o papel duradouro da estatalidade em um contexto que mudou profundamente com a eficácia das Constituições. Destino singular este que parece ter acompanhado a narrativa teórica do Estado constitucional da segunda metade do século XX, uma narrativa que se desenvolveu a princípio através do fio condutor da constitucionalização do ordenamento jurídico e da superação do Estado legislativo no constitucionalismo e que depois se viu obrigada a fazer frente aos desafios, senão de um direito constitucional cosmopolita, mas sim à internacionalização do direito constitucional.

O desenvolvimento do Estado constitucional consistiu em alterar o centro de gravidade do plano da soberania dos Estados ao plano da “experiência viva” de um direito resultante de um complexo jogo de interferências e migrações entre ordenamentos, que se estende a vários níveis, estatal e supraestatal, e no qual se opera uma multiplicação de atores, que inclui legisladores, governos, juízes, mas também a opinião pública em suas diversas expressões. Um fenômeno de “integração” constitucional, portanto, que se corresponde com a ideia de uma democracia genuinamente “republicana”, a qual se baseia no livre enfrentamento das forças existentes e no modo de entender os valores fundacionais de um *Gemeinwohl* antes que nas normas formais de procedimento. De fato, centrar as atuações pluralistas de uma sociedade aberta somente sobre a base de uma interpretação aberta da Constituição e da ampliação do círculo hermenêutico não deve conduzir à interpretação errônea de que esta forma chegue a sacrificar a legitimidade democrática

do sistema pelos recursos do pluralismo na Constituição, e que a multiplicação dos intérpretes da Constituição acabe fazendo que o processo democrático seja tão viscoso que comprometa sua imputabilidade a um *demos*. Retorna-se, em termos essenciais, à controvérsia entre as concepções absolutas e as concepções pluralistas da democracia, entre *Volksdemokratie* y *Buergerdemokratie*. Para subestimar seu profundo significado, se ignora perceber que uma democracia pluralista está constituída por uma variedade de vozes e expressões, por instâncias participativas e contrapoderes difusos e por uma comunicação pública aberta à legitimação de múltiplos atores. E para quem assume esta ótica, a “sociedade aberta de intérpretes” se apresenta ela mesma como um fator de democracia, e não necessariamente como uma divisão da legitimidade democrática do sistema constitucional em benefício das elites de intérpretes intitulados de maneiras e títulos distintos, que assumiriam, ainda que não estivessem legitimados, a hegemonia do processo democrático. A “porosidade” destas consequências da estrutura pluralista da sociedade, em síntese, não parece ser um obstáculo para a imputabilidade das decisões a um *demos* senão a condição mesma da legitimidade democrática adstrita a um *demos* inclusivo.

O Estado constitucional cooperativo se perfila realmente como um laboratório de investigação privilegiado para o estudo das estruturas constitucionais das sociedades pluralistas contemporâneas, nas quais importantes fenômenos de migração e de comunicação entre culturas minaram a correspondência entre a comunidade política e as compactas fisionomias identitárias do Estado-nação. O problema implica, em primeiro lugar, a questão da soberania e sua crise. De fato, é uma afirmação recorrente que a soberania dos Estados já não possui conotações de supremacia absoluta, mas que se mede através de espaços de jogo de fragmentos de soberania de outras instituições que competem com ela. O resultado seria um ordenamento pluralista em cujo âmbito competem mais instituições que não são plenamente soberanas no exercício de poderes que tipicamente se atribuía à soberania. E se este ordenamento se coloca no marco dos sistemas jurídicos dos Estados, criar-se-ia uma estrutura profundamente inédita, que não constitui “uma dimensão subordinada dos direitos dos Estados” nem “um mero subsistema do Direito internacional” (McCormick). Isto daria lugar a um marco de “intersecções mútuas” e de poderes “autônomos”, que marcaria a transição da era da “pós-soberania”, na qual a mais-valia resultante da imputação de poderes soberanos a um *demos* havia desaparecido pela

distribuição de competências entre os Estados e as organizações supranacionais (Grimm). Cabe assinalar que este enforme merece ser tomado com precaução, em primeiro lugar porque até o momento parece ter esboçado uma tendência mais que uma completa transformação já finalizada, e ademais porque os resultados que anuncia não estão isentos de questões problemáticas, que se referem não somente à completação relação entre “pós-soberania” e democracia, mas também ao impacto na intensidade e eficácia da proteção dos direitos. Além disso, o panorama que foi resumido se reflete de maneira paradigmática em seu sistema de proteção. A dilatação da mesma a escala supranacional parece, por um lado, ser uma consequência imposta por este cenário de transformação, enquanto que os horizontes da soberania do Estado já não seriam suficientes, por si só, para assegurar respostas às demandas de liberdade de sociedades cuja complexidade transcende os limites tradicionais das comunidades às quais pertence. Por outro lado, a dimensão transnacional da proteção dos direitos pode atuar, de maneira subsidiária, como um amortecedor das tensões e conflitos mais arraigados no âmbito identitário. As concordâncias práticas entre instituições, apoiadas de maneira subsidiária por cláusulas de salvaguarda do mais alto nível de proteção, são efetivamente não apenas o resultado fisiológico das estruturas de proteção dos direitos mediante as quais a transnacionalidade opera como um multiplicador da complexidade senão uma barreira para a deriva (patológica) da conflitividade social na autocompreensão dos direitos.

Isto conduz a outra reflexão, que constata que a internacionalização do direitos constitucional não afetou somente à questão da soberania, mas que também transformou o papel e força normativa das Constituições. O processo de transformação que implicou na transição de um sistema impermeável de sujeitos investidos da plenitude da soberania a um marco de instituições “porosas”, investidas de fragmentos de poderes soberanos” se corresponde com o andar da supremacia da constituição desde um conjunto de “Constituições parciais” vinculadas entre elas não apenas no plano hierárquico preestabelecido, senão na hermonização de seus respectivos níveis de conteúdo. Ademais, o crescimento das interdependências em escala mundial, que deriva também da tendência de generalizar um patrimônio comum dos direitos humanos, submeteu a tensões sem precedentes não apenas a conexão entre a cidadania e os espaços do Estado nação, mas o vínculo entre o raio de ação dos direitos e a dimensão da estatalidade: um nexos que caracterizou o percurso histórico dos

direitos fundamentais, ou considerado a partir do ponto de vista da plenitude de um poder soberano que circunscreve seu limite externo ou desde a ótica dos fins fundamentais assumidos como sistema dos direitos porém englobados exclusivamente em um marco constitucional de qualquer maneira referido à identidade do Estado nação. Este panorama parece ter mudado profundamente, devido ao efeito combinado do fracasso da premissa da soberania absoluta do Estado, na qual se centrava a tradição do *Staatsrecht*, e por o pronunciado condicionamento da supremacia da Constituição, um verdadeiro pilar fundacional da doutrina constitucional do século XX, sujeitos conteúdos manifestam uma crescente porosidade aos contextos nos quais “vive”, e que agora transcendem os limites dos Estados. A este respeito, é bem certo que o ordenamento europeu dos direitos é em grande parte produto de linhas jurisprudenciais construído através do diálogo entre os juízes nacionais e os tribunais europeus, no qual desempenha um papel cada vez mais importante a comunicação das técnicas argumentativas, e em particular as operações de equilíbrio, seria uma conclusão parcial deixar de assinalar a formação de uma *koinè* da argumentação dos tribunais na Europa, sem tratar de aprofundar suas razões, porque comuns são antes de mais nada as exigências pluralista a respeito das quais os equilíbrios são resultados funcionais. E é certo que se, em uma primeira etapa de sua história, foram funcionais para articular a interpretação da constituição, adaptando-a aos cenários de um pluralismo inserido no contexto identitário que tende a ser exclusivo da comunidade estatal, agora foi transferido este papel coessencial à dinâmica pluralista ao nível mais amplo das interdependências do Estado constitucional aberto, no qual servem para direcionar a posterior desarticulação do tecido da sociedade no novo cenário da comunicação transnacional.

4 O futuro do Estado constitucional

Como conclusão, pode parecer que o constitucionalismo, ao começo do século XXI, está triunfando de maneira esmagadora, e que se está estabelecendo um patrimônio constitucional comum em escala mundial. Isto inspirou as as transições que seguiram na Europa, Asia, Africa e América Latina, com características e em conjunturas históricas e diferentes contextos sociais e culturais, aos Estados socialistas, na colonização e nos Estados autoritários. Durante pelo menos três

décadas, se estendeu em grande um fenômeno massivo de *constitution making*, que iniciou por países europeus que saíram de experiências ditatoriais (Grécia, Portugal, Espanha), sociedades caracterizadas por graves atrasos na secularização, na modernização e no desenvolvimento. Ademais, não é difícil constatar que a circulação dos modelos constitucionais viveu uma expansão e intensificação no passado. Sobretudo se fez enfatizar no âmbito dos direitos humanos, no qual se fomentou e se guiou por uma densa rede de interdependências formada por convenções internacionais e regionais, dando lugar, não apenas na Europa (na América Latina, na África, e no mundo islâmico), a proteção multinível dos direitos fundamentais. Mas também afetou o terreno das garantias constitucionais e do federalismo, um campo este, talvez mais que outros, condicionado por diferentes contextos geográficos e culturais. Isto não deve conduzir a conclusões enfáticas. Não deve passar despercebido que, apesar do crescimento das interdependências que caracteriza a realidade do Estado constitucional atual, os conflitos, as tensões e as situações de marginalidade persistem inclusive em áreas geográficas que podem parecer imunes a isto. Assim como é evidentemente ilusório supor que a difusão em grande escala da justiça constitucional é suficiente para abrir novas fronteiras ao constitucionalismo. Assumindo uma perspectiva ampla, parece evidente que nem todas as Constituições possuem a mesma força normativa, nem igual proteção de regulação e de valor efetivo. Tudo isto, assim como a definitiva supremacia de uma Constituição, depende de fatores extraconstitucionais, como aqueles que surgem de contextos histórico-culturais, e concretamente da cultura política, das práticas políticas e sociais consolidadas, das características do tecido social, das estruturas econômicas e das arraigadas tradições culturais e religiosas.

Isto não subtrai importância ao feito de que a Constituição segue desempenhando um papel decisivo no processo de integração de uma comunidade política, já que é um fator importante para cristalizar o processo através do qual um grupo social se reconhece em sua própria identidade política e cultural. Também se deve adicionar que as Constituições definem o espaço comunicativo e deliberativo de uma comunidade política, não somente no sentido de estabelecer regras (procedimentais) deste espaço, mas ainda mais porque, encerrando os valores constitutivos de um grupo social, alimentam foros de discussão, através dos quais aquelas se submetem constantemente a um processo de atualização, que é ao mesmo

tempo crítico e reflexivo, por parte da sociedade. A importância da Constituição como um fator num processo dinâmico de integração do grupo social esteve no centro do debate científico durante várias décadas. Mas se enriqueceu com temas de extrema atualidade. É significativo que o debate sobre os temas ardentes das sociedades plurais contemporâneas (desde a bioética ao fundamentalismo com o uso de símbolos identitários no ensino religioso) sempre se dirige ao conteúdo dos princípios das Constituições. A Constituição se converteu, em definitivo, no terreno no qual os conflitos, inescapáveis das sociedades pluralistas, são discutidos, canalizados, resolvidos, ou ao menos, se convertem em objeto de decisões práticas de médio prazo. A centralidade da interpretação da Constituição que isso implica, e o correspondendo crescimento dos instrumentos de justiça constitucional, enquanto não isenta de consequências problemáticas em relação à legitimação democrática, já não encontra sua justificação em uma abstrata e formulista concepção piramidal e hierárquica do ordenamento, mas em uma profunda transformação do papel do conteúdo das Constituições. Tampouco parece conclusiva a objeção de que, ao final deste caminho, a eficácia normativa das Constituições se resolva plenamente em sua interpretação pelos juízes constitucionais. Não se deve ignorar que, como demonstram tanto as experiências mais assentadas (nos Estados Unidos e Alemanha, por exemplo) como as mais jovens, as decisões dos tribunais constitucionais não amadurecem em um contexto autorreferencial ou separado do pluralismo, mas que entram em um processo público, dentro do qual se medem frente a atores institucionais e sociais (a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição) e estão condicionadas por outras instituições políticas, assim como o nível de consenso social, acerca do conteúdo da Constituição. A supremacia da Constituição garantida pelo controle de constitucionalidade se desenvolvem no contexto da tendência de racionalização normativa nos processos de decisão pública nas democracias. Mas quanto mais esteja a Constituição no centro da cultura política de um grupo social, mais importante é a interpretação que realizam os tribunais constitucionais. Ele possui lugar dentro de um circuito, no qual o legislador, os tribunais constitucionais, os juízes comuns e a opinião pública são atores dinâmicos, e no qual se leva a cabo uma confrontação dialética entre a Constituição praticada na sua aplicação cotidiana e as expectativas que a sociedade nela deposita.

A capacidade de unificação política das Constituições nas sociedades pluralistas se encontra também com limitações profundas. São, sobretudo, as que derivam da

transição do Estado liberal de Direito ao Estado social, uma transformação que afetou plenamente a capacidade de regulação do direito constitucional. As tarefas crescentes do Estado em deveres de direção, de planificação e de prestação se relaciona com a acentuação da função axiológica das normas constitucionais. Isto levou à ampliação do alcance dos princípios constitucionais, que possuem a virtude de orientar em todos os âmbitos da sociedade, mas ao mesmo tempo de articular e de medir a qualidade prescritiva das normas constitucionais. Cabe adicionar que o compromisso dos poderes públicos em tarefas de prestação e de bem-estar está condicionado pela disponibilidade de recursos financeiros adequados para alcançar os objetivos e, portanto, por fatores substancialmente extrajurídicos.

Finalmente, os cenários de uma sociedade globalizada deram lugar, por um lado, à dilatação em grande escala dos processos de constitucionalização, que tendem a ultrapassar as fronteiras dos Estados nação, e a formação de um patrimônio constitucional comum que se constituiu através de fenômenos de recepção, de comunicação e de integração entre culturas constitucionais. Estes cenários, ademais, deixam perceber a insuficiência de um futuro da Constituição inteiramente encerrada na tradicional dimensão territorial do Estado nação. E isto porque a capacidade de intervenção, decisão e orientação dos Estados depende cada vez mais dos condicionamentos dos poderes econômicos privados que operam em escala mundial, do desenvolvimento tecnológico e das interdependências internacionais. E o vínculo consolidado da Constituição com o cenário do Estado nação se submete a tensões sem precedentes. As novas tecnologias conduzem a trocas irreversíveis nas condições de vida, que comprometem o destino das gerações futuras e fogem da orientação dos princípios constitucionais. A interdependência política e econômica restringiu o campo de jogo dos poderes regulatórios estatais, até os que estão no mais alto nível da hierarquia das fontes, e transferiu a organizações internacionais e supranacionais poderes de decisão e fragmentos de soberania. A globalização dos mercados, o crescimento do comércio transnacional nos campos dos mercados e das tecnologias, o fenômeno da expansão do mercado interior além das barreiras dos Estados e os processos de integração econômica e monetária criaram eles mesmos espaços para a tomada de decisão que vai além das barreiras constituídas pelos princípios do processo político definidos pelas Constituições. A brecha entre as crescentes oportunidades de comunicação em escala planetária e o aumento de vínculos identitários contrai o

alcance da função de integração das Constituições nacionais. Por último, a mobilidade das populações e a abertura das fronteiras dos Estados a amplos movimentos migratórios, que os próprios Estados dificilmente podem controlar e canalizar, levantaram enormes desafios ao sistema tradicional de garantias e titularidade dos direitos constitucionais.

O Estado constitucional aberto ou cooperativo parece encontra-se hoje perante uma alternativa que é decisiva para o futuro das Constituições. Estes devem presidir áreas de decisão e de orientação reconduzíveis a um núcleo infalível da soberania territorial dos Estados, como condição para gerar uma perda de legitimidade. Mas ao mesmo tempo devem dar cobertura à transferência de fragmentos de soberania a centros de decisão não estatais ou supranacionais, como condição para satisfazer a demanda de acordos políticos adequados para a nova realidade de vínculos e interdependências. Tendo-se presente que a história do constitucionalismo se desenvolveu no contexto do cenário do Estado nação e que esta foi percorrida pela tensão entre Constituição e soberania, está configurado para o futuro da Constituição um desafio real. Não apenas porque se pede às Constituições que demarquem as perdas de soberania para poder chegar a preservar os espaços infalíveis da estatalidade. Mas também porque podem conservar a função de instrumentos essenciais de limitação do poder, que percorre como um fio vermelho a história do constitucionalismo, apenas com a condição de que os processos de constitucionalização transcendam os confins dos Estados. Esta parece ser a aposta para poder suportar o confronto com os enormes blocos de poder transnacionais ante os quais as Constituições nacionais estão cada vez mais indefesas.

5. JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA EM CRISE E A EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-5>

Gilmar Ferreira Mendes¹

INTRODUÇÃO²

As democracias contemporâneas vivem um momento de expiação diante da emergência do recrudescimento do populismo a nível global. Estratégias de desinformação e discursos sectários de radicalização política têm influenciado o debate público, colocando em risco garantias individuais. Se o século passado assistiu a um claro processo de espraçamento de ordens constitucionais baseadas na representatividade e no pluralismo, os tempos atuais parecem indicar um verdadeiro movimento de reversão dessas conquistas³. O corolário natural dessa realidade é a emergência de movimentos populares com pautas largas e bastante abrangentes que dão cores à manifestação da virtude política.

O campo do Direito Constitucional tem se reorientado para investigar as raízes e os possíveis desdobramentos desse cenário de decadência da democracia. Nos últimos anos, publicistas norte-americanos como MARK A. GRABER, SANFORD LEVINSON e MARK TUSHNET apontam viermos em tempos de “Constitucionalismo Democrático em Crise” (*Constitutional Democracy in Crisis*)⁴, TOM GUINSBURG e AZUZ HUQ se referem a um movimento de “Retrocesso Constitucional”

¹ Ministro do Supremo Tribunal Federal. Possui graduação em Direito pela Universidade de Brasília (1978), mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (1987), mestrado em Direito – Universidade de Münster (1989) e doutorado em Direito – Universidade de Münster (1990).

² Com muita honra, recebi o convite para participar do evento “DIREITOS FUNDAMENTAIS, DESENVOLVIMENTO E CRISE DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL”, realizado na cidade de Granada, na Espanha. O presente artigo sintetiza as contribuições apresentadas em minha intervenção, a fim de que sejam publicadas nos anais desse tão exitoso evento. O presente texto foi elaborado com a colaboração de Victor Oliveira Fernandes e Gabriel Miranda Ribeiro.

³ Como diagnosticado em artigo recente de Zachary Elkins, embora o número absoluto das democracias constitucionais no mundo permaneça relativamente constante, em muitas democracias constitucionais recentes, as práticas democráticas têm se enfraquecido em uma velocidade muito maior do que se observou no processo de fortalecimento das constituições nos anos anteriores. Nesse sentido, cf. ELKINS, Zachary. *Is the Sky Falling? Constitutional Crisis in Historical Perspective. in: Constitutional Democracy in Crisis?*, New York: Oxford University Press, 2018.

⁴ GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?*, New York: Oxford University Press, 2018.

(*Constitutional Retrogression*)⁵ e JACK BALKIN fala até mesmo em uma “Putrefação Constitucional” (*Constitutional Rot*)⁶. A principal controvérsia que se impõe consiste em saber qual afinal deve ser o papel das Cortes Constitucionais diante desse processo de deterioração das bases do estado democrático⁷.

O presente artigo pretende densificar essa discussão global do constitucionalismo contemporâneo a partir da análise da crise democrática brasileira. Apesar de episódios recentes da nossa história apresentarem semelhanças com tendências de ascensão do populismo⁷ no resto do mundo, as raízes da crise democrática brasileira são mais complexas e não podem ser explicadas unicamente pela referência ao movimento internacional⁸.

Nesse quadro, a primeira parte do artigo realiza um breve panorama sobre os fundamentos da crise da democracia brasileira. O texto busca explorar a polarização do cenário político nacional e o fortalecimento de discursos populistas no contexto da ordem constitucional de 1988, responsável por inaugurar o período de maior estabilidade democrática do país. Em especial, são destacados os riscos do crescente desencanto com a política e do sentimento social por reformas profundas vis-à-vis as funções institucionais do Poder Judiciário e especificamente o papel contra-majoritário das Cortes Constitucionais na defesa dos direitos fundamentais. Dentre os riscos, analisa-se em destaque a possibilidade de os Tribunais passarem a buscar sua legitimidade democrática na suposta vontade da população, em detrimento da ordem constitucional estabelecida.

Tendo como base essa problemática, a segunda parte do texto analisa como, de fato, o Supremo Tribunal Federal vem atuando neste momento de crise. Dois casos são destacados para exemplificar a atuação do STF como elemento de estabilização da nossa democracia, salvaguardando os direitos individuais mesmo diante de inegável pressão popular. O primeiro deles trata de decisões referentes à negociação de acordos

⁵ HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *SSRN Electronic Journal*, v. 78, 2017.

⁶ BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. *Maryland Law Review*, v. 77, n. 147, p. 147–160, 2017. ⁷ PIN, Andrea. The transnational drivers of populist backlash in Europe: The role of courts. *German Law Journal*, v. 20, n. 02, p. 225–244, 2019.

⁷ Para os fins do presente artigo, utiliza-se a expressão “populismo” na sua definição mais comumente utilizada pela literatura, como um modelo de atividade política, ainda que desprovido de conteúdo substancial. Nesse sentido, cf. TUSHNET, Mark. Varieties of populism. *German Law Journal*, v. 20, n. 03, p. 382–389, 2019.

⁸ DALY, Tom Gerald, Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro, p. 1–22, 2019

de colaboração premiada no âmbito da operação Lava-Jato, nas quais a Corte teve que discutir a prática de instrumento de inegável importância para o combate a corrupção frente aos limites institucionais desenhados pela Constituição de 1988, bem como aos direitos de delatores e delatados. Já o segundo caso destaca a atuação do Supremo Tribunal Federal na defesa da liberdade de expressão no ambiente universitário à época da eleições gerais de 2018. Em um contexto de crescimento de discursos sectários e do recrudescimento das divergências entre setores da população, o STF foi instado a garantir o pluralismo de ideias frente a atos administrativos e judiciais tendentes a violar liberdade tão relevante ao sistema constitucional brasileiro.

1 OS FUNDAMENTOS DA CRISE DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL NO BRASIL

1.a Ordem constitucional brasileira pós-1988

O Brasil vive atualmente o seu mais longo período histórico de ordem democrática. A Constituição Federal de 1988 superou institucionalmente um modelo de democracia meramente formal baseado no autoritarismo do Regime Militar iniciado em 1964. Coube ao texto constitucional reunir as aspirações de uma sociedade que se afastava de mais de duas décadas de repressão. Isso explica seu foco em uma agenda social que transcende de longe aspectos meramente formais. Em um país onde o acesso aos direitos sociais básicos ainda não foi garantido a milhões de pessoas, não surpreende que a Assembleia Constituinte de 1987 tenha sido tão generosa. A Carta Magna também refletiu a perspectiva de que um Estado Constitucional é também um local de síntese e de proclamação dessas aspirações historicamente esquecidas.

A inclusão das “aspirações utópicas” da sociedade na Constituição⁹, que, para muitos, era apenas de natureza simbólica, levou ao surgimento de organizações sociais criticamente envolvidas na conquista desses valores. Vivemos agora lado a lado com um número cada vez maior de movimentos sociais que defendem vários interesses, como a igualdade racial, a proteção ambiental, a reforma agrária, os direitos indígenas, os direitos dos consumidores, entre outros. Na luta política para expandir a cidadania,

⁹ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Trad. Hector Fix-Fierro, México D.F: Universidad Autónoma de México; 2001, p. 7.

tem havido demandas permanentes para tornar esses programas realidade, mesmo por meio de demandas judiciais.

Nesse contexto, o papel do Poder Judiciário na consolidação da democracia tornou-se absolutamente relevante. Os direitos fundamentais, que são procedimentos de natureza e garantias objetivas para a proteção do marco constitucional, têm merecido tratamento singular pelo Supremo Tribunal Federal, na medida em que, atualmente, constituem um dos mais completos sistemas constitucionais do mundo. O STF passou a enfrentar casos de importância histórica; casos em que foram discutidas questões como racismo¹⁰, anti-semitismo¹¹, reforma do sistema prisional¹², lealdade partidária¹³ e pesquisa científica envolvendo células-tronco humanas¹⁴. Além de seu papel como garantias processuais dos direitos fundamentais, as reivindicações constitucionais são constantemente usadas como um instrumento único para defender a jurisdição e a autoridade das decisões da Suprema Corte¹⁵. Todas essas medidas estão à disposição dos cidadãos para proteger seus direitos e interesses fundamentais perante a Corte, e indicam um sistema constitucional que está entre os mais ricos em termos de garantias processuais de direitos. Além do fortalecimento da Corte Constitucional – e esse pode ser o legado mais importante da Constituição de 1988 – um novo arranjo de poder institucional foi consolidado. Os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário se tornaram maduros e prontos para manter um diálogo inteligente e político que vai além do partidarismo. Entidades consideradas essenciais à função jurisdicional do

¹⁰ Além do HC 82424, citado na nota abaixo, o racismo pautou também os julgamentos sobre as políticas afirmativas para negros e pardos em universidades públicas brasileiras, quando se destacou a sua importância para vencer um quadro de “racismo estrutural e institucional ainda existente na sociedade brasileira” (STF, ADC 41, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 16/08/2017). No mesmo sentido: STF, ADPF 186, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 17/10/2014.

¹¹ Sobre o tema, é o caso do HC 82424, no qual se definiu que o anti-semitismo seria uma forma de racismo e, portanto, seria imprescritível de acordo com a Constituição Federal (STF, HC 82424, Tribunal Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, Rel. p/ Acórdão Min. Maurício Corrêa, Dje 19/03/2004).

¹² Na oportunidade, o Supremo Tribunal Federal determinou uma série de obrigações ao Poder Executivo e ao Judiciário tendo em vista o “quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais” no âmbito do sistema prisional brasileiro, caracterizado pela Corte como “estado de coisas inconstitucional” (STF, Medida Cautelar na ADPF 347, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Dje 18/02/2016)

¹³ Sobre o tema, importantes decisões foram tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos seguintes casos: STF, MS 26602, Tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, Dje 16/10/2008; STF, MS 26603, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Melo, Dje 18/12/2008; STF, MS 26604, Tribunal Pleno, Rel. Min. Cármen Lúcia, Dje 02/10/2008.

¹⁴ STF, ADI 3510, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, Dje 28/05/2013.

¹⁵ Tal característica está especialmente presente no caso da reclamação, prevista no artigo 102, I, “l”, da Constituição Federal

Estado também foram capacitadas, definindo uma estrutura de poder verdadeiramente poliárquica.

O Ministério Público do Brasil obteve fortes garantias de autonomia administrativa, financeira e política, sendo completamente destacado do Executivo, sem estar subordinado aos poderes Legislativo ou Judiciário. O Departamento de Polícia Federal do Brasil, embora ainda subordinado ao Ministério da Justiça, conquistou grande autonomia na aplicação da lei. A Constituição também reforçou a relevância do controle político e financeiro sobre a administração pública. O fortalecimento do Tribunal de Contas da União (TCU), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e da extinta Controladoria Geral (CGU) - hoje denominado Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle - foi fundamental para a melhoria do combate à corrupção. Essas vitórias notáveis demonstram que a CF/1988 estabeleceu uma forte ordem democrática inédita no Brasil, suficientemente forte para garantir o Estado de Direito mesmo diante de situações tensas.

1.b Origens da crise democrática brasileira

Compreender o chamado processo de crise democrática no Brasil envolve desvendar como acontecimentos históricos recentes se traduziram em uma reconformação das instituições outrora fortalecidas pelo processo constituinte de 1988. O texto constitucional vigente tem mostrado possuir força normativa suficiente para regular situações extremas de fragilidade do sistema de governo adotado. Todavia, nos últimos anos, diversos fatores políticos, econômicos e sociais têm dado azo ao recrudescimento do discurso populista, sem que seja tarefa simples identificar as causas da decadência democrática no país¹⁶.

Os primeiros sintomas da recente crise democrática tornaram-se aparentes a partir da eclosão das manifestações em massa no Brasil em junho de 2013, que ficaram conhecidas como *Manifestações de Junho* ou *Jornadas de Junho*. Essas manifestações representaram o maior movimento político popular desde o período da redemocratização que resultou no fim da ditadura militar na década de 1980. A onda

¹⁶ Como bem destaca Tom Daly: “At every turn, the Brazilian context reminds us that identifying democratic decay is difficult, that assessments cannot be based on superficial analysis, and that what democracy means, and who ‘owns’ the democratic system, are far from settled questions” (DALY, Tom Gerald, *Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro*, p. 1–22, 2019, p. 8).

de protestos foi desencadeada pela ação do chamado Movimento Passe Livre (MPG) que iniciou protestos contra o aumento nos preços das passagens de ônibus no município de São Paulo/SP. Os desdobramentos dessas manifestações, porém, acabaram por englobar pautas bastante diversas, tais como a ineficiência de serviços públicos de saúde e educação, a luta contra a desigualdade socioeconômica, a insatisfação com uma suposta ausência de alternância no Poder Executivo e – principalmente – a luta contra a corrupção arraigada no sistema político¹⁷. Os protestos também foram impulsionados pelo intenso uso de redes sociais e diversas formas de comunicação em massa. A principal particularidade dos movimentos de Junho de 2013 diz respeito à tentativa de seus participantes de desvencilhá-lo de qualquer caráter partidário¹⁸. Como esperado, essas manifestações ocorreram dentro de regras institucionais e constitucionais.

A eclosão desses movimentos populares foi sucedida por uma crise política desencadeada pela chamada “Operação Lava-Jato”. Em março de 2014, a operação revelou atos de corrupção e lavagem de dinheiro relacionados à empresa estatal Petrobrás. O esquema de corrupção incluía políticos que apontavam pessoas chave para altos cargos na Petrobras, e essas pessoas, por sua vez, supostamente serviam como intermediários em benefícios em contratos com o governo que serviam camufladamente para o financiamento de partidos políticos e campanhas eleitorais. As investigações tiveram como alvo quatro grupos que poderiam estar envolvidos nesses esquemas: operadores financeiros, gerentes da Petrobras, políticos e empresários, principalmente da indústria da construção. Essas tensões políticas levaram a novos protestos populares de rua contra o governo em 2015¹⁹.

No plano do Poder Executivo, a situação se tornou ainda mais sensível em dezembro de 2015 quando o presidente da Câmara dos Deputados aceitou uma oferta de impeachment contra a então presidente Dilma Rousseff. O episódio pode ser compreendido como consequência da deterioração da articulação política em um sistema de presidencialismo de coalizção, tornando insustentável o equilíbrio entre poderes. A denúncia de impeachment foi direcionada à presidente por crimes de

¹⁷ SAAD-FILHO, Alfredo. Mass Protests under “Left Neoliberalism”: Brazil, June-July 2013. *Critical Sociology*, v. 39, n. 5, p. 657–669, 2013, p. 657.

¹⁸ WINTERS, Matthew S.; WEITZ-SHAPIRO, Rebecca. Partisan Protesters and Nonpartisan Protests in Brazil.

Journal of Politics in Latin America Winters, p. 137–150, 2014.

¹⁹ MELO, Marcus André. Latin America’s New Turbulence: Crisis and Integrity in Brazil. *Journal of Democracy*, n. 2, pp. 50-65, 2016, p. 52.

falsidade contra a lei orçamentária, apontando que ela usou indevidamente dinheiro de bancos estatais para cobrir déficits orçamentários em 2014. Segundo a acusação, essas manipulações financeiras teriam sido feitas principalmente para esconder um crescente déficit público antes de sua reeleição. Em 12 de maio de 2016, depois que dois terços dos membros da Câmara dos Deputados aceitaram essas acusações, o Senado Federal brasileiro decidiu suspender a presidência de Dilma Rousseff por 180 dias. O então vice-presidente Michel Temer assumiu a chefia do Poder Executivo. Em 31 de agosto, o Senado Federal cassou o mandato da Presidente da República de forma definitiva.

Essa não foi a primeira vez que um presidente eleito brasileiro enfrentou um impeachment. Em 1992, o ex-presidente Fernando Collor também havia sido acusado de crimes de malversação e também acabou passando por um processo de impedimento. No contexto da CF/88, portanto, assistiu-se a dois processos de destituição de Presidentes da República, sem que a normalidade institucional tivesse sido violada em qualquer dessas ocasiões. Durante o processo de impeachment da Presidente Dilma Rousseff, o STF foi instado duas vezes a examinar a legalidade do procedimento levado a cabo pelo Congresso Nacional²⁰. Nas duas ocasiões, a Corte, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 09/05/2016.

Constitucional buscou assegurar o cumprimento do contraditório e ampla defesa à investigada, sem interferir de forma indevida na autonomia das casas legislativas do Parlamento.

A crise política, no entanto, não se arrefeceu após a conclusão do processo de impeachment. Durante os anos de 2016 e 2017, o governo do presidente Michel Temer também sofreu dura resistência popular, sobretudo em virtude do seu perfil reformista e por conta das mudanças de política econômica e orçamentária implementadas. A aprovação da Emenda Constitucional nº 95/2016, que estabeleceu limites individualizados de despesas primárias para os próximos vinte exercícios financeiros no âmbito dos três Poderes, do Ministério Público da União, do Conselho Nacional do Ministério Público, do Tribunal de Contas da União e da Defensoria Pública da União.

²⁰ O plenário do Supremo Tribunal Federal analisou a questão em duas decisões principais, a saber: STF, Medida Cautelar na ADPF 378, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Rel. p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Dje 03/08/2016; STF, Medida Cautelar na ADI 5498, Tribunal Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Dje 10/05/2017. Outras importantes decisões também analisaram o tema: STF, Medida Cautelar no MS 34127, Tribunal Pleno, Rel. Min. Roberto Barroso, Rel. p/ Acórdão Min. Teori Zavascki, Dje 10/10/2016; Medida Cautelar no MS 34130, Tribunal Pleno, Rel. Min. Edson Fachin, Dje 31/08/2016; STF, Medida Cautelar no MS 34131

A EC n. 95/2016 objetivava reverter o quadro de degeneração das contas públicas nacionais ocasionado pelo exacerbado aumento de despesas nos últimos anos. Contudo, a alteração constitucional gerou forte resistência, sobretudo por seus possíveis impactos nos gastos com ações e serviços públicos de saúde.

O período eleitoral do final de 2018 foi marcado por uma turbulenta polarização entre grupos apoiadores do Partido dos Trabalhadores (PT) e eleitores do candidato Jair Bolsonaro, que então se apresentava como uma alternativa ao *establishment* político vigente, defendendo pautas que poderiam ser identificadas como de Direita ou de Extrema-Direita²¹. Observou-se ainda uma mudança de paradigma da propaganda eleitoral, que passou a se desenvolver intensamente por meio de redes sociais, em detrimento do modelo até então predominante de comunicação de massa em rádio e TV²². Além disso, o combate a notícias falsas apresentou-se como um desafio a ser enfrentado pelo Poder Judiciário, tendo o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) analisado 50 (cinquenta) processos judiciais em que se veiculava pedidos de retirada de conteúdos supostamente falsos na internet²³.

Apesar de todos esses acontecimentos sugerirem uma tendência de crise, seria um exagero afirmar a existência de um desmantelamento estrutural da ordem democrática. Apesar dos percalços recentes, observa-se um ainda sólido empenho da sociedade com os principais elementos constitucionais que erguem a democracia, como a garantia do cumprimento dos resultados dos pleitos eleitorais, a proteção de direitos individuais e a liberdade de imprensa²⁴. A manutenção deste tenuous equilíbrio, no entanto, invariavelmente depende da atuação de um Poder Judiciário independente frente aos avanços populistas.

²¹ Para uma análise dos fatores políticos e sociais que explicam a ascensão do governo do presidente eleito, cf. DALY, Tom Gerald. *Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro*, p. 1–22, 2019.

²² Tal fenômeno encontra paralelo com ocorrido nas eleições norte-americanas, conforme analisado em profundidade na obra BENKLER, Yoachai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. *Network Propaganda: manipulation, desinformation, and radicalization in american politics*. New York: Oxford University Press, 2018.

²³ Nesse sentido, cf. TSE atuou com celeridade no julgamento de processos sobre fake news durante as Eleições 2018. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Novembro/tse-atuou-com-celeridade-no-julgamento-de-processos-sobre-fake-news-durante-as-eleicoes-2018>

²⁴ DALY, Tom Gerald. *Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro*, p. 1–22, 2019, p. 21.

1.c O papel da Corte Constitucional em tempos de populismo

O avanço populista em geral impõe um sensível questionamento acerca da legitimidade democrática das cortes constitucionais, uma vez que os juízes têm o poder de revisar decisões tomadas por agentes políticos eleitos na esteira do discurso de revisão do “establishment” político²⁵.

Diante da emergência populista exsurge um conflito entre, de um lado, a agenda reformista supostamente ancorada na vontade popular e, de outro, a defesa dos limites de reforma da ordem jurídica que devem ser guardados pelas Cortes Constitucionais²⁶. A princípio, essa situação pode gerar um enfraquecimento das cortes constitucionais, que passam a se ver ameaçadas no exercício do seu clássico mandado contra majoritário. Torna-se, assim, imperioso que as Cortes Constitucionais reajam para proteger minorias e garantias individuais estabelecidas.

Há, todavia, uma possibilidade alternativa. Embora as Cortes Constitucionais sejam em geral consideradas “alvos” dos governos populistas, é possível que os Tribunais acabem adotando um caminho de incorporação do populismo. Ao invés de reagir, os Tribunais podem acabar buscando reconstruir a sua legitimidade democrática incorporando o discurso de que os Tribunais devem “falar pelo povo” e representar a vontade popular²⁷.

A crise democrática brasileira parece estar marcada pela tendência de se adotar o segundo modelo. O contexto de crise democrática nos últimos anos tem tornado cada vez mais significativa a influência do Poder Judiciário e do Ministério Público na formação da opinião pública. A estrutura poliárquica de poder criada pela Constituição Federal de 1988 permitiu que os Tribunais e os órgãos incumbidos da realização de Funções Essenciais da Justiça se tornassem agentes importantes para a efetivação de direitos fundamentais. A eclosão de movimentos sociais que impulsionavam o discurso de combate a corrupção acabou por ressignificar o papel dessas instituições, deixando

²⁵ Essa visão encontra-se expressa em: „*The populist challenge prompts a revisit of the debate about the democratic legitimacy of judges being empowered to displace the decisions of elected legislative assemblies (the constitutional review debate)*“ PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, v. 20, n. 02, p. 245–262, 2019, p. 245.

²⁶ PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, v. 20, n. 02, p. 245–262, 2019, p. 246.

²⁷ ARGUELHES, Diego Werneck. Judges Speaking for the People: Judicial Populism beyond Judicial Decisions, 2017.

cada vez mais claras as tensões que se estabelecem entre jurisdição constitucional e democracia.

Sobretudo no âmbito da chamada Operação Lava-Jato, em larga medida, a atuação de membros do Ministério Público e de membros do Judiciário responsáveis pelo julgamento das ações penais passou a ecoar a máxima de que a justiça deveria operar em favor da vontade das vozes das ruas no combate à corrupção. Juízes e promotores públicos se tornaram figuras conhecidas do grande público e ovacionadas em manifestações de massa nos anos de 2016 e de 2017. Essa ambiência passou a suscitar dúvidas sobre como o Poder Judiciário e a Corte Constitucionais mais especificamente deveria reagir a esses movimentos. Como destaca com clareza o professor Diego Werneck: “No Brasil, em meio à desilusão geral com o establishment, alguns juízes se apresentaram ativamente como canalizadores do sentimento popular, falando pelos ‘verdadeiros interesses do povo’” (tradução livre)²⁸.

Conforme será discutido no próximo tópico do presente artigo, essa tendência de inclinação ao populismo tem sido refreada pelo âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual tem atuado como um verdadeiro agente estabilizador da crise institucional.

2 A ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ENQUANTO AGENTE ESTABILIZADOR DA CRISE INSTITUCIONAL

Diante do fenômeno de crise da democracia e da sobrelevação de tendências populistas que se alastram entre os Três Poderes, a atuação do Supremo Tribunal Federal tem se tornado importante elemento estabilizador da crise institucional brasileira. Conforme será discutido no presente tópico, é possível afirmar que, a despeito da ressignificação recente do papel do Poder Judiciário, cada vez mais cioso da sua influência política, a Suprema Corte brasileira não tem, pelo menos até o presente momento, alinhando-se à invocação de que os juízes constitucionais devem incorporar a missão de *falar pelo povo*. Pelo contrário, verifica-se uma disposição de reafirmação de direitos fundamentais, que corrobora a função contra-majoritária da jurisdição constitucional em face do populismo.

²⁸ ARGUELHES, Diego Werneck. Judges Speaking for the People: Judicial Populism beyond Judicial Decisions, 2017.

No presente tópico, serão brevemente discutidos casos recentes e emblemáticos julgados pelo Tribunal que confirmam essa atuação estabilizadora. Em primeiro lugar, será abordada a atuação do STF na conformação do uso de acordos em investigações criminais, que hoje se destacam como o principal meio de investigação utilizado no âmbito da chamada Operação Lava- Jato. Em segundo lugar, será discutida a atuação do Tribunal na afirmação da liberdade de expressão em ambiente universitário no período eleitoral de 2018.

2.a A conformação do uso de acordos em investigações criminais

O cenário atual da justiça criminal brasileira apresenta clara tendência no sentido da expansão dos espaços negociais no processo penal. Além de propostas de ampliação ao cabimento de acordos penais (ex. PL 8045 novo CPP; 10 medidas MPF, etc.), o meio de investigação denominado “colaboração premiada” tem adquirido posição de destaque, especialmente nos casos de criminalidade complexa e econômica. Embora o mecanismo da delação premiada esteja previsto no ordenamento brasileiro desde 1990 em diversas leis, sem dúvidas foi a partir da Lei 12.850/2013 e da operação Lava-Jato que o mecanismo se tornou foco central das atenções, tanto dos operadores do Direito como da mídia e da sociedade em geral.

Ocorre que, em momentos em que a sociedade se mobiliza avidamente em torno de um discurso de combate a corrupção, conferir certa discricionariedade aos agentes do Estado para exercício do poder de investigação pode acarretar excessos em prejuízo ao cidadão e a suas garantias fundamentais. Nesse esteio, o investigado procura se amparar na jurisdição constitucional, com o intuito de ver suas garantias respeitadas. Tendo em vista que parte dos sujeitos investigados na Operação Lava-Jato possuía foro privilegiado, o Supremo Tribunal Federal foi acionado de imediato, como revisor dos acordos celebrados e como garantidor dos direitos dos imputados.

No plenário do STF, três foram os principais julgamentos:

- a.iHC 127.483²⁹: precedente que assentou diversas questões sobre colaboração premiada, como a sua natureza (meio de obtenção de prova), a falta de interesse jurídicos dos delatados para impugnar o acordo, as características

²⁹ Rel. Min. Dias Toffoli, j. 27/08/2015.

do ato de homologação, entre outras importantes questões³⁰.

a.ii QO na PET 7.074³¹: definiu que a homologação do acordo em Tribunais deve ser feita pelo Relator. Ressaltou, ademais, a vinculação do julgador ao acordo no momento do sentenciamento e definiu hipóteses excepcionais em que pode haver revisão após a homologação³².

a.iii ADI 5.508³³: declarou constitucional a possibilidade de o acordo de colaboração premiada ser firmado entre réu e delegado de polícia³⁴.

A atuação do Supremo Tribunal Federal está sendo essencial para delimitar os contornos do instituto da colaboração premiada e do seu procedimento. Contudo, alguns pontos ainda se sobressaem por problemas e debates atuais, o que certamente demandará futuras análises pela Corte.

Um dos pontos em debate se refere às cláusulas dos acordos e o respeito à legalidade. Na prática, os termos de cooperação assinados na operação Lava-jato preveem cláusulas de benefícios que destoam das previsões legais, tanto da Lei 12.850/13 quanto do Código Penal e da Lei de Execuções Penais. A título de exemplo,

³⁰ Decisão: Após os votos dos Ministros Dias Toffoli (Relator), Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski (Presidente), que conheciam do habeas corpus, e os votos dos Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que não conheciam do pedido, o Tribunal, tendo em conta o empate, conheceu da impetração. No mérito, os Ministros Dias Toffoli (Relator) e Gilmar Mendes denegaram a ordem. Em seguida, o julgamento foi suspenso. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo paciente, o Dr. José Luís Oliveira Lima, e, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Vice-Procuradora-Geral da República. Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 26.08.2015. Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, denegou a ordem. Impedido o Ministro Teori Zavascki. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 27.08.2015.

³¹ Rel. Min. Edson Fachin, j. 29/06/2017

³² Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Gilmar Mendes, resolveu questão de ordem suscitada pelo Ministro Marco Aurélio no sentido de que o entendimento adotado no julgamento da questão de ordem na PET 7074 se estende a outros casos. Em seguida, o Tribunal, nos termos do voto do Relator, ora reajustado, resolveu questão de ordem no sentido de reafirmar, nos limites dos § 7º e § 11 do art. 4º da Lei 12.850/2013, e incs. I e II do art. 21 do RI/STF: i) a atribuição do Relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio; ii) a competência colegiada do Supremo Tribunal Federal, em decisão final de mérito, para avaliar o cumprimento dos termos bem como a eficácia do acordo, vencidos, nos termos de seus votos, os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Marco Aurélio; iii) que o acordo homologado como regular, voluntário e legal em regra haverá de ser observado mediante o cumprimento dos deveres assumidos pelo colaborador, sendo possível ao Plenário a análise de sua legalidade, nos termos do § 4º do art. 966 do CPC. Ausente o Ministro Ricardo Lewandowski, participando do Seminário de Verão 2017, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2017.

³³ Rel. Min. Marco Aurélio, j. 20/06/2018

³⁴ Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido, assentado a constitucionalidade do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei 12.850/13. Vencidos, em parte, os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli. Nesta assentada, reajustaram seus votos, para acompanhar o Relator, os Ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 20.6.2018.

citam-se os regimes diferenciados de cumprimento de pena, a execução da pena após a homologação, a autorização para que colaboradores permaneçam com bens de origem ilícita, etc. Assim, ao não se respeitar a legalidade, são abertas brechas para ilegalidades que precisam ser limitadas, especialmente em períodos instáveis.

Uma segunda questão ainda controversa se refere à impugnação do acordo por terceiros. Nesse tocante, STF³⁵ e STJ³⁶ adotaram posição no sentido de que co-imputados delatados não possuem interesse jurídico para impugnar acordos de colaboração premiada, pois se tratariam de negócios jurídicos personalíssimos. Em caráter exemplificativo, confira-se o que decidiu o Supremo, em precedente da lavra do Min. Dias Toffoli³⁷:

Por se tratar de negócio jurídico personalíssimo, o acordo de colaboração premiada não pode ser impugnado por coautores ou partícipes do colaborador na organização criminosa e nas infrações penais por ela praticadas, ainda que venham a ser expressamente nominados no respectivo instrumento no “relato da colaboração e seus possíveis resultados” (art. 6º, I, da Lei nº 12.850/13).

Recentemente, tenho sustentado que tal lógica civilista deve ser lida com cautelas na esfera penal. Ao mesmo tempo, o acordo de colaboração premiada é um meio de obtenção de provas, de investigação, em que o Estado se compromete a conceder benefícios a imputado por um fato criminoso, com o objetivo de incentivar a sua cooperação à persecução penal. Embora o acordo de colaboração premiada, nos termos da Lei 12.850/2013, possa apresentar distintos objetivos, em regra a sua principal função probatória é instruir o processo penal, visando à melhor persecução penal de co-imputados nos fatos investigados. Ou seja, o Estado oferece um tratamento mais leniente a um acusado com o objetivo de obter provas para punir outros imputados. Resta evidente, portanto, que o acordo de colaboração premiada acarreta gravoso impacto à esfera de direitos de eventuais corréus delatados. E, mais do que isso, toca intimamente em interesses coletivos da sociedade, tendo em vista que possibilita a concessão de benefícios penais pelo Estado.

Por um lado, ainda que o Supremo tenha bem ressaltado que a homologação do acordo de colaboração premiada não assegura ou atesta a veracidade das declarações

³⁵ STF, Inq 3983, Tribunal Pleno, Rel. Min. Teori Zavascki DJe 12/05/2016.

³⁶ Agravo Regimental no Inq. 1.093/DF. Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 06/09/2017.

³⁷ HC 127.483, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe de 4.2.2016

do delator, não se pode negar que o uso midiático de tais informações acarreta gravíssimos prejuízos à imagem de terceiros. Ou seja, é evidente e inquestionável que a esfera de terceiros delatados é afetada pela homologação de acordos ilegais e ilegítimos. Conforme pontuado na doutrina:

Na medida em que tem assim como finalidade precípua a incriminação de terceiros, pelo menos, por um crime de organização criminosa, a colaboração premiada apresenta-se como um meio processual idóneo a atentar contra direitos fundamentais das pessoas visadas pela delação, desde logo e de forma imediata, o direito à honra, mas ainda também, potencialmente, a liberdade de locomoção, a propriedade ou a reserva íntima da vida privada³⁸.

Outra temática que ainda merece maior atenção diz respeito ao valor probatório dos elementos produzidos por colaborador. Com efeito, além do necessário respeito ao contraditório em relação aos elementos probatórios produzidos pelo colaborador, o STF tem proferido importantes decisões para reforçar a regra de corroboração, a qual veda que qualquer sentença seja proferida com base exclusivamente nas palavras do colaborador (art. 16, 4º, 12.850). Igualmente, assentou-se que prisões cautelares não podem ser decretadas em igual situação, tampouco denúncias serem recebidas.

Um último ponto de importância fundamental para a compatibilização do instituto com as garantias fundamentais do processo penal é a necessidade de melhor definição dos limites e premissas para atuação do defensor técnico do colaborador e do acusador (MP). Por se tratar de um instituto recentemente inserido no ordenamento jurídico brasileiro e colocado à prova em uma das maiores operações da história — Operação Lava Jato, — ainda não restam claros os limites e responsabilidades do *parquet* e dos advogados. É importante, portanto, que se atualizem as diretrizes internas do Ministério Público e da própria Ordem dos Advogados.

Assim que superadas essas questões, será possível dizer que o Brasil caminha no sentido de um caminho mais estável, no que se refere à aplicação de seus institutos e ao respeito às instituições.

³⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes; BRANDÃO, Nuno. Colaboração premiada: reflexões críticas sobre os acordos fundantes da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 133, ano 25, jul. 2017. p. 146

2.b A afirmação da Liberdade de expressão no ambiente universitário

De forma geral, uma consequência bastante comum em momentos de crise é o início da censura política. Em 2018, não foi diferente. Consternados pela intensa polarização que tomou o país durante o período eleitoral e no intuito de mitigar exposições ideológicas em ambientes acadêmicos, alguns juízes eleitorais determinaram buscas e apreensões de panfletos e materiais de campanha eleitoral em universidades e nas dependências das sedes de associações de docentes, proibiram aulas com temática eleitoral e reuniões e assembleias de natureza política, impondo-se a interrupção de manifestações públicas de apreço ou reprovação a candidatos no segundo turno das eleições gerais de 2018 em universidades federais e estaduais. Para tanto, os juízes eleitorais ampararam-se basicamente no art. 37 da Lei 9.504/97³⁹.

Insista-se: volta-se a norma contra práticas abusivas e comprometedoras da livre manifestação de ideias, o que não é o mesmo nem próximo sequer do exercício das liberdades individuais e públicas. O uso de formas lícitas de divulgação de ideias, a exposição de opiniões, ideias, ideologias ou o desempenho de atividades de docência é exercício da liberdade, garantia da integridade individual digna e livre, não excesso individual ou voluntarismo sem respaldo fundamentado em lei.

³⁹ Art. 37. Nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum, inclusive postes de iluminação pública, sinalização de tráfego, viadutos, passarelas, pontes, paradas de ônibus e outros equipamentos urbanos, é vedada a veiculação de propaganda de qualquer natureza, inclusive pichação, inscrição a tinta e exposição de placas, estandartes, faixas, cavaletes, bonecos e assemelhados.

§ 1^o A veiculação de propaganda em desacordo com o disposto no **caput** deste artigo sujeita o responsável, após a notificação e comprovação, à restauração do bem e, caso não cumprida no prazo, a multa no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

§ 2^o Não é permitida a veiculação de material de propaganda eleitoral em bens públicos ou particulares, exceto de: I - bandeiras ao longo de vias públicas, desde que móveis e que não dificultem o bom andamento do trânsito de pessoas e veículos; II - adesivo plástico em automóveis, caminhões, bicicletas, motocicletas e janelas residenciais, desde que não exceda a 0,5 m² (meio metro quadrado)

§ 3^o Nas dependências do Poder Legislativo, a veiculação de propaganda eleitoral fica a critério da Mesa Diretora

§ 4^o Bens de uso comum, para fins eleitorais, são os assim definidos pela Lei n^o 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil e também aqueles a que a população em geral tem acesso, tais como cinemas, clubes, lojas, centros comerciais, templos, ginásios, estádios, ainda que de propriedade privada.

(...)

§ 7^o A mobilidade referida no § 6^o estará caracterizada com a colocação e a retirada dos meios de propaganda entre as seis horas e as vinte e duas horas.

§ 8^o A veiculação de propaganda eleitoral em bens particulares deve ser espontânea e gratuita, sendo vedado qualquer tipo de pagamento em troca de espaço para esta finalidade.

Liberdade de pensamento não é concessão do Estado. É direito fundamental do indivíduo que a pode até mesmo contrapor ao Estado. Por isso não pode ser impedida, sob pena de substituir-se o indivíduo pelo ente casual, o que se sabe bem onde vai dar. E onde vai dar não é o caminho democrático, mas da ausência de direito e déficit democrático.

Exercício de autoridade não pode se converter em ato de autoritarismo, que é a providência sem causa jurídica adequada e fundamentada nos princípios constitucionais e legais vigentes."

Amparado na fundamentação da relatora, em 31 de outubro de 2018, o Plenário do STF referendou por unanimidade a decisão liminar proferida⁴⁰. Trata-se de um exemplo claro da importância da jurisdição constitucional em momentos de crise democrática. Caso o Supremo não tivesse atuado como o fez, poder-se-ia legitimar um estado de flagrante abuso de autoridade. O caso novamente reforça a atuação estabilizadora do STF no contexto de crise democrática.

CONCLUSÃO

Como destacado, a Constituição de 1988 inaugurou um período democrático, pondo fim a um Regime anterior marcado pelo autoritarismo. De tal ano até os dias

⁴⁰ Decisão: O Tribunal, por unanimidade, reconheceu adequada a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental, seja porque respeitado, no caso, o princípio da subsidiariedade, seja, ainda, porque processualmente viável a impugnação, por seu intermédio, de decisões judiciais ou de interpretações judiciais de textos normativos. Em seguida, o Tribunal, também por votação unânime, referendou, integralmente, a decisão proferida pela Relatora, Ministra Cármen Lúcia, decisão essa que se reveste de efeito vinculante e de eficácia contra todos (suspendendo-se os efeitos de atos judiciais ou administrativos, emanados de autoridade pública que possibilitem, determinem ou promovam o ingresso de agentes públicos em universidades públicas e privadas, o recolhimento de documentos, a interrupção de aulas, debates ou manifestações de docentes e discentes universitários, a atividade disciplinar docente e discente e a coleta irregular de depoimentos desses cidadãos pela prática de manifestação livre de ideias e divulgação do pensamento nos ambientes universitários ou em equipamentos sob a administração de universidades públicas e privadas e serventes a seus fins e desempenhos). O Ministro Gilmar Mendes, que também referendou a decisão da Relatora, propôs, sem adesão dos demais Ministros, outras medidas indicadas no voto que proferiu. Falaram: pela requerente, a Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, Procuradora-Geral da República; pelo amicus curiae AMB - Associação dos Magistrados Brasileiros, o Dr. Alberto Pavie Ribeiro; pelo amicus curiae ANDES - Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, a Dra. Monya Ribeiro Tavares; pelo amicus curiae FASUBRA-SINDICAL - Federação de Sindicatos de Trabalhadores Técnico-Administrativos em Instituições de Ensino Superior Públicas do Brasil, o Dr. Cláudio Santos; pelo amicus curiae CONTEE - Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino, a Dra. Sarah Campos; e, pelo amicus curiae ANDIFES - Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior, o Dr. Claudismar Zupiroli. Antecipou seu voto, acompanhando a Relatora, o Ministro Dias Toffoli, Presidente. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Não votou o Ministro Marco Aurélio. Presidiu, este julgamento, o Ministro Celso de Mello. Plenário, 31.10.2018.

atuais, houve um evidente ciclo de afirmações de direitos individuais e de revalidação do compromisso constitucional com uma sociedade democrática, plural, livre e igualitária. Durante todo este período, mesmo situações sensíveis não levaram a um verdadeiro risco de ruptura das instituições desenhadas pelo constituinte, dentre as quais se destaca o Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a evidente insatisfação social e o recrudescimento das divergências políticas demonstram o desencantamento geral em um sistema que, mesmo em sua Constituição, já afirmava uma série de metas sociais e econômicas consideradas utópicas. Com resultados aquém dos esperados e com a descoberta de diversos escândalos no âmbito da operação Lava-Jato, a insatisfação com a classe política e o desgaste de partidos tradicionais tornaram-se claros sintomas de uma crise da democracia brasileira. Em meio à crescente insatisfação popular, a defesa de mudanças efetivas no panorama político brasileiro passou a ser pautado pela crescente polarização da sociedade, inclusive com apoio a propostas populistas nos mais diversos ramos.

Nesse contexto, o aumento da natural tensão entre a opinião pública e as Cortes Constitucionais não é qualquer novidade. Afinal, as mudanças e reformas pretendidas devem ser feitas dentro dos parâmetros constitucionais, os quais, em última instância, são resguardados pelas Cortes Constitucionais. No entanto, a despeito dos evidentes riscos de os juízes constitucionais passarem a buscar a legitimidade de suas decisões na suposta vontade popular, o presente texto pôde concluir que o Supremo Tribunal Federal tem se mostrado alheio a essa tendência e reafirmado seu compromisso com os direitos fundamentais e com a ordem constitucional vigente.

Os dois casos estudados no presente texto são emblemáticos especialmente por tratarem de temas fundamentais na democracia constitucional. No caso da colaboração premiada, mesmo sob forte pressão de discursos favoráveis à flexibilização de garantias penais em prol de uma suposta eficiência no combate à corrupção, o Tribunal tem reiteradamente afirmado a necessidade de conferir tratamento legal e constitucional adequado às novidades introduzidas na legislação penal brasileira, em respeito tanto aos direitos dos réus quanto ao interesse social na correta elucidação e punição dos atos praticados. Já no segundo caso, a liberdade de expressão no ambiente acadêmico foi reafirmada pelo STF frente a crescentes alegações de parcela da sociedade de uso dos espaços de universidades públicas para realização de propaganda partidária.

A breve análise realizada no texto demonstra que, embora discursos de cunho populista tenham se refletido na atuação de diversas entidades brasileiras, inclusive no Ministério Público e no Judiciário, o Supremo Tribunal Federal vem cumprindo com sua função de garantia da Constituição Federal. O Tribunal, assim, reafirmou nos últimos anos, marcados por evidente crise política e econômica, o seu compromisso com a estabilidade da democracia brasileira, a qual tem como fundamento não apenas o respeito aos anseios do povo, mas também a garantia dos direitos fundamentais.

BIBLIOGRAFIA

ARGUELHES, Diego Werneck. *Judges Speaking for the People: Judicial Populism beyond Judicial Decisions*. 2017.

BALKIN, Jack M. Constitutional Crisis and Constitutional Rot. *Maryland Law Review*, v. 77, n. 147, p. 147–160, 2017.

BENKLER, Yoachai; FARIS, Robert; ROBERTS, Hal. **Network Propaganda: manipulation, desinformation, and radicalization in american politics**. New York: Oxford University Press, 2018.

DALY, Tom Gerald. Populism, Public Law, and Democratic Decay in Brazil: Understanding the Rise of Jair Bolsonaro. p. 1–22, 2019.

ELKINS, Zachary. Is the Sky Falling? Constitutional Crisis in Historical Perspective. *In: inConstitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018.

GRABER, MARK A.; LEVINSON, SANFORD; TUSHNET, MARK. **Constitutional Democracy in Crisis**. New York: Oxford University Press, 2018.

HUQ, Aziz Z.; GINSBURG, Tom. How to Lose a Constitutional Democracy. *Ssrn*, v. 78, 2017. MELO, Marcus André. Latin America's New Turbulence: Crisis and Integrity in Brazil. *Journal of Democracy*, n. 2, pp. 50-65, 2016.

PIN, Andrea. The transnational drivers of populist backlash in Europe: The role of courts. *German Law Journal*, v. 20, n. 2, p. 225–244, 2019. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/>>.

PRENDERGAST, David. The judicial role in protecting democracy from populism. *German Law Journal*, v. 20, n. 02, p. 245–262, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/S2071832219000154/type/journal_article>.

SAAD-FILHO, Alfredo. Mass Protests under “Left Neoliberalism”: Brazil, June-July 2013. *Critical Sociology*, v. 39, n. 5, p. 657–669, 2013.

TUSHNET, Mark. Varieties of populism. *German Law Journal*, v. 20, n. 03, p. 382–389, 2019. Disponível em: <https://www.cambridge.org/journal_article>.

WINTERS, Matthew S.; WEITZ-SHAPIRO, Rebecca. Partisan Protesters and Nonpartisan Protests in Brazil. *Journal of Politics in Latin America* Winters, p. 137–150, 2014.

6. REDES SOCIAIS, COMPANHIAS TECNOLÓGICAS E DEMOCRACIA¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-6>

Francisco Balaguer Callejón

Introdução

As redes sociais haviam despertado grande expectativa em relação ao impulso dos processos democráticos ante regimes ditatoriais e em relação às possibilidades de melhorar a qualidade democrática dos sistemas constitucionais. No entanto, a forma como estão sendo gerenciadas pelas companhias tecnológicas põs em xeque seu funcionamento, do ponto de vista da sua compatibilidade com os direitos constitucionais, sua incidência negativa nos procesos democráticos, especialmente nos eleitorais, e o respeito às regras da competição por parte destas companhias, entre outros âmbitos. No título deste trabalho já se incorpora uma referência às companhias tecnológicas como um fator que deve ser situado atualmente na relação entre as redes sociais e a democracia para compreender a natureza dos problemas aos quais nos enfrentamos. As inércias do desenvolvimento tecnológico, que é no Século XXI um instrumento de legitimação muito potente, levam as vezes a pensar, de forma inconsciente, que as redes sociais são pouco menos que um fenômeno natural, desligado do mercado e sem relação com o interesse, muitas vezes espúrio, das companhias tecnológicas que as gerenciam. Tais companhias estão construindo um novo mundo e o fazem em função de suas expectativas de benefício econômico, sem que pareça lhes importar a lesão a direitos gerada por esta orientação no sentido da rentabilidade econômica e a incidencia negativa que sua atividade manifesta sobre os processos democráticos e os sistemas constitucionais.

Frente às companhias tecnológicas, os governos dos Estados e especialmente a Administração norte-americana, que é a principal responsável pelo seu controle, estão reagindo muito lentamente, quando o fazem, sem intervenção alguma em relação aos problemas constitucionais generados ou através de intervenções mínimas que não servem para corrigir os problemas. Paradoxalmente, é a União Europeia juntamente

¹ Traduzido do castelhano por Hugo César Araújo de Gusmão

com alguns Estados europeus, que está fazendo frente em maior medida aos desmandos destas companhias. Um paradoxo aparente se levamos em consideração que a permissividade dos reguladores norte-americanos pode ter como contrapartida um interesse estratégico na acumulação de dados em nível mundial por parte destes e sua utilização pelas agências de segurança norte-americanas. Algo que já foi possível contrastar em relação à Cambridge Analytica que, ao tempo em que intervinha de maneira fraudulenta em procesos eleitorais no Reino Unido mantinha também relações em âmbitos como a defesa ou serviços de inteligência e de segurança².

Para entender o alcance dos problemas podemos fazer uma comparação com a forma como se desenvolviam (e continuam se desenvolvendo em parte) os processos comunicativos, tanto privados como públicos, antes do surgimento das redes sociais e das grandes plataformas de internet. As comunicações privadas estavam, e continuam estando, sujeitas a uma proteção constitucional: a correspondência ou as conversações telefônicas não podem ser interceptadas senão com uma autorização judicial. Os meios de comunicação são plurais e devem dar uma informação objetiva, diferenciável das diversas opiniões difundidas através dos mesmos. A publicidade está sujeita a certas regras e deve ser oferecida de maneira diferenciada nos meios sem que seja admissível a publicidade subliminar.

Levando em consideração as condições anteriores, imaginemos agora que alguém tem a possibilidade de conhecer nossa correspondência, que pode ouvir tudo que falamos a qualquer momento e até mesmo saber o que estamos lendo no jornal cada día, o tempo que dedicamos a cada notícia assim como o tipo de notícias ou de artigos que nos interessa ou nos desagradam e a reação que nos provoca sua leitura. Imaginemos também que, com todos estes dados, alguém tem a capacidade de processá-los, de definir por meio de algoritmos quais são nossos gostos e de oferecer-nos justamente aquelas coisas que mais nos agradariam comprar, através de uma propaganda personalizada. Demos um passo adiante e pensemos que tais dados são utilizados para conhecer não somente nossas preferências mas também nossas fobias e nossos medos e que com eles se elabora um perfil psicológico individualizado que possibilita o envio de propaganda política subliminar orientada a mudar o sentido de

² Cfr. House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. *Disinformation and 'fake news': Final Report*. Published on 18 February 2019 by authority of the House of Commons, p. 78: <<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/1791.pdf>>

nosso voto em uma determinada eleição ou a obstruir nossa participação no processo eleitoral.

Pois bem, isto é exatamente o que aconteceu em alguns dos últimos processos eleitorais celebrados no mundo, começando pelo referendo sobre o Brexit e seguindo pelas eleições presidenciais nos Estados Unidos. Em sua vertente mais grave, o que fizeram algumas plataformas que gerenciam redes sociais não foi tentar convencer abertamente os eleitores de que mudassem seu voto, mas utilizar perfis psicológicos previamente gerados através de algoritmos para produzir uma rejeição contra uma candidatura concreta. Por exemplo, se de todos os dados processados se determina uma fobia particular em relação a cachorros, a determinada pessoa são enviadas fotos de um candidato ou uma candidata acariciando tais animais, para gerar instintivamente e de maneira inconsciente uma sensação de rechaço. Se esta propaganda subliminar se combina com outras operações similares, através de *fake news* e mensagens desalentadoras sobre esta candidatura, talvez não se consiga uma mudança de voto porém sim, é mais possível que se obtenha como resultado a abstenção do destinatário. Quando isto é feito massivamente e de forma personalizada sobre milhares ou milhões de pessoas, o desequilíbrio do processo eleitoral é mais que provável. No caso das eleições presidenciais norte-americanas resta comprovado que foi assim nos Estados decisivos sobre conjuntos muito amplos de eleitores e que foi possível mudar o sentido da eleição nestes Estados.

Naturalmente, se realizamos comparações históricas sempre podemos dizer que nos sistemas ditatoriais do século XX, por exemplo, já houve utilização de meios tecnológicos para difundir propaganda massiva, manipular a opinião pública, impor falsas narrativas e fazer com que as pessoas acreditassem em notícias falsificadas. Muitos destes fenômenos são, com diversas variantes derivadas da época concreta em que se produzem, tão antigos como a história da Humanidade. A novidade, na atividade de algumas companhias que gerenciam redes sociais, é que já não se trata de propaganda massiva enviada com caráter geral a um público mais ou menos amplo ou com caráter setorial a um conjunto concreto de pessoas acerca das quais se conhece basicamente suas preferências políticas ou eventualmente dados que são públicos. Pelo contrário, agora nos encontramos com propaganda política individualizada enviada a cada pessoa em função dos perfis psicológicos elaborados com algoritmos mediante o processamento de dados privados, que não deveriam ser conhecidos ou

utilizados por tais plataformas. Se a isto unimos o fato de que esta propaganda pode chegar a ser subliminar e mudar nossa intenção de voto sem que possamos nos dar conta da manipulação que estamos experimentando, teremos já uma ideia da gravidade do que pode ocorrer, e ocorreu, em alguns dos últimos processos eleitorais celebrados em diversos países.

Para compreender a natureza e o alcance dos desafios enfrentados atualmente pelo sistema democrático, seria conveniente realizar alguns detalhamentos:

1.-Uma parte dos problemas não está vinculada necessariamente com as redes sociais como tais e sim com a atividade das companhias tecnológicas que as gerenciam e o modelo de negócio no qual se baseiam. Tratando-se de um modelo de negócio orientado a conseguir renda publicitária, é fundamental para elas atrair a atenção do público com a finalidade de obter maiores benefícios³. A instabilidade política, a radicalização do espaço público e a conflitividade permanente geram muito mais dinheiro do que um clima de estabilidade e de consenso.

2.-Outros problemas têm a ver com a atividade de agentes globais e nacionais diferentes das companhias tecnológicas, que utilizam as redes com propósitos similares de fomento da instabilidade, em função de outros interesses que já não são necessariamente econômicos, e sim políticos ou geoestratégicos. A questão que se propõe aqui é que esta atividade favorece os interesses econômicos das companhias que gerenciam redes. Por este motivo os controles que elas implementam, quando o fazem, são menos eficazes do que aqueles que aplicam em função de outras limitações que consideram mais necessárias para sua imagem pública, de acordo com o ideário que consideram mais generalizado entre seus usuários, por exemplo.

3.-Há um terceiro tipo de problemas que pode estar vinculado ao tipo de suporte comunicativo e ao desenvolvimento tecnológico, que poderia ser considerado estrutural, ao menos no atual estado de desenvolvimento das plataformas. A capacidade de intervenção pública sobre eles é mais reduzida. No entanto, é fundamental estabelecer os limites reais, por que estas companhias tendem a utilizar a tecnologia como um obstáculo permanente frente a qualquer controle, afirmando habitualmente haver limitações técnicas que impedem que estes controles sejam implementados.

³ Como indicam, Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom, 2017. "Is Social Media a Threat to Democracy?", 1 de Octubre de 2017, <https://www.omidyargroup.com/wp-content/uploads.pdf>

Por outro lado, é importante analisar também o impacto das redes sociais num contexto mais amplo que aquele dos procesos eleitorais (apesar de terem sido tais processos que, justificadamente, chamaram atenção do público) já que estão sucitando novos paradigmas, não somente comunicativos mas também políticos, e uma transformação das pautas culturais em muitos âmbitos. A percepção do tempo e do espaço está mudando de maneira radical no século XXI, condicionando de forma muito relevante os processos políticos e constitucionais. Algumas destas mudanças certamente não são reversíveis. A sociedade atual está sujeita a estímulos que são percebidos de forma cada vez mais urgente e volátil ao mesmo tempo. Já resta pouco da ideia de programação para o futuro própria de nossas constituições e de nossos processos constituintes⁴. Os problemas são de hoje (talvez inclusive da manhã de hoje, nem sequer da tarde) e a percepção generalizada é de que têm que ser resolvidos imediatamente. Do mesmo modo, a fragmentação e a radicalização do espaço público dificulta a possibilidade de articular consensos constitucionais e democráticos. A falsificação das notícias faz parte deste cenário. Um cenário no qual os meios de comunicação tradicionais se veem cada vez mais debilitados pela tendência das grandes plataformas de internet a monopolizar o mercado publicitário⁵.

Delimitar em que medida a ativação de mecanismos constitucionais e democráticos de controle podem contribuir para reverter as tendências mais disfuncionais que as companhias tecnológicas de internet e redes estão produzindo é fundamental para afrontar tais processos. Não se pode afirmar, em absoluto, que as redes sociais e as plataformas são neutras e que se limitam a refletir tendências sociais. No mínimo, resta patente que estão potencializando justamente as tendências mais problemáticas para os direitos constitucionais, a estabilidade do sistema democrático e a limpeza dos processos electorais. Fazem-no, ademais, através de atividades que atingem diretamente os direitos fundamentais e para gerar maiores ganhos através de um modelo de negócio ao qual se apresenta especialmente favorável a instabilidade política. São muitos os âmbitos nos quais se podem adotar medidas de controle em

⁴ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI” en *Nomos | Le attualità nel diritto*, 2018. *Anticipazioni Convegno: Passato, presente e futuro del costituzionalismo e dell'Europa*: http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Balaguer_Costituzionalismo.pdf. Existe versão italiana: “Le due grandi crisi del costituzionalismo di fronte alla globalizzazione nel XXI secolo”, atualmente no prelo.

⁵ Cfr. Pitruzzella, Giuseppe, “La libertà di informazione nell’era di Internet” in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea, 2017.

nível estatal e europeu para impedir que o sistema democrático continue se deteriorando. Desde a intervenção sobre o próprio modelo de negócio destas plataformas até a regulamentação do mercado publicitário, para impedir que terminem monopolizando-o em detrimento dos meios de comunicação tradicionais. No âmbito específico dos processos eleitorais estas medidas deveriam ter um maior alcance, ativando todos os meios necessários para impedir a manipulação eleitoral e garantir que as eleições sejam limpas e plenamente democráticas.

1.0 contexto da globalização

1.1 Aceleração do tempo e ampliação do espaço público

Há dois fenômenos que confluem para a temática que estamos abordando: por um lado, a aceleração do tempo histórico e, por outro, a ampliação do espaço público. O que está acontecendo no século XXI, no contexto da globalização, é que os termos do jogo político e constitucional estão se transformando, como consequência do desenvolvimento tecnológico⁶. Surgiram novos paradigmas, especialmente nos processos comunicativos, que expressam uma transformação de pautas culturais de grande alcance. A globalização não somente acelerou o desenvolvimento tecnológico (ao ponto de que se calcula que somente os dez primeiros anos do Século XXI equivalem em avanços científicos e tecnológicos a todo o Século XX) como mudou a relação dos seres humanos com as dimensões de espaço e tempo previamente conhecidas. A progressiva ampliação dos espaços em âmbito global produziu uma correlativa aceleração do tempo. Estamos falando, portanto, dos parâmetros essenciais nos quais se desenvolveram movimentos, atividades e instituições sociais que agora se encontram ante um contexto muito diferente daquele que lhes viu nascer.

Isso é o que ocorre com o constitucionalismo. Sua relação genética com o espaço e o tempo é muito diferente daquela gerada no contexto da globalização. No que tange ao espaço, o constitucionalismo moderno vinculou-se historicamente ao Estado. Surge historicamente como um movimento que tenta limitar e controlar o poder do Estado e

⁶ Nas palavras de D. Rousseau, “Au-delà même de la question du numérique, ce qui se joue en ce début de siècle, c’est la fin d’un monde fabriqué au xix^e siècle et relookée au xxe.”. Dominique Rousseau, “Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 9.

adaptou-se às mudanças sociais e políticas sempre dentro do âmbito do Estado nacional. A projeção do constitucionalismo no plano supranacional está produzindo transformações importantes tanto no que se refere ao conceito de Constituição como no que tange aos próprios Estados nacionais e seus sistemas constitucionais internos⁷. Porém, além destas transformações, que poderiam dar lugar no futuro a uma revitalização do constitucionalismo na esfera supranacional, o certo é que muitas das funções que a Constituição podia cumprir no seio do Estado tornaram-se, hoje, em grande parte ineficazes frente aos grandes agentes globais⁸. Esta ineficácia resulta particularmente evidente ante os especuladores financeiros e as companhias tecnológicas de comunicação pela Internet, que atuam em âmbito global e que não encontram freio algum nas políticas ou legislações estatais.

No que tange ao tempo, o novo ritmo que marca o desenvolvimento tecnológico gerou uma percepção do tempo incompatível com alguns dos traços históricos do constitucionalismo. Pensemos, por exemplo, nos procesos constituintes, com sua vocação para estabelecer normas fundamentais estáveis com capacidade de integração política e social. O caráter imediato na resposta aos problemas políticos e sociais, que é uma característica específica do espaço público que está surgindo através das redes sociais, dificulta o pensamento nos termos em que foram tradicionalmente desenvolvidos os processos constituintes ou de reforma constitucional. É cada vez mais difícil estabelecer uma programação no tempo em termos de estabilidade, o que era uma das funções específicas das constituições. O tempo das constituições, tal como o conhecemos até agora, não é coerente com as características do espaço público configurado desde alguns anos atrás por meio das redes sociais⁹.

⁷ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, *El Tratado de Lisboa en el Diván. Una reflexión sobre constitucionalidad, estatalidad y Unión Europea*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, mayo-agosto de 2008 e Francisco Balaguer Callejón “Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización”, em Miguel Carbonell, Héctor Fix-Fierro, Luis Raúl González Pérez y Diego Valadés (Coordinadores), *Estado constitucional, Derechos humanos, Justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo*, UNAM, México, 2015, Tomo IV, Volumen 1, páginas 197-211.

⁸ Nas palavras de D. Rousseau, “La nouvelle civilisation du numérique signe, en effet, la fin de l’État souverain national, la fin du contrôle de l’État sur l’économie et la société”, D. Rousseau, “Le numérique, nouvel objet du droit constitutionnel”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 9.

⁹ Por mais que as redes sociais ofereçam também possibilidades de participar nos processos constituintes e nos legislativos. Cfr. sobre los primeros, Eric Sales, “La transformation de l’écriture de la Constitution, l’exemple islandais”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 45-57 e sobre os segundos, Ariane Vidal-Naquet, “La transformation de l’écriture de la loi : l’exemple de la loi sur la République numérique” *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 59-68.

1.2 Agentes globais e o Estado.

No contexto da globalização, o Estado é cada vez mais incapaz de controlar os grandes agentes globais. Esta incapacidade por de ser vista agora com as companhias tecnológicas porém, também foi vista antes nos anos da crise econômica com as políticas econômicas que podiam resultar contrárias aos princípios ou aos direitos constitucionais. Igualmente neste caso uma nova legitimidade se alçou frente a uma Constituição cada vez mais marginaizada no espaço público, porque não servia como instrumento de controle do poder nem permitia garantir os direitos incorporados ao documento constitucional. Também no plano econômico há elementos estruturais derivados do processo de globalização que geram uma tensão constante com a ordem constitucional, e cuja solução não é fácil. No entanto, também aqui havia possibilidades de suscitar políticas econômicas igualmente eficazes e mais coerentes com o contexto constitucional (que não se baseassem quase exclusivamente na redução progressiva dos gastos sociais, como as que foram impostas durante a crise em alguns países europeus) que não foram possíveis dada a imposição de uma narrativa baseada na legitimidade econômica, que acabou por deslocar a Constituição para fora do espaço público de debate e decisão.

O mesmo pode ser dito em relação à democracia pluralista. A narrativa economicista que se impôs durante a crise desvirtuou totalmente a democracia pluralista, ao obrigar a execução de determinadas políticas públicas, fosse qual fosse o resultado dos processos eleitorais. Ao ponto de que, quando os governantes nacionais não acataram tais políticas, foram substituídos por outros através de uma pressão econômica que obrigou os parlamentos nacionais a mudar governos em alguns Estados. Pode-se falar, deste ponto de vista, de uma externalização do poder político estatal durante o período da crise, que permitiu aos especuladores financeiros globais, em última instância, determinar as políticas estatais¹⁰.

Quando a crise econômica começou a ser superada, foi possível verificar, a partir do Brexit e das eleições presidenciais norte-americanas (às quais seguiram-se outros processos eleitorais igualmente afetados) algo ainda mais grave: a internalização do poder político das grandes companhias tecnológicas que gerenciam

¹⁰ Cfr. Francisco Balaguer Callejón, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el siglo XXI” previamente citado.

redes sociais, que intervieram nas eleições, com técnicas absolutamente incompatíveis com as regras democráticas, para favorecer a determinados candidatos. A estas companhias unem-se agentes muito poderosos, internos e externos, que atuam nas redes, fomentando a radicalização e a fragmentação gradativa do espaço público e a orientação das tendências políticas e do voto em direção aos extremos do espectro político.

Na verdade, ambos os fenômenos, a externalização do poder estatal e a internalização do poder dos grandes agentes globais se retroalimentam. Por um lado, a crise econômica favoreceu a geração de um substrato social cada vez mais radicalizado frente à globalização e mais frustrado ante a incapacidade do Estado e, portanto, do sistema representativo e democrático interno, de resolver os problemas sociais. Por outro lado, as grandes plataformas que gerenciam redes sociais promoveram esta radicalização¹¹ utilizando todos os meios a seu alcance não por uma orientação ideológica própria destas plataformas, e sim para incrementar seus ganhos com o atual modelo de negócio no qual desenvolvem sua atividade. Conforme já indicamos, para este modelo de negócio torna-se vital chamar a atenção do público e fomentar a polêmica e a instabilidade, o que gera um aumento de seus ganhos publicitários¹².

2. Transformação de pautas culturais em mudança de paradigma

Algumas das tendências que o desenvolvimento tecnológico trouxe, não se modificarão para uma melhor compatibilização com os ditames do constitucionalismo, pois expressam uma transformação de pautas culturais que atualmente parece imparável. Nelas a tensão entre constitucionalismo e desenvolvimento tecnológico é estrutural e tem difícil solução. Em relação a outras tendências, no entanto, é possível e desejável uma regulamentação que, partindo dos princípios e valores constitucionais, garanta os direitos fundamentais e a lisura nos processos eleitorais, ambos ameaçados atualmente pelas companhias tecnológicas. No entanto é neste ponto que a nova legitimação tecnológica se enfrenta de maneira radical com o

¹¹ Como afirma Idris Fassassi “Les réseaux ne font qu’accentuer les tendances lourdes de l’environnement dans lequel ils opèrent”, I. Fassassi, “Les effets des réseaux sociaux dans les campagnes électorales américaines”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 86.

¹² Cfr. Deb, Anamitra/Donohue, Stacy/Glaisyer, Tom “Is Social Media a Threat to Democracy?”, previamente citado.

constitucionalismo, porquanto apela de maneira permanente a razões técnicas para impedir qualquer regulamentação das atividades destas plataformas. Na narrativa que estas companhias estão logrando impor, a Constituição e os direitos representam um obstáculo para o progresso por elas oferecido.

Em todo caso, é perceptível uma mudança de pautas culturais com dimensão histórica com o avanço da Internet e das redes sociais. A dependência crescente da tecnologia, as transformações dos modelos comunicativos interpessoais e sociais, a fragmentação do espaço público, o efeito de bolha, a radicalização dos debates, a dificuldade para estabelecer consensos, estão entre os muitos âmbitos nos quais tais mudanças são perceptíveis. No plano comunicativo e político podemos ver uma progressiva orientação do parlamento no sentido de atitudes e práticas que tendem a convertê-lo num cenário que depois se projeta sobre as redes sociais. O mesmo ocorre com os partidos políticos e sua crescente dependência das agendas que delimitam, para as redes sociais, as temáticas a serem debatidas e as estratégias a seguir. Os limites desta evolução não estão claramente definidos e a possibilidade de reverter algumas destas tendências tampouco é perceptível atualmente.

3. Constituição, democracia e redes sociais

3.1 Constituição e redes sociais.

No âmbito especificamente constitucional, podemos apreciar uma transformação das condições estruturais de desenvolvimento do constitucionalismo e da própria noção de Constituição, diante da nova configuração do espaço e do tempo políticos. No que se refere a este, cabe falar de uma dificuldade para desenvolver procesos constituintes ou de reforma que tem relação com o desaparecimento do consenso como fórmula de solução de conflitos, com a impossibilidade de realização de uma programação em longo prazo própria das constituições, com a indiferença em relação aos direitos constitucionais no debate público, com a debilidade dos meios de comunicação tradicionais, etc.

No que tange especificamente ao espaço público nacional, que foi o âmbito no qual o constitucionalismo se desenvolveu até o momento, as mudanças introduzidas pelo desenvolvimento tecnológico, especialmente através da internet e das redes

sociais, são muito relevantes ¹³. A fragmentação progressiva do espaço público gerada, ou, no mínimo, potencializada, pelas companhias tecnológicas que gerenciam redes sociais, dificulta a possibilidade de lograr consensos sociais amplos voltados para a ordenação global do conjunto da sociedade por meio de instrumentos constitucionais. O impacto das redes sociais sobre os direitos, é outra das vertentes nas quais o desenvolvimento tecnológico pressiona a armadura constitucional nacional¹⁴. Porém a mais relevante se manifesta hodiernamente na própria densidade democrática do Estado devido à atividade de manipulação eleitoral levada à cabo algumas companhias tecnológicas que gerenciam redes sociais em procesos eleitorais recentes¹⁵.

3.2 Processos democráticos e redes sociais.

O modelo de negócio que ampara as redes sociais, por meio das companhias que as gerenciam, e sua dependência em relação à propaganda conduziu a uma necessidade permanente de atrair a atenção do público, de fomentar o seu uso e o dos aplicativos de internet. No seu traslado ao plano da comunicação política, esta atenção permanente é alcançada no plano político gerando debate, radicalização e instabilidade política. Por outro lado, este modelo, construído para a negociação publicitária, mediante utilização masiva de dados pessoais e a configuração de perfis através de algoritmos, começou a ser utilizado posteriormente na propaganda política. Sua aplicação a este âmbito, provocou novas lesões a direitos, ao utilizar tais perfis psicológicos para elaborar e difundir propaganda subliminar particularizada. Esta propaganda se encaixa num contexto de radicalização, fragmentação do espaço

¹³ Certamente, não é possível valorar tais mudanças somente por uma perspectiva negativa pois, conforme indicam Julien Bonnet y Pauline Türk, “Les technologies numériques n’étant qu’un outil, c’est la façon dont elles vont être utilisées, développées et encadrées qui déterminera, dans l’avenir, leurs effets bénéfiques ou délétères, à moyen et long terme, sur la démocratie”, J. Bonnet y Pauline Türk, “Le numérique : un défi pour le droit constitutionnel” *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, p. 18. Para valorar estes efeitos, caberia diferenciar também, como faz Coralie Richaud, a prática coletiva da individual nas redes sociais. Cfr. C. Richaud, “Les réseaux sociaux : nouveaux espaces de contestation et de reconstruction de la politique ?”, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2017/4 N° 57, pp. 29-44.

¹⁴ Como indica D. Rousseau, “Le discours anti-droits de l’homme est devenu le discours dominant” *Libération*, 6 décembre 2018, <https://www.liberation.fr/auteur/8617-dominique-rousseau>.

¹⁵ Cfr. Scott, Mark, “Cambridge Analytica helped ‘cheat’ Brexit vote and US election”, *Politico*, 29/3/2018: <https://www.politico.eu/article/cambridge-analytica-chris-wylie-brexit-trump-britain-data-protection-privacy-facebook/>. Cfr. igualmente, Ferguson, Niall, “Social networks are creating a global crisis of democracy”, 2018, en: <https://www.theglobeandmail.com/opinion/niall-ferguson-social-networks-and-the-global-crisis-of-democracy/article37665172/>

público, produção de bolhas, desinformação e falsificação de notícias, a fim de potencializar sua eficácia.

As companhias de internet favoreceram até o momento as opções mais radicais e populistas nos procesos eleitorais por distintos motivos. Entre eles, caberia destacar, em primeiro lugar, que a produção de instabilidade favorece mais ganhos financeiros com seu atual modelo de negócio. Em segundo lugar, que a deterioração e o potencial bloqueio da política dificulta o controle que os poderes públicos deveriam realizar sobre tais companhias e redes. Deste ponto de vista as companhias tecnológicas ganham sempre com a radicalização e a instabilidade política, tanto da perspectiva econômica como daquela de ampliação de seu poder em face da ausência de limites e de controles gerada pela instabilidade política que elas mesmas produzem.

4. As companhias de internet e redes. Aspectos problemáticos

4.1 Incidência sobre os direitos fundamentais

Afortunadamente resta cada vez mais claro que as redes sociais não são gerenciadas por meras plataformas estáticas atuando como intermediárias sem qualquer responsabilidade. Pelo contrário, tratam-se de companhias e não meras plataformas, às quais se deve atribuir responsabilidade por práticas danosas que nelas se desenvolvem, quando nada fazem para evitá-las, ou inclusive as favorecem. Controlar tais companhias e seu modelo de negócio é fundamental para reverter a involução democrática e civilizatória que atualmente vivenciamos.

Um âmbito especialmente sensível à atuação de tais companhias é o do impacto sobre os direitos fundamentais tais como o direito à privacidade ou à proteção de dados pessoais. O enfraquecimento massivo do direito à proteção de dados pessoais por algumas destas companhias tecnológicas tem sido uma constante, e a incapacidade dos gestores públicos para melhor proteger os cidadãos também. O problema é que desta lesão masiva derivam outras muitas como consequência da utilização dos dados obtidos para finalidades muito distintas através dos algoritmos utilizados por tais companhias e que incidem sobre um espectro muito amplo de direitos fundamentais. Um aspecto especialmente problemático é a fragilização de direitos políticos como

consequência da interferência das companhias que gerenciam redes sociais nos procesos eleitorais.

4.2 Tendência ao monopólio e impacto da competição

Um dos problemas mais graves suscitados pelas companhias tecnológicas é o da posição monopolista que ocupam em algumas das atividades por elas desenvolvidas¹⁶. Esta posição foi alcançada sem que tenha havido qualquer reação significativa dos organismos reguladores. Conforme se indica no relatório *Unlocking digital competition*: “Over the last 10 years the 5 largest firms have made over 400 acquisitions globally. None has been blocked and very few have had conditions attached to approval, in the UK or elsewhere, or even been scrutinised by competition authorities”¹⁷.

O exemplo de Facebook é revelador. De acordo com o que se indica em *Disinformation and ‘fake news’: Final Report*, esta companhia concentrou de forma ilícita uma grande quantidade de dados pessoais posteriormente vendidos ou cedidos a outros aplicativos (em troca dos dados que lhe eram entregues por outras companhias). Todos os dados, aqueles reunidos por esta companhia e os das outras, centralizaram-se pelo Facebook. Uma vez centralizados, através de um aplicativo previamente comprado e projetado inicialmente para proteger os dados de internautas, o Facebook empreendeu um monitoramento da evolução de tais aplicativos. Aqueles que demonstravam um potencial de crescimento importante, e podiam representar uma competição no futuro, tiveram ofertas de compra por parte desta companhia. Os que não aceitaram as ofertas de compra ou foram considerados

¹⁶ Cfr. Frosini, Tommaso Edoardo, “Internet e democrazia”, *Il diritto dell’informazione e dell’informatica*, Anno XXXII, 2017, Fasc. 4-5, pp. 657-671.^[17]

¹⁷ *Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel*, March 2019, Jason Furman and others, p. 12. “The largest digital companies have made extensive use of mergers, as their market shares have grown. Acquisitions have included buying businesses that could have become competitors to the acquiring company (for example Facebook’s acquisition of Instagram), businesses that have given a platform a strong position in a related market (for example Google’s acquisition of DoubleClick, the advertising technology business), and data-driven businesses in related markets which may cement the acquirer’s strong position in both markets (Google/YouTube, Facebook/WhatsApp)”, *Ibidem*, p. 11.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

potenciais competidores no futuro foram desativados, negando-lhes acesso aos dados pessoais que constituíam a base de seu negócio e provocando sua ruína¹⁸.

4.3 A pressão sobre os meios de comunicação tradicionais.

O modelo de negócio das companhias que gerenciam redes sociais está engendrando uma transformação importante no mercado publicitário com uma tendência ao monopólio, ocupando uma porcentagem cada vez maior deste mercado. Conforme indica *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, os meios de comunicação estão reduzindo de forma significativa suas fontes tradicionais de renda: a circulação e a propaganda¹⁹. A informação está sendo distribuída cada vez em maior medida através de redes sociais²⁰ e se evidencia um retrocesso permanente dos meios de comunicação tradicionais²¹.

A crescente debilidade dos meios de comunicação está provocando o seu desaparecimento e o enfraquecimento de sua função pública de formação de opinião a partir de uma informação objetiva e verídica²². Ao mesmo tempo, os meios de comunicação estão experimentando também uma dependência crescente dos debates e da agenda política que se configuram nas redes sociais. Porém, enquanto os meios de comunicação tradicionais são abertos e transparentes, nas redes sociais intervieram grupos e agentes anônimos que condicionam os debates e alimentam aqueles que podem gerar mais conflito e instabilidade.

¹⁸ House of Commons, Digital, Culture, Media and Sport Committee, DCMS. *Disinformation and 'fake news': Final Report*, cit., pp. 26 y ss.

¹⁹ *The Cairncross Review. A sustainable future for journalism*, 12 February 2019: "The news publishing business is undergoing an extraordinary period of contraction in both of its main traditional sources of revenue: advertising and circulation", p. 5. <<https://assets.publishing.service.gov.uk/government.pdf>>

²⁰ "In 2018, the Reuters Institute for the Study of Journalism reported that 74% of UK adults used some online method each week to find news, and 91% of 18-24 year olds. Most online news is available for free and much of it is carried by aggregators such as Google News or Apple News, posted on Facebook's news feed, or sent from one person to another at the tap of a finger", *Ibidem*, p. 6.

²¹ "sales of both national and local printed papers have plunged: they fell by roughly half between 2007 and 2017, and are still dropping. In addition, print advertising revenues, which used to carry much of the cost of producing news, have fallen even faster, declining in a decade by 69%. Small wonder so many news groups are struggling, including digital-only groups like HuffPost and BuzzFeed, as well as many local newspaper publishers. To cut costs, there have been mergers, as well as heavy cuts in staffing: the number of full-time frontline journalists in the UK industry has dropped from an estimated 23,000 in 2007, to 17,000 today, and the numbers are still swiftly declining", *Ibidem*, p. 6.

²² Conforme indica Anna Papa, atende-se mais ao dado isolado e não à sua inserção num processo complexo de formação de consciência, no qual o dado deve ser contextualizado para se converter em informação e junto a outras informações com as quais se confronte, gerar consciência. Cfr. Anna Papa, "Il diritto ad essere informati nella tutela multilivello della libertà di espressione", en prensa.

A mudança de pautas culturais no âmbito da informação favorece também a fragmentação e a radicalização. A informação nas redes se mostra desagregada e condicionada pelos algoritmos, de modo que não há uma visão ampla de todos os temas de atualidade como nos meios de comunicação tradicionais, senão que se chega à informação de maneira fragmentada e seletiva.²³

5. Os processos comunicativos e a construção do espaço público

5.1 O substrato prévio, globalização e crise econômica

As companhias de redes sociais atuam sobre um substrato prévio de descontentamento social gerado pela globalização e pela crise econômica. Este descontentamento tem a ver com uma crescente sensação de precariedade em amplas camadas da população e com o aumento da desigualdade entre setores minoritários que acumulam cada vez mais riqueza e o resto da sociedade.

Até o momento, estas companhias contribuíram para potencializar o descontentamento ao invés de canalizá-lo para oferecer soluções, o que é uma das funções essenciais dos sistemas constitucionais e democráticos. Os problemas sociais provocados em decorrência da globalização e que se viram incrementados como consequência da crise não têm fácil solução, porém devem ser abordados mediante o diálogo e a negociação através de processos democráticos e no seio dos Estados nacionais e nas estruturas supranacionais.

Pode-se afirmar, portanto, que as companhias que gerenciam redes sociais estão dificultando funções essenciais do ordenamento constitucional e dos processos democráticos. Não só não contribuem para que estas funções se realizem senão que as dificultam ao incrementar a radicalização e potencializar os conflitos ao invés de oferecer vias de solução pacífica e democrática.

²³ “Social feeds and search results show snippets and single articles. This creates a more disaggregated news experience than traditional news media.” Eso supone que los usuarios no acceden más que a una parte de la información: “Online content is effectively “unbundled”. The different sections of a print newspaper are brought together into one product. Online, readers can select only the articles they wish to view, without necessarily being exposed to other content. So, they may be less likely to read public interest news”. *Ibidem*, p. 7.

5.2- A fragmentação e radicalização do espaço público.

A fragmentação do espaço público é um dos efeitos mais disfuncionais produzidos através das redes sociais com seu atual modelo de gestão. Afeta o próprio núcleo da democracia pluralista já que dificulta o reconhecimento dos outros, o respeito pela diversidade, a possibilidade de articular debates produtivos e a capacidade de oferecer soluções globais para o conjunto da sociedade.

A radicalização se vê favorecida pela fragmentação do espaço público e o efeito de bolha.²⁴ A retroalimentação permanente das próprias ideias gera fundamentalismo. A radicalização impede o debate, converte o adversário político em inimigo e transforma a política numa luta para impor as próprias ideias que é incompatível com o conceito de democracia constitucional próprio das constituições normativas, para as quais não existe democracia sem Estado de Direito e sem respeito aos direitos das minorias.

A transformação da democracia na simples vontade da maioria parlamentar ou social implica uma involução histórica que nos conduz ao período entreguerras, no qual esta concepção de democracia esteve na base da implantação de regimes facistas.

6. Os processos eleitorais

6.1 Notícias falsificadas e desinformação

A desinformação produzida através de notícias falsas não é algo novo na história. O que sim, é novo, é a capacidade que as redes sociais têm de converter tais notícias em tendências majoritárias em contextos democráticos, ocupando uma parte fundamental do espaço público.²⁵

Também representa uma novidade o fato de que tais notícias se transmitam num âmbito de privacidade e inclusive de intimidade (por exemplo, através do WhatsApp), o que potencializa extraordinariamente sua eficácia porque elimina a distância ante o emissor da mensagem.

²⁴ Pariser, Eli, *The Filter Bubble. What the Internet Is Hiding from You*, Penguin Books, 2011.

²⁵ Cfr. Cfr. Pitruzzella, Giuseppe, "La libertà di informazione nell'era di Internet" in G. Pitruzzella, O. Pollicino, S. Quintarelli. *Parole e potere: Libertà d'espressione, hate speech e fake news*. Italian Edition. Egea, 2017.

As notícias falsas estão destruindo o espaço público e alterando as condições estruturais dos processos democráticos. Favorecem o desenvolvimento da fragmentação e radicalização e o acesso de movimentos populistas, pouco respeitosos com as regras democráticas, ao poder.

6.2 Intervenção de agentes externos e de grupos organizados

A intervenção de agentes externos e de grupos organizados no debate público e especificamente nos processos eleitorais, é uma manifestação a mais do interesse interno e externo em gerar instabilidade e bloquear o sistema democrático.

Desafortunadamente, este interesse converge para o das companhias que gerenciam as redes. Por esta razão, além do benefício econômico direto que lhe proporcionam tais grupos externos e internos (mediante a contratação de propaganda política) estas companhias inicialmente favoreceram tal intervenção.

Posteriormente aos grandes escândalos gerados a partir do referendo sobre o Brexit e das eleições presidenciais norte-americanas, estas companhias atuaram com eficácia relativa e diversa para controlar a intervenção externa, porém, em todo caso, de forma insuficiente.

6.3 Perfis individuais e propaganda subliminar

A criação de perfis individuais mediante a utilização massiva de dados pessoais e sua utilização específica para distribuição personalizada de propaganda subliminar é a atuação mais grave que pode ser atribuída às companhias gestoras de redes sociais, do ponto de vista de sua incidência nos processos democráticos.

Esta atividade apresenta claras características de criminalidade, porquanto implica uma infração às normas regulatórias do processos eleitorais passível de alterar resultados de eleições.

Tais práticas podem conduzir à destruição dos processos democráticos. Frente a elas, a coletividade está absolutamente vulnerável porque ninguém está consciente de que sua opção política pode ser manipulada e alterada através de propaganda subliminar.

7. Possíveis áreas de atuação

Para afrontar os problemas que as companhias gestoras de redes sociais estão provocando nos processos democráticos as medidas relativas unicamente aos processos eleitorais, por exemplo, são insuficientes. Faz-se mister partir de uma visão de conjunto de todos estes problemas, o que implica também discutir a questão do modelo de negócio que tais companhias adotam. Este modelo de negócio é, atualmente, incompatível com o que prometiam ser as redes sociais: um espaço de participação cidadã, de promoção de causas justas e de aprofundamento da democracia.

Algumas companhias construídas sobre um modelo de negócio baseado em atrair a atenção do público para gerar mais renda publicitária e que têm tendência ao monopólio ou ao oligopólio, dificilmente poderão contribuir com novos instrumentos de participação democrática. Não se pode oferecer aquilo que não se tem. Companhias que não são democráticas nem na sua estrutura nem na sua finalidade, não podem configurar mecanismos reais de democratização.

As medidas propostas a seguir são basicamente externas, porém também é possível pensar numa regulação das próprias redes sociais que possibilite a mudança de algumas das pautas que estão sendo implantadas e que são prejudiciais para a configuração do espaço público e dos processos comunicativos. Seria o caso, por exemplo, da implantação de procedimentos que retardem as respostas agora imediatas que, por sua própria natureza, tendem a pressionar e radicalizar os processos comunicativos.

7.1 Direitos fundamentais

As medidas que deveriam ser adotadas neste âmbito são de amplo espectro: desde a educação cidadã no âmbito digital para que possam ser controladas as lesões a direitos, até sanções de todo tipo contra os atentados mais graves que possam ser produzidos.

Particularmente, a educação digital deve contemplar desde os processos técnicos que favoreçam a compreensão de como funcionam as redes e a Internet até os mecanismos jurídicos de regulação e, em particular, os direitos que correspondem aos

usuários, assim como o conjunto de direitos suscetível de ser atacado e as medidas que o ordenamento jurídico oferece para garanti-los.

A proteção dos dados pessoais deve se estender aos modelos utilizados para seu tratamento. A elaboração de perfis deve ser submetida às limitações estabelecidas no ordenamento europeu. A elaboração de perfis psicológicos deve ser objeto de especial atenção para evitar que seja um instrumento de manipulação das consciências capaz de incidir negativamente nos processos democráticos.

7.2 Competição, publicidade e meios de comunicação.

O controle da competição para evitar que as companhias de internet consolidem posições de monopólio é fundamental. As práticas danosas seguidas até o momento não devem ser permitidas no futuro. Pelo contrário, seria conveniente seguir as propostas já sugeridas por alguns responsáveis políticos (como a senadora Elizabeth Warren nos Estados Unidos) no sentido de romper os atuais monopólios, conforme já se fez outrora neste país com outras companhias para preservar a livre concorrência.

A regulação do mercado publicitário seria também necessária para evitar que tais companhias tecnológicas continuem aumentando sua quota de participação neste mercado, debilitando cada vez mais os meios de comunicação tradicionais.

De acordo com as recomendações do relatório *Unlocking digital competition*, os organismos reguladores deveriam mudar seus métodos de trabalho para afrontar adequadamente as condições do mercado digital, de forma que não se limitem a controlar os efeitos em curto prazo das possíveis fusões e compras de companhias, mas que analisem também sua previsível evolução posterior para evitar a consolidação de monopólios.²⁶

²⁶ “Decisions on whether to approve mergers, by the CMA and other authorities, have often focused on short-term impacts. In dynamic digital markets, long-run effects are key to whether a merger will harm competition and consumers. Could the company that is being bought grow into a competitor to the platform? Is the source of its value an innovation that, under alternative ownership, could make the market less concentrated? Is it being bought for access to consumer data that will make the platform harder to challenge? In principle, all of these questions can inform merger decisions within the current, mainstream framework for competition, centred on consumer welfare”, *Unlocking digital competition* cit., p. 12.

7.3 Processos eleitorais

Faz-se necessária uma nova regulamentação eleitoral que leve em consideração o contexto tecnológico, tanto no que tange à propaganda eleitoral como no que concerne aos demais aspectos passíveis de provocar uma alteração no normal desenvolvimento deste processo. Particularmente, deve ser proibida a propaganda subliminar e penalizada com todos os meios ao alcance do Estado de Direito.

Temos um caso recente na Espanha que serve como exemplo da importância de que os órgãos jurisdicionais tomem consciência dos problemas e da necessidade de oferecer uma resposta rápida e efetiva. Concretamente, a recente aprovação da Lei Orgânica 3/2018, de 5 de dezembro, de Proteção de Dados Pessoais e garantia dos direitos digitais, que em sua Disposição Adicional Terceira modificava a Lei Orgânica do Regime Eleitoral Geral, incorporando um artigo 58 bis no qual permitia-se aos partidos políticos reunir dados pessoais relativos a opiniões políticas das pessoas no contexto de suas atividades eleitorais “com as adequadas garantias”. Os partidos poderiam utilizar dados pessoais obtidos em páginas Web e outras fontes de acesso público para a realização de atividades políticas durante o período eleitoral. Esta reforma foi declarada inconstitucional tão só alguns meses depois, mediante a STC 76/2019 de 22 de maio. A sentença baseia a declaração de inconstitucionalidade e nulidade no fato de que “a Lei Orgânica 3/2018 não estabeleceu por si mesma, conforme imposto pelo art. 53.1 CE, as garantias adequadas no que tange especificamente à compilação de dados pessoais relativos às opiniões políticas pelos partidos políticos no contexto de suas atividades eleitorais. Isto constitui uma ingerência no direito fundamental à proteção de dados pessoais de gravidade similar à que causaria uma intromissão direta no seu conteúdo nuclear”.

7.4 Medidas fiscais

As medidas fiscais constituem uma vertente fundamental da atuação contras as práticas danosas das companhias que gerenciam as redes sociais. Ao estarem, tais companhias, voltadas para a rentabilidade econômica, as medidas fiscais podem constituir um elemento compensatório que possibilite a utilização dos fundos obtidos

para estabelecer instituições e mecanismos de controle assim como de educação digital da coletividade.

Tais medidas fiscais também podem representar o mecanismo que permita controlar os efeitos disfuncionais da atividade destas plataformas sobre os meios de comunicação tradicionais, caso estejam acompanhadas de benefícios fiscais que possibilitem a permanência e estabilidade de tais meios.

7.5 Sanções

As sanções econômicas são muito importantes para lutar contra as práticas danosas das companhias tecnológicas, precisamente porque afetam sua rentabilidade, que é a base de seu atual modelo de negócio. É recomendável que tais sanções se correspondam com a entidade que provoca os danos, podendo alcançar porcentagens de seu volume de negócio total anual global (conforme já previsto por legislações setoriais como a europeia relativa à proteção de dados).

As sanções penais são sempre o último recurso, porém seriam necessárias para práticas danosas produzidas em relação aos processos eleitorais, como é o caso da propaganda subliminar particularizada em função de perfis psicológicos previamente elaborados através de algoritmos. Este tipo de intervenção nos processos eleitorais não constitui uma questão menor e requer uma resposta muito firme do ordenamento jurídico para evitar uma desfiguração completa dos processos democráticos.

Conclusões

Na relação entre redes sociais e democracia é necessário considerar um mediador fundamental, que são as empresas tecnológicas que gerenciam as redes. Este mediador manteve-se oculto durante muito tempo, ao ponto de ter sido normal pensar nas redes como um instrumento de comunicação política sem mediadores (diferentemente dos meios de comunicação tradicionais) o que, evidentemente não é o caso. As redes sociais não representam um fenômeno natural surgido nos processos sociais e políticos espontaneamente. São o resultado de opções empresariais que configuraram um modelo de negócio baseado em atrair a atenção do público para otimizar os ganhos publicitários mediante utilização contínua das redes. Este modelo

de negócio está provocando importantes problemas nos processos de comunicação política porque fomenta a fragmentação do espaço público e sua radicalização com a finalidade de incrementar o uso de tais redes, obtendo, assim, maiores ganhos. A esta finalidade econômica se une a política, de gerar instabilidade para debilitar as instituições democráticas e dificultar, assim, o controle que tais instituições deveriam implementar sobre as próprias companhias tecnológicas.

São muitos os âmbitos nos quais as redes sociais têm gerado disfunções do ponto de vista constitucional e democrático. Desde os direitos fundamentais até os processos eleitorais, passando pela própria configuração da ordem constitucional, num contexto no qual as condições do espaço e do tempo foram transformadas em razão da globalização e do desenvolvimento tecnológico. Novas pautas culturais e novos paradigmas estão em surgimento e sua incidência sobre o constitucionalismo é muito ampla. Algumas das mudanças trazidas pelas redes sociais podem ser estruturais e manter-se-ão previsivelmente no futuro. Outras, no entanto, podem ser consideradas diretamente vinculadas aos interesses das companhias tecnológicas e deveriam ser objeto de revisão para evitar que levem a uma involução democrática. A intervenção dos poderes públicos, estatais e supranacionais, é cada vez mais necessária para controlar tais companhias.

As medidas que podem ser tomadas são muito diversas. Desde reforçar a proteção dos direitos fundamentais até promover a educação digital dos cidadãos, passando por intervenções destinadas a evitar que as companhias tecnológicas consolidem posições de monopólio, assim como medidas fiscais e sancionadoras, etc. De particular importância é a regulação dos processos eleitorais para evitar que continuem se produzindo interferências através de notícias falsificadas e por meio da propaganda subliminar particularizada. O horizonte move-se em todo caso, à medida em que avança o desenvolvimento tecnológico e que estas companhias esboçam novas estratégias. Portanto, faz-se necessário levar em consideração que os riscos não são somente aqueles que hoje conhecemos, porém, que será necessário manter uma postura vigilante para evitar que se produzam novos efeitos disfuncionais no futuro.

**7. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCURSO DO ÓDIO NAS MÍDIAS SOCIAIS
– UMA ANÁLISE À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE
DIREITOS HUMANOS E DA LEI ALEMÃ SOBRE A EFETIVIDADE DO
DIREITO NA INTERNET (NETZWERKDURCHSETZUNGSGESETZ – GERMAN
NETWORK ENFORCEMENT ACT)**

FREEDOM OF EXPRESSION AND HATE SOCIAL NETWORKS – AN ANALYSIS IN LIGHT OF
THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS CASE LAW AND THE GERMAN
NETZWERKDURCHSETZUNGSGESETZ – GERMAN NETWORK ENFORCEMENT ACT)



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-7>

Ingo Wolfgang Sarlet¹

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet²

Palavras-Chave: Liberdade de Expressão – Discurso do Ódio – Mídias Sociais – Corte Europeia de Direitos Humanos – Lei Alemã para a Efetividade do Direito na Internet.

1 Introdução

Por mais que seja de lamentar, o problema do discurso do ódio segue ocupando a agenda das discussões em torno do alcance da proteção da liberdade de expressão e das possibilidades de sua (juridicamente) legítima regulação e limitação. Pior que isso, em se prestando mínima atenção ao que se passa no cenário mundial (aqui com destaque para o cenário Europeu em geral e, em especial, da Alemanha) o que se percebe é uma tendência de substancial agravamento, seja no que diz com o aumento de tais discursos, seja no concernente ao seu impacto em diversas searas. Para ilustrar tal fenômeno, basta apontar o recrudescimento das manifestações e ações de caráter xenófobo e racista, assim como a

¹ Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Estudos em Nível de Pós-Doutorado pelo Instituto Max-Planck de Direito Social e Política Social de Munique, bem como no Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional de Hamburgo. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Criminais da PUCRS. Professor da Escola Superior da Magistratura (AJURIS). Desembargador no TJRS.

² Advogada. Graduada e Mestre em Direito pela UFC- Universidade Federal do Ceará, Doutora em Direito pela Universidade de Augsburg-Alemanha, Pós-Doutorado em Direito pela Universidade de Hamburgo com estágio pós-doutoral no Instituto Max-Planck de Direito Privado Estrangeiro e Internacional de Hamburgo, Alemanha. Pós-Doutoranda em Direito pela PUCRS e atualmente professora dos cursos de graduação e de mestrado em Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis- Uniritter.

violência moral e mesmo física direcionada a minorias religiosas, ou então guiada por preconceitos ligados ao gênero, orientação sexual, etc.

De modo a promover aqui e desde logo um acordo semântico, sabendo-se da polêmica que envolve a adoção de um conceito aberto e abrangente, o discurso de ódio envolve todos os casos que expressam manifestações voltadas para a cultura da humilhação, englobando – já nos situando no ambiente da Internet - ações como *cyberbullying*, *revenge porn* (pornografia de vingança) e linchamento virtual³. Note-se que, de acordo com recomendação do Conselho da Europa – de crucial relevância também para o presente texto - cada expressão que divulga, incita, promove ou justifica ódio racial, xenofobia, anti-semitismo ou qualquer outra forma de intolerância, incluindo intolerância causada por um nacionalismo de cunho agressivo, etnocentrismo ou hostilidade em relação a minorias, imigrantes e pessoas de origem estrangeira é considerado uma espécie de discurso do ódio⁴.

No caso do ambiente digital, em especial a partir da versão 2.0 da Internet e de sua abertura, as dimensões temporal e espacial restaram alteradas em função, dentre outras categorias, dos fenômenos da hiperaceleração, da hipercontextualização, da presentificação, da ubiquidade e da desterritorialização. Ressalte-se, além disso, que a popularização das redes sociais⁵ transportou a questão do discurso do ódio e os problemas e desafios correspondentes para o meio digital, tornando-se, em razão da porosidade de fronteiras e do relevante impacto pela aceleração da velocidade de compartilhamento, um fenômeno em escala global.

Ainda em caráter preliminar a aproximando-nos mais do nosso objeto, é sabido que manifestações de ódio na internet, geralmente causam efeitos nefastos posto que afetam em particular - mas não apenas! - os historicamente vulneráveis em suas raízes identitárias, ferindo-os tanto direta quanto indiretamente, reforçando estruturas sociais que supostamente legitimam condutas discriminatórias, sejam individuais sejam institucionais.⁶ Assim, se numa perspectiva individual são comuns efeitos como depressão,

³ TAKIMOTO, Elika. Até um dia, Facebook, Jornal GGN, 04 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.diariodocentrodomundo.com.br/ate-um-dia-facebook-por-elika-takimoto/>>. Acesso em: 01.10.2018.

⁴ Cf. Recomendação do Conselho da Europa (*European Council Recommendation*) nº 97/20, é de ser considerada uma forma de discurso do ódio “Every expression that spread, incite, promote or justify racial hate, xenofobia, anti-semitism or any other form of intolerance, including intolerance caused by aggressive nationalism and ethnocentrism, discrimination or hostility against minorities, migrants and people from foreign origin”.

⁵ GRUNER, Clóvis. O ativismo das redes produz monstros. Medium. 05 de maio de 2017. Disponível em: <<https://medium.com/@clvisgruner/o-ativismo-lombrosiano-produz-monstros-9aa51bce0d9f>>. Acesso em: 01.10.2017.

⁶ HWEATT, Elizabeth. Bibliography of hate studies materials, 2001. Disponível em: <guweb2.gonzaga.edu/pdf>. Acesso em: 02.09.2017.

baixa autoestima, tentativas de suicídio, auto exclusão e automutilação pelas pessoas vitimadas, numa perspectiva coletiva, quando o ódio é destilado contra determinados grupos sociais, o impacto perverso envolve uma espécie de efeito difuso, porquanto toda e qualquer ofensa é, em geral, destinada a provocar o desgaste dos laços de pertencimento social,⁷ acirrando sectarismos, divisão social, instabilidade política e mesmo ameaças para a democracia.

Por tais razões, aqui esquematicamente apontadas, a investigação e reflexão sobre o discurso do ódio, suas causas e efeitos, bem como as possibilidades de seu enfrentamento, assume cada vez maior relevância, entre outros domínios, no campo da política, das ciências sociais, da antropologia e da saúde. Na perspectiva do Direito, um dos principais desafios segue sendo o de buscar assegurar um equilíbrio entre o exercício pleno da liberdade de expressão nas suas mais diversas dimensões, por um lado, e a necessária proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade, por outro, mas também o de operar como instrumento para a afirmação, do ponto de vista transindividual, de um ambiente com níveis satisfatórios de tolerância e reconhecimento. Sem isso, o próprio Estado Democrático de Direito, necessariamente livre, plural e igualitário, estará em risco.

Note-se que já há algum tempo, tanto na esfera do direito internacional (aqui com destaque para o sistema Europeu – do Conselho da Europa e da União Europeia) quanto na esfera dos Estados nacionais – como é o caso da Alemanha – diversas medidas já tem sido tomadas pelas instâncias legislativas, executivas e judiciárias, medidas que, todavia, nem sempre são adequadas do ponto de vista da sua eficácia, mas também são controversas no que diz com a sua legitimidade jurídica.

Particularmente relevante para uma análise do problema do discurso do ódio e do seu enfrentamento na Europa e na Alemanha, é a análise da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) sobre a matéria, o que aqui será feito à luz do exemplo do emblemático caso *Belkacem versus Belgium*⁸, e da recente (e polêmica) lei alemã destinada a regular e conter os abusos do exercício da liberdade de expressão na internet, o assim chamado *Netzwerkdurchsetzungsgesetz (Act to Improve Enforcement of*

⁷ WALDRON, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2012, p. 05.

⁸ European Court of Human Rights. Application no. 34367/14. ECHR 253 (2017)

20.07.2017. Disponível na base de dados da corte: <<https://hudoc.echr.coe.int>>. Acesso em: 24.10.2018.

the Law in Social Networks, doravante referido como *German Network Enforcement Act - GNEA*), de 01.09.2017.⁹

Antes, contudo, de apresentarmos o julgado escolhido da CEDH e o GNEA, calha lançar um olhar, pelo menos em termos gerais, sobre a sempre delicada e complexa relação entre a liberdade de expressão e de informação e os direitos de personalidade, com foco na experiência europeia e alemã, já que se trata de aspecto central para o exame do problema do discurso do ódio na internet e dos seus limites, aqui analisado.

2 Breve notícia sobre a relação entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais, com destaque para o caso europeu e alemão

Elementos essenciais de uma ordem democrática e corolários da tradição liberal-individualista que radica na base do moderno constitucionalismo, as liberdades de expressão e de reunião, nunca deixaram de ser ameaçadas e violadas, carecendo de particular proteção, exigência que se agudiza em termos quantitativos e qualitativos no âmbito digital.

De importância cimeira, nesse contexto, é o papel assumido pela liberdade de expressão nas mais diversas ordens jurídicas, com destaque, contudo, para o problema de qual a posição da liberdade de expressão, em termos de proteção estatal, em relação aos demais direitos fundamentais. As respostas, como se sabe, são diversas e, embora existam elementos importantes em comum, ademais de uma crescente aproximação de modelos, por conta não apenas dos processos de recepção de experiências de outros países, mas também dos parâmetros estabelecidos na esfera do sistema internacional (universal e regional) de proteção dos direitos humanos e fundamentais.

Nessa perspectiva, não há como deixar de considerar – dadas as suas consequências para o enfrentamento e equacionamento dos problemas concretos – se a liberdade de expressão assume, ou não, uma posição preferencial em relação as demais liberdades e mesmo outros direitos fundamentais, e em que medida tal posição preferencial impacta os processos de ponderação quando se trata de aferir a legitimidade jurídica de restrições à liberdade de expressão em prol da proteção de outros direitos fundamentais e/ou outros bens jurídicos de estatura constitucional.

⁹ Alemanha. Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), de 1. September 2017 (BGBl. I S. 3352). Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/netzdg/NetzDG.pdf>>. Acesso em: 24.10.2018.

A importância da discussão em torno do peso relacional da liberdade de expressão é que ela impacta diretamente o modo de enfrentamento dos problemas relativos ao discurso do ódio e de sua interdição. Nesse contexto, por sua vez, assume particular relevo a adoção de uma compreensão mais ou menos restritiva da definição jurídica do discurso de ódio, ou seja, dito de outro modo, a decisão a respeito de quais manifestações podem e quais não podem ser tidas como assim enquadradas e se — e até que ponto — podem ser reprimidas.

Importa sublinhar, nesta quadra, que as diferenças entre as ordens jurídicas no que diz com a posição preferencial da liberdade de expressão em matéria — frise-se — do assim chamado discurso do ódio, chegam a ser significativas, como ocorre, v.g., nos EUA, na Europa e, representativa para o ambiente europeu, na Alemanha, em especial quando em causa a negação do holocausto.

No caso dos EUA, consoante já adiantado, a jurisprudência da Suprema Corte tem mantido firme o seu já antigo entendimento no que diz com a interpretação da Primeira Emenda (1791) à Constituição Federal de 1787, que, em regra, proíbe qualquer limitação da liberdade de expressão, assegurando-lhe uma forte posição preferencial na arquitetura constitucional e em face de outros direitos e bens constitucionais, atribuindo um sentido muito restritivo ao conceito de discurso do ódio para efeitos de sua interdição e sancionamento¹⁰.

Assim, nos EUA, mesmo manifestações de natureza inequivocamente contrárias à realidade fática, incluindo a negação do Holocausto, mas também outras como manifestações neonazistas, afirmação da supremacia branca, queima de cruzeiros em frente a residências de afrodescendentes e mesmo (respeitados alguns pressupostos) a exortação ou apoio a atos de violência concretos e discriminatórios são tidas, em regra, como protegidas pela Primeira Emenda. No entanto, mesmo lá a liberdade de expressão não assume feições absolutas, visto serem vedadas, em caráter excepcional, manifestações de cunho eminentemente difamatório e calunioso, bem como interdita a incitação à violência.

Na Alemanha, tal como em termos gerais no ambiente europeu (com destaque para a Carta Europeia dos Direitos Fundamentais (CEDF) e mesmo a jurisprudência do TJUE, mas

¹⁰ Para o caso dos EUA, v., numa perspectiva geral, atualizada e multidimensional, por todos, BOLLINGER, Lee C.; STONE, Geoffrey (Ed.), *The Free Speech Century*, New York: Oxford University Press, 2018. Sobre o discurso do ódio, v. em especial, WALDROM, Jeremy. *The harm in hate speech*. Cambridge, Massachusetts, London, England: Harvard University Press, 2012. Numa perspectiva comparada — EUA e Alemanha, v. entre outros BRUGGERM Winfried. *Verbot oder Schutz von Hassrede? AÖR 128, 2003, p. 372 and following*. Do mesmo autor, v. também “Sollte Hassrede verboten oder geschützt werden? Ein Konflikt zwischen Deutschland und Amerika”, in: Meier, Horst [Herausgeber]. *Rechtsradikale unter dem Schutz der Versammlungsfreiheit*. Evangelische Akademie Hofgeismar, 2010.

em especial na jurisprudência da CEDH)¹¹, pelo contrário, o conceito de discurso do ódio, como já visto na parte introdutória, é mais amplo e, por via de consequência, maior é a possibilidade de impor limites à liberdade de expressão, como se verifica, por exemplo, com discursos que negam o Holocausto ou que veiculem conteúdo discriminatório¹².

A título de exemplo, vale referir recente decisão (1 BvR 673/18) de 22 de junho de 2018, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (TCFA)¹³, que entendeu ser compatível com a Lei Fundamental e com a liberdade de expressão nela consagrada e protegida (artigo 5º, 1) a criminalização e consequente punição pela negação do genocídio nacional-socialista, designadamente, no caso concreto objeto do julgamento (com a não admissão para decisão) de reclamação constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) que impugnava decisão que havia condenado a reclamante por ter negado a ocorrência do extermínio levado a efeito no campo de concentração de Auschwitz-Birkenau.

Para o TCFA — aqui em apertadíssima síntese —, a difusão consciente de afirmações fáticas comprovadamente inverídicas não contribui para a formação da opinião no contexto público e, portanto, não se encontra protegida pela liberdade de expressão. Ademais disso, a negação do genocídio nacional-socialista extrapola as fronteiras de um embate de ideias pacífico na esfera pública e indica uma afetação da paz social. Assim, o que se percebe — já que tal decisão adere a uma tradição consolidada ao longo da trajetória existencial da corte desde início dos anos 1950 — é que, embora em outros domínios — como se dá com charges, sátiras, exposição de fotografias de personalidades públicas, críticas direcionadas ao governo, políticos, etc. - o TCFA tenha se mostrado progressivamente mais liberal e favorável a uma posição fortalecida da liberdade de expressão (v.g. o famoso caso Caroline de Mônaco), em situações mais sensíveis como a do discurso de ódio e particularmente marcadas pelos atos praticados no período nacional-socialista, manifestações de tal natureza devem ser objeto de reprimenda¹⁴.

¹¹ V., por todo, PORRAS RAMIREZ, *El discurso del ódio como límite a la libertad de expresión en Europa*, Revista Direito Público, vol. 14, nº 80, 2018, pgs. 77 e ss. O autor, após uma apresentação geral do tema, destacando que também na Europa (ainda que de modo mais tímido que nos EUA) a liberdade de expressão tem assumido, em regra, uma posição preferencial, demonstra que, no concernente ao problema do discurso do ódio, a definição de seu conteúdo é mais ampla e o sistema de proteção mais rigoroso.

¹² Sobre o tema na Alemanha e Europa, v., por todos, STRUTH, Anna Katharina. *Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung. Der Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit in Fällen demokratiefeindlicher Äusserungen nach der Europäischen Menschenrechtskonvention, dem Grundgesetz und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Heidelberg: Springer, 2018.

¹³Cf. 1 BvR 673/18 - Rn. (1-37), Disponível em: <http://www.bverfg.de/e/rk20180622_1bvr067318.html>. Acesso em: 24.10.2018

¹⁴ Cf., por todos, BETHGE, Herberth. *Meinungsfreiheit*, Art. 5, in: SACHS, Michael (Hsgb). *Grundgesetz Kommentar*, 8ª ed., München: C.H. Beck, 2018, em especial p. 329 e ss.

De outra parte, o maior ou menor peso atribuído à liberdade de expressão numa determinada ordem jurídica e a extensão dada ao conteúdo do assim chamado discurso do ódio assume, como já adiantado, particular relevância também no ambiente da Internet, o que será a seguir examinado na perspectiva europeia, em especial no que diz com o marco normativo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (ConvEDH) e a jurisprudência da CEDH, mas também à luz do GNEA.

3 O discurso do ódio e o seu enfrentamento na esfera da internet – algumas notas em torno do assim chamado caso *Belkacem vs. Belgium* da CEDH e do GNEA

No que toca ao ambiente digital, foco da nossa atenção, destaca-se, na Europa, a jurisprudência da CEDH, aqui representada pelo julgamento do caso *Belkacem v. Belgium*, de 27.06.2017¹⁵. Em apertada síntese, o caso versava sobre a legitimidade (na perspectiva da Convenção Europeia de Direitos Humanos) da condenação criminal (em 2012) à pena de dois anos de prisão do cidadão belga Belkacem, líder e porta-voz da organização “Sharia4Belgium”, pelo fato de ter postado na plataforma do YouTube, vídeos de caráter ofensivo, e incitando à discriminação de pessoas não-mulçumanas, tendo como alvo principal o então Ministro da defesa daquele país.

Note-se que nos referidos vídeos foi deflagrada uma convocação dos internautas para a dominação e para a conflagração de atos de combate alicerçados na apologia da *jihad* e da *sharia*, tendo Belkacem sido processado com fundamento na *Belgium’s Anti-Discrimination Law* de 2007. De acordo com a Corte de Antuérpia, restara manifesto o caráter intencional, explícito e reiterado das ofensas e incitações à discriminação e violência, aplicando, além da pena restritiva de liberdade, multa no valor de quinhentos e cinquenta euros. A decisão condenatória, salvo quanto à revisão do tempo de prisão, foi mantida em grau de apelação (2013).

Em face de recurso individual interposto em abril de 2014, alicerçado na negativa dos atos de incitamento e do discurso de ódio, bem como com arrimo no seu direito à liberdade de expressão, assegurado pelo artigo 10 da ConvEDH, a CEDH, contido, entendeu configurado o abuso no exercício dessa liberdade, por conta do caráter ofensivo, discriminatório e violento do conteúdo dos vídeos postados pelo recorrente, direcionado a

¹⁵ A respeito da decisão, conferir: <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-5795519-7372789>> Acesso em: 01.out.2018; Para conferir a decisão na íntegra, v. CEDH, Cour (Deuxième Section), 27 juin 2017, n° 34367/14: <<https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFDEC/ADMISSIBILITY/2017/>>. Acesso em: 01.out. 2018

todos não-muçulmanos, aplicando ao caso concreto o disposto no artigo 17 da referida Convenção. De acordo com a CEDH, o conteúdo dos vídeos e as respectivas manifestações de Belkacem configuram ataque aos valores da tolerância, da paz social e da não discriminação que subjazem e permeiam a Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Em especial no tocante às referências de Belkacem sobre a sharia, a Corte reiterou seu entendimento – mencionado na parte introdutória - de que a propagação na internet de discursos apologéticos convocando para atos de violência pode ser classificada como discurso do ódio e que, por tal razão, cada Estado signatário da Convenção tem o direito de se opor a movimentos de tal natureza, baseados em fundamentalismo religioso. Assim, segundo a CEDH, a legislação belga que ensejou o juízo condenatório de Belkacem é plenamente compatível com a ConvEDH, a jurisprudência da Corte e as recomendações do Conselho da Europa, destinadas a combater o incitamento ao ódio, à discriminação e à violência.

Note-se que embora não exista uma diretiva ou regulamento específico voltado ao combate do discurso do ódio na Internet no âmbito da normativa da União Europeia, foram criados alguns instrumentos de para tal efeito. Destacam-se aqui as medidas da Comissão para o combate do racismo e da intolerância do Conselho da Europa, Estrasburgo, como é o caso de um código de conduta emitido em 31.05.2016, em parceria com *Facebook, Twitter, YouTube, Google e Microsoft*¹⁶ e uma recomendação sobre o tratamento dispensado a conteúdos ilegais na internet, de 26.04.2018.¹⁷

Portanto, muito embora não exista normativa europeia específica voltada ao combate do discurso do ódio na Internet, as instituições europeias tem estado atentas ao problema e promovido algumas medidas concretas no sentido do seu enfrentamento, destacando-se aqui a retratada decisão da CEDH, que – e é esse o ponto a ser aqui sublinhado – chancelou a possibilidade dos Estados submetidos à sua jurisdição de, na esfera de sua margem de apreciação, tomarem medidas significativas, como é o caso da criminalização do discurso do ódio.

Por outro lado, isso não significa que a CEDH tenha, mesmo na decisão aqui retratada, aberto as portas para todo e qualquer tipo de medida limitativa da liberdade de expressão ou mesmo sufragado uma interpretação demasiado elástica do conceito de

¹⁶ See European Commission. Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/code_of_conduct_on_countering_illegal_hate_speech_online_en.pdf>. Acesso em: 24.10.2018.

¹⁷ Para efetuar o download do texto da recomendação v.: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/commission-recommendation-measures-effectively-tackle-illegal-content-online>>. Acesso em 25.10.18.

discurso do ódio para tal efeito. Já por isso – mas também na perspectiva das ordens jurídicas nacionais, em especial dos catálogos constitucionais de direitos fundamentais – cada intervenção no âmbito da liberdade de expressão deve ser objeto de criterioso exame quanto a sua legitimidade convencional e constitucional.

Portanto, é nesse contexto que se situa a polêmica em torno do assim chamada *Netzwerkdurchsetzungsgesetz* (GNEA) aprovado pelo Parlamento Alemão, em 01.09.2017, com o escopo de coibir e reprimir discursos ofensivos, discriminatórios e a incitação à violência na Rede¹⁸. Tal legislação foi o resultado de um movimento de reação ao crescimento exponencial – em especial (mas não só) a partir da política migratória alemã que atraiu, apenas nos últimos anos, mais de um milhão de migrantes, a grande maioria oriunda da Síria – do fluxo de manifestações que configuram um discurso do ódio na internet, medida que, em princípio, guarda consonância com a tradição alemã mais refratária ao discurso do ódio, mas também mais sensível em reação a ofensas em geral aos direitos de personalidade.

Mas, em que pese a motivação em si legítima da lei, são muitas as críticas que têm atraído, inclusive na fase de sua elaboração e discussão no Parlamento, mas também no que diz com a sua aplicação, assumindo particular relevância a controvérsia em torno de sua compatibilidade com a Lei Fundamental alemã, mas também com a CEDH e a CEDF, naquilo em que veicula restrições à liberdade de expressão no ambiente das redes sociais¹⁹.

Não sendo viável explorar com maior detalhamento o conteúdo da lei e a miríada de suas repercussões e dos questionamentos que suscita, limitamo-nos a colacionar alguns dos principais aspectos e que objetivam viabilizar um maior controle em relação ao exercício do discurso do ódio e mesmo a sua interdição.

Assim, é de se enfatizar, de plano, que a nova lei exigiu a implantação de medidas de segurança mais claras e rígidas quanto aos conteúdos lesivos e potencialmente ilegais, possibilitando à cidadania um amplo controle do material postado.

Quanto aos seus destinatários, a teor do seu § 1º, 1 e 2, a nova legislação, tem por destinatários a empreendimentos que promovem plataformas sociais com fins lucrativos e com mais de dois milhões de usuários na Alemanha. Vale notar, todavia, que a lei estabeleceu diferenças em relação aos diversos tipos de provedores, não incidindo em

¹⁸ Para ler o conteúdo da lei: <<https://www.buzer.de/s1.htm?g=Netzwerkdurchsetzungsgesetz+-+NetzDG&f=1>>. Acesso em: 01.out.2018

¹⁹ Sobre o tópico, v. por todos, apresentando uma síntese da controvérsia e remetendo à bibliografia mais atual e relevante, Andrej Lang. *Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Meinungsfreiheit*, AÖR 143, 2018, p. 225 ff.

relação às plataformas voltadas para a troca de mensagens e de e-mails. Da mesma forma, não são abarcadas plataformas destinadas a veicular conteúdos jornalísticos e redacionais.²⁰

Quanto ao seu objeto, a nova lei determina sejam eliminados e bloqueados conteúdos ilícitos postados nas mídias sociais destinatárias. De acordo com o § 1º 3, são tidos como ilícitos todos os conteúdos que correspondam aos fatos típicos previstos em ao todo 23 dispositivos do Código Penal alemão, como, por exemplo, que envolvem atentados contra a segurança estatal e a ordem pública, mas também delitos contra os direitos de personalidade²¹.

Nessa perspectiva o GNEA estabeleceu uma linha divisória entre atos que configuram crime (ilícitos penais) de natureza diversa na rede (como, v.g., a fraude), a assim chamada criminalidade do ódio e as *fake News*. Além disso, convém sublinhar, não ficou claro se para restar configurada a ilicitude de um determinado conteúdo, necessário que o provedor verifique se implementado o suporte fático subjetivo e objetivo e a ilicitude ou se basta a presença do suporte fático objetivo e a ilicitude²².

Nesse sentido, o GNEA estabeleceu uma obrigação para os empreendimentos que oferecem plataformas sociais de criar um procedimento transparente e eficaz e permanentemente disponível e apto a ser facilmente compreendido e manejado por parte dos usuários, assegurando que os provedores tenham condições de acessar com rapidez a reclamação e tomar providências imediatas no sentido de eliminar ou bloquear os conteúdos ilícitos impugnados (§ 3, 1).²³

De acordo com o § 3, 2 , nº 1 da Lei, os provedores de rede social também têm a obrigação de disponibilizar um processo que possibilite o imediato conhecimento e decisão

²⁰ “(1) This Act shall apply to telemedia service providers which, for profit-making purposes, operate internet platforms which are designed to enable users to share any content with other users or to make such content available to the public (social networks). Platforms offering journalistic or editorial content, the responsibility for which lies with the service provider itself, shall not constitute social networks within the meaning of this Act. The same shall apply to platforms which are designed to enable individual communication or the dissemination of specific content.

(2) The provider of a social network shall be exempt from the obligations stipulated in sections 2 and 3 if the social network has fewer than two million registered users in the Federal Republic of Germany.”

²¹ “(3) Unlawful content shall be content within the meaning of subsection (1) which fulfils the requirements of the offences described in sections 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 to 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in connection with 184d, 185 to 187, 201a, 241 or 269 of the Criminal Code and which is not justified.”

Observação: o § 201a foi incluído na versão aprovada pelo parlamento e não estava contemplado na tradução utilizada.

²² Cf. HOLZNAGEL, Bernd. Das Compliance-System des Entwurfs des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, ZUM 2017, p. 615 e ss.

²³ “(1) The provider of a social network shall maintain an effective and transparent procedure for handling complaints about unlawful content in accordance with subsections (2) and (3). The provider shall supply users with an easily recognisable, directly accessible and permanently available procedure for submitting complaints about unlawful content.”

acerca da eliminação ou bloqueio do acesso ao conteúdo supostamente ilícito²⁴, implementando uma espécie de procedimento do *notice and take down*, previsto originalmente nos artigos 14 e 15 da Diretiva 2000/31 do Parlamento Europeu, regulando o e-commerce²⁵.

Outrossim, as mídias sociais devem informar imediatamente os usuários e reclamantes de toda e qualquer providência tomada, fundamentando a sua decisão (§ 3, 2, nº 5, do GNEA).²⁶ Note-se que, como reação a tal previsão legal, os grandes atores da Internet já iniciaram a instituir mecanismos para atender a demanda. Assim, em caráter ilustrativo, verifica-se que o Google criou um formulário específico para fins de delação²⁷, o Twitter adicionou novas funções às contas dos usuários²⁸, enquanto o Facebook criou uma página específica na qual a vítima deve selecionar dentre as opções previamente disponibilizadas e anexar o *screenshot* da postagem²⁹.

²⁴ “(2) The procedure shall ensure that the provider of the social network:

1. takes immediate note of the complaint and checks whether the content reported in the complaint is unlawful and subject to removal or whether access to the content must be blocked,”

²⁵ Cf. HOLZNAGEL, Bernd, op. cit., p. 614-15. “Article 14. Hosting.

1. Where an information society service is provided that consists of the storage of information provided by a recipient of the service, Member States shall ensure that the service provider is not liable for the information stored at the request of a recipient of the service, on condition that:

(a) the provider does not have actual knowledge of illegal activity or information and, as regards claims for damages, is not aware of facts or circumstances from which the illegal activity or information is apparent; or
(b) the provider, upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove or to disable access to the information.

2. Paragraph 1 shall not apply when the recipient of the service is acting under the authority or the control of the provider.

3. This Article shall not affect the possibility for a court or administrative authority, in accordance with Member States' legal systems, of requiring the service provider to terminate or prevent an infringement, nor does it affect the possibility for Member States of establishing procedures governing the removal or disabling of access to information.

Article 15. No general obligation to monitor.

1. Member States shall not impose a general obligation on providers, when providing the services covered by Articles 12, 13 and 14, to monitor the information which they transmit or store, nor a general obligation actively to seek facts or circumstances indicating illegal activity.

2. Member States may establish obligations for information society service providers promptly to inform the competent public authorities of alleged illegal activities undertaken or information provided by recipients of their service or obligations to communicate to the competent authorities, at their request, information enabling the identification of recipients of their service with whom they have storage agreements.” Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). Official Journal L 178, 17/07/2000 P. 0001 – 0016. Disponível em:

<<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=pt>>. Acesso em: 30.10.2018.

²⁶ “5, immediately notifies the person submitting the complaint and the user about any decision, while also providing them with reasons for its decision,”

²⁷ No Google News há o instrumento “Enviar feedback” no qual é necessário enviar uma “captura de tela”. Para mais detalhes consulta o site da rede social: <<https://news.google.com/>>. Acesso em: 26.10.2018.

²⁸ Com relação ao Twitter consultar por exemplo: <<https://help.twitter.com/en/safety-and-security/report-abusive-behavior>>. Acesso em: 26.10.2018.

²⁹ No Facebook acima das notícias, onde tem três reticências aparece a opção “Give Feedback on This Post”. Para mais detalhes consulta o site da rede social: <<https://pt-br.facebook.com/>>. Acesso em: 26.10.2018.

Um primeiro ponto a ser destacado, diz respeito ao fato de que de acordo com a lei qualquer usuário pode denunciar a ocorrência do discurso do ódio, de tal sorte que é possível afirmar que se procurou estabelecer uma espécie de alargado controle social sobre as mídias sociais pelos seus próprios usuários. Além disso, de acordo com o seu § 3, 2, n^{os}. 2 e 3 a lei estabeleceu o prazo de vinte e quatro horas após a denúncia para a plataforma deletar ou bloquear o acesso a postagem quando a ilicitude da postagem for evidente, e, em casos mais complexos, ampliou o prazo para sete dias, prazo este que poderá ser excedido, quando: “a) a decisão relativa à ilegalidade do conteúdo depende da falsidade de alegação fática ou é claramente dependente de outras circunstâncias fáticas. Em tais casos, a mídia social pode conceder ao usuário a possibilidade de responder à reclamação antes de proferir a decisão; b) a rede social refere a decisão submete a decisão sobre a ilegalidade a uma reconhecida instituição no âmbito da autorregulação, no prazo de sete dias a contar do recebimento da reclamação, concordando em acatar a decisão de tal instituição;

Para o caso de descumprimento, foram previstas penas de multa de até cinco milhões de euros (§ 4,2).³⁰

A Lei também estabelece uma obrigação de as mídias sociais elaborarem e publicarem um relatório semestral sobre as reclamações recebidas e respectivas providências envolvendo a impugnação de conteúdos tido como ilícitos (§ 2)³¹.

Mas, consoante já adiantado, diversos dispositivos da lei têm sido questionados quanto à sua legitimidade constitucional – em face da Lei Fundamental da Alemanha -, ademais de eventual incompatibilidade com o marco Europeu em termos de liberdade de expressão e outros direitos humanos e fundamentais, sejam consagrados na CEDH, sejam positivados na CEDF.

Para além da alega inconstitucionalidade formal da nova legislação, que aqui não será enfrentada, inclusive por isoladamente arguida³², seguem os pontos mais disputados, que aqui não são apresentados em ordem de relevância.

³⁰ “(2) In cases under subsection (1) numbers 7 and 8, the regulatory offence may be sanctioned with a regulatory fine of up to five hundred thousand euros, and in other cases under subsection (1) with a regulatory fine of up to five million euros. Section 30(2) sentence 3 of the Act on Regulatory Offences shall apply.”

³¹ “(1) Providers of social networks which receive more than 100 complaints per calendar year about unlawful content shall be obliged to produce half-yearly German-language reports on the handling of complaints about unlawful content on their platforms, covering the points enumerated in subsection (2), and shall be obliged to publish these reports in the Federal Gazette and on their own website no later than one month after the half-year concerned has ended. The reports published on their own website shall be easily recognisable, directly accessible and permanently available.

(2) The reports shall cover at least the following points:

[...]”

³² Nesse sentido, sustentando tal ilegitimidade formal, v., por todos, GERSDORF, Hubertus. Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, p. 439 e ss.

Uma primeira objeção diz respeito ao fato de que caberá em um primeiro momento às plataformas deliberar sobre o potencial ofensivo da postagem, gerando, uma abertura à instituição de censura privada e uma privatização da execução da lei³³.

Outro aspecto relevante diz respeito ao fato, alegado por alguns, o Estado alemão passaria, de forma indireta a aceitar e, em certa medida, até a incentivar a política de vigilância e de monitoramento geral efetuada nas redes sociais, embora não tenha expressamente exigido das plataformas esse tipo de procedimento³⁴.

Da mesma forma, questiona-se a amplitude do elenco de conteúdos que podem ser considerados ilícitos, tendo em conta a quantidade de tipos penais listados para tal efeito inclusive sem maior fundamentação, propondo-se, quanto a isso, um ajuste corretivo de modo a reduzir as hipóteses a algumas figuras essenciais³⁵.

Ademais disso, os prazos fixados pelo legislador para a tomada de providências pelos provedores das plataformas sociais (eliminação ou bloqueio) são demasiado exíguos para que se possa examinar de modo adequado a sua efetiva ilicitude. Note-se, ainda, que a maioria dos tipos penais elencados demandam uma interpretação à luz das exigências da liberdade de expressão, o que, por sua vez, é, em muitos casos, controverso e demanda uma cuidadosa avaliação, em especial levando em conta que de acordo com a jurisprudência do TCFA nem todo conteúdo de caráter ofensivo (sátira, crítica, etc.) configura um abuso no exercício da liberdade de expressão e, nesse sentido, um ilícito passível de sanção³⁶. O mesmo, aliás, se verifica quando se trata se aferir se algum conteúdo configura um atentado contra a segurança estatal e a ordem pública, razão pela qual aqui também questionável se um ator privado, ainda mais em prazo tão curto (24 horas quando se tratar de conteúdo manifestamente ilícito, seja o que isto queira dizer, valeria acrescentar) pode ele mesmo levar a efeito tal julgamento³⁷.

Outrossim, no concernente aos prazos legais para a remoção ou bloqueio de um conteúdo ilícito a própria lei, como já referido acima, prevê a possibilidade de exceções em que não incidem tais prazos, além de necessária a notificação, assegurando a possibilidade

³³ Sobre o ponto v., por todos, M. Schröder, *Private, statt administrative Durchsetzung des öffentlichen Rechts*, *Die Verwaltung* 50, 2017, p. 309-331.

³⁴ Sustentando a incompatibilidade substancial, em vários pontos, do GNEA, com a Lei Fundamental e a Convenção Europeia, v., por todos, o parecer de SPINDLER, Gerald. “Legal Expertise Commissioned by BITKOM” (Göttingen, 2017), <https://www.bitkom.org/noindex/Publikationen/2017/Sonstiges/Legal-Expertise-Official-2-o.pdf>.

³⁵ HOLZNAGEL, Bernd., op. cit. p. 623.

³⁶ HOLZNAGEL, Bernd., idem, p. 622-23.

³⁷ HOLZNAGEL, Bernd. Ibidem, p. 623-24.

de manifestação do usuário. Se com isso restam afastadas de modo satisfatório as objeções referidas, não há como aqui avançar em relação ao ponto.

6. Considerações finais

Em que pesem as diversas objeções articuladas em relação a uma série de disposições do GNEA, a nova legislação, mesmo exigindo alguns ajustes e uma interpretação conforme aos direitos humanos e fundamentais, com destaque para a liberdade de expressão, é de ser, em termos gerais, bem recebida, inclusive pelo fato de que, em termos gerais, guardar compatibilidade e dar concretude à orientação normativa (ainda na forma de soft law) e aos enunciados da CEDH no caso *Belkacem v. Belgium*.

Particularmente bem-vinda é a criação de um modelo de controle social alargado exercido pelos próprios usuários das mídias sociais, desde que, é claro, não implique em meio de censura (inclusive privada) e de silenciamento da liberdade de expressão na rede, como, em parte, é preciso reconhecer, já se está verificando em alguns ambientes, o que, aqui, não há como aprofundar, mas deve ser referido.

Além do mais, o que o legislador alemão buscou instituir, foi um modelo de compliance, que, em grande medida, incorpora medidas relativas ao apagamento e bloqueio de determinados conteúdos de natureza ilícita já existente, avançando no tocante aos instrumentos destinados a tornar efetivas tais medidas, seja por indução, seja mediante sancionamento³⁸.

O que se arrisca aqui a afirmar, é que em especial quando se trata de atores sociais poderosos do ponto de vista tecnológico e econômico, a ausência de regulação do discurso do ódio e a falta de medidas minimamente eficazes para a sua inibição e sancionamento, implica, como já referido, uma violação dos deveres de proteção estatais na esfera das relações privadas em relação aos direitos de personalidade, mas acima de tudo da dignidade da pessoa humana, tal como solenemente enunciado no artigo 1º da Lei Fundamental³⁹ e no artigo da CEDF⁴⁰. Que o melhor caminho não é o de uma regulação fechada, mas sim – e

³⁸ HOLZNAGEL, Bernd. Op. cit., p. 622 e ss.

³⁹ “(1) Human dignity shall be inviolable. To respect and protect it shall be the duty of all state authority.

(2) The German people therefore acknowledge inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world.

(3) The following basic rights shall bind the legislature, the executive and the judiciary as directly applicable law.”

⁴⁰ “Article 1

Human dignity

Human dignity is inviolable. It must be respected and protected.”

aqui já adiantamos o nosso entendimento a respeito do tema – o de uma assim designada autorregulação regulada ⁴¹, tal como estabelecido (em que pese os pontos a serem corrigidos), é preciso seja aqui destacado, ainda que não se trate de algo que aqui possa ser desenvolvido.

Por outro lado, eventuais medidas tomadas com esse objetivo não podem implicar violação, por conta de uma intervenção juridicamente ilegítima na esfera de proteção de outros direitos humanos e fundamentais, como é o caso, em primeira linha, da liberdade de expressão e de informação, à qual deve ser assegurada uma posição de proeminência.

Assim, o que se deve poder esperar é que, a partir dos exemplos da decisão da CEDH no caso *Belkacen vs. Belgium*, e do exemplo (em que pese os seus pontos polêmicos e eventualmente carentes de correção) do GNEA, outras medidas sejam levadas a efeito para pelo menos reduzir a quantidade e a gravidade das consequências do discurso do ódio na internet.

Todavia, considerando a ausência de fronteiras que caracteriza o ambiente digital e as dificuldades técnicas de levar a efeito um controle mais rígido com base num modelo de natureza sancionatório, a maior aposta deve ser feita na esfera preventiva. Apenas a inclusão digital (incluindo a capacitação para o uso responsável da internet) e a difusão de uma cultura do respeito e da tolerância, bem como eventualmente a criação de um Pacto Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos na Internet⁴², assim como de um código de ética comum para a Rede, o que poderá vir a ter, quem sabe, resultados mais efetivos e duradouros⁴³. De qualquer sorte, também a efetividade de tais marcos normativos também dependerá da sua receptividade e da auto vinculação por parte dos Estados e de todos os atores da Internet, em especial dos mais poderosos.

⁴¹ Sobre o tema, v., por todos, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, *Selbstregelung, Selbstregulierung und regulierte Selbstregulierung im digitalen Kontext* in: FEHLING, Michael; SCHLIESKY, Utz (Ed.), *Neue Macht- und Verantwortungsstrukturen in der digitalen Welt*, Baden-Baden: Nomos, 2016, p. 27- 52.

⁴² Nesse sentido, v. a *Charter of Human Rights and Principles for the Internet* (<http://internetrightsandprinciples.org>), que, embora não seja de caráter vinculante, pode servir como um ponto de partida.

⁴³ O tema da ética na Internet não é novo e já existe farta literatura a respeito, como, por exemplo, KOENIG, Thomas; RUSTAND, Michael. *Global Information Technologies: Ethics and the Law*, 1st Edition, Kindle Edition Global, West Academic Publishing, 2017. Da mesma forma já são muitos os códigos ou regulamentos editados por usuários e demais atores da Rede, incluindo as mídias sociais e provedores de pesquisa.

8. EXPLORANDO AS RELAÇÕES ENTRE SEGURANÇA, CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO EUROPEU¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-8>

Enrique Guillén López²

I. INTRODUÇÃO. O PARADIGMA

Com a presente contribuição se pretende analisar as relações entre Segurança, Constituição e Constitucionalismo europeu. A relação entre os dois primeiros nos remete a problemas de fundamentos que hoje apenas admitem uma resposta nos limites do terceiro: o constitucionalismo europeu.

A aproximação que se realiza tem como paradigma uma teoria geral da constituição e dos direitos fundamentais (já não cabe uma sem a outra), teoria que se refere a um arquétipo, o constitucionalismo, como um constructo elaborado a partir de experiências constitucionais primárias dos Estados-nação, em sua dimensão histórica e atual. Essas experiências relacionam-se com o constitucionalismo em uma complexa relação já que de forma simultânea o nutrem e são nutridas por ele. Portanto, não se trata apenas de um processo unidirecional em que as normas fundamentais estatais operam como fonte para extrair um tipo ideal de constitucionalismo, mas sim da elaboração de novas regras constitucionais que devem superar a desvantagem daquelas que estiveram em sua origem. O Constitucionalismo, originariamente, serviu como fundamento normativo pensado exclusivamente para resolver conflitos entre os Estados-Nação soberanos.

Devemos salientar que este constitucionalismo é evidentemente um conceito doutrinário, entendido como um tratamento articulado de princípios e regras levados a cabo pelos acadêmicos de acordo com a pretendida ordem e rigor do método científico.

¹ Este trabalho foi realizado no âmbito do projeto de investigação "Direitos Fundamentais ante às crises económicas e de segurança num quadro constitucional fragmentado" DER2016-77924-P, financiado pelo Ministério da Economia e Competitividade (MINECO).

² Professor de Direito Constitucional. Universidade de Granada (Espanha). E-mail: enriqueg@ugr.es
Tradução: Natálie Vailatti e Robison Tramontina

Entretanto, também já é uma realidade que tem um referente preciso, tangível, que o afasta da mera elocubração teórica. É o que pode ser encontrado, pelo menos em marcos regionais delimitados, regras jurídicas, ordenamentos, as quais se pode enfaticamente atribuir força compulsória frente às práticas nacionais que não as respeitam³. Tanto é assim que as experiências constitucionais internas, nestes casos, deixam de sê-las porque a nova realidade constitucional tem imposto a sua degradação em atos de desenvolvimento não suficientemente adequados com o paradigma no qual elas são julgadas⁴.

Não é outra coisa o constitucionalismo, no âmbito do Conselho da Europa, senão um paradigma de resolução jurisdicional de conflitos baseados na garantia de direitos⁵ que a partir das diferentes respostas estatais as quais se concede capacidade resolutiva originária (princípio da subsidiariedade) erige um consenso europeu sobre as liberdades fundamentais com uma entidade autônoma. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos atribuiu-se um papel fundamental na elaboração de uma ordem pública europeia, como garante a Convenção de Roma⁶. Trata-se de um conceito em

³ Sobre a qualidade coercitiva, não tanto da norma como dos ordenamentos, seguem sendo iluminadoras as páginas de F. BALAGUER CALLEJON, *Fuentes del Derecho I. Principios del ordenamiento constitucional*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 98 e ss.

⁴ Cfr. STEDH, de 22 diciembre 2009 (Gran Cámara), *Sejdic ´ y Finci c. Bosnia Hercegovina*, sobre a violação da proibição de discriminação por parte de alguns requisitos da Constituição da Bósnia-Herzegóvina que previam cotas para grupos étnicos na ocupação dos cargos oficiais do Estado. Posteriormente, STEDH *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 mayo 2010, observou que a provisão da Constituição do Estado demandava a restrição de maneira indiscriminada ao direito de voto de deficientes mentais é contrária ao direito de participação.

⁵ E a partir daí, pela força expansiva dos direitos é capaz ao processo de eleição de forma íntegra das políticas públicas de um Estado-membro. Considere, por exemplo, a forte rejeição de Estrasburgo de certas práticas dos Estados-Membros. De acordo com STEDH *Volkov c. Ucrânia* de 9 de janeiro de 2013 (esta sentença afirma, nada menos, que o sistema de responsabilidade disciplinar dos juizes na Ucrânia não assegura suficientemente a independência do poder judiciário frente ao restante do poderes)

⁶ *Loizidou c. Turquia*, 23 de marzo de 1995. Reiterado, por exemplo, na sentença de *Al-Skeini y otros c. Reino Unido* de 17 de julio de 2011. Mais além vão os pronunciamentos do juiz Pinto de Albuquerque no voto confidencial simultâneo *Hajiyev, Pejchal y Dedov*) ditado na sentença *Dulimi y Montana Management Inc. C. Suíza* de 21 de junio de 2016: “59. Le Conseil de l’Europe est un ordre juridique autonome fondé sur des accords et sur une action commune dans le domaine économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif ainsi que dans la sauvegarde et le développement des droits de l’homme et des libertés fondamentales (article 1, paragraphe b, du Statut du Conseil de l’Europe de 1949). Avec plus de 217 traités, l’ordre juridique de cette organisation internationale a à son sommet un traité international, la Convention européenne des droits de l’homme qui a un effet direct et supra-constitutionnel sur les ordres juridiques nationaux des États membres du Conseil de l’Europe[112]. Étant plus qu’un simple accord multilatéral sur des obligations réciproques d’États parties, la Convention crée des obligations pour les États parties envers toutes les personnes et entités privées relevant de leur juridiction. Avec son rôle de vecteur de transformation proclamé avec emphase dans le préambule qui lui donne vocation à construire une union plus étroite des États européens et pour développer les droits de l’homme sur une large base paneuropéenne, la Convention n’est ni subordonnée aux règles constitutionnelles nationales, ni aux prétendues règles supérieures du droit international, puisque *c’est le droit suprême du continent européen*[113]. Dans la hiérarchie de normes interne au Conseil de l’Europe lui-même, le droit des Nations unies équivaut à tout autre accord

construção permanente; de uma expressão constantemente atualizada do constitucionalismo Europeu, diferenciável e diferenciado da ordem pública dos Estados-membros do Conselho da Europa. Em resumo, as aproximações que devem ser feitas das grandes questões que o direito constitucional regula, especialmente a garantia de direitos e a atuação do complexo institucional que deve tornar efetiva a divisão de poderes, deve se pensar tanto na doutrina que se deve incorporar ao constitucionalismo como na realidade jurídica sempre em reelaboração.

Contudo, o direito construído pelo TEDH no marco da Convenção para servir de parâmetro, não só bebe dos modelos constitucionais dos Estados-Membros, mas também recorre a outros ordenamentos com os quais compartilham pressupostos materiais. No caso, por exemplo, de sentenças como M.C. c. *Bulgária*, de 4 de dezembro de 2003, se examinam os requisitos reunidos na legislação penal para responder aos delitos contra a liberdade sexual (especialmente a violação), considerando modelos como o norte americano⁷. Um comentário, é precisamente nos Estados Unidos, em um estado muito embrionário, que se utiliza critérios constitucionais extranacionais, isto é de um constitucionalismo *extra ordinem* para

international et est subordonné à la primauté de la Convention en tant qu'*instrument constitutionnel de l'ordre public européen*[114].

60. De là découle la nature de la Cour en tant que *Cour constitutionnelle européenne*, dont les arrêts ont un effet erga omnes res interpretata qui va au-delà de leur effet inter partes res judicata, ainsi qu'un effet prescriptif puissant qui va bien au-delà de ses effets purement déclaratoires mentionnés fréquemment. Les procédures d'arrêts pilotes et quasi pilotes sont typiquement des instruments de contrôle constitutionnel, qui jouent un rôle central dans le redressement de dysfonctionnements du droit national ou la non-réglementation par le législateur en présence de dysfonctionnements systémiques[115]. Si besoin est, dans le dispositif de ses arrêts, la Cour exerce un pouvoir d'annulation indirect à travers des injonctions faites en vertu de l'article 46 en demandant à l'État défendeur à réviser ses lois, règlements administratifs et pratiques. Même si elle ne l'a pas encore utilisée, la Cour a également la compétence pour exercer une action en violation (article 46 § 4 de la Convention). Finalement, elle a compétence sur sa propre compétence (Kompetenzkompetenz), qui n'exclut pas, en cas de blocage politique de la procédure d'exécution et de l'action en violation au niveau du Comité des ministres, qu'elle accepte de jouer un rôle de supervision concernant l'inexécution ou l'exécution incomplète d'un arrêt de la Cour, même en l'absence d'une telle action en violation. C'est enfoncer une porte ouverte aujourd'hui que de dire que le mécanisme d'exécution essentiellement intergouvernemental a radicalement changé de nature de par le rôle prépondérant que la Cour elle-même joue dans la garantie de l'efficacité du système de protection des droits de l'homme[116]. Le Conseil de l'Europe peut ainsi avancer une forte revendication constitutionnelle". Grifo nosso.

⁷ Par. 158: "Dans les juridictions de *common law*, en Europe et ailleurs, la notion de force physique a disparu des textes de loi et/ou de la jurisprudence (veja os parágrafos 98, 100 et 138-147 acima que trata de sistemas jurídicos da Irlanda, Reino Unido e Estados Unidos e de outros países). Le droit irlandais déclare expressément que le consentement ne peut être déduit de l'absence de résistance (parágrafo 98 acima)"

resolver controvérsias como a da constitucionalidade das relações homossexuais consentidas entre adultos (cf. *Lawrence vs. Texas*⁸).

Isso quer dizer que cabe a possibilidade de construir um discurso geral com o objetivo de servir de resolução para controvérsias definitivas internas (especialmente em direitos, mas não apenas)⁹

Voltando ao âmbito Constitucional Europeu, esta coexistência de constitucionalismo nacional e supranacional se integra naquilo que vem sendo chamado de constitucionalismo multinível¹⁰, que é o terreno não apenas propício, mas necessário para a indagação acadêmica. Sendo assim, não é imaginável escrever exclusivamente numa perspectiva exclusivamente nacional. Somente se podem examinar juridicamente os conceitos que marcam o direito constitucional a partir de uma visão que escape da lógica estatal (de cada estado). Esta é uma consequência inevitável da crise do conceito de soberania. Posto isso, se deve pensar uma reordenação harmonizada (não necessariamente unificadora) de todos os conceitos com os quais tem sido associado o constitucionalismo, e entre eles estão alguns como o da segurança.

No entanto, este constitucionalismo, que sempre teve sérias dificuldades em avançar, encontra-se hoje em uma situação crítica, devido fundamentalmente à falta de confiança que se instalou em nossas sociedades. Efetivamente, um dos conceitos que podem ser utilizados para distinguir os períodos normais daqueles de crise regressiva é o da confiança. Em segundos, se quebra a conexão entre os sujeitos de direitos, instituições e o ordenamento jurídico, o que prejudica a capacidade de

⁸ *Lawrence v. Texas* (2003) 123 S. Ct. 2472. Cf. o texto em espanhol da sentença e uma adequada contextualização em M. BELTRÁN DE FELIPE y J.V. GONZÁLEZ GARCÍA, *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América* (Segunda Edición), CEPC, Madrid, 2006, pp. 662-679.

⁹ Para tal objetivo atende a enorme abertura de pensamento de Peter Häberle que vai alicerçar a ponderação do método comparativo como quinto método de interpretação Cfr. P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates. Methoden und Inhalte, Kleinstaaten und Entwicklungsländer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1992, pp. 27-44. Uma exposição de valores que pondera a relevância e o que representa a teoria de Häberle pode ler-se em F. BALAGUER CALLEJÓN, “La contribución de Peter Häberle a la construcción del Derecho Constitucional Europeo”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º. 13, 2010, págs. 189-208. Disponível em: <https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/o7FBalaguer.htm#13>

¹⁰ I. PERNICE, I. «Multilevel constitutionalism in the European Union», *Walter Hallstein Institute Papers*, No 5, 2002. Esta teoria tem ecos da construção de Peter Häberle referindo-se às constituições nacionais como Constituições parciais. Ver, em espanhol, “El constitucionalismo universal desde las constituciones parciales nacionales e internacionales: siete tesis”, en Francisco Balaguer Callejón, Estanislao Arana García (coords.), *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, Vol. 1, 2014, págs. 41-50.

controlar o poder. Hoje, essa confiança, este otimismo, está em retirada porque o panorama é certamente sombrio. Os direitos, as instituições e os ordenamentos não acreditam serem capazes de conter a força de certos poderes, que são agora fundamentalmente privados, que estão redefinindo - em seu próprio benefício - pela força dos feitos nos âmbitos constitucionalmente fundamentais: a economia e os processos de comunicação. Isto resulta que o interesse geral é protegido somente nas esferas que a estrutura pública-jurídica tinha estabelecido sua existência: processos eleitorais (com o deturpação da vontade cidadã) e distribuição de riqueza (concedendo status de normalidade à especulação financeira)¹¹. Constatar essa crise de confiança, esse horizonte preocupante para as categorias clássicas de constituição e constitucionalismo, serve para nos antecipar uma crise ainda mais aguda, e se generaliza a impressão e o sentimento, de que não estamos seguros.

II. SEGURANÇA E DIREITO CONSTITUCIONAL

A pessoa quer sentir-se segura. É óbvio que os seres humanos viveram e evoluíram em um contexto em que eram frequentes os confrontos físicos de resultado imprevisível, a sujeição às forças naturais capazes de aniquilar sua vida ou destruir o lugar que trabalhosamente tinha construído para se abrigar. A vida tem sido uma luta pela sobrevivência e, ainda, continua sendo. Não é porque alguém dispõe de uma casa confortável que ele não está sujeito a sofrer uma doença capaz de reduzir ao vazio tudo aquilo que se dedicava com atenção antes de ouvir o resultado fatal de exames médicos.

A pessoa, portanto, *queria* estar segura¹². Queria estar a salvo de situações imponderáveis. Conseguiu, por exemplo, estar relativamente convencida de que as transações comerciais realizadas não envolviam o enriquecimento ilícito da outra parte quando se instaurou o sistema métrico decimal¹³; tem conseguido nos últimos dois

¹¹ F. BALAGUER CALLEJÓN, “Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º. 30, 2018. Disponível em: https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm.

¹² ORTEGA Y GASSET aponta no “Prólogo” de *La decadencia de occidente* de Oswald Spengler (Austral, Madrid, 2011): “Nos movemos em busca de uma segurança radical, nós necessitamos porque somos temporariamente, o que já fomos presenteados com o nascimento no berço, é uma insegurança radical”.

¹³ Em similar sentido: “No curso da transação da sociedade agrária para a sociedade mercantil surgiu uma nova necessidade, com fundamento económico, de segurança. Partiu dos comerciantes que haviam se estabelecido e se dirigia à venda de bens e mercadorias em mercados maiores que os mercados fortemente limitados especialmente dispersos e colocados à disposição dos numerosos senhores medievais. A contribuição da necessidade de segurança foi fundamentada no desenvolvimento

séculos que, durante certos períodos de tempo poderia desfrutar de algo chamado liberdades, o que o permitiu sair na rua, contando com o retorno para o jantar; professou a religião que iria se reconfortar sem pensar que a chave da casa que iria deixar aos herdeiros seria como um mero símbolo da morada para sempre perdida; poder criticar o governo sem perder por isso a sua propriedade.

No entanto, não foi isenta de guerras terríveis. Aniquilações devastadoras e massivas reduziram a cinzas todas essas expectativas. As guerras são o ponto zero de segurança. Não tem uma garantia mínima: nem a sua vida, nem a vida dos teus, e nem a dos inimigos. A preservação da existência dos próximos depende da intensidade com que você ameaça os outros.

O desejo de invocar a insegurança é tendencial e inevitavelmente crescente. O cessar-fogo não basta. Queremos, então, proteger-nos de qualquer coisa que não possa nos permitir assumir o controle de nossas vidas e vemos a necessidade de criar estruturas de redução de risco onde não somos autossuficientes. E assim, o conceito de auto-suficiência torna-se um elemento essencial para determinar a identidade das estruturas que são reduzidas a insegurança. Nas sociedades fundadas na ideia de um indivíduo capaz, por si só, de tecer o destino não é fácil pensar em sistemas públicos de saúde, desemprego, pensionistas e até mesmo intervenção puramente individual nas tarefas de manutenção da segurança pública¹⁴. A intervenção pública em todos estes setores, no entanto, tem sido evidentemente imposta ao continente europeu, especialmente durante os "trinta anos felizes" após a Segunda Guerra Mundial¹⁵: o europeu problemático, as mulheres que ficaram na retaguarda para receber o que chegava, exigiram dos Estados, que tinham enviado seus homens e seus filhos, a recompensa mínima por cuidarem da sua segurança.

A Europa democrática vive, então, um período inigualado e provavelmente inigualável. É o estado da busca existencial, o qual a doutrina alemã chama

económico e o Estado de Direito que destacamos a seguir. A respeito, deve se clarificar, em especial a importância da segurança jurídica interna para o desenvolvimento de um país e a garantia da segurança jurídica como uma tarefa estatal básica." Norbert Lösing, "Estado de derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico", *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 6, 2002, p. 274.

¹⁴ Devemos contemplar, eu compreendo, o significado da segunda emenda da Constituição norte-americana que, como é sabido, reconhece o direito de portar armas da seguinte forma: "É necessário uma milícia bem ordenada para a segurança de um estado livre, não se violará o direito das pessoas de possuir e portar armas.

¹⁵ T. JUDT, *Postguerra*, Taurus, Madrid, 2008.

Daseinsorge. Um estado que cuida, que assiste, que protege¹⁶; que se manifesta amparando as pessoas em suas necessidades coletivas (infraestrutura, educação, prestação de saúde aos desempregados, aposentadas, segurança cidadã), tentando levar inclusive a segurança para um âmbito não pensado como o de mercado (que depende da liberdade dos diferentes intervenientes envolvidos). O estado intervém no processo econômico¹⁷, planeja e, assim, reduz a incerteza, o medo, diante de uma desvalorização das condições materiais de vida das pessoas ou de seus descendentes¹⁸. Todos as quebras devem ser controladas e se desenham estruturas nacionais, internacionais e supranacional para elas¹⁹. Apenas a ameaça da guerra nuclear e, mais recentemente, as catástrofes ambientais²⁰ pairam sobre a segurança²¹ permitindo a análise doutrinária que, certamente paradoxal – se se observa a questão com a perspectiva histórica que estamos empreendendo - definem com sucesso esta

¹⁶ Assim, pode ser entendido tão bem porque ocasionalmente é manchado como "paternalista" (maternalista eu diria e não exatamente impedido por qualquer obrigação de exatidão política da linguagem) para este estado do outro lado do Atlântico. Pode ser interessante notar a controvérsia jurídica causada nos EUA por certas ações públicas destinadas a proteger a segurança dos cidadãos, como a obrigação do capacete. Cf. M. MOSER JONES, y R. BAYER, "Paternalism&Its Discontents. Motorcycle Helmet Laws, Libertarian values, and Public Health", *American Journal of Public Health*, Febrero de 2007, Vol. 97, nº 2.

¹⁷ Poderíamos considerar em que medida a fechada (ver K. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 1957) utopia marxista com sistema de produção total e cientificamente planejada é uma tentativa de acabar com a mudança; uma tentativa de estabelecer de uma vez por todas a ordem correta do mundo (isto se vê em bases justas, diria o marxismo) de modo as pessoas não estariam expostas aos grandes perigos do que é puramente aleatório. A utopia da previsibilidade completa: do berço ao túmulo.

¹⁸ Neste processo de afirmação contínua da segurança aparece neste momento com substantividade o papel dos descendentes, de que herdarão a terra quando nós não estaremos mais. Certamente também se relaciona com a avaliação pela primeira vez, como vamos apontar, do risco ambiental, bem como a eventualidade de uma terceira – e definitiva – Guerra Mundial, travada com armas atômicas.

¹⁹ O abandono de direitos mediante a criação da jurisdição constitucional e organizações internacionais como o Conselho da Europa. O abandono econômico através de políticas keynesianas que geram a paz social e a criação de estruturas antiprotetivas como da EU.

²⁰ Representa um trampolim da usina nuclear de Chernobyl na Ucrânia.

²¹ Não podemos esquecer, no entanto, a influência dos vários atentados terroristas que recordaram a Europa da eventual fragilidade das suas estruturas políticas (os terrorismos do Baader Meinhoff na Alemanha, das Brigadas Vermelhas na Itália) e a sua exposição aos conflitos simultaneamente territorial e religioso (especialmente as ações dos terroristas palestinianos).

sociedade como "a sociedade do risco"²², a que nós devemos responder unindo a força renovada a um velho princípio: o princípio da responsabilidade²³.

Certamente, como Beck consegue avaliar, esse risco surge da insegurança criada como resultado da crise do Estado social, que nada mais é do que a crise em uma série de direitos que conseguiram instalar uma previsibilidade aceitável em amplas camadas da população. Se a segurança é o resultado de direitos, a menor garantia de certos direitos cria incerteza. E, a análise de Beck, não contava que assim que o século XXI começasse, sofreríamos uma crise econômica como não havia sido experimentada desde a década de 1930, e uma série de ataques terroristas orquestrados para produzir o maior número de mortes entre a população em geral. Consequentemente, a UE estabeleceu-se no paradigma que sempre foi utilizado para superar a insegurança: a excepcionalidade.²⁴

Nesse contexto, o direito, que não pode deixar de atender às necessidades humanas, como instrumento que é de resolução pacífica de seus conflitos, deve integrar entre seus elementos as pretensões de segurança dos sujeitos. Em suma, os sujeitos de forma autônoma e coletiva que somos, no sentido tradicional, a fonte de direito democrático (o povo como o titular da soberania), temos de racionalizar o

²² Título do trabalho muito influente do sociólogo alemão Ulrich Beck em 1986. Esta definição de sociedade causa ao risco uma dimensão constitutiva, que claramente tem um impacto significativo na formação do direito como um subsistema social. A deriva favorável à limitação das liberdades resulta também do fato de a proporcionalidade, como princípio, ser pouco suscetível à preservação das liberdades quando são confrontados com um grande valor, como a segurança. D. Grimm tem assim visto: "Mas a previsão de risco mais recente e urgente também ameaça reduzir a máxima da proporcionalidade. Como critério relativo, faz a conveniência de uma restrição de direitos fundamentais dependente da dimensão do perigo a ser combatido: se for suficientemente grande, pode reduzir drasticamente o limite de intervenção em outros direitos fundamentais. Por conseguinte, é concebível na sociedade de risco que qualquer critério específico apareça, de maneira precisa e apropriada, com uma carga proporcionalmente insignificante a favor de um bem jurídico de grande valor, de modo que no conjunto a liberdade perde em prol da segurança. A Constituição é, portanto, novamente encontrada fora da vida social, sem que tenha existido qualquer modificação textual." De acordo com D. GRIMM, "El futuro de la Constitución", em *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006. p. 208. É precisamente a última sentença deste trabalho sugestivo que nos coloca diante de um dos principais empreendimentos desta obra, que é evitar essa marginalidade da Constituição no campo da segurança.

²³ H. JONAS, *El principio de responsabilidad: Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.

²⁴ A excepcionalidade econômica sobrevoa, por exemplo, sobre todo o caso Gauweiler, tanto na opinião do advogado-geral Cruz Villalón como no do TJ no seu acórdão. Conforme STJUE Asunto C-62/14 Gauweiler y otros. No que se refere a excepcionalidade e a segurança dos cidadão deve se considerar a vigência dos 719 dias de Estado de urgência na República Francesa. Cfr. C. CERDÁ GUZMAN, "Los Derechos fundamentales y la lucha contra el terrorismo: Francia bajo Estado de emergencia", *ReDCE* núm. 27. Enero-Junio de 2017, disponível em: https://www.ugr.es/articulos/02_CERDA.htm

conceito, limpá-lo, estabelecer mecanismos para a sua garantia e limites para sua utilização espúria²⁵.

É aqui onde é convocado com urgência o o constitucionalismo. Este trabalho tentará abordar alguns dos muitos aspectos e relações que estão entre os termos segurança e constitucionalismo. Ambos os termos não são redutíveis a esquemas rígidos e imutáveis. Nem a segurança refere-se sempre à mesma coisa, nem o constitucionalismo é apresentado com o mesmo conteúdo e âmbito de referência idêntico, como vimos nas primeiras páginas. O constitucionalismo e a segurança têm sido companheiros invariáveis na jornada que os levou até o momento atual e seu pareamento não parece estar próximo do fim. Não há constitucionalismo que não conta com as necessidades de segurança, que são muitas e têm âncoras diferentes: o Estado, a Lei, a Pessoa.

O projeto constitucional segue podendo ser definido conforme o artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, isto é, pelo controle do poder e pela garantia dos direitos²⁶. Em semelhante construção, todos e cada um dos elementos que a compõem, "constituição", "poder", "controle", "direitos", adquire formação precisa para cada situação integradas em um paradigma que sempre tem em jogo o conceito de "segurança"²⁷. Não é possível, portanto, conceber o constitucionalismo e seus conceitos fundacionais sem reparar, por sua vez, no caráter estrutural da segurança e por esta razão ela paira sobre os textos constitucionais, e como o faz, além disso, projetando-se com significados muito diferentes²⁸. Desta forma, uma das chaves²⁹ que levaram o constitucionalismo ao seu estágio atual é a forma pela qual combinou o princípio da segurança, e temos indícios suficientes de que ele também será um dos vetores (senão o principal) que lhe dará forma no futuro imediato.

Consideremos, em primeiro lugar, que o Estado moderno, o seu preresuposto

²⁵ Como P. CRUZ VILLALÓN magnificamente diz: "Se impõem a necessidade de saber, mais imperiosa que nunca, quando chegar o momento e quanto vai atuar, tanto a razão pela qual um bom legal precioso deve ser sacrificado, e que justificaria não ser sacrifício em nenhum caso, sem privar de sua identidade e sua razão para ser forjado comunidades depois de tantos esforços coletivos.". P. CRUZ VILLALÓN, "Entre proporcionalidad e identidad: las claves de la excepcionalidad en el momento actual", *Revista de Derecho constitucional europeo*, nº. 27, enero-junio de 2017. Disponível em: https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/articulos/11_CRUZ.htm

²⁶ "Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution".

²⁷ Cfr. J. L. REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KRK, Ediciones, Oviedo, 2016, esp. pp. 261 y ss.

²⁸ Entre outras coisas a necessidade de harmonizar o impossível enquanto que "poder" é "unidade" e "direito" é "pluralismo".

²⁹ No glossário do constitucionalismo também teriam entradas destacadas "responsabilidade", "representatividade", "democracia", e "pluralismo".

histórico indiscutível (e certamente hoje o seu principal fardo para imaginar o constitucionalismo em contextos pós-estatais) nasceu como uma nova estrutura que superava em funcionalidade a poliarquia medieval pela capacidade de proteger os súditos³⁰. Tal segurança não significa, de forma alguma, a ausência de violência (de modo algum poderia ser pregada durante a vigência incontestável princípio da soberania), mas a sua canalização, a sua racionalização.

O estado (como Max Weber³¹ canonicamente aponta) continua a deter um monopólio legítimo sobre a violência, o que significava o controle dos pulsões que fez o homem se comportar como homem com os outros³². A segurança é, no Estado moderno, portanto, uma condição de sua existência e não representa, nem por indício, banir a espada, mas usá-la quando, de acordo com procedimentos cada vez mais elaborados de decisão, é possível identificar os amigos e os inimigos (exteriores e interiores). O Estado Moderno nasce em um meio extremamente hostil, perseguido em seu território e à espreita além fronteiras³³. Em ambas as frentes, a violência é entendida como garantia da segurança do Estado, ou seja, a sua existência, a integridade e seu território. A segurança exige assim uma defesa frente ao Estados

³⁰ Conforme sempre traz HOBBS: “A causa final, o propósito que faz os homens – os quais amam por natureza a liberdade e o domínio sobre os demais – se impõem a si mesmos essas restrições de quando vivem em Estado, é a procura de sua própria conservação, e conseqüentemente uma vida mais agradável. Quer dizer, os que pretendem sair de uma situação insuportável de guerra, como mostrado no capítulo 13, é necessário as paixões naturais dos homens quando não há um poder visível que os mantenha amedrontados e com a ameaça do castigo os obrigue a cumprir suas obrigações e observar as leis descritas nos capítulos 14 e 15. Leviatan, capítulo 17, p. 215 (trad. Carlos Mellizo para Alianza Editorial, Círculo de Lectores, 1995).

³¹ Estado entende-se como um instituto de atividade política contínua, que na medida que seu quadro administrativo mantém com sucesso a reivindicação legítima da coerção física para a manutenção da ordem vigente. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, pp. 43 y 44.

³² “O homem não é necessariamente o lobo do homem. É algo muito mais perverso: outro homem. Um homem em competição pela vida. Pela vida física e por uma vida melhor, isto é, certo que, enfeitada com bens e vantagens que somente a dominação do meio e sobre os homens. Uma vida, enfim, somente conduzida pela força, cujo exercício é afinar numa realidade insustentável de toda relação interindividual: o poder do homem sobre o homem. J. L. REQUEJO PAGÉS, *El sueño constitucional*, KRK Ediciones, Oviedo, 2016, p. 39. Não esquecendo do pressuposto radicalmente realista de clássicos como Madison, desconfiando do Povo. “Mas o que é o governo senão o maior dos censuradores da natureza humana?) Se os homens fossem anjos, o governo não seria necessário”. *El Federalista LI*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998, p. 220) ou Constant, desconfiando do poder (“Toutes les constitutions sont des actes de défiance : car si on croyait que le pouvoir ne fera jamais d’empiétement, nous n’aurions pas besoin de constitutions, ni de chambres, ni de lois répressives”. Discours, Chambre des députés, 2 mai 1828 in Archives parlementaires, 2e série, t. 53, p. 614).

³³ S.WEIL, “O dever mais evidente do Estado consiste em velar com eficácia e permanência a segurança do território nacional. Segurança não significa ausência de perigo, pois neste mundo sempre há perigo, mas uma possibilidade razoável de sair a frente em caso de crise. *Mas esse é tão somente o mais elementar dos deveres do Estado. Não fará nada senão dedicar-se unicamente à ele, pois se limitando exclusivamente ao dever, não há possibilidade alguma de cumprir*” *Echar raíces*, Trotta, Madrid, 2014, p. 125 (grifo nosso)

rivais potencialmente invasores (daí a conexão tradicional entre a segurança e defesa) e a repressão de conflitos internos que enfraqueceriam um poder unitário concebido como a chave deste sistema embrionário e precário do governo de um número cada vez maior de súditos em territórios extensos (no que se refere aos grandes Estados-Nação). Segurança, violência e Estado, aparecem, conseqüentemente, numa vinculação inexplicável que expressa perfeitamente a ideia de Razão de Estado³⁴. Certamente, a segurança aqui é apresentada sob a perspectiva objetiva que a destaca como a condição da existência e garantia do sucesso do Estado que a fornece. É de se considerar que se o Estado surge para eliminar a violência extrema entre os sujeitos, e passa a considerar-se que o Estado garantirá a sua própria segurança porque só ele, por definição, é capaz de impor condições que as relações não-violentas exigem. O Estado usa a segurança reduzindo toda sua vinculação original com os sujeitos individuais.

Ao falarmos sobre os processos cada vez mais formalizados que determinam quando a violência pode e deve ser exercida para dobrar vontades, estamos nos referindo ao Direito como aquele sistema cada vez mais autônomo que está progressivamente permitindo prever as conseqüências de nossas ações: confiando em *nullapoena sine lege*; confiar na reparação do dano causado. Em suma, o Direito é concebido como um conjunto normativo articulado através do qual instituições decisórias (vontade) e de garantia (razão)³⁵ respondem às pretensões recíprocas dos sujeitos a partir de um esquema predeterminado e cognoscível previamente. Este sistema é coativo; ou seja, funda-se em sanções, na capacidade de até mesmo exercer a violência física sobre aqueles que não cumprem a norma. Esta é a maneira pela qual o direito dá segurança: através da previsibilidade relativa de resposta dos poderes públicos frente às nossas ações e reprimindo a conduta daquele que ameaçam a nossa autonomia injustificadamente.

Com a regeneração do constitucionalismo resultante da incorporação generalizada no final do século XVIII da noção de direitos³⁶, a segurança deixa de ser exclusivamente um pressuposto da existência e subsistência do Estado (aspecto

³⁴ Cfr. F. MEINECKE, *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, CEC, Madrid, 1983.

³⁵ Clássico o tratamento da dualidade “*gubernaculum*” e “*iurisdictio*” em C. H. MCILWAIN, *Constitucionalismo antiguo y moderno*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2.^a ed., 2016.

³⁶ Por todos M. FIORAVANTI, *Los derechos fundamentales, Apuntes de historia de las Constituciones*, Trotta, Madrid, 2009.

objetivo da segurança) ou atributo de um sistema formal de resolução organizada de conflitos, como pode ser o direito. A segurança volta a ser apreciada em seu aspecto subjetivo; como uma tarefa das autoridades públicas e como uma tarefa que se vincula diretamente ao grau de satisfação com a garantia dos direitos a serem reconhecidos aos cidadãos como tal. De fato, o entendimento contemporâneo do conceito de segurança segue sendo tributário de artigos como o 2º. da Declaração de Direitos Humanos e do Cidadão, segundo o qual: "O objetivo de todas as negociações políticas é a conservação dos direitos naturais e inalienáveis do Homem. Estes direitos são liberdade, propriedade, segurança, e resistência à opressão"³⁷.

A segurança, sob o ponto objetivo, como um atributo de direito, deve se somar a segurança sob o ponto de vista subjetivo; segurança como respeito da autonomia pessoal de cada um dos sujeitos do direito; segurança como respeito a autonomia pessoal de cada um dos sujeitos de direito; a segurança como o único contexto possível para desenvolver um projeto de vida; ou seja, buscar com liberdade a própria personalidade. A segurança é, deste ponto de vista, o resultado da normalidade, o exercício ordinário de direitos. Realmente, dado o dualismo liberal que apresenta a sociedade - isto é, os direitos - como a prioridade, e o Estado - a sujeição - como o secundário, este último só justifica a sua existência na medida em que cumpre a função de garantir o que em termos de termos contemporâneos chamaria, a segurança cidadã, a ordem pública; a única função que se os cidadãos não cedessem, jogaria por terra todo o sistema de direitos e liberdades recém conquistados. Voltamos a ter aqui uma nova evidencia da simbiose entre segurança e Estado. A segurança não é mais apresentada como um caminho para o engrandecimento de um Estado que define o bem, mas para realizar aquilo que o cidadão não pode realizar com base na sua autonomia individual. No paradigma de pré-direitos, a segurança é "para" o Estado; no tempo dos direitos, o Estado é apenas a segurança para os indivíduos. Estado de direito, divisão de poderes, são construções para limitar o poder, garantir os direitos dos cidadãos e permitir-lhes desfrutar com segurança as novas capacidades de ação que alcançaram.

Quando a segurança é percebida desta forma, como um valor resultante do ótimo funcionamento do sistema de direitos, é óbvio que ela necessita de uma garantia,

³⁷ Não obstante, é necessário pontuar que na língua francesa há dois vocabulários "sécurité" e "sûreté" que não tem o mesmo significado, o primeiro se refere à liberdade pessoal enquanto que o seguinte integra o conceito de ordem pública.

porque não se pode pensar que a violência, interior ou exterior, vai desaparecer completamente. A segurança jurídica concebida, obriga assim, a sua proteção e a contemplação de medidas que deverão serem tomadas quando ela estará em perigo. Essas medidas buscam a proteção dos direitos, mas também a salvaguarda do próprio Estado, pressuposto, por sua vez da ordem jurídica que protege os direitos. Como a estrutura estatal já pressupõe o triunfo da ordem, o modelo de proteção da segurança das pessoas é articulado de forma binária: há um modelo comum de paz, em que o direito penal prevê a restrição da liberdade pessoal para aqueles que ferem direitos de terceiros; e um modelo excepcional, exigido para aquelas circunstâncias extraordinárias que podem colocar o estado soberano, mais uma vez, em risco de desaparecimento³⁸ (no caso de guerra) ou como uma estrutura falida, em um cenário de pulsões humanas sem controle (a organização da luta pela sobrevivência que é desencadeada por desastres naturais, por exemplo). É normal neste esquema binário que não existem zonas cinzentas entre a normalidade (ordem) e a excepcionalidade (desordem)³⁹; entre o ordenamento permanente e provisório. Uma ordem ameaçada de forma permanente gerava um paradoxo que o direito tradicional não tinha resposta⁴⁰.

Todo o exposto constitui o paradigma para observar a tensão tradicional observada entre a segurança e as liberdades. Essa tensão surge, portanto, porque no conceito histórico de segurança estão implicados tanto a segurança do Estado (*Salus populi suprema Lex isto*) como a segurança das pessoas (aspectos subjetivos da segurança). A segurança contém estes dois elementos supremos e não é difícil conceber (a partir de uma análise puramente realista, não jurídica) que o poder dá lugar à tentação de entender que, em situações de crise, primeiro é o Estado. A inclusão na

³⁸ Interessante como se fala da *vida da nação* (sic) para justificar a suspensão dos efeitos da CEDH em seu artigo 15.1: “Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante podera tomar medidas que derroguem as obrigações previstas no presente Convenio na medida estrita em que exiga a situação, e claro que tais medidas não estejam em contradição com outras obrigações contrárias ao Direito Internacional”.

³⁹ A normalidade do paradigma reside nos controles aos quais o Estado se submete. As pretensões de omissão que são para os particulares os direitos fundamentais neste momento (GRIMM, *El futuro de la Constitución*, op. cit., p. 183) obrigam conceber o restante da constituição como uma estrutura para desativar a possibilidade de intervenção negativa. Pelo contrário, esta lógica se altera nos momentos de excepcionalidade definido pelas obrigações de intervenção que estão submetidos os poderes públicos.

⁴⁰ Nessa lógica cabe entender as teorias de Schmitt de compreender todo o ordenamento sob a sombra da excepcionalidade porque somente a normalidade poderia ser alterada e desconhecida em favor da comunidade de sangue. Cf. B. RUTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Marcial Pons, Madrid, 2016.

segurança do paradigma de exceção como mecanismo para a restauração da normalidade pode ser vista dessa perspectiva.

Em resumo: é evidente que a segurança acaba por ser um conceito de enorme densidade constitucional e profunda complexidade, uma vez que é invocado com significados muito diferentes: a segurança como um pressuposto para a existência do Estado e emblema a superação do Estado de natureza; segurança jurídica como certeza e previsibilidade; segurança como um pressuposto de direitos e como limite para o exercício dos direitos; mesmo em alguns ordenamentos, como o francês, a segurança como um direito autêntico⁴¹. Muitas caracterizações, mas um elemento em comum: a segurança é a negação da arbitrariedade; é o limite; a tentativa de domar a soberania absoluta; o controle de poder, seja de instituições ou de poder fático. O constitucionalismo é inconcebível sem segurança, porque sem segurança não há direitos. Afirma Montesquieu : “A liberdade política, num cidadão, é aquela tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um tem da sua segurança; e, para que se tenha essa liberdade, é preciso que o governo seja tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão”⁴². Portanto, é um contrasenso inadmissível adotar o padrão de falta de segurança como uma desculpa propícia, da excepcionalidade, para erguer novos soberanos absolutos, para justificar a ditadura (como na abordagem de Schmitt)⁴³. Esta abordagem que direciona o conteúdo do princípio constitucional de segurança para uma de suas ambitos (a segurança como um instrumento conceitual para a afirmação e exaltação do Estado e instrumento para a purificação daqueles definidos como seu inimigos⁴⁴) é profundamente desconhecida dos outros acepções: a

⁴¹ No ordenamento francês se considera como um direito fundamental (apesar da relutância de uma parte da doutrina como M. A. GRANGER “Existe-t-il un « droit fondamental à la sécurité” ?, *RSC*, 2009) desde a lei n° 95-73 de 21 de janeiro de 1995 *d'orientation et de programmation relative à la sécurité* que establece: “La sécurité est un droit fondamental. Elle est une condition de l'exercice des libertés et de la réduction des inégalités.

A ce titre, elle est un devoir pour l'Etat, qui veille, sur l'ensemble du territoire de la République, à la protection des personnes, de leurs biens et des prérogatives de leur citoyenneté, à la défense de leurs institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics”.

⁴² *De l'Esprit des lois*, Libro XI, Capítulo VI (De la Constitución de Inglaterra, Flammarion, París, 1979, p. 294.

⁴³ É uma contradição sempre que temos o constitucionalismo como parâmetro de referência, mesmo que com toda evidência, não é colocado nem sequer em questão nessas páginas. Não é parte do paradigma que manteve Schmitt entre 1933 e 1945, como tem sido amplamente acreditado, demolir o constitucionalismo para iluminar o ordenamento jurídico novo e articulado em torno de Führer como defensor do direito, da Comunidade de sangue como sujeito político e a justificação do Grande espaço (Cf. B. RUTHERS, *Derecho degenerado*, op. cit., esp. pp. 121 e ss).

⁴⁴ No caso da teoria jurídica nacional-socialista, aqueles que não integram a comunidade de sangue. Cfr. B. RUTHERS, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*. Marcial Pons, Madrid, 2016.

segurança das pessoas (ou seja, seus direitos) e a segurança como previsibilidade e controle de direito aplicável (segurança jurídica).

III. SEGURANÇA, CONSTITUIÇÃO E CONSTITUCIONALISMO EUROPEU

No contexto atual, estamos assistindo a dois fenômenos de diferentes sinais que convertem em uma necessidade absoluta voltar a pensar desde as origens o que significa a segurança. O primeiro se refere aos processos de distribuição territorial do poder que levaram, desde a segunda metade do século XX, tendo o marco europeu como principal referência, a construção de novos modelos supranacionais. Nos encontramos, portanto, num contexto de profunda indefinição⁴⁵; em um momento de sucessão de estruturas jurídico-políticas e dos sistemas normativos através dos quais aquelas se manifestam. Considerando a vinculação existencial entre a segurança e Estado, fica evidente como o primeiro dos termos deve ser o último redutos que quer conservar um Estado cada vez mais fraco⁴⁶. O Estado-Nação nasceu pela segurança; durante o dualismo liberal o Estado se reduzido à segurança (Estado-Gendarme); no modelo social (Estado-Providência), o Estado gera segurança através da garantia de um conjunto de direitos. A segurança e cada Estado, como é de fácil avaliação, declinam de uma forma absolutamente particular como resultado de diferentes experiências históricas⁴⁷.

A sucessão é também, evidentemente apreciável nos sistemas normativos, uma vez que as dos Estados são estruturalmente deslocadas ⁴⁸pelo ordenamento da União, pelo “desenraizamento” e cosmopolita Direito da União que já não se ancora nas magnitudes identitárias do passado, tais como povo, língua, cultura, território; que, portanto, não pode apelar a essa legitimidade de origem, na qual o direito não é uma expressão atual da vontade de uma comunidade existente, mas a vontade de constituir

⁴⁵ Novamente sobre a definição de “REQUISICIÓN”, *El sueño constitucional*, op. cit. Me permito remeter o leitor ao resumo mínimo da abordagem dessa obra em E. GUILLÉN LÓPEZ (https://www.ugr.es/~redce/REDCE26/articulos/13_libro_REQUEJO.htm)

⁴⁶ Dando lugar a uma disfuncionalidade desde o ponto de vista operativo evidente porque a enorme energia (também desde o ponto de vista conceitual) que é necessária para acometer os desafios da segurança não é não é previsível de estruturas que evidentemente encontram-se em declive

⁴⁷ Razão que que a segurança supõe como um direito próprio como um dos elementos do conceito de identidade constitucional. A respeito P. CRUZ VILLALÓN, “Entre proporcionalidade e identidade: as chaves da excepcionalidade no momento atual”.

⁴⁸ Sobre a dimensão estrutural do princípio da primazia A. AGUILAR CALAHORRO, *La dimensión constitucional del principio de primacía*, Thomson, Reuters, Aranzadi, Madrid, 2015.

essa comunidade em cada ato normativo. É um direito "fraco" neste sentido, necessitado, porque não pode se apresentar imediatamente blindado com o escudo protetor que outorga a ele ser a expressão com que a vontade nacional decidirá ordenar seu futuro⁴⁹. Terá de ultrapassar um escrutínio muito mais rigoroso com a única oportunidade que lhe é concedida pelo conceito de legitimidade do exercício. Assim, este direito, da UE - e, por conseguinte, a estrutura que o torna possível - terá sérias dificuldades de legitimar quando os resultados esperados pelos seus destinatários não são alcançados e a frustração irá desencadear consequências negativas para a União e lamentos melancólicos pelo Estado e a soberania que se perdeu (e nunca voltará).

De forma irreversível, o tempo do Estado-Nação passou. As novas estruturas devem prover a segurança que um Estado fraco não pode garantir. O novo ordenamento europeu deve atuar neste sentido e sua eficácia dependerá que entre estrutura e ordenamento os meios comunicantes permitem conectar as diferentes legitimações. Como podemos dar qualquer futuro à UE se não fornecer um grau aceitável de segurança e bem-estar para todas as pessoas que nela vivem?

Daí a segunda razão pela qual a reflexão sobre segurança deve ser intensificada. O processo de construção da União tem sido, poderíamos dizer, enormemente ingênuo no que se refere às dimensões constitutivas de qualquer nova estrutura jurídico-política que tem pretensões de êxito: a economia e segurança em seu território. Cabe entender as dificuldades para minar estes elementos de identificação da soberania estatal (creio que apontamos as razões), mas o que não é tão compreensível é que saltos qualitativos, uma vez dados, não contaram com mecanismos que permitiram corrigir possíveis desvios do promissor horizonte de Bruxelas que se desenhava. A União tem se destacado por uma retumbante falta de previsão em parcialmente devida à sua incapacidade de observar realisticamente o contexto econômico e securitário.

No que diz respeito ao aspecto monetário e econômico, tem sido uma constante sinal como a crise que começou em 2008 confirma um vazio retumbante que é preenchido com instrumentos completamente atípicos ao serviço de uma política econômica exclusiva – a austeridade como mecanismo para a salvação do Euro - que deixa em apuros uma grande parte dos objetivos econômicos e sociais reconhecidos

⁴⁹ Um modelo de Direito em vinculação necessária com a Nação que representa, por exemplo, no artigo 3 da Constituição espanhola de 1812: “ A soberania reside essencialmente na Nação, e pertence a esta exclusivamente, o direito de estabelecer suas leis fundamentais”

nos Tratados constitutivos e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia⁵⁰. Destacamos, no entanto, que as políticas econômicas e monetárias nunca foram exclusivamente resguardadas pelos Estados, mas houve sempre uma comunicação entre as esferas nacionais e internacionais e, sobretudo, as áreas público-privadas para que os Estados pudessem contar com recursos econômicos suficientes que lhes permitiram empreender os seus projetos internos ou externos. Em suma, Estado e Economia nunca foram tão indissolúvelmente e ligados como Estado e Segurança.

A UE também não contava com a necessidade de articular diretamente ou propor soluções para uma ameaça tão urgente como o terrorismo de 9/11. Em diferentes Estados-Membros, foram observadas as devastadoras consequências das suas ações, e o medo está presente em todos eles, este sentimento muito complexo de transformação em políticas racionais; este sentimento que é geralmente usado por demagogos para propor soluções simplistas e falsas e que tendem a tornar a União um bode expiatório. Para a UE, o terrorismo é um grande desafio, na medida em que a abertura das fronteiras internas que integram como uma das suas marcas de identidade elimina o controle por intermédio dos fluxos migratórios – no sentido tradicional que une o inimigo aos outros⁵¹ – como o porta de entrada dos jihadistas para os nossos Estados. É assim que a visão da UE como causa de instabilidade ou como uma experiência fracassada que não pode substituir o Estado-Forte. A União é fraca (se não perversa de acordo com o menos escrupuloso de seus críticos), burocrática, jurídica, contra os Estados-Nação (com mais ênfase no segundo substantivo versus o primeiro). Se trata capciosamente de desenhar uma "União-mecanismo inútil" frente à "Nação-organismo vivo", histórico, natural, essencial, sujeito capaz de se proteger. É observável que as forças políticas que, na UE (tanto nos Estados do norte como no sul) atacam o projeto europeu, e têm como uma das suas principais linhas ideológicas as pretensões de travar a imigração a qual está diretamente ligada com a insegurança. O cenário para a UE é, nesse sentido, devastador: visto como culpado, não é capaz de chegar a soluções porque a competência sobre a segurança segue estando atribuída aos Estados-Membros⁵² que, em raras ocasiões, apelam à sua incapacidade, porque a UE

⁵⁰ Cf. F. BALAGUER CALLEJÓN, "Crisis económica y crisis constitucional en Europa", *REDC*, N° 98, 2013; C. OFFE, "Europa acorralada", *REDC*, n° 98, 2013.

⁵¹ Esquecendo que muitos dos terroristas são nacionais do Estado em que cometem seus crimes.

⁵² Art. 4.2 TUE: A União respeitará a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a sua identidade nacional, inerente às suas estruturas políticas e constitucionais fundamentais, também em relação à autonomia local e regional. Respeitará as funções essenciais do Estado, especialmente aquelas que visam garantir sua integridade territorial, manter a ordem pública e salvaguardar a

não consegue manter as suas fronteiras externas ilesas e elimina as fronteiras internas (quando não tenta forçar mesmo moralmente para os Estados acolhamos os refugiados)⁵³.

No que se refere aos terroristas, o certo é que estão comprovando pela primeira vez os efeitos devastadores de agir sobre os direitos, bens individuais e coletivos que não são adstritos unicamente a uma estrutura jurídico-política que controla exclusivamente seu território, senão sobre modelos constitucionais que cederam grande parte de sua soberania em uma organização supranacional. Em outras palavras, aqueles que são mortos por Daesh são cidadãos franceses, espanhóis, alemães... e europeus; e é esta última identidade, a mais frágil, a que pode ceder, produzindo o desmoronamento inexorável desta grande experiência política que tem sido a União. Grande triunfo para a estratégia do terrorismo, seja o que for, que é sempre "quanto pior, melhor", o elogio da destruição como força criadora⁵⁴.

É, pois, óbvio para aqueles que escrevem isto que os Estados e a UE têm a nova responsabilidade perante eles, a enorme tarefa de reforçar o projeto constitucional da Europa. Nenhuma outra solução é plausível. E para o fazer, deve transitar para uma política econômica e securitária comum, porque nada poderá parar os que trabalham para seu fim, se os cidadãos não vêem melhorias no seu bem-estar e segurança.

Pensar, portanto, sobre a segurança, a nível europeu, é a única forma; pensar na segurança na conscientização da ambivalência desse conceito, transitando sobre os diferentes significados que o tornaram um elemento chave e definidor do estado constitucional⁵⁵; partindo da necessária conciliação entre seus perfis objetivos e subjetivos; Considerando as tragédias às quais as palavras "crise" ou "excepcionalidade" estão conduzindo sistemas tecnicamente requintados; sabendo, em suma, que, no momento atual, as respostas constitucionais nacionais devem ser consideradas respostas parciais no âmbito de uma política europeia de segurança e de direitos.

segurança nacional. Em particular, a segurança nacional continuará a ser da exclusiva responsabilidade de cada Estado-Membro”.

⁵³ https://elpais.com/internacional/2017/09/26/actualidad/1506453916_188550.html

⁵⁴ Demonstração evidente de como é fácil para os manipuladores da linguagem acabar destruindo o senso comum quando são anuladas as bases intelectuais que permitem um sujeito comum resistir.

⁵⁵ Não é apropriado, por exemplo, recorrer a imagens triviais e mal ajustadas, como a da balança, para resolver as tensões entre o que chamei de dimensões objetivas e subjetivas da segurança. Cf. nesse sentido, C. CERDÁ, “Los Derechos fundamentales y la lucha contra el terrorismo: Francia bajo Estado de emergencia”, op.

Procede, pois, reelaborar uma narrativa constitucional sobre segurança como princípio constitucional; como princípio já da ordem constitucional pós-nacional; como eixo no qual sintetizar as experiências históricas estatais à serviço de uma nova realidade constitucional destinada pela força da razão para não ceder às fronteiras: o constitucionalismo⁵⁶.

⁵⁶ Sempre uma proposta numa boa – e afortunadamente – medida utópica. Cf. C. DE CABO MARTÍN, “El elemento utópico, ingrediente cultural del constitucionalismo”, en Francisco Balaguer Callejón (coord.), *Derecho constitucional y cultura : Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, págs. 47-56.

1. CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

9. O EQUILÍBRIO DAS CATEGORIAS DOGMÁTICAS NOS ORDENAMENTOS MULTINÍVEL¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-9>

A leveza da dogmática

Ricardo Martín Morales²

Introdução

1. A máxima aspiração do jurista é ordenar as instituições jurídicas e a máxima aspiração da dogmática é conter a própria ordem destas. O Direito precisa processar toda a informação gerada pela casuística em modelos abstratos, compostos por dogmas ou tipos extraídos do conteúdo das normas jurídicas mediante operações lógicas. A dogmática dá um rosto ao Direito e o torna cientificamente reconhecível. O artigo que apresento a este Congresso tem como objetivo expor minhas conclusões sobre o comportamento das categorias dogmáticas em nossos ordenamentos atuais.

2. Uma pesquisa não começa com uma crença, mas com uma aproximação. Minha aproximação é esta: pensa-se que a dogmática “é” e que a casuística “sucede”, mas a dogmática também “sucede”. É certo que a dogmática se apresenta como algo estável e a casuística como algo que muda, mas sob a quietude aparente das categorias dogmáticas também se desencadeiam tensões. É assim que uma mutação constitucional é formada, ou como se interrelacionam quase imperceptivelmente o conteúdo essencial e o princípio de proporcionalidade, ou como aparece e desaparece praticamente do nada a natureza patológica das descobertas casuais, etc.

3. A dogmática também “sucede”, se faz e desfaz constantemente, se faz através do que se desfaz. O Direito precisa codificar-se e descodificar-se constantemente, se codifica através do que se descodifica. Ele precisa avançar e retroceder, mas a dogmática jurídica desenvolve mais o já desenvolvido, constrói sobre o já construído e lhe é difícil refazer.

4. As tensões que suportam as categorias dogmáticas são dos seguintes tipos:

¹ Tradução de Eduardo Luft (professor do PPG-Filosofia da PUCRS) e Rosana Pizzatto (Doutora em Filosofia, PUCRS, estágio Pós-Doutorado PPG-Filosofia da PUCRS (2019-2020)).

² *Professor Titular de Direito Constitucional. Universidad de Granada.*

- a) A tensão provocada pelo atrito entre as próprias categorias (tensão natural).
- b) A tensão entre a categoria dogmática e a realidade constitucional (tensão dinâmica).
- c) A tensão provocada pela natureza multinível de nossos ordenamentos atuais (tensão multinível).
- d) A tensão adicionada pela configuração interdisciplinar do Direito (tensão interdisciplinar).
- e) A tensão entre o observador da norma e a categoria normativa observada (tensão interativa).

1. A tensão entre as próprias categorias dogmáticas

5. Quando dois direitos fundamentais atitam entre si, dizemos que se *limitam*. Quando duas categorias dogmáticas entram em contato, falamos de sua *delimitação*.

6. Onde a interpretação extensiva não alcança, a integração analógica alcança. Onde a Constituição não alcança, o bloco de constitucionalidade alcança, e torna-se novamente “Constituição”. Onde o princípio de publicidade não alcança, a regra de que a ignorância do Direito não exime alcança. Onde os princípios gerais não alcançam, a analogia *legis* alcança, e onde esta não o faz, a analogia *iuris* alcança, e reencontra novamente os princípios gerais. É a *leveza* da dogmática. Nós juristas professamos uma visão perfeita do Direito e de sua dogmática. No fundo cremos que sem nossas categorias, tal e como as concebemos, desapareceria o Direito.

7. O pior que pode acontecer a um direito é ser *violado*. O pior que pode ocorrer a uma categoria dogmática é tornar-se *irreconhecível*. Por isso, todas as categorias lutam para buscar seu espaço no mapa da dogmática. Às vezes o que buscam não é espaço, mas foco. Assim, a ideia do conteúdo essencial nos ajuda a compreender a teoria dos limites de dentro de cada direito e a ideia do princípio de proporcionalidade nos ajuda a compreendê-la de fora. Uma nos explica de dentro o que ocorre fora e outra nos explica de fora o que ocorre dentro.

Nem sempre é fácil determinar a partir de que momento uma categoria torna-se *irreconhecível*. A falta de reconhecimento constitucional de certos conteúdos relacionados à função social do direito de propriedade, por exemplo, excederia no constitucionalismo europeu um ponto crítico inexistente em outros constitucionalismos.

8. Há espaços da dogmática dos direitos fundamentais ocupados por categorias tão irradiantes que, com sua mera presença, impedem o crescimento e até o surgimento de outras categorias que trariam maior precisão dogmática. Quantos princípios haverá escondidos dentro do *mega-princípio* de proporcionalidade? O princípio constitucional de intervenção indiciária é um deles. A diferença, no que diz respeito a uma investigação penal, entre uma intervenção restritiva carente de indícios de ilicitude e uma intervenção desproporcional não é de grau ou proporção, mas de qualidade ou natureza. A maior ou menor gravidade do ilícito investigado, a maior ou menor duração ou intensidade da medida restritiva, etc. são elementos externos à valoração indiciária e característicos da ponderação da proporcionalidade.

Para conter a indeterminação de princípios tão irradiantes como o de proporcionalidade ou o de interdição da arbitrariedade não convém atuar diretamente sobre eles, porque nessa travessia ficariam desprotegidos importantes âmbitos da liberdade, mas simplesmente desenvolver pouco a pouco esses novos princípios, os quais, somente com sua presença, com o mero atrito, deterão a indeterminação daqueles.

9. A fragilidade das categorias alcança inclusive as mais protegidas em seus próprios campos dogmáticos, como ocorre com a categoria da coisa julgada, incapaz de explicar de forma completa, como dito por Díaz Cabiale, os problemas relacionados com o alcance da eficácia material e processual das sentenças.

10. Outras vezes o atrito entre categorias é mais sequencial que espacial. Existem categorias que avançaram inconvenientemente sua sequência temporal de aplicação, como ocorreu ao direito à presunção de inocência. Quando um meio de comunicação informa inveridicamente sobre a culpabilidade do investigado não está violando o direito à presunção de inocência, mas o direito à honra. E se os cidadãos têm direito a não sofrer intervenções de mera prospecção em seus domicílios, ou em suas comunicações, ou a andar na rua sem estar sujeito a indagações indiscriminadas ou aleatórias, etc., tampouco se deve a imperativos do direito à presunção de inocência (art. 24.2 CE). O direito à presunção de inocência é violado com a sentença, no mesmo momento da sentença, não antes, quando uma sentença é proferida sem provas ou com provas obtidas com violação aos direitos fundamentais. Por isso, salvo alguma exceção, as resoluções interlocutórias não são suscetíveis de Recurso de Amparo.

11. A dogmática pertence a essa parte do Direito que o estrutura e o veicula, é a “linguagem do Direito”. Há momentos, no entanto, em que a dogmática, como também acontece à linguagem com relação à realidade que descreve, não nos desvela todo o significado do Direito. É o caso das exceções do nexos de causalidade atenuado e da descoberta inevitável, ocultas na teoria da conexão da antijuridicidade formulada pelo Tribunal Constitucional há vinte anos, apesar de ter aquelas exceções maior consistência dogmática do que esta teoria.

12. A dogmática jurídica tende a gerar um estado de complacência constante entre os operadores do Direito. Esta é outra das características da dogmática, sua capacidade de nos agradar. Porque, na realidade, as categorias dogmáticas passam por múltiplas vicissitudes: a) às vezes se *solapam*: pense no frequente solapamento entre o princípio de indispensabilidade e o princípio de proporcionalidade no sentido estrito, ambos indicadores do genérico princípio de proporcionalidade; b) outras vezes as categorias se *esgotam*, como a categoria do abuso do direito, que não contribui muito mais do que já contribuiu a teoria dos limites, ou a categoria da inviolabilidade parlamentar, que tampouco oferece muito mais do que já ofereceu o padrão atual de proteção à liberdade de expressão, que é muito amplo; c) em outras ocasiões as categorias encontram-se *superprotegidas*, como ocorreu por muitos anos com o direito à proteção de dados, embora menos hoje em dia, se levarmos em conta o perigo para a democracia, que começa a supor o uso nos processos eleitorais de dados previamente extraídos de redes sociais para poder influenciar nos resultados eleitorais construindo perfis pessoais.

Há também categorias *supervalorizadas*. Uma dessas categorias, à qual a dogmática concede maior espaço do que realmente lhe corresponde, é a suspensão individual de direitos fundamentais, porque a contempla como se estivessem suspensos mais indicadores de constitucionalidade dos que realmente estão. A suspensão individual de direitos, no fundo, não é mais do que uma restrição particularmente intensa.

13. Não existe lugar melhor para se esconder uma categoria jurídica do que dentro de outra categoria jurídica. Quem pensaria em procurar lá? É possível esconder conteúdos irrevogáveis do direito à vida de fetos em estado avançado de gestação dentro do direito à decisão da mulher; ou ocultar, para subvertê-lo, o Estado de Direito no Estado democrático, burlando o conceito unitário; etc.

2. A tensão entre as categorias dogmáticas e a realidade constitucional

14. Há um segundo tipo de tensão, a qual estão expostas todas as categorias, que é a mais visível e, ao mesmo tempo, a mais invisível de todas. Falo da tensão entre toda categoria dogmática e a realidade constitucional. Os modelos abstratos da dogmática são quase perfeitos, o que contrasta com a realidade, que nunca é perfeita.

O Direito alcança seus destinatários e seus observadores (os investigadores, em nosso caso) através de suas estruturas dogmáticas, que não flutuam no ar, como diz Carlos de Cabo, mas que se conectam com uma realidade histórica. Isso quer dizer que se encontramos na dogmática algo que não gostamos e olhamos para essa sociedade, também deveríamos encontrá-lo nela. A força de uma dogmática reside nessa simetria. A construção da dogmática jurídica não tem apenas natureza técnica.

15. Se uma Constituição está repleta de algo, é de princípios. Olhar para uma Constituição é buscar os seus princípios. Mas, quando as democracias se cansam, vão-se os princípios das constituições. Seguem estando ali, mas já se foram.

16. A Constituição é a resposta do Direito constitucional, mas nem todas as respostas estão na Constituição. As normas programáticas são perguntas sem resposta. Inclusive os valores superiores nos perguntam mais do que nos respondem.

17. Nossas democracias parecem cansadas, como se não houvesse mais um lugar para ir. O declínio das democracias ocorre em silêncio. Elas vão ensurdecendo com o barulho de suas correntes. Algo não ocorre, mas todos tentam explicá-lo. Há tantas explicações que não há nenhuma.

Se construirmos uma democracia de palavras, acabaremos reduzindo a democracia a uma palavra. Gradualmente perderá o pulso até se tornar uma democracia de papelão. Nada dizem as palavras de uma Constituição sem uma experiência constituinte por trás. Se as Constituições existem, é porque a experiência vivida por esse povo foi tão intensa que precisou de um meio de expressão.

18. De todas as categorias dogmáticas, as que suportam maior tensão são as que parecem mais sólidas: os valores superiores. São as que mais sofrem porque são as mais ricas.

Denominam-se valores superiores porque constituem um fim em si mesmos. A característica diferencial dos valores superiores em relação às demais normas constitucionais é que eles constituem um fim em si mesmos. Seu sentido está em seu

interior, não fora. O valor da liberdade é certo em si mesmo, assim como o valor da justiça, etc. Além deles, nada há. Por essa razão, não precisam ser muito fundamentados, nem convém fundamentá-los demais. A liberdade, a dignidade, a justiça e a igualdade são as respostas, e estas únicas respostas contestam todas as questões do Direito constitucional.

Os valores superiores alcançam os cidadãos com grande força, mas logo vão saindo em silêncio; quanto mais se fala deles, menos nos dizem, por pura repetição vão esgotando a sua capacidade de nos seduzir. Quando os valores superiores definham, as democracias se preenchem com dogmas e não com sentido. Então, as pessoas ficam no poder das coisas e os cidadãos perdem a coragem de ser minorias.

19. A tensão entre categorias dogmáticas e realidade constitucional pode ser desconcertante. Lembremos – cito o Prof. Balaguer Callejón, aqui presente – “a tremenda operação de ocultação da realidade constitucional da União Européia produzida com o Tratado de Lisboa”, quando “os representantes políticos das democracias consolidadas disseram a seus cidadãos que no prazo de três anos praticamente os mesmos conteúdos que antes eram Direito constitucional, não mais seriam”.

3. A tensão que as categorias dogmáticas suportam devido à natureza multinível dos ordenamentos atuais

20. Existem diferenças no conteúdo dos direitos fundamentais reconhecidos por alguns Estados constitucionais e outros, sendo a doutrina da *margem de apreciação* uma das reações do sistema. Em matéria de direitos fundamentais, universais por definição, negar a uniformidade de conteúdos gera logicamente tensão, tensão que até levou a jurisprudência da União Europeia a afirmar em alguns casos, eufemisticamente, que a restrição de direitos nos casos judicializados não a obrigava a intervir porque afetava apenas as “modalidades de proteção” do direito fundamental e não o direito fundamental (STJUE (1ª) 14/10/2004, C-36/02: “Omega”).

21. Mas não existem apenas *diferenças de conteúdo* entre algumas constituições e declarações internacionais de direitos e outras, mas também *diferenças dogmáticas*. Por exemplo, se o direito à honra não for expressamente reconhecido em um texto, outras categorias dogmaticamente próximas deste mesmo texto normativo devem ser

delimitadas de maneira diferente de como são delimitadas em outros textos normativos, uma vez que essas áreas de liberdade devem ser protegidas necessariamente.

22. O problema reside no fato de que as categorias dogmáticas não podem ser transportadas de um nível para outro sem mais, porque cada ordenamento precisa manter seu próprio equilíbrio.

A coexistência entre as dogmáticas interna e supranacional pode causar, além da desnaturação de algumas categorias, a relativização da linha iusfundamental, que é a que separa, em alguns textos, os direitos fundamentais dos direitos constitucionais não fundamentais.

Quando o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos não encontrou na CEDH categorias preparadas para salvaguardar os conteúdos do meio ambiente que ele desejava proteger, viu-se obrigado, no âmbito de sua jurisdição, a forçar outras categorias mais ou menos próximas da Convenção. Estes conteúdos, favorecidos por cláusulas como a do artigo 10.2 da Constituição espanhola, descem depois para o ordenamento interno e “aparecem” do outro lado da linha iusfundamental, ou seja, convertidos em autênticos direitos subjetivos. O resultado é que um problema de ruído ou fumaça, que é um problema do meio ambiente (art. 45 CE), acaba melhor *garantido*, mas torna irreconhecível o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 18.2 CE).

23. O art. 5.1 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia proíbe a escravidão e a servidão, e seu artigo art. 5.3 proíbe o tráfico de seres humanos. Por sua parte, o art. 4.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos também proíbe a escravidão e a servidão, mas nenhuma menção é feita ao tráfico de seres humanos. Esta circunstância forçará o intérprete da CEDH a delimitar a categoria de escravidão para que o tráfico não fique fora da proibição genérica de escravidão. O resultado é que a proibição da escravidão como categoria dogmática acaba tendo contornos diferentes, dependendo se é um ou outro texto, porque, como eu tenho dito, cada declaração de direitos deve manter-se em equilíbrio, a fim de não deixar descobertas relevantes áreas da liberdade.

24. O artigo 10 da Constituição espanhola está fora do âmbito iusfundamental. Em outras declarações de direitos, como a Carta dos Direitos Fundamentais da União

Europeia, e em outras Constituições, como a alemã, a categoria de dignidade é tratada como um direito fundamental autônomo.

No Direito da União Europeia, a categoria da dignidade foi articulada, até antes da Carta, de modo brando, às vezes ocupando áreas dogmáticas tradicionalmente reservadas a outras categorias. A categoria de dignidade no nível da União Europeia foi usada para fundamentar, por exemplo, a proteção de menores na Internet ou para garantir seus direitos quando eles são chamados como testemunhas em um processo penal; ou em relação ao princípio da não discriminação, para fundamentar as ações positivas em favor das mulheres; etc.

O Tribunal Constitucional espanhol sempre teve dificuldade em reconhecer a dignidade das pessoas jurídicas, por entender que elas "não têm existência física" ou "dignidade humana" propriamente dita. No entanto, o Tribunal de Justiça da União Europeia nunca teve essa dificuldade. Na União Europeia, a dignidade é tradicionalmente configurada por meio de seus aspectos profissionais (dignidade profissional), trabalho (dignidade do trabalhador) ou institucional (dignidade da função pública comunitária). Com a Carta na União Europeia tudo começa a mudar, porque com ela a dignidade torna-se agora mais humana e mais física do que antes.

O dilema subjacente em relação à dignidade é, em qualquer nível, sempre o mesmo: se a dignidade é preenchida com muito conteúdo, todos os direitos parecem sobrar; se for deixada meio vazia, para que serve?

25. Analisemos outra de nossas grandes categorias constitucionais: a liberdade. Ela deve ser configurada constitucionalmente em torno de dois eixos principais:

- a) O binômio liberdade/segurança, que se refere à liberdade pessoal como limite contra excessos nas políticas de segurança.
- b) O binômio liberdade/escravidão, que usa a ideia de escravidão como um contrarreferente da ideia de liberdade.

Bem, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia consagra em seu artigo 6 o "direito à liberdade e à segurança" e em seu art. 5 a "proibição da escravidão e do trabalho forçado". A Convenção Europeia de Direitos Humanos reconhece a "proibição da escravidão e do trabalho forçado" em seu artigo 4 e o "direito à liberdade e à segurança" no artigo 5. Ao contrário, a configuração da liberdade como um direito fundamental nas constituições dos Estados-membros da União Europeia geralmente dispensa o segundo eixo principal da categoria, porque se considerava que a proibição

da escravidão já era terra conquistada, como se não houvesse formas contemporâneas de escravidão. Essa circunstância acaba interferindo na delimitação de toda uma série de categorias dogmáticas (o direito à liberdade pessoal, o valor superior da liberdade, a dignidade, o direito a não ser discriminado, o direito à integridade moral, etc.) que devem ser delimitadas de forma abrangente porque esse espaço de liberdade deve ser preservado.

26. Aproveito para lembrar que a melhor maneira de educar na resposta contra a escravidão e suas formas contemporâneas não é o silêncio, embora essas lacunas sejam integradas. As formas contemporâneas de escravidão já são silenciosas o suficiente para adicionar-lhes mais silêncio. As Constituições não apenas nos *protegem*, mas também nos *educam*, e as que mais protegem são as que mais educam.

27. Há também em nossos ordenamentos multinível categorias que acabam não tendo um curso claro. Um dos casos mais evidentes é o da *interpositio legislatoris*, quando se contemplam intervenções restritivas de direitos fundamentais. É certo que existe essa garantia, endossada pela jurisprudência do Tribunal Constitucional (STC 292/2000, FJ 16) e que o TEDH é um de seus grandes apoiadores, mas todos somos conscientes de suas enormes dificuldades de aplicação prática, uma vez que foram muitas as medidas restritivas de direitos fundamentais, as quais a polícia não pôde prescindir em um Estado de Direito que não possuía, e que ainda não possui, base jurídica suficientemente interposta, sendo bem conhecidas as dificuldades da integração analógica nesses casos. O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos recorreu à exigência de *interpositio legislatoris* como forma de harmonizar a regulamentação dos Estados-membros, evitando dar a impressão de exercer sua jurisdição sobre o vazio.

Pensemos também na tensão dogmática produzida entre esta garantia e a reserva legal, um atrito tão intenso que dificulta ao operador do direito compreender que o âmbito de aplicação da garantia da reserva legal é o da *configuração normativa*, enquanto a garantia da *interpositio legislatoris* entra em jogo no contexto das intervenções materiais diretas, administrativas ou judiciais, nos direitos fundamentais.

4. A tensão adicionada pela configuração interdisciplinar do Direito

28. Falamos sobre os delicados equilíbrios dogmáticos existentes em cada

ordenamento multinível e em cada plano normativo dentro de cada ordenamento. Bem, a toda essa tensão dogmática, que poderíamos chamar de "vertical", devemos adicionar uma tensão dogmática interdisciplinar ou "transversal".

29. O equilíbrio entre as categorias dogmáticas também depende da disciplina jurídica à qual pertence o operador do direito. O penalista terá que consertar com precisão, e não de modo genérico, o objeto jurídico protegido por seus tipos penais. São necessidades dogmáticas inevitáveis. No entanto, o constitucionalista que opera com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia não tem essa necessidade, porque não faria sentido, por exemplo, enfatizar hermeneuticamente o art. 5 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, uma vez que suas três seções gozam de igual proteção e do mesmo nível de garantias.

30. Tampouco os constitucionalistas precisam traçar a tipicidade, medir a culpa com o mesmo rigor, ou determinar a punibilidade, bastando basicamente conjugar a antijuridicidade, porque o Direito constitucional visa mais proteger a liberdade do sujeito titular do que avaliar a responsabilidade do sujeito ativo.

31. Quando os penalistas buscam nas categorias constitucionais o objeto protegido por seus tipos penais, nem sempre encontram nelas o que precisam e frequentemente tentam tensionar hermeneuticamente as categorias da Constituição, algo que os constitucionalistas resistem porque a Constituição deve manter-se em equilíbrio.

32. Por sua vez, os administrativistas têm menos dificuldade do que nós para *ir ao* Direito global, porque, como diria Ortega Álvarez, o Direito administrativo existe sem Constituição e o Direito constitucional não, e porque sempre foi difícil para os constitucionalistas trabalhar sem o *demos* bem determinado.

33. A categoria da equidade, usada na filosofia do Direito como categoria complementar à da igualdade, apresenta desempenho dogmático inferior no Direito constitucional, mais acostumado à dualidade igualdade formal ou jurídica (art. 14 CE) e igualdade material, real ou efetiva (art. 9.2 CE), sem tampouco coincidir com a equidade do art. 1690 do Código Civil, que permite ao juiz modificar equitativamente a pena convencional em casos de descumprimento parcial.

34. Para citar outro exemplo, o domicílio mencionado na categoria constitucional de inviolabilidade domiciliar (art. 18.2 CE) é muito próximo ao domicílio protegido pelo Direito penal e muito distante do domicílio do art. 40 do Código Civil e do domicílio fiscal.

5. A tensão entre o observador da norma e a norma observada

35. Tenho analisado os diferentes tipos de tensões às quais nossas categorias normativas e dogmáticas estão sujeitas, mas há uma última tensão que advém da própria observação da categoria normativa pelo pesquisador do Direito constitucional.

36. Chegamos tão perto das normas, nos identificamos tanto com elas, que chega um momento em que elas não nos deixam ver. O mapa da dogmática observado pelos juristas tornou-se os próprios olhos dos juristas. É por isso que a pesquisa precisa de distância. A pesquisa "é" distância.

37. Não é apenas com a visão histórica do Direito constitucional que a distância é aberta. Ela também se abre com vistas ao Direito estrangeiro ao nosso; ou com um olhar à casuística a partir da dogmática; ou a esta a partir daquela; ou olhando a teoria a partir da prática e vice-versa; ou com um olhar à utopia a partir da realidade e vice-versa; ou à razão a partir da intuição e vice-versa; etc. Há também a distância que marcamos com tudo o que acreditamos em algum momento, ou seja, com o jurista que fomos.

38. Contemplamos as categorias jurídicas a partir das constitucionais, e vice-versa. Se olharmos a Constituição a partir da lei, fazemos uma pergunta, e se olharmos a lei a partir da Constituição, fazemos muitas perguntas. Contemplamos nosso próprio ordenamento a partir do ordenamento multinível, e vice-versa. Exploramos a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia a partir da Convenção Europeia de Direitos Humanos, e também em sentido inverso.

A configuração multinível dos regulamentos atuais tornou o Direito mais complexo, mas nos rejuvenesceu.

39. Quando nos aproximamos demais da norma observada, desaparecem esses espaços, essa distância, deixando o constitucionalista protegido apenas por sua técnica. A necessária tecnificação de nosso trabalho como constitucionalistas tem dado asas ao Direito constitucional, mas ainda seguimos com a estranha sensação de que, ao mesmo tempo, nossas categorias dogmáticas estão perdendo voo. Como diz o professor Balaguer Callejón, “nosso trabalho diário, que consiste em pequenas contribuições para problemas concretos, está se tornando cada vez mais parecido com o trabalho de um técnico do Direito, um trabalho que em algum momento deveria ser claramente distinguido da função criativa do jurista enquanto cientista do Direito”.

Quando nos limitamos a preencher o Direito constitucional com definições, acabamos convertendo o Direito constitucional em uma definição. O Direito constitucional, e o Direito em geral, é um produto da razão em que o mais racional nem sempre é o mais razoável, nem o mais intelectual o mais inteligente.

Esta pesquisa sobre categorias normativas e dogmáticas pertence, por assim dizer, à "parte científica" do Direito constitucional, mas nós constitucionalistas somos cientistas, e somos mais que cientistas, sem contradição, com equilíbrio, porque cada parte de nós – a científica e a menos científica – nos identifica, e de algum modo também nos protege contra a outra.

Conclusão

40. O princípio da coerência é um dos três principais princípios de articulação de um ordenamento jurídico, juntamente com o princípio da unidade e com o princípio da plenitude. A batalha pela coerência ocorre no contexto das normas e de seus conflitos, mas também no da dogmática e de suas tensões.

Nota bibliográfica

O conteúdo deste trabalho corresponde ao artigo apresentado por seu autor no Congresso Internacional "Derechos fundamentales, desarrollo y crisis del constitucionalismo multinivel", realizado na Universidade de Granada (Espanha) nos dias 23, 24 e 25 de Janeiro de 2019 e organizado por: Fundação Peter Häberle, Cátedra Jean Monnet "ad personam" de Direito Constitucional Europeu e Globalização; Departamento de Direito Constitucional da Universidade de Granada (Espanha); PPGD da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUCRS; PPGD da Universidade do Oeste de Santa Catarina, UNOESC; CPJUS - Centro de Pesquisa Jurídica e Social, Universidade Positivo; PPGD do Instituto de Direito Público, IDP, Brasil; e Universidade de Roma, La Sapienza, Facoltà di Giurisprudenza, Itália.

Algumas das abordagens conceituais que faço na *Introdução* são encontradas em meu trabalho monográfico *Las propiedades paradójicas del Derecho constitucional*, Civitas-Thomson Reuters, 2013, p. 37.

As alusões que faço na primeira seção, que se referem à extensa interpretação, à integração analógica, à regra da ignorância do Direito, ao bloco de constitucionalidade, à analogia *legis* e às analogias *iuris*, foram desenvolvidas a partir da p. 37 da obra anterior, bem como os relacionados à conexão entre o princípio da proporcionalidade e a garantia de conteúdo essencial, na p. 75.

Na referência à categoria da coisa julgada, dentro dessa mesma seção primeira, ver DÍAZ CABIALE, J. A., *La eficacia material y procesal de la sentencia civil más allá de la cosa juzgada*, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 72 a 100, onde este autor mantém a tese de que a eficácia material e processual da sentença não pode ser explicada apenas pela eficácia material da coisa julgada.

Em relação ao avanço da sequência de aplicação do direito à presunção de inocência e à interferência dessa garantia com o princípio constitucional de intervenção indiciária, ver meu trabalho sobre “Los derechos fundamentales y su dogmática: una reflexión sobre el devenir y los nuevos desarrollos de nuestras categorías jurídicas”, em *Derecho Constitucional y Cultura. Estudios en Homenaje a Peter Häberle*, Tecnos, Madrid, 2004, p. 631. O desenvolvimento da alegação de que a dogmática não nos diz toda a verdade do Direito pode ser encontrada em *Las propiedades paradójicas...*, cit., p. 51. Sobre a natureza do princípio da intervenção no índice e suas relações com o princípio da proporcionalidade e com o princípio da interdição da arbitrariedade dos poderes públicos, ver VV.AA.: *El principio constitucional de intervención indiciaria*, Grupo Editorial Universitario, Granada, 2000, pp. 10 a 15, em relação ao princípio da proporcionalidade, e pp. 17 a 20, em relação ao princípio de interdição da arbitrariedade dos poderes públicos.

As ideias contidas na segunda seção foram trazidas ou desenvolvidas a partir do disposto nas pp. 55, 58, 67, 68, 63, 71, 72, 73 do meu trabalho monográfico *Las propiedades paradójicas...*, já citado.

A referência à operação de “ocultação da realidade constitucional da União Europeia que ocorreu com o Tratado de Lisboa” pode ser encontrada em BALAGUER CALLEJÓN, F., VV.AA. (dir. Balaguer Callejón), *Manual de Derecho Constitucional I*, cit., p. 240.

A alusão da terceira seção à jurisprudência comunitária é feita especificamente na sentença do TJUE (Sala 1^a) de 14 de outubro de 2004, caso C-36/02: “Omega”, fundamento 37^o: “Não é essencial que a medida restritiva adotada pelas autoridades

de um Estado-membro corresponda a uma concepção compartilhada por todos os Estados-membros no que se refere às modalidades de proteção do direito fundamental ou do interesse legítimo em causa”.

Em relação à garantia da *interpositio legislatoris*, também na terceira seção, ver “Los derechos fundamentales y su dogmática ...”, *op. cit.*, pp. 637 y 638.

Também foram trazidas para este artigo, ou desenvolvidas a partir dele, ideias contidas em meu trabalho sobre “Las nuevas formas de esclavitud en los textos constitucionales y declaraciones internacionales de derechos”, VV.AA (dir. PÉREZ ALONSO): *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 281 y ss., assim como em “Constitución y medio ambiente”, VV. AA.: *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 549 y ss.

Algumas das ideias desenvolvidas na quinta seção foram baseadas nas reflexões contidas nas pp. 16, 17, 23, 36, 38 do meu trabalho monográfico *Las propiedades paradójicas...*, *op. cit.* A referência que faço nesta quinta seção ao Prof. BALAGUER CALLEJÓN corresponde ao seu trabalho “Derecho y justicia en el ordenamiento constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 16, 2011, p. 262.

10. A CRISE DO DIREITO CONSTITUCIONAL MULTINÍVEL



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-10>

Juan Francisco Sánchez Barrilao¹

I. Introdução: tempo e crises (Crise, que crise?)

Como é possível que em menos de quinze anos tenha-se passado de considerar o direito constitucional multinível como potencial resposta para a crise do Direito Constitucional em nível estatal face à globalização², à atual crise do próprio Direito constitucional multinível e frente àquela mesma?³

Sendo o passado, porquanto História, necessário para a compreensão do Direito em geral e do Direito Constitucional em particular⁴, a compreensão dinâmica do próprio presente (em sentido amplo) não é menos necessária hoje perante a aceleração dos tempos em que vivemos: autêntica diacronia do instante, a serviço da sincronia do momento jurídico-constitucional. E é que o ontem mesmo já se mostra como passado longínquo em nossa memória, frente aos acontecimentos que se sucedem com uma rapidez superior à nossa capacidade de compreensão e aceitação, mas com relação ao mero relato e a descrição; de um “tempo fora de suas dobradiças” como se chegou a falar⁵, ao impulso exponencial de um desenvolvimento científico e tecnológico exaltado que transforma, a cada sopro de Urania, a realidade⁶, e em que qualquer proposta do amanhã resulta em impossível prospectiva ante um Prometeu hiperativo⁷.

¹ Professor universitário. Departamento de Direito Constitucional (UGR).

² Assim, por exemplo, vide. JF SÁNCHEZ Barrilao, "Relação entre o Direito da União Europeia e o Direito dos Estados-membros", *Revista de Direito Constitucional Europeu* n.º. 2, 2004, especialmente p. 134.

³ Não é em vão que esta reflexão se faz na esteira da celebração do Congresso Internacional: "Os direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível", realizada em Granada de 23 a 25 de janeiro de 2019 (onde tive a oportunidade de participar) ; Além disso, aproveito esta nota para avisar da realização deste trabalho, sob projeto de pesquisa estatal " Os Direitos Fundamentais ante as crises econômica e de segurança em um marco constitucional fragmentado" (DER2016-77924P).

⁴ Entre outros,. GARRORENA MORALES, "Quatro teses e um corolário sobre o Direito Constitucional," *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 51, 1997, pp. 45-48.

⁵ Cf. F. OST, *El tiempo del Derecho*, MG Benitez Toriello (trad.), Siglo XXI, México, 2005, pp. 264-278.

⁶ E, JF SÁNCHEZ BARRILAO, "O futuro legal da Internet: uma abordagem constitucional de neutralidade da rede", *Revista de Direito Constitucional Europeu* n.º. 26, 2016, pp. 198-200.

⁷ Interesse, vid. Uresti Gonzalez, "The Prospects: alcance e os limites em Ciências Sociais", *Relações Internacionais*, não. 48, 2015, pp. 87 e segs., Em <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/46770> (2019/02/12).

É por isso então que nos vemos superados, vencidos, por um tempo acelerado; e, com isso sob o risco de nos abandonarmos à ignorância do que nos espera amanhã, o medo ao futuro, à própria angústia⁸; ou pior, à impotência de buscar permanentemente resposta à mudança constante, com o perigo de nem mesmo chegar a nos questionar o fracasso de paradigmas constitucionais ao assumi-los como inevitável ante a evolução ou involução (conforme o caso), dos fatos. Finalmente, cabe que fiquemos imóveis frente a tais lacunas constitucionais; inclusive que os normalizemos a troco de, pelo menos, manter uma certa proporcionalidade com que moderar tanta realidade⁹; e ao mesmo tempo, sem indagar suficientemente sobre a referida transformação. E eis aqui o cerne da questão: o que tem acontecido nos últimos anos para que a ainda recente proposta de um Direito constitucional multinível hoje possa resultar, pelo menos, discutida? e, claro, em que consistiria verdadeiramente tal crise?

Mas antes de prosseguir com ambas as questões, surge a pergunta: Será que a crise resulta ser um elemento a mais (ou parte da característica) do Direito Constitucional? E é que, apesar de relativos períodos de desenvolvimento e consolidação, como aqueles experimentados após a Segunda Guerra Mundial, a História do direito constitucional parece submetida à tirania da constante mudança e transformação; não em vão uma das principais acepções de “crise” é mudança e transformação¹⁰. A partir desta percepção, portanto, é que a consideração básica do Direito Constitucional como ordenamento do poder em relação ao Estado e os cidadãos tem evoluído, progredindo inclusive, conforme as mudanças (culturais, sociais, tecnológicos, econômicos, políticos e jurídicos) que ocorreram desde os processos revolucionários do fim do século XVIII (principalmente)¹¹: de um Direito constitucional liberal (em torno de liberdade e propriedade), a outro social e pluralista

⁸ Claro, Z. Bauman, *Liquid Times. De estar em uma idade de incerteza*, C. Corral Santos (trad.), 5a ed., Tusquets Editores, Barcelona, 2015.

⁹ Sobre o aumento da incidência do princípio da proporcionalidade na atual cf. direito constitucional, por exemplo, P. Cruz Villalón, "Entre proporcionalidade e da identidade: as chaves da excepcionalidade no presente", E. Guillén López. (trad.), *Revista de direito Constitucional Europeu* não. 27, 2017, pp. 261 e segs.

¹⁰ Em torno da noção de crise, o interesse, ML Svampa, "O conceito de crise Reinhart Koselleck. Polissemias uma categoria histórica, "Anacronismo e Irruption: Journal of Teoria e Filosofia Política Clássica e Moderna, vol. 7, n.º. 11, 2016, pp. 131 e segs.

¹¹ Para todos, cfr. M. FIORAVANTI: *Constituição: (. Trad) desde a antiguidade até aos nossos dias*, M. Martinez Neira, Trotta, Madrid, 2001; e *Constitucionalismo (histórico e tendências Experiências atuais)*, Glen A. Mora e M. Martinez Neira (trad.), Trotta, Madrid, 2014.

(com normas constitucionais)¹² para, em seguida, se abrir à cooperação entre ordenamentos¹³; e isto não vem de simples ascensão ou avanço linear, mas com obstáculos, retrocessos e "golpes de efeito" em que o conflito, o eterno conflito, transforma um Direito (constitucional), que visa ordenar e moderar¹⁴. Então, que sentido faz falar (ou continuar falando) de crise do Direito constitucional se a mudança inerente à evolução humana, seria então natural ao próprio Direito constitucional (como acabamos de falar)?

Diferente é, no entanto, se tratarmos a crise a partir da dificuldade e a retração; ou seja, a partir do potencial retrocesso e a involução constitucional. Porque, ainda que a referida mudança a respeito do Direito constitucional tenha ocorrido, em muitos casos, após a retração do mesmo (pensemos precisamente no desenvolvimento constitucional após a Segunda Guerra Mundial)¹⁵, sim, faz sentido tratar do risco de regressão constitucional (frente a seus potenciais e devastadores efeitos), e, com isso, uma possível crise do direito constitucional na sua dimensão multinível. No entanto, e oportunamente, consideramos que é apropriado iniciar por aquilo que era o Direito constitucional multinível, para depois, abordar as suas vantagens e desvantagens.

Finalmente, com tudo isso, esperamos conseguir contribuir com algumas ideias para o debate sobre a crise do Direito constitucional, ou constitucionalismo, multinível.

II. Globalização e direito constitucional: o Direito na perspectiva multinível como proposta

Se a Constituição normativa tinha vindo para oferecer um quadro jurídico com o qual não só garantir o pluralismo político, mas para conter, limitando, o poder do Estado (como já observado)¹⁶, a globalização, como processo (principalmente

¹² Pe, JL REQUEJO páginas, "O triunfo do constitucionalismo e da crise dos regulamentos," *Fundamentos: Notebooks Teoria Monografias de Estado, Direito Público e História Constitucional*, não. 6, 2010, pp. 179 e segs.

¹³ Para todos Häberle P., *Estado Constitucional*, H. Fix-Fierro (trad.), 2ª ed., Universidade Nacional do México, México, 2016, pp. 62 et seq.

¹⁴ C. DE CABO Martín, *teoria histórica da lei estadual e constitucional. II, Estado e direito na transição para o capitalismo e sua evolução: o desenvolvimento constitucional, Promoções e Publicações da Universidade*, Barcelona, 1993.

¹⁵ Como não, M. Cappelletti (1986) ", demitir-se Montesquieu? Expansão e legitimidade da "justiça constitucional", "P. de Luis Durán (trad.) *Spanish Journal of Direito Constitucional* no. 17, pp. 9ff.

¹⁶ Após a consideração da constituição democrática como categoria histórica ou tipo, e passe-o local temporário no século XX (e, portanto, como tal categoria, em seguida, sujeito a alterações e transformação de acordo trata de mos-), vid. FIORAVANTI M., "A Democrática Costituzione Novecento:

econômico, mas não somente) diluente de fronteiras, viria também a restringir o poder do Estado, mas não a partir dos fundamentos substantivos constitucionalizados, mas da imposição fática de uma nova realidade meta-estado: de um lado, e de uma perspectiva econômica, impondo decisões e mudanças do sistema político e jurídico segundo um mercado cada vez mais financeiro; de outro, e conforme o referido desenvolvimento tecnológico, configurando-se um espaço não delimitável nem controlável, por alguns Estados que (há tempos renunciaram à investigação pública e na medida em que) se mostram incapazes por si sós de formular e implementar políticas públicas adequadas aos novos desafios decorrentes "de" e "em" referido espaço; e por último, e em boa medida à sombra da economia e da tecnologia, negando-se a política e o próprio Direito além de sua mera condição de promoção e garantia de progresso (como crescimento) econômico e tecnológico (de uns sobre outros, claro)¹⁷. Daí, então, a contradição de como tendo atingido após a Segunda Guerra Mundial o mais alto grau de avanço constitucional em relação ao poder e à pessoa (com a dignidade como um novo eixo sobre o qual articular tal relação)¹⁸, iniciou-se, no entanto, a se observar a impotência do Estado para desenvolver uma adequada e oportuna promoção e garantia dos direitos da pessoa¹⁹; e, portanto, que o Estado constitucional e democrático de direito, como resultado histórico do processo de domesticação do leviatã, acabou entrando em crise no final do século passado²⁰.

Diante dessa nova realidade globalizada, ainda em fase de consolidação e compreensão intelectual ²¹, é que vieram a se apresentar diversas propostas constitucionais com as quais procurar conter a referida capacidade normativa das Constituições pós-bélicas sobre o poder (e já não somente estatal); e para isso,

genesi e prospectiva" *História Constitucional: Revista Eletrônica de História Constitucional*, não. 17, 2016, pp. 1 et seq.

¹⁷ E, JF SÁNCHEZ Barrilao: "Na Constituição e regras da globalização", *Jornal da Faculdade de Direito da Universidade de Granada*, não. 7, 2004, pp. 241 ss.; e "sobre as regras Constituição e tecnologia" também *Jornal da Faculdade de Direito da Universidade de Granada*, mas não. 8, 2005, pp. 257 e segs.

¹⁸ Entre outros, I. GUTIERREZ GUTIERREZ, "dignidade e funções do Direito Constitucional" *Deusto Estudos: Jornal da Universidade de Deusto*, vol. 59, no. 1 2011, pp. 357 e segs.

¹⁹ P. DE VEGA GARCÍA, "Globalização e Direito Constitucional: a crise do princípio democrático no constitucionalismo atual", *Journal of Political Studies*, Vol. 100, 1998, p. 53.

²⁰ JF SÁNCHEZ Barrilao novamente, mas agora "A constitucionalização de integração regional europeia: mais Europa! de volta a uma Constituição para a Europa, antes da crise da União" *Deusto Estudos: Jornal da Universidade de Deusto*, vol. 60, no. 2, 2012, especialmente p. 76.

²¹ Entre outros, e a partir de diferentes perspectivas: (. Trad) A. Giddens, as consequências da modernidade, A. Lizon Ramon, Aliança Editorial (Ensaio), Madrid, 1999; JE FARIA, direito na economia globalizada, C. Lema Añón, Trotta, Madrid, 2001 (trad.); e U. BECK, O que é globalização? (Falácias do globalismo, respostas à globalização), B. Moreno e MR Borràs (trad.), 9ª ed., Polity Press, Barcelona, 2002.

evidentemente, estendendo em maior ou menor grau, o Direito constitucional a espaços superiores ao do Estado, se bem com diferente intensidade de interação. É, deste modo, que se tenha chegado a considerar a ideia de uma constituição global, ou pelo menos uma certa constitucionalização da globalização²², independentemente de reconhecer sua inviabilidade fática (naquele momento)²³ bem como a necessidade de uma maior democratização das instituições internacionais²⁴; ou pelo menos algum processo de constitucionalização do Direito internacional²⁵, ou em nível regional a constitucionalização mesma da própria União Europeia, de que foi mostra, ainda imperfeita, a proposta de Tratado constitucional da União Europeia de 2004, e independente de seu posterior fracasso e recepção parcial no Tratado de Lisboa²⁶.

No entanto, deve-se notar como paralelamente ao desenvolvimento e consolidação constitucional após a Segunda Guerra Mundial é que se deu tanto um processo de internacionalização dos direitos humanos (interagindo com os direitos fundamentais constitucionalizados), como outro de integração em nível europeu (a referida União Europeia), de maneira que o próprio Direito constitucional teria entrado já (há tempo) em contato com realidades jurídicas para e supra-estatais, retroalimentado-se éstas com o outro e vice-versa²⁷. E, desta forma, e sobre ambas manifestações é que se tenha considerado certa quantidade de instituições, processos e conteúdos constitucionais²⁸, e ao seu amparo o esboço de um novo

²² Para todos, J. Habermas: "Pode uma constituição política para a sociedade global pluralista?" Anais do presidente Francisco Suárez, não. 39, de 2005, pp. 107 ss.; "Você ainda tem alguma chance de constitucionalização do direito internacional?" Na divisão Oeste, JL López De Lizaga (trad.), Trotta, Madrid, 2006, pp. 113 ss.; e "constitucionalização dos problemas da lei e da legitimidade internacional de uma sociedade global constitucionalizado" em Alas, Europa!, JL Lopez De Lizaga, P. Madrigal e FJ Gil Martin (trad.), Trotta, Madrid, 2009, pp. 107 e segs.

²³ Pe, cfr. T. Giegerich, "A Is e o dever da International Constitucionalismo: Até que ponto nós vimos na estrada de Habermas a uma" constitucionalização Bem Considerado de Direito Internacional, Alemão Law Journal, vol "?. 10, no. 1, 2009, pp. 31 et seq.

²⁴ A partir desta perspectiva, vid. D. REALIZADA, Democracia e da ordem global. O Estado moderno a governança cosmopolita, S. Mazzuca (trad.), 3^a ed., Polity Press, Barcelona, 2002.

²⁵ Cf. A. Peters, "Constitucionalismo compensatória: as funções eo potencial das normas internacionais e estruturas." MJ Aznar Gómez e Laura A. Videla, Em AA.VV. (trad.) Constitucionalização da comunidade internacional, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 208 e segs.

²⁶ Novamente SANCHEZ Barrilao JF, "A constituição para a integração regional europeia ... cit., Pp, 77 e 85 et seq.

²⁷ Assim, F. Balaguer Callejón, "Níveis e Internacionais e técnicas internas Realização dois DIREITOS NA Europa. Uma perspectiva constitucional, "Sequencia: Estudos Legal e vol Política. 26, n. 50, de 2005, pp. 237 e segs.

²⁸ Pe, A. Pizzorusso, "Direito Comparado na Lei Cosmopolitan", a Lei PUCP: Jornal da Faculdade de Direito, não. 61, 2008, pp. 421 e segs.

constitucionalismo projetado além dos Estados e em interação com estes novos espaços (políticos, jurídicos, económicos, sociais, culturais, etc.)²⁹.

Mas também, naquele momento, a progressiva formação de um Direito constitucional complexo e composto, como resultado da referida interação de uns e outros espaços, como ordenamentos jurídicos (Häberle)³⁰, de modo que o Direito constitucional estatal viesse a se limitar a ser parte de um Direito global e/ou europeu³¹. E inclusive, em um passo além, o seu arranjo multinível, devido a uma potencial graduação vertical das políticas e espaços e ordenamentos relacionados³², e a partir daí, então, a teoria de um direito constitucional multinível (PERNICE agora)³³, a partir do qual, procurar, também, alguma compensação para a perda de normatividade que a globalização supôs ao Direito constitucional em nível estatal; um Direito por tanto em comunicação dialética e recíproca entre as Constituições dos Estados, por um lado, e os ordenamentos internacionais e europeu, por outro, e, na medida em que é capaz de ajustar a extensão de assuntos constitucionais além do espaço e do poder estatal (pensemos simplesmente sobre as alterações climáticas e suas drásticas consequências)³⁴.

III. Direito constitucional multinível: pontos fortes e fracos

Juntamente com a recém referida capacidade constitucional extra-Estado que supõe o Direito constitucional desde uma perspectiva multinível para abranger, embora em graus variados, questões de relevância constitucional que exigem resposta em nível global e / ou regional, cabe observar outras capacidades do mesmo a respeito

²⁹ Interesse, A. PACE, "Os desafios do constitucionalismo do século XXI", o Chamarro A. Church (trad.), *Revista de Direito Constitucional Europeu* não. 2, 2004, pp. 161 e segs.

³⁰ P. Häberle, "direito constitucional comum europeu", E. Mikunda (trad.) *Spanish Journal of Direito Constitucional* no. 79, 1993, pp. 7 e seguintes.

³¹ Assim, na sequência de uma Häberle, cfr. JF SÁNCHEZ Barrilao, "globalizzazione, tecnologia e Costituzione: verso una democrazia diritto costituzionale Comune ea planetária?" A. Buratti (trad.), *Nomos-Le Attualità nel Diritto*, vol. 7, n.º 3, 2002, especialmente p. 177.

³² AH Schakel, L. e F. Hooghe NULLMEIER, "Multilevel governo e o estado", R. Cotarelo (trad.), Em AA.VV. *Transformações do Estado contemporâneo*, Tirant Blach, Valencia, 2017, pp. 97 et seq.

³³ I. PERNICE: "constitucionalismo multinível e do Tratado de Amesterdão: constituição de tomada Europeia revisitado", *Common Market Law Review*, Vol. 36, 1999, pp. 703 ss.; ou e, posteriormente, "Multilevel Constitucionalismo na União Europeia", *Revisão de Direito Europeu*, Vol. 5, 2002, pp. 511 e segs.

³⁴ A partir desta perspectiva, e, JF SÁNCHEZ Barrilao, "Direito Europeu e da Globalização: Mitos e desafios na construção do Direito Constitucional Europeu", *Revista de Direito Constitucional Europeu* não. 12, 2009, pp. 115 e segs.

da globalização. A tais efeitos, e em relação à condição contraditória que supõe a própria globalização (motor também de localismos e extremismos)³⁵, é que os processos descentralizadores que dentro dos Estados (em especial europeus) ocorreram no início deste século (como o Reino Unido, Itália ou a própria Espanha) acabaram resultando totalmente integráveis sob o paradigma do direito constitucional multinível, ao se apresentarem os territórios como um espaço a mais desse complexo jurídico; ou equivalentemente, a promoção de ordenamentos infra-estatais como um degrau do Direito constitucional composto e compartilhado³⁶.

Por sua vez (e como foi adiantado), este complexo Direito supõe, ao mesmo tempo que fomenta, o diálogo e o feedback dos distintos ordenamentos que coincidem ao seu redor, como, aliás, acontece em relação aos direitos fundamentais e os direitos humanos, pois: de um lado, não somente o desenvolvimento normativo e garantista constitucional dos primeiros coincidiu com o reconhecimento e garantia internacional dos segundos (como foi adiantado); mas, e de outro, tanto em nível jurisprudencial, como e inclusive normativo, uns e outros se integram interpretativamente ao ponto de poder afirmar certa globalização jurídica de ambos enquanto patrimônio ou cultura constitucional comum³⁷.

Isto último, por sua vez, exterioriza modos menos formais no momento de articular as relações entre os ordenamentos, permitindo assim um maior dinamismo e capacidade de adaptação à constante mudança da realidade globalizada³⁸; e é que a partir de uma concepção mais cooperativa e aberta dos diversos níveis de ordenamento jurídico³⁹, ao mesmo tempo que menos predefinida normativamente⁴⁰, e não esquecendo a promoção de um Direito mais persuasivo que imperativo (como uma soft law, por exemplo, frente ao tradicional hard law), configuraram-se as qualidades de

³⁵ A. Giddens novamente, mas agora um mundo em fuga, P. Cifuentes (trad.), Touro, Madrid de 2000.

³⁶ Cf. F. BALAGUER Alley, "fontes do direito, constitucional e espaços sistemas legais" Espanhol Jornal de Direito Constitucional no. 69, 2003, pp. 181 e segs.

³⁷ P. Häberle, Teoria da Constituição como uma ciência da cultura, E. Mikunda (trad.), Tecnos, Madrid, 2000.

³⁸ Cf. A. Pizzorusso, "A produção normativa em tempos de globalização", A. Aguilar Calahorro (trad.), Revista de Direito Constitucional Europeu não. No.11, 2009, pp. 231 e segs. (Especialmente pp.246-250).

³⁹ Após Häberle, vid. Michael L., "O estado constitucional cooperando" M. Azpitarte Sánchez (trad.), Em AA.VV. direito constitucional e cultura: estudos em homenagem a Peter Häberle, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 319 e segs. Também de interesse, PM Huber, "Statehood aberta: Uma análise comparativa" M. Morales-Antoniazzi, Com A.VON Bogdandy e P. Cruz Villalón, direito constitucional no espaço jurídico europeu, Tirant lo Blanch (trad.), Valencia, 2013, pp. 69 et seq.

⁴⁰ Assim, na perda de normas neste relações ordinamentales complexos, M. Azpitarte SÁNCHEZ, "O papel da Constituição no contexto contemporâneo", Revista de Direito Constitucional Europeu não. 12, 2009, pp. 171 e segs.

um Direito mais aberto, comunicativo, plural em suas fontes e supostamente eficiente frente à globalização⁴¹. Mas com isso, começando a se evidenciar, também, as deficiências jurídicas do referido novo Direito (e em sua versão multinível também), mesmo que mais maleável e dúctil, mas menos prescritivo e consistente frente a uma realidade que vem a se impor sem resistência jurídica; e, portanto, finalmente, o reconhecimento de um Direito incapaz não somente de ordenar (juridicamente) a realidade, mas nem sequer suportar sua pressão ou impulso. De que Direito constitucional, então, cabe falar se não é capaz de limitar o exercício do poder?⁴²

Por outro lado, e em um nível substancial, este novo Direito constitucional multinível não só veio para atender as necessidades do mercado global, mas também de um ponto de vista cultural viria para expandir os padrões ocidentais em nível mundial, o que, não obstante os avanços que isso possa supor a respeito dos direitos humanos e a dignidade da pessoa (e como foi observado)⁴³, veio a alimentar processos identitários de diversos tipos (especialmente religiosos e / ou nacionalistas) e, em muitos casos em grau extremista e altamente conflituoso (e até mesmo violento)⁴⁴. Mais do que um reconhecimento (e garantia) do pluralismo (enquanto elemento chave do Direito constitucional contemporâneo), o Direito multinível teria vindo simplesmente a constatar uma pluralidade do ordenamento jurídico sobre o qual buscar uma certa governança vertical a partir de uma subsidiariedade funcional de interesses, assuntos e espaços.

Mas é que, finalmente, nem mesmo tal subsidiariedade é totalmente vertical, porque boa parte do poder e do Direito não só fica fora do Estado, mas do especificamente público, de modo que, e na linha de uma subsidiariedade agora horizontal, se reconhece não só a existência de ordenamentos privados, mas sua intensa interação com ordenamentos públicos⁴⁵; e com isso então, melhor que falar

⁴¹ E, JF SÁNCHEZ Barrilao, "crise econômica da Europa e crise constitucional: Constituição, Direito Constitucional e Globalização", no AA.VV. *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica Europea*, CEDAM, Itália, 2012, pp. 371 e segs.

⁴² E, JF SÁNCHEZ Barrilao, "crise econômica da Europa e crise constitucional: Constituição, Direito Constitucional e Globalização", no AA.VV. *Costituzione, globalizzazione e tradizione giuridica Europea*, CEDAM, Itália, 2012, pp. 371 e segs.

⁴³ V. Frosini, "Diritti Umani, diritti dei Popoli e giuridica globalizzazione" *Anuário da Faculdade de Direito (Universidade de Extremadura)*, nn. 19-20, 2001-2002, pp. 289 e segs.

⁴⁴ Cfr., E M. Castells, *A Era da Informação. II, The Power of Identity*, C. e P. Martínez Gimeno Lora (vers.), 2ª ed., Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 101 e segs.

⁴⁵ JF SÁNCHEZ Barrilao, "orderings privadas eo direito constitucional" em AA.VV. *Livro homenagem ao Professor Rafael Barranco Vela, I*, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 607 e segs.

em um Direito multinível melhor se falar de um Direito em rede, posto que é capaz de representar mais graficamente o confuso sistema emaranhado que de relações verticais e horizontais existem entre múltiplos e diversos ordenamentos jurídicos públicos e privados⁴⁶.

IV. Crise do Direito constitucional multinível

No entanto, o exposto anteriormente não permite falar ainda de crise do Direito multinível, mas, e simplesmente, de lacunas ou deficiências do mesmo, e totalmente integráveis, de fato (embora com maior ou menor sorte), a partir da compreensão dialética que destas se oferece em relação a suas potencialidades; não em vão, tal compreensão dialética é característica da própria globalização como fenómeno complexo e contraditório (como mencionei acima). Portanto, quando nos referimos a uma crise do Direito multinível necessariamente devemos nos referir a algo diferente, e também (e como observamos no início destas páginas) a partir de uma consideração de retrocesso e involução, de acordo com seus próprios postulados.

No entanto, o que cabe segundo entendemos, é perceber a funesta catalisação das deficiências do Direito constitucional multinível por ocasião da crise econômica, porque, esta em vez de causar involução constitucional potencializou fraquezas e tendências que já eram prévias à crise⁴⁷ e repercutiram nesse sentido. Deste modo, tanto a deriva economicista do Direito constitucional, com o conseqüente retrocesso não só dos direitos e liberdades (especialmente os de carácter social), mas das próprias categorias de pessoa e de cidadania⁴⁸, como o reconhecimento de perda de identidade constitucional que ocorreu nesta década, têm vindo a potencializar ainda mais os movimentos de identidade e extremistas⁴⁹; e estes não mais como manifestação de uma

⁴⁶ JF SÁNCHEZ Barrilao novamente, mas agora (e seguindo OST F., M. van de Kerchove) "Constituição e as relações entre sistemas no contexto da globalização", *Estudos Constitucionais*, vol. 12, n. 2, 2014, pp. 55 et seq. (Especialmente pp. 91-93).

"orderings privados e direito constitucional" em AA.VV. Livro homenagem ao Professor Rafael Barranco Vela, I, Civitas / Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 607 e segs.

⁴⁷ E como tivemos oportunidade de referir no início do mesmo; cfr. JF SÁNCHEZ Barrilao, "Globalização e crise econômica: sombras sobre a integração europeia", *Quod videtur Anuário do pensamento crítico*, não. 2, 2010, pp. 184 e segs.

⁴⁸ JF SÁNCHEZ Barrilao novamente, mas agora "União Europeia ea globalização :: exigindo uma Europa dos cidadãos" em AA.VV. Estudos em homenagem ao Professor e Juiz Luis Ortega Alvarez, Aranzadi / Thosom Rueters, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 147 e segs.

⁴⁹ Novamente JF Barrilao SANCHEZ, mais "identità Tra: il futura risposta globale dell'integrazione Europea nel", V. Fagiani (trad.), *Nomos-Le Attualità nel diritto*, não. 2, 2018, em: <http://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/wp-content/uploads/2018/09/Barrilao.-conv.-11.05.pdf> (2019/02/12).

neocolonização exacerbada que responde à globalização (como pôde ser observado no início do século)⁵⁰ mas como específica resposta ao retrocesso da socialdemocracia que tem ocorrido nestes anos⁵¹, e à sua sombra, então, como verdadeira crise da própria democracia constitucional⁵².

Naturalmente esta crise vai repercutir, por sua vez, tanto em relação a conteúdos constitucionais nacionais que nutrem o Direito constitucional multinível (como pode ser visto durante a crise migratória que se vive hoje e a desvalorização da dignidade do indivíduo resultante), como a sua própria existência porque promotor agora de um novo Direito constitucional nacionalista e re-estatal, e, conseqüentemente, menos cooperativo e aberto ao exterior; há, então, uma busca concreta de reconcentração de soberania constitucional e nacionalista que, independentemente de conteúdos substancialmente regressivos (pense na Hungria e Polónia)⁵³, irá supor menor comunicabilidade e permeabilidade em relação ao Direito constitucional multinível. Então, agora, estamos em presença de uma autêntica evidencia de crise no Direito constitucional multinível, ao retroceder nos pressupostos comunicativos inter-ordenamentos anteriormente referidos, os quais eram, precisamente, elementos chave de sua caracterização.

Igualmente cabe considerar quando, à sombra de reformas constitucionais realizadas, têm-se reforçado constitucionalmente garantias de mercado (por exemplo, Art. 135 CE após a reforma de 2011), colocando à disposição deste a normatividade constitucional própria dos direitos fundamentais e as liberdades frente a poderes públicos⁵⁴; ou na esteira da busca de maior segurança contra o risco crescente que nos persegue⁵⁵, também foram limitados os direitos fundamentais e as liberdades

⁵⁰ Z. Bauman, *Globalização. A humano*, D. Zadunaisky (trans.), 2ª ed. (1ª reimp.), Fondo de Cultura Economica, Madrid de 2017.

⁵¹ Pe, J. ZIELONKA, *Contro-rivoluzione. O liberale dell'Europa disfatta*, H. Sampaolo (trans.), Editori Laterza, Bari-Roma, 2018.

⁵² Uma vez que tal paradigma, o volume coletiva MA Graber, S. e M. Tushnet LEVINSON (ed.), *Democracia Constitucional em crise?*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

⁵³ Pe, respectivamente, *vid.*: F. Vecchio, "populismo Il economia tra ungherese e Costituzione" *Cultura giuridica e vivente diritto*, 2015, pp. 134 e segs.; ou JF LOPEZ AGUILAR, "O caso da Polónia na União Europeia: a democracia eo Estado de contratempos lei e" *Dilema Copenhagen* "" *Teoria e realidade constitucional*, não. 38, 2016, em especial pp. 101 e segs.

⁵⁴ JF SÁNCHEZ Barrilao, "A crise da dívida soberana e a reforma do artigo 135 da Constituição espanhola" *Mexican comparativa Boletim Lei*, Vol. 137, 2013, pp. 679 e segs.

⁵⁵ Z. Bauman, *Comunidade. Para a segurança em um mundo hostil*, J. Albores (trad.), 3ª ed. (2ª reimp.), Siglo XXI, Madrid de 2009.

públicas⁵⁶ frente a uma ideia de urgência constante⁵⁷. Assim, em ambos os casos, foi distorcida ainda mais a maltratada normatividade constitucional (pela globalização, como indicado), já que esta não se pôs a serviço do pluralismo e das minorias (como era típico do constitucionalismo contemporâneo), mas de outros interesses espúrios; e assim, com o sério risco de abandonar, desta forma, as minorias à própria sorte frente a realidades, maiorias e fundamentalismo de todos os tipos, pois o Direito constitucional deixa de ser um instrumento de garantia da liberdade e da pessoa para ser mera expressão do poder de uns sobre os outros (como uma nova acepção material de Constituição, porquanto normatividade do triunfo de uns frente a todos os outros)⁵⁸.

Além disso, e não menos importante, é o grau de manipulação tecnológico-digital que está sendo alcançado da opinião pública, como se tem constatado em processos eleitorais tão relevantes como o referendo sobre o Brexit, ou as últimas eleições presidenciais na América do Norte e no Brasil⁵⁹; o ágora digital de hoje representado pela Internet e redes sociais⁶⁰ parece ter se tornado, em simples espaço de exaltação do enfrentamento ideológico, do mesmo ódio e da mentira, sob as esporas de grupos extremistas (e fundamentalistas) em seu assalto ao poder⁶¹. Apesar da capacidade manipuladora e agressiva de tais grupos (especialmente no momento de gerenciar as incertezas, os medos e os novos conflitos decorrentes da globalização), o fato é que, como aconteceu no passado (com a invenção da imprensa), a Internet é uma nova realidade comunicativa que exige não só inovadoras abordagens legais para

⁵⁶ PE, M. COSTAS Trascasas, "Segurança Nacional e Direitos Humanos na recente jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (CEDH) sobre o terrorismo internacional: rumo a um novo equilíbrio" em AA.VV. Terrorismo e do direito internacional, Madrid, Dykinson, 2012, pp. 187 e segs.

⁵⁷ Sobre a urgência, vid. D. AMAT, "politique L'urgence, la nouvelle sécuritaire Utopie et les ameaças à la liberté et à la pensou:" Eu-Topias: Revista de Estudos de Comunicação Intercultural e europeus, não. 12, 2016, pp. 93 et seq.

⁵⁸ Em tal risco no passado (mas perfeitamente aceitável hoje), vid. J. JIMENEZ CAMPO, "Contra a constituição material", em AA.VV. estudos de direito público em homenagem a Juan José Ruiz-Rico, I, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 42 e segs.; Também de interesse, sua criticidade (particularmente sobre o pluralismo), G. Zagrebelsky, "Epílogo", em C. Mortati, A Constituição materialmente, A. Bergareche Gros (trad.), Centro de Política e constitucional, Madrid, 2000, pp. 229 e segs.

⁵⁹ PeF Balaguer Callejón, "As duas grandes crises do constitucionalismo contra a globalização no século XXI", Journal of European Direito Constitucional no. 30, 2018, https://www.ugr.es/~redce/REDCE30/articulos/02_F_BALAGUER.htm (2019/02/14).

⁶⁰ Assim, R. Sanchez Ferriz, "conceitos clássicos de liberdade de informação: redefinição e impacto das TIC" em AA.VV. Liberdade de expressão e informação na Internet e redes sociais: exercício, ameaças e garantias, Servei de Publicacions da Universidade de Valencia, Valencia, 2011, pp. 36f. (Especialmente pp. 42 e 43).

⁶¹ Vid. C. Pauner Chulvi, "As falsas campanhas de informação e desinformação como novas ameaças à segurança", em AA.VV. Segurança e direitos. análise de ameaças, avaliação das respostas e avaliação do impacto dos direitos fundamentais, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 393 e segs.

garantir o seu efetivo potencial (como é o princípio da neutralidade)⁶² mas novas formas de educação e civilidade com que enfrentar de maneira crítica, proveitosa e responsável os vigentes e futuras mudanças tecnológicas; um progresso que vai colocar em xeque o próprio Direito Constitucional (tanto nacional como multinível) ao se tornar o novo grande vórtice do conflito, dependendo se uns e outros participam ou não do mesmo (de suas vantagens ou de suas desvantagens)⁶³; Portanto, se não um elemento mais de crise para o constitucionalismo, a tecnologia (especialmente a informática) sim que será um grande desafio para o Direito constitucional (e sua dimensão multinível, é claro) que, se não for resolvido corretamente, pode resultar em fator fatal da crise.

Mas nem todas as razões da crise do Direito constitucional multinível são externas a ele, porque também em seu seio cabe perceber como certas deficiências tornaram-se chave para sua crise por não resolver adequadamente a tensão entre elas e suas potencialidades. E é que estando cientes da natureza fundamentalmente processual desse direito, uma vez que em constante desenvolvimento e evolução comunicativa e comunitária (mas sem chegar a último corolário algum, porque a estrada é a sua própria meta), não se adequou suficientemente seu progresso em intensidade, conteúdos e tempos às necessidades e aceleração que supõe e reivindica a globalização; ou o que é o mesmo, o caráter informal e dinâmico que tem enfatizado a sua eficácia na ordem global, que acabou se tornando em complexidade e freio a seu desenvolvimento. Assim, e especificando no espaço europeu e além do tempo perdido depois do fiasco do Tratado Constitucional e o posterior Tratado de Lisboa (como mencionado), como do fracasso da União Europeia em sua gestão das crises econômica⁶⁴ e humanitária (em imigração e refugiados)⁶⁵, a recusa de ratificar por enquanto, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (na esteira do Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 18 de Dezembro de 2014, e sobre o art. 6.2 do Tratado

⁶² JF SÁNCHEZ Barrilao, "About" YouTube "e neutralidade da rede" em AA.VV. Desafios da protecção da criança na sociedade digital: Internet, redes sociais e comunicação, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 195 e segs.

⁶³ JF SÁNCHEZ Barrilao novamente, mas agora "Os fundamentos do 'progresso computador" na União Europeia", Journal of Law política não. 98, 2017, pp. 335 e segs.

⁶⁴ Pe, AJ MENENDEZ MENENDEZ, a crise econômica para a crise constitucional na União Europeia, Eolas Ediciones, Leon de 2012.

⁶⁵ Assim, P. Collier, "Europa e refugiados: beirando a tragédia farsa" A. Pradera (. Trad), Em AA.VV. A crise na Europa, Alianza Editorial, Madrid, 2018, pp. 331 e segs.

da União Europeia)⁶⁶ pôs em evidência como a partir de um dos planos de ordenamento jurídico mais inclinados, precisamente, à referida concepção composta e multinível⁶⁷, também se mostra essa referida neo-concepção constitucional soberanista com a qual procurar conter o auto-controle do Direito interno (neste caso, o Direito Europeu) frente ao outro ou externo (agora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, especialmente a interpretação e garantia oferecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos)⁶⁸. Se a União Europeia significou, por anos (e ainda formalmente), um trampolim com o qual esquivar constitucionalmente a globalização através de uma progressiva assunção do poder (enquanto as soberanias estatais e sua constitucionalização normativa se diluíam), quando ela limitou e compartilhou esse novo grande poder pareceu recuar no sentido de uma necessária garantia do exercício e controle de tal poder supra-estatal em permanente estado de construção (como no passado aconteceu com relação à própria formação dos Estados)⁶⁹; mas isso, é claro, ao preço de renunciar a muitos paradigmas sobre os que, a partir do Direito Constitucional multinível, vinha sendo justificada a limitação dos Direitos nacionais à sombra da globalização, e sua posterior abertura dos ordenamentos⁷⁰. Certamente uma contradição muito interessante, ao ficar evidente a falta de pretensões de abertura do Direito europeu a outras manifestações de ordenamentos jurídicos.

Finalmente, não se deve esquecer a incapacidade mostrada, ao amparo de tão difusa concepção do Direito constitucional multinível, para resolver problemas de eminente relevância, projeção e responsabilidade global, como é agora, e, por exemplo, as alterações climáticas e o desaparecimento, inclusive, de Estados, como resultado da

⁶⁶ Entre outros: J. Martin e Pérez de Nanclares, "O TJUE perde seu caminho no Parecer 2/13: ainda vale a adesão da UE à CEDH", *Law Journal of European Community* não. 25, 2015, pp. 825 ss.; ou M. Azpitarte SÁNCHEZ, "Os direitos fundamentais da União em busca de um novo equilíbrio," *Spanish Journal of Direito Constitucional* no. 104, 2015, pp. 243 e segs.

⁶⁷ Não surpreendentemente, hoje nos lembramos da construção complexa, enquanto composta e de vários níveis ordinamentais em comunicação, direitos fundamentais do direito constitucional europeu; sobre tal construção, é claro, F. Balaguer Callejón, "constitucionalismo multinível e dos direitos fundamentais na União Europeia", em AA.VV. *Estudos em homenagem ao Professor Gregorio Peces-Barba, II*, Dykinson, Madrid, 2008, pp. 133 e segs.

⁶⁸ Novamente J. Martin e Pérez de Nanclares, mas agora "O TJUE como ator de constitucionalidade no espaço jurídico europeu: a importância do diálogo judicial justo com os tribunais constitucionais e da CEDH" *Teoria da Constituição e Realidade*, não. 39, 2017, em especial pp. 262 e segs.

⁶⁹ A partir desta perspectiva, vid. JL REQUEJO páginas, *sonho constitucional*, KRK Ediciones, Oviedo de 2016.

⁷⁰ Para este fim, o interesse, Walter C., "As consequências da globalização para o debate constitucional europeu", I. Gutiérrez Gutiérrez (trad.), em AA.VV. *Constitucionalização da comunidade internacional ... cit.*, Pp. 173 e segs.

elevação do nível do mar (exemplo, República das Maldivas)⁷¹. E é que os novos desafios da sociedade de risco, tecnificada e global, exige novos paradigmas, objetivos e funções para o Direito constitucional, de modo que seja capaz de garantir, pelo menos, a própria existência humana; se isso não for assim, não os direitos humanos, mas a mesma dignidade humana (como o direito a ter direitos)⁷², acabam por reduzir-se a meros privilégios e com isso, novamente, a assunção de um Direito constitucional mais aristocrático do que pluralista e igualitário, frente ao modelo pretensamente emancipatório do século passado.

V. Considerações finais

Sem pretender esgotar o assunto, nestas páginas tentamos apresentar alguns dos elementos que podem significar hoje a crise do Direito constitucional multinível; e isto, especialmente como pressuposto de uma revisão crítica⁷³ de uma concepção constitucional (multinível) com a qual, sem ser totalmente partilhada, permitiu certa aproximação à complexa e composta realidade jurídica que significa a globalização nestes últimos anos. E é que, a um sistema não cabe exigir propostas estranhas ao mesmo, mas é possível sim esperar aquilo que o caracteriza e identifica, de forma que, de não ocorrer, é quando podemos dizer que o referido sistema teria entrado, pelo menos, em crise.

As propostas de retornar assim a um Direito constitucional nacional e estadista, soberanista inclusive, que começam a ser observadas em Direito comparado, especialmente na Europa, expressam não só uma compreensão menos aberta, comunicativa e cooperativa do Direito constitucional, mas, e, finalmente, um Direito resguardado de potenciais controles ou restrições externas, como hoje supõem, por exemplo (e precisamente), os direitos humanos e suas garantias em nível internacional. Assim, cabe reconhecer certa crise do Direito constitucional multinível posto que em retrocesso formal e substantivo a respeito das necessidades que da globalização resultariam para o constitucionalismo hoje, enquanto (ainda) limitação

⁷¹ Cf. S. PARK, "A mudança climática eo risco de apatridia: a situação dos Estados-ilhas baixas." Política de Proteção e Assessoria Jurídica (Research Series), Divisão de Protecção Internacional (ACNUR), 2011 (PPLA / 2011 / 04).

⁷² Pe, S. RODOTÀ, o direito a ter direitos, JM Revuelta Lopez (trad.), Trotta, Madrid de 2014.

⁷³ Claro, C. DE Martim, "Proposta de constitucionalismo crítica", em AA.VV. constitucionalismo crítica: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 25-35.

do poder em proteção e promoção da pessoa (em seus direitos e liberdades); qualquer outra consideração suporia desligar o Direito Constitucional da garantia de liberdade e dignidade frente ao poder, posto que elemento ou conteúdo mínimo e característico ainda daquele, e com isso, o seu esvaziamento de sentido.

11. A SITUAÇÃO DA FRANÇA FRENTE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-11>

Stéphane Pinon²

“Nós, civilizações, agora sabemos que somos mortais” (Paul Valéry, *La crisis del espíritu*, 1919).

Em 4 de outubro de 2018, a Quinta República Francesa comemorou sessenta anos, sessenta anos de estabilidade política, estabilidade institucional. Sessenta anos de uma ordem constitucional da pirâmide, dominada pelo Presidente da República. Observadores estrangeiros costumam falar de um regime “semi-presidencial”, mas na doutrina francesa é preferível usar a fórmula de Guy Carcassonne: “um regime parlamentar de liderança presidencial”³.

Apenas duas vezes a República teve medo: em maio de 1968 e em dezembro de 2018, quando eclodiu uma atmosfera insurrecional que dura vários meses. Nesta ocasião, Emmanuel Macron enfrentou um novo tipo de contra-poder, um “contra-poder social” simbolizado pelos “coletes amarelos” (les “gilets jaunes”). Foi isso que fez o Poder tremer de medo, especialmente no dia da pilhagem do Arco do Triunfo, na famosa avenida dos *Champs Elysées*.

É um movimento sem precedentes na história, sem chefe; em seu começo sem orientação ideológica concreta⁴. Trata-se de uma revolta espontânea da classe média empobrecida, apoiada pelas redes sociais, como o “Facebook”. As reivindicações foram diversas e evoluíram ao longo das semanas: reivindicações salariais, fiscais e econômicas. Mas aqueles de natureza constitucional têm sido constantes. Os “coletes amarelos” gritaram “olhe para nós, estamos aqui, existimos”, “escute-nos”, “os eleitos vivem em outro mundo, eles não nos representam”... e andaram na rua com faixas que indicavam três letras: “RIC”, o Referendo da Iniciativa Cidadã. O mecanismo não

¹ Traduzido do espanhol por Sérgio Gillet

² Professor titular de direito constitucional, Cercop de Montpellier

³ G. Caracassonne, *Le Monde*, 22 jul. 2008.

⁴ Após a dignidade das reivindicações durante a primeira onda “gilets jaunes” (novembro de 2018 - janeiro de 2019), o movimento afundou na lama de extremismos.

existe na Constituição, apesar das pesquisas mostrarem que os franceses apoiam a reforma. No momento do sucesso das siglas na língua constitucional francesa – veja o famoso “QPC” (questão prioritária da constitucionalidade) - não foi o “RAC” (o recurso de proteção constitucional) que obteve sucesso nas manifestações, mas o “RIC”. Que símbolo!

Por fim, os “coletes amarelos” expressam uma vontade imoderada de participar diretamente das decisões e de ser representado de maneira diferente. São os pilares tradicionais da “democracia representativa” que são criticados. O movimento mostra os novos “desafios” que as democracias enfrentarão durante o século XXI. Pode-se lamentar, mas a tendência parece irreversível. Analisando as deficiências do constitucionalismo francês, do sistema institucional da União Europeia e, depois de todo o “constitucionalismo multinível”, pode-se dizer que, em alguns aspectos, suas reivindicações estão corretas. De fato, acredito que o “constitucionalismo multinível”, com a União Europeia em primeiro plano, segue um caminho que a condena. O caminho seguido condena esta maravilhosa idéia de paz e integração em direção a um objetivo federalista, uma vez que a União foi logo desnaturada. Numerosos índices provam isso: o primado da economia, a onipotência de especialistas de todos os tipos, a onipotência dos juízes, do Banco Central Europeu, da “comitologia”... Em suma, o projeto europeu se encaminha para um horizonte que não é “democracia”.

Não é fácil dar uma definição precisa de democracia, que é um conceito evolutivo e atravessado por contradições. No entanto, sabemos o que não é democracia: uma teocracia, uma monocracia ou uma oligarquia. Hoje, na realidade, a União Europeia é cada vez mais como uma oligarquia. Alexandre Viala prefere o termo “epistocracia”, que significa uma maneira de governar dominada pelos sábios, os mais competentes⁵. Em vez de realizar o sonho de Platão de um governo de filósofos, a epistocracia prefere o poder de altos funcionários, especialistas em finanças, tributação, direito, competitividade, poder de especialistas altamente qualificados. Colocando suas ações sob uma objetividade quase científica, os sábios tentam impor uma visão única do mundo. O debate ideológico e a pluralidade de orientações políticas desaparecem.

⁵ A. Viala, *Le Monde*, 19 oct. 2017. Ver também A. Viala (dir.), *Demain l'épistocratie ?* (Actes du Colloque de Montpellier, 7-8 déc. 2017), Ed. Mare et Martin, 2019.

Quais são as consequências dessa deriva? Em primeiro lugar, são os direitos “políticos” fundamentais do cidadão, dos povos, que desaparecem, ou seja, o direito de escolher o destino da comunidade, de participar diretamente da decisão política e de se sentir representado. Observando os regimes ocidentais, a deriva oligárquica parece amplamente compartilhada. Manifesta-se de duas maneiras: através da subordinação da democracia ao conceito de Estado de Direito (I), também através de uma visão arcaica de instituições representativas no constitucionalismo multinível (II).

I. A subordinação da “democracia” ao conceito de “estado de direito”

A revolta dos “coletes amarelos” expressa um forte ressentimento, um desejo de vingança. A vingança da França periférica sobre a França ► cidadã (ou urbana?); a vingança da história nacional sobre os beneficiários da globalização; dos poucos graduados em elites; a vingança da força eufórica da multidão, facilmente mobilizada com o “smartphone”, sobre a sociedade individualista. Encontramos uma versão modernizada de *A Rebelião das Massas*, de José Ortega y Gasset (1930). Traduzido para o vocabulário constitucional, é também, indiretamente, a vingança da *política* sobre o *direito*.

1. A perda de “equilíbrio” dentro do direito constitucional

Na origem do direito constitucional situa-se o princípio do “equilíbrio”, que é a pedra angular deste sujeito jurídico muito especial. Verificamos isso olhando primeiro a Constituição dos Estados Unidos com o sistema de “*checks and balances*”. A grande Declaração francesa de 1789 oferece outro exemplo de equilíbrio entre o voluntarismo legislativo e os direitos “naturais e inalienáveis” do Homem. Maurice Hauriou a teorizou: equilíbrio entre “constituição social” e “constituição política”, entre ordem e liberdade, entre os direitos do indivíduo e os direitos da sociedade⁶. A ideia deve ser perpetuada: equilíbrio entre a vontade das instituições eleitas e o controle dos juízes, entre a soberania popular e a separação de poderes, entre o poder da maioria e os direitos das minorias, entre a democracia (em seu sentido etimológico) e liberalismo. Em relação ao liberalismo, ele entrou no discurso jurídico, após a Segunda Guerra

⁶ M. Hauriou, *Principes de droit public*, Ed. Sirey, 1910.

Mundial, através do conceito de Estado de Direito, que lhe permitiu usufruir de uma ferramenta relevante para modernização e reabilitação. Mas o que é observado no “constitucionalismo multinível”? Que o Estado de Direito ocupou todo o espaço para esmagar o conceito de democracia ou transformá-lo em um conceito secundário. É assim que o equilíbrio é revertido⁷.

O *Estado de Direito* tornou-se a fonte de todas as legitimidades: legitimidade dos tribunais constitucionais, tribunais supranacionais, “cláusulas da eternidade” nas constituições, da reescrita do catálogo de direitos fundamentais por jurisprudência, legitimidade das constituições quase “concedidas” pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos e pela Comissão de Veneza. Por um movimento pendular, a suspeita recaiu sobre tudo o que pertencia ao outro campo: o poder constituinte do povo, os vários mecanismos de participação direta, como o referendo, a iniciativa popular, sobre a lei votada pelos parlamentares. A suspeita recaiu também sobre os deputados, os partidos políticos que têm a obrigação de se submeter à nova “ditadura orwelliana” de transparência. O equilíbrio entre o *Estado de Direito e a democracia majoritária* foi revertido até que a antiga tradição do “antiparlamentarismo” fosse restaurada, esquecendo que Hans Kelsen, a referência absoluta em toda reflexão sobre o Estado de Direito, defendia a necessidade de um “estado de partes” (*Parteinstaat*)⁸. De jeito nenhum que queremos “*faire le procès*” direitos humanos, suas evoluções ou substâncias *materiais*. É muito mais o problema do procedimento formal de criação desses direitos, devido à sua natureza demasiado oligárquica, que deve ser questionada.

2. Os perigos que resultam do desequilíbrio

Esse desequilíbrio entre a democracia majoritária e o Estado de Direito envolve um duplo perigo: a ciência e a política. *Científico*, Primeiro, porque existe o risco de falsidade. De fato, ninguém pode garantir que haja mais capacidade em um tribunal constitucional do que em uma assembleia parlamentar ou que as fontes de

⁷ Para mais desenvolvimentos sobre esse desequilíbrio, ver S. Pinon, « Itinéraire du couple démocratie et référendum dans l'espace européen », in *Dallo Stato all'individuo. Percorsi costituzionali*, Ed. Jovene, n°1-2/2016, pp. 209-231. Na França, encontramos nos escritos de Slobodan Milacic um verdadeiro pensamento do desequilíbrio entre democracia política e Estado de Direito.

⁸ Ver H. Kelsen, *La démocratie – sa nature, sa valeur*, 1932, rééd Dalloz, 2004, pp. 20-21.

documentação sejam menos ricas em um parlamento⁹. Essa é a ideia central defendida pelo “*popular constitutionalism*”, um movimento de contestação frente a onipotência do Poder Judiciário nos Estados Unidos. Os líderes dessa corrente acadêmica – Larry Kramer, Mark Tushnet e Robert Post¹⁰ – eles tentam reabilitar a teoria do poder constituinte do povo, totalmente negada pela última palavra dada à Suprema Corte no campo da interpretação do texto supremo. Os argumentos desenvolvidos para reduzir o escopo – ou suprimi-lo nos escritos de M. Tushnet – do “*judicial review*” são numerosos. Entre eles, encontramos a realidade exposta pela “*American legal realism*”¹¹, segundo o qual a interpretação do juiz não é um ato de “conhecimento” (de um sentido pré-estabelecido do texto), mas um ato de “vontade” (de um senso de escolha). Certamente, dada a liberdade política e ideológica do juiz, vale a pena refletir sobre sua legitimidade. Eles fazem isso, por exemplo, verificando a superioridade das deliberações dentro das câmaras. Além disso, ninguém pode garantir que a pluralidade da sociedade seja melhor refletida ► (**excluir o “que”**) nos tribunais; que a idade média dos juízes, a natureza de suas formações ou sua extração sociológica permite sentir melhor as necessidades das minorias. E não falamos de clientelismo ou de estratégias políticas dos próprios juízes ou de quem eles os promovem ou nomeiam (ver a esse respeito a recente nomeação de Neil Gorsuch e Brett Kavanaugh na Suprema Corte dos Estados Unidos).

Um dos problemas reside na interpretação de normas ambíguas, escritas em termos imprecisos ou na forma de princípios - numerosos nos textos constitucionais - e que têm um alcance social importante. Jeremy Waldron, professor da Universidade de Nova York, se pergunta: *Como explicar que uma sentença adotada pela maioria dos juízes (quatro ou cinco) é menos crítica do que uma decisão apoiada pela maioria*

⁹ É uma das teses defendidas por Paul Yowell: Yowell P., *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, Hart Publishing, London, 2018. Hunt M., Hooper H., Yowell P. (dir.), *Parliaments and Human Rights. Redressing the Democratic Deficit*, Hart Publishing, London, 2015.

¹⁰ Ver Kramer L., *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford University Press, 2004 ; Tushnet M., *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton University Press, 1999 ; Post R. C. y Siegel R. B., « Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy », 92 *California Law Review*, 1027, 2004. Todos esses textos tratam da restituição do poder constituinte ao povo.

¹¹ É um movimento nascido no início do século XX em reação tanto à « *Formalism school* » quanto ao ativismo conservador da Corte Lochner (1897-1937). Não se considera que hoje, nas universidades estadunidenses, todos os constitucionalistas compartilhem a tese do “realismo”. Mas naquela época, os precursores eram Oliver Holmes ou John Gray. Michel Troper apresenta a teoria realista na doutrina francesa.

*no parlamento?*¹² Nos Estados Unidos, faz mais de um século que o debate sobre a legitimidade de “*constitutional review*” está aberto; todavia, é um “*elemento estrutural*” do constitucionalismo americano¹³. O contrário é verdadeiro na França, dado que na onipotência dos juízes supranacionais (TJUE e, sobretudo, CEDH), prevalecem a idolatria ou a demissão. Nesse ambiente de mudanças generalizadas, fingir “radicalizar a democracia” afirmando tanto a futilidade do referendo (em todas as suas formas) quanto a necessidade de acentuar a influência de instituições jurisdicionais (o juiz constitucional, em primeiro lugar) equivale a colocar contra o fluxo da história¹⁴.

Mas há também um perigo político. Porque, politicamente, não é admissível responder ao progresso da integração europeia, mesmo com argumentos moderados. Durante muito tempo, na mídia, no círculo de apoiadores da integração, o discurso dominante foi que esse progresso era uma evidência científica objetiva. Entre os céticos espalham o medo de serem colocados do lado do populismo, do lado sombrio da História; enquanto os “patriotas europeus” viviam “com a falsa ilusão de uma Europa necessária, inscrita na natureza das coisas, que seriam construídas sem nós ainda que nada fizéssemos, porque a história estava do seu lado”¹⁵. Mas isso não é democracia. Requer debates, confrontos ideológicos, pluralidade de opções políticas. Finalmente, o que está por trás da primazia do *Estado de Direito* e dos especialistas? É a desvalorização indireta do sufrágio universal e da soberania popular, que pode levar à ira de uma parte dos cidadãos, que pode levar à votação de Donald Trump ou Viktor Orban. Afinal, qual é o conceito de “democracia iliberal” defendido na Hungria, Polônia, República Tcheca, mas um conceito radicalmente contrário ao “Estado de Direito”. Em outras palavras, seu crescimento pode parecer uma maneira – muito perigosa – de restaurar o equilíbrio entre o *direito* e a *democracia*.

É certo que os responsáveis pela atual crise do “constitucionalismo multinível” são numerosos. Podemos citar a Comissão de Barroso, a força do egoísmo nacional nos

¹² Ver J. Waldron, *Political Political Theory*, Cambridge, Harvard University Press, 2016 (sobre todo o capítulo 10, pp. 246-273). Também, J. Waldron, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, 2007. Sobre o papel fundamental dos parlamentos na proteção de direitos, ver também os escritos de Gerald N. Rosenberg, Richard Bellamy ou Adrian Vermeule. Para um estudo de alta qualidade, G. Tusseau, « Enfrentar al panjudicialismo epistémico : la escatomización de formas políticas de control de constitucionalidad », *Parlamento y Constitución*, Anuario n°18-2017, pp. 9-53.

¹³ I. Fassassi, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux Etats-Unis*, Dalloz, 2017, p. 666.

¹⁴ Ver D. Rousseau, *Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, Seuil, 2015.

¹⁵ «La Casa Europea, en llamas », manifesto dirigido por Bernard-Henri Lévy, *El País*, 27 ene. 2019.

Conselhos, a rejeição da Comunidade Europeia de Defesa pelos deputados franceses em 1954 (o “crime de 30 de maio”), o Banco Central europeu... Também deve mencionar a presença de outra pessoa responsável, muitas vezes esquecida: as Cortes supranacionais. O professor Olivier Beaud diz desta maneira: “Os especialistas em direito europeu são frequentemente militantes da integração, que carecem de uma visão crítica sobre a ação dos juízes europeus”¹⁶. A revolução ocorreu em 1964, quando o Tribunal de Justiça da União Europeia, na jurisprudência *Costa c./ENEL*, falou de uma “nova ordem jurídica”, destacada no direito internacional clássico; quando os juízes luxemburgueses decidiram construir um direito constitucional supranacional de um tipo específico, um direito constitucional “econômico”. Foi o triunfo do “ordoliberalismo”¹⁷.

3. Jurisdições supranacionais e a ameaça de “governo dos juízes”

É necessário não chamar de erros: não se trata mais de negar o papel dos tribunais supranacionais (TJUE e CEDH) no campo dos direitos. Foi de grande riqueza. Permitiram a proteção efetiva das minorias, a luta contra todas as formas de discriminação, o fortalecimento do direito a um remédio eficaz ou o direito a um processo equitativo... Mas os juízes ainda são mulheres e homens, com suas paixões, suas próprias culturas, suas fraquezas, e eles não podem escapar das lições de Montesquieu: “*É uma experiência eterna que todo homem que tem poder se sente inclinado a abusar dele, indo tão longe quanto ele encontra limites*” (*Do Espírito das Leis*, livro XI, capítulo IV). Permanecer um “poder” sem vigilância, sem o controle de um espaço público real para discussão, sem o contrapeso do poder “político”, sem a supervisão da “opinião pública”, é expor-se à onipotência e ao surgimento de um “governo dos juízes”. É o que acontece na Europa agora. Mas a história das últimas décadas ensina que a salvação da civilização e da democracia não virá dos juízes.

¹⁶ O. Beaud, « Démocratie européenne : les raisons de la défiance » (entretien avec Dieter Grimm), *Esprit*, n° 416, juillet 2015, p. 86. Sabemos que a “crítica” é o coração da nossa atividade científica; permite evitar a “sonolência do conhecimento” de acordo com a fórmula do filósofo Gaston Bachelard (*La formación del espíritu científico*, 1938); porque a experiência científica é “uma experiência que contradiz a experiência comum”.

¹⁷ Para mais detalhes F. Martucci, « Pouvoir constituant et marché dans le système constitutionnellement intégré de l’Union européenne », in F. Balaguer Callejón, A. Viala, S. Pinon (dir.), *Le pouvoir constituant au XXI^e siècle*, Editions Institut Universitaire Varenne, coll. Colloques et Essais, 2017, p. 72.

“*Court and Judicial review are false gods*” disse Mark Tushnet¹⁸. Existem numerosas jurisprudências (*Handelsgesellschaft, Foto-Frost, Aziz Melki, Stefano Melloni...*), numerosos exemplos de desvios para a hegemonia dos juízes supranacionais. Do lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o famoso conceito de “consenso europeu” (também usado pela Comissão de Veneza) oferece outra ilustração do “custo democrático” de tal domínio¹⁹.

Como o Tribunal estabeleceu repetidamente, a Convenção Européia de Direitos Humanos é um “instrumento vivo” de interpretação. O conceito de “consenso europeu” gira em torno dessa lógica; refere-se ao nível de uniformidade existente nos marcos legais dos Estados membros do Conselho da Europa sobre um assunto específico. O Tribunal usa tanto para justificar uma ampla “margem de apreciação” concedida aos Estados na ausência de consenso (reprodução assistida, aborto, adoção por exemplo) quanto para impor “novos padrões” nos casos em que exista uma tendência clara na maioria dos Estados-Membros (igualdade de crianças nascidas fora do casamento, objeções de consciência, por exemplo)²⁰. No entanto, existem elementos absurdos nesse tipo de raciocínio; elementos que podem energizar a “democracia ilegal” incentivada por Viktor Orbán.

O absurdo, em primeiro lugar, resulta da negação do que é uma constituição nacional: um “contrato social” entre gerações, o reflexo de sua própria história, o código moral e cultural de um povo. Afinal, uma constituição é o reflexo de um “consenso interno”. Obviamente, como explicar à maioria dos cidadãos que esse “consenso interno” não vale ...? Não é válido se for estabelecido um “consenso europeu”? O absurdo, em segundo lugar, resulta do aspecto aleatório e instável de um “consenso europeu”. Pode ser condicionada por várias “razões específicas”: razões conjunturais, como a mudança de ordem constitucional em alguns Estados, como uma alteração política radical, como a chegada simultânea de partidos extremistas ao poder, como simplesmente a nova orientação ideológica do sufrágio universal. Uma hipótese: se a ultra-direita aderiu ao poder na maioria dos Estados-Membros, com a adoção de legislações radicalmente diferentes no âmbito da família, dos valores

¹⁸ M. Tushnet, “Democracy Versus Judicial Review : is it Time to Amend the Constitution ?”, *Dissent*, 52(2), mars 2015.

¹⁹ Sobre este tema, ver E. Gill-Pedro, *EU Law, Fundamental Rights and National Democracy*, Routledge, 2018.

²⁰ Para um estudo muito rico sobre a relação entre a CEDH e um Estado, ver E. Guillén López, “Ejecutar en España las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Una perspectiva de Derecho constitucional europeo”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n°42-2018, pp. 335-370.

religiosos, do casamento, em consequência do surgimento de um novo tipo de “consenso europeu”, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ainda concordaria em se referir a esse conceito? Terceiro, com o “consenso europeu”, o absurdo resulta da negação dos próprios princípios que animam a história do Conselho da Europa: pluralismo, respeito por todas as minorias culturais, sociais e étnicas diante da tirania majoritária. Finalmente, o respeito pelas minorias... exceto as minorias constitucionais.

Alguns autores pensam que é esse tipo de negação arbitrária, de desprezo ao “consenso interno” dos Estados por uma oligarquia de juízes que contribui para alimentar o “isolamento nacionalista”²¹. Porque as opiniões amordaçadas, desprezadas pelo círculo de especialistas, pela primazia do “diálogo” dos juízes sobre o poder constituinte do povo, podem ser transformadas em opiniões radicais, violentas e anti-sistêmicas. No início desta grande reflexão sobre o “direito constitucional europeu”, não pude dominar a idéia do desequilíbrio entre a garantia jurisdicional de direitos e a democracia eletiva, entre a CEDH e as demais jurisdições; a perspectiva atual de um falso “diálogo” que está se aproximando, na realidade, de uma competição estratégica ou de um “monólogo” não pôde ser abordada. Na doutrina majoritária, o “diálogo dos juízes” tornou-se uma reflexão intelectual, preguiçosa, que contribui para neutralizar o espírito crítico. É “uma fortaleza que deve ser demolida ou reconstruída”²².

O direito constitucional nacional, em muitos países, e sobretudo o direito constitucional europeu, tornou-se um direito de desconfiança, de “garantia” e, é claro, perdeu o caráter de “empoderamento”: possibilitando o debate político, a participação cidadã, afinal, a integração do pluralismo social. O dogma representativo triunfa com juízes erguidos como novos guias da vontade geral, moralidade e felicidade coletiva. A sacralização do Poder Judiciário assume o aspecto de uma ideologia. A “revolução

²¹ V. Zorkin, “La Convention européenne des droits de l’homme et les problèmes de sa mise en oeuvre”, *Constitutions. Revue de droit constitutionnel appliqué*, n°3-2016, pp. 371-383. Também, B. Mathieu, *Justice et politique : la déchirure?* Éd. Lextenso, coll. Forum, 2015.

²² P.-Y. Monjal, « Dialogue », in *Abécédaire du droit de l’Union Européenne. En l’honneur de Catherine Flaesch-Mougïn*, Presses Universitaires de Rennes, 2017, p. 148. Para outros trabalhos desmistificando o “diálogo dos juízes”, ver P.-Y. Monjal, P. Jan, Ch. Geslot (dir.), *La concurrence des juges en Europe : le dialogue des juges en question(s)*, éd. Clément Juglar, 2018. Kavanagh A., « The Lure and the Limits of Dialogue », *University of Toronto LJ*, Vol. 66, 2016, pp. 83-120 ; G. de Vergottini, *Au-delà du dialogue entre les cours. Juges, droit étranger, comparaison*, Dalloz, coll. Rivages du droit, 2013 ; Law D., Chang W., « The limits of global judicial dialogue », *Washington Law Review*, vol. 86, 2011. pp. 523-577.

digital” derrubará essas antigas crenças, que irão sublinhar o arcaísmo das instituições representativas no constitucionalismo multinível.

II. A visão arcaica das instituições representativas no constitucionalismo multinível

À maneira de uma maré crescente que inunda todos os portos, todos os estuários, a *revolução da sociedade digital* poderia, muito em breve, invadir todos os ramos do direito constitucional. Com brutalidade, os “coletes amarelos” são a expressão dos primeiros choques de uma imagem conceitual agonizante.

1. A tortuosa história da democracia

Toda a história da “democracia”, desde a era ateniense, é a história de uma adaptação e uma evolução. Primeiro, era necessário livrar-se das estruturas escravistas originais, quando a disponibilidade dos cidadãos era alcançada às custas da servidão de outros. Segundo, encontramos o desafio do sufrágio universal, da chegada das massas ao coração da vida política, o perigo da versatilidade, da paixão coletiva, o perigo da tirania das maiorias. Então, a chegada das mulheres, dos partidos políticos, dos direitos sociais, da proteção das minorias, o advento do controle constitucional, a “vitória mundial” do juiz constitucional de acordo com a expressão de Peter Häberle²³. Agora, as democracias precisam aceitar a padronização do tratamento jurisprudencial de direitos e liberdades devido ao peso de convenções internacionais e tribunais supranacionais especializados em proteção de direitos humanos. É o momento da abertura de ordens internas aos imperativos do direito internacional, do direito da União e da lógica da globalização. Quão distante parece a representação etimológica da democracia (*demos – cratos*)!

Como observado por Joseph Schumpeter (*Capitalismo, socialismo e democracia*, 1942), a leitura correta da “democracia” impõe desvalorizar a etimologia da própria palavra. O conceito de “mitologia de suas origens” deve ser refinado para confrontá-lo com o presente e a experiência histórica das instituições. Desde a Segunda Guerra Mundial, para desviar-se da suspeita autoritária, um regime deve não apenas

²³ P. Häberle, *L'Etat constitutionnel*, Economica (trad. C. Grewe), coll. Droit public positif, 2004, p. 140.

favorecer eleições livres e regulares, mas também respeitar vários requisitos: a proteção dos direitos fundamentais e das minorias, a responsabilidade política, o princípio deliberativo, a independência dos juízes etc. Afinal, um tipo de relacionamento combinado é traçado entre a *origem* do poder (sufrágio universal, mecanismos de participação direta), sua *finalidade* (proteção do catálogo de direitos, aceitação de tratados internacionais relacionados a direitos humanos, o processo equitativo) e seus *procedimentos* de exercício (responsabilidade dos governantes, comunicação constante entre a esfera social e a esfera pública, contrapeso dos órgãos de controle...) ²⁴. Três pilares das democracias contemporâneas, três raízes – duas das quais acompanhavam a mais antiga, a vontade do povo –, que se combinam, estabelecendo o novo equilíbrio do conceito. Mas a hegemonia do *Estado de Direito* – da *finalidade* do poder – causou uma quebra estrutural do equilíbrio e, é claro, a inevitável crise do modelo democrático.

2. O desafio da revolução digital

Com a sociedade digital que invade tudo, outras crises graves e inversas estão surgindo, levando a outros desequilíbrios favoráveis desta vez à origem popular do poder (participação, controle frenético...). Uma nova etapa se abre na história da democracia, quase uma “revolução”. Nesse contexto, a visão clássica do mandato representativo não pode ser mantida, o que estabelece uma distância inevitável entre os eleitores e os eleitos. Porque foi ensinado desde os tempos de Sieyès ou de Madison que apenas estes têm a capacidade de expressar a vontade geral e capturar o bem comum. Hoje, após a vigilância permanente da sociedade “conectada”, ocorre a *fusão*, transformando os eleitos em meros porta-vozes dos eleitores.

Toda a história da humanidade pode ser resumida em uma luta contra os impulsos violentos do Homem; uma luta empreendida pela educação, pelo acesso à cultura. Como lo decía Víctor Hugo: “el que abre la puerta de una escuela cierra una prisión”. Como Victor Hugo disse: “quem abre a porta de uma escola fecha uma prisão”. Utilizando o vocabulário da psicanálise, a construção da humanidade é a

²⁴ Para mais detalhes, ver S. Pinon, « La notion de *démocratie* dans la doctrine constitutionnelle française », *Revue Politeia*, n°10-2006, pp. 465-468. Também nosso estudo: « Le déficit démocratique de l'Union européenne : mais quel déficit ? », in F. Lanchester (dir.), *Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, ed. Giuffré, coll. Quaderni di Nomos, fév. 2016, pp. 537-553.

história do “eu”, canalizada pelo “superego”. O “eu” representa a instância inconsciente que contém todos os impulsos. É o pólo dos instintos primitivos de cada um, o “lugar do caos” de acordo com a fórmula de Sigmund Freud, “a chaleira cheia de emoções ferventes”, enquanto o “superego” representa padrões morais, o pólo de internalização de proibições dos pais e da sociedade. Quanto ao “eu”, trata-se do indivíduo em sua vida cotidiana, que incorpora em suas ações a presença do “superego”. Em outras palavras, o homem penetrado pela civilização.

A cultura selvagem da “internet” e das redes sociais, com a proliferação de notícias falsas, com esse fascínio mórbido por tramas, de todos os tipos, insultos, voyeurismo, teria pulverizado o “superego”, abandonando assim o indivíduo sob a influência direta e perigosa de “eu”. Da mesma forma que a descoberta da imprensa ou a chegada da eletricidade, a sociedade digital entra na história da humanidade como uma “revolução”. Está implementando uma nova cultura de hiper-narcisismo. Porque essa revolução facilita a difusão da voz de cada um, a opinião de cada um, sobre todos os assuntos, o que leva a criar a ilusão de conhecimento, de poder. É realizada uma equalização das informações, das análises, *The Death of Expertise*, de acordo com o título do livro de Tom Nichols (Oxford Univ Press, 2017). A “web”, as redes sociais projetadas na sociedade há uma década incubam os germes da barbárie. Há um ataque geral contra o conhecimento, contra as contribuições da ciência, que coincide com o crescente apoio do “populismo”²⁵.

A “revolução” da sociedade digital tem um escopo multidimensional: cultural, educacional, antropológico, econômico etc. Há também conseqüências institucionais indiretas por meio de uma nova vontade imoderada de participar, monitorar e assediar representantes. As redes sociais reduzem cada vez mais a distância entre os que estão no poder e os outros, o que sem dúvida nenhuma condenação a curto prazo das estruturas clássicas da democracia representativa. Portanto, é necessário imaginar novos mecanismos de participação direta e outros modos de representação. Na história muito rica e imprevisível da “democracia”, ocorreu o advento do “povo eleitor” (com sufrágio universal, partidos políticos, voto das mulheres), depois, o advento das “pessoas sociais” (com direito a greve, sindicatos, Estado de direito social, exigência de “diálogo social” durante a elaboração da lei ...), hoje a chegada dos “digitalizados por

²⁵ L. Cohen Tanugi, *Résistances : la démocratie à l'épreuve*, éditions de l'observatoire, 2017, p. 52.

peças” (com internet e novas redes de comunicações), logo se observa o “aumento das peças” por inteligência artificial.

Por mais de uma década, em seus escritos, Francisco Balaguer Callejón incentiva a atravessar fronteiras nacionais para entender as evoluções do “direito constitucional”, atravessado por uma nova realidade: a interseção de ordens legais. Com efeito, manter uma visão “*stato-centrada*” constitucional equivale a adotar uma visão amputada do sujeito. Pensar a “democracia” implica a mesma lógica. Consequentemente, o *constitucionalismo multinível* deve combinar-se naturalmente com a *democracia multinível*, conquistando verdadeiros direitos “políticos” ao nível da União. Mas a União Europeia está atualmente sofrendo uma série de crises coagulantes: econômica, institucional, de identidade, crise moral com o problema dos migrantes. A restauração da União exigirá um esforço de imaginação, em todos os campos, inclusive no direito.

3. Inventar um novo direito constitucional multinível

Os novos desafios do direito constitucional na França – abrir instituições para direcionar a participação cidadã, mudar o modo de representação – também são desafios para o direito constitucional multinível.

Ao observar o quadro institucional da União, destacam-se três aberrações. A primeira reside na desvalorização do Parlamento Europeu na nova “governança econômica”, instalada desde 2008. Mais e mais doses de “agências” especializadas, promovidas pela Comissão Europeia, de vários mecanismos de controle (MEDE, MUS, PDM...), e cada vez menos representantes eleitos. É outro exemplo da “epistocracia” que mergulha o futuro da integração. O segundo assume a forma de um anacronismo, aceitável no tempo de Jean Monnet, mas que hoje se torna insuportável. Eu quero falar sobre a fórmula do artigo 17 TUE: “*A Comissão promove o interesse geral da União...*”. É o símbolo perfeito de uma visão elitista ou aristocrática do poder, um tributo às teses liberais do século XIX, segundo as quais apenas representantes têm acesso à “razão”. Nesta tradição, o único objetivo das eleições era selecionar os mais esclarecidos, os mais capazes de expressar, com total independência, a vontade geral. Era a época do triunfo do “governo representativo”, apresentado nos escritos de Adhémar Esmein como um tipo de regime superior e preferível ao “governo democrático”.

Una redacción más abierta del artículo 17 debería también amparar una ampliación de los titulares de la iniciativa de los actos legislativos que incluyera, por ejemplo, a los grupos del Parlamento europeo o una minoría de los parlamentos, ao Comité Económico e Social Europeu, ao Comité das Regiões Europeu, bem como a uma iniciativa cidadã real. De facto, o procedimento atual previsto no artigo 11.4 do TUE é uma ficção da participação popular que mais uma vez dá origem ao papel central da Comissão neste campo. A terceira aberração está localizada ao lado do Tribunal de Justiça da União. Segue tendo status de instituição secundária - com a nomeação de seus membros confiscados pelos governos nacionais - e ainda é uma chave para a história da integração. Nos Estados Membros que praticam o modelo “concentrado” de justiça constitucional, a presença de um padrão comum é apreciada: o voto das câmaras para escolher a totalidade dos juízes ou parte deles. A União Europeia poderia inspirar-se por este tipo de legitimidade parlamentar.

O crescimento da extrema-direita, dos partidos antieuropeus ou antissistema, destaca outra fraqueza do Tratado de Lisboa, referente à participação dos parlamentos nacionais na elaboração da legislação europeia. A idéia não figurava nos grandes projetos de estabelecimento de uma Europa federal, o plano Altiero Spinelli, por exemplo. En una redacción voluntarista (y sobre todo idealista), el artículo 12 TUE indica que “*Os Parlamentos nacionais contribuem ativamente para o bom funcionamento da União*”. Foi o período de todas as ilusões sobre o “diálogo” dos juízes. Os escritos críticos sobre os efeitos indiretos da retórica do “diálogo” ainda não haviam aparecido” – todo o contrário de uma fórmula neutra –, que inevitavelmente serve aos interesses de seus atores e à arrogância da instituição judicial. De uma ilusão para outra (ou de uma “mistificação” para outra), os editores do tratado decidiram dar o passo. Após o diálogo dos juízes, a formalização do diálogo parlamentar chegaria. Mas que coerência existe por trás desse novo modelo “dual” de expressão democrática? O Parlamento Europeu, por um lado; a diversidade de quarenta e uma câmaras nacionais por outro lado. Os riscos da competição de legitimidades e a paralisia das grandes reformas ocorreram desde o início. Na prática, a “mão invisível” que deveria iniciar uma sinergia comum capaz de neutralizar os diferentes egoísmos nacionais não aparece. O verme está no fruto, porque hoje são os parlamentos da Hungria, Polônia, República Tcheca, Itália que participam da aplicação do princípio da subsidiariedade e aqueles que devem contribuir “ativamente para o bom funcionamento da União”.

Antes do fracasso do Parlamento Europeu em sua missão de aumentar a legitimidade democrática da União, foi apostado na primeira década do século XXI por ajuda construtiva dos diferentes parlamentos dos Estados membros. Mais de dez anos depois, o diagnóstico é o mesmo, mas os remédios precisam ser alterados. Talvez a “ajuda” possa vir de outra família do parlamento, um parlamento único, que difere radicalmente de uma instituição escolhida pelo sufrágio universal. Em um período de mutação dos pilares tradicionais da democracia – não apenas no nível conceitual, mas também no nível institucional –, pode-se sentir autorizado a abandonar as reflexões do passado e dos velhos dogmas.

Foi publicado recentemente em *El País* (11 de janeiro de 2019) um artigo muito interessante do professor Agustín Ruiz Robledo, intitulado “Um Senado impossível”. Sublinha o papel na Irlanda do Senado “profissional”, apoiado pela confiança do povo (53% no referendo de 2013), que defende a seguinte ideia: A câmara alta é útil porque “personalidades independentes podem contribuir com seu próprio ponto de vista para os assuntos do estado, sem responder à lógica dos partidos”. Mas não compartilho sua conclusão ao escrever sobre a perspectiva de uma *Câmara da sociedade civil ou da pluralidade social*: “neste ponto do século 21, seria impossível procurar essa composição”. Precisamente, penso que o novo século reúne as condições para o sucesso desse tipo de câmara, nacional e talvez supranacionalmente²⁶. Claro que todavia ► esta **(ou está)** viva a memória das câmaras corporativas do sul da Europa na época do triunfo do fascismo ou salazarismo. Contudo, como Paul Valéry apontou, é necessário levar a história com mais humildade, porque “a história justifica tudo o que se quer, não ensina nada rigorosamente, pois contém tudo e dá tudo um exemplo” (*Regards sur le monde actuel*, 1931). Existem dificuldades óbvias, especialmente materiais – a identificação dos setores da sociedade a serem representados, a

²⁶ Para mais detalhes, S. Pinon, « La représentation parlementaire des groupes sociaux et des intérêts professionnels : une perspective à oublier ? », in C. M. Herrera, S. Pinon (dir.), *La démocratie entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, op. cit., pp. 115-134. Neste estudo, destaquei os escritos esquecidos de L. Duguit e P. Mendès-France para abrir um debate paralisado na França desde o fracasso do referendo de 1969, cujo objetivo era transformar o Senado em uma Câmara de interesses econômicos, sociais e territoriais; uma Câmara “*des forces vives*” da nação proclamada Charles de Gaulle. Em 2015, Dominique Rousseau contará com os mesmos autores para defender a ideia de uma Terceira Assembleia, a “Assembleia Social”, porém limitada a uma função deliberativa (*Radicaliser la démocratie, propositions pour une refondation*, op. cit., pp. 139-151). Desde sua eleição em 2017, o Presidente Macron considera a perspectiva de uma Assembleia da “sociedade civil”, que ele apresenta como um “fórum da República”.

distribuição de assentos entre eles, a questão das comunidades religiosas etc. –, mas pelo menos quatro elementos permitem hoje defender esta reforma.

Primeiro item. O fato de ser uma ideia (uma câmara de interesses sociais e econômicos) que também pertence ao debate republicano e democrático. Foi inaugurado pelos constituintes da República de Weimar – dominados pelos socialistas – tentando articular o indivíduo abstrato e o indivíduo social. Na França, professores de direito público famosos apoiaram a reforma (Léon Duguit, Marcel Prétot, Maurice Deslandres), bem como líderes políticos moderados (Charles de Gaulle, Paul Coste-Floret ou Pierre Mendès-France). Segundo elemento. O conceito de Povo mudou. A visão de um “povo de transcendência” (a herança da Revolução de 1789 desapareceu), concebido em torno da mística da união. Pelo contrário, um “povo de singularidades” é implantado, com reivindicações de identidades regionais, culturais, religiosas, linguísticas, que reivindicam o direito de representação, em sua pluralidade sociológica. Terceiro argumento. Estamos diante de uma mutação da própria representação, ilustrada pelo movimento dos “coletes amarelos”⁴. Dinamizado pela revolução da sociedade digital, é o retorno do mandato imperativo, em uma forma de “semelhança de representação” (longe da tradicional “representação a distância”). Quarto argumento. Seria a ocasião para institucionalizar e canalizar uma nova geração de contra-poder – os “contra-poderes sociais” – que não se refere aos partidos ou sindicatos tradicionais, mas à nova pluralidade que compõe a sociedade civil.

Estudar o direito constitucional multinível impõe projeção além do quadro das constituições nacionais. O Tratado de Lisboa anunciou sua intenção de favorecer o peso da “sociedade civil” (art. 11.2 TUE) em uma perspectiva democrática mais aberta. No entanto, a sociedade civil continua a agir com muita frequência de maneira oculta, através da ação de lobby. Com a presença de um órgão representativo de outro tipo – chamada, por exemplo, “*Grande Câmara do Poder do Cidadão*” – a sociedade civil teria um fórum real de discussão e deliberação, com capacidade de interferir na elaboração da legislação da União. Essa inovação institucional pode ter um impacto relevante nas opiniões públicas e modificar a visão da Europa, muitas vezes percebida como uma aventura liderada por um círculo de elites longe das realidades sociais. A partir de agora, a “Grande Câmara” poderá substituir o Conselho Econômico e Social Europeu, superando-o tanto em termos de representação (muito mais diversificado) quanto de poderes.

Por meio dessas primeiras linhas de reforma – que não são suficientes – pode ser possível impedir que o *constitucionalismo “econômico” multinível* se combine com um *“governo dos juízes” multinível*.

A “revolução” da sociedade digital ganha terreno; está às portas do direito constitucional. Novos desafios se acumulam diante de nossas antigas democracias liberais. O frenesi *participativo* pode enfraquecer o dogma *representativo*, sacudindo as sociedades de um desequilíbrio para o outro. Ao descobrir o texto da Constituição da Quinta República, durante o verão de 1958, o filósofo Jean-Paul Sartre escreveu um artigo intitulado “A Constituição do desprezo”. O texto ocupava a primeira página do famoso semanário *L’Express*. Sem uma reorientação do constitucionalismo multinível em direção a uma presença política real dos povos, corremos o risco de incentivar a denúncia de um “constitucionalismo multinível do desprezo”.

12. DIREITOS ESTATUTÁRIOS AUTÔNOMOS NO CONTEXTO DA TUTELA MULTINÍVEL¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-12>

Antonio Pérez Miras²

Resumo: 1. - Introdução. 2. - Do conteúdo dos Estatutos de autonomia. 3. - Declarações de direitos nos Estatutos de Autonomia: direitos estatutários. 4. - Rumo a uma nova esperança: o novo Estatuto de Autonomia de Canárias.

1. Introdução

A Tutela dos direitos ocupa um espaço central no constitucionalismo contemporâneo. Tradicionalmente, tem-se olhado para além das fronteiras do estado -um espaço clássico onde os direitos fundamentais exerciam a sua função limitadora do poder - para buscar e alcançar uma maior proteção da pessoa como sujeito de direitos.

No início do século XXI, as comunidades autônomas iniciaram um novo caminho no processo autônomo que resultou em uma onda de reformas estatutárias, que podemos classificar como a terceira fase do processo de autonomia³. Esta fase seria finalmente materializada pelos Estatutos da comunidade Valenciana⁴ e Catalunha⁵

¹ Este texto deriva do trabalho apresentado em 24 de janeiro de 2019, no Congresso Internacional "Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise constitucionalismo multinível" da Universidade de Granada.

² Departamento de Direito Constitucional - Universidade de Granada.

³ Para esta determinação, começamos com a implementação do processo de autonomia e a criação do mapa autônomo nos anos 80, e a subsequente generalização de competências e equiparação das Comunidades Autônomas após os pactos autônomos de 1992. Por sua vez, P. Cruz Villalón, "A reforma do Estado autônomo", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, No. 2: 2006 denomina este período como "segundo processo autônomo" por suas características especiais, entre as quais podemos destacar que é a primeira vez que se reforma os Estatutos da denominada via rápida e que é realizada sem o consenso prévio a nível nacional através de dois principais partidos políticos.

⁴ Para esta determinação, começamos com a implementação do processo de autonomia e a criação do mapa autônomo nos anos 80, e a subsequente generalização de competências e equiparação das Comunidades Autônomas após os pactos autônomos de 1992. Por sua vez, P. Cruz Villalón, "A reforma do Estado autônomo", *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, No. 2: 2006 denomina este período como "segundo processo autônomo" por suas características especiais, entre as quais podemos destacar que é a primeira vez que se reforma os Estatutos da denominada via rápida e que é realizada sem o consenso prévio a nível nacional através de dois principais partidos políticos.

⁵ Estatuto de Autonomia da Comunidade Valenciana Lei Orgânica 1/2006, de 10 de Abril. Título dedicado II (arts. 8-19) para os "direitos dos Valencianos e Valencianas".

que foram aprovados em 2006 e que serviram como guia ou paradigma, como veremos, para o conjunto de novos Estatutos de 2007⁶ e que foi encerrada com a aprovação do Estatuto da Extremadura em 2011⁷, com a famosa sentença 31/2010, sobre o Estatuto da Catalunha, e que teremos a oportunidade de analisar.

Este novo caminho foi caracterizado, entre outras coisas, pela incorporação de declarações de direitos mais ou menos extensas que buscaram avançar ao nível interno do Estado rumo a uma maior proteção dos direitos, especialmente aqueles de conteúdo mais social⁸. Assim, seria replicado a nível autônomo o sentido da tutela multinível que se projeta fora do Estado, complementando o crescente trabalho que as comunidades autônomas têm assumido na formação do Estado social que começa com a Constituição de 1978.

Em todos os Estatutos de Autonomia que foram reformados, incluíram-se, com maior ou menor intensidade, um conjunto de direitos, princípios e deveres que com maior ou menor sistematicidade, em forma de cartas, declarações ou proclamações, supõem um novo conteúdo nas normas estatutárias. No entanto, é opinião comum na doutrina o reconhecimento que, na verdade, a novidade não é tanto a inclusão desses direitos ou princípios, pois também se observam normas deste estilo na maioria dos estatutos anteriores e nos não reformados, mas precisamente na sua regulação mais ordenada, sistêmica, com mais volume e intensidade⁹; em última análise, uma

⁶ Estatuto de Autonomia da Catalunha, Lei Orgânica 6/2006, de 19 de Julho. Título I dedicado a 'direitos, deveres e princípios orientadores'. Subdivide-se em: Capítulo I 'direitos e deveres das esferas civil e social' (arts 15-28); Capítulo II 'Direitos na arena política e Administração' (arts 29-31.); Capítulo III 'dos direitos e deveres linguísticos' (artigos 32-36.); Capítulo IV 'Garantias dos direitos estatutários' (arts. 37-38) e Capítulo V 'dos princípios orientadores' (arts. 39-54).

⁷ Estatuto de Autonomia das Ilhas Baleares, Lei Orgânica 1/2007 de 28 de Fevereiro (Título II dedicado (arts 13-28) para 'direitos, deveres e liberdades dos cidadãos dos Balerars Illes'.); Estatuto de Autonomia da Andaluzia, Lei Orgânica 2/2007, de 19 de Março (Título I dedica um 'direitos sociais, direitos e políticas públicas'; por sua vez divididos em: Capítulo I do 'Disposições gerais' (arts 12. -14), Capítulo II dos 'direitos e deveres' (arts. 15-36), Capítulo III 'princípios de base da política pública' (art. 37) e o Capítulo IV das 'garantias'(arts. 38-41)); Estatuto de Autonomia de Aragão, Lei Orgânica 5/2007 de 20 de Abril (dedica 'direitos e princípios orientadores' seu Título I; por sua vez divididos em: 'direitos e deveres de Aragão e Aragão' (arts Capítulo I. 11-19) e 'princípios orientadores da política pública' Capítulo II (artigos 20-31).); Estatuto de Autonomia de Castilla y Leon, Lei Orgânica 14/2007 de 30 de Novembro (Título I dedicada dos direitos e princípios orientadores "; por sua vez divididos em: Capítulo I do 'Disposições gerais' (7- artes. 10), Capítulo II do 'direito de Castela e Leão' (arts. 11-14), 'direitos de Castela e Leão' Capítulo III (art. 15), Capítulo IV de 'princípios orientadores da política pública de Castilla y León' (art. 16) e o Capítulo V de 'garantias de direitos e princípios estatutários' (arts. 17-18)).

⁸ Estatuto de Autonomia da Extremadura, Lei Orgânica 1/2011 de 28 de Janeiro. Capítulo II dedica aos seus preliminares 'direitos, deveres e princípios orientadores' Título: art. 6 aos "direitos e deveres dos extremeños"; e arte. 7 'princípios orientadores Extremadura governo'.

⁹ V. Ferreres Comella, "Direitos, deveres e princípios no novo Estatuto de Autonomia da Catalunha", em V. Ferreres Comella, P. Biglino Campos, M. Carrillo, direitos, deveres e princípios no novo Estatuto de Autonomia da Catalunha, Madrid, Centro de Estudos políticos e Constitucionais, 2006, p. 10-11 chama a atenção da campanha política em momentos de fazer o projeto legal catalã que é passado um estatuto

regulação estruturada como autênticas cartas de direitos, declarações que lembram a parte dogmática da Constituição, proclamações de direitos mais cidadãos do que os consagrados na própria constituição, visto que ajudariam a tornar mais eficazes não só os direitos constitucionais, mas também os princípios orientadores Capítulo III do Título I CE¹⁰.

2. O conteúdo dos Estatutos de Autonomia

A primeira coisa que temos de nos perguntar é se as declarações de direitos fazem parte do conteúdo estatutário. O artigo de referência para abordar o conteúdo a ser mantido por um estatuto de autonomia é o artigo 147.2 CE, segundo o qual "os estatutos da autonomia devem conter:

- a) o nome da Comunidade que melhor corresponda à sua identidade histórica.
- b) a delimitação do seu território.
- c) o nome, a organização e a sede das suas próprias instituições autônomas.

(d) as competências assumidas no âmbito do quadro estabelecido na Constituição e a base para a transferência dos serviços correspondentes. "

Mas juntamente com este artigo, devemos ler o artigo 152.1 Parag. 1 e 2 da CE que estabelece para os Estatutos aprovados em conformidade com o artigo 151 CE um limite ou especialidade na organização institucional da Comunidade Autônoma, ou seja, ordena a existência inexorável de uma Assembleia Legislativa, um Conselho de Governo, um Presidente e um Tribunal Superior de Justiça no âmbito da unidade do poder judiciário. Este foi o modelo implementado em todos os CCAA.

No entanto, estes dois artigos não esgotam os mandatos constitucionais sobre o conteúdo dos estatutos. Portanto, podemos distinguir entre conteúdo necessário e conteúdo adicional.

O conteúdo necessário é aquele que é constitucionalmente vinculativo, um conteúdo mínimo e suficiente para estarmos na presença de um Estatuto de Autonomia.

"que fala apenas das instituições [a] um estatuto que se preocupa pessoas " com que "a mesa dos direitos, deveres e princípios aparece como um elemento-chave."

¹⁰ F. López Menudo, "Os direitos sociais nos Estatutos de Autonomia", *Revista Andaluza de Administración pública*, nº 73, 2009, p. 95 resume as diferenças entre as primeira e as novas inclusões em duas partes: "Formalmente, a natureza isolado de pessoas sujeitas a sistematicidade dos novos; em essência, a debilidade normativa daqueles preceitos, salvo os estritamente ligados aos direitos fundamentais".

O conteúdo adicional implica uma eventual eleição constitucional por parte do legislador estatutário. Sua presença não é obrigatória para o reconhecimento material de um Estatuto e sua configuração não está limitada além de não violar os termos da Constituição.

Seguindo da jurisprudência do Tribunal Constitucional no bem conhecido STC 31/2010, a Constituição apenas prescreve explicitamente como conteúdo necessário o "mínimo" do artigo 147.2 CE, bem como outras disposições relativas a mandatos constitucionais específicos, como a nomeação dos senadores autônomos nos termos do artigo 69.5 CE. Este conteúdo necessário pode ser identificado como conteúdo suficiente, mas, como recorda o tribunal, é a própria constituição que permite expressamente que os estatutos também tenham conteúdo adicional (por exemplo, bandeiras e emblemas próprios do Artigo 4.2 CE)

Posto isso, devemos ter em mente, no entanto, que, na realidade, a Constituição não determina expressamente o conteúdo possível de um estatuto de autonomia (STC 31/2010 FJ 4), uma vez que, juntamente com esse conteúdo constitucionalmente vinculativo do artigo 147.2 CE e a esse conteúdo constitucionalmente possível em virtude de disposições constitucionais expressas, cabe conteúdo implícito. O STC 247/2007 foi perguntado já em seu FJ 12 sobre a legalidade de tal índice implícito, concluindo que poderia existir sem resultar de um mandato constitucional expresso ou de uma autorização explícita do constituinte, dada a natureza especial como norma jurídica do Estatuto de Autonomia. Tal conteúdo implícito é possível porque seria um complemento adequado às funções institucional e competitiva a serem cumpridas pelos CCAA. Portanto, o conteúdo constitucionalmente legal não é esgotado pelo expresso constitucionalmente.

Em conclusão, e de acordo com a jurisprudência constitucional, juntamente com o conteúdo necessário e o conteúdo adicional explícito, também podemos agregar um conteúdo adicional implícito, para o qual iremos referir o eventual conteúdo. A Constituição não fecha, portanto, o tema do conteúdo estatutário, na tônica geral que inspira toda a organização territorial.

Qual é então a base constitucional do eventual conteúdo? O problema foi resolvido pela STC 31/2010, que justifica a existência de conteúdo eventual com base na natureza especial dos Estatutos de Autonomia. Assim, no FL 5 lemos:

"A natureza e a função constitucional dos estatutos de Autonomia determinam seu possível conteúdo. [O conteúdo implícito é] inerente à condição do estatuto como uma regra institucional básica (Art. 147,1 EC), pois isso implica em termos de autogoverno, auto-organização e identidade. Com este título podem ser integradas nos Estatutos previsões e disciplinas muito diferentes, embora sempre deixando de ser seguro, como é evidente, as reservas estabelecidas pela Constituição em favor de leis específicas ou para a disciplina de matéria orgânica não estatutária. E, dada a abertura e a flexibilidade do modelo territorial, seriam constitucionalmente admissíveis os estatutos de autonomia com um conteúdo mais amplo do que o resultante do mínimo necessário do artigo 147,2 CE."

Aqui a base do que defendemos na seção seguinte.

No campo doutrinário, essa questão tinha sido facilmente compreendida por mais tempo. Já o Prof. Solozábal¹¹, ao lidar com os diferentes tipos de regras que poderiam ser observadas em um Estatuto de Autonomia, revelou a existência de um conteúdo mais elevado do que o prescrito no artigo 147 CE. Isto identificou: verdadeiras regras prescritivas, que reconhecem direitos e obrigações; normas organizacionais relativas à reserva da CE à liberdade de propriedade das suas próprias instituições, com a determinação especial do status de parlamentar; competências participativas na organização das demarcações judiciais; normas de competência, que determinam o âmbito de ação objetiva de uma comunidade autónoma; cláusulas orientadoras, que estabelecem metas para as autoridades públicas; e, finalmente, cláusulas definidoras do regime, que o qualificam, mas não o determinam..

Na sequência deste argumento, fica claro que as declarações de direitos fariam parte desse conteúdo eventual.

3. As declarações de direitos nos Estatutos de Autonomia: os direitos legais

Acabamos de ver como o Tribunal Constitucional endossa a existência de um conteúdo eventual nos Estatutos da Autonomia. Dentro desse conteúdo possível, os

¹¹ T. De La Quadra-Salcedo Janini, "O regime jurídico dos direitos sociais estatutários. Reflexões após a STC 247/2007, de 12 de Dezembro, "Revista General de Derecho Constitucional, No. 5, 2008, p. 2 indica "que a principal novidade das reformas estatutárias seria a tentativa de converter muitos dos direitos sociais contidos em tais tabelas em direitos subjetivos reais diretamente executáveis pelos cidadãos perante os tribunais comuns."

chamados "direitos estatutários" são de particular importância. O problema surgiu no sistema espanhol após as reformas dos estatutos de Valência e Catalunha em 2006¹². Estes dois novos estatutos são paradigmáticos, não apenas pelo fato de serem os primeiros a abrir esta fase do processo autônomo¹³, mas também porque se tornaram referências para medir uma escala gradual sobre a intensidade na inclusão de declarações de direitos e princípios nos Estatutos reformados¹⁴ seguintes. Neste sentido, a Carta Catalunha é mais detalhada que a Valenciana; além disso, o texto catalão prevê um sistema de garantias de direitos que desconhece o Valenciano. Após esta dupla consideração, podemos dividir os sete estatutos que empreenderam uma reforma profunda desde 2006 em: por um lado, os de Catalunha, Andaluzia e Castilla e León; no outro extremo, os da Comunidade Valenciana, Ilhas Baleares, Aragão e Extremadura. Os primeiros são mais extensos e sistemáticos e contêm um sistema de garantias; os últimos são mais concisos e carecem de tal sistema de garantias.

A denominação "direitos estatutários" refere-se à sua origem normativa, porque eles estão incluídos nos novos Estatutos da Autonomia. Eles não supõem, e isso é importante, os direitos subjetivos. Sem dúvida, este *nomen Iuris* tem sido comumente aceito na doutrina, embora a sua aparição sistemática desde 2006 tenha causado uma controvérsia aquecida em torno de sua natureza e funções dentro do sistema constitucional de direitos¹⁵.

Para a qualificação jurídica destes direitos estatutários, é essencial considerar a jurisprudência constitucional que o Tribunal Constitucional exarou sobre estes dois estatutos. A primeira tentativa foi feita com o STC 247/2007 (Valencia), mas é apenas

¹² Solozábal JJ Echavarría, fundamentos constitucionais do Estado autônomo, Madrid, McGraw Hill, 1998, p. 144-148.

¹³ Embora ambos os estatutos tenham sido tratados na mesma época, na doutrina o catalão causou muito mais agitação que o valenciano. Podemos dizer que uma das razões, sem dúvida, foi a inclusão de uma carta ou catálogo de direitos de maneira sistemática pelo legislador estatutário catalão.

¹⁴ Para esta classificação não leva em conta os acontecimentos nos últimos anos na Catalunha e no processo soberanista porque, embora seja parte do problema territorial da Espanha, agora não afeta o modelo organizacional. É muito provável que no futuro a resolução desta questão envolva a abertura de uma nova etapa.

¹⁵ Em geral sobre as reformas estatutárias pode-se consultar: A ata do IV Congresso da Associação dos constitucionalistas de Espanha coletados em G. Ruiz-Rico (coord), *La reforma de los estatutos de autonomía*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006; além disso, JJ Solozábal. *Tiempo de Reformas. El Estado autonómico em cuestión*, Madrid, Nova Biblioteca de 2006, ou seja, p. 57-174 e p. 371-381, e mais além, "Teoría y Realidad constitucional", No. 22, de 2008; P. Cruz Villalón, op. cit. e resposta posterior feita por E. Roig Moles, "Reforma do Estado das Regiões Autônomas: Ruptura ou consolidação do modelo constitucional de 1978", *Revista d'Estudis autonòmics i federals*, No. 3, 2006; E. Álvarez Conde, reforma e estatutárias reformas constitucionais, Madrid, Iustel de 2007.

com o STC 31/2010 (Catalunha) que se tem uma posição para definir um direito estatutário¹⁶.

Ao conceito que vamos chamar de direito estatutário baseia-se na construção da jurisprudência que pudemos realizar a partir da leitura conjunta dos dois acórdãos. Assim, os direitos estatutários são mandatos, princípios e diretrizes para as autoridades públicas para configurá-los de acordo com seus poderes, sem prejudicar os direitos fundamentais da constituição ou tratados internacionais.

Como o Tribunal Constitucional se encarregou repetidamente de repetir, não é nem uma questão de desenvolvimento dos direitos fundamentais consagrados na Constituição, nem de direitos fundamentais territorializados¹⁷. Para que um enunciado

¹⁶ Especificamente sobre o assunto de direitos perante o Tribunal Constitucional iniciou sua jurisprudência: V. Ferreres, P. Biglino, M. Carrillo, op. cit.; Garrorena, "lei de água antes da reforma da Constituição e do Estatuto de Autonomia" Teoria da Constituição e Realidade, nº 18, de 2006; discussão L.M^a entre Díez-Picazo, "Podem os Estatutos de Autonomia declarar direitos, deveres e princípios?" Revista Espanhola de Direito Constitucional, No. 78, de 2006; e F. Caamaño, "Sim, eles podem (declarações de direitos e estatutos de autonomia)," Revista Espanhola de Direito Constitucional, No. 79, de 2007; com posterior réplica Díez-Picazo L.M^a, "mais uma vez sobre as declarações legais de direitos: Resposta Francisco Caamaño para" Revista Espanhola de Direito Constitucional, Nº 81, de 2007; R. Canosa Usera, "A Declaração de Direitos dos novos Estatutos de Autonomia" Teoria da Constituição e Realidade, No. 20, de 2007; e E. Exposito, "A regulamentação dos direitos dos novos estatutos de autonomia", Revista d'Estudis autonòmics i federals, No. 5, de 2007. Também em declarações de direitos nos estatutos devem ser considerados volumes coletivos F. Balaguer Callejón (dir.), L. Ortega Alvarez, G. Casa Villar, Montilla Martos JA (eds.), modificações estatutárias e declarações de direitos, Sevilla, IAAP, 2008 e M. Aparicio (ed.), Castilla e Exposito (coords.), Direitos e orientar o Estatuto de Autonomia, Barcelona, Atelier, 2008 princípios.

¹⁷ Estas declarações têm sido particularmente controversas e causaram literatura muito doutrinária, sem ser exaustivo, antes de se pronunciar sobre o Estatuto catalão. G. Fernández Ferreres, rumo a uma nova doutrina constitucional do Estado Autônomo? (Comentário sobre o STC 247/2007, de 12 de Dezembro, sobre o Estatuto de Autonomia da Comunidade Valenciana), Cizur Menor, Thomson-Cívitas, 2008; F. Balaguer Callejón, "direitos, princípios e objetivos Estatutos de Autonomia reformada", Anuário Jurídico La Rioja, No. 13, de 2008; G. Casa Villar, "Os direitos estatutários não foram levados a sério (cerca STC 247/2007, de 12 de Dezembro, sobre o Estatuto de Autonomia da Comunidade Valenciana)," Revista Espanhola de Direito Constitucional, No. 85 de 2009; R. Canosa Usera, "Preparando uma mutação constitucional. Comentar STC 247/2007, de 13 de Dezembro, "Teoria da Constituição e Realidade, No. 22, de 2008; T. De La Quadra-Salcedo Janini, op. cit., R. & E. Alvarez Tur Ausina Conde, consequências legais da sentença 31/2010, de 28 de Junho, o Tribunal Constitucional sobre o Estatuto da Catalunha. Caso perfeita liberdade, Cizur Menor, Aranzadi - Thomson Reuters, 2010; G. Casa Villar, "Veste e a realidade dos direitos estatutários," Jornal de Estudos Políticos, nº 151, de 2011; M. Carrillo, "Os direitos legais e garantias no processo 31/2010 de 28 de Junho, sobre a reforma do Estatuto de Autonomia da Catalunha," Spanish Journal of Direito Constitucional, No. 92, de 2011; E. Exposito, "declarações estatutárias de Direitos? Uma análise à luz do SSTC 247/2007 e 31/2010 "Teoria da Constituição e Realidade, No. 27, de 2011; Villaverde I. "estatutos, declarações de direitos e direitos legais," Journal Geral do Direito Constitucional nº 13, de 2011; JF Sánchez Barrilao, "O giustiziabilità dei diritti riconosciuti dagli Statuti nello Stato Autonomic inglese" Quaderni Regionali, No. 2, 2012; Shank J. Moreno, validade e eficácia dos direitos legais. Em particular, o projeto de reforma castelhano - La Mancha, Toledo, Edições Parlamentares de Castilla - La Mancha, de 2013. Talvez o último para o momento oferecendo uma visão mais flexível sobre o assunto. No. 2, 2012; Shank J. Moreno, validade e eficácia dos direitos legais. Em particular, o projeto de reforma castelhano-La Mancha, Toledo, Edições Parlamentares de Castilla - La Mancha, de 2013. Talvez o último é para o momento oferecendo uma visão mais flexível sobre o assunto. No. 2, 2012; Shank J. Moreno, validade e eficácia dos direitos legais. Em particular, o projeto de reforma castelhano - La Mancha, Toledo,

normativo no âmbito de um Estatuto seja classificado como um direito legal, é necessário cumprir um vínculo duplo: por um lado, é um mandato para as autoridades públicas autônomas e, em particular, para o legislador autônomo; por outro lado, só se relacionam materialmente de acordo com o âmbito das competências assumidas no respectivo estatuto de autonomia. Por conseguinte, tem a dupla natureza do mandato e do princípio.

A partir da leitura conjunta das novas cartas de direitos nos estatutos reformados, podemos observar, de forma abrangente, as seguintes características comuns.

A primeira coisa que destacamos é a aparente originalidade dos direitos contidos nos Estatutos. Na verdade, a maioria dos direitos já existem no panorama nacional e internacional. O que foi feito é uma seleção ou reformulação de acordo com as necessidades ou interesses de cada comunidade autônoma que realizou uma reforma estatutária.

Nesse sentido, podemos observar uma relação superior. Assim, em relação aos direitos constitucionais, as reproduções literais são escassas e a maioria apresenta ou uma atualização ou uma nova perspectiva de um âmbito de uma área já prevista pelo constituinte, como é o caso dos direitos sociais extraídos do capítulo III CE. Poderíamos dizer que eles buscam um valor ou ação dos princípios orientadores. Alguns direitos são também inspirados em alguns dos desenvolvimentos introduzidos pela carta dos direitos fundamentais da União Europeia, ou de outros textos europeus, como a Convenção de Oviedo.

Os direitos também são incorporados por uma relação inferior, ou seja, por consagrar direitos que apareceram na lei estadual ou autônoma. Poderíamos dizer que eles procuraram a elevação dos direitos subjetivos que nasceram como resultado de diferentes e variadas políticas públicas.

Por outro lado, eles também consagram os direitos construídos em jurisprudência, como a proteção de dados.

Assim, podemos afirmar que os novos direitos são testamentários, por exemplo, o direito à água, o direito de acesso a novas tecnologias, os direitos de solidariedade e a favor das pessoas desfavorecidas. A partir de outra perspectiva, os direitos setoriais

Edições Parlamentares de Castilla - La Mancha, de 2013. Talvez o último é para o momento oferecendo uma visão mais flexível sobre o assunto.

figuram a favor de grupos ou classes que o legislador estatutário considera ter uma proteção especial.

É importante notar que um direito estatutário não equivale a uma cláusula de competência habilitante. Neste sentido, merecem especial importância as chamadas cláusulas autolimitantes¹⁸ que, exceto em Valência e Extremadura, foram incluídas em todas as reformas¹⁹. Estas cláusulas servem para determinar o âmbito e a interpretação destes direitos, pelo que podemos afirmar que a construção jurisprudencial que temos narrado nestas páginas está em consonância com os ditados dos próprios Estatutos que os contêm.

Em termos puros, essas cláusulas autolimitantes, embora reguladas no mesmo parágrafo e com o mesmo teor, escondem dois tipos: cláusulas de competências e interpretativas, dependendo da ordem em que aparecem. No entanto, pela lógica deste trabalho, acho mais apropriado começar com as interpretativas, pois definem quais são os direitos estatutários e, em seguida, passar para as cláusulas de competências, uma questão transcendental da ligação que os direitos estatutários pressupõem.

As cláusulas interpretativas são aquelas que ajudam a definir o âmbito das disposições ou algumas disposições contidas numa norma. Expressa-se da seguinte forma: "nenhuma das disposições do presente título pode ser desenvolvida, aplicada ou interpretada de forma a reduzir ou limitar os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e por tratados e convenções internacionais ratificados pela Espanha."²⁰

De acordo com esta cláusula, deduz-se que o legislador estatutário tinha em mente que os direitos estatutários são diferentes dos direitos fundamentais²¹, e, portanto, os Estados que não podem reduzi-los ou limitá-los enquanto o desenvolvem,

¹⁸ Por definição, um Estatuto de Autonomia não é uma constituição (de um estado federal) por isso não se pensa que estamos a lidar com cartas de direitos fundamentais para territórios específicos dentro de um estado constitucional. A meu ver, isso significa, portanto, que você não pode dizer que estamos a rigor diante de uma presença de proteção multinível de um direito fundamental, no mesmo sentido que queremos dizer na ordem internacional.

¹⁹ López Menudo, op. cit., p. 96. Exposito, op. cit., p. 484 considera que a existência destas cláusulas e os requisitos contidos nela se tornam "supérfluos" as condições estabelecidas no STC 31/2010, do STC 247/2007, a respeito do quadro de competências, mas também a direitos fundamentais consagrados na Constituição e outras normas internacionais.

²⁰ Art 37,4 EA Cat.; art. E 13 de EA; art. 13,3 EA Bal; art. EA 8.3 Cyl; art. 6,3 EA Ara.

²¹ Um passeio destas disposições por parte dos vários estatutos aprovados por ocasião mostrado na J.M^a Porras Ramirez, "O mandato da interpretação, desenvolvimento e aplicação dos direitos, deveres e princípios orientadores nos termos da Constituição, o direito europeu e regras internacional" em F. Balaguer Callejón (ed.), L. Ortega Alvarez, G. Casa Villar, Montilla Martos JA (eds.), modificações estatutárias e Declarações de Direitos, Sevilla, IAAP, 2008.

os aplicam ou os interpretam, ou seja, refere-se a todas as opções de exploração dos diversos atores. Mas não só não podem ir contra os direitos constitucionais, como também, expressamente, ficam ligados aos tratados e convenções internacionais ratificados pela Espanha. Aqui, o Tribunal Constitucional não fez mais que interpretar negativamente o artigo 37.4 *in fine EA Cat* porque quando se afirma que "nenhuma das disposições do presente título pode ser desenvolvido, aplicado ou interpretado de uma forma que reduza ou restrinja os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e os tratados e convenções internacionais ratificados pela Espanha" está reconhecendo que as disposições do presente título (sobre os direitos e deveres) podem ser desenvolvidos, aplicadas e interpretadas com a observância de não "reduzir ou restringir direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição e os tratados e convenções internacionais ratificados pela Espanha". Mas sabemos que, se uma comunidade autônoma pode atuar em uma determinada âmbito é porque esta matéria é da competência que assumiu pelo seu Estatuto de Autonomia. Portanto, os direitos estatutários não são materialmente competências – reguladas em seu Título específico e diferenciado – pelo que uma primeira interpretação sistemática deveria ter-nos levado a esta mesma solução.

As cláusulas competenciais autolimitantes são aqueles que não permitem a confusão de várias disposições incluídas no mesmo padrão e servem como um limite para o exercício adequado de cada preceito. Os direitos legais, portanto, devem respeitar o limite imposto pelo legislador estatutário de acordo com as disposições deste tipo, que o Estatuto expressa da seguinte forma: "Os direitos e princípios do presente título não causarão uma alteração do sistema de distribuição de competências e a criação de novas áreas de competência ou modificar as já existentes."

Esta cláusula definitivamente trata de estabelecer uma obviedade: um direito é um direito e uma competência é uma competência; por isso não pode haver confusão de ambos as normas cujas funções são diferentes, mas o objetivo é comum e benéfico para o público.

Note-se que a presença destas cláusulas conceitualmente realmente ajuda a definir o tipo de regra que os legisladores estatutários introduziram nos estatutos. Neste caso, o art. 37 EA Cat, que inclui completamente o problema de ligação com as limitações jurisdicionais, é a melhor maneira de ter procedido para definir esses novos direitos, como também vale ressaltar o STC 31/2010. Neste ponto merece uma crítica

o Estatuto de Valência, localizado nos Estatutos que com menos rigor entraram no assunto desta questão de direitos estatutários, sem que seus editores tenham se preocupado, pelo menos, em buscar todo o alcance, potencialidade e coerência com a novidade sobre a qual estavam legislando. Não recorrem a estas cláusulas como outros preveem expressamente. Com o apoio destas cláusulas o Tribunal Constitucional firmou sua doutrina, o que parece uma medida acertada neste momento. Se o Estatuto Valenciano tivesse previsto uma cláusula semelhante teria ajudado muito a decisão do Tribunal a firmar de primeira a sua doutrina, o que pode explicar, em parte, entre outros fatores, a ligeira mas importante nuance que realizou a STC 247/2007²².

4. Rumo a uma nova esperança: o novo Estatuto de Autonomia das Ilhas Canárias

Passou mais de uma década desde que o novo modelo Estatuto de Autonomia foi aberto. E em pouco tempo se cumprirá uma década do famoso STC 31/2010, que foi o início do processo soberanista na Catalunha, que marcou uma nova direção na evolução desse modelo territorial aberto, hoje em cheque.

Talvez essas declarações pomposas de direitos e princípios que tão romântica e reiteradamente foram introduzidas e copiadas nos várias Estatutos reformados foram muito símbolo do novo tempo buscado pelas várias reformas estatutárias. Como já dissemos, as reformas valenciana e catalã evidenciaram padrões diferentes, mas com um denominador comum: a Comunidade Autónoma queria mais. Hoje, também, talvez, os direitos legais foram desinflados como neste país desinflaram todas as bolhas com que se sonhou durante os bons tempos da nossa democracia. Os direitos estatutários foram uma outra bolha, ou outra reviravolta, ou ambos ao mesmo tempo. A realidade é que existem no nosso ordenamento.

A eficácia destes direitos estatutários foi mutilada enquanto as Comunidades Autónomas tiveram de cortar suas políticas públicas. Claramente os programas modernizadores que implicavam na maioria de suas literalidades não foram ecoados na legislação autônoma, verdadeiro motor de mudança na gestão de seus respectivos interesses. A validade permanece intacta, à espera de novos momentos em que realmente possamos ver como exercem o seu trabalho condicionante de sucessivos

²² Cfr. Caamaño, op. cit., p. 34.

governos e assembleias autônomas. A ansiada recuperação econômica agora pode ajudar a uma nova implementação, a compreender o seu potencial e a um desenvolvimento de ação que permita tornar efetivo o conteúdo social dos direitos estatutários.

Seja qual for o futuro do Estado Autônomo, estou convencido de que as cartas de direitos estatutários serão consolidadas. Mas vai ser necessário esclarecer o seu significado, a sua adequação e utilidade. O problema que temos enfrentado tem sido precisamente a falta de reflexão política do fim real - não simbólico - desta inclusão como conteúdo eventual. Nossa autonomia tem uma concepção ampla - não vale outra se queremos conviver - e isso permite que um modelo territorial dúctil que permite aspirações variadas sempre dentro do quadro constitucional. Os direitos estatutários foram uma aspiração que pode ser acomodada graças a esse conteúdo eventual implícito que, necessariamente, reconheceu o Tribunal Constitucional.

Para aqueles que acreditam que esta é uma questão política que interessava aos nacionalistas e separatistas, basta ver que o modelo catalão foi seguido por Andaluzia e Castilla y León, principalmente, embora, em geral, por todas as posteriores, pois seus catálogos de direitos são mais amplos e melhor estruturados que no Estatuto de Valência. E chama a atenção para esta questão, porque não podemos deixar que o uso indevido de jogo político emane em qualquer direção, a virtualidade desses direitos estatutários. Ou em um sentido centrífugo, nem em sentido centrípeto. Resolvido o problema da inter-relação das fontes, considero que os direitos estatutários podem contribuir materialmente para o envolvimento político dos cidadãos na sua comunidade.

Tudo isso encontra um apoio presente no novo Estatuto de Autonomia das Ilhas Canárias, aprovado em Cortes Gerais no outono de 2018²³. Na verdade, este texto seguiu o modelo dos Estatutos reformados e incluiu um projeto de lei generoso de direitos ao abrigo do Título I (arts. 9-37). Este é dividido em 3 seções: 1) Disposições gerais (arts 9-11); 2) direitos e deveres (artigos 12-36); 3) princípios orientadores (art. 37). Apesar de não contar com um capítulo das garantias, o art. 36 é dedicado a eles.

²³ Neste sentido, Menudo Lopez, op. cit., p. 97 para quem "[pode] ser significativa pelo fato de que a degradação dos direitos estatutários fizeram a STC 247/2007 relativo a um estatuto, Valenciano, que não contém a cláusula a que nos referimos." op. cit. p. 484, a decisão insistente do Tribunal Constitucional reiterando o disposto no art. 37 EA gato "só adquire o seu pleno significado, se [ele] extrapolados para outros estatutos não acompanhar a sua declaração de direitos de uma cláusula semelhante."

Assim, podemos qualificar o Estatuto Canárias de maior intensidade, o nível de catalão, andaluz e castelhano e leonina. Entre as suas garantias é esperado um eventual recurso de acordo com as leis processuais do estado e regional ombudsman figura: o Conselho Comum.

Também no art 10 as cláusulas auto-limitantes que mencionamos acima estão incluídas. Assim, confirma-se que o legislador continua considerando a categoria de direitos estatutários, pois a primeira grande reforma do estatuto ocorrida em 2011, o fez incluí-los em seus artigos. Este é o expoente salto que queria nas Ilhas Canárias e colocado ao nível das outras comunidades. Vamos lembrar também que no período que temos discutido anteriormente, um projeto de estatuto para as Canárias, que finalmente viu a luz de várias vicissitudes políticas foi discutido.

A importância deste texto reside na oportunidade, em seguida, a aprovação em um contexto territorial e política complicada em um contexto econômico de crescimento que poderia ajudar a reforçar os mandatos contidos nele. Tempo não só enfraqueceu a chance de direitos legais, mas confirmou que retornar para participar de um texto legal reformado, o que equivale a reforma no período 2006-2011.

Poderíamos considerar que nos últimos anos houve um impasse no desenvolvimento da terceira fase do processo de autonomia, como resultado da crise econômica. O Estatuto das Canárias é o maior expoente deste ponto de vista, mas devemos ter em mente que, atualmente, se encontram na Câmara dos Deputados duas propostas de reforma do Estatuto de Autonomia: As regiões de Murcia e La Rioja estão mudando seus estatutos para equiparar-se aos da segunda geração e, conseqüentemente, se incluem os primeiros títulos com cartas de direitos estatutários.

Tudo isso nos mostra um novo caminho e abre novos horizontes para a reflexão. Pode parecer que os direitos estatutários tenham entrado em uma fossilização rápida e, no entanto, por todo o exposto, deve-se enxergar neles uma nova esperança.

2. LIBERDADES

13. AS DUAS FACES DO DIREITO À LIBERDADE: UMA RELEITURA DIALÉTICA CONTEMPORÂNEA



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-13>

*Eduardo Luft*¹

*Rosana Pizzatto*²

Introdução

O período moderno da cultura ocidental marca a origem do atual debate filosófico-jurídico sobre a dupla face do conceito da liberdade. A conquista da liberdade individual somada ao reconhecimento do ser humano como indivíduo autônomo e dotado de direitos de (auto)propriedade e de coexistência pacífica e livre fizeram aflorar novamente na modernidade duas vertentes antigas da tradição filosófica, a Analítica e a Dialética (CIRNE-LIMA 2017, p. 69). A sistematicidade do saber filosófico-científico, característica frequente em ambas as linhas especialmente até o século XIX, unida à dúvida cética hasteada contra o dogmatismo metafísico, exigiu dos pensadores modernos o enfrentamento do problema da conciliação da liberdade humana com a visão determinista da natureza inerente à nova Física. À frente das tradições analítica e dialética destacaram-se, respectivamente, Kant e Hegel.

Kant teorizou uma razão transcendental operante nos dois âmbitos contrapostos: na esfera natural ou *teórica*, a subjetividade liga as suas categorias abstratas aos dados empíricos para construir o conhecimento possível a todo ser racional; na esfera da ação humana ou *prática*, a razão determina formalmente o comportamento humano tanto de modo negativo no campo público, permitindo ao sujeito o livre-arbítrio, quanto de modo positivo no campo privado. A liberdade individual estaria preservada como autonomia do sujeito que, no campo teórico e moral, pode compreender-se como agente não submetido às leis naturais e, no campo prático-jurídico, tem seu espaço aberto de possibilidades de ação coexistindo com o mesmo espaço garantido por lei a todos os outros sujeitos racionais.

¹ Professor do curso de doutorado em Filosofia da PUCRS, RS-Brasil. E-mail: eduardo.luft@pucrs.br

² Professora de Filosofia do Direito da Faculdade de Direito do UNICURITIBA, PR-Brasil; Candidata ao estágio de pós-doc no PPG-Filosofia da PUCRS. E-mail: rosana.pizzatto@gmail.com

Entre o conhecido legado de problemas do idealismo transcendental kantiano estão o vazio formalismo moral e o dualismo entre os campos público e privado – isto é, entre a liberdade prática (do arbítrio) compreendida como ausência de determinação empírica, ou ausência de impedimentos externos, e a liberdade moral da autolegislação individual. Após Kant, o cenário ético-jurídico ocidental formulou diferentes teorias explicativas da dupla face da liberdade (BERLIN 1969, p. 118-172), seja dando sequência à tradição sistemática de filosofia, em busca de um meio-termo sintético capaz de evitar os dualismos ontológico e ético, seja com uma visão analítica desvinculada da metafísica e que prioriza uma das faces.

O sistema lógico de Hegel é a explicitação moderna clássica de um sistema dialético da liberdade. Diversamente da ética kantiana, que excluiu a determinação empírica e defendeu a determinação da razão formal prática sobre a vontade para garantir a liberdade do sujeito, pagando o preço do dualismo, na lógica hegeliana o conteúdo empírico é condição indispensável para a efetivação da vontade livre. Liberdade negativa e positiva são compreendidas como dois momentos sucessivos, ascendentes e hierarquicamente diferentes de realização da Ideia da liberdade na história e também do reconhecimento humano recíproco. A intersubjetividade, a mediação das vontades particulares de membros que participam de uma mesma comunidade e se reconhecem mutuamente como seres autônomos, seria o caminho da plena liberdade.

Um impasse resultante do sistema dialético de Hegel, conseqüente da visão moderna de uma razão determinista, é o movimento unidirecional em busca da ordem necessária, da completude unitária. Haveria somente um caminho para a completa realização da liberdade no mundo: a estruturação racional e substancial de instituições mediadoras que gradativamente emergem no campo do direito durante um percurso histórico; instituições que promovem o reconhecimento intersubjetivo e transformam vontades subjetivas em consenso objetivo e, com isso, dissolvem a liberdade individual na comunidade ética do Estado.

Uma releitura atualizada de Hegel que resgata a teoria do reconhecimento a fim de evitar o desfazimento da liberdade particular é realizada por Axel Honneth que, por via indireta, isto é, abandonando partes do sistema hegeliano – como a ontologia do espírito e o conceito de Estado –, retoma a obra *Filosofia do Direito* em busca de uma teoria da justiça atenta às condições intersubjetivas de autorrealização individual; sem

o vínculo com a metafísica da *Ciência da Lógica*, mas procurando manter até certo ponto a pretensão de uma filosofia sistemática, Honneth quer evitar os problemas de um Estado absoluto.

A teoria honnethiana, no entanto, deixa algumas lacunas na sistematização filosófico-científica que acabam limitando o conceito da liberdade. A atualização dialética deste conceito deve assumir a dinâmica evolutiva da realidade social e universal, o que levará ao abandono da busca por uma unidade idêntica e ordenada, característica da dialética hegeliana, e à reavaliação da teoria do reconhecimento, revelando a intersubjetividade como o exercício de inter-relações e interações que se abrem a outras múltiplas realizações possíveis, ao invés de focar na unidade indiferenciada do consenso.

O principal objetivo do presente texto é expor uma nova concepção do duplo aspecto da liberdade jurídica a partir da reformulação do conceito hegeliano de reconhecimento, coerente com a lógica evolutiva da realidade. Para isso, o texto é estruturado em três partes: 1. Explicitação crítica da dupla face do conceito da liberdade e sua relação com o reconhecimento recíproco em Hegel; 2. Avaliação crítica da reinterpretação de Honneth de categorias éticas hegelianas; 3. Proposta de um novo conceito da liberdade dialética extraído da reformulação da teoria do reconhecimento à luz do idealismo evolutivo.

1 A dupla face do conceito da liberdade e o reconhecimento recíproco em Hegel

Hegel superou a ética transcendental kantiana ao demonstrar que a Ideia da liberdade não é apenas o fundamento formal que determina positivamente as ações morais e negativamente o campo jurídico – que resulta na Filosofia do Direito³ –, mas que ela própria exterioriza-se dialeticamente e concretamente por meio das diversas

³ Na *Crítica da razão prática*, Kant teorizou a liberdade como Ideia de uma razão transcendental formal e ativa sobre o mundo natural, rompendo com a metafísica da razão substância depositária de ideias inatas. O sujeito seria determinado pela razão transcendental sob dois aspectos: a *razão prática pura* (desvinculada de determinações e condicionamentos empíricos), que determinaria positivamente o sujeito por meio da *forma universal*, garantindo a autonomia (liberdade positiva) e o caráter moral da ação; e a *razão prática* (desvinculada de determinações naturais, porém, empiricamente condicionada), que determinaria negativamente o sujeito, tanto no foro interno, excluindo inclinações e desejos pelo respeito à universalidade da Ideia, quanto no foro externo, impedindo determinações empíricas; neste último modo, no qual a razão regula negativamente as relações de coexistência, Kant chamou de liberdade prática ou livre-arbítrio (ou ainda liberdade negativa).

interações humanas no decorrer do processo histórico evolutivo. O direito não é apenas uma esfera restrita em relação à moralidade, mas um vasto campo que a inclui e que tem como bem primeiro e último a própria liberdade.

Todavia, o processo de desdobramento da liberdade é concebido por Hegel no contexto de uma teleologia do incondicionado (LUFT 2016, p. 165), um desenvolvimento lógico-ontológico orientado para a plenificação do Conceito, a efetivação da razão absoluta no mundo histórico. A vinculação entre a lógica e o direito, por meio deste idealismo objetivo, compromete não só o reconhecimento intersubjetivo recíproco, dissolvido na autorreferência identitária do Conceito, mas a própria liberdade na riqueza de suas faces complementares, pois tende a diluir a liberdade negativa na positiva, a independência das pessoas na autodeterminação absoluta do espírito.

2.c Formação lógica e ontológica do reconhecimento recíproco

No sistema lógico-ontológico de Hegel, o reconhecimento intersubjetivo inicia-se ainda na condição natural – antes que a Ideia da liberdade, que é também espírito e vontade livre, se manifeste no campo jurídico da história –, e emerge como o resultado do encontro de duas consciências imediatas e singulares⁴. A autoconsciência (e com ela o espírito) desenvolve-se em três graus, sendo os dois últimos partes do processo de reconhecimento.

O primeiro grau explicita o autodesdobramento do indivíduo (*eu*) enquanto consciência imediata e abstrata, que diante de um objeto *exterior* nega-se a si mesma e revela sua duplicidade: a consciência é agora também autoconsciência (*em si*), isto é, desejo. Deste primeiro grau negativo emerge uma contradição interna entre consciência e autoconsciência que precisa ser resolvida: a autoconsciência é idêntica consigo (*eu*) ao mesmo tempo em que se refere a um objeto *externo* (*não-eu*).

⁴ Hegel explicita o desenvolvimento dialético da autoconsciência na *Fenomenologia do Espírito*, obra anterior à trilogia (*Ciência da Lógica*, *Filosofia da Natureza* e *Filosofia do Espírito*) que compõe seu sistema filosófico. Nesta obra, Hegel desdobra a formação da autoconsciência (e do espírito) na realidade de modo ascendente: inicialmente como consciência de objetos (realismo ingênuo), seguida da autoconsciência abstrata (idealismo subjetivo) e finalmente, por meio da intersubjetividade recíproca, a autoconsciência concreta (idealismo objetivo). Posteriormente, Hegel inseriu a *Fenomenologia do Espírito* no terceiro volume da *Enciclopédia das Ciências Filosóficas* – obra em que desenvolve o seu sistema de filosofia –, como parte da primeira seção da Filosofia do Espírito denominada de *Espírito subjetivo* (seguida das seções do *Espírito objetivo* e do *Espírito absoluto*).

Enquanto essa cisão não for superada a autoconsciência ficará apenas em sua forma desejante e o indivíduo não será autônomo.

O grau inicial de desenvolvimento da autoconsciência já é considerado por Hegel como espírito; apesar de ainda estar na imediatez (devido à ausência de mediações intersubjetivas), já é o início da verdadeira identidade do *eu*: *eu* que é *nós* e *nós* que é *eu* (HEGEL 1986, PhG, §177); os próximos graus de desenvolvimento serão teorizados como graus de desenvolvimento do próprio espírito que, na busca da plena liberdade, alcança a unidade e a identidade.

O segundo grau da autoconsciência é o reconhecimento, desdobrado em um duplo movimento: as autoconsciências (*em si*) que se reconhecem uma na outra e, então, constituem a autoconsciência universal que supera a unilateralidade das duas anteriores (HEGEL 1986, Enz, v. III, §428). Diferente do primeiro grau, aqui o objeto *exterior* é independente, é outra autoconsciência, de modo que a relação não poderá mais ser apenas negativa (o *destruir* desejante), mas sim positiva (o *formar* da autoconsciência que reconhece). A intersubjetividade só constituirá o verdadeiro reconhecimento recíproco pela reflexão das autoconsciências (*em si*), quando ambas deixam de ser apenas subjetivas e se elevam à objetividade da razão universal, que é autoconsciência universal (*em si e para si*).

Na *Ciência da Lógica*, a reciprocidade é apresentada por Hegel como um ponto importante da emergência do conceito lógico e ontológico da liberdade. É o momento no qual duas *substâncias*, causalmente relacionadas, chegam ao final do processo em mútua codeterminação. Embora no início da relação de causalidade entre duas substâncias uma se apresente com superioridade hierárquica (é a causa) em relação à outra (que é seu efeito), no decorrer da relação causal o efeito se mostra como contraefeito e acaba se assemelhando à causa. O efeito, como substância inicialmente passiva e condicionada à sua causa primeira (que por sua vez é a substância ativa) se contrapõe negativamente à causa e a condiciona, sendo agora substância também ativa. Conforme Hegel, a causa é *superada e guardada – aufgehoben* (CIRNE-LIMA 2017, v.III, p. 294) – no efeito, o que a torna não somente o pôr mas também o ser-posto. Do mesmo modo o efeito, como ser-posto, é superado e guardado. Ou seja, algo só pode atuar, só pode exercer poder causal sobre outro, na medida em que depende da causalidade deste outro; portanto, está também permitindo ao outro exercer seu poder causal sobre ele.

Hegel pretende provar que o alcance do grau máximo da relação causal que é a ação recíproca – momento no qual o efeito posto como contra-efeito é idêntico à causa (*effectus sui* idêntico à *causa sui*) – não significa a manifestação da liberdade, porque ambas as substâncias ainda não se elevaram à razão universal, o Conceito. Além disto, apesar do condicionamento recíproco entre as duas substâncias, este momento pode acabar em má infinitude, no regresso ao infinito da causalidade linear⁵. Aprender o Conceito (cujo desenvolvimento interno realiza a Ideia da liberdade) seria ultrapassar o nível abstrato do entendimento e alcançar a última e mais elevada esfera, a razão universal, a verdade absoluta. O *conceito* da liberdade é a verdade da *substância*, é a verdade da necessidade (HEGEL 1986, Enz, v. I, §158).

A má infinitude lógica significa a unilateralidade na ontologia, isto é, o desenvolvimento incompleto da teoria do reconhecimento na história humana. No segundo grau de desenvolvimento da autoconsciência, o encontro intersubjetivo pode não alcançar o verdadeiro reconhecimento, pois a autoconsciência ainda está aprisionada na imediatez do desejar destrutivo. A falta do duplo movimento traz a forma mais primitiva do reconhecimento, a unilateralidade que culmina na violência, na desigualdade, na separação de um *eu* dominador e de outro *eu* dominado.

Na dialética do Senhor e do Escravo, Hegel explicita a emergência desigual do reconhecimento como o resultado fenomênico do movimento entre duas autoconsciências que se encontram e que pretendem, ambas, que a outra a reconheça como uma autoconsciência e não como um mero objeto (*não-eu*). Quando um *eu* (como autoconsciência incondicionada) trata outro *eu* (em igual condição) como um objeto – com a superioridade do condicionante em relação ao condicionado –, e tenta coisificá-lo, o resultado será a luta de vida ou morte. Com medo da morte, uma delas renuncia à própria liberdade e escolhe a vida (o escravizado), enquanto a outra supostamente preserva sua liberdade (o senhor), embora de fato de modo apenas aparente e defectivo. Esta dialética mostra que a incondicionalidade do *eu* é somente uma ilusão teórica, uma abstração que se desfaz diante do real condicionamento intersubjetivo.

⁵ A má infinitude lógica associa-se, no âmbito do direito, às injustiças que podem ocorrer quando as relações intersubjetivas são unilaterais, isto é, quando ainda não alcançaram a mútua consciência da liberdade universal. Ou seja, enquanto a relação substancial não se fechar de modo circular fundamentando a Constituição específica e concreta de um Estado, que garantirá por meio de suas instituições internas o mútuo reconhecimento entre seus membros, injustiças podem ser geradas no interior das comunidades.

E desse modo, explicitando o concreto condicionamento humano, que compreende o *eu* enredado aos outros e não atomizado, Hegel supera o idealismo subjetivo e alcança a razão universal. Paradoxalmente, ao escolher a vida em detrimento de uma liberdade excludente, o escravo está mais próximo da liberdade efetiva do que o senhor; ou seja, é o escravo que começa a conhecer a amplitude da razão, que vai além de sua condição subjetiva (a autoconsciência supostamente incondicionada que apreende o outro como condicionado), ao compreender-se condicionado por uma razão mais abrangente (mediada pelo condicionamento objetivo da própria corporalidade e pela presença de outra autoconsciência); enquanto o senhor, não compreendendo a universalidade da razão, permanece agindo apenas com a consciência inessencial (*em si*); esta é a verdade da escravidão em relação à dominação (HEGEL 1986, PhG, §185-193).

Ao dominado, na condição de subjugado em que se encontra, não basta a externalidade de sua vontade; apesar de reconhecer o outro como livre, não tem sua vontade conhecida ou reconhecida pelos outros, portanto, objetivamente não é livre. Tampouco o dominador é verdadeiramente livre, pois se encontra ainda isolado em sua indeterminada autoconsciência e distante da Ideia universal; só alcançará a liberdade quando reconhecer a si mesmo no seu outro.

1.2 A efetivação do reconhecimento recíproco: a dupla face da liberdade e a formação do direito

Na *Filosofia do Direito*, Hegel explicitou a efetivação histórica da Ideia da liberdade – anteriormente teorizada na *Ciência da Lógica* – como momentos nos quais ela gradualmente emerge no campo do direito como espírito de um povo, vinculando este desdobramento à dinâmica intersubjetiva geradora do mútuo reconhecimento, o que significa que ninguém será efetivamente livre sem a mediação e o reconhecimento intersubjetivos.

É preciso lembrar que o campo do direito é a segunda natureza. Hegel não está mais tratando do indivíduo natural que na sua condição imediata – como exposta na *Fenomenologia* – exclui o outro sem o reconhecimento de uma essência comum, mas com pessoas já autoconscientes da universalidade da Ideia.

O conteúdo do espaço do direito é constituído pelas estruturas racionais inerentes ao conceito lógico da liberdade, que se manifestam na história de modo gradual e ascendente, começando pelo *direito abstrato* (grau de maior indeterminação), passando pela *moralidade* (grau intermediário), até a *eticidade* (máxima determinação), instância final e superior da vontade livre, o espírito concreto de um povo.

No *direito abstrato*, primeira figura do desdobramento da Ideia no campo jurídico, o direito é sobre coisas exteriores e não sobre pessoas. O direito de personalidade é expresso pelo imperativo jurídico: “sê uma pessoa e respeita os outros enquanto pessoas” (HEGEL 1986, GPR, §36). É o direito jurídico de se apropriar das coisas sem desrespeitar a propriedade dos outros. O espírito se manifesta nesse momento como liberdade negativa e o reconhecimento do outro se efetiva também de modo negativo, pois não há ainda a intersubjetividade recíproca plena, apenas o respeito pela não interferência na propriedade do outro que é garantido pelo contrato entre as partes. Na apropriação (posse) a vontade pessoal se manifesta sobre um objeto *exterior*, enquanto no contrato (propriedade) uma vontade contratante se realiza na outra vontade contratante; porém, ambas como relação apenas negativa uma com a outra. O contrato efetiva o reconhecimento das duas vontades particulares e também exprime o direito de seu cumprimento por ambas as partes.

O problema é que as contingências desse estágio podem ocasionar discordâncias entre a vontade pessoal – que é livre-arbítrio – e o direito formal que exige o cumprimento do contrato, resultando em injustiças. O direito privado, distante ainda do direito universal, pode produzir o injusto quando a vontade particular sujeita às divergências do arbítrio não está de acordo com a vontade universal. Esse estágio coincide com o momento da lógica em que duas *substâncias* (duas pessoas) estão em processo de ação recíproca, mas ainda não atingiram o conceito da liberdade; ou seja, ambas ainda não estão conscientes nem da sua liberdade nem da liberdade da outra.

Da contradição entre o direito e a injustiça emerge a esfera moral. Na amplitude do terreno do direito, o espírito - que era apenas personalidade consciente do direito de (auto)propriedade - agora alcança, pela reflexão, a consciência da liberdade (a Ideia universal) e reconhece sua vontade subjetiva na exterioridade objetiva. A pessoa é agora sujeito, cujo direito emerge de si mesmo: o direito de subjetividade, a autonomia.

A consciência moral surge como julgadora das próprias ações do sujeito, como justas ou injustas, e encontra em si mesma os princípios para julgar. Mas, apesar da capacidade da consciência para julgar, ela tem apenas o dever como determinação das ações, e nessa abstração encontra seu limite. Na ação jurídica, diversamente da ação moral, o espírito determina negativamente (por proibição), e a sua manifestação é apenas liberdade negativa (livre-arbítrio), que proíbe a violação do contrato. Na ação moral a determinação é positiva, pois aqui a vontade não se manifesta em algo *exterior*, mas se projeta como ação, de modo que o produto *exterior* é sua própria determinação (seu querer).

Hegel acusa a ausência de mediações recíprocas da moralidade transcendental kantiana de impossibilitar a concretização plena da liberdade e por isso gerar falsos dualismos – como autonomia (no campo privado) e heteronomia (no campo público) –, que sob a ótica dialética apresentam-se somente como momentos do desdobramento sucessivo e ascendente da liberdade. A vontade subjetiva caracteriza-se como o interior que quer se objetivar na ação exterior, como momento do espírito que manifesta a universalidade na exteriorização de seu conteúdo (na ação do agente) como seu próprio fim.

Mas o espírito na lógica hegeliana não finaliza o reconhecimento recíproco no direito de subjetividade, na consciência recíproca de que é direito de todo ser humano efetivar sua autonomia. Inerente ao espírito - germinado na *Ciência da Lógica* - está o movimento em direção ao incondicionado; a liberdade não será plena em meio a contingências, à diversidade cultural no interior de uma mesma comunidade. É preciso um novo e último grau evolutivo na história, a *eticidade*, na qual o espírito determina-se nas figuras essenciais da família, da sociedade civil e do Estado, formando a estrutura racional objetiva necessária para realizar sua própria liberdade.

A *eticidade* representa a constituição da substancialidade ética de um povo a partir das mediações intersubjetivas exercidas desde a família até instâncias interiorizadas na sociedade estatal. Mediações que exigem das vontades particulares o reconhecimento das demais vontades coexistentes, e que buscam a unidade de todas as vontades particulares como concretização do bem objetivo, que é a liberdade realizada. Por isso, a liberdade objetiva no sistema dialético hegeliano é reconhecer-se na interação com o outro. É através do reconhecimento intersubjetivo substancial que Hegel une a determinação necessária do sujeito à vazia autorreferência e afirma a

supremacia da vontade objetiva em detrimento do livre-arbítrio⁶. Permanecer no âmbito da vontade subjetiva seria ficar limitado apenas ao momento unilateral da liberdade e, portanto, não desenvolver plenamente a humanidade, que é a vontade racional (*em si e para si*); ficar preso à vontade particular é não participar da intersubjetividade e não ser reconhecido entre os seus iguais – entre aqueles que compartilham a mesma substancialidade ética –, é não cumprir a verdadeira obrigação existencial.

A teoria do reconhecimento recíproco de Hegel só se conclui quando substancializada no Estado, marcando assim a passagem de seu sistema de um idealismo objetivo para um idealismo absoluto, passagem compreensível em um contexto histórico no qual a ciência avançava seguindo o princípio da causalidade necessária e, por isso, marcado por teorias filosóficas amparadas em uma racionalidade superior e imperativa em relação à realidade. Mesmo com a causalidade deixando de ser a última palavra no sistema hegeliano para ser parte de uma esfera dialética mais abrangente e explicativa dos eventos racionais do mundo, a efetivação do espírito livre no direito concreto segue o único e necessário caminho que inicia no indeterminado e segue na direção de sua plena autodeterminação. De outro modo, mesmo com contingências no início do sistema, a vontade imanente do espírito, que é pura necessidade, o conduzirá a se *reconhecer* em meio às divergências, isto é, a unir suas partes em um consenso substancial para alcançar sua autodeterminação e realizar sua liberdade.

2. A reinterpretação de Honneth de categorias da *eticidade*

Herdeiro da tradição crítica da Escola de Frankfurt, Axel Honneth recupera parte da obra de Hegel para dar continuidade aos estudos e pesquisas atuais sobre a teoria crítica da sociedade. A partir do diálogo com Habermas, e possivelmente por isso, Honneth segue uma trajetória de engendramento de algumas categorias hegelianas em sua obra, especialmente a teoria do reconhecimento e o espírito objetivo⁷.

⁶ “Contra o princípio da vontade singular é preciso lembrar o conceito fundamental de que a vontade objetiva é o racional em si no seu *conceito*, seja ele conhecido e desejado pelos singulares [os indivíduos] ou não.” (HEGEL 1986, GPR, §258).

⁷ O primeiro passo para a atualização da teoria crítica já havia sido dado por Habermas ao defender a ação social como fundamento para o desenvolvimento da vida e, conseqüentemente, a interação comunicativa

A dinâmica característica da sociedade deve ser explicada por uma categoria capaz de evidenciar criticamente a inserção efetiva do sujeito no meio social. Com este propósito, Honneth relê a categoria hegeliana de reconhecimento e resgata o processo necessário de intersubjetividade e reciprocidade para a efetivação da liberdade por meio da autorrealização pessoal.

Sobre os alicerces do reconhecimento, Honneth acusa a teoria do agir comunicativo de um déficit sociológico: antes da comunicação intersubjetiva, que buscará na esfera pública o consenso, é preciso explicitar a luta que caracteriza a formação da própria intersubjetividade. Para desvelar a estruturação social que dificulta o exercício da liberdade individual e que domina o sujeito é preciso compreender antes quais são as condições sociais necessárias à autorrealização e não somente as condições do entendimento intersubjetivo – incapazes de realizar concretamente a liberdade e a vontade coletiva.

Para suprir o déficit sociológico habermasiano, Honneth busca a lógica inerente aos conflitos sociais para compreender o processo constituinte da intersubjetividade concreta e, mais especificamente, para identificar na luta moral pelo reconhecimento os elementos motores das transformações sociais. É nessa medida que dirige o olhar para *eticidade* hegeliana. Inspirado na crítica de Hegel à cegueira formal kantiana em relação ao contexto – crítica que ilumina a dicotomia contemporânea entre o liberalismo e o comunitarismo –, Honneth também defende as práticas institucionalizadas no interior de uma comunidade ética como o procedimento efetivador da autorrealização. As relações familiares e sociais, mediadas pelo reconhecimento recíproco, são constituintes da personalidade individual e comunitária.

Analogamente à teoria do reconhecimento hegeliana, Honneth apresenta três dimensões no exercício do reconhecimento: as relações primárias desenvolvidas no núcleo familiar, que a partir do amor e da amizade formam a autoconfiança pessoal; as relações jurídicas de coexistência pautada em direitos e na respeitabilidade moral que conjuntamente desenvolvem o autorrespeito; e a solidariedade social que realiza a inserção dos projetos particulares na comunidade e gera a autoestima (HONNETH 1992). Da análise de casos concretos de conflitos sociais causados especialmente pelos

no interior da esfera pública, e não apenas as relações de trabalho e produção; com isso, transferiu o potencial emancipatório dos indivíduos da esfera prática do trabalho para a esfera da interação social, mudando o paradigma da luta de classes para o agir comunicativo.

sentimentos de desrespeito e injustiça, Honneth formula uma teoria normativa dos padrões inerentes ao exercício do reconhecimento, uma teoria da justiça. Como em Hegel, família, sociedade civil e Estado seriam figuras necessárias para o processual exercício da liberdade, contrariamente às teorias morais desprovidas de eticidade – como a kantiana e a habermasiana.

Assim, a eticidade teria a função terapêutica de completar a liberdade individual a partir das interações sociais (HONNETH 2001). Por meio do reconhecimento recíproco, o sujeito deixa a esfera privada de menor liberdade para ingressar na esfera pública e tornar-se membro de uma comunidade livre. Apesar de compartilhar do conceito de reconhecimento, Honneth abandona as categorias da lógica hegeliana – rompe com a ontologia para evitar a teoria da razão absoluta na história – e relê a vontade livre não mais como a efetivação necessária da Ideia da liberdade, que se desdobraria em liberdade negativa e positiva, mas como libertação do sofrimento de indeterminação, ou seja, como remédio contra uma patologia social. As regras morais derivadas da substancialidade ética construída nas instituições sociais limitam a subjetividade indeterminada que, na ausência de mediações, jamais se tornaria livre; na medida em que o indivíduo cumpre o dever participando da intersubjetividade social concreta, o reconhecimento recíproco o liberta dos impulsos naturais e mais imediatos responsáveis pelo sofrimento de indeterminação.

Posteriormente, com um olhar aprofundado na *Filosofia do Direito* e ainda mais próximo a Hegel, Honneth transfere o reconhecimento do lugar central de sua pesquisa ao ponto inicial de um processo que resulta na liberdade. Passa de uma teoria crítica da sociedade, preocupada em analisar o processo de formação concreta da personalidade livre, para uma teoria sistemática e normativa da justiça cujo fundamento primeiro e último é a liberdade. Na obra "Direito à liberdade" a estruturação de direitos sociais e a liberdade individual são teorizadas como conquistas de práticas interativas de uma comunidade ética, não deduzidos de princípios formais. Da busca pelas normas implícitas em cada esfera do processo de reconhecimento, Honneth projeta uma teoria da justiça sistemática que estaria localizada entre Kant e Hegel e que legitimaria o processo constitutivo de uma eticidade democrática que visa a liberdade.

As instituições sociais, anteriormente consideradas por Honneth como esferas hierárquicas e ascendentes que ampliam a liberdade individual (a autorrealização) na

mesma medida em que diminuem o sofrimento de indeterminação devido à intersubjetividade ativa dos agentes, agora também são responsáveis pela estrutura normativa construída a partir dos conflitos sociais de determinada sociedade ao longo de sua história. Reconstruir criticamente essa estruturação responsável pelo processo ascendente da liberdade individual é o propósito de sua sistematização da justiça, o que significa não apenas incorporar as normas que emanam de instituições fomentadoras da liberdade, como também revelar deficiências de outras instâncias.

Em síntese, o objetivo de Honneth na sistematização da justiça não é somente explicitar a normatividade imanente às instituições sociais, cujo princípio pressuposto e revelado é o desenvolvimento da liberdade individual, e então estabelecer gradativamente normas rígidas, mas também explicitar o papel que as reivindicações sociais desempenham no exercício conflitivo expondo problemas e lacunas estruturais impedidores deste desenvolvimento.

Na ampla análise honnethiana do percurso histórico do conceito da liberdade que – seguindo os passos de Hegel – se inicia como liberdade negativa, se desenvolve como reflexiva, para finalmente se efetivar plenamente nas instâncias mediadoras da esfera pública, são retomados os conceitos de reconhecimento e de patologia social. De modo similar a Hegel, que teorizou a unilateralidade resultante do processo de reconhecimento nas figuras do *direito abstrato* e da *moralidade* como injustiça e imoralidade respectivamente, Honneth defende esta unilateralidade como uma patologia. E ainda similarmente, qualquer incapacidade das instâncias sociais da *eticidade* em mediar e substancializar o conteúdo normativo – visando a promoção e a garantia das liberdades individuais – não é tomada como uma patologia, mas como um problema específico nas próprias instâncias deficitárias que acabaram gerando um desenvolvimento errôneo⁸.

São as figuras da *eticidade* hegeliana – família, sociedade civil e Estado – os objetos principais da reconstrução normativa de Honneth, com as respectivas mudanças que estas instituições sofreram no percurso histórico até a atualidade; mudanças que colaboraram na ampliação da liberdade individual e na emancipação de classes marginalizadas. Na sociedade civil a reconstrução normativa encontra

⁸ É importante lembrar que na *Filosofia do Direito* Hegel desdobra a Ideia da liberdade na história; Ideia já teorizada dialeticamente na *Ciência da Lógica*, na qual o autor afirma que o Conceito, que é a verdade do Ser e da Essência, contém em seu interior todas as determinações que irá realizar concretamente. Por isso, o movimento processual lógico do Ser é o *passar para outro*, o da Essência é *aparecer em outro*, e o do Conceito é o *desenvolvimento* do que já está nele contido como pressuposto.

impasses, pois nesta esfera não se trata apenas de um aumento benéfico de configurações possíveis, mas em um desenvolvimento errôneo que originou as dificuldades e obstáculos de um sistema capitalista. Uma vez que a sociedade civil deve sediar as instâncias mediadoras que transformam os indivíduos em pessoas livres e reciprocamente realizadas, e também suprir as carências seguindo um progresso, os déficits consequentes do capitalismo na história evidenciam um erro no percurso necessário.

A releitura de Honneth das categorias hegelianas do reconhecimento e da eticidade e sua genuína construção de uma teoria da justiça a partir da diversidade da realidade social são contribuições bastante significativas e relevantes para o debate contemporâneo sobre a liberdade, mas não isentas de críticas. Não é difícil explicitar o calcanhar de Aquiles da arquitetônica honnethiana. Tudo se inicia com a compreensível tentativa de autonomizar a Teoria do Direito de qualquer vínculo com a teoria do espírito hegeliana, quer dizer, a insistência em desvincular a *Filosofia do Direito da Ciência da Lógica* (HONNETH 2001, p. 13). Compreensível por um motivo simples: é pressuposto tácito da Filosofia Social contemporânea a recusa do diálogo com qualquer teoria ontológica (mesmo com a metafísica de corte reflexivo e crítico que Hegel desenvolve na *Lógica*).

Mas esta tentativa de tomar a dialética do social “pela letra”, desvincilhando-se do espírito⁹, a busca por uma teoria do reconhecimento sem uma ontologia da liberdade, tem o seu preço. Destituída do vínculo com a ontologia dialética, a abordagem honnethiana fica como que suspensa no vazio: de onde, afinal, se extrai o conteúdo normativo presente em sua Filosofia Social?; e, ainda pior, de onde se extrai a pretensão de universalidade de distinções categoriais normativas já presentes em “Luta por Reconhecimento” (HONNETH 1992), como a famosa tríade *amor, direito e solidariedade*? Uma resposta a estas questões não pode vir do diálogo com as ciências empíricas (como compreendidas por Honneth), pois estas não fazem mais do que descrever um estado de coisas, não podendo ser o ponto de partida de uma reconstrução racional do direito com pretensões universalistas.

Em busca da superação deste impasse, Honneth oscila entre a adesão parcial a fragmentos da já dilacerada tradição marxista, de onde poderia resgatar uma

⁹ Para parafrasear o dito de Fichte, para quem “a Doutrina da Ciência é tal que não se deixa partilhar pela letra, mas apenas pelo espírito” (FICHTE 1997, WL 1794, p. 284). Fomos inspirados aqui pelo belo título da obra de Torres Filho (1975).

explicação para a gênese ontológica da normatividade – como em suas contínuas tentativas de uma leitura *clínica* da realidade social a partir do diálogo com Lukács em busca de uma explicitação das patologias sociais da contemporaneidade (HONNETH 2005) –, e o apelo implícito à transcendentalidade tênue ou fraca de corte habermasiano (HABERMAS 1996, p. 41), onde também poderia ancorar suas pretensões universalistas, como na ênfase em um método de reconstrução crítico-normativa em teoria social (HONNETH 2013). Do dito depreende-se que a teoria do reconhecimento pode muito bem superar o solipsismo das teorias sociais atomistas, mesmo permanecendo opacos os seus pressupostos ontológicos, mas pouco ou nada contribui para a explicitação do conteúdo normativo que justificaria as opções honnethianas acerca dos valores constitutivos de uma efetiva teoria da justiça. A mera demanda por reconhecimento é insuficiente para dar suporte àquelas opções axiológicas.

Talvez seja esta a explicação para a mudança de atitude que vemos na obra recente de Honneth. Diferentemente de “Luta por Reconhecimento”, “Direito à Liberdade” põe na linha de frente a opção pela liberdade como o pressuposto incontornável da esfera jurídica (HONNETH 2013, p. 9), neste ponto em linha com a tradição kantiano-hegeliana. Mas a questão permanece: onde se enraíza esta opção? Em Kant, a Teoria do Direito sustenta-se na típica argumentação transcendental: liberdade é o pressuposto sem o qual o direito é impensável. Já em Hegel, como vimos, liberdade é a expressão na esfera do espírito da ontologia dialética do Conceito. E o que vemos em Honneth?

“Direito à Liberdade” encerra não apenas explicitando a rede de dependências mútuas entre as três formas da liberdade - a liberdade de mercado, a liberdade própria à cidadania democrática e aquela inerente à família emancipada - que constituem o “sistema social da eticidade democrática”, mas deixando clara a última de suas opções axiológicas, aquela que garante a preponderância da liberdade da “autolegislação democrática” (liberdade do cidadão em uma democracia) sobre as outras duas. Ao reaproximar-se de Hegel, ao optar pela liberdade como eixo do direito, mas sem reconstruir criticamente a ontologia da liberdade desenvolvida na *Ciência da Lógica*, Honneth termina refém da acusação recorrente que lançou contra o filósofo dialético em outra obra: a hiperinstitucionalização da liberdade (HONNETH 2001, p. 102). Tudo o que tem a dizer sobre a liberdade desdobra-se sempre no marco da estatolatria

típica da social-democracia contemporânea. Honneth fala sempre a “cidadãos do Estado”¹⁰, ou melhor, a membros de um Estado inchado e hipertrofiado que jamais ousa questionar ou pôr sob o crivo da dúvida. O que vemos em Honneth é uma reconstrução crítica do direito que não faz mais do que espelhar os preconceitos de sua época.

3. A releitura da liberdade no idealismo evolutivo

O próprio Honneth ilumina a via que podemos seguir para uma resposta mais satisfatória das dificuldades que cercam a tarefa de reconstrução da Filosofia do Direito: levar até o fim aquele movimento por ele iniciado de reaproximação crítica a Hegel. Retornar não apenas à teoria da liberdade dialética como o núcleo da Teoria do Direito, mas realocá-la no contexto mais amplo de uma ontologia da liberdade. O que só é possível, de todo modo, reconstruindo criticamente a própria *Ciência da Lógica*. Este empreendimento já foi feito em outros lugares (LUFT 2001, 2010; LUFT/PIZZATTO 2018) e o que segue é apenas uma síntese elaborada com intenção de iluminar as conseqüências daquela reconstrução crítica para a teoria da liberdade e do direito.

É crucial compreender a raiz última da mencionada ambigüidade que caracteriza não apenas a teoria honnethiana, mas boa parte da Filosofia Social contemporânea: o impasse moderno que deu origem ao dualismo entre ser e dever-ser, denominado em outro lugar de “crise de autointerpretação do sujeito moderno” (LUFT 2012). O sucesso da nova Física não apenas levou ao descrédito as tradicionais abordagens filosóficas em ontologia, mas pôs em questão todo o amplo espectro das teorias normativas; afinal de contas, qual o lugar do *dever-ser* em uma realidade permeada pelas leis determinísticas supostamente desveladas pela ciência? Qual o lugar do sujeito livre em uma natureza compreendida como máquina determinada? A ausência de qualquer alternativa plausível à nova leitura determinística das leis naturais fez com que as respostas dualistas (Descartes e Kant) àquele impasse preponderassem: à Física caberia a descrição determinística dos fenômenos naturais, às ciências humanas a apresentação da ação livre (em Descartes, subjetividade e

¹⁰ “Partir de uma liberdade somente negativa não permite conceituar os cidadãos do Estado como originadores e renovadores de seus próprios princípios jurídicos” (HONNETH 2013, p. 55).

natureza contrapõe-se pela cisão ontológica entre *res cogitans* e *res extensa*; em Kant, trata-se apenas de uma dualidade de *modos de descrição*, por assim dizer). Mas Hegel, seguindo neste ponto Schelling (GARE 2013), propunha uma resposta inovadora: substituir a metáfora da máquina determinada pela metáfora da vida, e desdobrá-la conceitualmente em um novo projeto de sistema de filosofia. Este era um caminho árduo na época de Hegel, pela inexistência de visões alternativas na própria ciência da natureza, mas hoje em dia novas portas de diálogo abrem-se a todo aquele que busca reproblematicar as escolhas teóricas dos pensadores modernos.

A resposta de Hegel era singela: a normatividade que emana do espírito humano não é estranha ao todo da realidade, mas brota da racionalidade objetiva da Ideia, da razão dialética que pervade tudo o que há. A compreensão do mundo como um sistema idealista dialético relaciona intrinsecamente o conhecimento da Ideia ao conceito jurídico da liberdade. Reconhecer a lei lógica e ontológica da natureza (a Ideia) é tomar consciência da liberdade. Por isso a teoria do reconhecimento em Hegel, comprometida com um idealismo objetivo e absoluto, revela a necessidade incondicional como a verdade da liberdade. Mas, se compreendermos o universo como um idealismo evolutivo, e não mais absoluto, é possível reinterpretar o conceito de reconhecimento e, então, formular uma nova concepção da liberdade jurídica¹¹.

A Ideia como lei primeira e última do idealismo evolutivo demanda uma só regra: tudo o que existe só existe e permanece determinado enquanto manifestando algum grau de coerência. Ou seja, tudo o que existe são modos da coerência, enlaçamentos dinâmicos denominados *redes* (BARABÁSI 2002) - ou, enquanto redes auto-organizadas, *sistemas* (CIRNE-LIMA 2003) - pela ciência contemporânea. Nada existe atomizado. O universo dinâmico e em evolução é um grande sistema¹² que insere todos os subsistemas – tudo o que existe como ato ou como possibilidade é sistema ou parte de um sistema –, que emergem e se desfazem como *nós* em uma rede de interações. A obra tardia de Platão, especialmente *Filebo*, já revela a tentativa de eleger a *coerência* como a única Ideia que rege o universo: nem o Ser imutável de Parmênides (sem multiplicidade), tampouco o Nada de Górgias (sem unidade), mas o jogo

¹¹ Para o desenho de um novo projeto idealista de sistema lógico-ontológico, o idealismo evolutivo, e a reconstrução crítica da Teoria do Direito a partir deste sistema, ver LUFT/PIZZATTO, 2018.

¹² A rede de todas as redes (o universo), não sendo condicionada por nada externo, mas apenas a si mesma, é uma rede autocondicionada, um processo de autocondicionamento ou auto-organização (um sistema), e todas as demais redes só se destacam do todo, só ganham uma identidade própria, imitando o todo em seu processo de auto-organização (ou seja, sendo subsistemas).

correlativo entre o Uno e o Múltiplo, ou na linguagem hegeliana, entre a necessidade e a contingência. Esta é a verdadeira e única lei do universo, a demanda por coerência inerente à Ideia, embora múltiplos, potencialmente infinitos sejam os modos de sua efetivação. A livre-exploração destes modos possíveis, sempre orientada pela busca por coerência, é a liberdade ontológica. A Ideia é livre para se manifestar em maior ou menor grau de predomínio do Uno sobre o Múltiplo ou vice-versa (LUFT 2005), porém, os sistemas mais resilientes e, portanto, mais duráveis, são aqueles que equilibram unidade e multiplicidade na medida (de todo modo não antecipável) adequada ao contexto.

Quando olhamos para diferentes culturas ou diferentes formas de vida individuais reconhecemos outros modos de convivência que são manifestações da liberdade ontológica. E é esse olhar que nos permite compreender o caráter dinâmico e plural da teleologia da Ideia (da lei do universo) e a abandonar a teleologia do incondicionado hegeliano. As múltiplas configurações humanas existem como subsistemas duráveis de médio e longo prazo, e o grau de unidade e multiplicidade em cada uma delas é diverso e contexto-dependente. Unidade e multiplicidade (necessidade e contingência), são opostos correlativos e igualmente relevantes, sem que o Uno tenda a sobrepujar e dissolver o Múltiplo, como em Hegel, nem vice-versa. Ao eliminar gradativamente a contingência no âmago da logicidade do Conceito, a filosofia hegeliana termina anulando o traço de abertura característico da liberdade negativa no fechamento típico da liberdade positiva compreendida como a autodeterminação da razão absoluta ou incondicionada.

A recusa da teleologia do incondicionado conduz a uma deflação da ontologia que será refletida em uma teoria deflacionária do direito (LUFT/PIZZATTO 2018): em lugar da inflada legislação contemporânea reemerge a lei como condição mínima de efetivação da liberdade. A normatividade humana brota de uma longa história evolutiva, mas não é estranha à teleologia imanente e dinâmica que inere a todos os sistemas naturais. Na verdade, é a mesma busca por coerência que reencontramos na esfera do espírito, mas agora mediada por conceitos. As prioridades que emanam da ação humana resultam, em parte, de condicionamentos biológicos – como a prioridade que uma mãe tem de proteger seu filho em situação de necessidade – e em grande medida de condicionamentos sociais. Todavia, é exatamente a presença de liberdade objetiva que possibilita ao agente o questionamento crítico destas prioridades

herdadas e a exploração de novos modos possíveis de realização da coerência em sua vida pessoal e em seu modo de viver partilhado com outros em uma comunidade.

Uma vez manifesta a liberdade humana, inerentemente reflexiva, emerge com ela a esfera do direito em sentido estrito, pois a partir de agora esta não pode ser mais do que o campo de efetivação da liberdade. Qualquer tentativa de elevar este ou aquele valor específico a norte universal da ação humana em lugar da liberdade poderia ser questionada em nome de outro valor, mas toda a tentativa de questionar a liberdade em nome de outro valor não é mais do que um novo exercício de liberdade. Para uma pessoa, tentar escapar da liberdade é como querer fugir da própria sombra.

A liberdade é o bem que dá origem à esfera do direito, o norte de todos os atos jurídicos. As leis, por sua vez, são um recurso indispensável ou decisivo para a realização daquele fim. Hegel tem bem consciência de estar falando de nossas liberdades enquanto liberdades concretas, não de abstrações de um sujeito separado do mundo. As liberdades brotam de redes de interação permeadas por conflitos atuais e potenciais. As interações humanas podem promover a liberdade, mas podem também aniquilá-la. É o caso tratado por Hegel na dialética do Senhor e do Escravo. O sujeito que, em sua ação, busca reduzir outro sujeito a mero objeto, expõe-se ao risco da retaliação. Uma vez desencadeado o processo indiscriminado de agressão e retaliação surge no horizonte o risco ainda maior da guerra de todos contra todos. A presença da Lei não faz mais do que transferir o uso legítimo (porque focado em impedir o mal maior da perda generalizada das liberdades) do âmbito do arbítrio privado para o poder público exercido pelas instituições do direito.

A primeira lei do direito é, portanto, aquela que eleva um agente à condição de *pessoa*, o direito de autopropriedade (LOCKE 1980, §27), o direito à integridade pessoal, à preservação da coerência que inere ao todo orgânico desta pessoa concreta. Esta lei é condição necessária e irrecusável para que o direito seja possível, e de certo modo, como bem sabia Hegel, precede e instaura o todo da esfera jurídica. A sua validade pode ser considerada, portanto, incondicional (no âmbito do direito).

A segunda lei do direito visa dar conta de outra situação potencialmente conflitiva e disruptiva, agora não dizendo respeito à ameaça da escravidão, mas à tensão entre a infinitude potencial dos desejos e o caráter escasso dos recursos disponíveis para a sua satisfação. Ela é tematizada por Hegel na figura do *direito abstrato*, primeiro momento de sua *Filosofia do Direito*, a ser complementada pela

figura da *moralidade* e, por fim, pelo terceiro momento em que se realiza a síntese dos dois anteriores, a *eticidade*.

O direito abstrato é a manifestação do espírito (da vontade livre) como liberdade negativa, o reconhecimento mútuo de duas ou mais pessoas como *proprietárias*, mediante a efetivação de um contrato. Quando o desejo (potencialmente infinito) de duas ou mais vontades recai sobre um mesmo objeto não compartilhável (escassez), surge o inevitável conflito e, mais uma vez, a ameaça da retaliação indiscriminada. A lei limita as vontades ao introduzir o direito de propriedade. Para alguns autores liberais, esta segunda lei do direito deveria ser concebida como tão originária e irrecusável quanto a primeira, sendo melhor definida como o direito à apropriação original, o direito de toda pessoa ser proprietária de todos os bens adquiridos sem violência (ROTHBARD 2016). Todavia, mesmo entre os clássicos liberais o direito de propriedade (de bens externos) era visto apenas como *condicional* (LOCKE 1980, §31). É o que também pensa Hegel, de certo modo, ao considerar o direito abstrato como válido em sua universalidade *apenas* enquanto reconstruído como momento da eticidade. A lei só se efetiva pela mediação do poder estatal.

Contrariamente a Hegel, todavia, o direito de propriedade deveria ser subordinado, como aqueles derivados das demais leis não irrecusáveis *por princípio*, não ao tipo de institucionalização estatizante descrita pelo filósofo, mas a um imperativo anterior: aquele que garante a todos os afetados pelas leis a sua anuência *explícita*: “Só a lei consentida é justa” (LUFT 2017). E só comunidades assentadas na Ideia de Justiça são efetivas comunidades livres, mesmo que as comunidades existentes, como é o caso, não sejam mais do que um vislumbre desta Ideia¹³.

A Ideia da Justiça vem de mãos dadas com a Ideia da Política. Se a liberdade negativa vigora entre agentes que coexistem e se reconhecem como pessoas ou seres portadores do direito (incondicional) à autopropriedade e (condicional) à propriedade de bens externos, a liberdade positiva manifesta-se primeiramente de modo interno, na reflexão moral subjetiva, e posteriormente, uma vez conciliada com a liberdade negativa (uma vez integrados a moral e direito), de modo externo na reciprocidade

¹³ Devemos falar, neste contexto, de graus de efetivação da liberdade em distintas comunidades e momentos históricos.

ética intersubjetiva; é assim que a autoconsciência se manifesta na história por meio de uma cultura pujante e livre.

Este é o ponto crucial. Tem sido um desafio contínuo da tradição dialética pensar o todo das interações sociais sem esmagar a individualidade, a autonomia pessoal. Se o vício da ontologia atomista característica da tradição liberal tem sido a incapacidade de conceitualizar a *sociabilidade* humana (GRAY 1995, p. 55; 80), enquanto sua virtude tem sido o respeito pela autonomia pessoal, com a tradição dialética dá-se o contrário: o holismo forte tende a diluir as individualidades no todo de uma coletividade, seja compreendida como o espírito do povo em Hegel, a classe em Marx ou o “coletivo” no imaginário político contemporâneo.

A nova compreensão da razão dialética como Ideia da Coerência muda as regras do jogo. Nem o Uno esmagando o Múltiplo, nem o Múltiplo dissolvendo o Uno. Nem a sociabilidade preponderando sobre as individualidades, nem estas sobre aquela, mas o crescimento diretamente proporcional de ambas, a *mesótês* ou meio-termo que inere, como Ideia, às sociedades abertas¹⁴ ou dinâmicas¹⁵. Eis o bem político almejado: a *autonomia recíproca* (LUFT/PIZZATTO 2018, p.559). A Lei é condição para que as sociedades livres floresçam.

Referências

- BARABÁSI, A.-L. **The New Science of Networks**. Cambridge: Perseus, 2002.
- BERLIN, I. Two concepts of liberty. In: **Four essays on liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.
- CIRNE LIMA, C. **Obra completa [OC]**. Porto Alegre: Escritos, 2017.
- CIRNE-LIMA, Carlos. Auto-organização e Sistema. In: CIRNE-LIMA, Carlos; ROHDEN, Luiz (Orgs.). **Dialética e Auto-organização**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 17-56.
- DEUTSCH, David. **The Beginning of Infinity**. New York: Penguin Books, 2011.
- FICHTE, J. G. **Grundlage der gesamten Wissenschaftslehre [WL 1794]**. 4. ed. Hamburg: Meiner, 1997.

¹⁴ Na terminologia de Popper (1966).

¹⁵ Na terminologia de Deutsch (2011).

GARE, Arran. Overcoming the Newtonian paradigm: The unfinished project of theoretical biology from a Schellingian perspective. **Progress in Biophysics and Molecular Biology**, p. 1–20, 2013.

GRAY, John. **Enlightenment's Wake: Politics and Culture at the Close of the Modern Age**. London: Routledge, 1995.

HABERMAS, Jürgen. **Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln**. 6. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1996.

HEGEL, G.W.F. **Wissenschaft der Logik [WL]** (I, II). Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.

. **Grundlinien der Philosophie des Rechts [GPR]**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

. **Phänomenologie des Geistes [PhG]**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

. **Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften [Enz] (I, II, III)**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

HONNETH, A. **Das Recht der Freiheit. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit**. Berlin: Suhrkamp, 2013.

. **Verdinglichung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2005.

. **Leiden an Unbestimmtheit**. Stuttgart: Reclam, 2001.

. **Kampf um Anerkennung. Zur moralischen Grammatik sozialer Konflikte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1992.

LOCKE, John. **The Second Treatise of Government [ST]**. Indianapolis: Hackett, 1980.

LUFT, E. **As sementes da dúvida**. Investigação crítica dos fundamentos da filosofia hegeliana. São Paulo: Mandarim, 2001.

. **Sobre a Coerência do Mundo**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

. Subjetividade e natureza. *In*: UTZ, Konrad; BAVARESCO, Agemir; KONZEN, Paulo Roberto (Orgs.). **Sujeito e liberdade: investigações a partir do idealismo alemão**. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, p. 205–219.

. Ontologia deflacionária e ética Objetiva. **Veritas**, v. 55, n. 1, p. 52–120, 2010.

. O conceito de liberdade na lógica de Hegel. In: Bavaresco A; Guedes de Lima, F.J. (orgs.). **Direito e Justiça: Festschrift em homenagem a Thadeu Weber**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 152-170.

. **Enlaçamentos**. 2017. Disponível em: <<https://ideiadaoerencia.wordpress.com/2019/03/13/1004/>>.

LUFT, E.; PIZZATTO, R. Concretude e virtualidade: nossas liberdades na era da internet. **Veritas: Revista de Filosofia da PUCRS**, v. 63, n. 2, 2018.

POPPER, K. **The Open Society and Its Enemies**. 5. ed. London/New York: Routledge, 1966.

ROTHBARD, MURRAY N. **The Ethics of Liberty**. Auburn: Mises Institute, 2016.

TORRES FILHO, R. R. **O Espírito e a Letra**. São Paulo: Ática, 1975.

14. O DIREITO DE SER INFORMADO NO ÂMBITO DA PROTEÇÃO MULTINÍVEL DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-14>

Anna Papa

1. Liberdade de manifestação de pensamento e democracia

O direito de expressar livremente o pensamento (e, mais geralmente, a liberdade de expressão) é uma das situações jurídicas subjetivas de maior importância para a implementação e desenvolvimento de uma sociedade democrática. O exercício desse direito permite, de fato, que todos os indivíduos não apenas consigam explicar, com a palavra, o texto ou qualquer outro meio de divulgação, sua própria personalidade, seu “sentimento”, mas também participem da formação do opinião pública e da cultura, entendida como o conjunto de ideias e princípios que representam o substrato das comunidades das quais cada um é parte integrante.

Parece, portanto, evidente que as dinâmicas de formação dessas últimas - e, em particular, a opinião pública -, apresentam, em um sistema democrático, uma relevância inquestionável, tendo em conta o rol de sustentação que adquirem na legitimação das instituições e das regras da comunidade, que, por sua vez, influencia-nas, devido aos diferentes elementos políticos que as compõem e caracterizam¹. A

¹ Os processos de legitimação democrática das instituições podem ser, como foi destacado, de um tipo formal, composto por regras e procedimentos, como eleições e votação parlamentar, ou de tipo informal, com base em julgamentos em evolução contínua e por portanto, na opinião pública e atitudes de confiança ou desconfiança dos cidadãos em relação ao sistema político e seus representantes. Sobre o ponto cfr. G. SARTORI, *Opinione pubblica*, in *Enciclopedia del Novecento*, 1979; G. REBUFFA, *Opinione pubblica e democrazia*, in *Il Mulino*, 2003; M. BARISIONE, *Le trasformazioni della comunicazione politica nella democrazia del pubblico*, in F. SACCÀ (a cura di), *Culture politiche, democrazia e rappresentanza*, Milano, 2014. Como observa J. HABERMAS, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, Bari-Roma, 2002, 35, nas sociedades modernas, há uma tendência a uma complexidade crescente, na qual mais e mais interações são gerenciadas pelo sistema de mídia (dinheiro e poder) e onde, mesmo assim, mais subsistemas são criados para lidar com essa complexidade. As sociedades modernas, portanto, são apresentadas como subsistemas gerenciados pela mídia, cujo principal objetivo é reduzir a complexidade. Em particular, a comunicação no espaço público é caracterizada pela capacidade de alguns componentes do sistema social influenciar a mídia (pense na tendência de cada grupo de poder (-político, econômico, cultural- de equipar-se de um jornal próprio) e pela presença da mídia na posição de oligopólio da difusão do pensamento, capaz de influenciar fortemente o conhecimento e a percepção dos fatos pela comunidade. Nesses aspectos, cfr. F. INTROINI, *Comunicazione come partecipazione*, Milano, 2007, passim; J. JACOBELLI, *Politica e Internet*, Soveria Mannelli, 2001.

consequência de tudo isso é que cada Estado democrático apresenta características peculiares de opinião pública e formação de consenso, no entanto continua sendo comum e incontroverso a exigência de que a decisão popular - na forma de eleições, referendo ou das cada vez mais numerosas experiências participativas e deliberativas² - represente o resultado de uma vontade constituída de maneira “política” e, portanto, consciente, em um dos muitos *áγορᾱί* (políticas, comunidade, televisão, virtual) em que o debate tem lugar nas sociedades ocidentais atuais³.

Pode-se até dizer que quanto mais a manifestação da vontade popular tem que produzir resultados deliberativos e não apenas eletivos, mas também assumem relevância não apenas a “presença” de uma opinião pública livre e plural, como também a “qualidade” dela própria⁴, sendo necessário não apenas que se forme após a “aquisição de conhecimento e competência sobre o objetivo da decisão a ser adotada”, como também que esses últimos (conhecimento e competência) tenham sido formados com base em conteúdos plurais, confiáveis e, na medida do possível, imparciais⁵. Daí a relevância que, nos sistemas democráticos, assumem não apenas o direito de informar, mas também de “ser informado” de maneira verdadeira e plural⁶.

² Experiências participativas, como pesquisas informadas, nas quais um elemento fundamental do conceito, também muito atual, de democracia participativa, ou seja, é dizer “la previa discussione pubblica caratterizzata dallo scambio di informazioni e argomenti, confortati da ragioni”. Sobre esses aspectos, ver, entre outros, U. ALLEGRETTI, *Democrazia partecipativa e processi di democratizzazione*, em *Democrazia e diritto*, 2/2008; R. BIFULCO, *Democrazia deliberativa*, em *Enciclopedia del diritto*, Annali IV, Milano, 2011, 271.

³ Como destaca PAOLA BILANCIA, *Democrazia diretta vs democrazia rappresentativa. Profili problematici nel costituzionalismo contemporaneo*, em *Federalismi.it*, 2017, n.1, “appare evidente che la democrazia in Rete esiga qualcosa di più. Per assumere una posizione è fondamentale partecipare al dibattito, esprimere le proprie idee, criticare le altrui posizioni, proporre emendamenti: un processo “deliberativo”, infatti, necessita di un incontro tra argomentazioni che giustifichino una decisione finale. Per valutare le ragioni della accettazione e del rifiuto della proposta in condizioni di parità (isegoria) e pervenire ad una deliberazione è necessario seguire un percorso logico che porti alla condivisione o meno di un obiettivo. Ciò presuppone una fase di ascolto, di valutazione e di critica: i presupposti per tale procedimento devono pertanto essere la massima inclusività e la parità delle parti in dibattito. Un percorso orizzontale, come quello che si svolge in qualsiasi agorà, e non guidato dal vertice”.

⁴ Sobre esses aspectos, permita-se o encaminhamento, sem pretensão de exaustividade, a A. PAPA, *Democrazia della comunicazione e formazione dell’opinione pubblica*, em *Federalismi.it*, 2017, n.1.

⁵ Nesses termos, Corte costituzionale, sent. n. 112/1993.

⁶ A exigência mencionada no texto destaca como fundamental, em uma democracia, a proteção do direito à informação e, ao mesmo tempo, a garantia da correção de seu exercício. Como será indicado mais adiante, esse direito permite a narração de um evento que aconteceu ou pelo menos como percebido pelo jornalista ou como referido. Por esse motivo, é um elemento fundamental que as notícias sejam verdadeiras, ou pelo menos confiáveis em suas fontes, que se refiram a fatos ou pessoas de interesse público e que, diferentemente das críticas, sejam relatadas de maneira asséptica e imparcial.

2. A proteção da liberdade de expressão no constitucionalismo multinível europeu

A origem da liberdade de manifestação do pensamento remonta à Grécia antiga, na qual os homens livres tinham o direito de se expressar em assembleias públicas (παρρησία), embora no declínio moral de "dizer a verdade". Posteriormente, esse direito encontrou espaço nas Cartas dos Direitos da idade moderna a partir da Declaração de Direitos inglesa, da Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América e da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789⁷.

Contudo, a liberdade de expressão assumiu, como se sabe, sua conotação mais completa, apenas com as Cartas internacionais do século XX e com a afirmação das democracias modernas. Um primeiro exemplo a esse respeito pode ser encontrado na Declaração da ONU de 1948, que diz: “Todo indivíduo tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui o de não ser perturbado por causa de suas opiniões, o de investigar e receber informações e opiniões, e o de divulgá-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão”.

Os trabalhos preparatórios desta resolução internacional certamente influenciaram - e presumivelmente foram influenciados - pelas Cartas Constitucionais que foram escritas naqueles anos. A referência é em particular à Constituição italiana, em vigor em 1º de janeiro de 1948, que dedica o art. 21 à livre manifestação de pensamento e liberdade de imprensa e à Lei Básica Alemã, promulgada em 23 de maio de 1949⁸.

Naqueles mesmos anos, e precisamente em 1950, também foi aprovada no âmbito do Conselho da Europa a Convenção Europeia para a proteção dos direitos humanos, que garante, no art. 10⁹, o direito de expressar o pensamento e constitui um

⁷ A Declaração no art. 11, estabelece que “a livre comunicação de pensamentos e opiniões é um dos direitos mais valiosos do homem; portanto, qualquer cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente, desde que responda ao abuso dessa liberdade nos casos determinados pela lei”.

⁸ No texto constitucional alemão, no art. 5, lê-se que: “1. Todo pessoa tem o direito de expressar-se e disseminar livremente sua opinião oralmente, por escrito e através da imagem, e de ser informado sem impedimentos em fontes acessíveis a todos. A liberdade de imprensa e a liberdade de informação por rádio, televisão e cinematografia serão garantidas. A censura é proibida. 2. Esses direitos têm limites nas disposições das leis gerais, nas disposições legais adotadas para a proteção dos jovens e no direito à honra pessoal. 3. Arte e ciência, pesquisa e ensino científico são gratuitos. A liberdade de educação não isenta de lealdade à Constituição”.

⁹ O texto da CEDH afirma que: “1. Toda pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou comunicar informações ou ideias sem interferência das autoridades públicas e sem considerar as fronteiras. Este artigo não impede que os Estados sujeitem empresas de radiodifusão, cinematografia ou televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício

ponto de referência fundamental na tutela multinível dessa situação jurídica subjetiva, graças à jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo¹⁰.

Essa pluralidade de atos da primeira metade do século XX inspirou, por sua vez, as Constituições europeias adotadas posteriormente, como por exemplo a Espanhola de 1978, e a mesma União Europeia que, em 2000, aprovou a própria Carta dos Direitos Fundamentais, em que, no art. 11, retomando em grande parte o texto da CEDH, afirma que “Todos têm direito à liberdade de expressão. Este direito inclui a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou comunicar informações ou ideias sem interferência das autoridades públicas e sem considerar as fronteiras. A liberdade da mídia e seu pluralismo são respeitados.”.

É evidente que todas essas disposições, nacionais e supranacionais, têm em comum o objeto geral de tutela, o direito de expressão e seu reconhecimento a todos. Ao mesmo tempo, porém, é possível observar em cada um deles a presença de uma visão particular do seu conteúdo, explicando ou não as diferentes situações jurídicas subjetivas que o compõem (manifestar o pensamento, informar, ser informado) e a previsão expressa de limites.

A título de exemplo, já se pode enfatizar que, por exemplo, a Constituição espanhola define expressamente a principal característica do direito de informar - isto é, a divulgação de informações verdadeiras - e prevê explicitamente com quais direitos a manifestação do pensamento deve ser primariamente ponderada¹¹. Por outro lado, a Constituição italiana optou pela extensão constitucional máxima da tutela, remetendo aos juízes, caso a caso, a tarefa de realizar a ponderação necessária entre os

dessas liberdades, que envolvem deveres e responsabilidades, pode estar sujeito a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas em lei, que constituem medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou segurança pública, defesa da ordem e prevenção do crime, proteção da saúde ou da moral, proteção da reputação ou direitos de terceiros, para impedir a divulgação de informações confidenciais ou para garantir autoridade e imparcialidade do poder judiciário”.

¹⁰ Múltiplas são as sentenças da TEDH nas quais foi utilizado como parâmetro o art. 10. Entre os mais recentes, cfr. o julgamento de 26 de abril de 1979 (sobre a importância de ser informado para avaliar a qualidade das decisões políticas adotadas); 21 de fevereiro de 1999 (em que a TEDH declarou que o direito dos jornalistas de publicar o que é adquirido de boa-fé e em conformidade com o código de ética; 27 de março de 1996 (de proteção do direito dos jornalistas de não revelar as próprias fontes); 9 de fevereiro de 2017 (para proteção dos jornalistas considerando os debates parlamentares e a condenação, portanto, por sua exclusão das sessões da assembleia representativa); 7 de março de 2019 (condenando da previsão de pena de prisão por crimes cometidos no exercício de sua atividade).

¹¹ O art. 20 da Constituição Espanhola, na seção IV, estabelece que a liberdade de expressão e impressão encontra “seu limite no que diz respeito aos direitos reconhecidos neste título, nos preceitos das leis que o desenvolvem e, especialmente, no direito à honra, privacidade, autoimagem e proteção de jovens e crianças”.

diferentes interesses constitucionalmente garantidos.

3. A liberdade de manifestação do pensamento na Constituição Italiana

Na Itália, como se sabe, o direito de expressar livremente o próprio pensamento se encontra regulamentado e protegido no art. 21 da Constituição, que representa uma das disposições mais relevantes contidas na Carta. De fato, esse preceito, em primeiro lugar, dá plena ação ao modelo personalista delineado no art. 2 da Constituição e, ao mesmo tempo, atribui uma importância central à liberdade de expressão, considerada por unanimidade, como destacou o Tribunal Constitucional desde suas primeiras sentenças, "pedra angular da ordem democrática"¹².

A disciplina constitucional, contida no art. 21, reflete a influência, embora não igual, de duas concepções diferentes de direitos¹³ e tutela de três situações jurídicas subjetivas diferentes: de manifestar o próprio pensamento, de informar e, embora implicitamente, de ser informado¹⁴.

¹² Corte Constitucional, sent. n. 84/1969.

¹³ A principal, relacionada à concepção de direitos como "liberdades negativas", destaca o aspecto ativo dessa situação jurídica subjetiva, que garante o exercício de todo tipo de intervenção, de poderes públicos e privados, visando impedir ou até limitar o direito de se comunicar com pessoas semelhantes, de debater com elas, defendendo suas próprias ideias em um "contraditório espontâneo e fecundo" entre opiniões diferentes. Essa abordagem privilegia o elemento personalista da liberdade de manifestação do pensamento, em consonância com o disposto no art. 2 da Constituição, que, ao estabelecer a inviolabilidade dos direitos constitucionais, não faz referência em nenhum momento ao interesse do sistema ou da comunidade como elementos capazes de condicioná-los. Nessa perspectiva, a relação que ocorre no exercício da liberdade de expressão é bilateral, desenvolvendo-se entre o indivíduo e as autoridades públicas, com o primeiro titular de um direito fundamental de expressar suas próprias convicções e com o segundo chamado a limitar o exercício, com fonte primária, somente nos casos em que se verifique a presença de um interesse contrastante cuja tutela possa justificar a compressão desse direito fundamental. A segunda concepção, que também deriva das disposições do texto constitucional, embora de maneira mais desfocada, é apresentada, atenta à aceitação e valorização da dimensão participativa do direito de manifestar o próprio pensamento. De acordo com a doutrina que segue essa abordagem, a Constituição italiana, embora carente de qualquer tipo de tentativa funcional, estabeleceu as condições para uma difusão de pensamento o mais ampla possível e com caráter pluralista, para a proteção de todos os sujeitos envolvidos no circuito comunicativo. Portanto, pode-se dizer que do texto constitucional se deduz a convicção de que o interesse geral pode ser melhor realizado, assegurando todas as manifestações, embora diferentes, minoritárias e isoladas, a possibilidade de adquirir um espaço de visibilidade na "esfera pública", entendida como o campo relacional em que a circulação dinâmica de ideias permite a formação da opinião pública, especialmente em questões sujeitas a debate político em locais representativos, mas de maneira mais geral em todas as questões que despertam interesse na comunidade.

¹⁴ A bibliografia sobre liberdade de expressão é muito mais ampla: cfr., entre outros, S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. ESPOSITO, *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Milano, 1958; P. BARILE, *Libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; L. PALADIN, *La libertà di informazione*, Torino, 1979; M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Appunti sulla libertà di manifestazione del pensiero*, en *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, vol. II, Padova, 1985; C. CHIOLA, *Manifestazione del pensiero (libertà di)*, en *Enc. Giur.Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988; A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del*

3.1. O declínio geral da liberdade de pensamento

Não constitui objeto do presente trabalho a análise da liberdade de manifestar o próprio pensamento em seu sentido mais geral, que a Constituição reconhece a todos e com o uso de qualquer meio¹⁵. No entanto, parece necessário sublinhar alguns elementos essenciais, que podem destacar a diferença entre este último e o “direito de informar”.

Um primeiro elemento característico pode ser individualizado, na medida em que a tutela da manifestação do pensamento busca permitir a comunicação entre indivíduos na esfera pública, com o único objetivo de permitir a externalização de sua personalidade. Também por esse motivo, as ideias, os pensamentos e as opiniões expressadas podem ter uma natureza inclusive objetivamente irracional, hermética, podendo ser o resultado da fantasia ou até mesmo deliberadamente não serem verdadeiras, desde que, no entanto, no último caso, elas não consistam na publicação e disseminação de notícias falsas, exageradas ou tendenciosas, que possam perturbar a ordem pública¹⁶. Além disso, do ponto de vista da ponderação de direitos, o exercício da liberdade de expressão tem a obrigação de respeitar não apenas a "moral" ("buon costume")¹⁷, indicado explicitamente na Constituição como limite, mas também os

pensiero, Milano, 1988; A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova, 1992; AA.VV., *Libertà di pensiero e mezzi di diffusione*, Padova, 1992; R. ZACCARIA-L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, vol. XII, Padova, 1992; L. CARLASSARE, *La comunicazione del futuro e i diritti delle persone*, Padova, 2000; A. PACE-F. PETRANGELI, *Cronaca e critica (diritto di)*, in *Enc. del dir.*, Agg., vol. V, Milano, 2002; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti da incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003; V. ZENO-ZENCOVICH, *La libertà d'espressione. Media, mercato, potere nella società dell'informazione*, Bologna, 2004; P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, Torino, 2005; A. PIZZORUSSO-R. ROMBOLI-A. RUGGERI-A. SAITTA-G. SILVESTRI (a cura di), *Libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, 2005; A. PACE-M. MANETTI, *La libertà di manifestazione del proprio pensiero*, in *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 2006; V. CUCCIA, *Libertà di espressione e identità collettive*, Torino, 2007; A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in Internet. Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009; M. OROFINO, *La libertà di espressione tra Costituzione e Carte europee dei diritti*, Torino, 2014; M. BIANCA - A. GAMBINO - R. MESSINETTI, *Libertà di manifestazione del pensiero e diritti fondamentali*, Milano, 2016.

¹⁵ Como é sabido, a primeira seção do art. 21 da Constituição Italiana estabelece que “*Tutti hanno il diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*”.

¹⁶ Nessa última hipótese, encontra aplicação o art. 656, embora corresponda inevitavelmente ao juiz a avaliação da real idoneidade das notícias divulgadas para configurar um perigo para a convivência pacífica e regular.

¹⁷ A disposição constitucional (Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume) tem sido objeto de extenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre o assunto. Nesse sentido, é importante considerar que o constituinte escolheu uma

direitos de terceiros garantidos constitucionalmente, como privacidade, dignidade e reputação¹⁸.

Outro elemento que caracteriza a livre manifestação do pensamento é a pluralidade dos meios de comunicação ("a palavra, a escrita e todos os outros meios de divulgação"), que a Constituição considera importantes para a circulação de ideias e opiniões e aos quais ela protege. Como é evidente, cada um desses meios é capaz de influenciar a liberdade de expressão, pois amplia ou restringe o número de comunicadores. Como já foi observado em inúmeras ocasiões, o mandamento constitucional é a base do pluralismo dos meios de comunicação, tanto os existentes no momento da aprovação (jornais, rádio) quanto os que vão se afirmando ao longo do tempo: antes da televisão e depois da Internet.

Isso permitiu a formação de um ecossistema de informações plural e

frase, o "buon costume", que não possui um significado jurídico determinado, com o conseqüente risco de deixar ao intérprete uma ampla margem de apreciação no caso específico. Também por esse motivo, desde seus primeiros julgamentos sobre o assunto, a Corte Constitucional considerou necessário interpretar essa frase de maneira evolutiva, levando-a a "non soltanto a ciò che è comune alle diverse morali del nostro tempo, ma anche alla pluralità delle concezioni etiche che convivono nella società contemporanea. Tale contenuto minimo altro non è se non il rispetto della persona umana, valore che anima l'art. 2 della Costituzione". Portanto, há previsão de uma limitação à livre manifestação do pensamento sempre que a comunidade se sente afetada negativamente, prejudicada e ofendida pela publicação de escritos ou imagens com detalhes impressionantes e horripilantes, manifestamente prejudiciais à dignidade de todo ser humano e como tal percebido pela comunidade. E, finalmente, Corte Constitucional, sent. n. 293 de 2000. Uma precisão adicional do conteúdo da noção de buon costume, feita pelo Tribunal Constitucional, dizia respeito aos destinatários da tutela. A esse respeito, o Juiz das leis afirmou que esse limite explícito deve ser entendido como "insieme di precetti che impongono un determinato comportamento nella vita sociale di relazione, la inosservanza dei quali comporta la violazione del pudore sessuale, della dignità personale (...) e del sentimento morale dei giovani". Assim, Corte Constitucional, sent. n. 368 de 1992.

¹⁸ Do ponto de vista da ponderação dos direitos conferidos a um fundamento constitucional, a Corte teve que avaliar em mais de uma ocasião a legitimidade constitucional das disposições legislativas pré-constitucionais e republicanas que limitam a livre manifestação do pensamento. De acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional, geralmente é feita uma distinção entre limites de natureza individual, que tendem a proteger os indivíduos e, principalmente, sua honra, reputação e intimidade e limites destinados a salvaguardar a personalidade do Estado, tanto interna quanto internacionalmente. Os primeiros se referem diretamente ao princípio personalista, que permeia o texto constitucional como um todo e, em particular, aos artigos 2 e 3 da Constituição. Estes, por outro lado, pretendem defender o que é definido como "paz social", que é declinada em uma pluralidade de interesses públicos, como o bom funcionamento da justiça, a segurança do Estado, a proteção da personalidade deste último e [...] a salvaguarda da ordem pública entendida em um sentido substancial, isto é, "ordine legale su cui poggia la pacifica convivenza sociale". Entre as numerosas sentenças a esse respeito, cf. Corte Constitucional, sent. n. 9/1965; Corte Constitucional, sent. n. 368/1992. Na doutrina, entre outros, ALPA G. (a cura di), *L'informazione e i diritti della persona*, Napoli, 1983; BILANCIA P., *La complessa tutela dei diritti nella Rete*, en PAPA A., *Comunicazione e nuove tecnologie*, Roma, 2011; POLLICINO O., *Un digital right to privacy preso (troppo) sul serio dai giudici di Lussemburgo? Il ruolo degli artt. 7 e 8 della Carta di Nizza nel reasoning di Google Spain*, en RESTA G., ZENO-ZENCOVICH V. (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015; VIGEVANI G.E., *Diritto all'informazione e privacy nell'ordinamento italiano: regole ed eccezioni*, en *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 3, 2016; MESSINA D., *Il diritto all'oblio tra vecchie e nuove forme di comunicazione e di espressione*, en *Quaderni di Diritto Mercato Tecnologia*, 3, 2016.

diversificado, também com relação às formas de comunicação presentes. Algumas mídias colocam os sujeitos em posição de agir em um nível de igualdade absoluta, sem obstáculos ou impedimentos técnicos à expressão de seu próprio pensamento¹⁹. Outros, por outro lado, devido a obstáculos técnicos, a necessidade de selecionar o conteúdo diante de espaços editoriais limitados e a natureza onerosa do uso da mídia, permitem que poucos difundam seus pensamentos para uma ampla audiência de indivíduos, que não têm outra opção para compartilhá-los ou rejeitá-los, sem poder, em nenhum caso, realizar o contraditório.

Parece, portanto, evidente que a mídia (palavras, escrita, plataforma tecnológica ou de televisão) se torna um elemento essencial para a livre explicação da liberdade de pensamento e, como tal, um destinatário da tutela constitucional, mas sem isso implicar, como destacado em vários julgamentos do Tribunal Constitucional, a individualização de um direito de poder acessar qualquer meio de comunicação como comunicador²⁰.

Contudo, segue correspondendo ao legislador a complicada tarefa de garantir a todas a possibilidade jurídica de utilização ou acesso aos instrumentos de difusão, no que diz respeito aos limites e modalidades exigidos pelas características peculiares do meio, isto é, pela presença de outros interesses constitucionalmente garantidos. De fato, uma vez que apenas o pensamento “difuso” é protegido por instrumentos que estão na disponibilidade jurídica do indivíduo; e, como essa disponibilidade está diretamente relacionada aos orçamentos subjetivos e objetivos individualizados pelo legislador, o número potencial de sujeitos efetivamente capazes de operar no cenário audiovisual acaba diretamente dependendo da maneira pela qual o legislador se mostra capaz de delinear e proteger o acesso.

3.2. A liberdade de informar

O segundo aspecto do direito de manifestação do pensamento, que é particularmente relevante aqui, consiste na liberdade de informar, entendida como

¹⁹ Pense nos debates e confrontos que, no espaço físico e na Internet, ocorrem em grupos restritos nos quais todos têm o direito de falar e onde, portanto, as ideias expressas têm potencialmente a mesma capacidade de disseminada entre os presentes e por estes compartilhados e rejeitados.

²⁰ Corte Constitucional, sent. n. 105/1972.

“liberdade de dar e difundir notícias, opiniões, comentários”²¹ a um número possivelmente grande e, em qualquer caso, indeterminado de destinatários da mensagem. Isso representa uma especificação mais geral da liberdade de expressão e pode ser exercido por qualquer pessoa que desejar finalizar sua externalização, compartilhando seu conhecimento e seu próprio saber e assim realizando a dimensão participativa da liberdade de expressão.

A liberdade de informar se move em duas linhas diferentes: uma é representada por informações profissionais, às quais a Constituição dedica três seções do art. 21 e que se caracteriza por estar sujeito a regras específicas ponderadas por garantias particulares. E outra é representada, por outro lado, por informações não profissionais e encontra seu próprio fundamento na reconstrução dessa situação jurídica subjetiva, dentro da liberdade do indivíduo de contar acontecimentos, fatos e episódios. Até o final do século XX, essa segunda área de exercício do direito de relatar estava substancialmente limitada ao uso da palavra, com poucos espaços na mídia para "leitores".

Com a chegada da Internet, por sua vez, e a afirmação em particular do que é definido como “jornalismo participativo”, as informações não profissionais assumiram uma relevância crescente. Nesse sentido, porém, é necessário enfatizar que o jornalismo cidadão não está sujeito às regras do jornalismo no sentido estrito. Portanto, o exercício desse direito, justamente por estar relacionado à realização da personalidade do indivíduo e resultando na vontade de expressar suas ideias, à percepção dos eventos que ocorreram e ao próprio conhecimento, não está subordinado à observância dos requisitos de objetividade, imparcialidade e integridade. Daqui resulta que essa forma de liberdade de informação não apresenta diferenças, do ponto de vista de limites e garantias, em relação à liberdade geral de expressão do pensamento descrita acima. Daí, por exemplo, a impossibilidade, de acordo com os regulamentos atuais, de identificar formas de responsabilidade para

²¹ A Corte Constitucional, sent. n. 105/1972, afirmou que a disposição segundo a qual "tutti" têm o direito de expressar seus próprios pensamentos "com ogni mezzo", não pode significar que todos devem, de fato, ter a disponibilidade material de todos os meios possíveis de difusão, mas isso significa, mais realisticamente, que a lei deve garantir a todos a possibilidade legal de usar ou acessar tais meios, com as modalidades e dentro dos limites eventualmente necessários pelas características peculiares dos diferentes meios. De tudo isso, compreende-se que o valor fundamental do art. 21 da Constituição Italiana reside na garantia subjetiva de liberdade, embora não a pretensão de usar meios que não estão disponíveis para o indivíduo, independentemente da importância do conteúdo que se pretende veicular.

quem prepara e divulga o que hoje é chamado de "fake news" e que alguns, como será indicado abaixo, definem como "verdades alternativas".

Em resumo, pode-se dizer que o exercício não profissional da liberdade de informação não requer o cumprimento de obrigações e regras particulares, mas também não possui garantias particulares (com a consequência de que, por exemplo, o site que hospeda um blog ou fórum pode ser "sequestrado" no sentido de sua obscuridade ou falta de orientação, a pedido da autoridade judicial). A informação profissional, por outro lado, beneficia-se das garantias particulares fornecidas pela Constituição e, por outro, está sujeita aos princípios e responsabilidades que a lei de imprensa, aprovada pela mesma Assembleia Constituinte em 1948, e a subsequente jurisprudência constitucional e de legitimidade que foram definidas²².

Daí a configuração, no último caso, de uma situação jurídica subjetiva autônoma, expressamente prevista no art. 21 da Constituição, reservada por lei a esses sujeitos, em primeiro lugar a jornalistas que fazem "informação" e, portanto, estão sujeitos a uma série de regras, inclusive deontológicas, mas ao mesmo tempo garantidas por uma proteção constitucional e legislativa incisiva²³, pois realizam uma atividade que apresenta a particularidade de ser não apenas o exercício de um direito constitucionalmente garantido, mas também um instrumento de democracia de um sistema²⁴. E precisamente sob essa perspectiva, a Constituição pede ao legislador que proteja também a informação como um todo, a fim de garantir que este último, na multiplicidade de suas fontes de informação e pontos de vista, respeite os parâmetros fundamentais de correção, imparcialidade e pluralismo, para permitir um processo correto e equilibrado de formação da opinião pública.

²² Na Itália, a informação profissional é regulada por várias fontes. A lei sobre a imprensa em papel (n. 47 de 1948) foram adicionados os regulamentos sobre informações televisivas (n. 103 de 1975) e imprensa on-line (n. 62/2001 e n. 70/2003). Os três regulamentos são muito diferentes entre eles. Os jornais on-line, por exemplo (com um volume de negócios abaixo de um limite estabelecido por lei), não têm obrigação de registrar, mas apenas o poder quando os editores desejam acessar a receita sobre a imprensa. Diferente também é o regime de responsabilidade do diretor de cada uma dessas mídias.

²³ Os jornalistas, como se sabe, devem respeitar o chamado "decálogo", elaborado pelo Tribunal de Cassação em relação ao direito de informar; eles têm o direito ao sigilo profissional que lhes permite não apenas proteger suas próprias fontes, mas também revelá-las para demonstrar a verdade das notícias.

²⁴ Como foi enfatizado, a jurisprudência da Corte Constitucional e do Tribunal de Cassação produziu na Itália uma "diritto dell'informazione" como instrumento de democracia. Tanto que um autor autorizado (E. CHELI, *La giurisprudenza della Corte costituzionale italiana in materia di media*, em www.cortecostituzionale.it, junho 2013) chegou a afirmar que a jurisprudência da Corte Constitucional atenuou gradualmente a visão do art. 21 da Constituição como um direito individual e o levou progressivamente - segundo o autor "funzionalizzato" - à garantia do caráter democrático da forma do Estado.

Logo, os três parâmetros nos quais o direito a ser informado necessariamente se baseia não precisam ser buscados nos diferentes atos de informação, mas no pluralismo da mídia (pluralismo externo) e nos pontos de vista garantidos (pluralismo interno), os quais, integrando-se, permitem uma visão cada vez mais complexa e diversificada da realidade.

Esse requisito tem sido constantemente sublinhado pelo Tribunal Constitucional, que, na convicção de que a liberdade de expressão do pensamento em seu significado de liberdade de informação constitui um pilar da vida democrática, reiterou que sua essência implica “pluralidade de fontes de informação, livre acesso a elas e ausência de obstáculos legais injustificados, também temporários, à circulação de notícias e ideias”²⁵.

3.3. O direito de ser informado

A exigência democrática por informações corretas, imparciais e plurais constitui a consequência do reconhecimento, na sede jurisprudencial, da existência de uma terceira situação jurídica subjetiva, que pode ser derivada do art. 21 da Constituição Italiana, consubstanciado no "direito de ser informado". Como é evidente, a fonte desse direito não é a disposição constitucional de tutela da manifestação do pensamento, lato sensu entendida, uma vez que essa última não parece suscetível de apresentar qualquer reclamação sobre quem lê ou ouve tal externalização, dada a sua natureza primordialmente individual. Pelo contrário, embora não seja possível configurar uma obrigação de informar, é igualmente verdade - como o Tribunal recorda repetidamente - que, quando se decide exercer esse direito, isso deve ser feito em relação a quem está sendo informado. Portanto, o jornalista deve se comprometer a produzir informações, como indicado acima, corretas e imparciais; em vez disso, cabe ao sistema legal garantir que ela também seja "plural".

Seguindo essa abordagem, a liberdade de informação revela um duplo ângulo visual, dependendo do ponto em que a tutela constitucional se move, articulada no direito de informar e no direito correspondente de ser informado. O reconhecimento dessa duplicidade assume uma importância fundamental para a identificação da essência do art. 21 da Constituição e o valor dessa disposição em relação à evolução no

²⁵ Corte Constitucional, sent. n. 105/1972, citada também na sent. n. 94/1977.

sentido democrático da sociedade. Esse direito em sua versatilidade torna-se coessencial para a forma democrática estabelecida na Constituição, considerando que “[...] os princípios fundamentais de nosso Estado exigem que nossa democracia se baseie em uma opinião pública livre e que seja capaz de desenvolver através da participação em condições de igualdade de todos para a formação da vontade geral”²⁶. As duas situações jurídicas subjetivas (informar, ser informado) não constituem, contudo, situações jurídicas perfeitamente especulativas. Em outras palavras, o direito de informar representa uma situação jurídica autônoma e diferente do direito de ser informado e sua realização não está diretamente relacionada e, acima de tudo, não está vinculada aos requisitos do segundo. No entanto, uma vez motivada, a liberdade de informação encontra-se no direito de ser informada de seu próprio limite.

No que diz respeito à evolução jurisprudencial do direito de ser informado, em uma primeira fase, a Corte Constitucional limitou-se a estabelecer a existência de uma tutela implícita e, sobretudo, indireta, exemplo do art. 21 da Constituição Italiana, destinado não a um direito, mas a um “interesse geral da coletividade à informação”²⁷, o que exigia uma pluralidade de fontes de informação, livre acesso a elas, ausência de obstáculos legais injustificados, também temporários, a circulação de notícias e ideias e exclusão de intervenções de autoridades públicas capazes de serem traduzidas, também indiretamente e contra as intenções, em formas de pressão para direcionar a imprensa em direção a objetivos predeterminados”²⁸. Posteriormente, a Corte, inaugurando uma jurisprudência já consolidada que relaciona estritamente democracia, informação e formação da opinião pública, reconhece o direito de ser informado como situação jurídica subjetiva constitucional inviolável, derivada dos

²⁶ Na sent. n. 112/1993, a Corte Constitucional sublinhou que “il “diritto all'informazione” va determinato e qualificato in riferimento ai principi fondanti della forma di Stato delineata dalla Costituzione, i quali esigono che la nostra democrazia sia basata su una libera opinione pubblica e sia in grado di svilupparsi attraverso la pari concorrenza di tutti alla formazione della volontà generale”.

²⁷ Corte Constitucional. n. 94/1977. A esse respeito, também foi especificado que “non è dubitabile che sussista, e sia implicitamente tutelato dall'art. 21 Cost., un interesse generale della collettività all'informazione di tal che i grandi mezzi di diffusione del pensiero (nella più lata accezione, comprensiva delle notizie) sono a buon diritto suscettibili di essere considerati nel nostro ordinamento, come in genere nelle democrazie contemporanee, quali servizi oggettivamente pubblici o comunque di pubblico interesse”.

²⁸ Corte Constitucional. n. 105/1972. Especificamente, a Corte Constitucional declarou a ilegitimidade constitucional de algumas disposições que, como um todo, impediam a livre divulgação e circulação de notícias e opiniões, por meio de imprensa periódica e por outros meios equivalentes, afetando não apenas a liberdade de manifestar o próprio pensamento, mas também e acima de tudo o “interesse generale, anch'esso indirettamente protetto dall'articolo 21, alla informazione, il quale, in un regime di libera democrazia, implica pluralità di fonti di informazione, libero accesso alle medesime, assenza di ingiustificati ostacoli legali, anche temporanei, alla circolazione delle notizie e delle idee”.

artigos 2 e 21 da Constituição e define, como será possível definir abaixo, as garantias democraticamente necessárias.

4. Liberdade de informação e formação da opinião pública

O reconhecimento pela doutrina e pela jurisprudência constitucional da liberdade de informação, em seu duplo sentido de informar e ser informado, como situação jurídica subjetiva, não apenas "individual", mas também "orientada" para o bom funcionamento da vida democrática, por um lado, redirecionou todos os meios de comunicação de massa no campo de "serviços públicos ou, em qualquer caso, de interesse público"²⁹; por outro, colocou a atenção na relação entre informação e opinião pública³⁰. Nesse segundo perfil interpretativo, encaixam-se as numerosas sentenças da Corte Constitucional em matéria de informação e de comunicação política, que se apresentam como um imperativo constitucional que o direito à informação seja “qualificado e caracterizado, entre outras coisas, pelo pluralismo das fontes disponíveis para ter conhecimento e notícias, a fim de colocar o cidadão em posição de realizar suas próprias avaliações, levando em consideração diferentes pontos de vista e diferentes orientações culturais e políticas, tanto pela objetividade e imparcialidade dos dados fornecidos como a partir da plenitude, correção e continuidade da atividade de informação proporcionada”³¹. Em particular, em um julgamento de 2002, a Corte enfatizou que “o direito a informações completas e objetivas do cidadão parece (...) ser protegido como uma prioridade, especialmente em relação aos valores constitucionais primários, que não têm a mesma visibilidade dos partidos, mas aqueles relacionados ao desenvolvimento correto do confronto político (e, portanto, também fora dos períodos de competição eleitoral ”³²), sobre os quais o sistema democrático se baseia”³³.

A mídia hoje representa o instrumento mais importante para a circulação da

²⁹ Corte Constitucional, sent. n. 112/1993.

³⁰ Corte Constitucional, sent. n. 112/1993.

³¹ Por exemplo, Corte Constitucional, sent. n. 69/2009.

³² Por exemplo, Corte Constitucional, sent. n. 69/2009.

³³ Corte Constitucional, sent. n. 155/2002. Segundo os juízes, de fato, “il diritto alla completa ed obiettiva informazione del cittadino appare dunque tutelato in via prioritaria soprattutto in riferimento a valori costituzionali primari che sono connessi al corretto svolgimento del confronto politico sui cui in permanenza si fonda, indipendentemente dai periodi di competizione elettorale, il sistema democratico”.

informação e a formação da opinião pública, pois desempenha o papel de difusora - no exercício não apenas do direito de informar, mas também do direito de crítica - do conteúdo produzido por sujeitos políticos (partidos e movimentos), e porque cada vez mais se tornam lugares onde as ideias são formadas.

Esse papel, como sabe-se, remonta ao tempo - a definição da imprensa como o quarto poder é atribuída a Edmund Burke em um discurso de 1787, no qual ele queria enfatizar a independência dos outros poderes do Estado - e ao advento da televisão certamente ajudou a consolidá-lo, acrescentando novos elementos. Nesse contexto, agora a Internet tem entrado, cada vez mais, como ponto de referência, especialmente para as gerações mais jovens, para compartilhar informações e formar opinião própria.

O resultado é uma estrutura em rápida evolução na qual hoje - sem a possibilidade de prever como será na próxima década, há um repensar quantitativo dos leitores de jornais de papel, que continuam a desempenhar um papel importante em termos de influência nas classes dominantes; há um papel ainda central da informação televisiva, também graças à onipresença desse meio e à sua relevância em termos de receitas publicitárias que possibilitam importantes investimentos; há um crescimento exponencial no número total de pessoas que são informadas pela Internet, também graças à sua capacidade de planejar novos “lugares” (perfis sociais, blogs, fóruns), nos quais a comunicação política ocorre, frequentemente coletada no conteúdo também por outros meios de comunicação (pense no twitter dos políticos ou nas postagens em blogs ou redes sociais)³⁴.

Além disso, desde o nível qualitativo, é difusa a percepção dos usuários no sentido de que as novas mídias não apenas oferecem uma maneira adicional de participar da democracia, mas também representam, acima de tudo, uma maneira diferente de vivê-la, podendo cada um expressar sua própria opinião de maneira horizontal e isonômica, em um contexto que parece garantir a efetiva plenitude das informações.

A diferente relevância da mídia no ecossistema da informação também depende das diferentes regulamentações às quais elas estão sujeitas. O papel da imprensa e da televisão na formação da opinião pública foi, de fato, mais ou menos rapidamente intuído pelo legislador que a disciplinou, não sem dificuldades em relação à televisão

³⁴ Sobre o ponto cfr., entre outros, B. Caravita, Social network, formazione del consenso, istituzioni politiche: quale regolamentazione possibile?, en *Federalismi.it*, 2, 2019.

para garantir o pluralismo. A Internet, por outro lado, ainda não conhece nenhuma intervenção legislativa a esse respeito, embora o papel que assumiu nas últimas duas décadas, na mudança dos processos de formação da opinião pública, pareça indiscutível, revitalizando, ainda que de certa forma virtual, a comunicação e a informação bi/pluridirecional, que a imprensa, mas principalmente a televisão, ambas as mídias unidirecionais, haviam marginalizado. Portanto, a Internet certamente permitiu a recuperação, pelo menos potencial, da centralidade da manifestação do pensamento na esfera pública como liberdade individual ativa, com a consequente melhoria da contribuição de cada indivíduo para o debate.

Ademais, a expansão dos sujeitos que manifestam o pensamento e dos espaços (sites, redes sociais, fóruns, blogs) em que se pode fazê-lo contribuiu para ampliar o número de temas discutidos, não limitando-os apenas aqueles políticos e/ou de atualidade mais estrita, mas incluindo todos aqueles em que uma sociedade pluralista pode ou está disposta a expressar interesse³⁵. Pelo contrário, pode-se afirmar que um determinado resultado, atribuível à Internet, é justamente a promoção do debate, mesmo sobre questões que, pelas mais diversas razões, deixam de estar no centro das atenções da mídia tradicional, permitindo, por consequência, uma "realocação parcial" na esfera pública do processo de formação da opinião pública.

Diferente da mídia tradicional, que tende a ampliar as opiniões formadas em outros lugares, o pluralismo de posições encontradas na Internet representa um instrumento importante para permitir que os usuários acessem e compartilhem opiniões, também contrastantes, sobre as questões mais diferentes.

Mais controversa, no entanto, é a análise da influência que a Internet exerce sobre a razão da liberdade de expressão em si. Na primeira fase, e ainda hoje em primeira leitura, considerou-se que o exercício da liberdade de manifestação do pensamento na Internet parece mais livre em relação ao mundo real, pois é plural e porque é exercido em um contexto que por natureza tende a subtrair das autolimitações ditadas por razões de oportunidade, temor reverencial ou por vínculos de natureza social (e às vezes até ética), que em outros contextos influenciam grandemente a externalização do pensamento.

³⁵ Como destacado pela Autoridade Italiana para a garantia de comunicações (AGCom) em seu relatório sobre o consumo de informações e a comunicação política na campanha eleitoral de 2016 com dados relativos a 2015, o meio ainda mais utilizado pelos usuários atualmente é a televisão, embora o uso da Web tenha passado de 38% em 2010 para 54% em 2015, superando os jornais de papel que sofreram nos últimos anos uma redução progressiva em seus leitores.

Além disso, a Internet parece permitir uma ampla contradição, pois muitas pessoas expressam opiniões e outras as recebem; de fato, algumas formas de comunicação na Internet são organizadas de forma a facilitar a interação e a possibilidade de replicar imediatamente qualquer opinião lida, para expressar concordância ou divergência.

Porém, uma análise mais atenta dos processos de comunicação atuais na Internet deixa claro como esse meio de comunicação é significativamente diferente da ideia (e dos ideais) de uso dos primeiros usuários. A grande quantidade de informações na Internet faz desse espaço uma teia de aranha (sem aranha), na qual, por sua vez, assumem relevância tanto alguns mecanismos que permitem a busca do conteúdo como os sujeitos (os mecanismos de busca) que a tornam possível, mediante o uso de algoritmos.

Do mesmo modo, a comunicação está cada vez mais concentrada em plataformas (por exemplo, redes sociais, mas também aquelas com objetivos políticos mais explícitos), cujos administradores, ao definir as regras de uso e sua implementação, também podem influenciar os mecanismos e os seus resultados. Também com o tempo, o sistema de relações na esfera pública da Web mudou. A experiência mais recente parece revelar que quem busca conteúdo na Web nem sempre deseja formar uma opinião com base em uma pluralidade de fontes, embora em muitos casos, melhor dito com frequência, sejam buscados conteúdos que confirme suas convicções pessoais ou, também, em casos mais limitados, para responder àqueles que expressam uma ideia diferente da sua (em alguns casos com personagens reais e próprios do discurso de ódio).

Além disso, o aspecto de confiabilidade e verificabilidade do conteúdo da informação divulgado na Internet, entendido como a veracidade do mesmo, é cada vez mais importante. Hoje parece que não é fácil - com a exceção de nos limitarmos a usar apenas os jornais on-line registrados ou a dedicar atenção especial aos sites dos quais as notícias são extraídas - distinguir o que na Internet é informação e o que pode ser definido como "terceirização de uma ideia pessoal assumida como se fosse um fato".

De fato, é cada vez mais comum ler artigos na Web que aparentemente são escritos de acordo com os cânones do direito de informar (descrição de um fato, atualidade dele, continência da linguagem) que, no entanto, descrevem eventos que não existem ou que acabam por ser, numa leitura mais atenta, manifestamente falsas,

prejudicando assim o elemento fundamental da veracidade das notícias. Em outras palavras, estamos diante de fake news, no idioma atual. Se forem consideradas individualmente, cada uma dessas expressões poderá ser incluída na categoria “expressão da criatividade do pensamento individual”, que é redirecionada, como tal, à manifestação livre e geral do pensamento, mas, na realidade, é agora uma opinião compartilhada que faz parte de um fenômeno mais complexo e articulado, que é o da pós-verdade ou dos “fatos alternativos”, com base em notícias infundadas, colocadas “conscientemente” na Web para que sejam compartilhadas rapidamente com o objetivo de criar um debate, desenvolvido a partir de um objeto formalmente apresentado como uma história e, portanto, é percebido pela maioria como confiável, porque considerado (incorretamente) submetido, como ocorre com as notícias publicadas em um jornal em papel ou emitidas pelo noticiário, com regras legais precisas de veracidade e relevância. O resultado hoje é a disseminação de confrontos na Web, às vezes muito severos, que se inspiram em notícias falsas ou que proporcionam a ocasião para manifestações do pensamento às vezes muito prejudiciais à dignidade das pessoas, também ausentes. Isso acentua fenômenos já conhecidos, como a tendência de formar redes de comunidades de indivíduos, também definem eco-chambers, que pensam da mesma maneira, em que a opinião contrária está destinada a ser fortemente criticada, ou à inserção, em comunidades de debate, de usuários que têm o único objetivo de agredir verbalmente aqueles que compartilham uma opinião ou analisam um fato.

5. Considerações finais

Como recordado ao longo deste trabalho, a mídia representa um importante (talvez hoje o mais importante?) instrumento de circulação de informações e treinamento da opinião pública, uma vez que desempenha o papel de difusora, no exercício não apenas do direito à informação, mas também da crítica - de conteúdos elaborados por sujeitos políticos (partidos e movimentos), e porque, cada vez mais, é colocada como lugar onde as ideias são formadas.

A presença de uma pluralidade de mídias, cada uma estruturada internamente de maneira plural, representa uma garantia inquestionável do caráter democrático do

sistema, mesmo que as diferenças quantitativas e qualitativas entre as diferentes mídias sejam relevantes e evidentes.

Em particular, como lembrado anteriormente, é difusa - exceto pelas primeiras opiniões dissonantes registradas nos últimos tempos³⁶ - a percepção dos usuários de que as novas mídias não apenas oferecem uma maneira adicional de participar da democracia, mas também representam uma maneira totalmente diferente de vivê-la, cada um sendo capaz de expressar sua opinião horizontal e equitativamente, em um contexto que parece garantir uma integridade eficaz das informações.

Nessa visão, portanto, existem, por um lado, jornais e redes de televisão que são percebidos como uma resposta a uma linha editorial que às vezes os distancia dos cânones da imparcialidade e justiça; por outro lado, a Internet é percebida como plural e democrática.

Na realidade, como parece cada vez mais evidente, a Internet está influenciando profundamente as formas de comunicação na esfera pública. Hoje, sociedades tecnologicamente avançadas são comumente definidas como a "sociedade do conhecimento", acreditando que a troca de dados produzidos durante a comunicação, especialmente na Internet, é em si um elemento do conhecimento.

Por outro lado, parece mais correto considerar que os dados são apenas um elemento, que devem ser contextualizado para se tornarem informação; do mesmo modo, essa última deve ser confrontada e cruzada com outras informações para se tornar "conhecimento". Na "dinâmica relacional" de hoje, no entanto, a tendência de permanecer nos "dados" se manifesta: na publicação no Facebook, no vídeo, no tweet. Em outras palavras, processos de desintermediação que estão produzindo uma individualização do processo de formação da opinião pública estão sendo apoiados.

Esse processo não é negativo por si só, mas exige uma "neutralidade" dos processos de comunicação na Internet que atualmente não são garantidos. Conclui-se que, na ausência de garantias do caráter democrático dos processos de formação da opinião pública e na presença de agregadores de conteúdo que ocupam o mercado em posições oligopolistas, é necessário primeiro refletir sobre o que é informação, sobre o que é a diferença, na relação gênero-espécie, da livre manifestação do pensamento e, por último mas não menos importante, de quais medidas adotar para garantir de

³⁶ A referência ao conteúdo da carta escrita por Tim Berners-Lee em 12 de março de 2017 (disponível no site da World Wide Web Foundation), na qual o inventor da Web lamenta o distanciamento progressivo da Internet da visão inicial que ajudou a determinar.

maneira homogênea o respeito ao objetivo informacional nos três meios de comunicação de massa dos quais as sociedades contemporâneas podem beneficiarem-se.

De fato, é claro que há uma distonia clara entre a disciplina e os propósitos informativos de cada mídia. Em outras palavras, se, por um lado, as informações gerais e políticas fornecidas pela imprensa escrita e pela televisão são, como "profissionais", fortemente regulamentadas, embora de maneira diferente - para (ou pelo menos tentar) alcançar resultado comum de pluralismo e correção de informações; por outro (com exceção dos jornais on-line mencionados acima), todo o espaço de informações, participativa na forma mas em muitos casos profissional na substância, carece de disciplina. Tampouco se rogar à jurisprudência - que já está realizando importantes intervenções sobre aspectos patológicos da comunicação na Internet³⁷ - para definir as regras de um sistema já tripolar. De fato, corresponde ao legislador o esforço de imaginar o futuro papel da Internet na dinâmica da formação da opinião pública, a partir da conscientização de que uma democracia "contínua"³⁸, que deseja expandir os espaços atribuídos à decisão popular, não pode prescindir da formação de consenso também no espaço virtual, definindo regras para a defesa da liberdade e transparência desse processo. O tempo em que a Internet pode ser considerada um objeto inexplorado e inexplorável está longe. Seus mecanismos de funcionamento, perspectivas, uso nos processos de tomada de decisão e, acima de tudo, a influência que por meio desse instrumento pode ser exercida na construção de consenso já é conhecida. Alguns aspectos, por outro lado, já foram regulamentados: pense no comércio eletrônico, na prevenção e na repressão de crimes na web e na darknet.

³⁷ A jurisprudência mais recente do Tribunal de Cassação apresenta uma orientação que está se consolidando rapidamente, tendendo a redirecionar a difamação na Internet para a área de difamação agravada pelo uso de um meio de publicidade (art. 595, par. 3). Cfr., por exemplo, entre as mais recentes, a sentença da 1ª sec. pen. n. 50/2017, em que é reiterado que a difamação "via Facebook" é configurada como agravada quando o crime for potencialmente capaz de atingir um número indeterminado e, por outro lado, quantitativamente apreciável de pessoas.

³⁸ A definição é de Stefano Rodotà, segundo quem essa forma de democracia está substituindo aquela intermitente, típica dos sistemas representativos partidários. Na democracia, por outro lado, os indivíduos têm acesso a uma grande quantidade de informações, crescem as chances de intervenção direta dos cidadãos e os instrumentos de diálogo e pressão dos eleitores sobre os eleitos estão aumentando, a relevância das pesquisas cresce. Nada sugere que essa forma de democracia seja mais sólida do que aquelas que a precederam e não por coincidência, o autor conclui que "la continuità della democrazia esige altrettanta continuità delle garanzie che l'accompagnano". Cfr. S. RODOTÀ, Dieci tesi sulla democrazia continua, in D. DE KERCKHOVE - A. TURSI (a cura di), Dopo la democrazia? Il potere e la sfera pubblica nell'epoca delle reti, Milano, 2006, 149 ss.

Os tempos parecem, portanto, propícios a uma intervenção normativa útil que também garantisse à Internet o pluralismo interno e a circulação do conteúdo informativo nas plataformas digitais³⁹. Em termos mais gerais - se devem existir, todavia, algumas regras do sistema - é apropriado refletir sobre como alcançar, em relação aos três meios de comunicação que hoje concorrem na formação da opinião pública, um resultado homogêneo em termos de pluralismo (que precisa do contraditório), imparcialidade e veracidade da informação. A assimetria, hoje, na regulação desses meios de comunicação não parece mais sustentável, e cada vez menos será em um futuro próximo, sendo, portanto, necessária a superação da ideia, que prevaleceu até hoje da Internet, de que "nenhuma lei é melhor que uma lei medíocre", assumindo que nada pode regular o que evolui diariamente.

Os "lugares" das informações na Internet, por outro lado, podem ser regulamentados hoje, com a premissa de que uma lei sobre o assunto não pode ser destinada a longo prazo e que será necessário intervir periodicamente, a fim de permitir às regras acompanhar sua evolução. Nesse sentido, nem a longa validade da lei sobre a imprensa parece ser replicável, o que, como foi lembrado, cristalizou seus caracteres em um sistema que, pelo contrário, mudou profundamente, nem sobre a informação televisiva.

Cabe, portanto, ao legislador, cada vez menos nacional e cada vez mais europeu, e às forças políticas que o incentivam, refletir sobre o futuro próximo da informação nos diferentes Estados e na União como um todo e que o modelo de pluralismo (nos meios e nos meios de comunicação) tome consciência da mudança (irreversível) do quadro de referência e, ao mesmo tempo, do invariável papel fundamental que toda mídia desenvolve no processo de seleção dos conteúdos, no exercício do direito de informar e criticar, na circulação de ideias e, portanto, na formação da opinião pública.

³⁹ Sobre esses aspectos, há indicações relevantes da maneira como os diferentes Estados-Membros incorporarão a diretiva europeia sobre direitos autorais, cuja aprovação pelas instituições europeias é muito recente.

15. LIBERDADE DE EXPRESSÃO E CONFIGURAÇÃO DO AMBIENTE VIRTUAL: O CONTROLE DO FLUXO DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO NA INTERNET

*FREEDOM OF SPEECH AND THE CONFIGURATION OF THE VIRTUAL ENVIRONMENT:
CONTROLLING INFORMATION AND SPEECH ON THE WEB*



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-15>

Andrei Ferreira Fredes¹

Carlos Alberto Molinaro²

Resumo

A manifestação da opinião política e o fluxo de informações na internet são operacionalizados por corporações privadas que, através da utilização de algoritmos, afetam o fluxo e o alcance destes direitos. Considerando que a liberdade de expressão possui ligação direta com o livre desenvolvimento da personalidade e com a dignidade da pessoa humana, bem como dimensão objetiva fundamental como condição de possibilidade para qualquer regime democrático, se faz necessário questionar até que ponto essa liberdade pode ser realmente eficaz em um ambiente controlado por grandes corporações, sem quaisquer mecanismos democráticos.

Palavras-chave: Liberdade de expressão, democracia, internet, algoritmos.

Abstract

The manifestation of political opinion and the flow of information are handled by private corporations on the internet, which, by utilizing algorithms, affect the flow and reach of these rights. Considering that the freedom of speech has a direct link with the free development of our personality and the human dignity, as well as an objective dimension by being necessary for the possibility of any democracy, it becomes necessary to question until which moment does this freedom is real in an environment controlled by private corporations, without any democratic mechanisms.

Keywords: Freedom of Speech, democracy, internet, algorithms.

¹Doutorando e Mestre em Direito pela PUCRS. Professor do Centro Universitário Cenecista de Osório. Especialista em Direito Público e Docência do Ensino Superior. fredesandrei@gmail.com

²Professor Orientador

Introdução

A *internet* e as novas tecnologias impõem uma nova lógica ao mundo, a qual o Direito não pode ignorar, sob risco de se tornar (cada vez mais) anacrônico. É necessário pensar a ciência jurídica para o mundo que ela pretende normatizar, senão se estará fazendo Direito para um mundo que não existe mais.

A partir dessa lógica, este trabalho se propõe a repensar os limites e conflitos da liberdade de expressão envolta em novas tecnologias, especialmente a *internet* e as redes sociais. O direito à liberdade de expressão certamente não é um direito novo, figurando há muito tempo em cartas constitucionais e tratados internacionais e, mais ainda, em escritos políticos e filosóficos. Este será o objetivo da primeira parte do trabalho, ainda que não se traga novidades em relação ao conteúdo deste direito, é importante, em primeiro lugar, estabelecer o posicionamento deste trabalho em relação à liberdade de expressão, pois o pressuposto para a segunda parte – em que será explorado o problema propriamente da liberdade de expressão na *internet* – é o reconhecimento das dimensões objetiva e subjetiva da liberdade de expressão, ou seja, de uma íntima relação desse direito com o livre desenvolvimento da personalidade e com a dignidade da pessoa humana (dimensão subjetiva) e com a própria democracia, na qual a liberdade de expressão se coloca como condição de possibilidade de uma sociedade democrática e plural (dimensão objetiva).

Na segunda parte, o objetivo passa a ser repensar a condução da liberdade de expressão na *internet*, inicialmente percebendo que é impossível resolver todas as demandas que surgem envolvendo os eventuais excessos da utilização desse direito, descarta-se a possibilidade de exigir uma ingerência absoluta e única por parte do Poder Judiciário. Todavia, coloca-se o problema da legitimidade democrática das decisões tomadas pelos próprios veículos que regem o ambiente virtual – corporações privadas – sendo necessária uma reflexão sobre as possíveis consequências desse controle e da autorregulação efetuada pelos agentes privados, tendo em vista que abrir mão do controle público acerca dos limites desse direito significa abrir mão das fundações do regime democrático.

Acerca da metodologia, este trabalho se desenvolve a partir da metodologia sistemática em sua abordagem, uma vez que será estudado o direito como um todo, desde a Constituição à legislação infraconstitucional e demais normas infralegais,

tendo que a proteção da liberdade de expressão acontece majoritariamente pelo direito posto, positivado, mas não de forma isolada e sim percebido enquanto totalidade, convergindo em sentido constitucional. Quanto ao método de procedimento, será tipológico, trabalhando com conceitos jurídicos. Em relação ao método de interpretação, será utilizado um método sociológico, tratando os conceitos como fenômenos sociais em constante processo de mudança. Tal método pressupõe uma atenção especial à historicidade dos conceitos.

Dimensões Subjetiva e Objetiva da Liberdade de Expressão

Inúmeros são os trabalhos jurídicos, das mais diversas magnitudes, que apontam para a importância do direito fundamental à liberdade de expressão. Na formação atual da Corte Constitucional, observa-se o posicionamento pró-liberdade do Ministro Roberto Barroso (2014), que já em sede doutrinária defendera a denominada posição preferencial – que não se pretende debater neste momento – desse direito em função não apenas de sua íntima ligação com a autonomia e dignidade da pessoa humana, mas também como fundamento para a consolidação e exercício de outros direitos. Entretanto, antes mesmo do trabalho supramencionado de Roberto Barroso, o STF já havia se debruçado sobre esse Direito ao julgar o HC 82.424 e – ainda que tenha sido voto vencido – o Ministro Marco Aurélio (2004) apontou que “o específico direito fundamental da liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância, insuplantável” e defendeu a função desse direito de abrigar as opiniões contramajoritárias, para assim construir uma sociedade democrática, livre e plural. Uma sociedade em que o processo de formação do pensamento acontece através da contraposição de ideias, e não da supressão de alguma delas, pois, conforme conclui o Ministro:

Quando somente a opinião oficial pode ser divulgada ou defendida, e se privam dessa liberdade as opiniões discordantes ou minoritárias, enclausura-se a sociedade em uma redoma que retira o oxigênio da democracia e, por conseqüência, aumenta-se o risco de ter-se um povo dirigido, escravo dos governantes e da mídia, uma massa de manobra sem liberdade. (AURÉLIO, Marco. HC. 82.424. 2004).

Nos últimos 10 ou 15 anos após o julgado mencionado, certamente o Direito à Liberdade de Expressão continuou sendo um dos mais importantes e imprescindíveis direitos fundamentais para aqueles que estudam o Direito como ciência. Apenas

exemplificando a partir de algumas das principais revistas científicas nacionais: Roberto Dias (2012) expõe que “chega a ser um truísmo falar que não há democracia sem liberdade de expressão”; Newton de Lucca e Samantha Ribeiro Meyer-Pflug (2016) apontam que a liberdade de comunicação e expressão deve ser ilimitada, mas quanto maior for a liberdade maior deve ser a responsabilidade por aqueles que dela utilizam, o que significa que o controle jamais deve implicar em censura prévia, esclarecem: “A criação do habeas mídia (...) não se trata, nem mesmo remotamente, de se querer instituir algo nos moldes da censura prévia (...) o que se quer é o reconhecimento da sua plena responsabilidade pelos abusos”. Salete Oro Boff e Felipe da Veiga Dias (2012) apontam que, para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito orientado teleologicamente para a construção de uma sociedade humana, solidária e justa, percebe-se imprescindível a garantia da liberdade de expressão, referem que “reconhece-se na possibilidade de manifestação do ser humano em sociedade um requisito mínimo para esse objetivo”. Por fim, Daniela Gomes Oppitz (2017) conclui que “a liberdade de expressão (...) é essencial à circulação de informações que contribuem para o desenvolvimento cada indivíduo e determina a formação da opinião pública esclarecida, sem a qual não existe verdadeira democracia”. Ainda mais na América Latina, defende a autora, devido ao passado de repressão e censura, a defesa da liberdade de expressão se faz fundamental, e aponta que nesse sentido tem sido a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1985), principalmente a partir da Opinião Consultiva N° 5/85, que traz o seguinte preceito:

When an individual's freedom of expression is unlawfully restricted, it is not only the right of that individual that is being violated, but also the right of all others to "receive" information and ideas. The right protected by Article 13 consequently has a special scope and character, which are evidenced by the dual aspect of freedom of expression. It requires, on the one hand, that no one be arbitrarily limited or impeded in expressing his own thoughts. In that sense, it is a right that belongs to each individual. Its second aspect, on the other hand, implies a collective right to receive any information whatsoever and to have access to the thoughts expressed by others.

Certamente dezenas (provavelmente centenas) de páginas poderiam seguir sendo escritas apresentando inúmeros mestres e doutores em Direito que apontam ou entendem a importância e essencialidade do direito à liberdade de expressão,

pensamento ao qual este trabalho certamente se filia. Contudo, convém destacar que, ainda que obviamente não se esteja pretendendo argumentar em prol de um direito natural, a livre troca de ideias entre os homens sempre foi um tema de grandes aforismos, pois, como prescreve Aristóteles (1985), o homem é um animal político, ou seja, a vida em sociedade e a comunicação fazem parte da essência humana, uma vez que é o único dotado de racionalidade e da capacidade do discurso, conforme dito pelo filósofo ateniense:

Somente o homem, entre todos os animais, possui o dom da palavra: a voz indica a dor e o prazer, e por essa razão é que ela foi outorgada aos outros animais. Eles chegam a sentir sensações de dor e de prazer, e fazerem-se entender entre si. A palavra, contudo, tem a finalidade de fazer entender o que é útil ou prejudicial, e, conseqüentemente, o que é justo e o injusto. O que, especificamente, diferencia o homem é que ele sabe distinguir o bem do mal, o justo do que não o é, e assim todos os sentimentos dessa ordem cuja comunicação forma exatamente a família do Estado.

A acepção atual da liberdade de expressão começou de fato a ser calcada no iluminismo, e se insculpiu nas cartas de direitos do período revolucionário francês e americano, conforme apresenta Anthony Lewis (2011) os Estados Unidos formularam sua Primeira Emenda buscando limitar toda forma de controle e censura que anteriormente era realizada pela Inglaterra. O histórico norte-americano sempre foi de primazia deste direito (diferente do direito brasileiro), verdadeira posição preferencial, como menciona o ministro Barroso e se exemplifica na decisão do caso *Brandenburg v. Ohio* (1969), que reverteu a condenação de membros da Klu Klux Klan com base na primeira emenda.

Como dito por Goerge Orwell (2017) “If liberty means anything at all, it means the right to tell people what they do not want to hear.” Nesse sentido, Carlos Alberto Molinaro e Ingo Sarlet (2012) apontam, ao refletir sobre a manifestação do escritor alemão Günter Grass acerca dos conflitos entre Israel e Irã, que, em certos casos, o exercício da liberdade de expressão induzirá conflitos socioculturais, entretanto, tal reconhecimento não deve significar uma interdição do discurso, e sim uma aceitação das conseqüências das palavras proferidas – pois, obviamente, nenhuma liberdade é absoluta e livre de conseqüências – nas palavras dos autores: “O mais importante aí é a garantia de liberdade para a produção do debate, bem como a afirmação da atribuição de responsabilidade aos atores sociais envolvidos.”.

Contudo, o que será defendido aqui é que, apesar de todo arcabouço histórico e jurídico acerca da liberdade de expressão, esse direito se encontra cada vez mais enfraquecido, ou seja, cada vez mais carente de efetividade ou de eficácia social. Principalmente nos meios virtuais – onde se esperava que haveria uma propulsão da liberdade de expressão³ e agora se percebe que não ocorreu. E também especialmente no Brasil, devido a sempre presente herança patrimonialista na cultura nacional, pela qual o âmbito privado sempre tratou de suplantar o interesse público, o que frequentemente impediu o desenvolvimento dos valores liberais, exceto, é claro, pelo direito de propriedade.

Liberdade de expressão e tecnologia da *internet*

Conforme apresentam Molinaro e Sarlet (2012), a tecnologia não se apresenta como pretende o determinismo tecnológico, ou seja, como um sistema fechado de conhecimento – uma caixa-preta – cuja lógica deriva exclusivamente do campo das ciências naturais. Tampouco conforme postulado pela teoria da construção social da tecnologia, em que o que molda tecnologia é a própria ação humana, a partir do contexto e dos interesses dos principais atores sociais (FUJINAGA, 2017). Nesse sentido, Molinaro e Sarlet (2012) expõem que “(...)São necessárias aproximações tanto ao determinismo quanto à construção social da tecnologia, não como condições imperativas, mas como protagonistas de um jogo de interações que se articulam na acomodação dos anseios sociais”. Sendo assim, parece haver um movimento quase que dialético entre a técnica e o social, e esse movimento em si é o que se denomina tecnologia, produto de ambos, e, ao mesmo tempo, fundamento e influência das novas relações que daí decorrem. Manifesta-se a proposição dos autores de que a tecnologia se estabelece como sistema, em que a tecnologia em sua relação com as pessoas “adquire um contorno especial construindo uma rede muito complexa na qual o nosso cotidiano está incorporado” (MOLINARO, SARLET, 2012, p. 23).

³A declaração de Independência da Internet de 1996, por John Perry Barlow (1996), chega a ser anedótica atualmente, onde o autor afirma que “fala em nome do futuro” onde “a liberdade se instala” e que “os governos do mundo não possuem nenhum poder sobre a internet” bem como “nenhuma legitimidade, pois ela surge de um novo contrato social”. Independentemente do tom grandioso a Eletronic Frontier Foundation – fundada por John Perry Barlow e colegas – é atualmente uma das mais importantes e atuantes instituições na defesa da liberdade de expressão na Internet.

A concepção determinista na qual a técnica condicionava o agir e o saber fica bem clara em alguns documentos do período inicial da *internet*, a já mencionada Declaração de Independência da Internet colocava – além das passagens mencionadas anteriormente – que o ciberespaço é um local sem fronteiras e sem matéria física, e, portanto, impossível de ser balizado pelas leis do mundo físico (BARLOW, 1996), aparentemente algo que poderia ter saído dos escritos de um dos autores clássicos do determinismo tecnológico, como Neil Postman (2017, p. 7), que estabelece que “the uses made of any technology are largely determined by the structure of the technology itself – that is, that its functions follow from its form”. E certamente essa foi a concepção que encabeçou as primeiras análises sobre o mundo virtual, mais especificamente a respeito da liberdade de expressão. Eram praticamente unânimes as vozes que falavam que a *internet* abriria uma nova era para a liberdade de expressão, pois, conforme Eugene Volokh (1995) expôs no Yale Law Journal, a *internet* permitiria, enfim, que as opiniões fossem disseminadas amplamente sem um intermediário, como ocorria com os jornais e meios de comunicação clássicos, da mesma forma, em 1997, a Suprema Corte Americana, na decisão *Reno v. ACLU*, afirmou que “Through the use of chat rooms, any person with a phone line can become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox.” (U.S. Supreme Court. 1997). Passados 15 anos, o professor Christopher S. Yoo (2012) aponta que essas concepções não passaram de um mito, a *internet* está longe de ser um espaço sem intermediários entre interlocutores, o que ocorre é que os intermediários assumiram novas formas, e eles controlam, em menor ou maior proporção, o que pode ou não ser veiculado.

A partir dessa constatação apresentada por Christopher Yoo, é possível perceber como o determinismo tecnológico de fato não é suficiente para explicar os rumos tomados pelo desenvolvimento da *internet*, pois, se ela se tornou uma tecnologia enviesada⁴, certamente é em função das predisposições ideológicas de seus principais atores. Para aprofundar esse tópico, a seguir serão apresentados exemplos de como os principais atores da *internet* passaram a estabelecer sua moderação própria para definir quais conteúdos podem – ou não – ser veiculados.

⁴ No sentido do inglês *biased*.

Autorregulação da liberdade de expressão na *internet*: enviesamento dos algoritmos e sua possibilidade de auditoria

Há mais de 10 anos os dicionários Merriam-Webster e Oxford incluíram em seus verbetes em inglês o verbo *To Google*, ou seja, pesquisar na *internet* já é, há vários anos, sinônimo de usar o mecanismo de busca Google. De lá para cá, certamente o poder da gigante corporação Alphabet – responsável pelo Google e pelo Youtube – apenas aumentou. Em 2006, o Google foi responsável por pouco mais de 230 bilhões de buscas na *internet*, em 2016, a partir de dados fornecidos pelo próprio Google, a quantidade de buscas é, pelo menos, 20 vezes maior, ou seja, mais de 2 trilhões ao ano, em 1 dia seriam pelo menos 5.5 bilhões de buscas (SULLIVAN, 2017). Pesquisas utilizando diferentes metodologias apontam que o Google é responsável por entre 65% (COMSCORE, 2017) a 80% (SCHWARTZ, 2017) de todas as buscas efetuadas na *internet*. Se a liberdade de expressão é o direito de procurar, receber e difundir informações e ideias, como expressado no artigo 13 do Pacto de San Jose da Costa Rica (OEA, 2017), então certamente a forma como o Google define quais informações serão mais facilmente encontradas ou difundidas afetará a amplitude desse direito.

Para definir o conteúdo do recurso de buscas sugeridas ou quais páginas serão apresentadas em primeiro lugar, o Google utiliza algoritmos, como explicado pela própria empresa em sua página sobre os algoritmos *You want the answer, not billions of webpages*⁵, então, o Google faz uso de fórmulas matemáticas para decidir o que é a resposta que você deseja. Obviamente, esses algoritmos têm como objetivo fornecer o conteúdo que será mais interessante ao usuário, exatamente para que todos tenham a melhor experiência possível e continuem a utilizar o motor de busca do Google, por exemplo, a localização do usuário faz parte do motor de busca, assim, a pesquisa pelo termo *football* nos Estados Unidos irá oferecer resultados diferentes da mesma pesquisa na Inglaterra, já que, na grande maioria dos casos, as pessoas estarão buscando esportes diferentes (futebol americano e futebol). Esse é um exemplo simples para deixar claro como o Google busca selecionar informações, entretanto, são milhares de variáveis utilizada pela plataforma, que envolvem desde a eliminação de páginas com muita propaganda e pouco conteúdo, seleção de páginas mais relevantes, análise

⁵ Você deseja a resposta, e não bilhões de páginas da web” é o lema do Google em relação ao seu mecanismo de busca.

do contexto das buscas, histórico do usuário, experiência positiva dos usuários com determinada página e muitos outros fatores que não são perceptíveis, mas, em geral, facilitam nossas vidas⁶.

É evidente que não há a divulgação do algoritmo pela Google, até mesmo porque essa divulgação permitiria a cópia por competidores. Entretanto, como assinalado anteriormente, é um erro considerar que qualquer tecnologia é desprovida de ideologia. O Google não é apenas um motor amoral, ele é dirigido por pessoas, e essas pessoas controlam o acesso e difusão das informações atualmente na *internet* (TANEJA, 2017), e não há qualquer responsabilização pelos resultados desses algoritmos que guiam nossas vidas diariamente (DIAKOPOULOS, 2017). Todavia, aparentemente a comunidade acadêmica tem despertado para tal situação: a Yale Law School (2017) possui um projeto voltado para a sociedade de informação, no qual um dos tópicos mais abordados é a responsabilidade das grandes corporações pelos seus algoritmos, buscando avaliar quais as consequências de utilização de informações incorretas, e também nos casos do próprio desenvolvimento do algoritmo se apresentar enviesado.

Ao lado do Google observa-se a onipresença do Facebook. Atualmente, são mais de 2 bilhões de usuários na rede social, sendo que em torno de 1.3 bilhões são ativos diariamente⁷. Vale lembrar que o Facebook também é dono do aplicativo Whatsapp, utilizado hoje por mais da metade da população brasileira⁸. Muitos dados poderiam ser apresentados para enfatizar o duopólio encabeçado por Google e Facebook na *internet* atual, entretanto, basta observar o quanto foi gerado de renda com propaganda pelas duas companhias, o Google gerou 21.5 bilhões de dólares apenas nos Estados Unidos, enquanto o Facebook gerou 9.1 bilhões de dólares. As duas companhias são as com maior renda obtida com propaganda em 2016 no mundo, superando qualquer corporação da mídia tradicional (ROETTIGERS, 2017) e, na *internet*, ficam com aproximadamente 80 centavos para cada dólar gasto com publicidade (RILLEY, 2017).

⁶ Informações detalhadas das maiores atualizações do algoritmo do Google podem ser encontradas em: <https://searchengineland.com/8-major-google-algorithm-updates-explained-282627>. Acesso em: 16 de outubro de 2017. Também em: <https://moz.com/google-algorithm-change>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

⁷ Dados do próprio Facebook, coletados por <https://zephoria.com/top-15-valuable-facebook-statistics/>

⁸ Whatsapp chegou a 120 milhões de usuários no Brasil. <http://link.estadao.com.br/noticias/>

O mais fundamental para o trabalho aqui elaborado são as pesquisas que apontam que atualmente o Facebook é a principal fonte de notícias, especialmente para a geração denominada *millenials*, ou seja, que nasceram aproximadamente entre 1980 e 2000. Os resultados apontaram que mais de 60% desses jovens recebem notícias sobre política através do Facebook, e, em torno de 80% desses mesmos jovens afirmam que a maioria das notícias em sua *linha do tempo*⁹ estão de acordo com suas próprias visões políticas (MITCHELL, 2017): é aqui que se observa a atuação dos algoritmos.

Professores da Universidade de Michigan e de Illinois relatam que o desenvolvimento do primeiro sistema automatizado de reserva de voos, o sistema SABRE (SANDVIG, 2017), desenvolvido pela American Airlines e lançado em 1960, permitiu que se fizessem reservas em voos de forma quase instantânea utilizando terminais especiais, sem que fosse necessário passar por sequências de *call centers*, que faziam marcações em papel, como era realizado até então. Devido ao sucesso do SABRE, a American Airlines disponibilizou o sistema para todas as companhias aéreas, mas logo ficou aparente que, quando alguém fazia uma busca, por exemplo, de voo de Miami para Nova Iorque, os primeiros resultados que apareciam eram sempre os da American Airlines – e eram, em geral, os voos mais caros. Em função disso, foi aberta uma investigação antitruste pelo US Civil Aeronautics Board e pelo Departamento de Justiça. Quando o presidente da American Airlines foi chamado para depor, ele simplesmente confirmou todas as acusações: “Why would you build and operate an expensive algorithm if you can’t bias it in your favor?” (SANDVIG, 2017, p. 2). Em 1984, foi aprovada a regulação que determinava que deveria ser tornado público todos os critérios utilizados pelo algoritmo para indexar os voos nos Estados Unidos.

A partir desse relato, os professores apontam que todo algoritmo, até mesmo aqueles que aparentemente estão trabalhando bem, deveriam ser auditados. Eles apontam que, por exemplo, determinadas pesquisas relacionadas à saúde no Google sempre apresentavam como principais resultados informações e serviços prestados pelo Google Health (SANDVIG, 2017, p.4). Atualmente, o algoritmo do Google sofreu modificações e não traz mais esses resultados como preferenciais, entretanto, outros exemplos demonstram como, mesmo sem intenção, os resultados podem apresentar

⁹ Linha do Tempo é uma das formas de se referir ao conjunto de informações obtidas na página principal da rede social, selecionadas a partir de algoritmos.

problemas. O estudo dos professores Benjamin Edelman e Michael Luca (2017) de Harvard aponta que locadores negros recebem em torno de 12% menos por seus apartamentos e quartos listados no site airbnb¹⁰ em relação aos brancos. Na verdade, aqui o problema vai além do proposto nessa pesquisa, pois não se trata apenas de liberdade de informação e expressão, e sim do preconceito e discriminação que torna apartamentos ofertados por negros automaticamente menos interessantes. Ainda assim, o exemplo serve para elucidar as diversas consequências possíveis da coleta e do uso de informações pessoais para o fornecimento posterior de um serviço ou de indexação de dados.

Em relação à bolha ideológica do Facebook mencionada anteriormente, a própria companhia fundada por Mark Zuckerberg elaborou um estudo e publicou na revista *Science* para provar que as pessoas recebem informações que ressoam suas próprias opiniões devido às suas escolhas pessoais e não em função do algoritmo do Facebook (BAKSHY, MESSING, ADAMIC, 2017). O objetivo do estudo foi demonstrar que o que realmente influencia o conteúdo recebido por cada usuário são as escolhas que ele faz e as informações que ele fornece, porém, diversas críticas surgiram rapidamente. Em primeiro lugar, devido ao fato de que, para escolher pessoas que fazem escolhas, o Facebook selecionou apenas usuários que apontam em seus perfis qual a sua afiliação ideológica, ou seja, se mencionam explicitamente se são liberais ou conservadores, ou se são democratas ou republicanos. Chris Sandvig aponta que essa metodologia leva a uma conclusão absolutamente incorreta, pois o estudo clama que os usuários em geral do Facebook são os que definem o próprio conteúdo que decidem ter acesso, entretanto, é a exceção que coloca em seus perfis a afiliação ideológica (aproximadamente 4%) e obviamente esses usuários são provavelmente mais polarizados que o usuário padrão (SANDVIG, 2017). Salvo as devidas proporções, seria como fazer uma pesquisa apenas com pessoas afiliadas a partidos políticos no Brasil e daí afirmar que a população brasileira, em geral, se interessa por política. E pior, pois no caso em questão a pesquisa feita pelo Facebook só pode ser feita pelo próprio Facebook mesmo, já que ele é o único que tem acesso aos dados. Ainda que não se esteja falando diretamente de censura ou limitação da liberdade de expressão e de informação, e sim de uma forma mais sutil de

¹⁰ Airbnb.com é um site de oferta e aluguel de quartos, qualquer pessoa pode oferecer um quarto ou apartamento, o pagamento é feito via cartão de crédito no próprio site e a companhia fica com % do valor do apartamento ou quarto locado.

condicionamento da expressão e informação – na verdade, de um condicionamento sobre o qual nem é possível saber quão sutil realmente é, já que os dados não são públicos – certamente os efeitos e consequências de haver uma geração pela qual 60% da informação é obtida por um meio que fornece, quase na totalidade das vezes, apenas informações com a quais essas pessoas possam concordar ainda está em aberto, mas estudos já começam a ser elaborados. Uma pesquisa de opinião realizada em 2014, com aproximadamente 10 mil americanos (PEW RESEARCH CENTER, 2017), aponta que nos últimos 20 anos o percentual de eleitores do partido democrata, que considera as opiniões dos republicanos de forma “muito desfavorável”, aumentou de 16% para 38%, sendo que 27% consideram que os republicanos são uma ameaça ao bem-estar da nação. Do outro lado, o fenômeno se repete: entre os republicanos, o percentual que considera que possui opiniões “muito desfavoráveis” dos democratas subiu de 17% para 43% dos últimos 20 anos, e 36% dos republicanos atualmente acreditam que os democratas são uma ameaça para o bem-estar da nação. Além disso, a pesquisa aponta que em torno de 6 a cada 10 conservadores e 5 em cada 10 liberais possuem amigos próximos apenas, ou em maioria, que compartilhem das mesmas ideologias. Outras mudanças são apontadas, pois, inclusive no local onde as pessoas pretendem morar, a questão ideológica aparece, sendo que 50% dos conservadores disseram que é importante morar em um local onde as pessoas compartilhem da mesma opinião política, e 35% dos liberais também responderam dessa forma.

Retomando o argumento apresentado pelo Facebook – de que as pessoas desejam obter apenas o conteúdo que lhes agrada ideologicamente e fazem essa escolha – percebe-se que deve haver um tanto de verdade nisso, o problema é que a forma como o algoritmo é estruturado serve para amplificar ainda mais essa situação, a polarização se torna ainda maior nas redes sociais, e as pessoas se tornam cada vez mais incapazes de lidar com opiniões contrárias (BOBOK, 2017). Ainda que não se possa afirmar tão cedo qual será a consequência das câmaras de eco a que grande parte das pessoas se submetem diariamente ao enxergar o mundo através do Facebook, as sociedades democráticas sempre tiveram o embate de ideias como pressuposto básico da própria democracia, conforme elaborado na parte inicial deste trabalho. Esta é uma das facetas do direito à liberdade de expressão, o seu valor para a democracia e o pluralismo através de livre tráfego de ideias, fontes da tolerância e a maior defesa contra o totalitarismo. Como dito por John Stuart Mill (1996, p. 594), “It is hardly

possible to overrate the value, (...), of placing human beings in contact with persons dissimilar to themselves, and with modes of thought and action unlike those with which there are familiar”.

Ainda que a possibilidade de algoritmos enviesados estejam produzindo uma geração incapaz de lidar com posições antagônicas, e que caberia ao Direito realizar uma auditoria desse controle estabelecido pelos grandes meios de comunicação na *internet*, ainda assim se partiria de um pressuposto – o quanto o comportamento é afetado pelas redes sociais e mecanismos de busca na *internet* – que talvez fosse de difícil afirmação neste momento, e que provavelmente necessitaria uma análise sociopsicológica mais aprofundada, tal estudo provavelmente escaparia ao escopo deste trabalho e as capacidades deste autor, entretanto, tal possibilidade ainda ficaria aberta para debate com o corpo docente orientador. Porém, ocorrem outras situações próximas que certamente ensejam a elaboração desta tese e se situam no plano eminentemente jurídico, que dizem respeito à própria censura, ou limitação da liberdade de expressão, realizada pelos serviços até agora mencionados – Facebook e Google – e o incentivo que o poder judiciário vem oferecendo para que se realize essa censura.

1.a Autorregulação da liberdade de expressão na *internet*: a censura privada e o papel do poder judiciário

Ainda tratando das maiores empresas no ramo da *internet* – Facebook e Google – será exposto neste tópico a situação que oferece afronta mais direta, ou pelo menos mais visível, à liberdade de expressão: os casos nos quais o conteúdo é retirado ou sofre restrições em sua integridade por parte das companhias mencionadas. Antecipa-se também o argumento de que, por serem empresas privadas, podem livremente decidir o que desejam veicular em seus produtos, em primeiro lugar pela própria função social que, como é sabido, condiciona o uso da propriedade no Brasil e se estabelece como princípio geral da atividade econômica (BRASIL, 2019). Entretanto, fica em aberto qual seria o conteúdo da função social da propriedade de um serviço de *internet* – como uma rede social ou motor de busca – mas parte-se do pressuposto de que a função social da propriedade permite que se estabeleçam obrigações negativas e positivas por parte do proprietário, e, para atender ao princípio democrático e ao Estado de Direito, tais obrigações devem ter fulcro na lei e na Constituição, essa é a

lição da doutrina clássica sobre o tema em relação à propriedade em geral (TEPEDINO, 2017).

Obviamente, a delimitação do conteúdo desse direito será fundamental em eventual elaboração desta tese aqui proposta, todavia, considera-se possível delinear alguns pressupostos iniciais para, ao menos, estabelecer que há um conflito entre o direito de propriedade – que, a princípio, permitiria ao Facebook e ao Google restringirem o conteúdo - e à função social da propriedade e à liberdade de expressão. Entre esses pressupostos, pode-se mencionar a inobservância de qualquer possibilidade de contraditório, uma vez que, em regra, a supressão do conteúdo acontece de forma unilateral, sem oitiva do criador do conteúdo retirado, o que, por sua vez, ensejaria a atuação do judiciário, em função da inafastabilidade da jurisdição. E, especificamente em relação à liberdade de expressão na *internet*, poder-se-ia mencionar as disposições da Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014), que estabelece, entre outros, o respeito à liberdade de expressão como fundamento do uso da *internet* no Brasil (art. 2º caput), e também como princípio (art. 3º, I).

Além de condição para o pleno exercício do direito de acesso (art. 8º). Por fim, os art. 18 e 19, que tratam especificamente da responsabilidade do provedor de conexão¹¹ e do provedor de aplicações¹² frente ao conteúdo gerado por terceiros, os quais aqui se transcreve por considerá-los fundamentais para a tese que se esboça;

Art. 18. O **provedor de conexão** à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o **provedor de aplicações** de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado

¹¹ Provedor de conexão é aquele que fornece a conexão para que o usuário navegue na Internet, empresas como Net, Vivo, Oi, Tim, dentre outras. Estes nunca respondem civilmente pelo conteúdo gerado, ou seja, não é possível para terceiro lograr êxito na responsabilização do provedor de conexão pelo conteúdo gerado pelo usuário. O que obviamente é algo lógico, o oposto seria como responsabilizar o fabricante de papel pelas eventuais ofensas escritas em seus produtos.

¹² O provedor de aplicações é aquele que desenvolve serviços para a internet, como caixas de e-mail, salas de bate papo, redes sociais, sites para postagens de vídeos/músicas/textos, serviços bancários, motores de busca, dentre muitos outros. Sendo assim, é aqui que se inserem os serviços debatidos nesse trabalho, Google e Facebook.

como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário. (grifos do autor)

Como se depreende da leitura do artigo supramencionado, o provedor de aplicações – Facebook, Google, Youtube (ver nota explicativa 54) – só será responsabilizado se não tornar o conteúdo indisponível após ordem judicial específica, e se faz menção expressa à garantia da liberdade de expressão e objetivo de impedir a censura (aqui se nota que qualquer argumento de que a vedação constitucional da censura diz respeito apenas à atuação estatal não desqualifica o presente trabalho, já que o provedor de aplicações, em regra, será uma empresa privada). Além disso, o art. 21 da mesma lei traz a única exceção ao determinar que, caso o conteúdo diga respeito à violação da intimidade e contenha cenas de nudez ou sexo, o participante do conteúdo (vídeo/foto/áudio) pode solicitar a retirada, após a identificação específica do material e de verificação de legitimidade do solicitante, e, caso não seja atendido, poderá responsabilizar, subsidiariamente, o provedor de aplicações. Em qualquer caso, há o dever do provedor de aplicações de fornecer, sempre que possível, todas as informações acerca de eventual retirada de conteúdo após decisão judicial, visando permitir a atuação do contraditório e da ampla defesa em juízo conforme o artigo 20 do Marco Civil da Internet (BRASIL, 2014). Todo esse regramento é solenemente ignorado pelos provedores de aplicação, em geral sob o argumento de que os usuários aquiesceram aos termos de uso do serviço.

Logicamente, essa conduta limitadora da liberdade de expressão por parte dos provedores de conteúdo – redes sociais – não é exclusividade da dinâmica desses espaços aqui no Brasil. Pelo contrário, nos Estados Unidos, berço desse fenômeno, a discussão atualmente se encontra plenamente integrada na academia, em que diversos pesquisadores buscam encontrar o elo entre o limite ao controle de conteúdo por parte das redes e a Primeira Emenda (que estabelece a liberdade de expressão na Constituição Americana). O professor Benjamin Jackson (2014, p. 135) aponta que a Suprema Corte americana em diversos casos fez prevalecer a liberdade de expressão ainda que não se tratasse diretamente de expressão verbal, como o direito à queimar uma bandeira, queimar uma cruz ou utilizar um bracelete negro, todos protegidos pela primeira emenda, além disso as redes sociais também servem para veiculação de informações da imprensa, tendo, assim, relevância quanto à liberdade de imprensa, e, por fim, também em relação à liberdade de associação, pois os usuários estabelecem a própria rede com os quais desejam se comunicar, e os atos de censura muitas vezes

acarretam a própria suspensão ou banimento de usuários, os impedindo de se associar (JACKSON, 2014, p. 135 – 138). Somado a isso, encontra-se o argumento – já apontado anteriormente – sobre a inexistência de outro meio igualmente eficaz atualmente para o alcance que as redes sociais e a *internet* possuem na propagação da expressão individual. Ninguém teria o mesmo alcance distribuindo panfletos ou falando em praça pública¹³. Sendo assim, segundo o autor, inegavelmente a expressão no Facebook merece tutela da proteção constitucional americana, não valendo o argumento de que se trata de espaço privado e, portanto, não sujeito à proteção pela Primeira Emenda, uma vez que exercem função pública. Dessa forma, semelhante à decisão *Marsh v. Alabama*¹⁴, o Facebook não poderia, sendo uma companhia privada, limitar garantias fundamentais como se fosse o Estado; segundo, pela possibilidade de todos se utilizarem livremente do serviço, também não poderia uma empresa privada estabelecer os limites da função pública contida nesse espaço; e, por fim, mas não menos importante, pois a companhia privada carece de qualquer legitimidade democrática para regular essas questões (JACKSON, 2014, p. 144 – 146).

Claro que isso não significa advogar que se pretenda tornar a *internet*, ou as redes sociais, “terra de ninguém”, sem qualquer possibilidade de controle. Conforme estabelecido na parte inicial deste trabalho, nenhuma liberdade é absoluta, por vez que se autolimitam, e, especificamente em relação à liberdade de expressão na *internet*, algumas condutas certamente devem ser limitadas até mesmo para permitir que esse espaço mantenha a sua função. Lawrence Lessig (2017) aponta que, ainda que se aplique a Primeira Emenda para os espaços virtuais, alguns tipos de conteúdo terão de ser limitados, como conteúdos pornográficos ou publicitários (*spam*), uma vez que afetam a própria possibilidade de utilização desses espaços, e tais conteúdos são historicamente regulados em quaisquer outros espaços anteriores à Internet. Entretanto, muitos casos de restrição ou retirada de conteúdo não se enquadram

¹³ Muitos dados poderiam ser apresentados sobre essa questão e tornariam este trabalho excessivamente longo, entretanto como já mencionado anteriormente as redes sociais atualmente recebem visitas diárias de mais de 1 bilhão de pessoas, e dentre as novas gerações mais da metade busca se informar primariamente através do Facebook.

¹⁴ Nesta decisão a Suprema Corte Americana entendeu que feria a Primeira Emenda a ação de uma companhia que era proprietária de uma pequena cidade e tentou impedir a atuação de testemunhas de Jeová em suas áreas públicas. “1. A state can not, consistently with the freedom of religion and the press guaranteed by the First and Fourteenth Amendments, impose criminal punishment on a person for distributing religious literature on the sidewalk of a company-owned town contrary to regulations of the town's management, where the town and its shopping district are freely accessible to and freely used by the public in general.” U.S. Supreme Court. **Marsh v. Alabama**, 326 U.S. 501 (1946).

nessas situações, porém, obviamente a quantidade de conteúdo na *internet* já torna inviável que haja um controle humano sobre tudo que é disponibilizado. Por exemplo, no Youtube – plataforma de disponibilização de vídeos de propriedade do grupo detentor do Google – são adicionadas 300 horas de vídeo a cada minuto, ou seja, seriam necessárias 50 mil pessoas trabalhando 8 horas por dia para realizar a moderação do conteúdo (HERN, 2017), ou seja, a censura fica a cargo dos algoritmos mencionados anteriormente. Da mesma forma acontece em relação ao Facebook: além das diversas estatísticas já apresentadas, é possível destacar que a plataforma recebe mais de 350 milhões de fotos por dia, e o conteúdo criado pelos usuários gera 4 milhões de *likes* a cada minuto (SMITH, 2016). O controle por seres humanos é absolutamente impossível.

Neste ponto se insere a principal problemática proposta neste trabalho: o Facebook foi alvo de críticas pela remoção de conteúdo em diversas situações, apenas em 2016 a rede social se envolveu em diversas polêmicas envolvendo liberdade de expressão. Em uma das polêmicas, o Facebook foi acusado de privilegiar homens brancos ao deletar postagens envolvendo um estupro, pois o condenado era de família rica e um campeão de natação pela prestigiada Universidade de Stanford (KLEEMAN, 2017); em outro caso, o Facebook veio a público pedir desculpas por ter desabilitado as contas pessoais de diversos editores e jornalistas em veículos de mídia da Palestina. Foram 7 jornalistas desabilitados e depois reestabelecidos, sendo que trabalham para agências de informação com mais de 5 milhões de seguidores no Facebook (TOOR, 2017). Os editores não receberam nenhuma explicação sobre o ocorrido e acreditam que tenha ocorrido em função de um acordo entre Israel e o Facebook para restringir conteúdo que incite a violência, após manifestações do Ministro de Segurança Pública de Israel ter dito publicamente que o Facebook não estava fazendo o suficiente para eliminar esse tipo de conteúdo (TOOR, 2017). Houve outro caso em que o Facebook deletou a transmissão ao vivo de um grupo que fazia protesto contra companhia de petróleo em Dakota do Norte pela destruição de locais ancestrais indígenas. Diversos jornalistas e manifestantes foram detidos, mas a transmissão foi bloqueada pela rede social (EMERSON, 2017). Também houve o banimento de um jornalista e ativista do grupo Black Lives Matter ao publicar um *e-mail* racista que recebeu (LEVIN, 2017). Em outro momento, uma artista foi banida por conter nudez em sua arte, entretanto, só teve sua conta reestabelecida após a

opinião pública e a mídia passaram a questionar a decisão do Facebook (GOSSET, 2017). Ainda que, de fato, alguns desses casos tenham sido erros na programação do algoritmo responsável por eliminar conteúdo ofensivo (o que, por si só, já seria um problema), é ingênuo acreditar que todos eles sejam meros acidentes de percurso, pois, como exposto anteriormente, o desenvolvimento de qualquer tecnologia passa por escolhas enviesadas de seus detentores. Ocorreu outra polêmica envolvendo o Facebook: no caso, Angela Merkel (Chanceler Alemã) foi ouvida conversando com Mark Zuckerberg (CEO do Facebook) sobre a possibilidade de limitar postagens contra os refugiados na rede social (BLOOMBERG, 2017).

Em outro sentido, os anunciantes do Youtube pedem por maiores níveis de moderação para evitar que seus anúncios sejam veiculados em vídeos relacionados com discursos de ódio e similares (THE GUARDIAN, 2017); do outro lado, criadores de conteúdo reclamam de sofrerem restrições e ficarem impossibilitados de veicular publicidade em seus vídeos (RAYCON NEWS, 2017). Muitas são as polêmicas envolvendo as restrições ou retiradas de conteúdo. Por exemplo, a banda norte-americana Tegan and Sara acabou tendo seus vídeos retirados ou restritos em função de sua postura abertamente LGBT, o que, pelos termos de conduta do Youtube, seria conteúdo potencialmente inapropriado para crianças (THE GUARDIAN, 2017). O Google revisou suas políticas e pediu desculpas pelo conteúdo artístico da banda que fora retirado, entretanto, grande parte do conteúdo que é censurado na plataforma assim permanece, pois, conforme entendimento do próprio Google, trata-se de discurso de ódio. De imediato surgem os problemas, pois definir o que é ou não discurso de ódio já é uma tarefa complexa para os mais conceituados estudiosos do Direito, inclusive para membros das Cortes Constitucionais¹⁵, então, para que o Google possa realizar essa análise, ele dispõe de colaboração de grupos de ativistas na área, um desses grupos é a Anti-Defamation League (HELLER, 2017). O grupo ADL é conhecido nos Estados Unidos por compilar uma lista de extremistas de direita, pessoas que advogam em prol da supremacia branca, ideologias nazistas, racistas e xenófobas (ANTI-DEFAMATION LEAGUE, 2017) – atitudes e condutas que obviamente devem sofrer sérias repressões jurídicas e sociais, levando sempre em consideração que a liberdade de expressão é um

¹⁵ Diversas legislações europeias tem sofrido críticas pelos limites excessivos impostos à liberdade de expressão em prol de uma suposta erradicação do discurso de ódio. Na França, por exemplo, ativistas pró-palestina foram condenados por vestir camisetas clamando por “boicote a Israel”. Semelhantes propostas foram lançadas no Canadá e na Bélgica (GREENWALD, 2017).

direito fundamental essencial para o desenvolvimento da personalidade e para a democracia, mas isso não o torna um direito absoluto.

Considerações Finais

O que se buscou questionar neste trabalho é a legitimidade de instituições e corporações privadas para selecionar os indivíduos e os conteúdos que representam discurso de ódio e estabelecer proibições em relação ao conteúdo gerado por eles ou por outras pessoas que pensem semelhante. Isso sem mencionar que tal definição privada do que é legítima liberdade de expressão e o que é discurso de ódio se estabelece *in abstracto*, ou seja, contrário à teoria moderna de conflito de direitos fundamentais que propõe soluções apenas no caso concreto e, se isso não bastasse, como já mencionado, essa definição *in abstracto* ainda é traduzida em um código de computador e operacionalizada por máquinas(!). Caso não haja nada errado nisso, propõe-se que seja dado início ao estudo sobre a desnecessidade da existência de uma Suprema Corte, já que os conflitos de Direitos Fundamentais não necessitariam mais de juristas para sua solução¹⁶. Como exposto pelo professor Jeffrey Rosen (2017) da George Washington Law School, o futuro da liberdade de expressão será definido pelos advogados e empresários em companhias como Google, Facebook e Comcast, e não por políticos em Washington ou pelo sistema jurídico.

Nesse sentido, buscou-se inicialmente enfatizar a importância da liberdade de expressão, tanto em seu sentido subjetivo em sua relação com o livre desenvolvimento da personalidade e a própria dignidade da pessoa humana, bem como em seu sentido objetivo, no qual se estabelece como condição de possibilidade da própria democracia. Sendo assim, sempre se fez necessário que qualquer limitação a esse direito fosse realizada após longa e ponderada fundamentação por parte do Poder Judiciário, legitimado constitucionalmente para isto. Entretanto, atualmente a realidade da tecnologia impõe uma nova lógica, os conflitos precisam de rápidas soluções no

¹⁶ Ainda que esta proposição seja feita em tom de ironia não se pode olvidar que muitas vezes a má atuação do judiciário acaba oferecendo respostas piores do que o algoritmo ofereceria, por exemplo, a conhecida indústria do dano moral que existe no Brasil se dá, em grande parte, devido ao péssimo sopesamento que fazem os tribunais inferiores acerca do conflito entre liberdade de expressão e direito a honra. Entretanto a análise mais pormenorizada da função do judiciário na solução da problemática envolvendo liberdade de expressão na internet (uma vez que já se estabeleceu que cabe ao judiciário atuar nesta seara) será relegada para eventual elaboração da tese aqui proposta, exatamente pois este é o objeto da presente proposta de tese, enquanto no marco teórico exposto tratou-se de definir, contextualizar e fazer o recorte do problema de pesquisa proposto.

ambiente virtual, mas isso não pode significar abrir mão de todo e qualquer controle social sobre o que pode ser veiculado na rede, é necessário repensar as relações entre dignidade, democracia e *internet* para buscar uma síntese que siga os caminhos delineados pela norma constitucional, sob risco de abirmos mão do próprio pluralismo de ideias.

Referências

ARISTÓTELES. **A Política**. Tomo I. Tradução: Torrieri Guimarães. Hemus – Livraria Editora. São Paulo. 1985.

AURÉLIO, Marco. **Voto-Vista no HC 82.424**. Disponível em: <https://jota.info/wp-content/uploads/2015/06/Ellwanger-HC-82424.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

BAKSHY, Eytan; MESSING, Solomon; ADAMIC, Lada. **Exposure to ideologically diverse News and opinion on Facebook**. Disponível em: <http://education.biu.ac.il/files/education/shared/science-2015-bakshy-1130-2.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

BARLOW, John Perry. **A Declaration of the Independence of Cyberspace**. Disponível em: <https://www.eff.org/pt-br/cyberspace-independence>. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

BARROSO, Luis Roberto. **Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. Jan/Março 2014. p. 1 – 36.

BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga. **Os direitos à liberdade de imprensa e informação na Internet: considerações jurisprudenciais**. In: Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD. V. 4, N. 2. Jul/dez 2012. Unisinos. São Leopoldo. 2012.

BOBOK, Dalibor. Selective Exposure, **Filter Bubbles and Echo Chambers on Facebook**. Disponível em: www.etd.ceu.hu/2016/bobok_dalibor.pdf. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

BRASIL. **Lei 12.965, de 23 de abril de 2014.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

DIAKOPOULOS, Nicholas. **Accountability in Algorithmic Decision Making.** Disponível em: <http://www.nickdiakopoulos.com/wp-content/uploads/2016/03/Accountability-in-algorithmic-decision-making-Final.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

DIAS, Roberto. **Liberdade de Expressão: biografias não autorizadas.** In: Revista Direito, Estado e Sociedade. n. 41. Jul/dez 2012. Editora PUC-Rio. Rio de Janeiro.

EDELMAN, Benjamin; LUCA, Michael. **Digital Discrimination: The case of Airbnb.com.** Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

FUJINAGA, Cristina; et. all. **Construção Social da Tecnologia: Análise do programa Mulheres Mil na comunidade de Monteiro – PB.** Disponível em: <http://www.ufpb.br/evento/liti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/1044/866> Acesso em: 09 de outubro de 2017.

GOSSETT, Stephen. **Why was whis acclaimed Chicago artist deleted by Facebook?** Disponível em: http://chicagoist.com/2016/09/21/why_was.php. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

HELLER, Brittain. **Google Must do More to Pull the Plug on Online Hate.** Disponível em: <http://forward.com/opinion/367793/google-must-do-more-to-pull-the-plug-on-online-hate/>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

HERN, Alex. **To Censor or not to Censor? Youtube's double bind.** Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/mar/21/youtube-advertisers-censorship>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

JACKSON, Benjamin. **Censorship and Freedom of Expression in the Age of Facebook.** In: New Mexico Law Review. N. 121. Spring. 2014

LESSIG, Lawrence. **Code. V.2.** Disponível em: <http://codev2.cc/download+remix/Lessig-Codev2.pdf>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

LEWIS, Anthony. **Liberdade para as ideias que odiamos: uma biografia da Primeira Emenda à Constituição americana**. Tradução Rosana Nucci. São Paulo: Aracati, 2011.

LUCCA, Newton de; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **A liberdade de Expressão do Pensamento e o Habeas-Midia**. In: Revista Direito Público RDU. Edição Especial. 2016. Porto Alegre.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. **Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985**. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/temas-de-atuacao/comunicacao-social/radios-comunitarias/docs-documentos-tecnicos-de-outros-orgaos/opniao_consultiva_5.85_advisory_opinion_05_cidh.pdf. Acesso em: 10 de outubro de 2017.

MILL, John Stuart. **Principles of Political Economy – Book III**. Routledge. London. 1996. MITCHELL, Amy; et all. **Facebook top source for Political News Among Millenials**.

Disponível em: <http://www.journalism.org/2015/06/01/facebook-top-source-for-political-news-among-millennials/>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. “Não existe o que panoramicamente vemos no céu”: O ponto-cego do direito (políticas públicas sobre regulação em ciência e tecnologia). In: SAAVEDRA, Giovani Agostini; LUPION, Ricardo. **Direitos Fundamentais: Direito Privado e Inovação**. Porto Alegre. EdIPUCRS. 2012. p. 11 – 50.

OPPITZ, Daniela Gomes. **A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o confronto entre a liberdade de expressão e o direito à honra**. In: Revista da Ajuris. v. 44. N. 142. Porto Alegre. Junho. 2017. p. 102.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm Acessado em: 15 de outubro de 2017.

ORWELL, George. **The Freedom of the Press**. Prefácio de Animal Farm. Disponível em: http://orwell.ru/library/novels/Animal_Farm/english/efp_go Acesso em: 30 de outubro de 2017

PEW RESEARCH CENTER. **Political Polarization in the American Public.** Disponível em: <http://www.people-press.org/2014/06/12/political-polarization-in-the-american-public/>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

POSTMAN, Neil. **Technopoly.** Disponível em: <http://www.ferrispark.com/audio/DOCUMENTS/TechnopolySurrender.pdf>. Acesso em: 13 de outubro de 2017.

ROETTIGERS, Janko. **Facebook makes more Money with Ads than Comcast, Disney (report).** Disponível em: <http://variety.com/2016/digital/news/facebook-north-america-ad-revenue-1201924827/>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

ROSEN, Jeffrey. **The Deciders: The Future of Privacy and Free Speech in the Age of Facebook and Google.** In: Fordham Law Review. Volume 80. Issue 4. 2012. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4774&context=flr>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

SANDVIG, Christian; et. all. **Auditing Algorithms: Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms.** Disponível em: <http://www-personal.umich.edu/~csandvig/research/Auditing%20Algorithms%20-%20Sandvig%20-%20ICA%202014%20Data%20and%20Discrimination%20Preconference.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

SANDVIG, Christian. **The Facebook “It’s not our Fault” Study.** Disponível em: <https://socialmediacollective.org/2015/05/07/the-facebook-its-not-our-fault-study/>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MOLINARO, Carlos Alberto. **Liberdade de Expressão! [Superando os limites dos “politicamente (in)correto”]** In: Revista da Ajuris. V. 39. N. 126. Junho. 2012.

SCHWARTZ, Eli. **Is Google’s Search Market Share Actually Dropping?** Disponível em: <https://searchengineland.com/googles-search-market-share-actually-dropping-237045>. Acessado em: 15 de outubro de 2017.

SULLIVAN, Danny. **Google now handles at least 2 trillion searches per year.** Disponível em: <https://searchengineland.com/google-now-handles-2-999-trillion-searches-per-year-250247>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 82.424.** Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=79052&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2082424>. Acesso em: 15 de outubro de 2015.

TANEJA, Hemant. **The need for algorithmic accountability**. Disponível em: <https://techcrunch.com/2016/09/08/the-need-for-algorithmic-accountability/>.

Acesso em: 16 de outubro de 2017.

TEPEDINO, Gustavo; Schreiber, Anderson. **A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro**. Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/30793-33014-.pdf> Acessado em: 22 de outubro de 2017.

TOOR, Amar. **Israel calls Facebook a ‘monster’ for not helping to curb violence**. Disponível em: <https://www.theverge.com/2016/7/4/12092762/israel-facebook-palestinian-attacks-censorship>. Acesso em: 29 de outubro de 2017.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Brandenburg v. Ohio** (395 U.S. 444), 1969.

UNITED STATES SUPREME COURT. **Reno v. American Civil Liberties Union**.

Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/521/844/case.html>.

Acesso em: 15 de outubro de 2017.

UNITED STATES. 14 CFR 255.4 – Display of Information. Disponível em: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2001-title14-vol4/pdf/CFR-2001-title14-vol4-sec255-4.pdf>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

VOLOKH, Eugene. **Cheap Speech and what it will do**. Disponível em: <http://www2.law.ucla.edu/volokh/cheap.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

YALE LAW SCHOOL – INFORMATION SOCIETY PROJECT. **Unlocking the Black Box: The promise and limits of algorithmic accountability in the professions**. Disponível em: <https://law.yale.edu/yls-today/yale-law-school-events/unlocking-black-box-promise-and-limits-algorithmic-accountability-professions-0>. Acesso em: 16 de outubro de 2017.

YOO, Christopher S. **Free Speech and the Myth of the Internet as a Unintermediated Experience**. Disponível em: http://www.gwlr.org/wp-content/uploads/2012/08/78_4_Yoo.pdf. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

16. A CONFIGURAÇÃO DE UM PRIMEIRO LIMITE À DISCRICIONARIEDADE NACIONAL SOBRE O USO DO VÉU, CASO LACHIRI V. BÉLGICA



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-16>

Valentina Faggiani¹

1. Estágios da jurisprudência do TEDH sobre o véu islâmico

Em sociedades abertas e multiculturais, a igualdade deve ser entendida não só como um direito a não ser discriminado por pertencer a uma cultura diferente da maioria, mas acima de tudo como um direito à diversidade². A exigência de preservar a identidade cultural manifesta-se também em relação à utilização do véu islâmico e, em geral, aos símbolos religiosos tanto nos espaços públicos como nos locais de trabalho³. No entanto, são práticas que podem levar a conflitos entre direitos invioláveis, liberdades fundamentais e princípios estruturais do ordenamento.

O direito do indivíduo de expressar e manifestar suas crenças religiosas sem ser discriminado pode colidir com o respeito à laicidade do Estado ou com a exigência de neutralidade da empresa como garantia da própria imagem⁴. Por outro lado, não se

¹ Professora assistente de Direito Constitucional da Universidade de Granada. Este estudo foi realizado no âmbito do grupo de investigação «Andaluzia, União Europeia e Estado social» (SEJ-106), e o projeto de investigação do plano nacional "direitos fundamentais face às crises econômicas e de segurança num quadro fragmentado" (DER 2016-77924P).

² J. Habermas, *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1999.

³ Quanto ao uso de símbolos religiosos no estado constitucional Videira.: S. Cañameres arribas, *Liberdade religiosa, simbolismo e secularismo do estado*, Aranzadi, Madrid, 2005; ID., «Novos desenvolvimentos na simbologia religiosa», *Jornal geral de direito canônico e direito eclesástico do estado*, n. 24, 2010, pp. 1-19; E. Guillén López, "liberdade religiosa e estado constitucional (uma digressão)", *Aletheia: Livros críticos de direito*, n. 3, 2007, pp. 1-16; J. M^a. Ramirez, "secularismo e multiculturalismo, com especial referência aos problemas levantados no campo educacional", *Jornal da faculdade de direito da Universidade de Granada*, n. 11, 2008, 31-67; ID., "Mandato para a neutralidade das instituições públicas e simbolismo religioso", *Jornal espanhol de direito constitucional*, 32, n. 94, 2012, pp. 335-354.

⁴ O TEDH aprovou a proibição de usar o véu islâmico no local de trabalho e quaisquer sanções disciplinares resultantes da sua não observância do acórdão de 26 de novembro de 2015, *Emanuelle c. França*, recurso n. 64846/11. A finalidade deste caso era a demissão de um cidadão francês contratado em um período oportuno como um assistente social. Segundo o TEDH, à luz do princípio da laicidade estatal e da neutralidade dos serviços públicos, os dependentes não têm de demonstrar as suas crenças, através de símbolos religiosos no local de trabalho. Por conseguinte, essa proibição não viola o artigo 9

pode deixar de lado que nas sociedades ocidentais certas vestes religiosas representam um símbolo anacrônico da opressão das mulheres e de sua condição de apego aos homens e que tais práticas podem ser instrumentalizadas para abastecer tensões nas relações já complexas entre o cristianismo e o Islã. Por conseguinte, é necessário desenvolver uma solução orientada constitucionalmente que permita uma ponderação equilibrada dos diferentes interesses em jogo.

Nos últimos anos, tem havido muita discussão na maioria dos Estados-membros do Conselho da Europa sobre a possibilidade de limitar os símbolos religiosos, em particular o véu islâmico⁵. Apesar de um consenso europeu sobre a existência de um direito de utilização desta peça de vestuário, em conformidade com as disposições do direito internacional convencional, do direito comparado e da *soft law* internacional⁶, no âmbito interno uma onda anti-islâmica foi progressivamente difundida, que se fortaleceu após os atentados terroristas dos últimos anos e o aumento dos fluxos migratórios.

A proibição generalizada de usar o véu completo em lugares públicos, na verdade inicialmente prevista apenas na França⁷ e na Bélgica⁸ também foi introduzida

da CEDH, uma vez que visa assegurar o direito à liberdade religiosa, estando em consonância com as necessidades de uma sociedade democrática.

⁵ Sobre o véu na Europa a partir de uma perspectiva comparativa v.: B. Allah Curral, "reflexões jurídico-constitucionais sobre a proibição do véu islâmico integral na Europa", *Teoria constitucional e realidade*, n. 28, 2011, pp. 483-520; V.. Farr, "Laicidade e respeito à identidade cultural no campo educacional: aspectos jurídicos em relação ao uso do véu islâmico na Europa", *Jornal geral de direito canônico e direito eclesiástico do estado*, n. 33, 2013, 1-27; R. Grillo e P. Sousa, «Considerazioni Conclusivo. Il Movimento anti-burqa Europa occidentale», *Quaderni Di Diritto E Política ecclesiastica*, Vol. 20, n. 1, 2012, pp. 219-240; R. Michaels, «Proibição Burcas: O Perspectiva De Pós-secular Comparativa Lei», *Duque Diário De Comparativa E internacional Lei*, 28, pp. 213-245.

⁶ STEDH, 1 de julho de 2014, S.A.S. c. França, recurso no. 43835/11, peer. 156.

⁷ *Loi n. 2010-1192 du 11 Outubro 2010 Proibindo a dissimulação do rosto em espaço público*, JORF n. 0237 du 12 Outubro 2010, página 18344, Texto n. 1. A este respeito, Vide. Também: *Circulaire de 2 de março 2011 Relativo à implementação da lei n. 2010-1192 de 11 Outubro 2010 Proibindo a dissimulação do rosto em espaço público*, JORF n. 0052 de 3 de março 2011 página 4128, Texto n. 1. Para uma análise mais detalhada desta lei, encaminhamento para: V é permitido. Farr, "A questão controversa do véu islâmico na França: a proibição do uso do véu em espaços públicos", em A. Pérez miras, GM Teruel Lozano e C.E. Raffiotta, *Desafios para os direitos da pessoa ao século XXI: família e religião. Sfide per i Diritti della persona dinanzi Al XXI secolo. Ato do seminário Italo-Espanhol, Bolonha, 3 e 4 Maggio 2012*, Aranzadi, Cizur Minor, 2013, pp. 285-295. V. além B. Chelini-Pont, «L'interdição Du Voile intergral França Enjeux Sociaux Et constitutionnels», *Jornal geral de direito canônico e direito eclesiástico do estado*, n. 24, 2010, pp. 1-30; Sou eu. T. Areces Piñol, "o véu integral, Burca E Niqab, é coberto pelo exercício legítimo da liberdade religiosa? ", *Jornal geral de direito canônico e direito eclesiástico do estado*, n. 26, 2011, pp. 1-52.

⁸ *Loi visant Para interdire Porta De Tenda retement ou cachant totalement Ou De Maniere c Rosto, de 1 de junho de 2011, Le Moniteur Belge*, 13.17.2011. O Tribunal Constitucional belga (*Cour constitutionnelle Belge*) decidiu a favor desta lei no *Arrêt n. 145/2012* 6.12.2012. Na lei belga refere-se a: J. Vrielink; E. BREMS e S. Ouald-Chaib, "Il divieto del 'burqa' nel sistema giuridico belga", *Quaderni di Diritto e política eclesiastica*, Vol. 20, n. 1, 2012, pp. 161-192.

na Bulgária (2016),⁹ Letônia (2016¹⁰), Áustria (2017)¹¹, Dinamarca (2018)¹² e Noruega (2018)¹³. Os Países Baixos, por outro lado, optaram por uma proibição parcial (2018)¹⁴. Além disso, o debate permanece aberto nos outros países da UE, tendo também sido ampliado ao *burkini*, o maiô que abrange todo o corpo.

O TEDH pronunciou-se várias vezes sobre o uso do véu islâmico, interpretando e aplicando o artigo 9 da CEDH¹⁵. Este preceito, que reconhece a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, representa um dos pilares da sociedade democrática, sendo um elemento constituinte da identidade dos crentes, no qual a sua vida é inspirada, inerente ao pluralismo¹⁶, dificilmente conquistada ao longo dos séculos¹⁷. A liberdade religiosa, de fato, tem de ser entendida como o direito de aderir ou professar ou não a uma religião, em público ou em privado, individualmente ou dentro da comunidade com a qual uma determinada fé é partilhada.

⁹ A lei búlgara de 30 de setembro de 2016 proíbe *Niqab* e o *Burca* em espaços públicos. Aqueles que violarem a lei serão multados 200 a 1.500 em caso de reincidência. *Vide.*: S. Fenton, "a Bulgária impõe burqa Ban-e vai cortar benefícios das mulheres que desafiá-lo", *www.independent.co.uk*, 1º Outubro 2016.

¹⁰ O *AntiCara-Velamento AtoAntiGesichtsverh-llungsgesetz – O AGesVG*, adotada na Áustria em maio de 2017 e em vigor desde 1 de outubro, afirma que as características entre a mandíbula e o cabelo devem ser visíveis em público. Caso contrário, será imposta uma multa de até 150 euros.

¹¹ A lei dinamarquesa de 31 de maio de 2018, em vigor desde 1 de agosto, prevê que o descumprimento implica a imposição de uma multa de 1.000 coroas (cerca de 134 euros). Este montante, em caso de reincidência, pode chegar a 10.000 coroas ou privação de liberdade até seis meses.

¹² A Noruega aprovou a lei proibindo o uso de roupas de cobertura facial, embora apenas parcialmente, em junho de 2018. A restrição afeta escolas e faculdades. Esta lei tem sido apoiada por uma grande maioria. J. Sharman, "o Parlamento da Noruega vota para proibir burca em escolas e universidades", *www.Independente.co.uk*, 7 Junho 2018.

¹³ Em 2016 a Letônia aprovou uma lei proibindo o Full-face, embora se verifica que neste país há apenas três mulheres vestindo-lo. Para Respeito, *Videira.*: R. Pells, "Véu de rosto islâmico para ser banido na Letônia por ser usado por apenas três mulheres em todo o país", *www.independent.co.uk*, 26 de Abril 2016.

¹⁴ Nos Países Baixos, a lei de 26 de junho de 2018 impõe uma proibição parcial da utilização de vestuário de cobertura de rosto, tais como *Burca* e o *Niqab*, deixando assim de fora o *Hijab*, que deixa apenas o cabelo coberto, em locais públicos, como o transporte, escolas, hospitais ou administrações públicas.

¹⁵ O artigo 9.º da CEDH prevê que: «1. todos têm direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião; Este direito implica a liberdade de mudar a religião ou a crença, bem como a liberdade de manifestar a sua religião ou crenças individualmente ou coletivamente, em público ou em privado, através da adoração, do ensino, das práticas e da observância dos ritos. 2. a liberdade de manifestar a sua religião ou crenças não pode ser sujeita a mais restrições do que as previstas por lei que constituem medidas necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança pública, a protecção da ordem, da saúde ou da moralidade protecção dos direitos ou liberdades dos outros». Quanto à interpretação do TEDH do artigo 9.º em relação ao véu, *Videira.* V. Zagrebelsky, "Liberté di Pensiero, di coscienza e di Religione. Diritto all' istruzione", em V. Zagrebelsky, R. Chenal, L. Tomasi, *Manuale dei Diritti fondamentali na Europa*, IIA Ed., Il Mulino, Bolonha, 2018, pp. 325-343; R. McCrea, "a proibição do véu e da lei europeia", *Revisão do direito dos direitos humanos*, n. 13, 2013, pp. 57-97; D. Tega, "cercado um Signy Europeu di Laicita: o liberto religiosa Nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti", *Quaderni costituzionali*, n. 4, 2010, pp. 799-813.

¹⁶ O STEDH, *S.A.S. c. França*, cit., par. 124.

¹⁷ S. Ninatti (a di Priest), *Pluralismo religioso e integrazione Europea: percorsi di lettura*, Giappichelli, Torino, 2019.

O artigo 9 da CEDH especifica as formas pelas quais uma religião ou crença pode manifestar-se e os limites deste exercício. No entanto, a liberdade religiosa – e, portanto, todas as manifestações que são inerentes a ela – não é um direito absoluto. Na sociedade democrática, aberta e multicultural, caracterizada pela existência de uma pluralidade de religiões que têm de coexistir, o legislador estatal pode limitar esta liberdade, quando necessário, para garantir a segurança, a proteção da saúde pública ou moral, ou proteger os direitos ou liberdades dos outros (Art. 9.2 CEDH). Desta forma, tentamos conciliar os interesses dos diferentes grupos e garantir o respeito pelas convicções uns dos outros.

Isto significa que a CEDH não protege nenhum ato motivado ou inspirado por uma religião ou crença e nem sempre garante o direito de se comportar de uma determinada forma, apenas porque está de acordo com a sua religião. No entanto, quando surgem tensões ou conflitos sobre certas formas de manifestação de diferentes crenças, as autoridades públicas estatais, mesmo que tenham que adotar uma atitude neutra e imparcial diante do fenómeno religioso, não devem limitar-se a proibir tais práticas, porque anulariam o pluralismo, mas deveriam primeiro tentar facilitar a convivência entre os diferentes grupos. Neste sentido, o pluralismo e a tolerância são os princípios estruturais de uma sociedade democrática. A democracia não deve apenas proteger a maioria, mas deve proteger as minorias acima de tudo.

O TEDH admitiu, por exemplo, a proibição para os professores¹⁸ e os estudantes¹⁹ de usar símbolos religiosos nas escolas públicas e afirmou a obrigação de remover o véu para ser submetido a um controle de identidade²⁰ e de aparecer com a face descoberta na foto identificadora colocada em documentos oficiais²¹. A jurisprudência do TEDH sobre esta vestimenta religiosa pode ser subdividida em três fases: na primeira, apenas remete à decisão discricionária nacional, tentando ser neutra a fim

¹⁸ Ibid, par. 132; STEDH, 15 de fevereiro de 2001, *Dahlab c. Suíça*, recurso n.º 42393/98.

¹⁹ STEDH, 10 de novembro de 2005, *Leyla Sahin c. Turquia*, recurso n.º 44774/98; STEDH, de 4 de dezembro de 2008, *Kervanci c. França*, no ponto 73. Neste último, o TEDH observa que ambas as França, como na Turquia ou na Suíça, o secularismo é um princípio constitucional, fundador da República, ao qual toda a população adere e cuja defesa parece primordial. Por conseguinte, neste caso, o TEDH apoia a decisão das autoridades nacionais de excluir o requerente do Instituto com base na recusa de remoção do véu, não sendo compatível com a prática desportiva por razões de segurança e higiene.

²⁰ STEDH de 4 de março de 2008 *O Morsli c. França*, recurso n.º 15585/06. O recurso foi declarado inadmissível.

²¹ STEDH, 11 de junho de 2007, *Mann Singh vs. França*, recurso n.º 24479/07. Neste caso, a acção foi declarada inadmissível.

de evitar contrastes com os Estados. Desta forma, não é decidido a favor ou contra a proibição de tal comportamento²².

Nessa fase, o TEDH justifica geralmente a sua posição, considerando que os Estados, tendo em conta o princípio da subsidiariedade, podem compreender melhor os requisitos e os contextos locais, devido à sua maior proximidade, especialmente no que se refere a questões sobre as relações entre o Estado e as diferentes religiões. Aos Estados signatários, em conformidade com o artigo 9 da CEDH, são, por conseguinte, concedidos o poder de decidir se e em que medida uma restrição do direito de manifestar a sua religião é «necessária» para alcançar determinados objetivos numa sociedade democrática.

Posteriormente, no segundo estágio correspondente aos casos de *S.A.S.*²³ e *Belcacemi e Oussar*²⁴, que apoiam as proibições impostas a nível legislativo, respectivamente, pela França e Bélgica, uma involução pode ser observada. O TEDH segue a abordagem anterior, embora a integre com conceitos jurídicos novos e perturbadores, como o '*Vivre Ensemble*' e a '*vontade da maioria*' («*Choix de la Société*»), com o qual justifica restrições ao uso do véu em espaços públicos nesses países.²⁵

²² Na sentença *O loutsis Eu.* (STEDH, 3 de novembro de 2009, *O loutsis c. Itália*, recurso n.º 30814/06), o TEDH declarou que a exposição do crucifixo nas escolas públicas italianas violou o artigo 9.º da CEDH, porque poderia colocar pressão sobre a liberdade dos estudantes, arriscando prejudicar o pluralismo religioso e a liberdade negativa de não ser capaz de aderir a qualquer religião. No entanto, no final, a grande câmara afirmou a conformidade desta prática com a CEDH, sendo uma expressão de uma tradição cultural secular (STEDH de 18 de março de 2011, *O loutsis c. Itália*, recurso n.º 30814/06).

²³ Nesta sentença *Videira*. Comentários: I. Ruggiu, "S. A. vs França. Strasburg confirma Il divieto francese ao burca com L' argumento del ' Vivere Insieme ' ", *Fórum di Quaderni costituzionali*, 12.9.2014, pp. 1-3; I. Trispiotis, ' duas interpretações de ' viver juntos ', *Direito europeu dos direitos humanos. Cambridge Lei Diário*, Vol. 75, n. 3, 2016, pp. 580-607.

²⁴ STEDH, 11 de julho de 2017, *Belcacemi E Oussar c. Bélgica*, recurso n.º 37798/13. O TEDH tomou uma abordagem semelhante sobre a questão *Dalton C. Bélgica*, também resolveu o 11 de julho de 2017, uma acção n.º 4619/2912, na qual, por unanimidade, considerou que não havia havido violação dos artigos 8.º, 9.º e 14.º da CEDH, em relação ao acto pelo qual três municípios belgas haviam banido o uso do véu islâmico que cobria o rosto. Para um comentário sobre esses pronunciamentos, ele é encaminhado para: A. Valentino, "Il velo islamico di Nuovo all' ATTEZIONE delle Corti europee tra rispetto della scelta della societ ' e esigenze di neutralit ' Delle Aziende Private (nota aenza sent di Belcacemi e Oussar c. Belgiogiod della scelta della societ ' e esigenze di neutralit ' Delle Aziende Private (nota aenza sent di Belcacemi e Oussar c. Belgiogios della Corte di Strasburg e dei casi C-157/15 e C-188/15 della Corte Di Giustizia dell' Unione Europea)», *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 3, 2017, pp. 1-20; C. Erminia, ' Il volto coperto Delle Donne Nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell' uomo ', *Quaderni di Diritto e politica eclesiástica*, 2018, n. especial de dezembro de 2018, p. 241-258; J. Doomen, "uma ameaça velada: Belcacemi e Oussar v. Bélgica", *Jornal da lei eclesiástica*, Vol. 20, n. 2, 2018, pp. 190-200.

²⁵ Nestes dois conceitos, *Videira*. V. Faggiani, «Il "*Vivre Ensemble*" e o "*choix de Société*" Venha Nuovi limiti all' use do véu negli spazi Pubblici. Osservazioni a Margine dei quase *S.A.S. v. França e Belcacemi e Oussar c. Belgio* ', en S. Ninatti (a cura di), *Pluralismo religioso e integrazione Europea: percorsi di lettura*, cit., pp. 33-51.

Trata-se de novos limites para o exercício da liberdade religiosa, não expressamente previsto no artigo 9.2 da CEDH, mas desenvolvidos *ex novo*, que contribuem para ampliar a discricionariedade já generalizada dos Estados neste âmbito. No entanto, decorre da leitura desses pronunciamentos que a posição do TEDH é ambígua, uma vez que parece não estar inteiramente convencido da solução proposta: ele primeiro critica essas proibições, refutando os argumentos dos respectivos governos, mas depois confirma a compatibilidade de tais medidas com a CEDH.

E, finalmente, uma terceira fase provavelmente se abriu, embora não sem incertezas e problemáticas, com a recente Sentença *Lachiri*²⁶, na qual, pela primeira vez, o TEDH declarou que a proibição de usar o véu (neste caso é um *hijab*) viola o artigo 9 da CEDH. Um prejuízo a esta disposição só tinha sido encontrado no contexto de alguns recursos relativos a outros tipos de vestuário, como *Ahmet Arslan e outros c. Turquia* (2010)²⁷ sobre proibição de usar fora de cerimônias religiosas algumas vestimentas, ou mais recentemente em *Hamidovic c. Bósnia e Herzegovina* (2017)²⁸, em que uma testemunha foi impedida de jurar com o turbante, símbolo da minoria muçulmana Wahhabi /Salafi na sala onde ocorreu o processo penal. Este último, em particular, que é uma questão substancialmente semelhante à da senhora deputada Lachiri, constituiu o seu precedente direto.²⁹

²⁶ STEDH, 18 de setembro de 2018, *Lachiri c. Bélgica*, recurso n. ° 3413/09.

²⁷ STEDH, 23 de fevereiro de 2010, *Ahmet Arslan e outros c. Turquia*, recurso n. ° 41135/98.

²⁸ STEDH, de 5 de dezembro de 2017, *Hamidovic v. Bósnia-Herzegovina*, recurso n. ° 57792/15, em especial os pontos 41-43.

²⁹ Também no O STEDH, 15 de janeiro de 2013, *Eweida e outros c. Reino Unido*, recurso n. ° 48420/10 violou o artigo 9. ° da CEDH. No entanto, a disputa dizia respeito a uma pequena cruz que o queixoso usava em torno do pescoço, como um sinal de compromisso com a sua religião. Neste caso, o TEDH resolveu o conflito entre o desejo do requerente de expressar as suas crenças religiosas e a procura da empresa para projectar uma determinada imagem empresarial, dando prevalência à primeira. Nesse sentido, considerou-se essencial que o pluralismo e a diversidade fossem pesados e sustentados em uma sociedade democrática saudável. Por esta razão, o indivíduo, que fez da religião um princípio fundamental de sua vida, deve ser capaz de comunicar essa crença aos outros. Com efeito, na sua opinião, embora o objectivo da empresa fosse, sem dúvida, legítimo, os tribunais nacionais deram-lhe muito peso. A este respeito, o TEDH declara que "a Sra. Eweida foi discreto e sua aparência profissional não se deteriorou. Não havia nenhuma evidência de que o uso de outras roupas religiosas, previamente autorizadas, como turbantes e *Hijabs*, por outros funcionários, tiveram consequências negativas sobre a imagem ou marca da British Airways (ponto 94).

2. a proibição de usar o *hijab* num tribunal viola o artigo 9.º da CEDH

A STEDH *Lachiri* marca um ponto de inflexão na jurisprudência do TEDH sobre o direito de usar o véu islâmico. Até agora, o Tribunal de Estrasburgo preferiu manter-se neutro neste assunto, apoiando as medidas tomadas a nível nacional. Ao afirmar que proibir uma mulher muçulmana de usar este símbolo viola o artigo 9 CEDH (embora neste caso seja apenas um *hijab* e não uma *burqua* ou um *niqab*), o TEDH estabelece expressamente alguns limites importantes para a discricionariedade nacional.

Este trabalho analisará o pronunciamento acima mencionado para entender seu escopo e limites reais. Embora seja verdade que não *representa um* reavivamento em relação às sentenças *S.A.S c. França e Belcacemi e Oussar c. Bélgica*, em que se confirmaram as proibições introduzidas por lei nestes países, é sem dúvida uma abertura. Por esta razão, é antes de tudo é importante contextualizar a suposição em questão.

Nos últimos anos na Bélgica, um processo de progressiva "desnormalização" do véu islâmico e de "problematização geral desta prática³⁰" tem sido promovido, transformando essas limitações na regra e não na exceção, como deve ser. Estas restrições, que se baseiam na necessidade de manter a neutralidade e a diversidade do serviço público, protegendo contra as pressões daqueles que usam símbolos religiosos, se espalharam. De fato, foram colocados limites sobre estes sinais para os alunos³¹ e professores em todos os níveis de educação, nos locais de trabalho (tanto nos setores público como privado) até ao acesso aos serviços, bem como a uma gelateria, no terraço de um restaurante, nas instalações uma academia e em um mercado. O debate também abrange outras peças de vestuário, como saias longas usadas por meninas muçulmanas.

³⁰ Videira. Intervenção de terceiros pelo centro de direitos humanos da Universidade de Ghent, CEDH, *Lachiri v. Bélgica*, Aplicação N. 3413/09, pp. 1-10. Disponível Online Em: <https://www.hrc.ugent.be/wp-content/uploads/2016/02/Amicus-Brief-Lachiri-HRC.pdf>. No contexto da Bélgica v. pp. 1-4.

³¹ Ibid, Pp. 1-2. Na Flandres (parte de língua neerlandesa da Bélgica) nas escolas públicas, primárias e secundárias, foi introduzida uma proibição geral do uso de sinais religiosos para todos os alunos e professores (com exceção dos professores de educação religiosa). Em contrapartida, as escolas privadas, que são geralmente católicas, referem-se à introdução de proibições à discricção das escolas. Isto conduziu a muitas escolas que limitam a prática. Em Wallonia, a parte French-speaking de Bélgica, escolas públicas e confidenciais, envia esta decisão aos centros. Como resultado, a maioria das escolas proíbe trazer sinais religiosos nas escolas para ambos os estudantes e para o resto da Comunidade.

A requerente, a senhora deputada Lachiri, cidadã belga, em 2007, foi constituída como parte civil com os seus parentes no processo penal pelo homicídio do seu irmão. A pessoa responsável foi condenada em primeira instância apenas "por lesões voluntárias premeditadas que resultaram na morte da vítima sem a vontade de matá-la". A sentença foi recorrida perante o Tribunal de Apelação em Bruxelas, na divisão de processos penais, porque foi considerado um homicídio. No dia da audiência, quando ela veio com um lenço (*hijab*) em sua cabeça e em face de sua recusa de tirá-lo, as autoridades proibiram a Sra. Lachiri de participar do processo, de acordo com o disposto no artigo 759 do Código Judicial³². Este artigo, que se destina a garantir que se compareça em julgamento sem chapéus, bonés ou capacetes, deriva do antigo código adotado no século XIX. Tirar o chapéu para entrar em uma igreja ou casa era um costume e era tido como um sinal de respeito e reconhecimento da autoridade da instituição ou pessoa e garantia do desenvolvimento adequado do processo. O recurso foi acolhido em primeira instância. A requerente e os seus familiares recorreram, em seguida, à jurisprudência, lamentando que a aplicação desse artigo não se justificava, uma vez que a senhora Lachiri não tinha uma conduta desrespeitosa ou desafiadora. A este respeito, é interessante notar que, por outro lado, na audiência no Tribunal de Cassação, a recorrente pôde apresentar-se com o véu.

A exclusão da sala por a recusar-se a remover o *hijab*, segundo a requerente, seria contrária aos artigos 6, parágrafo 1 e 9 da CEDH, aos artigos 14 e 18 do Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos e aos artigos 10 e 19 da Constituição, violando o direito à igualdade perante a lei e a imparcialidade dos tribunais, uma vez que as partes devem poder participar no processo, se desejarem, com vestuário religioso que lhes permita intuir as suas crenças. Além disso, esta disposição nunca tinha sido aplicada pelo Tribunal de Apelação em Bruxelas contra uma "freira católica, um judeu vestido com *kippa* ou um *Sikh* em seu turbante³³".

Em 2016, o Centro de Gantes, que participou como terceiro interveniente, realizou uma enquete, constituída por quatro questões, para os juízes de Flandes e de Bruxelas³⁴. O questionário on-line foi completado por 255 juízes de língua holandesa e 263 juízes de língua francesa. De acordo com os resultados, a maioria dos juízes (76,5%

³² Artigo 759 do *Código Judiciaire* prevê que: «*Celui Qui assiste Aux Público é tient découvert, Dans Respeito (la) Silêncio; Tout CE que vai Jogar o ordonne Derramar maintien De Ordre Est o Executede ponctuellement et L' Instant*».

³³ O STEDH, *Lachiri*, cit., n. ° 17.

³⁴ *Ibid*, 28-30.

de língua holandesa e 62,2% de língua francesa) nunca tinha pedido a uma pessoa no contexto de um processo para remover um vestuário que cobrisse a cabeça; o restante tinha exigido apenas na presença de comportamento perturbador. 20% dos juízes de língua holandesa e 21% dos falantes de francês aplicaram o artigo 759 do Código Judicial a pessoas que se recusaram por motivos religiosos. 47, 6% dos entrevistados disseram que nunca fariam isso nesses casos para evitar conflitos, a não ser diante de comportamentos desrespeitosos.

Na verdade, o caso *Lachiri* não é excepcional. O conflito ocorreu porque o artigo 759 do Código Judicial colidiu com os sentimentos religiosos da recorrente. Esse artigo dependerá das circunstâncias e da conduta da pessoa, referindo-se à avaliação discricionária dos juízes. À mesma *Lachiri* foi aplicado no julgamento de apelação de uma maneira e logo em seguida no julgamento de cassação de outra forma diametralmente oposta. No primeiro, a requerente foi excluída do tribunal porque tinha se recusado a remover o véu, enquanto no segundo era capaz de usá-lo sem qualquer problema.

No seu raciocínio, o TEDH parte da premissa de que o *hijab*, ou seja, o lenço que cobre o cabelo e o pescoço, deixando o rosto visível, pode ser considerado como "um ato motivado ou inspirado por uma religião ou uma convicção religiosa"³⁵. Por conseguinte, a exclusão da requerente da sala devido à recusa de retirar o lenço de cabeça constitui uma «restrição» ao exercício do direito à liberdade religiosa. Todavia, essa interferência poderia ser compatível com o artigo 9.2 da CEDH, se for «prevista por lei», destinada a alcançar um ou mais dos objetivos legítimos previstos no presente artigo e «necessário» numa sociedade democrática». ³⁶

É verdade que tal restrição está prevista no artigo 759 do código judicial e é acessível; no entanto, levanta dúvidas o perfil de sua previsibilidade. Como resulta também do relatório do terceiro interveniente, o centro para os direitos humanos da Universidade de Gante, a sua aplicação pelos magistrados belgas caracteriza-se por uma certa incerteza, que cria incerteza jurídica. No entanto, o TEDH não considera necessário resolver esta questão e vai diretamente à análise da exigência do propósito legítimo³⁷.

³⁵ Ibid, parágrafo 31, que se refere à STEDH, *Leyla Şahin c Turquia*, cit., ponto 78.

³⁶ Ibid, no ponto 32.

³⁷ Ibid, 33-36. Este ponto, no entanto, teve de ser clarificado. Com efeito, o artigo 759 do código judicial não constitui, por si só, uma violação do artigo 9.º da CEDH (v. n.º 27 do acórdão). Em vez disso, é a forma como os tribunais nacionais interpretaram e aplicaram essa regra que, no caso vertente, conduziu

Ao contrário de outros assuntos em que o uso de um símbolo religioso tinha sido limitado, neste caso, o governo demandado não afirma que a disposição em questão responde à necessidade de preservar os valores seculares e democráticos para proteger os direitos e liberdades dos outros, mas seria simplesmente destinada a evitar condutas desrespeitosas para com a instituição judiciária e/ou perturbar a boa conduta de uma audiência. Além disso, é importante considerar que, neste caso, não estamos como em *S.A.S.* perante uma peça de vestuário que esconde completamente o rosto, com a exceção dos olhos, mas se trata meio que de um *foulard*, semelhante aos *assuntos do Hamidovic e Ahmet Arslan*.

Por último, no que diz respeito à proporcionalidade relativa ao objetivo prosseguido, o TEDH observa que a requerente é uma mera cidadã que não tinha qualquer *status* oficial³⁸ nessa circunstância. Mesmo assim, não se encontrava em um lugar simples aberto ao público, como uma rua ou uma praça pública, mas no Palácio da Justiça, em Bruxelas. Um tribunal é algo diferente, é uma instituição pública "em que o respeito pela neutralidade" poderia prevalecer sobre o livre exercício do direito de manifestar a religião³⁹, como é o caso nas escolas, para a proteção da ordem pública. Na verdade, um *dress code* é imposto e tem que ser respeitado. Já em *Leyla Sahin v. Turquia*, o TEDH declarou que a proibição do véu nas universidades turcas poderia ser considerada necessária para a proteção dos direitos dos outros pelo princípio da laicidade. Todavia, no caso em causa, não parece que a proibição imposta à senhora deputada Lachiri tenha sido emitida com o objetivo de proteger a neutralidade do espaço público.

Por tudo o que precede, o TEDH limita o seu exame à questão de saber se essa medida foi justificada pela manutenção da ordem, concluindo que os fatos do caso revelam que a forma como a requerente agiu quando entrou no tribunal não foi desrespeitosa ou constituiu ameaça ou perigo para o bom desenrolar do processo⁴⁰. Considera, por conseguinte, que a proibição imposta à senhora Lachiri de participar no processo com o *hijab* não era necessária, sem uma base normativa, e que a violação

à violação da CEDH. A este respeito, *Videira*. Voto privado simultâneo de juízes Vu-ini E Grisco SECT, 18 de setembro de 2018, *Lachiri c. Bélgica*, recurso n.º 3413/09, n.º 8.

³⁸ O TEDH, *Lachiri c. Bélgica*, cit., ponto 44.

³⁹ *Ibid*, ponto 45.

⁴⁰ *Ibid*, ponto 46.

do direito do requerente de expressar a sua crenças religiosas através dos símbolos que a caracterizam *ex Art. 9 a CEDH* não se justifica numa sociedade democrática⁴¹.

3. O voto particular dissidente: a Bélgica não violou o direito à liberdade religiosa. *Lachiri* não é *nem Hamidovic* nem *Ahmet Arslan*!

É diferente a posição expressa no voto particular que discorda da sentença de *Lachiri*, segundo a qual, na verdade, que a Bélgica não teria violado o direito da recorrente de expressar as suas crenças religiosas (Art. 9 da CEDH)⁴². Na sua opinião, o artigo 759 do Código Judicial não seria uma regra anacrônica que cristaliza as regras de outros tempos destinadas a proteger o decoro. Aparecer com o rosto descoberto perante os juízes seria um índice de respeito, cujo objetivo é permitir que o público se desenvolva de forma ordenada e silenciosa⁴³.

O fato de a senhora *Lachiri* ter mantido uma conduta correta não a dispensa da obrigação de retirar o seu véu. A proibição é geral e, portanto, todos têm de respeitá-la⁴⁴. No entanto, a sua aplicação depende dos juízes. Neste caso em particular, a Presidente do Tribunal de Apelação apenas agiu em conformidade com as disposições do texto da norma⁴⁵. Além disso, segundo o juiz discordante, deve considerar-se que o advogado da requerente não invocou inicialmente no Tribunal de Apelação a violação do artigo 9 da CEDH, mas apenas se referiu à igualdade perante os tribunais à luz do art. 6 da CEDH. Lamentou a violação do direito de manifestar as suas crenças religiosas apenas em um momento posterior perante o Tribunal de Cassação.⁴⁶

Para apoiar a sua posição, o voto discordante particular compara o julgamento de *Lachiri* com os casos de *Hamidovic*, que a precedeu por alguns meses, e *Ahmet Arslan*, concluindo que têm perfis diferentes. No que se refere à *Hamidovic*, o caso de uma testemunha que, no âmbito de um processo penal, tinha se recusado a remover o *taqiyah*, um gorro curto, arredondado, que os muçulmanos costumam usar, e que foi, portanto, expulso de Tribunal e condenado a pagar uma multa por desacato. Não é uma vestimenta religiosa no sentido estrito, embora seja indicativa de pertencer a uma

⁴¹ *Ibid*, ponto 47.

⁴² Voto privado dissidente do juiz Mourou-Vikstrom SEct, 18 de setembro de 2018, *Lachiri c. Bélgica*, recurso n. ° 3413/09.

⁴³ *Ibid*, n. ° 13.

⁴⁴ *Ibid*, n. ° 14.

⁴⁵ *Ibid*, n. ° 19.

⁴⁶ *Ibid.*, parágrafos 22-24.

tradição religiosa. Maomé usava também. Nesse acórdão, o TEDH afirmou que a recusa do requerente em retirar o seu véu foi inspirada na sincera convicção religiosa de ter sempre de usar tal vestimenta. Ele não tinha a intenção de não testemunhar ou realizar um ato desrespeitoso que poderia prejudicar o bom andamento do processo penal, incentivar os outros a rejeitar os valores laicos e democráticos e causar agitação.

Nesse pronunciamento, apesar de reiterar que a restrição se destinava a proteger os valores da democracia e do laicismo, bem como a ampla discricionariedade das autoridades nacionais em relação à liberdade religiosa, o TEDH finalmente chegou à conclusão de que a sanção penal imposta à recorrente não era necessária numa sociedade democrática e excedeu o poder discricionário concedido aos Estados⁴⁷. Consequentemente, de acordo com o juiz Mourou-vikstrom, a proibição de usar o vestuário religioso próprio não foi condenada em si, mas o caráter desproporcional da penalidade⁴⁸.

Em *Lachiri*, por outro lado, a sanção, que consistia na proibição de participar do processo, foi certamente mais suave. Além disso, é importante salientar que os efeitos negativos da sua ausência poderiam ter sido compensados se a pessoa em causa tivesse sido representada pelo seu advogado, que permitia que a sentença fosse transmitida sem que o seu cliente estivesse presente.

Similarmente, em *Ahmet Arslan*, o TEDH se pronunciou quanto à proibição de portar, fora de cerimônias religiosas, determinados vestuários religiosos em lugares públicos abertos tais como ruas ou praças públicas. Neste caso, se tratava da vestimenta típica do grupo *aczimendi tarikati* (um turbante, um *saroual*, ou seja,

⁴⁷ O STEDH, *Hamidovia c. Bósnia e Herzegovina*, cit., ponto 43. O queixoso foi expulso da sala e condenado a uma penalidade de 5.000 euros. Em recurso alcançou uma redução de 1.500 euros. No entanto, em face da recusa de pagar a pena, se tornou uma sentença de detenção de 30 dias. A este respeito, é interessante notar que, ao contrário *Lachiri* não havia nenhuma regra real proibindo o uso de vestuário de cobertura de cabeça. Neste sentido, Artigo 242,3 do código de Acusação criminoso é Limitado Para Fornecer que: «*Deve... para testemunhar... causar uma perturbação no tribunal ou deixar de cumprir uma ordem de... o juiz presidindo,... o juiz presidente deve avisá-lo. Se o aviso não for bem-sucedido... o juiz presidente pode ordenar que a pessoa seja expulsa do Tribunal e ser multado em um montante de até BAM 10.000...*». Embora esta regra fosse lida juntamente com o artigo 20.º das regras da casa das instituições judiciais da Bósnia e Herzegovina, segundo a qual todos têm de respeitar o «código de vestimenta aplicável às instituições judiciais», deve recordar-se que Estas regras emitidas em junho 2009, embora facilmente visíveis para todos os visitantes, quando mostrado no edifício do Tribunal Estadual, não foram publicados no diário oficial. Neste acórdão, *Videira*. Comentários: Mr. Galliani, "la Liberté di Religione in un' aula Di Giustizia: Istruzioni per l' uso Dalla corte di Strasburga", *Costituzionalismo.it*, n. 1, 2018, pp. 9-37; C. Nardocci, "Oltre il velo: o Tribunal Europeu diz sim o muçulmano copricapo em un'aula giudiziaria, ma supera a rígida prospettiva della neutralidade do estado. A Margine di Hamidovia v. Bósnia Herzegovina", *Osservatorio costituzionale AIC*, n. 2, 2018, pp. 1-20.

⁴⁸ Voto privado dissidente do juiz Mourou-Vikstrom, cit., parágrafos 27-29.

calças estilo árabe, e uma túnica, toda preta e um bastão). O Tribunal, tendo considerado o contexto particular da Turquia, aceitou que esta restrição tivesse a função de preservar os princípios laicos e democráticos, em conformidade com os objetivos legítimos previstos no artigo 9.2 da CEDH. No entanto, verificou-se, então, que a exigência de faltava o requisito da necessidade em relação a esses objetivos, uma vez que essa restrição não estava afetando os funcionários obrigados a algum critério no exercício de suas funções, como professores em escolas públicas, mas simplesmente cidadãos.

A este respeito, deve-se ter em mente - e este é o elemento que faria a diferença de acordo com o voto particular dissidente - que em *Ahmet Arslan* restringe o uso de vestimentas não no campo das instituições públicas, como um tribunal, mas, mas em espaços públicos. Além desse expediente, inferia-se que os requerentes que se reuniram em frente à mesquita para participar de uma cerimônia religiosa não constituíam uma ameaça à ordem pública e não tinham a intenção de proselitismo. Por conseguinte, o Tribunal concluiu que o artigo 9 da CEDH tinha sido violado.

Pelo contrário, em *Lachiri e Hamdovic*, a recusa de remover o véu não ocorreu em nenhum espaço público. Ainda que os tribunais sejam locais de fácil acesso, eles não podem ser comparados em relação aos códigos de vestimenta com uma rua ou um lugar público. Também é necessário distinguir a posição de um espectador e das partes no julgamento. As partes, os funcionários públicos ou juízes devem respeitar um código de vestimenta sujeito a regras específicas para garantir a serenidade da justiça⁴⁹.

O "rito" judicial do qual o vestuário é um componente destina-se a cancelar as diferenças pessoais⁵⁰. "A proteção da ordem", que pode ser uma razão para justificar a liberdade religiosa não deve ser entendida como uma prevenção da desordem, mas como um elemento do bom funcionamento das instituições do Estado⁵¹. Um tribunal, na verdade, é "uma instituição pública em que o respeito pela neutralidade em relação às crenças pode ter precedência sobre o livre exercício do direito de manifestar a religião, igualmente como ocorre nas instituições educacionais públicas" ⁵².

Por tudo isso, no voto particular conclui-se que os Estados, à luz do princípio da subsidiariedade, gozam de uma ampla discricionariedade para determinar que

⁴⁹ Ibid, parágrafos 31-33.

⁵⁰ Ibid, ponto 34.

⁵¹ Ibid, ponto 35.

⁵² Ibidparágrafo 36, que encaminha para STEDH, *Leyla Şahin c. Turquia* [GC], n. 44774/CEDH 2005-XI.

vestuário pode ser usado num tribunal e os códigos prevalecentes. A este respeito, o juiz Mourou-vikstrom pergunta como poderia ser de outra forma se eles podem interpretar melhor os seus próprios requisitos nacionais⁵³.

Todavia, esta abordagem não leva em conta vários aspectos, que no caso *Lachiri* foram decisivos para estabelecer a existência de uma violação do artigo 9 da CEDH. Como em *Hamidovic*, que embora tenha algumas diferenças, constituiu, sem dúvida, um precedente, a requerente é uma cidadã que não está desempenhando uma função pública. Além disso, durante o processo, a pessoa em causa não exerce qualquer comportamento, em momento algum, colocando em perigo a ordem pública.

A fim de apoiar a sua posição, o TEDH utiliza a perspectiva comparativa, referindo-se ao relatório responsável pelo caso *Hamidovic*⁵⁴. Decorre deste estudo que nenhum dos 38 Estados em apreciação proíbe expressamente a utilização de símbolos religiosos. Decorre da ausência de restrições que tais símbolos são permitidos. Alguns países prevêem um código de vestimenta para os indivíduos que vão ao tribunal, e em quatro Estados é necessário deixar suas cabeças descobertas no tribunal, nomeadamente Bélgica, Itália, Portugal e Eslováquia. Todavia, essas regras só foram aplicadas na Bélgica.

Por conseguinte, mesmo que não exista um quadro comum, os Estados não têm o direito de introduzir as proibições que considerem apropriadas. O TEDH, provavelmente, percebeu a necessidade de adotar uma atitude mais dialogueal, que permita uma solução mediadora para que as minorias não se sintam prejudicadas e, portanto, não contribuam para abastecer conflitos inúteis, facilitando integração e a coexistência de diferentes culturas.

4. Rumo a uma maior proteção do direito de usar o véu na Europa depois de *Lachiri*?

A sentença do caso *Lachiri* certamente abre uma nova etapa na jurisprudência do TEDH sobre o véu islâmico. Ao afirmar pela primeira vez expressamente que a

⁵³ Ibid, n. o 37.

⁵⁴ O STEDH, *Hamidovic c. Bósnia-Herzegovina*, n. ° 21. O relatório examinou as leis dos seguintes 38 países: Albânia, Arménia, Áustria, Azerbaijão, Bélgica, Bulgária, Croácia, Chipre, Estónia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Itália, Letónia, Liechtenstein, Lituânia, Antígua República da Macedónia, Moldávia, Mónaco, Montenegro, Países Baixos, Noruega, Polónia, Portugal, Roménia, Rússia, San Marino, Sérvia, Eslováquia, Eslovénia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Ucrânia e Reino Unido.

proibição de usar tal vestimenta imposta a uma cidadã viola o direito de expressar suas crenças religiosas através dos símbolos que as representam, e que não pode justificar-se a necessidade de proteger a ordem pública, uma maior proteção é outorgada, reforçando o conteúdo deste direito.

É verdade que tem sido uma solução até certo ponto previsível, considerando o que foi afirmado pouco antes no caso *Hamidovic*. No entanto, é importante que o TEDH tenha explicitamente reconhecido isso também em relação ao *hijab*. A este respeito, um fato comum é atraído para os três casos (*Ahmet Arslan, Hamidovic e Lachiri*), em que a violação do artigo 9 da CEDH foi encontrada: nenhum dizia respeito a um véu integral.⁵⁵ Se a senhora *Lachiri* estivesse vestindo uma *burqa*, o TEDH teria confirmado a conformidade da proibição de portar essa peça de vestuário à CEDH no tribunal.

A este respeito, a sentença *Lachiri* continua muito centrada nas especificidades do caso e não esclarece em que medida e em que circunstâncias a proibição de certas vestes religiosas podem ser consideradas compatíveis com a Convenção. Parece que o TEDH, mesmo que tente dar um passo em frente, não quer afastar-se da jurisprudência anterior. Na verdade, ele tenta verificar se a restrição é necessária em uma sociedade democrática, quando, neste caso, é claro que não há perigo para a segurança e mesmo que a neutralidade é falada, não especifica este conceito.

É verdade que um tribunal não é uma rua ou uma praça pública. É uma instituição onde se cumpre uma das missões mais fundamentais do estado, a saber, a administração da justiça. Por conseguinte, é legítimo impor certas regras de conduta aos cidadãos para assegurar o bom desenrolar do processo, como a obrigação de manter uma atitude respeitosa e ordenada.

Ainda assim, o dever de neutralidade afeta, sobretudo, os funcionários públicos. Eles não podem favorecer alguns cidadãos em detrimento de outros por razões religiosas ou promover alguma fé no exercício de seus deveres. Em alguns Estados, como a França, por exemplo, não é apenas necessário que os funcionários atuem de forma neutra, mas também para manter uma certa aparência⁵⁶. Isto significa que eles não podem portar objetos religiosos em público.

⁵⁵ Sem o proibicion Em *Hamidovic* O TEDH não fala de neutralidade. Apenas encontra uma violação da liberdade religiosa, afirmando que esta medida não poderia ser considerada necessária para preservar o secularismo.

⁵⁶ S. Van Drooghenbroeck, "Les Transformações du conceito neutralite De Etat. Quelques Réflexions provocatria», Em J. Ringelheim (Ed.), *Le Droit et la Eu me diverti Culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011,

O TEDH admitiu que o direito à liberdade religiosa pode ser restringido para preservar o princípio da laicidade, que remete a um conceito mais amplo de neutralidade estatal quanto ao assunto *Dahlab v. Suíça* em relação aos mestres, ou em *Kurtulmus v. Turquia*⁵⁷ no que diz respeito aos professores universitários, ou em *Ebrahimian v. França* em que o demandante era um trabalhador social empregado na ala psiquiátrica de um hospital público.

No entanto, no que diz respeito aos juízes, o dever de neutralidade é particularmente rigoroso. Eles têm de ser independentes e imparciais no exercício das suas funções e, portanto, têm de manter uma aparência de neutralidade também perante os religiosos. Por outro lado, um indivíduo que chega a um tribunal para comparecer ou participar de uma audiência como testemunha ou parte civil não exerce qualquer função oficial e não tem poder decisório. Portanto, o fato de portar uma vestimenta religiosa não deve afetar a imparcialidade da decisão do juiz. Nesse sentido, o princípio da neutralidade deve tender a garantir que todos os indivíduos sejam tratados objetivamente e imparcialmente pelo judiciário. Esta é o fundamento.

No entanto, o caso *Lachiri* nos mostra mais uma vez que os Estados têm de se adaptar às transformações da sociedade, que têm assumido um caráter fortemente heterogêneo. A existência de uma pluralidade de grupos minoritários que cada vez mais desejam reivindicar suas tradições culturais e religiosas requer encontrar soluções que possam alcançar um equilíbrio. As questões que tem por objeto o véu islâmico e, em geral, símbolos religiosos nos mostram que "o eixo da mediação"⁵⁸ em conflitos que afetam o exercício da liberdade religiosa mudou do nível legislativo para o judicial.

O juiz por sua natural empatia⁵⁹ e tolerância⁶⁰ poderia assumir o papel de mediador, a fim de buscar uma solução orientada constitucionalmente que consiga

pp. 75-121; J. Ringelheim, "A neutralidade religiosa estatal como norma europeia comum? Reavaliar a abordagem do Tribunal Europeu dos direitos do homem", *Jornal de Oxford da lei e da religião*, Vol. 6, n. 1, 2017, pp. 24-47.

⁵⁷ STEDH, 24 de janeiro de 2016, *Com c. Turquia*, recurso n.º 65500/01.

⁵⁸ A. Guazzarotti, *Giudici e minoranze et*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁵⁹ D. Galliani, *Op. Cit.*, p. 18.

⁶⁰ Para. Pugiotta, "Costituzione e laicit" em A. Pugiotta (a cura di), *Por um costituzionale da cultura do consapevole. Lezioni magistrali*, Jovene Editore, Napoli, 2013, pp. 49-65; G. Azzariti, "multiculturalismo e Costituzione", *Politica de dirite*, n. 1-2/2016, p. 5. De acordo com a. «Pio in Generale é L' intero sistema dei Valori costituzionali Che sembra doverci dirigir por Reflect sulla questione de multiculturalismo. Coso, Il principio di Grace Che trova Le Sue radici in un'antica tradizione Liberale Ed utilitarista ovvero Il principio pluralista Che, rifiutando Il diverso principio IDENTITA, ha Perme Che venissero assorbite entro Il nonstro ordynite Le spinte Le spinte PI' Radicali,

pesar os diferentes interesses em jogo, fora do conflito político, podendo garantir uma maior integração. Através de uma interpretação e aplicação inclusiva e das normas, a recepção progressiva de tais tendências a nível legislativo poderia ser incentivada, permitindo que a estrutura das sociedades atuais seja reconfigurada em uma perspectiva plural e adaptar o ordenamento ao novo contexto multicultural, derivado da contaminação entre diferentes culturas.

Em *Hamidovic*, por exemplo, o TEDH levou em conta o contexto complexo da Bósnia e Herzegovina caracterizado por severa instabilidade, consciente de que poderia criar tensões difíceis de gerir. Para esse efeito, a fim de apoiar a sua posição e descrever o mapa europeu, também se referiu ao assunto *R v. D (R)* ([2013] EQ LR 1034), que aconteceu no Reino Unido. Este pronunciamento, que se destinava à utilização a *burqa*, representa um bom exemplo do papel mediador que os juízes podem assumir em conflitos advindos do pluralismo religioso e cultural em geral. De acordo com o juiz inglês, o acusado pode aparecer no tribunal com uma *burca* ou um *niqab* desde que ele possa ser identificado em qualquer fase do processo e exceto quando ele tem que testemunhar. Neste caso, pode apresentar evidências atrás de uma tela, que o protege da vista do público ou através de gravações ao vivo. No entanto, é evidente que a pessoa tem de permitir que o juiz ou júri olhe nos seus olhos. Além de fotografias e gravações, que nunca são permitidas em tribunal, nestes casos também não seria permitido desenhar ou esboçar ou outra imagem de qualquer tipo de rosto do acusado quando seu rosto é descoberto. A difusão ou publicação da imagem em tribunal também não é permitida.

Embora os modelos de integração que o Reino Unido evidentemente desenvolveu não tenham nada a ver com os da Bósnia e Herzegovina, esta questão mostra que, em certas circunstâncias, quando as crenças religiosas e os comportamento do titular dos dados não exceda os limites impostos pelo artigo 9.2 da CEDH, tais como a ordem pública, os juízes podem adotar uma atitude mais tolerante, contribuindo assim para assegurar o bom desenvolvimento do processo e evitar conflitos.

Neste processo, a Constituição, mas também os principais documentos sobre a proteção dos direitos humanos fundamentais, como a CEDH ou a carta dos DFUE, têm

legittimando Ogni conflitto, cooperato certamente Le coordinar essenziali per Ogni riflessione Sul rapporto tra multiculturalismo e Costituzione».

de ser o ponto de referência constante, segundo o qual os juízes têm de para interpretar e dar conteúdo a relação complexa com diferentes minorias. No entanto, se em certos casos, como em relação a certos símbolos religiosos, legitima-se a afirmar a compatibilidade de tais práticas com a Constituição, admitindo seu uso, a fim de promover a convivência entre diferentes culturas e dar vida a um processo de aprendizagem recíproca, como em *Hamidovic* ou *Lachiri*; em outros, onde, pelo contrário, as tentativas de impor "tradições culturais" prejudiciais à dignidade humana e ao seu núcleo mínimo indefectível, terão de impor a Constituição e suas tabelas de valores, que irão atuar como um parâmetro, para evitar o seu reconhecimento e, portanto, a sua entrada em nossos ordenamentos.

Em suma, o caso *Lachiri* merece uma avaliação positiva a partir de vários pontos de pontos de vista. Em primeiro lugar, é a primeira vez que o TEDH afirmou que a proibição de usar o véu islâmico (mesmo que seja apenas um *hijab*) viola o artigo 9.2 da CEDH. Isto denota uma abertura de sua parte e faz-nos esperar que esclareça progressivamente as suposições em que uma mulher pode portar tal vestuário. Além disso, este pronunciamento terá um efeito não só na Bélgica, que nos últimos anos se caracterizou por uma política restritiva a este respeito, mas também em todos os outros Estados da grande Europa. Representa uma mensagem clara às autoridades públicas no sentido de adotar uma atitude de tolerância para as práticas culturais e religiosas que não afetam a ordem pública, mas podem ajudar a mitigar o conflito.

17. ANÁLISE DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL ATRAVÉS DO DIREITO DE ACESSO À INFORMAÇÃO PÚBLICA



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-17>

Eloisa Pérez Conchillo¹

1. Introdução

O estudo dos direitos fundamentais requer uma alusão ao constitucionalismo multinível. Essa teoria se configura hoje como um recurso essencial para analisar as particularidades dos direitos em um contexto chamado de pluralidade e diversidade.

Embora seja verdade que tenha havido muitas vantagens notáveis do constitucionalismo multinível, a passagem do tempo no processo de integração europeia revelou as suas dificuldades em ser plenamente operacional. Tais dificuldades se refletem com especial ênfase neste contexto plural quando nos referimos à proteção internacional de direitos. Principalmente quando se trata de analisar direitos que estão reconfigurando seu alcance e conteúdo à luz da realidade social atual, e que também gozam de diferentes configurações em resposta ao espaço constitucional em que nos encontramos.

Assim, todas as dificuldades e dificuldades derivadas da interconexão dos ordenamentos, dos déficits de legitimidade democrática a nível europeu e interno e da falta de um constitucionalismo multinível verdadeiramente integrado, são questões que serão colocadas em relação à proteção do direitos.

Especificamente, neste artigo, a análise do direito de acesso à informação pública será usada para levantar uma série de dúvidas e questões sobre o constitucionalismo multinível e, em última instância, o constitucionalismo contemporâneo. Graças ao desenvolvimento jurisdicional que este direito adquiriu na sede da CEDH e da CDFUE, foi possível constatar a falta de acordo na sua configuração jurídico-constitucional, bem como as implicações que isso tem para o constitucionalismo atual.

¹ Universidad de Granada.

No que diz respeito ao contexto multinível, tornou-se um direito modelo estudar a relação entre os tribunais e propor diferentes formas de resolver a discrepância interpretativa que existe entre eles. Assim, o nexos do direito de acesso-constitucionalismo multinível nos permitirá propor novos cenários na proteção de direitos e discutir questões de adequação entre os diferentes ordenamentos.

2. Referência ao constitucionalismo multinível atual

O processo de globalização e integração europeia tem mostrado que a proteção dos direitos fundamentais ultrapassou a exclusividade constitucional inerente à esfera nacional. Hoje é necessário atender a outros espaços constitucionais² que compõem o chamado constitucionalismo multinível e que norteiam a estrutura metodológica do Direito Constitucional vigente.

A teoria do constitucionalismo multinível surge no processo de integração europeia para tentar explicar e dar sentido às relações entre os diferentes níveis constitucionais que garantem direitos.³ FREIXES SANJUAN define o multinível como um paradigma "autónomo", no processo de integração europeia, que visa explicar esta complexidade jurídica, aplicável a sistemas integrados por subsistemas que, no constitucionalismo, podem estar ligados ao federalismo e à interpretação sistemático".⁴

Esta construção surge do debate sobre a necessidade de uma Constituição para a Europa e acaba por ser um conceito cunhado por PERNICE para compreender a UE

² No mesmo sentido, é pronunciado, Vid. GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 4ª edição. Sanz e Torres, Madrid, 2018, p. 46. Nesse mesmo sentido, Cfr. CASCAJO, CASTRO, J. L. "Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel", biblioteca jurídica online do Instituto de Pesquisas Jurídicas da UNAM, oportunamente aponta, p. 201. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2560/12.pdf>; que "um dos pressupostos conceituais que favorecem a visão multinível dos direitos fundamentais pode ser sua configuração como o "anti-soberano". Assim, afastando-se das visões soberanistas clássicas, que acentuam o nexos Estado-território das diferentes posições jurídicas subjetivas do cidadão, pretende-se buscar outro tipo de legitimidade". Videira. BALAGUER CALLEJÓN, F. "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea", em *Studies in Tribute to Professor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Dykinson, 2008, p. 134.

³ Vid. BALAGUER CALLEJÓN, F. "Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales...", cit., p. 133.

⁴ Cfr. FREIXES SANJUAN, T. "Constitucionalismo multinivel e integración europea", em FREIXES SANJUAN, T; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y y ROVIRA VIÑAS, A (Dirs.) *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos. Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 41.

e sair do premente déficit de legitimidade democrática.⁵ Partimos aqui da ideia de que a Europa já tem uma Constituição material graças aos contributos dos tratados comunitários e das Constituições nacionais.

A questão fundamental que, na minha opinião, se debate hoje é que esta ideia de uma Constituição europeia material no contexto a vários níveis ainda não resolve os graves problemas de legitimidade democrática de que padece a UE. Assim, embora tenha sido argumentado que a configuração multinível do processo de integração serve como um guia na evolução e coesão da diversidade de arranjos,⁶ Note-se, em sintonia com BALAGUER CALLEJÓN, que “o desequilíbrio entre o nível constitucional interno democrático e o nível europeu não pode ser compensado pela ideia de um constitucionalismo multinível”.⁷ Falta algo e é que “a Europa (...) talvez hoje necessite de um passo em frente, com o qual se reafirme também a especial” <<aptidão constitucional>> “da União Europeia”.⁸ Enquanto isso não acontecer, continuará a ser um modelo incompleto do ponto de vista constitucional e de política de integração.⁹

É verdade que a construção multinível tem permitido sustentar, com ampla margem de unidade e conexão, subsistemas plurais e diversos. Assim, as suas próprias características fazem com que exerça uma importante influência no estudo dos direitos fundamentais. Desta forma, cada um destes níveis - o internacional, o supranacional, o europeu e o nacional (que inclui também o espaço regional) - entrelaçam o complexo multinível com as suas características próprias.

Assim, a reivindicação dirigida pelo constitucionalismo multinível é a “integração do nível constitucional nacional com o nível europeu a ponto de formar uma unidade material”.¹⁰ Nesse sentido, tem-se falado de “uma tríade de níveis e

⁵ Vid. PERNICE, I. “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”, en *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015, p. 541.

⁶ Vid. SCARLATTI, P. *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*. Serviço editorial da Universidad del País Vasco, 2011, p. 100.

⁷ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales...”, cit., p. 146.

⁸ Cfr. HÄBERLE, P. “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”, em *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº1, 2004; Na mesma linha, ele se pronuncia sobre a necessidade de uma Constituição para a Europa, BALAGUER CALLEJÓN, F. “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”, em *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004.

⁹ Sobre a falta de unidade política na UE, pode-se ver no mesmo sentido Vid. MONEREO PÉREZ, J.L. “El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”, em GARCÍA HERRERA, M.A, ASENSI SABATER, J; BALAGUER CALLEJÓN, F, et al. *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, vol. 1, 2016, p. 907.

¹⁰ Cfr. CASCAJO, CASTRO, J. L. “Interpretación constitucional...”, cit., p. 202.

técnicas de garantia de direitos que gera um diálogo entre tribunais que pode se caracterizar, em princípio, como um fenômeno positivo para o desenvolvimento dos direitos fundamentais”¹¹. Quando se faz referência ao diálogo entre tribunais, na verdade se refere ao "trabalho em rede"¹² levado a cabo pelos tribunais nacionais, CEDH e TJUE, para formar um sistema harmonioso de debate na interpretação dos direitos. No entanto, esse diálogo também foi identificado como uma denominação para amenizar¹³ um pouco as dificuldades inerentes ao sistema multinível.

Entre as vantagens comumente atribuídas ao constitucionalismo multinível, foi dito que ele reflete a situação real dos direitos de acordo com cada um dos ordenamentos.¹⁴ Além disso, pode-se acrescentar que, graças à articulação do sistema multinível, alguns direitos, como o acesso à informação pública, têm ampliado e enriquecido seu alcance e conteúdo.

Agora, voltando à citada capacidade constitucional europeia, encontramos um importante freio que, por sua vez, impede o processo de integração. Na Europa existe um sistema duplo de proteção dos direitos entre duas organizações muito diferentes - o Conselho da Europa e a União Europeia - que não gozam de plena integração. Isto pode ser verificado se olharmos para a relutância europeia em aderir como parte na CEDH¹⁵, visto que esta falta de adesão mostra o receio do TJUE de perder o seu monopólio na interpretação do direito da União.¹⁶ Não em vão, deve-se lembrar que a ratificação da CEDH pela UE não se dá como um poder opcional, mas como um imperativo, via art. 6,2 TEU. Estamos, portanto, perante uma tarefa pendente para o constitucionalismo europeu, que, não sem dificuldades, favoreceria uma maior harmonização na proteção dos direitos e, em última instância, na culminação do multinível.

¹¹ Cfr. BALAGUER CALLEJÓN, F. “Niveles y técnicas internacionales...”, cit.

¹² Cfr. GARCÍA ROCA, J. “La transformación del Convenio europeo de derechos humanos”, en *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 18, 2018. p. 9.

¹³ Vid. OLLERO TASSARA, A. “Diálogo de Tribunales en el marco europeo”, em DE LUCAS MARTÍN, F. J; VIDAL GIL, E. J Y FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E (Coords.) *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, vol. 1. Tirant lo Blanch, 2018, p. 27 y 28. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/documentos-magistrados/OlleroTassara/Colaboraciones/321-DIAL-TRIB-CH.pdf>

¹⁴ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinível...* cit., p. 49

¹⁵ É pronunciado de forma crítica neste mesmo sentido, Vid. GARCÍA ROCA, J. “La transformación del Convenio europeo...”, cit., p. 6 y 8.

¹⁶ Entre outros, eles criticam a recusa do TJUE à adesão do CEDH, MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”, em *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015, p. 830 y ss.

Vemos, portanto, que o recurso à teoria multinível também apresenta suas dificuldades, especialmente no que diz respeito à articulação dos diferentes sistemas de controle jurisdicional CEDH-TJUE.

Por outro lado, quando o constitucionalismo multinível é utilizado como argumento de legitimação para a UE, deve-se levar em conta, na linha de BALAGUER CALLEJÓN, que o constitucionalismo multinível reflete uma grande assimetria democrática entre os níveis europeu e interno, dificultando o alcance de um verdadeiro democracia neste contexto plural. Afirmou-se, neste sentido, que a influência recíproca entre o nível europeu e o nacional conduz a uma certa deslegitimação do nível nacional interno. Pois bem, embora seja verdade que nessa construção de proteção de direitos a UE ganha pontos e reforça sua legitimidade democrática, o inverso ocorreria em nível nacional.

Em todo caso, é interessante perguntar se todos os problemas que aqui se tratam supõem uma “crise” da própria estrutura multinível, ou se estamos realmente a falar de uma crise do Direito Constitucional vigente (europeu e nacional). Com base nessa abordagem, deve-se atentar para os problemas derivados do constitucionalismo multinível como consequência da crise do constitucionalismo contemporâneo.

Resta dizer que a ideia de constitucionalismo multinível (como um mecanismo para fazer avançar a integração europeia e salvar as disfunções democráticas da UE) nem sempre é operacional. Especificamente, encontramos cenários duvidosos quando nos referimos à proteção de direitos que gozam de perfis distintos em cada nível e que, como veremos, apresentam problemas de convergência.

3. O direito de acesso à informação pública em face dos déficits de legitimidade democrática. Por que e para que

Actualmente, as críticas que se referem, por um lado, à falta de legitimidade democrática na UE e, por outro, ao descontentamento e à crise da democracia representativa em Espanha, não são novas. Desde o constitucionalismo, são tradicionalmente evidentes os obstáculos que o atual déficit de legitimidade acarreta para avançar na construção de uma Europa integrada e democrática.

O problema é que, mesmo com o alerta precoce das disfunções democráticas de base na UE, estas ainda estão em vigor e continuam a fragmentar e a enfraquecer a

União. O termo democracia engloba conceitos como Estado de Direito, submissão à legalidade, publicidade, segurança jurídica, responsabilidade, bem como separação de poderes e direitos fundamentais. É sabido que nem todos estes termos são previsíveis da UE - com o consequente cepticismo e perda de legitimidade que isso implica -, pelo contrário, a nível nacional temos sim uma arquitectura constitucional construída sobretudo em torno desses termos e com base em procedimentos democráticos de tomada de decisão. No entanto, isso não tem sido suficiente para evitar a situação interna de descontentamento e crise da democracia representativa. Desde a crise económica de 2008, entramos em um estágio turbulento para a democracia, onde o populismo, a priorização dos interesses económicos sobre os direitos, o oportunismo político, a falta de transparência e a participação do cidadão enfraqueceram a democracia e dissolveram o relação entre cidadão e poder político.

Assim, embora os orçamentos democráticos difiram entre os níveis supranacionais europeu e nacional, esse apoio democrático estrutural não é suficiente para resolver os déficits de legitimidade. Na verdade, na Espanha, tais suposições não têm sido suficientes para resolver a distância entre o cidadão e os representantes. Neste ponto poderíamos dizer que Europa e Espanha compartilham da problemática perda de legitimidade, uma vez que ambas tenderam a neutralizar o papel do cidadão como detentor da soberania e "fonte comum de legitimidade democrática". Pois bem, como aponta SCARLATTI, "a vontade soberana dos cidadãos dos Estados-Membros não é apenas fonte de legitimação democrática das respectivas dimensões nacionais, mas representa também, na perspectiva de um sistema constitucional europeu plural e ao mesmo tempo integrado, o fonte de legitimação democrática da própria União Europeia".

Nos dias de hoje, a intervenção do cidadão na vida pública não pode ser subestimada, pois a verdade é que a sociedade mudou. Estamos perante uma sociedade mais exigente, cansada do ocultismo e da falta de transparência pública, para a qual já não basta o exercício do voto nas eleições periódicas. Hoje em dia é difícil falar em abertura, legitimidade democrática, confiança ou integração sem, por outro lado, mecanismos de exigência de responsabilidade pública e onde os cidadãos possam participar de forma informada na tomada de decisões. Além disso, nos últimos tempos, o foco tem sido em direitos como o acesso à informação pública, na medida em que ajuda a "lutar por uma melhor prestação de contas e participação democrática,

especialmente no campo da política. económica e fiscal, é fundamental para estabilizar o euro e a UE em geral. Bem, não esqueçamos que na UE e no caso particular da Espanha, tradicionalmente operou a partir da cultura do segredo e do ocultismo.

Os elementos acima mencionados são pilares para democratizar as ações e políticas até agora retiradas do espaço público europeu. Não em vão, trata-se de legitimar o Estado-nação e a UE para consolidar a democracia e a cidadania neste contexto plural.

4. Configuração do direito de acesso à informação pública ao nível do Conselho da Europa

O trabalho de reconhecimento do direito de acesso à informação pública no âmbito do Conselho da Europa tem aumentado progressivamente. Esta tendência não se reflectiu apenas na actividade e iniciativas levadas a cabo pela Assembleia Parlamentar e pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, mas sobretudo na jurisprudência da CEDH.

Este trabalho pretoriano da CEDH teve como fio condutor o reconhecimento do direito de acesso à informação pública como uma exigência democrática da sociedade atual. Nesta tarefa, a CEDH desempenha um papel essencial na medida em que se afirma que é um “instrumento vivo (...) sujeito a transformações permanentes que devem ser interpretadas na condição atual: à luz das condições de vida atuais”. Por isso, pode-se dizer que os direitos consagrados na Convenção vêm se desenvolvendo e evoluindo, dando origem a novos direitos ou a novas interpretações e / ou conteúdos de antigos direitos. Por isso, a CEDH, valendo-se de sua capacidade interpretativa, estimou que o direito de acesso à informação pública faz parte do conteúdo inerente ao art. 10 CEDH, -com o entendimento de que é um direito-orçamento democrático para a realização de sociedades livres e participativas-.

Neste cenário, recorde-se que a função quase constitucional atribuída à CEDH na esfera regional europeia para a proteção de direitos e a sua missão de garante da CEDH, têm feito com que ocupe um papel fundamental no contexto multinível. Tanto é que, no caso específico do direito de acesso à informação, a CEDH marcou um antes e um depois com a sua jurisprudência e tem sido a voz para gerar debates necessários a nível nacional.

Nessa importante tarefa interpretativa, a CEDH redefiniu e ampliou o escopo do direito de comunicar e receber informações no art. 10 CEDH, uma vez que embora não se refira ao acesso à informação como tal, o tribunal considerou-o parte integrante do seu conteúdo. A lógica da CEDH parte da consagração do direito no sistema universal de direitos por meio do art. 19 UDHR e 19.2 do ICCPR. Conclui-se, assim, que na jurisprudência da CEDH existe uma relação direta entre o acesso à informação e o direito de recebê-la, de acordo com o disposto no art. 10 ECHR.

5. Configuração do direito de acesso à informação pública a nível europeu

A falta de um quadro constitucional na UE e os défices de legitimidade democrática significam que o TJUE desempenha um papel constituinte essencial neste contexto. Nesta obra interpretativa, o CDFUE desempenha um papel coadjuvante relevante, na medida em que o seu valor jurídico vinculativo torna os direitos nele reconhecidos exequíveis e diretamente exercíveis nos ordenamentos jurídicos internos. Isso significa que os Estados deverão prestar atenção especial à interpretação dos direitos fundamentais reconhecidos na Carta, sem esquecer que nos termos do art. 51.1 CDFUE, o seu âmbito é limitado aos casos em que os Estados-Membros aplicam o direito da União. Por outras palavras, a incidência do direito da Carta nos poderes públicos nacionais depende do seu desempenho como requerentes ou executores do direito europeu.

Porém, no caso específico do direito de acesso à informação pública na UE, o seu reconhecimento expresso no art. 42 CDFUE. Pois tal reconhecimento serve para identificar o direito como um pilar necessário de qualquer sociedade democrática, bem como para constituir um guia de ação a favor dos Estados. Sem surpresa, este direito constitui um elemento essencial dos princípios de abertura e transparência na acção e funcionamento democrático europeu, bem como "um mecanismo indispensável para contrariar o défice democrático repetidamente assinalado de que as instituições europeias sofreram - e sofrem". Por outras palavras, favorece o carácter democrático europeu, uma vez que "mais participação dos cidadãos nos assuntos públicos significa melhor democracia". Nesse contexto, o direito de acesso previsto no art. 42 CDFUE, bem como no art. 15.3 TFUE, foi desenvolvido através do Regulamento (CE) n.º

1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho relativo ao acesso do público aos documentos das instituições da União Europeia.

Se nos centrarmos na protecção multinível do direito de acesso à informação pública, a sua configuração diferente é marcante consoante sejamos a nível europeu internacional ou supranacional - para não falar da configuração diferente que adquire na esfera interna espanhola- . Vimos como, no Conselho da Europa, o direito em questão é reconhecido como parte do conteúdo da arte. 10 CEDH, -e não porque esteja expressamente previsto no preceito, mas em razão da interpretação emanada da jurisprudência da CEDH-. Por outro lado, se nos referimos ao nível europeu, verifica-se que o direito de acesso à informação goza de reconhecimento expresso, nos termos do art. 42 CDFUE. Ora, o problema é que esse reconhecimento não se realiza através da liberdade de expressão e informação (como no caso anterior), mas está autonomamente consagrado no preceito citado no estatuto relativo à cidadania.

As duas opções levantadas mostram uma diversidade de caminhos, ambos louváveis, que levam a diferentes consequências quando se trata de estabelecer o certo. Tais alternativas permitem argumentar com razão sobre a adequação ou coesão multinível entre a configuração europeia do direito de acesso e a desenvolvida pela CEDH. Essa disparidade de planos tem chamado a atenção de parte da doutrina e tem sido alvo de críticas. Afirmou-se que a desconexão entre o acesso aos documentos (art. 42 CDFUE) e a liberdade de expressão e informação (art. 11 CDFUE) diminui o direito de acesso à informação, ignorando seu verdadeiro significado e significado.

Outra questão interessante levantada pela protecção multinível do direito de acesso é encontrada no CDFUE. Assim, quando nas Explicações da Carta relativas ao art. 42 CDFUE refere-se ao art. 52.2 O CDFUE afirma que “o direito de acesso aos documentos será exercido nas condições e dentro dos limites estabelecidos pelo art. 15.3 TFEU ”. Este último preceito reconhece no seu n.º 1 o direito de acesso dos cidadãos aos documentos das instituições europeias, condicionando o seu exercício aos princípios e limites, de interesse público ou privado, que o Parlamento Europeu e a Comissão desenvolvam por regulamento. Isso significa que o direito se configura na Carta como na Constituição espanhola (art. 135 CE), ou seja, sob reserva de desenvolvimento legislativo? A questão subjacente, em minha opinião, é que, mesmo considerando a sacralização que o direito de acesso à informação pública adquiriu no contexto multinível, parece que o seu exercício no quadro europeu está sujeito (ou

melhor, limitado), a o que é estabelecido pela regulamentação. Seria possível aqui ponderar se existe uma limitação da eficácia direta do CDFUE em segundo plano -e, portanto, uma limitação material da ação do cidadão europeu para fazer valer o seu direito-, uma vez que o seu conteúdo se restringe ao seu desenvolvimento jurídico.

6. Problemas de constitucionalismo multinível em relação ao direito de acesso à informação pública

Actualmente, falar sobre a relação entre os tribunais exige que se considerem as consequências que poderá ter a adesão da UE à CEDH, uma vez que afectaria o sistema multinível de protecção de direitos.

Uma possibilidade seria entender que o fato de o direito de acesso à informação pública ter uma interpretação diferente nos mencionados planos de protecção de direitos é uma verdadeira contradição. A contradição de que, em caso de ratificação da UE à CEDH, deve ser resolvida com uma reaproximação de posições entre os dois tribunais internacionais. Mas isso significa que, em tal caso, o TJUE deveria se associar incondicionalmente à interpretação do direito de acesso à informação pública feita pela CEDH? Isso não poderia afetar o princípio da primazia e autonomia da UE? A verdade é que a adesão implicaria uma certa submissão material da UE à CEDH, o que explica a recusa do TJUE em dar esse passo. No entanto, também foi identificada como “uma forma de intensificar o diálogo sobre direitos fundamentais (...), entre o Tribunal de Justiça e a CEDH”.

Outra possível consequência para o direito de acesso decorrente da adesão da UE à CEDH, seria compreender que estamos perante uma mera discrepância entre estes tribunais, que pode coexistir na medida em que não existe hierarquia entre eles. A opção aqui apresentada seria sustentar isso, com base nas artes. 52.3 e 53 CDFUE, não há incompatibilidade derivada desta divergência interpretativa entre os dois tribunais. Dessa segunda opção, pode-se concluir que o significado do art. 42 O CDFUE deve ser o mesmo concedido no art. 10 ECHR. Pois bem, embora o CDFUE reconheça formalmente o direito de acesso independentemente do direito à liberdade de informação no art. 11 CDFUE, o contexto citado permite estabelecer uma ponte entre os dois preceitos e conectar seus conteúdos. Essa alternativa respeitaria a consagração

de direitos feita na CDFUE, sim, em uma interpretação pró-libertada e em linha com a posição da CEDH.

A arte. 52.3 A CDFUE exige que o significado e o alcance dos direitos contidos na Carta que também são reconhecidos na CEDH sejam interpretados com base no cânone desta. Por seu lado, o art. 53 O CDFUE impede que os direitos reconhecidos no CDFUE sejam interpretados de forma contrária às disposições da CEDH. Portanto, levando em consideração esses dois artigos, pode-se concluir que o significado do art. 42 O CDFUE deve ser o mesmo concedido no art. 10 CEDH, ainda que o ideal fosse uma referência expressa a essa manifestação da informação do art. 11 CDFUE-. Este último nos levaria a considerar que, embora o CDFUE reconheça o direito de acesso *stricto sensu* independentemente do direito à liberdade de informação, isso não nos impede de vincular o art. 42 CDFUE com 11 CDFUE.

Se olharmos novamente para o disposto no art. 52.3 A CDFUE verifica-se que, para além do atrás referido, acrescenta: "esta disposição não obsta a que o direito da União conceda uma proteção mais ampla". A lógica desta afirmação parte da consideração de que a CEDH fornece um padrão mínimo de garantia de direitos, acima do qual tanto a UE como os Estados (com base na margem de apreciação nacional), poderão criar proteções mais robustas e fiadores. No entanto, no caso particular do direito de acesso à informação pública, é paradoxal que a CEDH tenha construído uma interpretação "formalmente mínima", mas materialmente mais ampla e favorável ao direito do que aquela encontrada no resto do ordenanças. Em casos como este, o papel garantidor da CEDH pode ser apreciado, o que por razões óbvias confere especial relevância à ratificação europeia da CEDH.

Agora é conveniente fazer uma breve referência ao caso particular espanhol. No sistema multinível espanhol partimos do reconhecimento do direito de acesso à informação, via art. 105 CE, muito mais limitado do que nas Nações Unidas global e no nível regional europeu. Se levarmos em conta o caráter evolutivo da jurisprudência internacional no que se refere ao direito de acesso à informação pública, é notável o atraso nacional na configuração de seu escopo e conteúdo. Por isso, é importante ressaltar que, à luz das circunstâncias da vida atual e do progressivo reconhecimento internacional do direito, seria dar um passo além e conectar o âmbito limitado do art. 105 CE com art. 20.1.d) CE. No entanto, a Espanha continua a manter um critério tradicional que evita a fundamentalização do direito de acesso. Encontramo-nos aqui

com um importante obstáculo multinível, que reduz as possibilidades de avançar na democracia e de ajustar o conteúdo dos direitos às interpretações das necessidades e tempos atuais.

Sem prejuízo de que esta tem sido a posição espanhola até ao momento, ficará sempre aberta a possibilidade de um debate sobre a natureza jurídica do direito de acesso à informação, quer na sede da reforma constitucional, quer na sequência de um caso de A Amparo interpôs perante o TC, onde caberá a ele pronunciar-se sobre a relação entre os arts. 105 e 20.1.d) CE. Assim, deixando em aberto qualquer possibilidade de mudança futura, seria necessário destacar uma série de questões de interesse que serviriam para unir o multinível espanhol com os direitos internacionais.

Partimos do princípio de que tanto a nível do Conselho da Europa como a nível europeu o direito de acesso à informação pública é sacralizado de forma vantajosa, quer ligando o direito de acesso à liberdade de informação (como o faz a CEDH), ou reconhecendo seu carácter autónomo como um direito fundamental na CDFUE-. Pois bem, tendo em conta o cânone de interpretação dos direitos consagrados na nossa arte. 10.2 CE e o facto de tanto a CEDH como a CDFUE serem instrumentos jurídicos vinculativos (art. 96 CE), podemos perguntar-nos qual seria a interpretação mais susceptível aceite em Espanha para uma possível fundamentação do direito.

Subjacente aqui está a questão de saber se nosso ordenamento jurídico atenderia à interpretação feita pela CEDH, segundo a qual o direito de acesso à informação faz parte do direito de receber informação do art. 10 CEDH, ou se preferir tentar criar um direito ex novo desvinculado da liberdade de receber informação (art. 11 CDFUE), baseado na natureza autónoma e expressa de que goza no art. 42 CDFUE.

A segunda opção seria descartada na medida em que a supremacia constitucional impeça a inclusão até por meio do art. 10.2 CE, direitos que não estão previamente consagrados em nossa Constituição. No entanto, se assim não for, as duas interpretações propostas seriam suscetíveis de aceitação por parte da Espanha, tendo em conta que tanto a CEDH como a CDFUE são parte integrante do nosso sistema jurídico ao abrigo do art. 96 CE.

É verdade que ater-se à segunda possibilidade levantada, uma possível fundamentação da arte. 105 CE, uma vez que está fora da estrutura orgânica e especialmente protegida da Seção I do Capítulo II do Título I do CE. No entanto, esse

argumento não deve nos vetar de avançar em direitos ou impedir outras alternativas que permitam a adequação do texto constitucional ao marco multinível.

Entre essas possibilidades estaria a interpretação da arte. 105 CE como instrumento e orçamento necessários à eficácia do art. 20.1.d) CE. Este percurso é a meu ver o mais respeitoso da supremacia constitucional e em particular do art. 10.2 CE. Bem, não estaríamos mais criando uma nova lei, mas atualizando a interpretação de uma existente para os requisitos do constitucionalismo multinível atual. Outro argumento a favor desta opção é que a Espanha se vale da interpretação do direito que seja mais favorável ao seu exercício de acordo com o princípio do favor libertatis e o art. 10.2 CE. Assim, tendo em conta o caso particular que nos preocupa, afigura-se que, se a Espanha decidiu adaptar o seu multinível em termos de acesso à informação pública, deveria respeitar a interpretação mais ampla e favorável da lei feita neste caso pela CEDH.

7. Conclusões

Neste artigo, procuramos delinear os problemas gerados pelo constitucionalismo multinível em relação ao direito de acesso à informação pública. Questões como o diálogo e as discrepâncias interpretativas entre tribunais, a diferente configuração do direito de acesso dependendo se nos movemos em um sistema multinível ou outro, o padrão mais elevado de proteção do direito na sede da CEDH, a limitação material do direito de acesso no A nível europeu, ao sujeitar o seu exercício ao seu desenvolvimento regulatório, a falta de transparência nos processos decisórios supranacionais, as formas possíveis de fundamentação do direito em Espanha ou a falta de ratificação da UE à CEDH, revelam os problemas do constitucionalismo contemporâneo.

Está provado que o problema não reside tanto na construção do próprio sistema multinível, mas na sua articulação a partir de sistemas constitucionais nacionais e europeus carentes de orçamentos democráticos. No entanto, deve-se ter em conta que a proteção efetiva dos direitos não se satisfaz com a mera configuração de um sistema em diferentes níveis. Um exemplo disso é que os argumentos da legitimidade democrática e da constituição material europeia utilizados para construir a teoria do constitucionalismo multinível também revelam espaços de insegurança e incerteza.

Em qualquer caso, garantir o direito de acesso à informação pública num contexto complexo como o constitucionalismo multinível exige passos necessários a favor da integração, maior coesão, democratização e união política da UE, bem como da ratificação final da UE à CEDH. Até que haja progresso nesta linha, o constitucionalismo multinível contemporâneo continuará a ser caracterizado pela colisão e atrito entre planos.

O caminho traçado evitaria continuar a criar incertezas na proteção dos direitos, pois avançaria para uma “cultura comum de direitos” em que “o Tribunal de Estrasburgo estaria claramente encarregado de julgar a compatibilidade do CDFUE (...) com a citada CEDH”. Desta forma, consagraríamos um verdadeiro “padrão comum” de direitos fundamentais, reforçando ao mesmo tempo o caráter político e democrático da UE.¹⁷

Referências bibliográficas

AZPITARTE SÁNCHEZ, M. “Los derechos fundamentales de la Unión: en busca de un nuevo equilibrio”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 104, 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, F. “Constitucionalismo multinivel y derechos fundamentales en la Unión Europea”, en *Estudios en Homenaje al profesor Gregorio Peces-Barba*, Vol. 2, Dykinson, 2008.

BALAGUER CALLEJÓN, F. “Niveles y técnicas internacionales e internas de realización de los derechos en Europa. Una perspectiva constitucional”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 1, 2004.

BILANCIA, P. “Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 6, 2006.

BLANES CLIMENT, M. A. *La transparencia informativa de las administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir obligación publica de forma activa*. Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2014.

¹⁷ Se refiere a esta última ventaja de la adhesión de la UE al CEDH, Cfr. HERMIDA, C. “Una salida a los conflictos...”, cit., p. 131; cuando señala que “Desde el punto de vista político, no podemos dudar del valor simbólico que la adhesión de la Unión Europea tendrá para los ciudadanos europeos, ya que fortalecerá la imagen democrática de la Comunidad al tiempo que contribuirá a reforzar el CEDH”.

- CASCAJO, CASTRO, J. L. “Interpretación constitucional y constitucionalismo multinivel”, Biblioteca jurídica online del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros.pdf>
- CUENCA GÓMEZ, P. “La incidencia del Derecho Internacional de los derechos humanos en el Derecho Interno: la interpretación del art. 10.2 de la Constitución Española”. *Revista de Estudios Jurídicos*, nº12, 2012.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “La compleja adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos y las secuelas del Dictamen 2/2013 del Tribunal de Justicia”. *Revista La Ley Unión Europea*, nº 23, 2014.
- FREIXES SANJUAN, T. “Constitucionalismo multinivel e integración europea”, en FREIXES SANJUAN, T; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y y ROVIRA VIÑAS, A (Dir.) *Constitucionalismo multinivel y relaciones entre Parlamentos. Parlamento europeo, Parlamentos nacionales y Parlamentos regionales con competencias legislativas*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- FROST, A. “Restoring faith in Government: Transparency reform in the United States and the European Union”. *European Public Law*, vol. 9, 2003.
- GARCÍA ROCA, J. “La transformación del Convenio europeo de derechos humanos”. *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 18, 2018.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, 4ª edición. Sanz y Torres, Madrid, 2018.
- GONZÁLEZ ALONSO, L.N. “Artículo 42. Derecho de acceso a los Documentos”, en MANGAS MARTÍN, A. (Dir) y GONZÁLEZ ALONSO, L.N (Coord). *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*. Fundación BBVAA, Madrid, 2008.
- HÄBERLE, P. “Europa como comunidad constitucional en desarrollo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº1, 2004.
- HERMIDA, C. “Una salida a los conflictos entre el Tribunal de Estrasburgo y el Tribunal de Luxemburgo”. *Persona y Derecho*, nº 63, 2010.
- MARTÍN Y PÉREZ NANCLARES, J. “El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 52, 2015.

MARTINÓN QUINTERO, R. “Los derechos humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos”. *Revista de Derechos Fundamentales*, 2016, nº 28.

MONEREO PÉREZ, J.L. “El constitucionalismo social europeo ante los nuevos poderes soberanos”, en GARCÍA HERRERA, M.A, ASENSI SABATER, J; BALAGUER CALLEJÓN, F, et al. *Constitucionalismo crítico: Liber amicorum Carlos de Cabo Martín*, vol. 1, 2016.

MONTILLA MARTOS, J. A. “Transparencia y acceso a la información en España”, en SARLET, I. W; MONTILLA MARTOS, J.A; LINDEN RUARO, R (Coords.) *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2016.

OLLERO TASSARA, A. “Diálogo de Tribunales en el marco europeo”, en DE LUCAS MARTÍN, F. J; VIDAL GIL, E. J Y FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, E (Coords.) *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompart*, vol. 1. Tirant lo Blanch, 2018.

PERNICE, I. “Multilevel Constitutionalism and the Crisis of Democracy in Europe”. *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015.

RAMS RAMOS, L. “La transformación del derecho de acceso en España: de derecho de configuración legal a derecho fundamental”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 160, 2013.

RIPOL CARULLA, S. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*. Atelier, Barcelona, 2007.

ROLLNERT LIERN, G. “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia”. *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 34, 2014.

SCARLATTI, P. *Democracia y teoría de la legitimación en la experiencia de la integración europea. Contribución a una crítica del constitucionalismo multinivel*. Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2011.

18. LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E SEGURANÇA PÚBLICA: A PROBLEMÁTICA PONDERAÇÃO CONSTITUCIONAL NA LUTA CONTRA O TERRORISMO INTERNACIONAL¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-18>

Giacomo Palombino²

1 Introdução

É inevitável que os direitos e liberdades constitucionais, mesmo vivendo em um sistema harmônico de valores, possam vir a entrar em conflito³. É por isso, que os Tribunais constitucionais utilizam a técnica da ponderação constitucional, um balanceamento para ver que direito ou liberdade é predominante em sua aplicação concreta⁴. Considerando a doutrina sobre o assunto, é possível delinear um esquema das três principais hipóteses de individualização do equilíbrio constitucional perante o Tribunal⁵: o conflito entre dois indivíduos que requerem o reconhecimento do mesmo direito, como acontece, por exemplo, com as prestações sociais; o conflito entre dois direitos ou liberdades diferentes, como sucede entre a liberdade religiosa e o direito à saúde no caso particular das testemunhas de Jehová; e, por último, no caso

¹ Traduzido por Gabriela Pandolfo Coelho Glitz

² Dottorando di ricerca in “Il diritto dei servizi nell’ordinamento italiano ed europeo”, Università degli Studi di Napoli «Parthenope».

³ Cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino, 1992; cfr. Id., La “costituzionalizzazione” dell’ordinamento italiano, in «Ragion pratica», 11, 1998; cfr. R. BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992; cfr. K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966, 65-82; G. FASSÒ, *La filosofia del diritto dell’Ottocento e del Novecento*, Bologna, 1988.

⁴ Cfr. R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2001; Id., *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in «Ars Interpretandi», 7, 2002, 131-144; Id., *On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*, in «Ratio Juris», vol. 16, 2003, 433-449; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in «Ars Interpretandi», 10, 2005, 97-123; cfr. T.A. ALEINIKOFF, *Constitutional Law in the Age of Balancing*, in «Yale Law Journal», 1987, vol. 96; cfr. P. MCFADDEN, *The Balancing Test*, in «Boston College Law Review», vol. 29, 1988; cfr. A. VESPAZIANI, *Interpretazioni del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, 2002; Id., *Il bilanciamento dei diritti nella cultura giuridica statunitense*, in «Diritto pubblico», 2001, 2, 457-515; A. A. CERVATI, *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e “bilanciamento” tra valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca)*, in *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici* (Atti del Seminario di Roma, 13-14 ottobre 1992), Milano, 1992; R. BIN, *Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992.

⁵ Cfr. R. BIN – G. PITRUZZELLA, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2017, 540-542.

mais complexo, onde o equilíbrio é encontrado entre um direito ou liberdade individual e um interesse coletivo e geral.

É exatamente em referência a esta última hipótese de ponderação que se quer introduzir o complexo tema do terrorismo internacional. A partir dos ataques de 11 de setembro de 2001, os Governos ocidentais têm adotado políticas de emergência para proteger a coletividade⁶, políticas embasadas em normativas de prevenção que, para garantir a segurança pública, tem determinado uma compressão de direitos e liberdades fundamentais. Em particular, o papel que se pretende analisar, à luz da diretiva 541 de 2017 da União Europeia, o artigo 270 *quinquies* do código penal italiano, modificado após os ataques de Paris de 2015; é verificar como a norma, por razões de prevenção, afeta a liberdade de receber informações.

2 A evolução do terrorismo internacional.

A legislação de emergência teve que ser renovada e adaptada progressivamente devido aos alarmes gerados pelos principais ataques e à evolução organizacional dos grupos terroristas. Nestes quase vinte anos, a sociedade também evoluiu e em particular a tecnologia, desenvolveu-se de maneira impressionante. O terrorismo de 2001 executou seus planos através de uma verdadeira organização, no sentido técnico da palavra, caracterizada por uma hierarquia e chefes declarados. Entretanto, com o tempo isto foi alterado. O Estado Islâmico (o ISIS) inaugurou a “temporada” dos lobos solitários⁷. Esta terminologia nasceu nos anos Oitenta com o Ku Klux Klan, ao falar em “resistência sem liderança”, e foi utilizada também por Ayman al Zawahiri, o sucessor de Bin Laden, que falou de “apelo à resistência islâmica global”⁸. Tudo isto está muito vinculado a nova maneira de “planejar o terrorismo”⁹. Considerando os ataques de

⁶ G. jakobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. JAKOBS y M. CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, Madrid, 2003.

⁷ O considerando número 4 da Diretiva UE 2017/541 afirma: «La amenaza terrorista ha aumentado y se ha desarrollado rápidamente en los últimos años. Los denominados «combatientes terroristas extranjeros» viajan al extranjero con fines terroristas. Los combatientes terroristas extranjeros que regresan suponen una importante amenaza de seguridad para todos los Estados miembros. Los combatientes terroristas extranjeros han estado relacionados con atentados y complotos recientes en varios Estados miembros. Además, la Unión y sus Estados miembros se enfrentan a la creciente amenaza que representan las personas que, aunque permanecen dentro de Europa, reciben inspiración o instrucciones de grupos terroristas situados en el extranjero».

⁸ V. JASON BURKE, *The myth of the “lone wolf” terrorist*, en *The Guardian*, 2017; v. también *Non chiamiamoli “lupi solitari”* en www.ilpost.it.

⁹ «After 9/11, lone-wolf terrorism suddenly seemed like a distraction from more serious threats. The 19 men who carried out the attacks were jihadis who had been hand picked, trained, equipped and funded

Paris de 2015 e os que seguiram de Niza e Berlin, observa-se que a maioria dos terroristas eram cidadãos europeus, que alguns nunca estiveram na Síria para receber treinamento e que outros tampoco tiveram um contato direto com as bases do ISIS para planejar seus ataques. Observando estas características, se pode ver como a tecnologia, com particular referência ao âmbito das comunicações, influi também, e muito, na maneira de planejar o terrorismo¹⁰. Por meio da internet, uma mensagem política ou religiosa pode ser divulgada em todos os países do mundo e pode-se receber aulas de qualquer disciplina. Entretanto, da mesma maneira se pode adquirir também as competências e as informações necessárias para realizar um ataque terrorista, assim como manusear armas ou fabricar, por exemplo, explosivos caseiros.

3 A normativa italiana de prevenção do terrorismo e a diretiva UE 2017/541

Obviamente, os legisladores perceberam esses desenvolvimentos e adaptaram os regulamentos de prevenção a novas formas de planejar ataques. Isto aconteceu tanto a nível nacional como a nível supranacional. Entretanto, antes de analisar especificamente tal legislação de emergência, parece oportuno afirmar que, em níveis normativos, o conceito delitivo aceito como atos que constituem um atentado terrorista seja o mesmo; em efeito, logo ficará claro como as sanções criminais são usadas também por atos potencialmente ofensivos, que não determinam o dano material de interesses ou direitos garantidos pelo sistema jurídico. É por isso que se

by Osama bin Laden, the leader of al-Qaida, and a small group of close associates. Although 9/11 was far from a typical terrorist attack, it quickly came to dominate thinking about the threat from Islamic militants. Security services built up organograms of terrorist groups. Analysts focused on individual terrorists only insofar as they were connected to bigger entities. Personal relations – particularly friendships based on shared ambitions and battlefield experiences, as well as tribal or familial links – were mistaken for institutional ones, formally connecting individuals to organisations and placing them under a chain of command”, cit. JASON BURKE.

¹⁰ *“In the most basic enabled attacks, Islamic State handlers acted as confidants and coaches, coaxing recruits to embrace violence. In the Hyderabad plot, among the most involved found so far, the terrorist group reached deep into a country with strict gun laws to arrange for pistols and ammunition to be left in a bag swinging from the branches of a tree. For the most part, the operatives who are conceiving and guiding such attacks are doing so from behind a wall of anonymity. When the Hyderabad plotters were arrested last summer, they could not so much as confirm the nationalities of their interlocutors in the Islamic State, let alone describe what they looked like. Because the recruits are instructed to use encrypted messaging applications, the guiding role played by the terrorist group often remains obscured”. Cfr. RUKMINI CALLIMACHI, Not “Lone Wolves” after all: how ISIS guides world’s terror plots from afar, en The New York Times.*

fala de “atentado”, o qual, segundo uma interpretação basicamente terminológica, indica exatamente a consequência prejudicial não necessária do ato realizado¹¹.

Começando com a esfera nacional, se pretende analisar em particular a normativa de prevenção adotada na Itália, na qual se pode perceber muito claramente o que foi dito antes, e dizer, que a normativa evoluiu em relação aos ataques realizados ao longo do tempo. Antes de 2001, o código penal italiano possuía apenas um significado “interno” do terrorismo, isto é, a possibilidade da ameaça vir do exterior não era considerada no nível regulatório. Após 11 de setembro, o decreto-lei 374 de 2001¹² adicionou ao código penal o artigo 270 *bis*, que configura o objetivo do terrorismo também em relação a ataques contra estados estrangeiros¹³; a norma, além disso, também sanciona o financiamento de organizações criminosas internacionais. Posteriormente, se aprovou o decreto-lei n. 144, após os ataques de Londres de 2005¹⁴. Por meio deste último, o artigo 270 *quinqüies*, hoje afirma que o treinamento com finalidade para o terrorismo também é considerado um delito. Além disso, o decreto de 2005 adicionou ao código penal o artigo 270 *sexies* que, para favorecer a interpretação do juiz, identifica uma definição de atos terroristas¹⁵.

Após os ataques à redação de *Charlie Hebdo* se aprovou o decreto lei n. 7 de 2015¹⁶. Este último decreto modificou novamente o artigo 270 *quinqüies* do código penal italiano, dando uma nova configuração que foi o objetivo principal deste decreto. Segundo a norma, que – como explicado – já considerava como delito o treinamento vinculado ao terrorismo, este conceito também se estende quando o treinamento acontece de maneira autônoma, buscando informações e preparando-se para um ataque sem contato ou cooperação de outras pessoas. Resta evidente que o legislador italiano tentou adotar uma medida funcional em contraste com o fenômeno dos «lobos solitários»; com efeito, o artigo 270 *quinqüies* afirma também que a sanção será mais grave se o treinamento se realiza através de meios informáticos. Tudo isso demonstra,

¹¹ Cfr. F. MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, 2015, 204 ss..

¹² Decreto intitulado “Disposizioni urgenti per contrastare il terrorismo internazionale”, convertido em Lei n. 438 de 15 dezembro 2001.

¹³ F. FASANI, *Terrorismo islamico e diritto penale*, Padova, 2016, 352.

¹⁴ Convertido em Ley n. 155, del 31 julio 2005; Cfr. F. VIGANÒ, *Pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il nuovo decreto in materia di contrasto al terrorismo*, in *Dir. pen. cont.*, 2015.

¹⁵ Estes são os atos que «possono recare grave danno ad un Paese o ad una organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i pubblici poteri o un'organizzazione internazionale a compiere o ad astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di una organizzazione internazionale (...)».

¹⁶ Convertido em Lei n. 43, em 17 abril 2015.

obviamente, como, por un lado, o fenômeno dos “lobos solitários” tem adquirido uma propagação preocupante e, por outro lado, como internet é um “lugar” no qual estes indivíduos se convertem em terroristas.

Sem dúvida, a União Europeia buscou esta evolução normativa, com a tarefa de adquirir a configuração de uma disciplina homogênea comum e, portanto, uma política de prevenção mais eficaz. Em particular, o último passo que a União Europeia deu na luta contra o terrorismo internacional está representado pela diretiva 541 de 2017¹⁷. Entretanto, o conteúdo da norma reproduz de maneira análoga o que foi declarado nas decisões precedentes 2002/475¹⁸ e 2005/671. O artigo 3, por exemplo, admite uma definição de atos terroristas já existente no direito da União Europeia; afirma, em particular, que correspondem aos «delitos (...) que, por sua natureza ou contexto, podem prejudicar gravemente um país ou uma organização internacional»¹⁹. Esta

¹⁷ O considerando n. 4 afirma que «La amenaza terrorista ha aumentado y se ha desarrollado rápidamente en los últimos años. Los denominados «combatientes terroristas extranjeros» viajan al extranjero con fines terroristas. Los combatientes terroristas extranjeros que regresan suponen una importante amenaza de seguridad para todos los Estados miembros. Los combatientes terroristas extranjeros han estado relacionados con atentados y complots recientes en varios Estados miembros. Además, la Unión y sus Estados miembros se enfrentan a la creciente amenaza que representan las personas que, aunque permanecen dentro de Europa, reciben inspiración o instrucciones de grupos terroristas situados en el extranjero». Cfr. S. SANTINI, *L'Unione europea compie un nuovo passo nel cammino della lotta al terrorismo: una prima lettura della direttiva 2017/541*, in *Diritto penale contemporáneo*, 2017.

¹⁸ Sin embargo, el considerando n. 3 de la directiva del 2017 afirma que «la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo (3) es la piedra angular de la respuesta de la justicia penal de los Estados miembros en la lucha contra el terrorismo. La existencia de un marco jurídico común a todos los Estados miembros y, más concretamente, de una definición armonizada de los delitos de terrorismo, sirve como punto de referencia para el intercambio de información y la cooperación entre las autoridades nacionales competentes en virtud de la Decisión marco 2006/960/JAI del Consejo (4), las Decisiones 2008/615/JAI (5) y 2005/671/JAI del Consejo (6), el Reglamento (UE) n.º 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo (7) y las Decisiones marco 2002/584/JAI (8) y 2002/465/JAI del Consejo (9)».

¹⁹ O artigo segue enumerando os fins típicos que caracterizam estes atos. Em particular: « a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c); j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i). 2. Los fines a que se refiere el apartado 1 son los siguientes: a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a

consideração admite, então, um duplo conceito de atos terroristas: o primeiro, objetivo, se refere ao contexto no qual os delitos se colocam; o segundo, subjetivo, se refere a intenção que leva o indivíduo à ações vinculadas ao atentado.

Outro elemento da continuidade da prevenção é representado pelo relacionamento entre o indivíduo e a organização criminosa: o artigo 4, na realidade, trata da mesma forma quem manda no grupo criminoso, como quem simplesmente participa da organização criminosa, que se configura «no fornecimento de informações ou meios materiais, ou em qualquer forma de financiamento de suas atividades, com o conhecimento de que essa participação contribuirá para as atividades criminosas do grupo terrorista».

Com relação ao que interessa sobre este dispositivo, importante ressaltar o artigo 13, no qual afirma-se que «para que os crimes listados no artigo 4 ou no título III sejam puníveis, não será necessário cometer efetivamente um crime terrorista, nem em relação aos crimes listados nos artigos 5 a 10 e 12, que sejam relevantes com outro crime específico estabelecido nesta diretiva». Também a União Europeia, então, admite a antecipação da sanção penal a uma fase “não ofensiva” do delito, considerando também terrorista o ato meramente preparatório.

Analisando o texto da diretiva, para concluir, verifica-se que o legislador supranacional também focou o problema da mídia computacional: o artigo 21, por exemplo, admite que as páginas da Web que espalham mensagens terroristas sejam tiradas do ar e o considerando 10 afirma que “os delitos de incitação pública a prática de uma ofensa terrorista também incluem a divulgação de mensagens ou imagens, a fim de obter apoio a causas terroristas ou intimidar seriamente a população.”.

4 Os lobos solitários na jurisprudência do Tribunal supremo italiano

Em relação a este regulamento de prevenção, parece interessante analisar rapidamente uma sentença do Tribunal Supremo italiano. Em 2017, a sentença n. 6061 da V seção penal, o Tribunal confirma a condenação de um homem julgado culpado pelo artigo 270 *quinquies* do código penal. Os juízes de primeiro e segundo grau condenaram-o por acessar, durante muito tempo e periodicamente, páginas da web

abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional».

dedicadas à propaganda terrorista e que ensinavam a manejar armas e fabricar explosivos. Os advogados tentaram demonstrar que não havia ligação entre a aquisição de informações e a missão terrorista. Ou seja, eles declararam que buscar informações sobre a propaganda do ISIS poderia ter uma função didática simples ou que informações sobre armas ou explosivos poderiam depender de um interesse científico ou da vontade de estudar formas de autodefesa²⁰. Por tudo isso, os advogados sustentaram, desta forma, que a condenação era contrária ao princípio da ofensividade, considerando que o que foi cometido pelo preso era apenas um ato “potencialmente ofensivo” e não diretamente prejudicial aos direitos garantidos pelo ordenamento; portanto, a proteção da liberdade de informação não pode encontrar um limite na autodeterminação do indivíduo ao estabelecer em quais conteúdos concentrar sua atividade de informação.

Entretanto, o Tribunal, definindo expressamente um homem como «lobo solitário», confirma a condenação, afirmando que as provas adquiridas são suficientes para demonstrar sua intenção criminosa. O Tribunal explica como sendo uma característica dos crimes de ataque a antecipação da penalidade para uma fase não ofensiva do *iter criminis*. Em efeito, a técnica de antecipação identifica, como visto antes, as políticas de emergência e, portanto, de prevenção. É necessário entender qual ato, também em perspectiva preventiva, é suficiente e necessário para permitir a ação criminal. Alguns teorizaram uma solução subjetiva: os crimes de ataque são crimes de "desobediência", eles devem ser sancionados com referência à vontade do recluso sem considerar o dano material²¹. Outros teorizaram uma solução objetiva: o que legitima a sanção criminal é a adequação do ato para produzir uma lesão²². Na sentença do Tribunal Supremo, em realidade, os juízes parecem admitir uma terceira alternativa: se a *ratio* dos delitos de atentado é exatamente a antecipação da sanção, o delito se

²⁰ Em particular, os advogados afirmam: «vero è che il legislatore “ha inteso attribuire rilevanza penale alle attività meramente preparatorie degli atti terroristici”, ma occorre - ad esempio, quanto all’addestramento o alla raccolta di informazioni - che questi siano strumentali, su base oggettiva, “ad uno specifico e concreto programma di violenza, con conseguente pericolo per la struttura statale e l’ordine pubblico”, pena la evidente incostituzionalità di un precetto penale che sanziona una mera idea eversiva». En seguida, que «analogo rigore si impone in punto di verifica della sussistenza dell’elemento psicologico, atteso che si è di fronte ad un reato a doppio dolo specifico (volontà di commettere atti di violenza o di sabotaggio di servizi pubblici essenziali, nonché perseguire una finalità terroristica), il che rende imprescindibile l’accertamento dell’idoneità degli atti realmente compiuti a raggiungere gli scopi indicati». En efecto, según la defensa, «non vi sarebbe alcun elemento da cui desumere, come invece ritengono i giudici di merito, che l’H. si sarebbe determinato a ‘dare una svolta terroristica alla propria esistenza’».

²¹ Cfr. E. GALLO, *Il delitto di attentato nella teoria generale del reato*, Milano, 1966.

²² Cfr. F. mantovani, op. cit., 204 ss..

considera de “perigo preventivo”, que se configura, em efeito, quando no momento da realização do ato já for possível calcular a probabilidade de ocorrência de uma lesão²³.

5 A liberdade de informação: em particular, a liberdade de receber informações

Comentada a sentença do Tribunal Supremo, parece correto afirmar que as normas analisadas afetam – potencialmente – a liberdade de receber informações²⁴. E por isso é oportuno analisar, sinteticamente, esta liberdade, novamente tanto em referência ao direito italiano como ao direito supranacional.

No ordenamento jurídico italiano, a liberdade de informação se admite por meio do artigo 21 da Constituição, que reconhece a liberdade de expressar e difundir livremente os pensamentos²⁵. O Tribunal Constitucional italiano, além disso, afirma²⁶ que esta liberdade constitui um elemento fundamental da forma do Estado democrático²⁷. Entretanto, a diferença do artigo 20 da Constituição espanhola, que é mais detalhado²⁸, o conteúdo do artigo 21 da italiana tem sido o resultado da interpretação. Em particular, é consenso que a liberdade de expressão pode ser dividida em três situações jurídicas diferentes: a liberdade de expressão geral, a liberdade de produzir informações e a liberdade, que diz respeito a essa busca, de

²³ «Il pericolo non è necessariamente insito nella stessa condotta, poiché al momento di essa è possibile controllare l'esistenza o meno delle condizioni per il probabile verificarsi dell'evento lesivo, ma esso viene presunto *juris et de jure*, per cui non è ammessa neppure prova contraria della sua concreta inesistenza», cit. F. MANTOVANI, op. cit., 204 ss..

²⁴ Cfr. A. PAPA, *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018; S. FOIS, *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Milano, 1957; C. CHIOLA, *L'informazione nella Costituzione*, Padova, 1973.

²⁵ «Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione. La stampa non può essere soggetta ad autorizzazioni o censure. Si può procedere a sequestro soltanto per atto motivato dell'autorità giudiziaria nel caso di delitti, per i quali la legge sulla stampa espressamente lo autorizzi, o nel caso di violazione delle norme che la legge stessa prescrive per l'indicazione dei responsabili. In tali casi, quando vi sia assoluta urgenza e non sia possibile il tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, il sequestro della stampa periodica può essere eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria, che devono immediatamente, e non mai oltre ventiquattro ore, fare denuncia all'autorità giudiziaria. Se questa non lo convalida nelle ventiquattro ore successive, il sequestro s'intende revocato e privo d'ogni effetto. La legge può stabilire, con norme di carattere generale, che siano resi noti i mezzi di finanziamento della stampa periodica. Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume. La legge stabilisce provvedimenti adeguati a prevenire e a reprimere le violazioni».

²⁶ Sentencia n. 84 del 1969 del Tribunal constitucional italiano.

²⁷ El Tribunal habla de “piedra angular de la democracia”.

²⁸ Que individualiza como o limite «en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

receber informações. A nível supranacional, tanto o artigo 11 da *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*²⁹ como o artigo 10 da *Convenção Europeia de direitos humanos*³⁰ reconhecem a liberdade de expressão. Entretanto, a diferença em relação à Constituição italiana, é que nas duas Cartas fala-se expresamente da liberdade de receber informações.

É também verdade que, mesmo compartilhando a ideia de que essa liberdade tem um carácter fundamental³¹, tanto o direito nacional como o direito supranacional admitem limites, isto é, parâmetros para consentir ao legislador limitar a liberdade de informação³². Por um lado, o artigo 21 da Constituição italiana é muito genérico e admite, como único limite, o “bom costume” – a “moral”³³. Não é fácil definir o conteúdo exato deste limite, pois o Tribunal constitucional italiano afirma³⁴ que com esta expressão devemos entender toda a pluralidade de perspectivas éticas da sociedade, para que a liberdade de informação possa ser comprimida quando a comunidade se sentir ameaçada pelo conteúdo disseminado, graças à mesma liberdade de informação. Por outro lado, enquanto a *Carta dos direitos fundamentais* é muito genérica, o artigo 10 do CEDH é mais detalhado, pois afirma que a liberdade pode limitar-se por meio de «medidas necessárias, em uma sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública».

²⁹ «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras».

³⁰ «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

³¹ Cfr. P. BARILE, *La libertà di manifestazione del pensiero*, Milano, 1975; R. ZACCARIA – L. CAPECCHI, *La libertà di manifestazione del pensiero*, in *Trattato di diritto amministrativo*, Padova, 1992.

³² Cfr. A. DI GIOVINE, *I confini della libertà di manifestazione del pensiero*, Padova, 1988; A. PIZZORUSSO, *Limiti alla manifestazione del pensiero derivanti dall'incompatibilità del pensiero espresso con principi costituzionali*, in AA.VV., *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2003

³³ «I Costituenti hanno optato per una locuzione (“buon costume”, appunto) che sottende un concetto alquanto vago e proprio per questo caratterizzato da una elasticità tale da poter essere adattato nel tempo all'evoluzione sociale, soprattutto attraverso l'azione dei soggetti (giudici, ma anche componenti di commissioni in ambito cinematografico, ecc.) chiamati a dare significato al disposto costituzionale». Cit. A. PAPA, *Espressione e diffusione del pensiero in internet - Tutela dei diritti e progresso tecnologico*, Torino, 2009, 182.

³⁴ Sentença n. 293 de 2000 do Tribunal constitucional italiano.

6 A segurança pública e a poderação constitucional

Parece oportuno focar a atenção sobre o conceito de segurança pública e a configuração da mesma como limite à liberdade de informação. Este limite ditado expressamente pela *Convenção europeia de direitos humanos* pode ser considerado de acordo com o previsto e o significado geral da Carta Constitucional Italiana.

Em primeiro lugar, o “bom costume” individualizado pelo artigo 21 é um conceito tão genérico que, considerando a interpretação do Tribunal, pode-se incluir também a segurança pública. Em segundo lugar, em outros artigos, a Constituição individualiza como limite das liberdades individuais a segurança pública, às vezes direta e outras indiretamente. Por exemplo, o artigo 16 (liberdade de circulação) fala de «segurança», o artigo 14 (liberdade de domicílio) se refere à «saúde e incolumidade pública», o artigo 13 (liberdade pessoal) concentra-se em casos gerais de emergência. Em terceiro lugar, além dos artigos listados em muitos outros, a Constituição italiana admite, em geral, que o direito ou a liberdade de um só indivíduo pode ser restringido pelo interesse geral ou por uma situação jurídica coletiva. Se faz referência, em particular, ao artigo 2 da Constituição que, uma vez reconhecidos os direitos fundamentais do homem, requer-se a observância dos deveres imperativos de solidariedade política, econômica e social³⁵. Segundo a doutrina, que comenta o artigo 2 da Constituição, a norma parece traçar uma elipse e as garantias constitucionais flutuam entre os pólos da figura à medida que prevalece a tutela do indivíduo ou do coletivo³⁶. Por meio do princípio da solidariedade social se pode admitir, então, uma compreensão da liberdade de informação para garantir a segurança pública.

Se tudo isso for aceito, questões diferentes surgem: o que é segurança pública; sim, constatada a natureza de segurança pública, se pode investigar sobre o equilíbrio constitucional entre segurança pública e a liberdade de informação; e, por fim, até que ponto que a segurança pública pode justificar a limitação de direitos constitucionais.

³⁵ Cfr. A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Zanichelli - *Foro it.*, a cura di G. BRANCA, Bologna - Roma, 50 -119; Cfr. G. BONGIOVANNI, *Commento all'art. 2. Diritti inviolabili e libertà*, in BARBERA (1997), 67-92; D. FLORENZANO - D. BORGONOVO RE - F. CORTESE, *Diritti inviolabili, doveri di solidarietà e principio di eguaglianza: un'introduzione*, Torino, 2011.

³⁶ M. FIORAVANTI, *Art. 2 - Costituzione italiana*, Roma, 2018, 67 - 68. Cfr. S. BARTOLE - R. BIN., *Commentario breve alla Costituzione*, 2008, 10-14.

No que diz respeito à natureza de segurança pública³⁷, é interessante ver como na época fascista foi dito que, embora a ordem pública se refira à defesa das obras do Estado, a segurança pública se refere diretamente a defesa dos cidadãos e seus bens³⁸. Entretanto, esta concepção foi aceita em um contexto histórico em que os direitos dos cidadãos constituíam um reflexo da autoridade do Estado³⁹. Hoje, remetendo novamente à jurisprudência do Tribunal Constitucional italiano⁴⁰, se pode afirmar que a ordem pública corresponde ao plano material, enquanto que a segurança pública a uma condição psicológica. Em particular, o Tribunal afirma que a segurança pública é concretizada quando os cidadãos podem realizar suas atividades legítimas sem se sentir ameaçados por sua integridade física ou moral⁴¹.

Isso ainda não é suficiente para entender a natureza da segurança pública. Na realidade, por meio do artigo 6 da *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia*⁴², que reconhece a toda pessoa o «direito à segurança», pode-se afirmar que se trata de um direito subjetivo. Entretanto, não é fácil aceitar essa configuração: por um lado, não se pode sustentar que, por meio deste direito, qualquer pessoa possa exercer arbitrariamente suas razões, superando os limites da legítima defesa; por outro lado, um direito deste tipo permitiria a um indivíduo esperar que a polícia atue em seu socorro cada vez que se sinta ameaçado⁴³. Com referência, em particular, a segunda questão, uma interpretação do Tribunal Constitucional é novamente útil. Em 2001, o Tribunal concluiu⁴⁴ que não se pode incluir nos direitos fundamentais, ex artigo 2 da Constituição o direito à proteção da própria segurança contra atos que constituem crimes e a obter, em consequência, a limitação da liberdade pessoal de quem os

³⁷ Cfr. A. PACE, *Il concetto di ordine pubblico nella Costituzione italiana*, in *Arch. giur.*, CLXI, 1963, 111 ss.; C. LAVAGNA, *Il concetto di ordine pubblico alla luce delle norme costituzionali*, in *Dem. dir.*, 1967, 367 ss., 372; A. CERRI, voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, 1990; Id., voce *Ordine pubblico*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, *ivi*, XXV, Roma 2007; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, 133 ss.;

³⁸ Cfr. VON GERBER, *Lineamenti del diritto pubblico tedesco (Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 1880)*, trad. it. P. L. LUCCHINI, in Id., *Diritto pubblico*, Milano, 1971; cfr. F. RUFFINI, *Diritti di libertà*, Torino, 1926, 102 ss., mencionadas también por P. UNGARI, in *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, 1963, 65 ss.

³⁹ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano, La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 2004.

⁴⁰ Sentencia n. 2 del 1956 del Tribunal constitucional italiano.

⁴¹ Cfr. O. CHECCHI, *Il nuovo codice di p.s.: commentato e preceduto da una nota illustrativa*, Firenze, 1927, 4.

⁴² «Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad».

⁴³ Por una crítica al “derecho a la seguridad” cfr. A. DE GIORGI, *Zero tolleranza. Strategie e pratiche della società di controlli*, Roma, 2000 e L. WACQUANT, *Parola d'ordine: tolleranza zero. La trasformazione dello stato penale nella società neoliberalista*, Milano, 2000.

⁴⁴ Sentencia n. 187 del 2001 del Tribunal constitucional italiano.

comete. Em resumo, segundo o Tribunal, a competência exclusiva para decidir os casos de emergência que podem determinar a privação da liberdade pessoal é o Legislador. Portanto, parece mais concreto qualificar a segurança pública como uma “função do Estado”, que, sem dúvidas, representa um bem jurídico e determina um interesse coletivo⁴⁵.

Se encontra, assim, a segunda questão suscitada: se em um juízo de ponderação constitucional se pode pôr, por um lado, a liberdade de informação, e, por outro lado, a segurança pública. Referindo-se à jurisprudência constitucional e doutrinas autoritárias, pode-se afirmar que o julgamento da ponderação constitucional é o local em que os tribunais constitucionais criam novos direitos e novos princípios⁴⁶. Se é verdade, também, que a segurança pública é uma especificação da solidariedade social, se pode admitir que o juízo constitucional seja o momento em que a segurança pública se converte em um princípio do direito. De fato, fazendo referência a doutrina autoritária, se pode dizer que o princípio seja o indicador que tenha que respeitar, mas sua aplicação requer conscientização⁴⁷; melhor, poderíamos dizer que aplicar um princípio corresponda exatamente a concretizá-lo, assim como o equilíbrio constitucional é o espaço no qual se concretiza a segurança pública⁴⁸.

Aceitando esta reconstrução e, portanto, a possibilidade de elevar um peso constitucional entre liberdade de informação e segurança pública, também é necessário entender até que ponto a emergência (e depois a "necessidade de segurança") pode justificar a discricionariedade do Parlamento e Governo e, conseqüentemente, a limitação dos direitos humanos.

Conclusões

É necessário observar como é inevitável que periodicamente o Estado constitucional admita a compressão dos direitos fundamentais. Utilizando as palavras da doutrina, a história constitucional europeia foi marcada por ameaças à ordem pública e pelas reações do Estado, que para proteger a segurança coletiva interrompe

⁴⁵ Cfr. A. PACE, *La sicurezza pubblica nella legalità costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2015.

⁴⁶ Por ejemplo, el “derecho a la vida”, expresión totalmente ausente en el texto de la Constitución italiana. v. sentencia n. 27 del 1975 del Tribunal constitucional italiano.

⁴⁷ Cfr. R. GUASTINI, voce *Principi di diritto*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ., Agg.*, Torino, 2011, 686 ss..

⁴⁸ Cfr. M. IOVANE, *La participation de la société civile à l'élaboration et à l'application du droit international de l'environnement*, in “Revue générale de droit international public”, 112, 2015, n. 3, 492.

o reconhecimento das garantias constitucionais⁴⁹. No que diz respeito à Itália, por exemplo, nos anos Oitenta o legislador admitiu de maneira elástica, para contrastar com o terrorismo interno, as hipóteses de prisão preventiva e o Tribunal Constitucional⁵⁰ afirmou que Parlamento e Governo tiveram, em caso de emergência, não somente o direito, mas também o dever de aprovar uma legislação que assegura a segurança pública⁵¹.

Se tudo isso fosse verdade, é fácil entender como um risco enorme que a “emergência” ou a “necessidade” justifique a discricionariedade dos Poderes do Estado e permita, então, uma compreensão de direitos e liberdades fundamentais, em geral, e a liberdade de informação, em concreto.

Portanto, mesmo admitindo que a liberdade de informação seja limitada por razões de segurança, considerar o acesso ao conteúdo informativo evidência suficiente para demonstrar um ato terrorista deixa algumas dúvidas que permitem questionar a constitucionalidade dos regulamentos de prevenção analisados.

Em particular, o artigo 270 *quinquies* do código penal poderia ser contrário ao princípio da ofensividade⁵², considerando que, avançando a pena a uma fase de preparação do delito, admite-se a relevância criminal de um ato não prejudicial, que não afeta a integridade física ou moral de ninguém. Alguns propuseram uma concepção “realista” do direito penal, afirmando que é normal que a lei reconheça duas “tipologias” do direito penal⁵³: uma, que se funda no princípio da ofensividade, e outra, que se funda na prevenção. Além disso, esta concepção considera legítimo este último somente nos limites da necessidade e da emergência. Parece, entretanto, que aceitar esta concepção pode constituir o pretexto não somente para superar o princípio da ofensividade, mas também todos os outros princípios constitucionais que caracterizam o direito penal, como o da pessoalidade e culpabilidade⁵⁴. Mesmo assim, o Tribunal

⁴⁹ Cfr. R. BIN, *Democrazia e terrorismo*, in *Terrorismo internazionale e diritto penale*, a cura di C. DE MAGLIE e S. SEMINARA, Padova 2007, 39-54.

⁵⁰ Sentencia n. 15 del 1982 del Tribunal costituzional italiano; Cfr. A. BARAK, *Democrazia, terrorismo e Corti di giustizia*, in *Giur. Cost.*, 2002.

⁵¹ Cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Roma-Bari, 2009; Cfr. E. DENNINGER, *Dallo “Stato di diritto” allo “Stato di prevenzione”*, in V. BALDINI (a cura di), *Sicurezza e stato di diritto: problematiche costituzionali*, Cassino, 2005, 54.

⁵² Cfr. MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Milano, 2017

⁵³ Cfr. F. MANTOVANI, *op. cit.*, 204 ss..

⁵⁴ Cfr. A. CAVALIERE, *Le nuove emergenze terroristiche: il difficile rapporto tra esigenze di tutela e garanzie individuali*, in *Diritto penale e modernità - Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, (a cura di) R. WENIN – G. FORNASARI, 13 ss..

constitucional, em outras sentenças⁵⁵, especificou que não se pode admitir crime sem ofensa, consagrando o princípio *nullum crimen sine iniuria*. Então, mesmo admitindo a necessidade de prevenção, é difícil reconhecer a constitucionalidade de um crime totalmente inofensivo.⁵⁶

A norma parece contrária também ao artigo 27 da Constituição, em particular quando se requer que a pena sirva para obter uma reabilitação do condenado⁵⁷. É difícil entender, de fato, qual deveria ser a reeducação de um indivíduo que não realizou nenhum ato ofensivo, se não houver evidências suficientes, além de material informativo pesquisado na internet, para demonstrar que sua intenção era realizar um atentado⁵⁸. É evidente como que o princípio de reabilitação da pena também é reconhecido pelo CEDH. A jurisprudência do TEDH afirmou, de fato, que dito princípio é expressão do artigo 3 da Convenção, no qual fala-se que «ninguém pode ser submetido a tortura ou a tratamentos ou penas desumanos ou degradantes»⁵⁹.

⁵⁵ Em particular, sentença n. 249 del 2010 do Tribunal constitucional.

⁵⁶ Cfr. A. PAPA, op. cit., 173-200. La norma, además, podría ser contraria al principio de determinación de la pena. La ley no afirma, en efecto, qué tipo de informaciones constituyan adiestramiento con finalidad criminal o por cuánto tiempo y qué tipo de información sean necesarios para hablar de terrorismo. Como se ha visto también en la sentencia del Tribunal de Casación analizada antes, es la discrecionalidad del juez que establece cuando los actos cumplidos sean suficientes para integrar el crimen. Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – parte generale*, Roma, 2017.

⁵⁷ Cfr. C. MUSUMECI – A. PUGIOTTO, *Gli ergastolani senza scampo. Fenomenologia e criticità costituzionali dell'ergastolo ostativo*, Napoli, 2016; Cfr. G. MARINI, voce *Pena* (diritto penale), in *Novissimo digesto italiano*, Appendice V, 1980, 792 ss.; P. NUVOLONE, voce *Pena* (diritto penale), in *Enciclopedia del diritto*, 32, 1982, 787 ss..

⁵⁸ Cfr. G. FRIGO, *La funzione rieducativa della pena nella giurisprudenza costituzionale*, articolo pubblicato sul sito della Corte Costituzionale: www.cortecostituzionale.it; L. EUSEBI, *La pena "in crisi". Il dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; S. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teologica*, Napoli, 1992; A. PAGLIARO, *Sanzione. II) Sanzione penale*, in *Enciclopedia Giuridica*, 28, 1992; P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Giappichelli, 2015, 3 ss.. Si consenta un rinvio anche a G. PALOMBINO, *Ergastolo ostativo e funzione "variabile" della pena: una prospettiva costituzionale ed europea*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2017.

⁵⁹ Em particular, v. *Vinter e altri c. Regno Unito*, sent. 9 luglio 2013, par. 118: «The same commitment to the rehabilitation of life sentence prisoners and to the prospect of their eventual release can be found in international law. The United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners direct prison authorities to use all available resources to ensure the return of offenders to society (...) Additional, express references to rehabilitation run through the Rules (...). Equally, Article 10 § 3 of the International Covenant on Civil and Political Rights specifically provides that the essential aim of the penitentiary system shall be the reformation and social rehabilitation of prisoners. This is emphasised in the Human Rights Committee's General Comment on Article 10, which stresses that no penitentiary system should be only retributory (...). Finally, the Court notes the relevant provisions of the Rome Statute of the International Criminal Court, to which 121 States, including the vast majority of Council of Europe member States, are parties. Article 110(3) of the Statute provides for review of a life sentence after twenty-five years, followed by periodic reviews thereafter. The significance of Article 110(3) is underscored by the fact that Article 110(4) and (5) of the Statute and Rules 223 and 224 of the ICC's Rules of Procedure and Evidence set out detailed procedural and substantives guarantees which should govern that review. The criteria for reduction include, *inter alia*, whether the sentenced person's conduct in detention shows a genuine dissociation from his or her crime and his or her prospect of resocialisation (...).».

Para concluir, além de esperar maior responsabilidade do legislador e do governo, que não pode abusar do texto constitucional, mesmo mantendo sua própria discricionariedade⁶⁰, cabe ao juiz a tarefa mais complexa. No momento de concretizar a lei, o juiz deve distinguir entre a emergência e a oportunidade política, na perspectiva de entender quando a proporção extrema da sanção penal é a única maneira de proteger a segurança pública.

⁶⁰ Cfr. G. SILVESTRI, *L'abuso del diritto nel diritto costituzionale*, in *Rivista Aic*, 2016.

3. DIREITOS SOCIAIS

19. DIREITO A SEGURANÇA SOCIAL E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL: RETRATOS DA REGIÃO OESTE DO ESTADO DE SANTA CATARINA, BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-19>

Carlos Luiz Strapazzon¹

Eduardo Augusto Agne Bonamigo²

Introdução

O presente trabalho irá demonstrar a importância que o texto constitucional brasileiro dirige para o assunto segurança social. Em que pese o legislador constituinte optar pela nomenclatura ‘seguridade social’, a ideia que será demonstrada de proteção social está ligada, melhor relacionada, com o que se quer expressar com ‘segurança social’, isso em conformidade com as pesquisas e trabalhos publicados pelo professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon. Será detalhado como a Constituição de forma expressa indica a segurança social.

A Constituição do Brasil aborda a segurança social de forma difusa, distribuindo o tema por todo seu texto, sendo possível encontrar indicação desde o art. 06º (que trata dos direitos fundamentais) até o art. 250 (último artigo da Constituição).

Será indicado como algumas Constituições latinas americanas e de alguns países europeus contemplam a segurança social, apontando a extensão do texto constitucional e a relação com o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). Aspectos de como a Constituição destes países tratam a segurança social com a aproximação do IDH.

A análise interpretativa de aspectos de segurança social a partir da Constituição Federal de 1988 será abordada. A relevância do assunto no âmbito constitucional

¹ Doutor em Direito Constitucional. Professor do curso de mestrado na Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC (Direitos Fundamentais) e Universidade Positivo (Mestrado em Direito, Desenvolvimento e Tecnologia). Editor chefe da revista Espaço Jurídico Journal of Law EJJL (Qualis-CAPES A1).

² Mestrando em Direito pelo PPGD *Stricto Sensu* da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC, Chapecó/SC. Especialista em Direito Constitucional. Servidor da Previdência Social.

brasileiro indica a importância para o direcionamento de políticas públicas inerentes à segurança social.

Um retrato do oeste do estado de Santa Catarina, sul do Brasil será levado em conta para fins de análise da extensão e efetividade da segurança de renda do seguro social nacional.

O sistema de segurança de renda se mostra como um significativo mecanismo de atendimento ao fundamento do Estado Democrático de Direito da concretização da dignidade humana e também na efetivação dos objetivos do país, como construção de uma sociedade justa, erradicação da pobreza e promoção do bem-estar.

A indicação do número de requerimentos da região estudada bem como de benefícios concedidos revelam quais os riscos sociais que tendem a exigir maior cobertura de proteção de renda do seguro social.

A Constituição Federal brasileira e a segurança social

É de destaque a importância que o texto constitucional brasileiro dirige para o assunto segurança social. O legislador constituinte optou pela nomenclatura ‘seguridade social’ para definir uma rede de proteção social que é relacionada com o que se quer expressar com ‘segurança social’, isso em conformidade com as pesquisas e trabalhos publicados pelo professor Dr. Carlos Luiz Strapazzon.

O Brasil possui um significativo sistema de segurança social constitucional, principalmente na indicação de mecanismos que visam a proteção social:

O Brasil é uma democracia com um impressionante sistema de direitos constitucionais sociais. É um país que constitucionalizou o que há de mais avançado no sistema internacional de direitos humanos. Desde o reconhecimento do amplo alcance dos direitos sociais como direitos fundamentais individuais, até o impressionante (e único) desenho constitucional de segurança social, perfeitamente alinhado com as diretrizes mínimas da Convenção 102/1952, da Organização Internacional do Trabalho e também com os objetivos do desenvolvimento sustentável (2015). (STRAPAZZON, 2017, p. 798)

O texto constitucional brasileiro está de acordo com vários preceitos de âmbito internacional sobre o tema segurança social. Assim, é possível afirmar que a Constituição brasileira adota caminhos e diretrizes em que compactuam com o cenário internacional em termos de proteção social e mecanismos de garantia de renda.

Levando em conta o art. 194 da Constituição Federal que relaciona o envolvimento do Poder Público e da sociedade na área de segurança social, colaciona-se um breve comentário de Strapazzon sobre segurança social: “A segurança social é um modo de proteção coletiva com intenso envolvimento das pessoas, comunidades, empresas, governos. É uma teia com muitos pontos interligados” (STRAPAZZON, 2017, p. 787).

Neste sentido, reforça-se, a atual Constituição brasileira adotou o termo ‘seguridade social’ para denotar o sentido de ‘segurança social’, caracterizando um sentido de proteção social de forma concreta e ampla.

A Constituição Federal de 1988 traz no Título VIII – Da Ordem Social – no seu capítulo I, nas disposições gerais, precisamente no art. 193: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Ao relacionar o “trabalho” como primazia da ordem social, tem-se a visão de que a renda do trabalhador é um alicerce social, e visa atingir o bem-estar. O trabalho, portanto, em sentido de subsistência, assegura que o trabalhador tenha condições de bem-estar e de promoção de justiça social.

É necessário expandir a noção de que o trabalho não é importante apenas o indivíduo, mas sim para a sociedade como um todo.

Para Dejours (1987), o trabalho precisa fazer sentido para o próprio sujeito, para seus pares e para a sociedade. Segundo o autor, o sentido do trabalho é formado por dois componentes: o conteúdo significativo em relação ao sujeito e o conteúdo significativo em relação ao objeto. Relativo ao conteúdo significativo do trabalho em relação ao sujeito o autor identifica as dificuldades práticas das tarefas, a significação da tarefa acabada em relação a uma profissão (noção que contém ao mesmo tempo a idéia de evolução pessoal e de aperfeiçoamento) e a posição social implicitamente ligada ao posto de trabalho determinado. O sentido do trabalho, desta forma, permite a construção da identidade pessoal e social do trabalhador por meio das tarefas que executa, do seu trabalho, permitindo que ele consiga se identificar com aquilo que realiza (DEJOURS, 1987 *apud* TOLFO, Suzana da Rosa; PICCININI, Valmíria. 2007, p. 43/44).

Utilizando-se do primado do trabalho como ponto de partida, parte-se para a análise da Seguridade Social, pontualmente o seguro social (da Previdência Social) no texto constitucional brasileiro.

No Capítulo II, do Título VIII, tem-se ‘Da Seguridade Social’. Logo na Seção I, em sua disposição geral, o art. 194 da Constituição Federal inaugura o Capítulo afirmando que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Aqui, verifica-se que a segurança social adotada em nosso país tem a finalidade de promoção da saúde, previdência e assistência social. Esse fomento deve partir de ações integradas do Poder Público e da sociedade. Significa dizer que tanto o Estado deve promover ações (políticas públicas) para garantia de saúde, garantia de benefícios e serviços da previdência social e garantia de benefícios e serviços da assistência social, assim como a sociedade deve participar deste conjunto, através de contribuições diretas e indiretas (contribuições previdenciárias são diretamente para a finalidade seguro social, enquanto os jogos de prognósticos são formas indiretas, já que parte do valor dos concursos de prognósticos são direcionados para a segurança social).

É elencado no parágrafo único do art. 194 da Constituição os objetivos da seguridade social, quais são: a universalidade da cobertura e do atendimento; a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; a seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; a irredutibilidade do valor dos benefícios; a equidade na forma de participação no custeio; a diversidade da base de financiamento; e o caráter democrático e descentralizado da administração. A doutrina se encarregou de nomear os objetivos citados como verdadeiros princípios da seguridade social.

Com uma análise dos objetivos, verifica-se que a extensão da segurança social deve alcançar a maior quantidade de pessoas possíveis no maior número de situações possíveis, analisando em conjunto objetivos como a universalidade da cobertura, equivalência entre a população urbana e rural, a seletividade e distributividade de benefícios e serviços, e o caráter democrático. Corrobora o comprometimento de toda a sociedade na realização de ações na área de segurança social, sendo possível analisar conjuntamente objetivos como equidade na forma de participação do custeio e a diversidade da base de financiamento. Da sociedade também se exige o engajamento na tomada de decisão, ao abordar o caráter democrático da administração. E por fim, após o acesso a um benefício, há como objetivo a não redução do valor. Desta análise conjunta dos objetivos da segurança social é possível afirmar que a Constituição

Federal indica para o caminho de ampla cobertura de suporte aos riscos sociais em que uma pessoa possa ser exposta, em inúmeras situações ou condições, garantindo o envolvimento da sociedade como um todo e prestação Estatal.

O capítulo II (Da Seguridade Social) irá contemplar nos arts. 194 e 195 do texto constitucional as diretrizes da segurança social no país, indicando a saúde, previdência e assistência social como componentes desse sistema.

É preciso dizer que a linguagem da segurança social permeia vários artigos da Constituição Federal, iniciando no art. 06 do texto (capítulo II, que trata Dos Direitos Sociais, do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais) ao indicar a segurança, a saúde, a previdência social e a assistência aos desamparados (termo utilizado para aspecto de assistência social) como Direitos Sociais até o art. 250, último artigo do texto, qual indica mecanismo para assegurar pagamento de benefícios da previdência social. É com ênfase que cita-se o termo ‘segurança’, já que contempla-se a terminologia ‘segurança social’.

De uma maneira expressa, literal, é possível encontrar o termo ‘seguridade social’ por 17 (dezesete) vezes no decorrer do texto constitucional, assim como há a citação do termo ‘previdência social’ por 30 (trinta) vezes, a palavra saúde por 42 (quarenta e duas) vezes e o termo ‘assistência social’ por 10 (dez) vezes. Isso demonstra a atenção do texto constitucional com o assunto segurança social, pois relaciona esses aspectos inerentes a segurança social de maneira expressa por 99 (noventa e nove) ocasiões.

Ao se fazer uma análise da relação de artigos que abordam o tema segurança social na Constituição Federal ³ (desconsiderando o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) utilizando como parâmetro a citação expressa de seguridade social, previdência social, saúde e assistência social, temos que praticamente 20% ⁴ dos artigos da Constituição fazem menção ao tema. Assim, praticamente 1/5 dos artigos da Constituição Federal brasileira contempla assunto

³ Trata-se do texto da Constituição Federal de 1988 alterado até a Emenda Constitucional n. 99 de 2017

⁴ A Constituição Federal de 1988 possui 250 artigos. A expressão ‘seguridade social’ aparece em 06 artigos, indicando uma relação de utilização em 2,4% dos artigos totais do texto constitucional; com a expressão ‘previdência social’, seu uso aparece 08 artigos, indicando uma relação de utilização em 3,2% dos artigos; a palavra ‘saúde’ aparece em 22 artigos, causando uma relação de utilização em 8,8% dos artigos; e a expressão ‘assistência social’ aparece em 06 artigos, indicando uma relação de utilização em 2,4% dos artigos. A soma das porcentagens em que o assunto segurança social (através do uso expresso da seguridade social, previdência social, saúde e assistência social) é indicado pela Constituição Federal é na proporção de 19,20% dos seus artigos.

relacionado a segurança social (seguridade social, previdência social, saúde e assistência social).

Destaca-se, neste ponto, o assunto do seguro social, contemplado como previdência social na Constituição brasileira. O texto constitucional brasileiro aborda a previdência social de uma maneira extremamente difusa, já que é possível encontrar citação da previdência social do art. 6º (já no Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais) ao art. 250 (último artigo da Constituição Federal).

Será exposto a abordagem constitucionais de alguns países da América Latina e também de alguns países da Europa com intuito de averiguar o tratamento constitucional deste tema.

Abordagem constitucional sobre segurança social em outros países

Importante pesquisa realizada por Carlos Luiz Strapazzon (2016) relaciona 20 (vinte) países e a abordagem constitucional destes países sobre a segurança social. Serão relacionados (com base no texto citado) os países da América Latina e também países da Europa – totalizando aqui 10 (dez) modelos comparativos – para fins de verificação da descrição constitucional do tema segurança social. A ordem para apresentação dos 10 países selecionados aqui serão de acordo com a posição destes países no Índice de Desenvolvimento Humano – IDH – que ocupavam em 2015 (ano que o trabalho original foi baseado):

a) Noruega: Frisa-se aqui que a Noruega ocupa a primeira posição no ranking de IDH. O país adotou um texto constitucional simples no assunto segurança social. Há a definição de competência do Parlamento para fixar valores de aposentadorias. Demonstra o direito das crianças em matéria de segurança social e a sua saúde. Registra o direito a um meio ambiente que favoreça a saúde (STRAPAZZON, 2016. p. 13).

b) Alemanha: A constituição estabelece o Estado Social e afirma que a dignidade humana não deverá ser violada. Há a definição de competência legislativa nas áreas de assistência social, saúde, segurança dos trabalhadores, aposentadoria dos servidores públicos. Ocupa a 6ª em IDH (STRAPAZZON, 2016, p. 11).

c) Suécia: A constituição da Suécia define que caberá as instituições públicas garantir direito a saúde, emprego, habitação, educação, promoção da assistência social e segurança social. Disciplina que o desenvolvimento deve ser sustentável para garantir um meio ambiente saudável. Na Suécia, o salário mínimo não é

fixado em lei, porém protege fortemente acordos coletivos de trabalho. Está na 14^a na posição no IDH (STRAPAZZON, 2016, p 13).

d) França: No preâmbulo da constituição francesa se verifica a previsão do direito a saúde. Define que a França é uma república social. Indica a abrigação estatal de proteção legislativa dos direitos de segurança social, bem como equilíbrio financeiro do sistema. Apresenta as diretrizes para controle das contas da segurança social. Está na 22^a posição no IDH (STRAPAZZON, 2016, p 12).

e) Espanha: A Espanha é caracterizada como um Estado Social. A constituição afirma o dever dos Poderes Públicos de assegurarem a proteção social da família. É dever de o Estado manter regime público de segurança social. Contempla a proteção social aos trabalhadores espanhóis que estão exercendo atividade no exterior. Também, em âmbito constitucional, define a necessidade de proteção a saúde. Indica serviços públicos especiais para as pessoas com idade avançada. Ocupa a posição n 26 na lista de IDH (STRAPAZZON, 2016, p. 12).

f) Itália: A constituição da Itália apresenta o princípio da igual dignidade social de todos. Disciplina o direito a assistência social aos desprovidos de meios necessários para viver e aos incapazes de trabalhar. Faz previsão da proteção aos trabalhadores em casos de doença, invalidez, idade avançada e desemprego involuntário. Encontra-se na 27^a posição em IDH (STRAPAZZON, 2016, p 12).

g) Argentina: A constituição do país argentino garante o direito a segurança social. Trata este direito como irrenunciável e irreversível. Afirma que o seguro social é obrigatório. É importante sinalizar que a Argentina possui o melhor índice de desenvolvimento humano (IDH) da América Latina, e a posição geral n. 40 (STRAPAZZON, 2016, p 08).

h) Chile: A constituição chilena traz um texto simples garantindo segurança social básica a todos. Existe por parte da Constituição uma proteção maior a liberdade de acesso (saúde) e igual proteção (não discriminação) do que um modelo de prestação do Estado. Contempla que é iniciativa tanto do Estado como do setor privado. Afirma que se trata de um Direito Fundamental e deve ser protegido pelo Estado, mesmo que não seja ele o único a prestar segurança social. Cite-se aqui que o Chile possui o segundo melhor IDH da América Latina, e a posição geral n. 42 (STRAPAZZON, 2016, p 09).

i) México: No texto constitucional mexicano é possível encontrar previsão de bases mínimas de segurança social. Apresenta cobertura de situações de perda da renda e cuidados de saúde. Incorpora o direito a moradia básica no âmbito da segurança social. Ocupa a posição n. 74 na listagem do IDH. (STRAPAZZON, 2016, p. 09).

j) *Colômbia*: A constituição da Colômbia prevê o direito a segurança social e o caracteriza como irrenunciável. Afirma que este direito é um direito de serviço público obrigatório, contudo não é restrito ao Estado. Afirma a necessidade de sustentabilidade do sistema, e para tanto proíbe o desvio de recursos deste sistema de proteção. Nos níveis de IDH possui a posição n. 16 na América Latina, e a posição geral n. 97 (STRAPAZZON, 2016, p 09).

Neste relevante comparativo é possível identificar que nem sempre um longo e expressivo texto constitucional sobre o tema segurança social é suficiente para se ter um maior ou menor alcance da proteção social a que se dispõe, ao relacionar os próprios posicionamento dos países em relação ao Índice de Desenvolvimento Humano citados.

É evidente que elencar na esfera constitucional, como um direito fundamental, determinado assunto, já demanda postura estatal diferenciada na concretização daquele direito.

A democratização do Brasil se deu após o período de vinte e um anos ditatorial militar (qual perdurou de 1964 a 1985). A necessidade de refazer um código político-social culminou, juridicamente, na promulgação da Constituição de outubro de 1988. A Constituição de 1988 institucionaliza um regime político democrático, apresenta um enorme avanço na consolidação legislativa de garantias e direitos fundamentais e garante proteção aos vulneráveis da sociedade brasileira (PIOVESAN, 2017, p. 84).

O Estado brasileiro, ao incluir os vértices da segurança social como direitos fundamentais (saúde, assistência social e previdência social – art. 6º da Constituição Federal), indicam de forma significativa a necessidade de implementação de políticas públicas e atenção de toda a sociedade para o desenvolvimento destes aspectos.

Passa-se a uma análise da interpretação sistemática constitucional da segurança social, relacionando-a com a busca pela dignidade humana e com os objetivos do Brasil.

Como analisar os direitos constitucionais relativos à segurança social

Faz-se necessário expor o olhar e interpretação do texto constitucional que de forma ampla e difusa descreve a segurança social. Esta importante visão relaciona os três caminhos da segurança que percorrem a saúde, previdência e assistência social.

Para fins de análise de direitos fundamentais é essencial a diferenciação de regras e princípios. Primeiramente, princípios e regras são normas, pois ambas dizem o que deve ser, indicam permissão e proibição. Nesse sentido, princípios e regras são razões de juízos concretos de dever-ser. Trata-se, portanto, de que a diferenciação de regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas. Para tal diferenciação expõem-se três caminhos: Primeiro, diante da diversidade existente (convergências e diferença, semelhanças e dessemelhanças), qualquer tentativa de diferenciar normas em regras e princípios seria inútil; Segundo, a diferenciação entre regras e princípios é somente de grau, ou seja, o grau de generalidade é o critério decisivo para diferenciação (princípios são normas com alto grau de generalidade, as regras são com baixo grau de generalidade); Terceiro, que a diferença é de cunho qualitativo, e tal diferenciação que deve ser aplicada. Princípios “são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. (...) são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados” já que suas medidas para satisfação não está relacionada apenas a possibilidade fática, mas também de possibilidade jurídica. Regras “são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Seu uma regra vale, então, deve se fazer exatamente o que ela exige; nem mais nem menos.” Portanto, pode-se afirmar que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa. “Toda norma é ou uma regra ou um princípio.” (ALEXY, 2015, p. 86/91).

Em momento anterior, o professor Ingo Sarlet afirmava que os direitos fundamentais existiam para garantir as condições para a dignidade, onde o homem com as suas próprias condutas (atividade humana) alcançariam e/ou manteriam uma vida digna (SARLET, 2005, p. 98/99). Sarlet, avançando seus estudos sobre os direitos fundamentais e em obras mais recentes, admite que os direitos fundamentais não são apenas para concretização da dignidade humana:

(...) Outrossim, também os direitos fundamentais de nossa Constituição não radicam, em sua totalidade, ao menos não de forma direta, no princípio da dignidade da pessoa humana, havendo que reconhecer, neste sentido, no mínimo relevantes distinções quanto ao grau desta vinculação (...) (SARLET, 2015, p. 87)

Isso remonta aos direitos fundamentais como o direito de herança (art. 5º, XXX, CF), a proteção ao nome de empresas (art. 5º, XXIX, CF), direito de associação (art. 5º, XVII, CF), entre outros relacionados como direitos fundamentais que não

necessariamente culminam na proteção da dignidade humana. Neste momento, não se avançará neste ponto, pois esses exemplos não são alvo deste trabalho.

Assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais contemplam e protegem situações que estão além de garantia da dignidade humana. Os exemplos citados acima corroboram esta afirmação.

É importante citar que os objetivos fundamentais do Estado brasileiro estão elencados no art. 3º da Constituição. A busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como salvaguardar o desenvolvimento do país, erradicar a pobreza, diminuir desigualdades sociais e promover o bem de todos estão no rol destes objetivos. Nesta perspectiva se tem a busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana. A Constituição assegura o valor da dignidade e do bem estar da pessoa, valor que funciona como núcleo básico do ordenamento jurídico; funciona também como critério e parâmetro interpretativo na compreensão do todo o sistema constitucional (PIOVESAN, 2017, p.101).

O primado do trabalho é eleito pela Constituição como base da ordem social, e define como objetivos o bem-estar e a justiça social. O art. 193 disciplina este aspecto.

Deve-se considerar também que o art. 194 da Constituição do Brasil reconhece que a segurança social é um tema nacional, expondo que não é um assunto exclusivo de Estados ou da União. Indica que as ações devem assegurar direitos (de forma preventiva também) para saúde, ao seguro previdenciário de renda e à assistência social. Os arts. 193 e 194 devem ser analisados de forma sistemática, juntamente com os arts. 3º e 6º, todos da Constituição, pois evidenciam e destacam a estrutura da segurança social brasileiro (STRAPAZZON, 2018, p. 1983).

A análise constitucional da segurança social brasileira através da proteção de renda que envolve aspectos de garantia e prevenção da saúde, de seguro social e de assistência social coaduna com o fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro de garantia da dignidade da pessoa humana, e também com os objetivos nacionais de construção de uma sociedade justa, solidária e de promoção do bem-estar. Estes aspectos direcionam a interpretação constitucional da segurança social.

Alterações na legislação de segurança social brasileira estão em evidência. Seja no âmbito constitucional ou infraconstitucional. A medida provisória n. 871 de 18 de

janeiro 2019⁵ (que possui força de lei) está vigente e aguarda análise do Congresso Nacional brasileiro (legislativo nacional) para sua incorporação definitiva nas normativas nacionais. Esta norma alterou pontos relacionados aos benefícios previdenciários e instituiu programa para direcionar a análise dos requerimentos de benefícios.

Atualmente o Brasil discute no seu Congresso Nacional, casa do legislativo nacional, recente proposta de alteração do texto constitucional nas áreas de previdência social e assistência social. Uma interpretação cautelosa e criteriosa da Constituição de forma sistemática deve ser levada em conta para garantir o desenvolvimento do Sistema de garantia de renda nacional. A proposta de emenda constitucional n. 06/2019⁶, em 20 de fevereiro de 2019, foi encaminhada para a Casa Legislativa para apreciação e iniciará o rigoroso trâmite de apreciação para alteração da Constituição.

Retrato do oeste de Santa Catarina, sul do Brasil

Para fins de verificar o alcance e a efetividade da proteção de renda praticada pelo seguro social (previdência social) brasileiro, serão apresentados dados da região oeste de Santa Catarina, sul do país.

O Estado brasileiro protege um amplo conjunto de riscos sociais, como incapacidade laborativa temporária e permanente, idade avançada, morte, parto, prisão e longa exposição a agentes nocivos. Além desses, o seguro social também cobre casos de aposentadoria por decisão unilateral do trabalhador, sem nenhum tipo de risco especial, o que corresponde à hipótese de aposentadoria por tempo de contribuição.

Os riscos sociais acima se refletem em benefícios previdenciários. Quando cumprido os requisitos legais e mediante requerimento do cidadão são concedidos e mantidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Em casos da perda da capacidade de renda, tem-se os seguintes benefícios previdenciários:

⁵ Ementa: “Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade, e dá outras providências.”

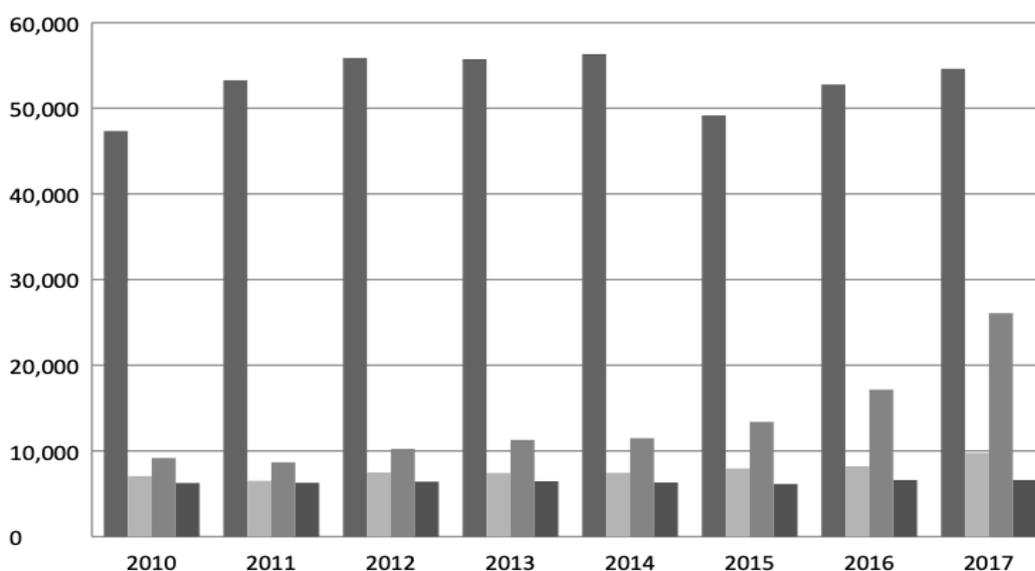
⁶ Ementa: “Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências”.

- a) incapacidade laborativa temporária = auxílio doença;
- b) incapacidade laborativa permanente = aposentadoria por invalidez;
- c) idade avançada = aposentadoria por idade;
- d) morte = pensão por morte aos dependentes do segurado;
- e) prisão = auxílio reclusão aos dependentes do segurado baixa renda;
- f) longa exposição a agentes nocivos = aposentadoria especial;
- g) extenso tempo de contribuição = aposentadoria por tempo de contribuição;
- h) redução da capacidade laborativa = auxílio-acidente;
- i) encargos de família para filhos menores de 14 anos = salário-família.
- j) Maternidade = salário-maternidade.

Para a presente análise foram selecionados os riscos sociais incapacidade laborativa temporária (auxílio-doença), idade avançada (aposentadoria por idade), longo tempo de contribuição (aposentadoria por tempo de contribuição) e maternidade (salário-maternidade).

A evolução dos requerimentos destes benefícios nos anos de 2010 a 2017 no oeste de Santa Catarina se apresentam da seguinte forma:

Gráfico 01: Evolução dos requerimentos de benefícios da região oeste de Santa Catarina, Brasil, 2010 – 2017:

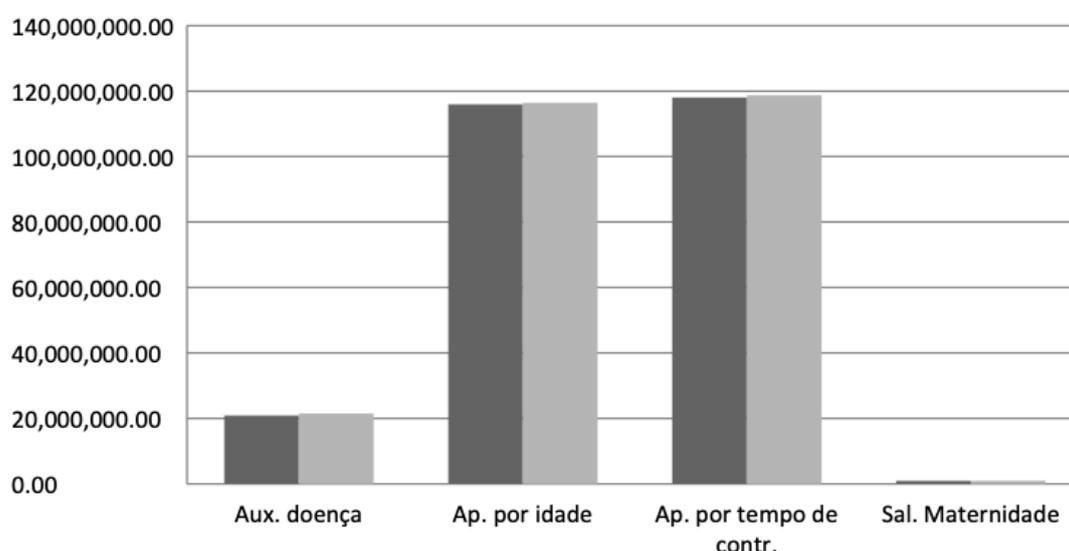


Fonte: Banco de dados da Previdência Social, Sistema Único de Informações de Benefícios – SUIBE, 27/11/2018. Organização dos dados: Eduardo Augusto Agne Bonamigo, mestrado em Direito – UNOESC.

Nota-se que o benefício de auxílio doença tem o maior número de requerimentos, inclusive com larga vantagem em relação segundo lugar, que é a aposentadoria por tempo de contribuição. Percebe-se também que, na evolução dos últimos cinco anos, há um aumento significativo de requerimentos de aposentadorias por tempo de contribuição, o que não se verifica (com a mesma intensidade) no caso dos demais benefícios.

Isso demonstra que o risco social incapacidade laborativa temporária é o qual principal risco que demanda a proteção de renda na região oeste de Santa Catarina. No intuito de verificar qual o risco que demanda mais recursos mensais do fundo do seguro social para a referida região, a pesquisa apoiou-se nos dados do mês de outubro de 2018, que revelaram que o pagamento da aposentadoria por tempo de contribuição é o mais oneroso.

Gráfico 02: Valores despendidos com benefícios no oeste de Santa Catarina, Brasil, em outubro e novembro de 2018, na moeda brasileira (Real).



Fonte: Banco de dados da Previdência Social, Sistema Único de Informações de Benefícios – SUIBE, 27/11/2018 e 08/01/2019. Organização dos dados: Eduardo Augusto Agne Bonamigo, mestrado em Direito – UNOESC.

A aposentadoria por tempo de contribuição ocupa a primeira posição em termos de valores despendidos do cofre do regime geral de previdência social. Significa dizer

que o risco social extenso tempo de contribuição é o mais oneroso para seguro social no oeste catarinense. A aposentadoria por idade está em segundo lugar neste quesito.

Assim como a quantidade de benefícios previdenciários, na relação do mês de outubro para novembro, todos os benefícios obtiveram aumento nas cifras despendidas, configurando o aumento de proteção de renda pelo seguro social.

Com base nos números apurados da região oeste de Santa Catarina é possível afirmar que a incapacidade laborativa temporária requer a maior cobertura, em quantidade de benefícios requeridos, do seguro social naquela região. Ao abordar os valores despendidos com benefícios, verificou-se que a aposentadoria por tempo de contribuição é o benefício que exige maior quantidade de dinheiro do fundo do regime geral de previdência social.

Conclusão

A Constituição brasileira incluiu a segurança social no catálogo dos direitos fundamentais. Faz referência ao tema do início ao fim de seu texto. Deixa claro, portanto, como é sensível este assunto para a construção de uma sociedade que respeita e busca garantir uma vida digna. É incontestável que a segurança social se apresenta como instrumento essencial, um mecanismo primordial, para alcançar os objetivos do Estado brasileiro, assim expostos no art. 37 da mesma Constituição.

Destacou-se que o primado ao trabalho é a base da ordem social, e que esta indica seu objetivo na justiça social e na busca do bem-estar.

Comparativos de como o texto constitucional de outros países contemplam o assunto segurança social relacionado-os com a posição no Índice de Desenvolvimento Humano. Por vezes, países com pouco detalhamento da segurança social no texto constitucional alcançam posições elevadas em IDH, isso devido ao arranjo infraconstitucional e de políticas públicas efetivas nesta área.

A Constituição brasileira utiliza significativa parte de seu texto para abordar o tema segurança social, o que é suficiente para colocar o assunto em destaque na

⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

implementação de políticas públicas voltadas a previdência social, assistência social e saúde.

Verificou-se que a Constituição brasileira está de acordo com normativas internacionais ao abordar o assunto segurança social (em que pese o constituinte optar pelo termo ‘seguridade social’). Inclusive demonstra um sofisticado arranjo constitucional neste quesito.

Uma interpretação sistemática da Constituição levando em conta o primado do trabalho e a seguridade social afirmam o compromisso da segurança de renda através da promoção e prevenção da saúde, de seguro social e assistência social.

Com esta exposição é possível identificar qual foi o principal risco social que exigiu cobertura de renda na região pesquisada. Evidenciou-se assim que risco social incapacidade temporária pra o trabalho foi o qual demandou o maior número de requerimento nos últimos anos no oeste catarinense. Tal risco social possui cobertura através do benefício previdenciário auxílio-doença. Uma grande diferença estatística se percebe em relação ao segundo benefício mais solicitado na região, que no último ano pesquisado foi a aposentadoria por tempo de contribuição.

Em relação ao custo dos benefícios em outubro de 2018 e novembro de 2018 se tem que a aposentadoria por tempo de contribuição foi a mais onerosa ao Regime Geral. A aposentadoria por idade ficou em segundo lugar. Ou seja, um risco social que não está efetivamente ligado à perda da capacidade laborativa ficou em primeiro lugar em consumo de dinheiro da previdência social.

Com esses apontamentos, tem-se que o benefício mais caro para o seguro social em outubro e novembro de 2018 foi a aposentadoria por tempo de contribuição. Como a aposentadoria por tempo de contribuição não tem, necessariamente, uma cobertura para risco de incapacidade laborativa ou perda de renda, este benefício atua como um complemento de renda para o cidadão. Da mesma forma, dependendo da situação, pode ser utilizado como um substituto do seguro-desemprego.

A Estado brasileiro discute hoje, no Congresso Nacional, a possibilidade de alteração da Constituição Federal em pontos relacionados a segurança social, o que destaca a necessidade uma análise criteriosa e interpretação sistemática do texto constitucional na sua amplitude, já que é medida essencial o desenvolvimento e ampliação da proteção de renda.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo, Malheiros Editores: Brasil, 2015 – 2ª edição, 4ª tiragem.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em:

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

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 17ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dimensões da dignidade**. Livraria do advogado: Porto Alegre/RS, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. rev. atual e ampl. Livraria do advogado: Porto Alegre/RS, 2015.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. **A dança dos números: as contas da previdência e da seguridade social depois da auditoria do TCU de 2017**. IN: Revista Espaço Jurídico Journal of Law, n. 3, set/dez 2017, p. 791/827. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18593/ejil.voi3.16386>> Acesso em 04 de março de 2018.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. **O Direito Humano à Segurança Social: o Regime Constitucional do Brasil Comparado com 20 modelos estrangeiros**. Revistas Magister de Direito Previdenciário, Edição 34, Ago/Set 2016. Disponível em: https://works.bepress.com/carlos_strapazzon/28/

STRAPAZZON, Carlos Luiz. In: **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, J.J. Gomes. SARLET, Ingo Wolfgang. MENDES, Gilmar Ferreira. STRECK, Lenio Luiz (org.). 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

TOLFO, Suzana da Rosa; PICCININI, Valmiria. **Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis e estudos empíricos brasileiros**. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v19nspe/v19nspea07>

SUIBE. **Sistema Único de Benefícios da Previdência Social**. Instituto Nacional do Seguro Social. Extração de dados em 27 de novembro de 2018 e 08 de janeiro de 2019.

20. AS CAPACIDADES COMO DIREITOS HUMANOS: A PROPOSTA DE MARTHA NUSSBAUM¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-20>

Robison Tramontina²

Martha Nussbaum não desenvolveu uma Teoria dos Direitos Humanos. Contudo, é possível afirmar que o Enfoque das Capacidades (EC), por ela proposta, é uma espécie de Teoria dos Direitos Humanos. Diversas passagens de seus textos sugerem isso. Por exemplo, quando pretende fornecer uma base teórica para os princípios constitucionais centrais os quais todos os cidadãos têm o direito de exigir dos seus governos. Além do mais, apresenta as capacidades como se fossem um conjunto de Direitos Fundamentais ou como uma lista de garantias constitucionais análogo à Seção dos Direitos Fundamentais da Constituição Indiana ou à versão resumida da Carta dos Direitos da Constituição norte-Americana (NUSSBAUM, 2000).

Uma base teórica que pretende justificar determinados princípios políticos constitucionais pode constituir-se como uma teoria da justiça social, mas também pode ser entendida como uma teoria filosófica dos humanos (NUSSBAUM, 1997, 2007, 2012). Além disso, pode se acrescentar que Nussbaum preocupa-se com três aspectos comuns a maioria das teorias dos Direitos Humanos: uma preocupação em localizar um núcleo originário, fonte de reivindicações e justificações de exigências; a necessidade de indicar a natureza, os limites e o alcance do discurso, da linguagem proposta e a categoria central vinculada ao núcleo originário e vetor principal da dinâmica discursiva apresentada. Em Nussbaum, a dignidade é o núcleo originário, a linguagem e a categoria central, são as Capacidades.

Para compreender a proposta teórica de Nussbaum acerca das capacidades enquanto Direitos Humanos, serão discutidas três teses³:

¹ Texto apresentado no Congresso Internacional sobre Direitos Fundamentais, desenvolvimento e crise do Constitucionalismo multinível, realizado na Universidade de Granada, Granada, Espanha, em 23-25 de janeiro de 2019.

² Doutor em Filosofia. Professor do Mestrado em Direitos Fundamentais da UNOESC – Chapecó (SC). Email: robison.tramontina@unoesc.edu.br

³ Teses apresentadas por Nussbaum em *Fronteiras da Justiça* (2007)

- a) A dignidade não se baseia em alguma propriedade concreta das pessoas, tais como a posse da razão ou outras habilidades específicas; a dignidade não é um valor independente das capacidades, mas que a articulação de princípios políticos envolvendo as capacidades é a expressão (parcial) da noção de uma vida com dignidade;
- b) O enfoque das capacidades é uma parte do enfoque dos Direitos Humanos e a linguagem das capacidades parece ser superior à (simples) linguagem dos direitos humanos;
- c) As capacidades são direitos (*entitlements*)

Contudo, antes de discutir e analisar as teses mencionadas é necessário indicar as principais características do EC defendido por Nussbaum.

1. Enfoque das capacidades: características, conceito e a lista

1.1 Características gerais do Enfoque das Capacidades (EC)

O Enfoque das Capacidades (EC) é uma abordagem desenvolvida por Amartya Sen e Martha Nussbaum. Entre eles existem inúmeros pontos de convergência e alguns pontos de divergência. Sen, o pioneiro, desenvolve a perspectiva econômica da teoria concentrando-se, inicialmente, na mensuração da qualidade de vida (1980) e, recentemente, nas questões de justiça social (2011), enquanto Nussbaum procura estabelecer a base filosófica da concepção⁴ (NUSSBAUM, 2000, 2007).

Em termos gerais, sem indicar as detalhadamente as contribuições dos principais expoentes, o EC pode ser entendido como um proposta teórica que pretende formular critérios para medir a qualidade de vida das pessoas e propor uma teoria da justiça social (NUSSBAUM, 2011). A pergunta fundamental orientadora para atender seus propósitos é: o que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser? O foco não é o grau de satisfação das pessoas com a vida, tampouco suas rendas ou a quantidade de recursos que elas dispõem ou são capazes de produzir. O importante são as pessoas, sua liberdade, suas oportunidades, suas escolhas, o que fazem ou estão em condições de

⁴ EC é uma abordagem filosófica e isso gera implicações significativas em termos de metodologia, abordagem e resultados. Portanto, a proposta deve ser analisada como tal.

fazer. Nesse sentido, o EC concebe cada pessoa como um fim em si mesmo. Ao tratar cada pessoa como um fim em si mesma valoriza a escolha ou a liberdade. O que fazer e ser é uma escolha pessoal resultante de um ato de liberdade.

O EC tem uma preocupação significativa com as injustiças e desigualdades sociais arraigadas e, especialmente com as falhas ou omissões das capacidades que geram a discriminação e a marginalização. Ademais, assinala uma tarefa urgente do Estado e das políticas públicas para melhorar a qualidade de vida das pessoas, a qual é definida pelas capacidades dessas.

Em *Women and Human Development* (2000), Nussbaum descreve a EC como uma fundamentação filosófica que procura definir quais são as capacidades centrais. Nessa obra, as capacidades são consideradas fundamentos para princípios políticos que as garantias constitucionais deveriam subscrever. A pergunta central do enfoque é: “o que as pessoas são capazes de fazer e ser”? A ideia intuitiva básica do EC tem uma dupla dimensão: i) certas funções são centrais na vida humana, no sentido de que sua presença ou ausência, se entende como marca da presença ou ausência de vida humana – ii) cada pessoa é portadora de um valor em si mesma – Cada pessoa como um fim; - E para ressaltar o valor de cada pessoa, o princípio “cada pessoa como um fim” se transforma no *princípio da capacidade de cada pessoa*; em outras palavras, as capacidades são procuradas para todas e cada pessoa.

Em “*Frontiers of Justice*” (2007), três novos elementos são introduzidos: a ideia de um *mínimo social básico* o qual deve ser respeitado e implementado por todos os governos⁵; as capacidades são fonte de princípios políticos para uma sociedade liberal pluralística; a ideia de *um nível mínimo para cada capacidade*. Em termos gerais, essas são as características centrais do EC.

1. 2 O conceito de Capacidades

A expressão *capability* ou capacidade, tal como entendida no âmbito do EC, foi empregada pela primeira vez por Amartya Sen quando apresentou na Universidade

⁵ “O enfoque das capacidades procura fornecer a base filosófica para uma explicação das garantias humanas centrais que devem ser respeitadas e implementadas pelos governos de todas as nações, como um mínimo do que o respeito pela dignidade humana requer [...] que a melhor abordagem dessa ideia de um mínimo social básico é fornecida por uma explicação que se concentre nas *capacidades humanas*, isto é, no que as pessoas são de fato capazes de fazer e ser, instruídas, de certa forma, pela ideia intuitiva de uma vida apropriada à dignidade do ser humano”

de Stanford, no Ciclo *Tanner* sobre valores humanos em 1979, a conferência intitulada “Igualdade de quê? O problema central da mesma era o conceito adequado de liberdade para avaliar e valorar o bem-estar das pessoas. Para dar conta dessa questão, Sen forja o conceito “igualdade de capacidade básica”. Desse modo, o bem-estar pode ser avaliado e valorado do ponto de vista da habilidade de uma pessoa de fazer algo ou alcançar estados valiosos. Nesse contexto, o autor escolheu o termo “capacidades”⁶ para designar o conjunto de distintas combinações que uma pessoa pode fazer e ser, os distintos funcionamentos que ela pode realizar (SEN, 1980,1993). Embora gestada no cenário teórico indicado e para tratar da questão mencionada, posteriormente, o próprio Sen aplica a noção para abordar outras temáticas, como por exemplo: a pobreza, liberdades, níveis de vida, desenvolvimento, ética e justiça social.

Nussbaum (2000, 2007, 2012) apresenta um versão do EC. Essa difere em alguns pontos daquele apresentada por Sen. A versão de Nussbaum teve origem no período o qual ela colaborou com Sen no WILDER (*World Institute for Development Economics Research*) a partir de 1986. Ambos perceberam que as ideias que Nussbaum estava trabalhando em suas investigações com a filosofia de Aristóteles guardava semelhança expressiva com os trabalhos de Sen na esfera da economia.

As peculiaridades da versão apresentada por Nussbaum foram destacadas no tópico acima. Contudo, apenas para ficar evidente as diferenças entre as versões, salienta-se alguns pontos que as distinguem (NUSSBAUM, 2000).

A primeira distinção refere-se ao propósito do enfoque. Sen usa a noção de capacidade como “instrumento” para fazer comparações no campo da qualidade de vida, enquanto Nussbaum quer articular uma descrição de como as capacidades, junto com a ideia de um mínimo básico de capacidades, podem fornecer uma base para princípios constitucionais centrais que todos os cidadãos têm o direito de exigir de seus governos.

Outra diferença, Nussbaum defende que o EC deve constituir o arcabouço teórico para propor a noção de um mínimo básico de capacidades, não a noção de uma plena igualdade de capacidades. Sen parece não compartilhar do mesmo entendimento, embora não se possa afirmar que ele seja a favor de uma completa igualdade de capacidades.

⁶ De acordo com o próprio Sen, no momento que ele propôs o EC, não se deu por conta das relações existente com as ideias aristotélicas sobre a noção de “potencialidade” (SEN, 1993)

Como já destacado, Nussbaum ressalta o valor de cada pessoa, o *princípio da capacidade de cada pessoa*; isso significa que as capacidades devem ser procuradas para todas e cada pessoa. Sen não afirma tal princípio, embora sustente a ideia das pessoas como um fim em si mesmas.

Também é importante frisar que um dos fundamentos mais importantes do EC na versão defendida por Nussbaum é a ideia marxista-aristotélica do verdadeiro funcionamento humano. Não obstante, mencionar a referida concepção, Sen não deixa claro se tais pensadores desempenharam um papel central na configuração de sua teoria. As capacidades constituem junto com os funcionamentos os conceitos centrais do

EC. Sen e Nussbaum concordam acerca disso. Contudo, Nussbaum em suas obras defende e apresenta uma lista universal das capacidades básicas, considerada a base de princípios políticos, Sen nunca apresentou tal lista. Além disso, Sen não diferencia os tipos de capacidades (básicas, internas, combinadas)

Há outras discordâncias, as mais significativas são: Sen não tem como ponto teórico geral que a meta política apropriada é a capacidade, e não funcionamento; Sen distingue bem-estar de forma geral e a capacidade de escolher e perseguir as próprias metas (agência), também distingue liberdade de realizações. Para Nussbaum tais distinções não são necessárias. De acordo com ela, o binômio capacidade e funcionamento pode “captar” todas as distinções propostas.

Após a explicitação das distinções entre as principais versões do EC é necessário apresentar a noção de capacidades. Em uma passagem lapidar diz Nussbaum (2012, p.41):

O que são as capacidades? São as respostas a pergunta: “o que é capaz de fazer e ser essa pessoa? Para dizer de outro modo, [...] um conjunto de oportunidades (habitualmente interligadas) para escolher e atuar. [...] ‘a capacidade de uma pessoa consiste nas combinações alternativas de funcionamentos cuja realização é factível para ela. Portanto, a capacidade é um tipo de liberdade: a liberdade substantiva de realizar combinações alternativas de funcionamentos’. Dito de outro modo, não são simples habilidades interiores, senão também que incluem as liberdades e oportunidades criadas pelas combinações entre as faculdades pessoais e o entorno político, social e econômico. [...] me refiro a estas liberdades substancias como *capacidades combinadas*.

Para compreender adequadamente a passagem destacada é necessário fazer dois esclarecimentos conceituais. O primeiro deles é diferenciar capacidades combinadas, capacidades internas e capacidades básicas. O segundo é distinguir capacidades de funcionamentos.

As **capacidades internas** são os traços da personalidade, as capacidades intelectuais e emocionais, estado de saúde, forma física, o aprendizado interiorizado, habilidades de percepção e movimento. São estados das pessoas que não devem ser confundidos com aparato inato de cada pessoa mas como traços e atitudes treinadas e desenvolvidas. Por outro lado, **as capacidades combinadas** se definem como a soma das capacidade internas mais as condições sociais, políticas e econômicas nas quais se pode escolher o funcionamento daquelas. De acordo com Nussbaum, não é possível imaginar, conceitualmente, uma sociedade que produza capacidades combinadas que antes não produza as capacidades internas.

Uma pessoa adquire uma capacidade interna graças a uma certo funcionamento e pode perdê-la caso careça da oportunidade de fazê-la funcionar. As capacidades internas não são o equipamento inato da pessoas. De qualquer forma, a noção de equipamento inato não deixa de ser importante para o “desenvolvimento humano”. A expressão “desenvolvimento humano” sugere o florescimento das faculdades que trazem consigo ao mundo. Essas faculdades inatas são chamadas por Nussbaum de **Capacidades básicas**. “Elas são as faculdades internas das pessoas que tornam possível a formação e o desenvolvimento posterior”.

Outro esclarecimento conceitual importante é distinguir capacidades de funcionamentos. De acordo com Nussbaum (2012, p.44), são faces da mesma moeda:

Um funcionamento é a realização ativa de uma ou mais capacidades. Desfrutar de uma boa saúde é um funcionamento, como também o é estar deitado na grama. Os funcionamentos são seres e fazeres que, por sua vez, vem a ser os produtos ou a materializações das capacidades.

Sendo assim, as capacidades podem se transformar em funcionamentos. Sem as capacidades, não há funcionamentos. As capacidades significam “oportunidade de selecionar”. A noção de liberdade de escolha é intrínseca ao conceito de capacidade. Uma pessoa que passa fome e outra que está em jejum tem o mesmo funcionamento no que diz respeito a alimentação, porém não dispõem da mesma capacidade. Aquele que jejua tem a opção de não jejuar, o outro não tem essa alternativa. A noção de funcionamento é o destino final da noção de capacidades.

Sendo assim, as capacidades são atividades que uma pessoa pode fazer e ser livremente.

1.3 A lista das Capacidades Humanas Centrais

A lista das Capacidades Humanas Centrais tem o propósito de nortear políticas públicas e de fornecer uma base para os princípios constitucionais os quais os cidadãos podem exigir de seus governantes (NUSSBAUN, 2007). Ela está associada diretamente com a ideia de uma vida com dignidade. Uma vida sem as capacidades ou sem uma capacidade específica não é uma vida apropriada a dignidade humana.

A primeira versão da lista apareceu em *Sex & Social Justice* (1999). Outras versões, não alteradas significativamente apareceram em *Women and Human Development: Capability Approach* (2000), *Frontiers of Justice* (2007) e *Creating Capabilities*⁷(2011).

Consoante Nussbaum, a lista é aberta e pode sofrer alterações à medida que sofre críticas. As capacidades integrantes dela são as seguintes:

- a) Vida:** Ser capaz de viver até o fim da vida humana de duração normal, sem morrer prematuramente, ou antes que a própria vida se veja reduzida que não valha a pena vive-la;
- b) Saúde corporal:** Ser capaz de ter boa saúde, incluindo a saúde reprodutiva; de receber uma alimentação adequada; dispor de um lugar adequado para viver;
- c) Integridade corporal:** Ser capaz de se mover livremente de um lugar para outro; de estar seguro de ataques violentos, incluindo agressão sexual e violência doméstica; dispor de oportunidades para a satisfação sexual e escolha para fins de reprodução;
- d) Sentimento, imaginação e pensamento:** Ser capaz de usar os sentidos, de imaginar, pensar, e raciocinar - e para fazer essas coisas de forma humana, uma maneira informada e cultivada por uma educação adequada ; ser capaz de usar a imaginação e pensamento em conexão com a experiência, e produzindo obras expressivas e eventos autênticos; ser capaz de utilizar a imaginação com garantias de liberdade de expressão com respeito ao discurso político e artístico e à liberdade de exercício religioso, sendo capaz de ter experiências agradáveis e evitar a dor não benéfica.

⁷ Aqui citada na versão espanhola.

e) Emoções: Ser capaz de estabelecer vínculos com coisas e pessoas; ser capaz de amar aqueles que amam e cuidam de nós, sendo capaz de sofrer a sua ausência, para experimentar saudade, gratidão e raiva justificada, não tendo, portanto, um emocional marcado ou aprisionado pelo medo ou ansiedade.

f) Razão prática: Ser capaz de formar uma concepção do bem e se envolver em uma reflexão crítica sobre o planejamento da própria vida. (Isto implica a proteção da liberdade de consciência.)

g) Afiliação: Ser capaz de viver com e em relação aos outros, reconhecer e mostrar preocupação com os outros seres humanos e de se engajar nas várias formas de interação social, sendo capaz de imaginar a situação de outro e ter compaixão por essa situação, tendo a capacidade de exercício da justiça e a amizade; ser capaz de ser tratado como um ser digno de quem valor é igual à dos outros.

h) Outras espécies: Ser capaz de viver com preocupação em relação aos animais, plantas, e com o mundo da natureza.

i) Diversão: Ser capaz de rir, brincar e desfrutar de atividades recreativas.

j) Controle sobre o ambiente: (A) política: ser capaz de participar nas escolhas políticas que efetivamente governam a própria vida, tendo os direitos de participação política, liberdade de expressão e liberdade de associação; (B) material: ser capaz de manter a propriedade (tanto os imóveis como os móveis), tendo o direito de procurar emprego numa base de igualdade com os outros.

Após a explicitação das categorias centrais do EC passa-se a analisar as teses apresentadas por Nussbaum.

2. A Noção de Dignidade Humana

O que torna a vida do ser humano digna? É alguma propriedade intrínseca a ele? E a forma como a vida é vivida? Há várias respostas para essas perguntas. Duas serão exploradas, a kantiana e nussbauniana.

É na modernidade que a ideia de dignidade humana consolida-se e torna-se popular. Não há dúvidas quanto ao fato da compreensão kantiana ter sido decisiva para isso. A tese de que cada homem é um fim em si mesmo e que não pode ser usado pelos outros como simples meio exprime adequadamente o pensamento kantiano. Por serem fim em si mesmos, os homens têm dignidade. Mas a dignidade, de acordo com Kant está associada com a capacidade de agir moralmente, isso em perspectiva kantiana

quer dizer que as pessoas precisam agir de forma racional e livre. Sendo assim, Kant vincula a dignidade a dois atributos: a racionalidade e a liberdade.

Contrariando a visão kantiana, tal como expressa na versão rawlsiana, Nussbaum (2007) defende que a dignidade não se baseia em alguma propriedade concreta das pessoas, tais como a posse da razão ou outras habilidades específicas; a dignidade não é um valor independente das capacidades, mas que a articulação de princípios políticos envolvendo as capacidades é a expressão (parcial) da noção de uma vida com dignidade. O objetivo deste tópico é avaliar tal noção. Para isso, inicialmente, faz-se breves considerações sobre a concepção kantiana de dignidade humana para posteriormente apresentar e analisar a concepção proposta por Nussbaum.

2.1 Algumas considerações sobre noção kantiana dignidade da pessoa humana

Uma das melhores formas de se entender a noção kantiana de dignidade humana é reconstruir descritivamente a trajetória argumentativa desenvolvida por Kant na *Fundamentação Metafísica dos Costumes* (FMC) para identificar como ele chegou à noção de dignidade humana e o lugar que ela ocupa no interior da sua teoria ética. Todavia, tal tarefa não é possível aqui.

Entretanto, é possível fazer-se uma síntese do argumento destacado na referida obra. De acordo com Wood (2008), a filosofia moral kantiana tem como ideia básica a tese de que os agentes racionais se autogovernam. E isso, está intimamente, vinculado à igual dignidade de todos os seres racionais como fins em si mesmos, os quais merecem respeito em todas as situações. Os valores do autogoverno (autonomia) e a dignidade estão combinados no reino dos fins (comunidade moral ideal), no qual todo ser racional é um membro legislador e no qual os fins de todos os seres racionais devem convergir harmonicamente como objeto da dedicação de cada um deles.

Para demonstrar que os agentes racionais se autogovernam, Kant precisa demonstrar que a razão é capaz de orientar as ações daqueles. Em outros termos, que a razão é capaz de determinar a vontade, sendo assim, legisladora e criadora de uma ordem não natural, a ordem moral.

São conhecidas as dificuldades enfrentadas pelo argumento kantiano para justificar tal tese. São feitas uma série de pressuposições, as quais em alguns casos,

comprometem significativamente o que se deveria desenvolver ou demonstrar. Por exemplo, como já assinalado anteriormente, a ideia de autogoverno remete imediatamente à ideia de autonomia, a capacidade do agente racional dar suas próprias leis. Aqui há um aspecto curioso. Um agente somente pode se dar leis se for racional. Agentes não racionais ou parcialmente racionais, não têm essa capacidade. E caso não sejam racionais, não podem ser autônomos. Assim, a autonomia funda-se na racionalidade e esta, naquela. O ser humano é autônomo por que é racional e é racional em razão de ser autônomo. Em termos lógicos, o argumento não incorre em petição de princípio?

Além disso, é necessário destacar, segundo Kant, o que torna o ser humano um fim em si mesmo é sua racionalidade. Desse modo, de acordo com o argumento kantiano, o caráter nobre da natureza humana, o seu valor absoluto, ou seja, sua dignidade, reside no fato de ser racional. E por ser racional, o ser humano pode criar o mundo moral, o reino dos fins. É nesse, que os agentes racionais, cumprindo sua dupla função de membros e legisladores, nunca podem ser usados como meios.

Afora as dificuldades filosóficas que permeiam a obra kantiana, fartamente apresentada e discutida na literatura secundária especializada e aqui brevemente apontada, pode se fazer as seguintes observações:

- Não há uma definição clara e precisa da noção de “dignidade humana”. Além disso, não há um uso frequente da expressão na FMC ou em outras obras.
- Para Kant os seres humanos ocupam um lugar privilegiado no “mundo das coisas”. Isso ocorre por duas razões: i) eles têm desejos e fins que possuem valor para os mesmos em função de seus projetos, por exemplo, se alguém quer se tornar um jogador de xadrez, um livro de instruções do referido jogo tem um alto valor, caso contrário, não teria; ii) eles têm um valor intrínseco, ou seja, dignidade, porque eles são seres racionais, agentes livres para tomar suas próprias decisões, definir seus objetivos e guiar sua conduta pela razão (RACHELS, 1999).
- A dignidade, valor intrínseco, decorre da capacidade racional do ser humano. Caso não fossem racionais, os seres humanos não seriam livres (autônomos), nem poderiam agir moralmente.
- Por terem dignidade, os seres humanos não podem ser tratados “simplesmente como meios, mas, como fins em si mesmos”. Isso sugere, em um primeiro momento, que há um dever de benevolência em relação às outras pessoas: deve-se promover seu bem-estar, respeitar seus direitos, enfim, esforçar-se para que os demais atinjam seus fins. Também indica que a

racionalidade alheia deva ser respeitada. Assim, não se pode manipular ou usar as outras pessoas para se atingir objetivos próprios. A concepção de dignidade humana é metafísica e fundacionista.

Nussbaum (2007), ao tratar das questões da dignidade, não dialoga diretamente com Kant. Sua interlocução é com Rawls, o qual assume a concepção de pessoa kantiana e concomitantemente a noção de dignidade pressuposta nessa. Ela apresenta uma visão aristotélica-marxista de dignidade.

Por contraposição à Rawls, o EC considera a racionalidade e a animalidade como complementares. Nussbaum (2007) parte da noção aristotélica de ser humano como animal político e da ideia de Marx que os seres humanos necessitam de uma pluralidade de atividades vitais. A racionalidade é um aspecto da animalidade, não o único aspecto pertinente à noção de funcionalidade verdadeiramente humana. Isso quer dizer, genericamente, há diferentes tipos de dignidade animal no mundo e todas merecem respeito e um tratamento justo. Aqui está sugerido que Nussbaum quer ampliar o conceito de dignidade para poder estendê-lo aos animais não humanos.

Na visão de Nussbaum (2007), os seres humanos caracterizam-se pela racionalidade (entendida como uma variedade de formas de raciocínio prático), animalidade, sociabilidade, necessidade corporal, necessidade por cuidado, vulnerabilidade. O valor do ser humano e sua dignidade não estão atrelada a uma concepção forte e metafísica de razão e pessoa. De acordo com ela, temos um direito ao respeito em função da dignidade mesmo das necessidades humanas. A vulnerabilidade, as necessidades e animalidade humana não tornam as pessoas menos dignas, ao contrário, são elas junto com a racionalidade e sociabilidade que as tornam dignas.

A relação da dignidade com as capacidades é evidente. Contudo, que tipo de relação elas têm? Para Nussbaum, as capacidades não são meios, instrumentos para uma vida com dignidade. Elas devem ser entendidas “como maneiras efetivas de se ter uma vida com dignidade nas diferentes áreas das atividades humanas vitais”. Sendo assim, a dignidade não é definida antes e independentemente das capacidades, mas sim de um modo imbricado com elas e suas definições.

3. Enfoque das capacidades X enfoque dos direitos

A segunda tese afirma que o enfoque das capacidades é uma parte do enfoque

dos direitos humanos e a linguagem das capacidades parece ser superior à (simples) linguagem dos direitos humanos.

O Enfoque das Capacidades é um aliado próximo do enfoque dos direitos humanos pois trata-se de uma espécie desse .A proximidade do primeiro com o segundo assenta-se em quatro pontos: i) a lista das capacidades inclui muitos dos direitos destacados pelo movimento dos direitos humanos (liberdades políticas, liberdade de associação, de livre escolha do trabalho e direitos sociais e econômicos); ii) ambos enfoques oferecem um leque de objetivos para o desenvolvimento, moral e humanamente rico do que aquele proposto pelos utilitaristas; iii) as capacidades fornecem uma explicação dos direitos que pode ser usada como base para o pensamento constitucional e para o da Justiça Internacional; iv) a linguagem das capacidades viabiliza uma explicação e complementação da linguagem dos direitos (NUSSBAUM, 2007, p.284- 285).

Dos quatro pontos listados, os dois primeiros (i e ii) fundamentam a primeira parte da tese, ou seja, aquela do enfoque das capacidades como uma parte do enfoque dos direitos humanos. Isso pode ser aceito sem muitas contestações. Contudo, a segunda parte da tese, a linguagem das capacidades parece ser superior à (simples) linguagem dos direitos humanos, mesmo aceitando-se a afirmação como não categórica, Nussbaum usa o termo “parece”, e que existe duas ou mais linguagens dos direitos humanos, é problemática. As dificuldades encontram-se na justificação da suposta superioridade da linguagem das capacidades. Logo, a pergunta é: em que e por quê a linguagem das capacidades é superior àquela dos direitos humanos?

O primeiro argumento avançado por Nussbaum (2007) é **a falta de transparência da ideia de direitos humanos**. Segundo a autora, os direitos têm sido compreendidos de maneiras diferentes e o uso da linguagem deles ocultam profundos desacordos filosóficos. Os principais desacordos estão relacionados sobre a base (fundamento) para uma reivindicação de direito (s) e sobre origem política (leis e instituições) ou não dos direitos⁸.

⁸ “Contudo, a estrutura de direitos é precária em vários aspectos. Em primeiro lugar, é intelectualmente contestada: há muitas concepções diferentes de o que são direitos e de o que significa assegurar um direito a alguém. Seriam os direitos pré-políticos, peças de leis e instituições? Eles pertenceriam somente a indivíduos ou também a grupos? Estariam sempre correlacionados a deveres? E quem teria os deveres correlacionados a esses direitos? Os direitos humanos seriam direitos a quê? Liberdade da interferência estatal, primeiramente, ou também certo nível positivo de bem-estar e oportunidades? Portanto, usar a linguagem de direitos por si só não ajuda muito: apenas suscita uma série de outras questões sobre o que está sendo recomendado” (NUSSBAUM, 2010, p.26-27)

Em contraposição a isso, o enfoque das capacidades responde melhor esses problemas e deixa explícito suas motivações e objetivos. No interior dele, a base da reivindicação por um direito é a existência da pessoa como um ser humano, o seu nascimento em uma comunidade humana. Além disso, assume que os direitos “relevantes” são pré-políticos.

O segundo argumento destacado indica duas **ambiguidades centrais na linguagem dos direitos**. A primeira, relaciona-se com a questão da “liberdade negativa”. Nussbaum faz menção aos pensadores do direito, inseridos na tradição iluminista da liberdade negativa, segundo os quais o Estado não tem tarefa afirmativa. Basta ele não interferir na relações sociais que os direitos estariam garantidos. Nessa concepção fraca de direitos não é possível identificar se as algumas ações do mercado e atores privados violam ou não os direitos fundamentais dos cidadãos.

A garantia de um direito, consoante o enfoque das capacidades é uma tarefa afirmativa do Estado⁹. Em outros termos, a efetivação de um direito depende do estabelecimento das capacidades relevantes para o agir/funcionar. Há a necessidade de se garantir as condições necessárias e suficientes para a consolidação das capacidades. Sendo assim, a proteção dos direitos é vista em termos de capacidades. Tal entendimento permite defender a existência de direitos pré-políticos e a possibilidade de afirmar que somente existe um direito quando existem medidas efetivas exercitá-lo.

A segunda ambiguidade diz respeito a relação entre os direitos de primeira geração (*first-generation*) e os segunda geração (*second-generation*). No âmbito da tradição da filosofia política liberal e mesmo na esfera do discurso dos direitos humanos internacionais há uma tendência de se atribuir uma precedência e independência às liberdades civis e políticas. A realização dos direitos sociais e econômico, em contraposição a esse entendimento, seria posterior e dependeria daqueles. O enfoque das capacidades sustenta a horizontalidade e a interdependência das gerações (dimensões) de direitos.

O terceiro argumento apresentado salienta que a **linguagem dos direitos está amarrada a distinção tradicional entre a esfera pública**, regulada pelo Estado, e a **esfera privada**, na qual o Estado não deve intervir. Referida distinção

⁹ “[...] the state need to take action if traditionally marginalizad groups are to be treated fairly” (NUSSBAUM, 2007, p. 288).

encobre significativas desigualdades, privações e dificuldades presentes no âmbito familiar. Ao abolir a distinção, o Enfoque das Capacidades aborda a desigualdade de gênero, mas também a questão da infância, de uma forma mais adequada. A família passa ser uma instituição política submetida aos mesmos princípios políticos como as demais instituições (NUSSBAUM, 2000).

O último argumento ressalta que **a linguagem dos direitos é pouca categórica**, na esfera discurso público, **na defesa dos direitos**. Segundo Nussbaum (2007) ao “dizer que as pessoas têm o direito a algo é dizer que elas têm um direito urgente a isso”. A linguagem das capacidades opera com essa ideia, as capacidades centrais são direitos urgentes baseados na justiça.

Os quatro argumentos apresentados mostram, na avaliação de Nussbaum, a superioridade da linguagem das capacidades, especificamente, em relação a um determinado tipo de linguagem dos direitos humanos. Com isso, ela não quer refutar a linguagem dos direitos humanos, apenas quer salientar que uma linguagem “liberal” é insuficiente e insatisfatória para ser o discurso e base dos direitos humanos. O Enfoque das Capacidades não é rival do enfoque do direitos humanos, mas crítico de uma concepção “liberal” dos direitos humanos e de pressuposições categoriais que impossibilitam a melhor leitura dos direitos.

Uma observação crítica a respeito do primeiro argumento deve ser destacada. Ele sugere a ideia que as teorias ao estipularem melhor seus fundamentos e objetivos políticos tendem ser uma base mais consistente para a compreensão e fundamentação de um determinado fenômeno. Os pontos problemáticos do argumento são: a possibilidade de dirimir desacordos teóricos em temas tão controversos; a sugestão de que maior clareza conceitual e linguística é suficiente para justificar a superioridade de uma determinada abordagem; a suposição de que o Enfoque das capacidades é uma proposta capaz de resolver a questão apelando para “a existência da pessoa humana como ser humano”.

4. As capacidades são direitos (*entitlements*)

As capacidades, segundo Nussbaum (2000, 2007), devem ser consideradas como se fossem um conjunto de direitos fundamentais centrais ou como uma lista das garantias constitucionais análogo à Seção dos Direitos Fundamentais da Constituição

Indiana ou à versão resumida da Carta dos Direitos da Constituição norte-Americana. Além disso, elas devem ser implementadas posteriormente por via legislativa ou judicial.

As duas teses por serem controversas deveriam ser analisadas. Contudo, neste tópico a análise ficará restrita à ideia de que as capacidades são direitos no sentido de serem títulos (*entitlements*).

Há pelos menos duas abordagens sobre o significado de “direitos”¹⁰, a concepção de **direitos como títulos** e a de **direitos como exigências**. A primeira delas sustenta que os direitos são uma relação entre dois termos, uma pessoa (física ou jurídica) e um bem. Nesse caso, os direitos são considerados vínculos entre a pessoa e o bem, dos quais podem derivar demandas contra outras pessoas¹¹. Para a segunda, os direitos pressupõem três termos, alguém, outras pessoas e uma ação ou algo. Nessa, as relações são consideradas como “exigências” ou reivindicações de alguém sobre outrem acerca de algo (OLIVEIRA, 2010).

Na sequência, defende-se que a concepção de direitos **como exigência** descreve logicamente melhor o discurso moral e jurídico do e sobre as capacidades como direitos humanos¹².

Sendo assim, a presente tópico não trata da questão clássica o que é o “direito”, nem do que significa “ter direitos” ou ainda que “direitos as pessoas têm ou podem ter?”. Ela tem como foco uma questão anterior, a saber, o que são “os direitos”? Mais precisamente, sobre o significado dos “direitos”?¹³.

4.1 Direitos como títulos

A concepção de **direitos como títulos** sugere a ideia de que ter um direito é estar na posse de *algo* de que lhe é essencial, fundamental. Sendo assim, esta posse é um benefício, uma vantagem (OLIVEIRA, 2010). É importante frisar que o direito não

¹⁰ Aqui a expressão “direitos” é usada como sinônimo de direitos subjetivos.

¹¹ Os referidos vínculos podem ser morais ou jurídicos. Desse modo, tal como alguns autores de matiz jusnaturalista ou não positivista defendem, os direitos expressam relações morais e jurídicas. Observação relevante: nem todos os autores jusnaturalista ou não positivista defendem a tese dos direitos como títulos. Por outro lado, autores positivistas podem defender tal posição ou não.

¹² A tese aqui defendida não é original. Ela foi concebida e defendida por Marco Antônio de Oliveira no artigo “Rights as entitlements and rights as claims. *Veritas*, Porto Alegre, v.55, n. 1, Jan-abr 2010, p. 164-182. Entretanto, as abordagens propostas e as razões apresentadas diferem. E por ser um tema pouco estudado, mas, de relevância teórica singular, entende-se que a tese precisa ser melhor discutida.

¹³ Trata-se de uma análise na esfera do discurso, da linguagem.

é posse de uma coisa qualquer, mas de *algo* essencialmente benéfico às pessoas. Sendo assim, não haveria **razões** para não querê-lo ou dele não dispor.

Uma vez que direitos têm natureza normativa, quando *alguém* está na posse de *algo* tem a prerrogativa de poder exigir que outros façam ou deixem de fazer certas coisas. Como afirma Oliveira (2010), a existência de um direito é a razão ou fundamento para se fazer exigências. A pretensão de fazer exigências decorre da posse do vínculo que *alguém* tem com *algo*.

Um dos autores que pode ser enquadrado na concepção de que direitos são títulos é Joseph Raz (2011). Ele apresenta a seguinte definição de direitos:

Definição: “X tem um direito” se e somente se X puder ter direitos, e, se outras coisas forem iguais, um aspecto do bem estar de X (seu interesse) é uma razão suficiente para considerar alguma (s) outra (s) pessoa (s) sujeita (s) a um dever.

Capacidade para possuir direitos: um indivíduo é capaz de direitos se e somente se o seu bem-estar for de valor supremo, ou se ele for uma pessoa artificial (como, por exemplo, uma empresa)

Para melhor se compreender a ideia de direitos como títulos é importante se fazer algumas consideração acerca da definição proposta. Elas estão divididas em quatro pontos:

4.1.1. Os direitos e a capacidade para ter direitos

“Ter direitos” pressupõe a capacidade de ter direitos. O direito a um direito está condicionado à existência da capacidade para tê-los. A capacidade de ter direitos constitui-se como condição de possibilidade para se ter direitos. Assim, não é qualquer um, qualquer ser, que têm direitos. Evidente, coisas ou bens não têm ou não podem ter direitos.

Para saber quem tem direitos, é necessário esclarecer a capacidade para ter direitos. A Capacidade para ter direitos está associada ao valor intrínseco e supremo do bem estar (interesse) daquele que tem direitos (AGENTE). Os detentores de direitos precisam ser agentes que têm interesses e integrar a mesma comunidade moral¹⁴.

¹⁴ Raz (2011) chama esse último critério de tese da reciprocidade. A comunidade moral é entendida por ele como “a comunidade de indivíduos que interagem e cujas obrigações recíprocas são idealizadas como tendo origem em um contrato social, como representando um negócio justo processo de negociação, ou como se a moralidade fosse concebida de alguma outra maneira tal como um sistema de vantagem mútua de todos os membros da comunidade” (p.164).

Em regra, os direitos e os deveres somente podem ser dirigidos a membros da mesma comunidade moral. Agora, é possível que existam deveres para com os não membros da comunidade moral, desde que aqueles (deveres) não estejam baseados no interesse dos beneficiários daqueles deveres. Pode ser destacar o exemplo dado por Raz (2011, p.165): “[...] os meus deveres para com os animais (não humanos) estão calcados nas considerações do meu próprio caráter (não suporto causar dor) e não nos interesses dos animais, então os animais não têm direitos, a despeito do fato de que eu tenho deveres para com eles”.

Sendo assim, apenas pessoas, físicas ou jurídicas, podem ter direitos.

4.1.2. O bem estar (interesse) como critério de exigibilidade do direito

A exigibilidade do direito está fundada em algum aspecto do bem estar (interesse) daquele que tem a capacidade para ter direitos. De acordo com Raz (2011), são os interesses da pessoa que justificam seus direitos e os deveres alheios.

Contudo, é importante registrar que não é qualquer interesse que pode ser fundamento de direitos e gerador de deveres. O interesse precisa ser de valor fundamental, não instrumental. Precisa ter valor intrínseco. Assim, “somente aqueles que cujo bem estar é de valor último podem ter direitos, então somente os interesses considerados de valor último podem constituir a base dos direitos” (RAZ, 2011, p.166).

4.1.3. Os critérios geradores do dever

Há dois critérios geradores de dever: a capacidade para ter direitos e o valor supremo do seu bem estar (interesse). Daí se segue que, a capacidade para ter direitos associada com o valor supremo do seu bem estar (interesse) obriga os outros, gera um dever.

A ideia básica parece ser que nem todo interesse tem valor intrínseco e portanto, nem todo interesse origina deveres. Aqui tem-se a pressuposição de que os membros de uma comunidade moral teriam condições de reconhecer os interesses de valor supremo ou serem capazes de classificar os interesses por graus.

4.1.4. O direito é o fundamento do dever

O direito é o fundamento de um dever, fundamento que, se não for neutralizado por considerações contraditórias, justifica considerar aquela pessoa como tendo o dever. Contudo, isso não quer dizer que a cada direito corresponda a um dever, ou seja, existe a possibilidade de um direito fundamentar diversos direitos. Além disso, um direito pode gerar em momentos distintos, deveres diferentes – Aspecto dinâmico do direito.

Sendo assim, para Raz (2011) o discurso dos direitos indica um tipo de fundamento para uma exigência de ação. Afirma ele: “Dizer que uma pessoa deveria se comportar-se de certa maneira é afirmar uma exigência para a ação sem indicar um fundamento. Asseverar que um indivíduo tem um direito é indicar um fundamento para a ação de um determinado tipo, isto é, que um aspecto do seu bem-estar é um fundamento para um dever sobre outra pessoa” (RAZ, 2011, p.167).

A teoria de Raz necessita de uma teoria suplementar que mostre porque certos interesses, servem ou podem servir de razões *prima facie* suficientes para se alegar ou atribuir a outrem algum dever correspondente.

A concepção de **direitos como títulos** defende a ideia de que os *direitos humanos* seriam bens essenciais, na linguagem de Raz, “aspecto do bem-estar de alguém”, sem eles, não seria possível pensar a existência e a realização humana. Logo, eles precisam ser garantidos e promovidos.

Nesses termos, se um bem for essencial então todo e qualquer meio necessário para a sua proteção e promoção é igualmente essencial. Inclusive, esse argumento pode ser usado para exigir que direitos morais sejam transformados em direitos legais. Haveria um direito moral a essa transformação (OLIVEIRA, 2010)

4.2 A concepção de direito como exigências

Na concepção de **direitos como exigências** de maneira diversa da concepção de **direitos como títulos**, quando se diz que *alguém* tem um direito não se está apenas afirmando que ele tem um vínculo com algo e dessa relação se deduz que outros tenham deveres, mas que este alguém exige de outro, algo. O vínculo não é entre

alguém e algo, mas, entre *ao menos duas pessoas* (ou entre indivíduo e ao menos uma pessoa) acerca de *algo* (OLIVEIRA, 2010)

Esta concepção, originariamente, foi defendida por Hohfeld. Convencido de que os juristas americanos e ingleses empregavam a palavra “direito” de modo confuso, empreendeu um estudo analítico sobre os usos possíveis e distintos do mesmo. Ele identificou oito conceitos distintos que julgava serem “fundamentais” por expressarem “relações jurídicas básicas”. As apresentou em um esquema de “opostos” e “correlativos” (OLIVEIRA, 2010). Estes serão citados, mas não detalhados:

a) Opostos:

1. Direito/não direito
2. Privilégio (permissão – liberdade) /dever
3. Poder/incapacidade
4. Imunidade/suscetibilidade
5. Correlativos:
6. Direito/dever
7. Privilégio/não direito
8. Poder/suscetibilidade
9. Imunidade/incapacidade

Apenas será analisado o primeiro par de correlativos. Para Hohfeld (APUD OLIVEIRA, 2010) , direito em sentido estrito é o correlativo de um dever. E deve ser expresso pelo termo *claim (claim-right)*. *Claim* é uma expectativa, demanda ou exigência contra alguém: se tenho um direito, posso exigir de *alguém*, algo. No interior dessa perspectiva, o direito não é a posse de algo, mas, consiste no direito que tenho de exigir de alguém sobre algo. Esse alguém tem o dever de fazer ou deixar de fazer *algo* em razão das expectativas, exigências daquele.

Para ilustrar: X não tem direito à vida, por ser detentor, portador do direito à vida, mas, porque ele pode exigir de Y que sua vida seja respeitada. A ideia é de que é possível, no caso em apreciação, falar-se em direitos de reivindicação.

Contudo, essa concepção parece funcionar apenas se for admitido que:

- 24.a Há um vínculo entre as pessoas que não depende de algum ato voluntário (ativo ou passivo). Tem-se que imaginar um tipo de relação para justificar o binômio direito/dever;

24.b Em regra, são exigências que devem ser entendidas, como vinculantes e podem ser feitas a todas as pessoas – moralmente o argumento é forte, mas não juridicamente o é.

Sendo assim, como entender os direitos humanos? Qual a concepção que melhor descreve os direitos humanos e permite que eles sejam melhor protegidos ou que possibilite se pensar mecanismos mais eficientes de proteção?

Há vantagens de entender os **direitos humanos como exigências** e não apenas **como títulos** (OLIVEIRA, 2010):

b.i Exigências pressupõem um portador real do dever correlato, são deveres perfeitos (linguagem kantiana);

b.ii O portador do dever e o conteúdo deste pode ser claramente identificado – embora Raz afirme que os direitos são razões suficientes para se atribuir um dever a outrem, o conteúdo do dever atribuído não é necessariamente o mesmo conteúdo do direito alegado; não é claro imediatamente, portanto, nem qual o dever nem quem é o portador do dever que daí possa seguir-se

b.iii O portador do dever não apenas reconhece *prima facie*, mas está obrigado a fazer ou deixar de fazer, ou realizar vagamente o direito;

Embora não seja um equívoco conceber os direitos humanos como títulos, faz-se necessário reconhecer que é mais razoável concebê-los como exigências, como uma exigência real. Tal compreensão evita que se diga: “sim, tens o direito, mas não posso/podemos realizá-lo, garanti-lo”. Entender os **direitos humanos como exigências** faz com que todas as vezes que **alguém (particulares/estado)** não os garanta, não os respeite, não os proteja, tem que alegar boas e sólidas razões, morais e jurídicas, especialmente morais.

Entender o direito como **exigências** traz ao EC maior robustez teórica e clareza na indicação de quem tem o dever de efetivar os direitos (capacidades centrais) e estipula padrões argumentativos mais rígidos. Desse modo, são necessárias algumas alterações no arcabouço teórico proposto por Nussbaum no que tange a sua concepção de direitos. Essas alterações afetarão sensivelmente as outras duas teses¹⁵.

REFERÊNCIAS

ALKIRE, S. Why the Capability Approach? **Journal of Human Development and**

¹⁵ Tarefa que será realizada em outro momento.

Capabilities 6.1 (2005): 115–135.

<http://dx.doi.org/10.1080/146498805200034275>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 1995.

NUSSBAUM, Martha. **Crear Capacidades**: propuesta para el desarrollo humano. Barcelona, Paidós, 2012.

NUSSBAUM, Martha. Capabilities and human rights. **Fordhan Law Review**. Vol. 6/Issue 2, 1997, p. 273-300.

NUSSBAUM, Martha. Capacidades e Justiça Social. IN: DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo; BARBOSA, Livia (Orgs). **Deficiência e igualdade**. Brasília: Letras Livres/Universidade de Brasília: 2010. p.21-42.

NUSSBAUM, Martha. **Frontiers of Justice**: Disability, Nationality, Species Membership. New York: Cambridge University Press, 2007.

NUSSBAUM, Martha. **Sex & Social Justice**. New York: Oxford University Press, 1999.

NUSSBAUM, Martha. **Women and Human Development**: The Capabilities Approach. New York: Cambridge University Press, 2000.

NUSSBAUM, Martha. **Mujeres y el desarrollo humano**. Barcelona: Herder, 2012.

OLIVEIRA, Marco Antonio de. Rights as entitlements and rights as claims. **Veritas**, Porto Alegre, v.55, n. 1, Jan-abr 2010, p. 164-182.

RACHELS, James. Kantian Theory: The Idea de Human Dignity. In: RACHELS, James.

The elements of moral philosophy. New York: Random House, 1999.

RAZ, Joseph. **A moralidade da liberdade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. A. Equality of What?.IN: MCMURRIN, S. **Tanner Lectures on Human Values**, Volume 1. Cambridge: Cambridge University Press ; 1980.

SEN, Amartya. Capability and Well-Being. IN: NUSSBAUM, Martha; SEM, Amartya. **The Quality of Life**. New York, Oxford University Press, 1993.

WOOD, Allen. A boa vontade. IN: **Studia Kantiana**, n. 9, Rio de Janeiro, 2009.

21. O DIREITO A UM EMPREGO NA ZONA DO EURO. UMA PROPOSTA DE ESTABILIZAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-21>

Miguel J. Arjona Sánchez¹

1. Introdução

- O trabalho: Um direito sitiado

Com o entorpecimento de grande parte das economias ocidentais desde a crise de 2007 e o surgimento da sociedade da informação, o trabalho parece ter se tornado uma “mercadoria” cuja escassez parece ir além do período de adaptação próprio de qualquer transição econômica, cuja perda de postos de trabalho² deve ser recuperada de novas maneiras. O desenvolvimento da robotização e da automação, prelúdios da inteligência artificial, parece prever uma crise profunda que inclui prognósticos como o de seu fim na forma assalariada³.

Situação abordada por meio de uma política de redução de custos trabalhistas, baseados na flexibilização de sua estrutura de relações e na redução do estado de bem-estar social, que, no entanto, ignora a enorme relevância da relação capital-trabalho para qualquer economia capitalista.

1.2 Uma proposta contracorrente: o trabalho garantido

Apesar dessa corrente, um grupo de acadêmicos e políticos⁴ começou a advogar

¹ Prof. Dpto. Direito Constitucional. Universidade de Granada. Trad. de Isadora Lazaretti, Doutoranda em Direito, Unoesc.

² A ideia de que as mudanças tecnológicas acarretam perda de empregos, devido à substituição do trabalho humano por máquinas, já foi exposta em 1821 por David Ricardo: “Estou convencido de que a substituição de máquinas por trabalho humano geralmente é muito prejudicial aos interesses da classe de trabalhadores” Ricardo, D., *Principles of political economy and taxation*, Kitchener (Ontario - Canada), Batoche Books, 2001 (First Edition 1812), p. 283.

³ Acemoglu, D. y Restrepo, P., “Robots and jobs: Evidence from US labor markets”, *National Bureau of Economic Research Working Paper*, No. 23285, March 2017.

⁴ Especialmente nos EUA, com as ousadas propostas do senador (e pré-candidato democrata à Casa Branca) Bernie Sanders, ou a congressista do mesmo partido, do décimo quarto distrito de Nova York, Alexandria Ocasio-Cortez.

por uma firme defesa do *Welfare State* como modo de superar esta crise. E ainda que a influência do *New Deal* seja neles reconhecida, eles se afastam da ortodoxia econômica keynesiana, reinterpretando seus fundamentos teóricos.

Isso é possível porque partem de uma concepção endógena do dinheiro (um convencionalismo baseado na autoridade do Estado) que reconfigura os objetivos macroeconômicos da política fiscal e monetária, e reitera o emprego como um objetivo fundamental da política econômica, capaz de se tornar um mecanismo de estabilização automática. Uma proposta que interessa especialmente ao euro, por sua capacidade de mitigar algumas de suas deficiências estruturais.

2. A batalha pelo pleno emprego

2.1 A natureza do desemprego desde a Revolução Industrial até a II Guerra Mundial

A ideia do Estado como garantidor de emprego não é nova e vem aparecendo de forma recorrente desde o século XVII. Já durante a Revolução Industrial, uma parte importante da academia realizou uma forte defesa dessa hipótese, constatando a ausência de um mecanismo inerente à criação do pleno emprego no capitalismo⁵. Por sua vez, o marxismo diagnosticou que uma alta taxa de desemprego proporcionava ao capitalismo um exército de reserva muito útil, ideal para sua incorporação durante os ciclos expansionistas e muito interessante para a manutenção dos benefícios durante as recessões, empurrando os salários para baixo⁶.

Essa insuficiência, especialmente evidente durante a Grande Depressão⁷, foi combatida por Keynes e os *New Dealers*, que descobriram a eficácia da intervenção dos poderes públicos no renascimento da economia e na geração de emprego⁸, como se constatou durante a Segunda Guerra Mundial, quando o incremento da demanda agregada através do gato público conquistaram as mais baixas taxas de desemprego da

⁵ Kaboub, F, “Employment guarantee programs: A survey of theories and policy experiences”, *The Levy Economic Institute Working Papers*, nº 498, May 2007, p. 3.

⁶ *Ibid.*, p. 3.

⁷ Para a maior parte da doutrina econômica.

⁸ Kaboub, F, “Employment guarantee programs: A survey of theories and policy experiences”, *Op. Cit.*, p. 2-3.

história americana⁹. No entanto, com o fim da excepcionalidade, haveria um retorno gradual à ortodoxia econômica neoclássica, cuja consideração do desemprego como um fenômeno principalmente transitório e voluntário¹⁰ levaria ao abandono do objetivo do pleno emprego.

2.2 A construção de um direito ao trabalho como o direito a um emprego

2.2.1 O papel dos *new dealers* nos EUA e no Direito Internacional

Embora, no imaginário coletivo americano, a Constituição tenha sido considerada por décadas como o maior e mais definitivo receptáculo de direitos humanos da história, em sua mensagem sobre o estado da União, em 11 de janeiro de 1944, o presidente¹¹ Roosevelt criticou a falta de direitos econômicos e apelou ao Congresso sua correção, não por meio de uma emenda constitucional, mas por meio de uma *Second Bill of Rights*¹², de cunho legal, que incluiria em primeiro lugar “o direito a um trabalho útil e remunerado” e “o direito a ganhar o suficiente para proporcionar alimentos, roupas e recreação adequados”¹³. Os novos direitos sociais seriam assimilados pelos *new dealers* com os consuetudinários direitos possessivos à propriedade e ao trabalho, e com eles se tentaria construir uma “*general welfare Constitution*”¹⁴, em que o trabalho se tornou o garantidor da paz social consagrada constitucionalmente.

Como parte disso, o Congresso discutiu entre 1945 e 1946 a *Employment Act of 1946* que exigia do governo federal que garantisse a plena disponibilidade de trabalho

⁹ Nos Estados Unidos de 1944, se reduziria ao nível mais baixo de sua história, um 1,2 %. Um dado significativo, que, no entanto, deve ser tratado com cautela à luz das circunstâncias excepcionais da época. Em seu fim voltariam os temores de uma volta para a recessão econômica. *Ibid.*, p. 6 y p. 2.

¹⁰ *Ibid.*, p. 3

¹¹ Harvey, P., “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, *Columbia human rights law review*, vol. 33, 2001, p. 363-471, p. 383

¹² Tanto dita declaração de direitos como as alegações nas conversas na lareira do presidente estão presentes na Internet graças a *The Franklin Delano Roosevelt Foundation*.

<https://fdrfoundation.org/category/fdr-talks/>

¹³ Harvey, P., “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, *Op. Cit.*, p. 384.

¹⁴ Processo iniciado cerca de nove anos antes, com o anúncio da formação do Comitê de Segurança Econômica responsável pela redação da Lei de Seguridade Social de 1935. Forbath, W. E., “The Constitution and the Obligations of Government to Secure. The Material Preconditions For A Good Society: Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction”, *Fordham L. Rev.*, nº 69, 2001, p. 1821-1892, p. 1833

para qualquer demandante¹⁵. Embora seu projeto cuidadoso seguisse o bem-sucedido modelo corporativista de mobilização econômica, que incluía os empresários, os trabalhadores e a agricultura, após a depressão e a guerra¹⁶, deparou-se com uma forte oposição conservadora¹⁷ que eliminaria não apenas qualquer referência à garantia do pleno emprego, mas o próprio objetivo¹⁸. Os *new dealers* retomariam sua batalha através dos tribunais, especialmente frente ao Supremo, até que a presidência Nixon trunco para sempre qualquer pretensão de cunho constitucional para o direito ao trabalho nos Estados Unidos¹⁹.

Por outro lado, no campo internacional, as ações dos Estados Unidos advogariam incessantemente pela incorporação legal do papel pacificador que deram ao emprego. Este seria o caso da Carta das Nações Unidas de 1945, cujo artigo 55, “a”, estabelecia que “com o fim de criar as condições de estabilidade e bem-estar necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações (...) a organização promoverá os níveis mais altos de vida, trabalho permanente para todos, e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social”²⁰. Dada a sua condição de tratado que impunha deveres a seus signatários, a Carta estabelecia o pleno emprego como uma obrigação para a comunidade internacional, conforme determinado no artigo 56: “todos os Membros se comprometem a tomar medidas conjunta ou separadamente, em cooperação com a Organização, para a realização dos propósitos enumerados no Artigo 55,”²¹²².

Na Comissão de Direitos Humanos da ONU, os *new dealers* contribuiriam para a elaboração da Declaração Universal, que incluiria no artigo 23 que “toda pessoa tem

¹⁵ Ibid., p. 374.

¹⁶ Roof, T., *American labor, congress, and the welfare state, 1935–2010*. JHU Press, 2011.

¹⁷ A oposição social seria liderada pelo Comitê Constitucional do Governo, que acusaria a legislação antiamericana de restringir a livre empresa e incentivar o totalitarismo e seu suposto comunismo. Para o relato interessante dessa batalha política: Ibid.

¹⁸ Harvey, P., “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, Op. Cit., p. 375.

¹⁹ Véase: Sunstein, C., *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution--And Why We Need It More Than Ever*, Basic Books, 2009.

²⁰ Artigo 55. Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações, baseadas no respeito ao princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas favorecerão: a) níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento econômico e social; Carta das Nações Unidas firmada em San Francisco, Estados Unidos em 26 de junho 1945 (com entrada em vigor em 24 de outubro de 1945).

²¹ Ibid.

²² Harvey, P., “Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously”, Op. Cit., p. 372-373.

direito ao trabalho”, além de determinadas condições de dignidade²³. No entanto, como é sabido, essa declaração teria um valor jurídico relativo, pois, como não era um tratado internacional, não imporá obrigações aos Estados²⁴.

Por seu turno, o Pacto Internacional para os direitos econômicos, sociais e culturais, adotado em 1966, reconheceria claramente o direito ao trabalho em seu artigo 6, que seria complementado pelo requisito da adoção de medidas legislativas para sua garantia no 7º, e que o Senado dos EUA evitaria subscrever²⁵.

2.2.2 O velho continente

2.2.2.1 A regulação procedente do Conselho da Europa

No velho continente, a partir dos anos cinquenta, o texto de referência em matéria de direitos fundamentais seria, sem dúvida, a Convenção Européia de Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais do Conselho da Europa ²⁶, que seria particularmente escassa em relação ao direito ao trabalho, circunscrito a uma mera proibição da escravidão e do trabalho forçado (artigo 4). Seu conteúdo seria ampliado, juntamente com outros direitos socioeconômicos, na Carta Social Europeia²⁷, que estabelecerá que "toda pessoa terá a oportunidade de ganhar a vida com um trabalho escolhido livremente (...)".

²³ Artigo 23 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: 1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego. 2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social. 4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

²⁴ Harvey, P., "Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously", Op. Cit., p. 375

²⁵ Ibid., p. 379.

²⁶ Sua proclamação data de 1950 e sua entrada em vigor em 1953.

²⁷ A Carta Social Europeia é de 1961, no entanto, hoje tem três protocolos adicionais: o Protocolo Adicional de 5 de maio de 1988, o Protocolo de Emenda de 21 de outubro de 1991 e o Protocolo Adicional sobre um sistema de reclamações coletivas de 9 de novembro de 1995. Além disso, foi revisada em 3 de maio de 1996 com a intenção de melhorar, expandir e aprofundar a proteção dos direitos coletivos previstos em sua redação original. Esta nova Carta entrou em vigor em 1999 e pretende substituir gradualmente a de 1961 e seu Protocolo Adicional de 1998, mas para isso é necessário que todos os Estados Partes na primeira Carta ratifiquem a revisada. "The European Social Charter as an instrument to eradicate poverty: failure or success", *Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 64/65, 2008, p. 157-170, p. 157-158.

A declaração teria apenas um conteúdo teleológico, porque, diferentemente da Convenção, não estabelecia direitos diretamente executáveis, mas objetivos ou metas a serem perseguidos por alguns Estados Membros ²⁸ que se comprometiam a “estabelecer aquelas condições em que pudessem se tornar eficazes [...] (...) por todos os meios apropriados, tanto de caráter nacional quanto internacional” ²⁹. Este compromisso, que sim, incluía o trabalho, não abrangia a totalidade dos direitos; uma vez que os Estados apenas eram obrigados a ratificar 10 artigos ou 45 parágrafos do total dos 19 artigos subdivididos em 72 parágrafos incluídos na Parte II, desde que pelo menos cinco dos sete “artigos principais” contidos nos 1, 5, 6, 12, 13, 16 e 19 artigos fossem incluídos³⁰.

O trabalho, localizado no artigo 1º, foi contemplado desde o estabelecimento da obrigação para os Estados “reconhecerem como um de seus principais objetivos e responsabilidades a obtenção e manutenção do nível mais alto e mais estável possível de emprego, com o fim de alcançar o pleno emprego (...)” e reiterava “o direito do trabalhador de ganhar a vida através de um emprego escolhido livremente”. A expressão (interpretada teleologicamente pelo Comitê Europeu de Direitos Sociais, órgão de supervisão *ad hoc*) certamente excluía a existência de um direito a um emprego garantido pelo Estado, mas afirmava o dever de levar a cabo uma política econômica destinada principalmente à realização de uma sociedade o mais próxima possível do pleno emprego³¹.

Com a revisão da Carta em 1996, o emprego voltaria ao cenário europeu, mas desta vez de forma colateral, por meio de interpretação jurisprudencial. A reforma introduziria um objetivo mencionado apenas uma vez na versão anterior, a luta contra a pobreza e a exclusão social (artigo 30), entendida como uma “privação devido à falta

²⁸ Sanz Caballero, S., “The European Social Charter as an instrument to eradicate poverty: failure or success”, Op. Cit., p. 159.

²⁹ PARTE I. As partes contratantes reconhecem como objetivo de sua política, que seguir-se-á por todos os meios adequados, tanto de caráter nacional como internacional, o estabelecer daquelas condições em que possam tornar-se efetivos os direitos e princípios seguintes: 1. Toda pessoa terá a oportunidade de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido”.

³⁰ Betten, L., “European Social Charter”, Op. Cit., p. 70. PARTE III. Artigo 20. Obrigações. 1. Cada uma das partes contratantes se compromete: a. A considerar a Parte I da presente Carta como uma declaração dos objetivos que tratará de alcançar por todos os meios adequados, conforme o disposto no parágrafo de introdução desta parte. b. A considerar-se vinculada a pelo menos cinco dos sete artigos seguintes da Parte II de la Carta: artigo 1, 5, 6, 12, 13, 16 e 19.

³¹ Sanz Caballero, S., “The European Social Charter as an instrument to eradicate poverty: failure or success”, Op. Cit., p. 166.

de recursos”³². Isso seria interpretado jurisprudencialmente pelo Tribunal de Estrasburgo no *Case 33/2006, International Fourth World Movement v. France*, que determinaria que os Estados signatários estariam obrigados a estabelecer um conjunto de prioridades e medidas destinadas a prevenir e eliminar os obstáculos ao acesso aos direitos fundamentais, incluindo políticas transversais, entre as quais se mencionava expressamente o emprego³³.

2.2.2.2 As constituições europeias

Nos Estados europeus, o reconhecimento constitucional do direito ao trabalho³⁴ tornaria reconhecíveis duas concepções distintas. Por um lado, a dos países tradicionalmente sobressalentes em emprego, nos quais se consagraria um direito ao trabalho contemplado desde a garantia de suas condições (remuneração suficiente, escolha, seguridade social, proteção frente ao desemprego) e sem a inclusão, como tal, de um direito a um trabalho específico. Como exemplo, a Alemanha, com sua necessidade tradicional de importação de mão-de-obra, cujo artigo mais importante seria basicamente limitado ao estabelecimento de um direito de escolha³⁵.

No outro extremo, estariam os países tradicionalmente deficitários, que tratariam de exorcizar sua criação insuficiente de empregos, estabelecendo o direito ao pleno emprego. A Magna Carta Lusitana, por exemplo, que começaria afirmando que “todos terão direito ao trabalho” (art. 51), levaria a cabo uma constitucionalização expressa do objetivo do pleno emprego por meio de seu art. 52 (das “obrigações do Estado em relação ao direito ao trabalho”), que estabelece que “compete ao Estado, por meio de planos de política econômica e social, garantir o direito ao trabalho, assegurando: a) a execução de uma política de pleno emprego e o direito à assistência material daqueles que se encontram involuntariamente em situação de desemprego”

³² Assim a definiria o Comitê em sua queixa No. 51/2008 (*European Roma Rights Centre v France*). *Ibid.*, p. 161 e 165.

³³ *Ibid.*, p. 165.

³⁴ Sem dúvida alguma, o trabalho ocuparia lugar muito importante nos textos constitucionais europeus, cujo paroxismo poderia ser encontrado na Constituição italiana, que em seu artigo 1, dedicado aos seus princípios fundamentais, definiria a Itália como “uma República democrática fundada no trabalho” (discurso inspirado no artigo 1 da Constituição da Segunda República Espanhola: “A Espanha é uma República democrática de trabalhadores de toda classe, organizada sob o regime de Liberdade e Justiça (...”).

³⁵ Ver, além do artigo 12 (e 12 a), artigos 9, 48, 91 e) e 95 da Lei Fundamental de Bonn.

³⁶. Na Espanha, seria necessária a intervenção do Tribunal Constitucional, que em sua sentença 22/1981, de 2 de junho, esclareceria que "o direito ao trabalho [consagrado no artigo 35³⁷] não se esgota na liberdade de trabalhar, mas supõe também o direito a um emprego ", o que obviamente exige pleno emprego.

Na prática, no entanto, essa diferenciação figuraria como algo maniqueísta, uma vez que a configuração do direito como o de um emprego poderia ser considerada subordinada ao mandato lógico dos poderes públicos para tornar os direitos reais e efetivos (expressão do Artigo 9.2 da Constituição Espanhola)³⁸; embora com sua ausência em excedentes caberia interpretá-la como um pressuposto ontológico ou uma condição necessária para o desfrute de seus altos padrões de proteção social. Uma diferenciação que, sim, poderia ser relevante quando o *constitutional commitment* mudasse.

2.2.2.2 A União Europeia

A questão do pleno emprego também seria abordada pela União Europeia, não apenas no seu direito derivado, mas também no direito primário, tanto através do Tratado da União Europeia, como no Tratado de Funcionamento e na Carta dos Direitos Fundamentais.

O compromisso do Tratado da União Europeia com as políticas de pleno emprego começaria desde seu preâmbulo, com sua adesão "aos direitos sociais fundamentais, conforme definidos na Carta Social Europeia, assinada em Turim em 18 de outubro de 1961 e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores, de 1989 "; mas seria em seu artigo 3 onde se estabelecería com mais clareza, apontando que seu modelo econômico "tenderá ao pleno emprego", mas não antes de se lembrar da "estabilidade de preços" estabelecendo uma associação, que veremos, não é em nada inocente. Ainda mais equilibrado seria o Tratado de

³⁶ A Constituição portuguesa dedica um grande número de artigos ao mundo do trabalho, desde o 51 ao 61 (se incluímos o 60 sobre a proibição dos bloqueios e o 61 sobre as cooperativas).

³⁷ Artigo 35 da Constituição Espanhola: "Todos os espanhóis têm o dever de trabalhar e o direito ao trabalho, a livre escolha de profissão ou ofício, a promoção através do trabalho e a uma remuneração suficiente para satisfazer suas necessidades e de sua família, sem que em caso algum se possa fazer discriminação em razão do sexo".

³⁸ Artigo 9.2 da Constituição Espanhola: "É responsabilidade das autoridades públicas promover condições para que a liberdade e a igualdade do indivíduo e dos grupos em que estão integrados sejam reais e efetivas; remover os obstáculos que impedem ou dificultam sua plenitude e facilitam a participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social. "

Funcionamento da UE, que optou por expressões muito mais alinhadas com a *mainstream* ideológica do momento, como a do "emprego elevado" ou "alto nível de emprego" do Artigo 9 sobre a definição e a execução das políticas da União³⁹ e dos 147 quando indica os objetivos da União. Um ceticismo sobre as possibilidades de criação de emprego que irromperá com mais força, nos artigos 46, 91 e 107, nos quais respectivamente, assinalarão que "o padrão de vida e emprego nas várias regiões e indústrias não está em perigo", que se evite que se "possa afetar seriamente o padrão de vida e o emprego de certas regiões" ou que se permitam medidas contra "uma situação grave de subemprego".

Por seu turno, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e com o mesmo valor que os tratados (conforme estabelecido no artigo 6º do Tratado da União Europeia), o reconhecimento do direito ao trabalho se limitaria a estabelecer as condições de seu exercício sem qualquer referência ao pleno emprego ou a uma garantia a um emprego (arts. 27 a 35). Uma perspectiva não menos importante, uma vez que cada direito se torna um parâmetro e um limite da ação das instituições e órgãos da União em todas as suas políticas e a dos Estados membros quando aplicam o direito da União (art. 51). Por outro lado, e como não se pode esquecer que a Carta não limita nem prejudica as normas da Convenção Europeia, tampouco pode limitar os padrões nacionais dos Estados quando eles atuam em aplicação de seu Direito próprio⁴⁰, algo que gerará suas contradições quando o emprego estiver em jogo na complexa governança económica na UE.

³⁹ Artigo 9. Tratado sobre o Funcionamento da UE. "Na definição e execução de suas políticas e ações, a União levará em consideração os requisitos relacionados à promoção de um alto nível de emprego, com garantia de proteção social adequada e o combate à exclusão social".

⁴⁰ Artigo 53 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: "Nenhuma das disposições desta Carta pode ser interpretada como limitante ou prejudicial aos direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos, em seu respectivo escopo, pelo Direito da União, , direito internacional e convenções internacionais em que a União, a Comunidade ou os Estados-Membros são partes, em particular a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas constituições dos Estados membros".

2. Garantir um emprego

2.1 A experiência do *New Deal* e o keynesianismo: Empregos úteis sem desequilíbrios

3.1.1 Os programas

Apesar de sua aparente novidade, os programas de garantia de emprego não são uma primícia, nem na doutrina econômica nem na experiência legislativa. Sem ir mais longe, diferentes projetos foram lançados durante o *New Deal* para sua consecução. No entanto em sua temporalidade, o *Civil Works Administration* foi o mais ambicioso e forneceu “empregos reais com salários reais” aos candidatos de emprego⁴¹, sem exigir nenhuma diminuição da bandeira dos direitos trabalhistas, como a negociação coletiva ou os direitos sindicais⁴². Apesar de seu êxito, promovendo 4,3 milhões de empregos durante os invernos de 1933 e 1934⁴³, foi substituído pela menos ambiciosa *Works Progress Administration* da *Emergency Relief Appropriation Act of 1935*, que desde o verão de 1935 até 1943 criaria 3,3 milhões de empregos; desaparecendo, como consequência, do fato de que a entrada dos EUA na guerra mundial por si só forneceria demanda suficiente para acabar com os problemas de desemprego⁴⁴.

O sucesso da intervenção do Estado na economia converteria o keynesianismo aos dois principais partidos, mas implicaria a adoção de um *New Deal* menos intervencionista que, sem as garantias públicas de emprego ou a estratégia de planejamento da NRPB (que haviam caracterizado a presidência de Roosevelt) esperava alcançar o pleno emprego sem alterar a estrutura econômica do país⁴⁵. Esse foi o registro sob o qual se desenvolveu o projeto de lei liderado pelo senador Montana James Murray, que esperava que suas amplas exigências de fiscalidade expansiva permitiriam ao setor privado prover quantos trabalhos demandasse a sociedade americana.⁴⁶

⁴¹ Harvey, P., *Securing the right to employment: Social welfare policy and the unemployed in the United States*. Vol. 1030. Princeton University Press, 2014, p. 89 y 99.

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*, p. 89.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 107-112.

⁴⁶ *Ibid.*

Também não ofereceria nenhuma garantia de emprego a *Full Employment and Balanced Growth Act of 1978*, que promovida pelo congressista democrata Augustus Hawkins recebeu o apoio do ex-vice-presidente e senador Hubert Humphrey⁴⁷.

Convém esclarecer que as iniciativas do *New Deal* nunca foram concebidas como verdadeiros programas de trabalho garantido, pois não pretendiam criar uma demanda de mão de obra infinitamente elástica⁴⁸; em vez disso, eles tiveram a virtude de mostrar as capacidades governamentais para proporcionar empregos decentes, que, com uma séria utilidade social, econômica e ambiental não competiam com os privados⁴⁹, e, mais importante, não geravam instabilidade ou inflação⁵⁰.

3.1.2 As chaves

A partir da experiência desses programas, concluiu-se que a chave era ajustar o consumo e o investimento, evitando a inflação e o desemprego⁵¹. Ou seja, os poderes públicos deviam “reduzir o consumo cada vez que aumenta[sse] o investimento e aumentar o consumo cada vez que diminuí[sse] o investimento”, mantendo a demanda total “em um nível suficiente para empregar todos os fatores de produção, mas insuficiente para causar inflação”⁵². A principal tarefa do Estado, então, era “manter continuamente uma adequada demanda total dos fatores”, compensando as mudanças espontâneas no investimento ou no consumo⁵³. Isso deu lugar a uma visão funcional das finanças⁵⁴, que exigia o abandono de uma excessiva preocupação com o equilíbrio orçamentário ou o volume da dívida pública, passando a concentrar sua atenção em evitar a inflação ou a deflação⁵⁵.

⁴⁷ Y miembro del transversal Democratic–Farmer–Labor Party. *Ibid.*

⁴⁸ Wray, L. R., *Understanding modern money*, Edward Elgar, Cheltenham UK, Northampton Massachusetts USA, 1998, p. 126.

⁴⁹ Kaboub, F., "Employment guarantee programs: A survey of theories and policy experiences" *Op. Cit.*, p. 4.

⁵⁰ Kaboub, F., "Employment guarantee programs: A survey of theories and policy experiences" *Op. Cit.*, p. 4. *Ibid.*, p. 126.

⁵¹ Tal como seria expressado por Lerner. Lerner, A. P., *Economics of control: Principles of welfare economics*, Macmillan and Company Limited, New York, 1944 (Six printing 1952), p. 266.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Fiorito, A., “Finanzas funcionales en economías abiertas”, *Estudios Latinoamericanos*, vol. 1, nº 30, 2012, p. 99-115, p. 99.

⁵⁵ Lerner, A. P., Economía del pleno empleo (No. 331/L61eE), 1957; en: Cruz Hidalgo E., Ehnts D H, Tcherneva P. R., "Completing the Euro: The Euro treasury and the job guarantee", *Revista de Economía Crítica*, nº 27, p. 100-111, p. 103. Segundo Lerner: Se trata de cuidar da relação entre a demanda e a

O desemprego dependeria do volume de gastos disponíveis na economia, uma vez que este determina a quantidade de bens e serviços suscetíveis a venda⁵⁶. Portanto, através de um ritmo adequado de gastos monetários, nem muito reduzido para destruir o emprego, nem muito amplo para aumentar significativamente o nível de preços, o pleno emprego seria alcançável⁵⁷.

Assim, pois, o keynesianismo concebia o emprego como um produto da política de crescimento, que se situava ao final do mecanismo de transmissão⁵⁸, para cuja consecução era necessário enfrentar múltiplos impedimentos⁵⁹ como o desconhecimento de como combinar as finanças funcionais, com o aumento da demanda agregada incentivando o gasto privado⁶⁰. Todo o investimento implica um sacrifício presente que deve equilibrar-se com os futuros benefícios⁶¹, que nem sempre o setor privado pode afrontar.

1.2 A crise do keynesianismo e o *New Deal*: rumo a uma taxa natural de desemprego

No entanto, no final dos anos sessenta, um aumento surpreendente da inflação desafiou a credibilidade da macroeconomia keynesiana orientada para a demanda⁶². A chave para essa mudança de arquétipo veio das mãos de um gráfico, a "curva de Philips", cuja descoberta gerou um importante debate no qual participaram as diferentes correntes da economia política. A curva representava uma relação negativa entre inflação e emprego, para a qual as políticas de aumento da demanda agregada

oferta de dinheiro, como determinantes da taxa de interesse do dinheiro, que junto à rentabilidade das inversões, estaveleceriam a taxa de inversão, que, com o consumo, fixariam o nível de emprego. De igual modo, o aumento da inversão conduziria a um aumento do ingresso de pessoas empregadas, que empurrariam o consumo, elevando por sua vez a alçada do emprego e dos salários. Lerner, A. P. *Economics of control: Principles of welfare economics*, Op. Cit., p. 281, 283.

⁵⁶ Lerner, A. P., *Economía del pleno empleo* (No. 331/L61eE), 1957; en: Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "A concepção do «dinheiro moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", *Revista de Estudios Políticos*, nº 181, 2018, p. 167-186, p. 175.

⁵⁷ Ibid., p. 112-113; en: Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 175.

⁵⁸ Tcherneva, P. R., "Reorienting fiscal policy: A bottom-up approach", *Journal of Post-Keynesian Economics*, nº 37, 1, p. 43-66, p. 54.

Employment guarantee programs: A survey of theories and policy experiences"

⁵⁹ Lerner, A. P., *Economics of control: Principles of welfare economics*, Op. Cit., p. 284.

⁶⁰ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 176

⁶¹ Lerner, A. P., *Economics of control: Principles of welfare economics*, Op. Cit., p. 333.

⁶² Mitchell, W. F., "The buffer stock employment model and the NAIRU: The path to full employment." *Journal of Economic Issues* 32.2, 1998, p. 547-555, p. 549.

eram boas para o emprego, mas ruins para a inflação⁶³.

Sob sua influência, a visão otimista do pleno emprego, que caracterizou o pensamento econômico liberal-progressista (keynesiano) após a Segunda Guerra Mundial, foi transformada por uma visão em que havia uma taxa natural de desemprego insensível para a política agregada⁶⁴. A expressão “pleno emprego” (como do artigo 3º do Tratado da União Européia) continuaria sendo usada, mas frequentemente para se referir realmente ao nível mínimo de desemprego necessário para manter a inflação sob controle⁶⁵ (o “alto nível de emprego” do art. 9º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia).

Como resultado desse paradigma se imporá uma visão econômica que acabaria considerando o desemprego e até a pobreza como "uma ferramenta a ser usada para promover a estabilidade de preços"⁶⁶ ou, se preferirmos, um custo necessário para manter a inflação baixa e alcançar a desejada estabilidade monetária⁶⁷. Sob essa equação, se modularia, a partir de então, o direito ao trabalho, cujos padrões teriam que ser ponderados com os dois objetivos chamados a converter-se nos eixos fundamentais de qualquer política econômica, o controle da inflação e a estabilidade monetária.

Por trás dessa visão, havia uma concepção ortodoxa do dinheiro, para a qual esse é um simples meio neutro de troca entre indivíduos racionais, que, por meio de seu uso, reduzem os custos de transação⁶⁸. Assim considerado, o dinheiro se mostraria em sua forma natural como uma mercadoria justa e equitativa, sobre a qual o Estado não teria mais responsabilidade do que assegurar sua equanimidade, prevenindo sua

⁶³ Véase: Avelãs Nunes, António. "O keynesianismo e a contra-revolução monetarista", Lisboa, Página a Página - Divulgação do Livro, 2016.

⁶⁴ Mitchell, W. F. "The buffer stock employment model and the NAIRU: The path to full employment", Op. Cit., p. 549.

⁶⁵ Harvey, P., "Human rights and economic policy discourse: Taking economic and social rights seriously", Op. Cit., p. 373.

⁶⁶ Wray, L. R., *Teoría monetaria moderna: manual de macroeconomía sobre los sistemas monetarios soberanos*, Lola Books, 2015, p. 219.

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 223.

⁶⁸ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 170.

manipulação e, conseqüentemente, a inflação⁶⁹. Uma abordagem⁷⁰ que havia conduzido a uma ruptura progressiva (alcançada através dos diferentes processos de transferência da soberania monetária) do ponto de união entre as políticas monetária e fiscal, que havia tornado o equilíbrio fiscal e a austeridade nos principais instrumentos de estabilização macroeconômica⁷¹; diminuindo as capacidades do Estado para a consecução do pleno emprego.

3.3 A concepção endógena de dinheiro e a crise da curva de philips

Apesar de tudo, esse paradigma monetário baseado em sua neutralidade nunca alcançou a unanimidade da doutrina, subjazendo a duas concepções diferentes (embora não necessariamente excludentes⁷²) sobre sua origem: uma exógena, a do dinheiro-mercadoria baseada nos metais preciosos⁷³; e uma visão endógena, que destacaria sua natureza jurídica⁷⁴. Embora surpreendentemente despercebido, o abandono da conversibilidade pelo chamado *Nixon shock* deveria ter destacado sua emissão por "ordem legislativa" e esfumado sua ilusão de neutralidade⁷⁵.

Se com o padrão ouro "as moedas foram convertidas em ouro, os tipos de câmbio eram fixos e os governos podiam aumentar seus gastos apenas aumentando os impostos ou os empréstimos do setor privado"⁷⁶, seu fim suporia o fim das mudanças fixas e a adoção de um sistema de mudanças flutuantes, que permitiria apreciar as

⁶⁹ O dinheiro emergiu como uma invenção transcendental na história da humanidade, baseada no descobrimento das maravilhosas características de relativa escassez de certos metais, que como o ouro, se converteriam (graças a ânsia por sua posse) em um vetor de intercâmbio, cuja objetividade permitiria não afetar nossas decisões econômicas, unicamente tomadas em função de nossas necessidades e gostos, como: "um véu que simplifica e agiliza as transações sem afetar as decisões de emprego, consumo e investimento". *Ibid.*, p. 170-171

⁷⁰ Compartilhado com uma grande quantidade de matizes por diferentes escolas de pensamento (desde os que propugnam uma volta ao padrão ouro original com reserva dos 100%, até os que subordinam os objetivos de estabilidade ao ciclo econômico).

⁷¹ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", *Op. Cit.*, p. 167.

⁷² Según expuso: Garzón, E., "Metallism and Chartalism: a proposal for reconciliation" en: *First European Modern Monetary Theory Conference*, Berlin, 2th February 2019.

⁷³ E para a qual a base monetária dos países só se teria visto tradicionalmente alterada pelo intercâmbio comercial ou o descobrimento de novas jazidas de ouro. Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "El dinero en la historia del pensamiento económico: la teoría monetaria post-keynesiana y su confrontación con la ortodoxia", *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, vol. 3, nº 1, 2016, p. 27-41, p. 27.

⁷⁴ Desan, C. A., "Money as a legal institution", *David Fox and Wolfgang Ernst, 'Money in the Western Legal Tradition*, 2015, p. 13-34.

⁷⁵ Mitchell, W. F., Wray, R., Watts, M., *Modern monetary theory and practice: an introductory text*, *Op. Cit.*, p. 25.

⁷⁶ *Ibid.*

diferentes opções que o emissor da moeda (o poder público) teria para influenciar seus principais objetivos econômicos: o emprego, a produção e a inflação⁷⁷.

Se, em termos keynesianos "uma despesa gera uma receita" e "um investimento gera uma economia", a moderna teoria monetária iria além, afirmando que a despesa por déficit do setor público é a responsável pelas economias do setor privado, confrontando-se diretamente com a ortodoxia baseada no equilíbrio orçamentário em questões fiscais e o controle da inflação⁷⁸. Para os "monetaristas modernos", somente o setor público, através de seus gastos, é capaz de fornecer ao setor privado os fundos para reduzir o desemprego⁷⁹; e é que o nível de emprego depende "do volume de gastos na economia, que determina a quantidade de produto que pode ser vendido". O desemprego é, portanto, um fenômeno monetário, que deve ser corrigido por meio de dispêndios monetários adequados, que redirecionem o nível de emprego que uma sociedade considera tolerável⁸⁰. De forma mais complexa: "o único obstáculo ao crescimento é a restrição externa, a falta de divisas e não a moeda nacional onde o próprio Estado é seu emissor"⁸¹.

Isso não significa, em nenhum caso, que a inflação deva ser negligenciada, mas, pelo contrário, que diferencia que a curva de Philips parecia às vezes apontar, seria totalmente conciliável com o emprego. Além disso, e por mais paradoxal que possa parecer, na realidade o pleno emprego se constituiria em um poderoso meio de controlar a inflação. Dicho em termos precisos: "um programa de emprego garantido ou o Estado como empregador de último recurso age de fato como um poderoso estabilizador macroeconômico, permite a consecução do pleno emprego (...) e também aumenta a estabilidade de preços"⁸².

⁷⁷ Ibid., p. 25 y 26.

⁷⁸ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 174.

⁷⁹ Juniper, J., Mitchell, W. F., *There is no financial crisis so deep that cannot be dealt with by public spending*. Centre of Full Employment and Equity, University of Newcastle, 2008.

⁸⁰ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 175.

⁸¹ Fiorito, A., "Finanzas funcionales en economías abiertas", *Estudios Latinoamericanos*, Op. Cit., p. 99.

⁸² Wray, L. R., *Teoría monetaria moderna: manual de macroeconomía sobre los sistemas monetarios soberanos*, Op. Cit., p. 220.

3.4 Um programa de garantia de emprego

3.4.1 A definição de trabalho garantido

Uma definição simples de um programa de garantia de emprego poderia ser “aquele em que o setor público garanta um emprego disponível para qualquer indivíduo que, depois de avaliado, queira e esteja preparado para trabalhar”.

Após a definição, a primeira consideração a ser feita seria a de que qualquer programa de trabalho garantido deveria ser sempre voluntário, excluindo o trabalho forçado em qualquer padrão internacional de direitos⁸³. Também é necessário destacar seu sentido estrito de trabalho, que excluiria do programa aqueles que não têm capacidade para trabalhar⁸⁴, pelo que não deveria se converter em uma forma de “*workfare*” ou obrigação para adotar a assistência social⁸⁵, já que esse não seria seu sentido.

Por outro lado, o direito a um emprego não pode se tornar uma garantia sem limites, de modo que seus beneficiários também poderiam ser despedidos mediante as causas determinadas na consiguiente normativa laboral a adaptar⁸⁶. Não obstante, aqueles que tiveram que deixar o emprego, poderiam retornar ao programa após um período razoável de tempo ou exigir-lhes requisitos mais rigorosos para o retorno⁸⁷. Não se trata de um programa de assistência social, mas um autêntico programa de emprego; portanto, os trabalhadores devem cumprir o que se espera deles⁸⁸.

O programa seria financiado pelo Estado, o que garantiria um salário igual para todos os candidatos do programa, incluindo um pacote de benefícios de acordo com, pelo menos, o padrão mínimo do direito ao trabalho⁸⁹. A igualdade salarial, que poderia muito bem coincidir com o salário mínimo interprofissional, limitaria a concorrência com os demais empregadores (privados ou públicos atuando fora do

⁸³ Como é natural, não se inclui como tal, o mínimo grau de coerção econômica existente em qualquer sociedade, que induz toda pessoa a trabalhar para obter seus meios de subsistência. Wray, L. R., *Understanding modern money*, Edward Elgar, Cheltenham UK, Northampton Massachusetts USA, 1998, p. 124.

⁸⁴ “Aqueles que não estão prontos, dispostos e habilitados para trabalhar não são os objetivos previstos desse programa”. Ibid.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ Ibid.

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid. Wray, L. R., *Understanding modern money*, Op. Cit., p. 122-154.

programa) que apenas competiriam com o garantizado a partir de dita quantidade⁹⁰. Ou seja, o programa estabeleceria exogenamente o "preço marginal" do trabalho⁹¹.

Obviamente, esse programa aumentaria as condições de trabalho oferecidas pelo setor privado, que teriam que ser estabelecidas acima daquelas de trabalho garantido, frente a eventualidade de que seus trabalhadores decidissem tirar vantagem disso⁹², convertido, pois,, no “solo” laboral⁹³.

3.4.2 Um programa público de garantia do trabalho como estabilizador automático

Também conhecidos como programas do Estado como empregadores de última instância, para garantir o pleno emprego, seria necessário criar uma demanda de trabalho infinitamente elástica ⁹⁴, com um salário mínimo, sem depender das expectativas de ganhos a curto e longo prazo das empresas, algo que está apenas nas mãos do Estado⁹⁵.

Se a estabilidade de preços é tradicionalmente considerada uma condição prévia crucial para o crescimento sustentado da atividade econômica, e isso para a obtenção de uma alta taxa de emprego, com o paradoxo do uso do desemprego para o controle da inflação (a taxa do desemprego natural), a teoria monetária moderna proporia o trabalho garantido como um substituto do desemprego para esse fim. A proposta de emprego garantido reverte a causalidade e a ênfase da troca tradicionalmente proposta entre inflação e desemprego (inspirada na curva de Philips e suas correções com base nas expectativas dos agentes privados) ⁹⁶ e visa alcançar o mesmo efeito, fazendo

⁹⁰ Wray, L. R., *Teoría monetaria moderna: manual de macroeconomía sobre los sistemas monetarios soberanos*, Op. Cit., p. 220

⁹¹ Ibid., p. 221.

⁹² Ibid., p. 221.

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Minsky, H. P., *Stabilizing an unstable economy*, Mc Graw Hill, 1986, p. 307. Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 177. Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La «teoría monetaria moderna»: una extensión de la economía política radical", *DT-AEHE*, nº 1704, junio 2017, p. 10.

⁹⁵ Minsky, H. P., *Stabilizing an unstable economy*, Op. Cit., p. 343.

⁹⁶ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 177. Mitchell, W. F., "The buffer stock employment model and the NAIRU: The path to full employment", Op. Cit., p. 547-555.

exatamente o contrário, garantindo a estabilidade de preços através do pleno emprego⁹⁷.

A abordagem parte de que o estabelecimento de um salário básico, que poderia ser acessado por todos os desempregados, ajudaria a promover a estabilidade econômica, agindo como um programa de estabilização de preços. O programa tenderá a crescer durante os períodos de recessão e a diminuir durante os períodos de recessão, de modo que funcionaria como uma âncora. Os empregos do programa aumentariam durante as recessões, reduzindo assim as tensões deflacionárias; e diminuiria durante períodos expansivos, reduzindo as tensões inflacionárias⁹⁸. O programa funcionaria como qualquer linha de intervenção nos preços: durante períodos de crescimento, os trabalhadores do setor privado seriam recrutados nas fileiras do empregador público (em troca de um salário mais alto) diminuindo a pressão sobre os salários; enquanto que durante as recessões, os novos desempregados se inscreveriam no programa cobrando o salário mínimo (por um salário mais baixo) que seria um limite para a queda de preços⁹⁹. O pacote de benefícios adjunto também deveria ser ajustado periodicamente, para que pelo que não pressionaria os salários privados ao não competir com eles¹⁰⁰.

Além disso, deve-se acrescentar que o orçamento público aumentaria sua ação anticíclica, uma vez que o gasto público a ele associado (seu custo financeiro) aumentaria durante os períodos de recessão e diminuiria durante as expansões¹⁰¹.

Assim, se sob o padrão ouro, o governo ajusta sua política fiscal e monetária à manutenção de uma reserva de ouro, que foi determinada pelo referido padrão (ancorando as despesas que o Estado pode fazer), sob o modelo de trabalho garantido, o governo ajustaria a política fiscal e monetária da mesma maneira, mas não a sujeitando a um preço do ouro determinado convencionalmente, mas à exigência de gastos necessários para manter o conjunto do programa em funcionamento¹⁰².

⁹⁷ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", Op. Cit., p. 177. Mitchell, W. F., "The buffer stock employment model and the NAIRU: The path to full employment", Op. Cit.

⁹⁸ Wray, L. R., *Teoría monetaria moderna: manual de macroeconomía sobre los sistemas monetarios soberanos*, Op. Cit., p. 220

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Ibid.

¹⁰¹ Ibid. Wray, L. R., "An alternative view of finance, saving, deficits, and liquidity", *International Journal of Political Economy* 38, n° 4, 2009, p. 25-43, p. 21.

¹⁰² Mosler, W., "Full employment and price stability", *Journal of Post Keynesian Economics* 20 n° 2, 1997, p. 167-182, p. 13/19.

Portanto, o Estado continuaria operando, respeitando um padrão que ancoraria a quantidade de dinheiro colocada no mercado, mas não a sujeitando mais ao preço acordado de um metal, mas ao salário do programa de emprego, sobre o qual as forças do mercado alinhariam os demais preços e salários¹⁰³. Ou seja, o governo estabeleceria o salário do programa e deixaria a alocação do restante dos recursos no mercado, em um processo que se assemelharia, em grande forma, àquele que determina o valor relativo sob um padrão-ouro¹⁰⁴, mas sem grande parte de seus inconvenientes. Em suma, o programa de trabalho garantido transformaria "um paradigma baseado nos gastos com uma regra de quantidade, nos gastos com uma regra de preços"¹⁰⁵.

A idéia do Estado como empregador de último recurso não é nova, mas era inviável sob um tipo de câmbio fixo, como o imposto por um padrão metálico, que já não está mais em vigor. Isso não precisa significar um revés no controle da estabilidade de preços, mas, pelo contrário, um programa como o do trabalho garantido pode acomodar tanto a estabilidade quanto o fator de trabalho com grande eficiência¹⁰⁶.

4. A zona do euro e a garantia de emprego

4.1 A preponderância do controle da inflação na zona do euro

Com um processo de integração baseado principalmente nos componentes econômicos, o fim do padrão-ouro seria uma enorme inquietação para a Europa, o que resultaria em uma série de tentativas marcadas pela nostalgia. Concebido como uma área monetária auxiliar ao dólar e ancorada à estrutura alemã, o fim do sistema de câmbio fixo que inaugurou o *Nixon shock* conduziu o processo de integração a por em marcha uma série de tentativas de reconstrução do sistema do Bretton Woods a nível europeu, com uma volta à segurança do antigo sistema de mudanças fixas, que dava segurança ao comércio intracomunitário¹⁰⁷. Tal estratégia conduziria a colocar em

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ *Ibíd.*

¹⁰⁵ Mitchell, W. F., Mosler, W. B., "Fiscal policy and the job guarantee", *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper*, nº 441, 2001, p. 2. Muy acertadamente lo recoge Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La «teoría monetaria moderna»: una extensión de la economía política radical", *Op. Cit.*, p. 10.

¹⁰⁶ Mosler, W., "Full employment and price stability", *Journal of Post Keynesian Economics* 20 nº 2, 1997, p. 18-19.

¹⁰⁷ Arjona Sánchez, M. J., *La libertad de capitales en Europa: Una mirada constitucional sobre la red jurídica sobre la que se forjan y mueven los capitales en la era de la globalización*, *Op. Cit.*

marcha a serpente europeia substituída pela unidade de conta européia (o ECU) e cristalizaria no euro, concebido como um *proxy-gold*¹⁰⁸.

Como consequência, e na ausência de um Estado que a respalde (a União Europeia é uma organização supranacional com características estatais, mas de natureza internacional)¹⁰⁹, o euro seria concebido como uma moeda "forte", gerenciada como se o padrão ouro estivesse em vigor¹¹⁰. Sua taxa seria composta de regras diferentes que ignorariam qualquer especulação sobre a característica endógena do dinheiro; assim, se acordaria que a correção dos desequilíbrios seria realizada apenas através de salários e preços, o estabelecimento da estabilidade de preços se tornaria o principal objetivo da política monetária e se acordaria uma contenção dos déficits orçamentários de até 3% do ingresso anual do PIB nacional, com o compromisso de que o montante total da dívida pública não excedesse os 60% da renda anual do PIB e a exclusão de qualquer tipo de transferência entre os membros da União monetária¹¹¹.

O Banco Central Europeu, que culminaria com o Eurosistema, seria responsável pela execução da política monetária, mas seu objetivo único de "manter a estabilidade dos preços" (artigo 282 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia) o tiraria do modelo a copiar, o da Reserva Federal, para permanecer fiel à linha do componente principal do Eurosistema, o Bundesbank¹¹². A absoluta prioridade anti-inflacionária condenaria o BCE a ter muito pouca competência no restante das tarefas do banco central¹¹³, e reduziria sua obrigação de mera assistência de coordenação, mesmo que afirmasse sua influência.

A comparação com a experiência americana revelará algumas das fraquezas do BCE, que influenciarão decisivamente sua relação com o direito ao trabalho. Como na Europa, o banco central dos EUA será encarregado da política monetária, mas será por

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ Ibid.

¹¹⁰ Huerta de Soto, J., "En defensa del Euro: un enfoque austriaco (Con una crítica a los errores del BCE y al intervencionismo de Bruselas)", *Procesos de Mercado, Revista Europea de Economía Política*, Vol. IX, nº. 1, 2012, p. 1-27, p. 5.

¹¹¹ Pettifor, A., "Why the euro is the gold standard writ large – and like the gold standard, will fail", *Anne Pettifor Prime*, p. 8.

¹¹² Apel, E., *Central banking systems compared: The ECB, the pre-euro Bundesbank and the Federal Reserve System*, Routledge, 2003, p. 20-21.

¹¹³ "O Banco Central Europeu se comprometeu a levar a cabo e com efetividade todas as tarefas do banco central que lhe foram encomendadas. Para tal fim, nos esforçamos para alcançar o máximo nível de integridade, competência, eficiência e transparência". Scheller, H. K., *El Banco Central Europeo, Historia, Misión y Funciones*, Banco Central Europeo, 2006, p. 165.

delegação do Congresso (Lei da Reserva Federal de 1913) a quem constitucionalmente corresponde a regulamentação da quantidade e do valor do dinheiro (artigo 1º, seção 8 da Constituição dos Estados Unidos)¹¹⁴. A precisão é importante porque isso forçará a Reserva Federal a prestar contas de suas atividades ao Congresso, que pode efetivamente exercer o controle das políticas monetárias, com o ás em sua manga de poder estabelecê-las por lei¹¹⁵. Além disso, a própria Reserva Federal sempre foi capaz de escolher suas prioridades, como optar por preponderar as políticas de controle da inflação ou de promoção do emprego, uma vez que seus Estatutos não tinham um objetivo principal¹¹⁶.

Essa capacidade se explicitaria legalmente nos anos setenta, quando, em meio a fortes tensões inflacionárias, a *Federal Reserve Reform Act*, Seção 2 A, de 16 de novembro de 1977, estabeleceu que seus objetivos seriam os de "promover efetivamente os objetivos máximos de emprego, preços estáveis e taxas de juros moderadas a longo prazo", relacionando o controle da inflação com a promoção do emprego, algo proibido ao BCE. Além disso, o poderoso Comitê Federal de Mercado Aberto¹¹⁷ se mostrou relutante em adotar uma definição clara do que essa estabilidade de preços pretendia buscar, por temer que entrasse em conflito com o objetivo do mais alto nível de emprego que o Congresso pudesse promover¹¹⁸.

O caso britânico, seria ainda mais significativo; o país protagonista de grande parte do desenvolvimento do capitalismo, que evitaria sua entrada na zona do euro, evitou repetidamente estabelecer uma definição clara dos objetivos a serem perseguidos pelo Banco da Inglaterra, mantendo silêncio por escrito ou prestando-lhe uma ampla margem de discricção. Uma das tentativas de evitar esse consenso silencioso ocorreu em 1945, quando se tentou introduzir legalmente o objetivo de controlar o sistema bancário e de crédito nas divisas do Reino Unido, e manter e proteger o valor

¹¹⁴ Ibid., p. 40.

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Ibid.

¹¹⁷ «The Board of Governors of the Federal Reserve System is responsible for the discount rate and reserve requirements, and the Federal Open Market Committee is responsible for open market operations.» [“La Junta de Gobernadores del Sistema de la Reserva Federal es responsable de la tasa de descuento y los requisitos de reservas, y el Comité Federal de Mercado Abierto es responsable de las operaciones de mercado abierto.”.] Federal Reserve, "Federal Open Market Committee. About the FOMC", *Federal Reserve Web*. Disponible en Web (consulta 20 de mayo de 2017): <https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/fomc.htm>

¹¹⁸ Greenspan, A., "Statements to Congress", *Federal Reserve Bulletin*, 75, Washington, DC, 1989, p. 272–77. En: Scheller, H. K., *El Banco Central Europeo, Historia, Misión y Funciones*, Banco Central Europeo, 2006, p. 51

externo da libra esterlina; no entanto, a iniciativa não teve sucesso¹¹⁹. Como não o teve mais tarde, quando o Tratado de Maastricht estipulou que o objetivo primário, não apenas do BCE, mas de todos os bancos centrais da União Europeia (foram ou não parte da moeda comum) deveria ser a estabilidade de preços (Artigo 105.1 do Tratado e 2º do Estatuto), situação que não afetou o Reino Unido, ao ficar a margem, em virtude do Protocolo dos Vinte e Cinco¹²⁰.

No entanto, essa obrigação dos bancos centrais nacionais e do próprio Banco Central Europeu de antepor o controle da inflação sobre qualquer outra consideração como no emprego, não poderia ignorar a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, uma vez que adquiriu o mesmo valor dos tratados (a partir do Tratado de Lisboa). Na realidade, o esquecimento imperdoável só poderia ser desculpado pela separação entre a política monetária e a fiscal que caracterizava a filosofia que patrocinava a governança do Eurosistema¹²¹, segundo a qual nem a política monetária (nem os bancos centrais) pareciam dever se intrometer nas políticas de criação de empregos. No entanto, a política monetária não estaria apenas nas mãos do BCE, mas, devido aos seus poderes limitados como banco central¹²², o obrigariam a agir através de sua influência em sua assistência à coordenação entre Estados.

Essa situação levaria as políticas sociais a um certo dilema, que se deslocaria entre os padrões estabelecidos pelos tratados e os sistemas constitucionais dos Estados membros, que devia ser inexoravelmente respeitados pelas instituições e Estados membros, em função do Direito que aplicaram. Se o Banco Central Europeu tinha como único objetivo o controle da inflação de preços, o sistema como um todo (incluindo suas atividades como assistente) devia respeitar as obrigações na busca do “pleno emprego” estabelecido pelo Tratado da União Europeia ou o “alto nível de emprego”, de acordo com a nomenclatura usada pelo Tratado sobre o Funcionamento da União, sem esquecer as considerações feitas, apesar de sua fragilidade, na própria Carta de Direitos Fundamentais da União, com relação à Carta Social Europeia.

Essa obrigação de realizar um exercício contínuo de ponderação entre os diferentes objetivos econômicos a serem cumpridos e o complexo sistema multinível

¹¹⁹ Capie, F., *The Bank of England: 1950s to 1979*, Cambridge University Press, 2010, p. 35.

¹²⁰ Apel, E., *Central banking systems compared: The ECB, the pre-euro Bundesbank and the Federal Reserve System*, Op. Cit., p. 199.

¹²¹ Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La «teoría monetaria moderna»: una extensión de la economía política radical", Op. Cit., p. 1 y el resto.

¹²² Scheller, H. K., *El Banco Central Europeo, Historia, Misión y Funciones*, Op. Cit., p. 165.

de proteção do direito ao trabalho ao qual as diferentes instituições e Estados estariam sujeitos, mostraria suas delicadas deficiências quando a própria existência e a estabilidade de uma de suas conquistas mais preciosas, a união econômica e monetária, foi posta em risco durante a crise econômica de 2007, que mostraria a verdadeira relação entre as políticas de estabilização e o fator trabalho.

Até esse momento, essa difícil coabitação havia sido sorteada de forma muito imaginativa, com base no estabelecimento de um conjunto de medidas meramente exortativas que, na forma de recomendações, declarações de intenção e diretrizes, se apresentavam como uma “lei branda” cujo cumprimento não podia ser obrigatório para seus destinatários¹²³.

De fato, a crise exporia grande parte dos problemas estruturais da zona do euro, que tentariam ser aplacados por meio de uma série de medidas de emergência que levantariam os primeiros problemas relacionados aos direitos trabalhistas. Com base no artigo 136 do Tratado sobre o Funcionamento da União, as instituições europeias lançariam uma série de políticas de coordenação e supervisão para a disciplina orçamentária e para a orientação da política econômica dos estados da zona do euro. O Tratado sobre o Funcionamento da União ofereceria dois procedimentos, o do Artigo 121, relativo à coordenação das políticas macroeconômicas, e o Artigo 126, sobre a proibição, supervisão e punição de déficits excessivos. Apesar da linguagem usada em ambos os procedimentos, o que sugeria em todos os momentos que estaríamos na presença de uma *softlaw*, ou seja, com meras recomendações de que os Estados poderiam cumprir ou não, a realidade seria bem diferente.

No primeiro caso, o da coordenação macroeconômica, o Conselho, com base na posição da Comissão, poderia fazer recomendações a um Estado, se ele se afastasse das diretrizes (art. 121 1 e 2 do TFUE). Essas recomendações, mesmo com uma alarmante falta de publicidade (exceto decisão livre e expressa do Conselho), não deveriam ser, em princípio, mais do que meras indicações, que se tornariam, no entanto, obrigações autênticas, que restringiriam ou reduziriam os padrões nacionais de direitos trabalhistas (veja-se o Regulamento do chamado *Two Pack* - Regulamentos 472/2013 e 473/2013 -)¹²⁴.

¹²³ Threlfall, M., “The social dimension of the European Union: Innovative methods for advancing integration”, *Global Social Policy*, vol. 7, nº 3, 2007.

¹²⁴ Donaire Villa, F. J., “¿Los derechos en serio en la eurozona? Los recortes, las condicionalidades, la carta y el tribunal de justicia” *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 29, 1, 2018.

Do mesmo modo aconteceria com relação às medidas de controle do déficit. Apesar da aparente sujeição ao padrão nacional dos Estados na aplicação de sua lei, a implementação (para o cumprimento do Pacto de Estabilidade e Crescimento) de um programa de estabilidade, para os fins da supervisão multilateral periódica prevista no art. 121 do TFUE, incluiria restrições sociais dos Estados¹²⁵. Apesar da linguagem utilizada, estamos na presença de verdadeiras obrigações jurídicas, conforme evidenciado pela autorização ao Conselho, para que possa impor sanções aos Estados que não adotaram nenhuma medida efetiva obrigatória (art. 4. 1 e 2 do Regulamento 1173/2011, utilizando o artigo 6.2 do Regulamento 1466/1997, sempre baseado no artigo 136 do TFUE)¹²⁶. Assim, voltaria a se repetir com o mecanismo de alerta (Regulamento 1176/2011 sobre prevenção de correção de desequilíbrios macroeconômicos), caso em que a Carta seria mencionada, mas curiosamente não como um todo¹²⁷.

No contexto desses problemas, se encontraria uma renúncia ao financiamento funcional, uma política monetária uniforme e uma estrutura fiscal alérgica a uma política fiscal anticíclica (com restrições fiscais que não são acompanhadas por mecanismos de transferência - o chamado “*Six-Pack*” e o “*Two-Pack*” e o Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança) que vestiriam a zona do euro em uma verdadeira camisa de força, o que causaria um grande número de sacrifícios e com a qual praticamente se abandonaria uma política a favor do pleno emprego¹²⁸.

2.d O trabalho garantido na zona do euro

A ausência de um mecanismo automático de estabilização fiscal, como reconhecido pelos principais formuladores de políticas da UE¹²⁹, prendeu a periferia da zona do euro em um círculo vicioso de austeridade fiscal e desvalorização interna, que manteve a demanda interna por muito tempo deprimida, gerando um alto nível

¹²⁵ *Ibíd.*

¹²⁶ *Ibíd.*

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ Watts, M. J., Sharpe, T. P., Juniper, J., “The Job Guarantee and Eurozone Stabilisation”, p. 89-116, p. 89-90 en: Murray, M. J., & Forstater, M. (Eds.), *The job guarantee and modern money theory: realizing Keynes’s labor standard*, Springer, 2017.

¹²⁹ Watts, M. J., Sharpe, T. P., Juniper, J., “The Job Guarantee and Eurozone Stabilisation”, p. 89-116, p. 89-90 en: Murray, M. J., & Forstater, M. (Eds.), *The job guarantee and modern money theory: realizing Keynes’s labor standard*, Springer, 2017.

de desemprego e uma dinâmica perigosa da dívida, apesar de melhorias que parecem não se consolidar apesar do tempo transcorrido¹³⁰. A nostalgia do padrão ouro, a ausência de um Estado que garanta a moeda comum, a relutância em avançar para os mecanismos federais da dívida, além dos elementos ideológicos ligados a uma visão exógena do dinheiro (em qualquer uma de suas formas) acabaram construindo uma arquitetura deficiente da zona do euro, amplamente reconhecida, mesmo que não exista consenso sobre os aspectos deficientes.

A falta de consenso, a grande quantidade de interesses em jogo, a disparidade de opiniões sobre onde liderar as prioridades continuam atrasando as reformas reivindicadas pela doutrina e que afetam a forma de governança da zona do euro, a situação do Eurosistema e do próprio BCE como banco central, enquanto o próprio projeto europeu sofre de crescente ceticismo.

A União está agitada entre ser fiel às características do chamado modelo europeu ou continuar a garantir a estabilidade de sua principal moeda, o euro, com políticas rígidas de ajuste. A favor do primeiro impulso, não há nada mais ou menos do que grande parte de sua alma, o chamado modelo europeu, que tão bem caracterizou o velho continente (comparado a outros pólos do desenvolvimento econômico mundial tão diferentes entre si, como os Estados Unidos da América ou a República Popular da China) por alcançar um alto nível de emprego desenvolvido entre altos padrões de segurança e proteção social. Por outro lado, o esforço para manter uma política rígida de controle de preços que garanta uma economia sem fortes desequilíbrios e empurre sua moeda comum em termos ortodoxos.

No entanto, como indicamos, essa dicotomia não leva em consideração a acomodação necessária ao fenômeno monetário que nasceu após o *Nixon Shock*, antes do qual as repercussões da natureza convencional do dinheiro não podem mais ser adiadas. Desse modo, um plano de emprego garantido poderia ser estabelecido em um mecanismo de estabilização da zona do euro, que oferecesse uma alternativa eficaz, não apenas às dificuldades pelas quais está passando¹³¹, mas também ao seu próprio apego à sua estabilidade por meio de um mecanismo automático, que atue como uma âncora. Deve-se entender que a principal diferença desta proposta é que ela não teria

¹³⁰ Ibid., p. 95.

¹³¹ Watts, M. J., Sharpe, T. P., Juniper, J., "The Job Guarantee and Eurozone Stabilisation", Op. Cit., p. 89-90.

como objetivo aliviar os desequilíbrios de curto prazo, mas se tornaria um mecanismo permanente, que deveria ser integrado à arquitetura da União Econômica e Monetária¹³².

Um programa dessas características proporcionaria estabilidade macroeconômica, não apenas garantindo um emprego para cada cidadão com capacidade e vontade de trabalhar, mas também estabelecendo uma garantia de um salário mínimo, o que ancoraria a confiança de todos os consumidores e empresas, facilitando, diante de qualquer *shock* econômico, a restauração de balanços e o acesso ao crédito¹³³. Essa terra de custos econômicos e sociais reforçaria a resistência da União Econômica e Monetária, não apenas derivada de seus próprios problemas econômicos, mas também do contágio de qualquer instabilidade financeira ¹³⁴,, fortalecendo assim a confiança internacional no euro.

A chave para o trabalho garantido estaria em negar a escolha que está prevalecendo entre inflação e trabalho, para que o mandato de controle de preços confiado ao Banco Central Europeu não seja contrário às políticas para alcançar o pleno emprego estabelecido pelo Tratado de União Europeia e decorrem da atribuição dos Estados-Membros ao sistema de proteção dos direitos fundamentais da União, e, em particular, da Carta Social Europeia do Conselho da Europa. De fato, o oposto deve ser considerado: o pleno emprego seria insustentável sem um mecanismo eficaz de estabilidade de preços; algo que o “trabalho garantido” estaria em condições de promover¹³⁵.

O programa deveria ser levado a cabo no âmbito da zona do euro e ser financiado pela própria União através de sua política monetária, como uma forma de estabilização dessa zona, que, sem dúvida, garantiria sua coerência com o marco fiscal e com os procedimentos para a coordenação das políticas econômicas. Além disso, a participação dos Estados responsáveis, juntamente com suas administrações regionais e locais na execução do plano, evitaria a necessidade de criar novas estruturas sempre complexas para a União Europeia, sem impedir seu próprio escopo de ação com base em suas competências e próprio princípio da subsidiariedade.

¹³² Ibid., p. 99.

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Ibid.

¹³⁵ Ibid.

Por outro lado, no que se refere à política fiscal, sempre delicada na União, deve-se esclarecer que o programa de garantia de emprego não é um programa de transferência fiscal, nem pretende cancelar políticas fiscais discricionárias, como cortes de gastos, aumento de impostos ou políticas de estímulo, como o gasto em investimento público¹³⁶.

Também é interessante afirmar como frente a eventualidade de uma política macroeconômica mais estrita, seja por causas endógenas ou exógenas, devido ao aumento da inflação, os trabalhadores passariam do mercado de trabalho natural que se encontra inflado para o programa garantido, ajustando assim o diferencial de salários, permitindo ajustes inflacionários sem perda de emprego¹³⁷. Além disso, a respeito das regras estritas sobre a competência da União, deve-se esclarecer que o programa não competiria com o setor privado, uma vez que as autoridades públicas ao contratar mão de obra indesejada “comprariam mão de obra sem preço no mercado”, impedindo essa concorrência, não apenas com o setor privado, mas com o público atuando como empregador fora do programa¹³⁸. Por outro lado, e diante da revolução tecnológica que se aproxima, os programas de trabalho poderiam muito bem ser acompanhados de programas de treinamento associados à contratação, o que reduziria a atrofia das habilidades e os custos de treinamento no trabalho. Portanto, um aumento nos salários poderia ser melhor resistido pelos empregadores¹³⁹.

Por fim, parece indiscutível que as experiências históricas ainda parciais deveriam apoiar a idéia de apartar essa concepção da necessidade de suportar, como castigo divino, o chamado desemprego natural, baseado em uma correlação não suficientemente questionada entre pleno emprego e inflação, como mostram algumas experiências¹⁴⁰.

Bibliografia

Acemoglu, D. y Restrepo, P., “Robots and jobs: Evidence from US labor markets”, *National Bureau of Economic Research Working Paper*, No. 23285, March 2017.

¹³⁶ Ibid., p. 100-101.

¹³⁷ Ibid., p. 100

¹³⁸ Ibid., p. 99.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Desde o modelo corporativista sueco com o importante papel dos sindicatos, al parcial llevado a cabo en Argentina o los ya repasados da experiência do New Deal dos EUA. Véase Kaboub, F., "Employment guarantee programs: A survey of theories and policy experiences" Op. Cit.

Apel, E., *Central banking systems compared: The ECB, the pre-euro Bundesbank and the Federal Reserve System*, Routledge, 2003.

Arjona Sánchez, M. J., *La libertad de capitales en Europa: Una mirada constitucional sobre la red jurídica sobre la que se forjan y mueven los capitales en la era de la globalización*. Diss. Universidad de Granada, 2017.

Avelãs Nunes, António. "O keynesianismo e a contra-revolução monetarista", Lisboa, Página a Página - Divulgação do Livro, 2016.

Betten, L., "European Social Charter", *Neth. Q. Hum. Rts.*, vol 6, 1988, p. 69 – 82, p. 70

Capie, F., *The Bank of England: 1950s to 1979*, Cambridge University Press, 2010.

Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "El dinero en la historia del pensamiento económico: la teoría monetaria post-keynesiana y su confrontación con la ortodoxia", *Iberian Journal of the History of Economic Thought*, vol. 3, nº 1, 2016, p. 27-41

Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La concepción del «dinero moderno» y su contribución a un nuevo marco político monetario-fiscal", *Revista de Estudios Políticos*, nº 181, 2018, p. 167-186.

Cruz Hidalgo, E., Parejo Moruno, F. M., "La «teoría monetaria moderna»: una extensión de la economía política radical", *DT-AEHE*, nº 1704, junio 2017

Desan, C. A., "Money as a legal institution", *David Fox and Wolfgang Ernst, 'Money in the Western Legal Tradition*, 2015, p. 13-34.

Donaire Villa, F. J., "¿Los derechos en serio en la eurozona? Los recortes, las condicionalidades, la carta y el tribunal de justicia", *Revista de derecho constitucional europeo*, nº 29. 1, 2018.

European Commission, "Towards a stronger international role of the euro", *European Commission*, 5 december 2008

European Commission, "Commission Recommendation on the international role of the euro in the field of energy", *European Commission*, 5 december 2008.

Federal Reserve, "Federal Open Market Committee. About the FOMC", *Federal Reserve Web*. Disponible en Web (abril 2019): <https://www.federalreserve.gov/monetarypolicy/fomc.htm>

- Forbath, W. E., "The Constitution and The Obligations of Government to Secure. The Material Preconditions For A Good Society: Constitutional Welfare Rights: A History, Critique and Reconstruction". *Fordham L. Rev.*, n° 69, 2001, p. 1821-1892
- Fiorito, A., "Finanzas funcionales en economías abiertas", *Estudios Latinoamericanos*, vol. 1, n° 30, 2012, p. 99-115.
- Friedman, M., "Nobel lecture: inflation and unemployment." *Journal of political economy*, vol. 85 n° 3, 1977, p. 451-472.
- Garzón, E., "Metallism and Chartalism: a proposal for reconciliation" en: *First European Modern Monetary Theory Conference*, Berlin, 2th February 2019.
- Greenspan, A. "Statements to Congress", *Federal Reserve Bulletin*, 75, Washington, DC, 1989, p. 272-77. En: Scheller, H. K., *El Banco Central Europeo, Historia, Misión y Funciones*, Frankfurt, Banco Central Europeo, 2006.
- Harvey, P., "Human rights and economic policy discourse: taking economic and social rights seriously", *Columbia human rights law review*, vol. 33, 2001, p. 363-471
- Harvey, P., *Securing the right to employment: Social welfare policy and the unemployed in the United States*. Vol. 1030. Princeton University Press, 2014.
- Huerta de Soto, J., "En defensa del Euro: un enfoque austriaco (Con una crítica a los errores del BCE y al intervencionismo de Bruselas)", *Procesos de Mercado, Revista Europea de Economía Política*, Vol. IX, n° 1, 2012, p. 1-27, p. 5.
- Juniper, J., Mitchell, W. F., *There is no financial crisis so deep that cannot be dealt with by public spending*. Centre of Full Employment and Equity, University of Newcastle, 2008.
- Kaboub, F., "Employment guarantee programs: A survey of theories and policy experiences", *The Levy Economic Institute Working Papers*, n° 498, May 2007.
- Lerner, A. P., *Economics of control: Principles of welfare economics*, Macmillan and Company Limited, New York, 1944 (Six printing 1952).
- Lerner, A. P., *Economía del pleno empleo* (No. 331/L61eE), 1957.
- Mitchell, W. F., "The buffer stock employment model and the NAIRU: The path to full employment." *Journal of Economic Issues* 32, n° 2, 1998, p. 547-555.
- Mitchell, W. F., Mosler, W. B., "Fiscal policy and the job guarantee", *Centre for Economic Policy Research Discussion Paper*, n° 441, 2001.
- Mitchell, W. F., Wray, R., Watts, M., *Modern monetary theory and practice: an introductory text*. Centre for Full Employment and Equity, 2016.

Minsky, H. P., *Stabilizing an unstable economy*, Mc Graw Hill, 1986.

Mosler, W., "Full employment and price stability", *Journal of Post Keynesian Economics* 20 n° 2, 1997, p. 167-182.

Pettifor, A., "Why the euro is the gold standard writ large – and like the gold standard, will fail", *Anne Pettifor Prime*.

Phillips, A. W. H., "The Relation Between Unemployment and the Rate of Change of Money Wage Rates in the United Kingdom, 1861–1957 1", *economica* vol. 25, n° 100, 1958, p. 283-299.

Phillips, A. W. H., "Employment, inflation and growth", 1962, p. 1-16.

Polany, K., *The great transformation. The political and economics origins of our time*, New York: Farrar & Rinehart, 1944.

Roof, T., *American labor, congress, and the welfare state, 1935–2010*. JHU Press, 2011.

Ricardo, D., *Principles of political economy and taxation*, Kitchener (Ontario - Canada), Batoche Books, 2001 (First Edition 1812).

Sanz Caballero, S., "The European Social Charter as an instrument to eradicate poverty: failure or success", *Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n° 64/65, 2008, p. 157-170.

Scheller, H. K., *El Banco Central Europeo, Historia, Misión y Funciones*, Frankfurt, Banco Central Europeo, 2006.

Sunstein, C., *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution--And Why We Need It More Than Ever*. Basic Books, 2009.

Tcherneva, P. R., "Reorienting fiscal policy: A bottom-up approach", *Journal of Post-Keynesian Economics*, n° 37, 1, p. 43-66, p. 54.

Threlfall, M., "The social dimension of the European Union: Innovative methods for advancing integration", *Global Social Policy*, vol. 7, n° 3, 2007.

Tobin, J., "Inflation and unemployment", *Essential Readings in Economics*, London, Palgrave, 1995, p. 232-254.

Varoufakis, Y., *The global minotaur: America, Europe and the future of the global economy*. Zed Books Ltd., 2015

Watts, M. J., Sharpe, T. P., Juniper, J., "The Job Guarantee and Eurozone Stabilisation", p. 89-116, p. 89-90 en: Murray, M. J., & Forstater, M. (Eds.), *The job*

guarantee and modern money theory: realizing Keynes's labor standard, Springer, 2017.

Wray, L. R., "Understanding modern money." *Edward Elgar, Cheltenham UK, Northampton Massachusetts USA*, 1998.

Wray, L. R., *Teoría monetaria moderna: manual de macroeconomía sobre los sistemas monetarios soberanos*, Lola Books, 2015.

Wray, L. R., "An alternative view of finance, saving, deficits, and liquidity", *International Journal of Political Economy*, 38, nº 4, 2009.

22. ASSISTÊNCIA MÉDICA PARA IMIGRANTES REQUERENTES DE PROTEÇÃO. UM DIREITO UNIVERSAL A SAÚDE?¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-22>

María Dolores Requena de Torre²

Resumo

De acordo com a observação nº 14 do Comitê de Assuntos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde é um direito humano fundamental e indispensável ao exercício de outros direitos humanos. É por isso que todo ser humano tem o direito de disfrutar do mais alto nível de saúde possível que lhe permita viver com dignidade. Na mesma linha, este direito é reconhecido a cada pessoa no artigo 25 da DUDH, o artigo 12 do PIDESC e artigo 35 CDFUE. Apesar disso, a atual crise migratória, somada a sequele da ainda recente crise econômica, pôs em discussão a reconhecimento desse direito, subordinando-o ao pagamento de assistência a certos grupos, incluindo aquele que nos preocupa aqui: imigrantes irregulares. Embora seja verdade que tanto estes como os requerentes de proteção internacional têm a garantia de assistência de emergência, o que pretendemos examinar aqui é como essa limitação, que se beneficia da natureza complexa desse direito, coloca em questão algo ainda mais sério: a dignidade das pessoas. Revisamos para isso a controversa sentença 139/2016 do Tribunal Constitucional espanhol e terminamos com uma última abordagem com uma estreita relação: o direito à proteção da saúde pode atuar como um limite para a expulsão de um imigrante?

Palavras-chave: Assistência médica, saúde universal, imigrante, Real Decreto-Lei 16/2012, STC 139/2016.

¹ Traduzido por Eduardo Bonamigo, PPGD UNOESC

² Mestranda da Universidade de Granada. E-mail: lolarequena@correo.ugr.es

Introdução: crise migratória e crise de valores

Afirmava Monereo Pérez, que desde a última grande guerra, nunca se questionou tão diretamente e frontalmente os princípios e valores que subjazem e cristalizam os direitos humanos³. Nos últimos anos, a Europa viveu duas grandes crises: a primeira, uma devastadora crise econômica sem precedentes, e a segunda, uma crise migratória que, sobretudo a partir de 2015, ultrapassou a União Europeia com uma normativa que não estava preparada para isso.

Ambas as crises tiveram consequências muito semelhantes: um aumento da tensão entre os Estados-Membros, o questionamento dos valores fundamentais da União e, em grande medida, se colocou em dúvida que exista uma verdadeira "Comunidade do Direito".

Sem dúvida, todo o sofrimento provocado pela crise econômica e pelas medidas de economia influenciou no tratamento dado a imigrantes e requerentes de proteção internacional. Nesse sentido, a crise do Estado social, prova ou consequência da crise econômica, tem uma de suas maiores manifestações na gestão pela União Europeia e pelos seus Estados-Membros desta grave crise humanitária que supõem os movimentos migratórios massivos dos últimos anos. A decepcionante recepção dessas pessoas por um sistema mais próprio de uma Comunidade Econômica que de uma Comunidade de Direito evidencia um falso dilema que já se instalou em uma parte importante da população europeia, e que parece apresentar a imigração como uma encruzilhada entre o humanitário e o pragmático⁴. Um dilema que se estende as garantias de nossos direitos a imigrantes e refugiados em detrimento de nossa segurança e bem-estar. No entanto, o que realmente assistimos é um desmantelamento do âmbito de reconhecimento e da garantia de direitos humanos⁵. Um desamparo que é o resultado de uma mudança na lógica governante que desde o fim da Segunda Guerra Mundial tratava de ser uma lógica inclusiva para passar a ser agora de exclusão ou, para o tema que nos ocupa, de expulsão.

³ Monereo Pérez, J.L y Triguero Martínez, L.Á. (Dir. Y Coord.): "Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico- jurídico y de política del Derecho". Comares, 2016. P.12

⁴ De lucas, Javier : "Mediterráneo, Fosa De Inmigrantes, Refugiados Y Del Proyecto Europeo (Conferencia Magistral en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNAM, México 12.08.2016). Disponível em: <http://lucasfra.blogs.uv.es/2016/08/19/mediterraneo-fosa-de-inmigrantes-refugiados-y-del-proyecto-europeo-conferencia-magistral-en-la-facultad-de-ciencias-politicas-y-sociales-unam-mexico-12-08-2016/>

⁵ Ruiz Jiménez, I. Entrevista en la revista digital Agora,

A proteção judicial eficaz, o acesso à saúde, à liberdade, à educação ou à reunificação familiar são apenas alguns dos direitos que estão sendo questionados tanto pelas práticas dos diferentes Estados como pelas propostas de reforma do SECA (Sistema Europeu Comum de Asilo), reafirmando o que Hannah Arendt disse no século passado, que o direito ao asilo se configurou em um direito a ter direitos; e é que, enquanto não se conceder asilo ou proteção subsidiária, ou que se decida pelo seu regresso, milhões de pessoas, incluindo crianças, vivem em campos de refugiados, em centros de internamento, ou na própria rua, visto que em muitos casos, vendo a maioria de seus direitos básicos sendo ignorados, sendo privados da liberdade ao serem tratados como criminosos, cujo único crime tem sido a busca pela sobrevivência.

Isto porque a política da UE em matéria de migração dirigida as nacionalidades de países de terceiro mundo condiciona certos direitos dos migrantes ao reconhecimento de asilo ou a proteção subsidiária. Desta forma, acontece com as pessoas cujo destino ainda não foi decidido pelo Estado receptor, que seus direitos fundamentais são ignorados, ou relegados a uma espécie de limbo que, mesmo submetendo-se à jurisdição de um Estado membro, este não se encarrega de por causa de sua situação de "irregulares", ficando o reconhecimento daqueles direitos por parte do Estado em situação de pendência, dependendo de se reconhecer a proteção e, por conseguinte, os direitos, ou, pelo contrário, de acordar sua expulsão.

Este trabalho enfoca o direito à saúde (ou proteção à saúde) que, segundo o Relator Especial das Nações Unidas, "impõe aos Estados obrigações de efeito imediato que se sobrepõem. Entre elas se incluem obrigações imediatas de não discriminar e de tomar medidas, a obrigação de garantia básica dos níveis mínimos essenciais do direito, e as obrigações de respeitar e proteger. As obrigações imediatas estão fora do escopo do artigo 2 do Pacto Internacional sobre Desenvolvimento Econômico, Social e Cultural. As obrigações básicas são o nível mínimo essencial de um direito e elas não são realizadas de modo progressivo. As obrigações de respeitar e proteger são similares as obrigações em virtude do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de respeitar e garantir (porque o dever de garantir inclui o dever de proteger), que são indiscutivelmente judiciáveis. Estas obrigações de efeito imediato podem depender, de fato, dos recursos para sua aplicação. (...) (Mas) mesmo que uma obrigação de efeito

imediatamente dependa de recursos, o Estado não pode usar a falta de recursos como uma defesa ou desculpa para não cumprir a obrigação".⁶

Apesar disso, e como será percebido ao longo deste trabalho, a garantia deste direito tem sido subordinada a critérios econômicos nos últimos anos, sacrificando uma parte dos grupos mais vulneráveis: imigrantes em situação administrativa irregular e requerentes de proteção internacional. Uma prova a mais da penosa situação que sofrem estas pessoas quando chegam a Europa pode ser resumida na fórmula onomatopéica formulada por Javier de Lucas, "vás aonde vás, cercas".⁷

Assistência médica: um direito a saúde? Precisações terminológicas

Devemos começar esta seção com cautela sobre a denominação a ser usada no mesmo: o artigo 43 da Constituição espanhola, que está dentro do Capítulo III do Título I, sob a declaração "dos princípios orientadores da política social e econômica" tem um conteúdo amplo e uma natureza complexa. Este preceito reconhece o direito à proteção da saúde (Artigo 43.1); declara que cabe às autoridades públicas organizar e proteger a saúde pública através de medidas preventivas, das prestações e serviços necessários comum mandato ao legislador para que se estabeleçam os direitos e deveres de todos (art. 43.2); e indica que as autoridades públicas promovem a educação em saúde, educação física e esporte, facilitando o uso adequado do tempo livre (Artigo 43.3).

Como observamos anteriormente, sua natureza é complexa quando situada no Capítulo III. A nível internacional, a saúde está prevista em numerosos textos como um direito universal. Assim, artigo 35 da CDFUE; o Artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; ou artigo 12 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No entanto, na Espanha, a colocação pelo Constituinte do "direito de proteção à saúde", no capítulo III, diferencia-o intencionalmente dos direitos civis e políticos e direitos fundamentais, colocando-o como "Princípio orientador", consagrando o que alguns autores chamaram de desvalorização jurídica dos direitos

⁶ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas. Documento A/69/299, de 11 de agosto de 2014,. P.5. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/69/299>

⁷ De Lucas Martín, F. Javier: "Los refugiados en la era de Trump. Un problema político, no una crisis humanitaria" En: Ciclo Europa fortaleza. Fronteiras, valados, exílios, migracións. (2017). Em: http://consellodacultura.gal/mediateca/extras/Texto_javier_de_lucas_maquetado-DEFIN.pdf

sociais própria das constituições liberais.⁸

A delimitação da natureza desse direito não é objeto deste trabalho. Por agora basta dizer que a proteção à saúde é um direito de prestação, não fundamental. Acontece, então, que a proteção reforçada que merece é concedida apelando para o princípio da dignidade da pessoa, não só como suposta condição de fundação dos direitos; mas também para contribuir para a sua definição e reconhecimento, bem como iluminar a criação ou descoberta de novos espaços jusfundamentais⁹. E não só com dignidade, mas pela dificuldade em especificar esse conceito, o direito à saúde foi vinculado intimamente com o artigo 15 CE, isto é, o direito à integridade física. É tal a confluência entre os dois preceitos que, muitas vezes, traz prejuízos ou riscos relevantes para este que foi objeto do procedimento de amparo pela conexão com o direito fundamental do artigo 15.¹⁰

Um direito universal? Comentário à STC 139/2016

Em 2012, foi aprovado o *Real Decreto-Lei 16/2012, de 20 de abril*¹¹, de medidas urgentes para garantir a sustentabilidade do Sistema Nacional de Saúde e melhorar a qualidade e a segurança de seus benefícios (doravante, RDL). Entre as modificações incluídas na norma se encontra a exclusão como “assegurado” daquelas pessoas estrangeiras não membros da UE sem autorização da residência. Para estes imigrantes em situação irregular a assistência médica gratuita ficou limitada ao tratamento de urgência ou de doença grave até a alta médica e a assistência a gravidez, parto e pós-parto; e aos menores estrangeiros de 18 anos o direito à assistência médica nas mesmas condições que a dos espanhóis.

Não se pretende aqui analisar a RDL, nem a reação das Comunidades Autônomas ante isso. Nos basta dizer que nove comunidades aplicaram, de forma diversa, tal exclusão a estrangeiros em situação irregular; Aragão, Ilhas Baleares, as

⁸ Martínez de Pisón, J. “El derecho a la salud: un derecho social esencial” em: *Derechos y libertades*. Núm. 14. Enero 2006. Pp. 129-150.

⁹ Porras Ramírez, José M.: “Eficacia jurídica del principio constitucional de la dignidad de la persona”. Em: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIV (2018). P. 214.

¹⁰ Santiago Redondo, K. “Comentario al artículo 43 de la Constitución” em: *Comentarios a la Constitución Española*. Tomo I. Conmemoración del XL aniversario de la Constitución (Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrery M. y Casa Baamonde M.E Dir). P. 1345.

¹¹ Real Decreto que havia sido revogado pelo Real Decreto Lei 7/2018, de 27 de julho, sobre o acesso universal ao Sistema Nacional de Saúde.

Ilhas Canárias, Cantábria, Castela-Mancha e Múrcia aplicaram-na de forma rigorosa e outro grupo de Comunidades formado por Castela e Leão, Comunidade de Valencia, Galiza e Navarra permitiram a atenção aos estrangeiros irregulares no mínimo estabelecido. Finalmente, um grupo minoritário formado pela Andaluzia, Astúrias, a Catalunha e o País Basco rejeitaram a sua aplicação desde o início.¹²

O que nos interessa é a resposta que deu o Tribunal Constitucional a esta medida limitativa e excludente, num contexto de crise econômica. Assim, em 2016, o Tribunal Constitucional resolveu o recurso de inconstitucionalidade pelo Parlamento de Navarra contra esta medida de exclusão. A controversa sentença 139/2016 rejeitou o motivo e por isso foi encaminhada à jurisprudência CJEU, alegando que o artigo 35 da CDFUE refere-se ao direito de pessoa para cuidados de saúde, nas condições estabelecidas pelas legislações e práticas nacionais; o que implica aceitar a prática confirmada pelo Tribunal de Justiça para observar a regularidade da residência do imigrante para delimitar o acesso a certos benefícios sociais para salvaguardar a necessidade das finanças do Estado de acolhimento (STJUE, Sala Primeira, 14 de junho de 2016, e doutrina ali citada).

Em seu julgamento, o Tribunal afirmou, com base em uma jurisprudência consolidada, que “a natureza do direito à saúde como princípio orientador não implica que o art. 43 CE constitua uma norma puramente programática, desprovida de conteúdo, sem referências que a informam, especialmente em relação ao legislador, que deve configurá-la em virtude do configurá-lo sob o mandato do art. 43.2 CE para que estabeleça os benefícios necessários para proteger a saúde pública”. E ele continuou assegurando a universalidade do direito à proteção da saúde e aos cuidados de saúde, que, segundo o Tribunal, implica o acesso aos serviços públicos de saúde enquanto ninguém pode ser excluído do direito de ser atendido. No entanto, se insiste na sentença da “falta de identidade entre o direito de acesso universal ao sistema público de saúde daquele “todo” do art. 43 CE, com que o acesso à saúde pública inclui o benefício de um regime específico de benefícios de saúde gratuitos ou subsidiados a cargo de fundos públicos”.

Com base nesta diferenciação, o Tribunal reconhece que os poderes públicos devem garantir a proteção da saúde organizando as prestações e serviços necessários. No entanto, isso não implicaria que estas devam ser gratuitas para todos os seus

¹² Solanes Corella Á. “La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica”

potenciais destinatários devendo ser a legislação a que determine o alcance dessa gratuidade, de acordo com as exigências decorrentes das circunstâncias em mudança, respeitando os limites constitucionais. Pois, encontrando-se o artigo 43^o CE no Capítulo III do Título I da Constituição, o Tribunal insistiu em recordar o inerente componente de flexibilidade que caracteriza o quadro constitucional e que confere ao legislador uma ampla margem de configuração.

Neste sentido, a universalização legislativa proclamada no quadro normativo preexistente é considerada pelo TC simplesmente como um objetivo a alcançar que, em todo caso, deve atender às circunstâncias e, em particular e de forma notável, as circunstâncias econômicas. De acordo com o Tribunal, a universalidade como direito de acesso e a sua correlativa obrigação dos serviços de saúde do Sistema Nacional de Saúde de atender aos usuários não pode ser confundida com um direito à gratuidade nas prestações e nos serviços de saúde, pois isso não decorre de forma imediata da Constituição espanhola.

Em relação às alterações do regime de cuidados de saúde aos estrangeiros registrados sem autorização de residência, o Tribunal justificou a exclusão ao considerar que o direito à proteção da saúde não é um direito inerente à dignidade humana que, por conseguinte, deve corresponder igualmente a espanhóis e estrangeiros, mas que faz parte de um grupo de direitos que pertencerão ou não aos estrangeiros, conforme o disponham os tratados e leis.

O Tribunal parece ter identificado este direito à proteção da saúde como um direito prestacional de plena configuração legal de tal forma que “para além de rejeitar uma vinculação entre a vocação universalista presente no artigo 43 CE como um direito incondicionado à gratuidade das prestações, a sentença não fornece qualquer orientação interpretativa ulterior que determine constitucionalmente o que deve ser entendido ou entendido como acesso universal. Na prática, por tanto, parece inferir-se que a universalidade terá o conteúdo que o legislador (ordinário ou de urgência) confie a tal conceito em cada momento”.¹³

O que parece ignorar esta falha, e a Diretiva 2013/33, relativa às regras de acolhimento dos requerentes de proteção e que será discutida posteriormente, é que este direito de prestação, inspirado nos princípios de “igualdade material” e de “justiça

¹³ Sobrino Guijarro, I: “Contenido Constitucional del Derecho a la protección de la salud a la luz de la stc 139/2016” En: *Ius et scientia* 2017. Vl. 31 n^o1. Pp. 79-88. P. 85.

distributiva” (art 9.2 CE), enquanto componentes essenciais de um Estado que se autoqualifica como social e democrático de direito (art. 1.1 CE), responde ao fim constitucional de garantir a todos uma “digna qualidade de vida”. Daí que o Estado se dote das competências e instrumentos necessários para satisfazê-los, em benefício especial daqueles que inicialmente não se encontram em condições de acessar por si mesmos aos bens e serviços que pressupõem. Razão pela qual cabe ao Estado intervir tomando todas as medidas que considere necessárias para assegurar, aos que as precisem, as “oportunidades de liberdade”, ou seja, as condições necessárias de existência digna que não podem alcançar por si só¹⁴. Esta é a principal utilidade do princípio da dignidade humana; dotar de pleno reconhecimento os direitos de prestação, mal intencionalmente desprotegidos; enquanto que, desde que apelamos à dignidade humana, não pode haver discriminação entre seres humanos, seja por nacionalidade, por condição social ou por situação administrativa irregular.

Muito interessante é a reflexão de A.M. Marcos, ao questionar-se que sentido tem reconhecer outros direitos fundamentais aos estrangeiros, como o direito de reunião ou de associação, se a impossibilidade de acesso ao sistema de saúde reduz as suas capacidades físicas e psíquicas para aceder a esses direitos.¹⁵ A saúde configura-se assim como uma condição de viabilidade para o exercício de suas liberdades¹⁶; e ao estabelecimento de um sistema público e de acesso universal é, portanto, uma garantia para salvaguardar a dignidade humana, pois, nas palavras do Tribunal Constitucional, a dignidade é o “*mínimum invulnerable* que qualquer estatuto jurídico deve assegurar, de modo que as limitações impostas ao gozo de direitos individuais não impliquem um menosprezo para a estima que, enquanto ser humano, merece a pessoa” (STC 57/1994 de 28 de fevereiro, FJ.3^o)¹⁷. E, ainda, o TC nos Autos 239/2012, de 12 de dezembro, 114/2014 de 8 de abril e 54/2016 de 1 de março em referência à inconstitucionalidade de uma norma, precisamente pela violação da universalidade, “pondera a proporcionalidade das medidas estabelecidas com o seu impacto no artigo 43 da CE, fazendo referência ao interesse geral da sustentabilidade financeira do sistema de

¹⁴ Porras Ramírez, José M. Op cit.(2018). P. 215.

¹⁵ Marcos del Cano, A.M. “El derecho a la protección de la salud: delimitación y alcance en el contexto actual” en El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral”. Marcos del Cano, A.M. (dir.) Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Dykinson. 2017.

¹⁶ Cárcar Benito J.E : “Una reflexión sobre el derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y universal con financiación pública”. UNED. Revista de Derecho UNED, núm. 18, 2016

¹⁷ Marcos del Cano, A.M. Op. Cit.

saúde público e às reduções econômicas decorrentes destas medidas e, pelo outro, os danos que possam ser causados na saúde pública e em indivíduos específicos.”¹⁸

Não obstante, o Tribunal considerou que a manutenção da assistência de emergência e da gravidez salvaguarda o conteúdo essencial do direito, o mandato imperativo de prestação dos poderes públicos do artigo 43º CE e os compromissos decorrentes dos Tratados internacionais.¹⁹ No entanto, é mais do que questionável que esse julgamento necessário de proporcionalidade que exigia o caso, ao que nos referimos antes, e no qual se baseavam as críticas da advogada do Parlamento Navarro e em torno ao qual giram os Votos Particulares.

Nesta linha, a sentença do Tribunal Constitucional 236/2007 estabelece uma doutrina consolidada segundo a qual, as condições de exercício que o legislador estabelece em relação aos direitos dos estrangeiros “só serão constitucionalmente válidas se, respeitando o seu conteúdo essencial, se destinarem a preservar outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos e guardarem adequadamente com a proporção dependente da finalidade pretendida”²⁰. No entanto, o Tribunal apenas menciona a proporcionalidade uma vez: no Fundamento Jurídico 10, e na ausência de uma maior explicação dessa consideração limita-se a afirmar que “a norma examinada não responde a uma opção arbitrária, mas à preservação de bens ou interesses constitucionalmente protegidos como a manutenção do sistema de saúde público (...) observando-se na distinção entre estrangeiros com autorização de residência e os que dela não dispõem, com a proporcionalidade adequada...”²¹.

Votos individuais

Perante a depressiva falha, a sentença recebeu dois votos individuais que, entre

¹⁸ Marcos del Cano, A.M. Op. Cit. A autora se remete ainda para o argumento utilizado pelo Tribunal Constitucional para levantar a suspensão do decreto impugnado do País Basco que entendia a cobertura sanitária dos imigrantes irregulares. De acordo com o FJ. 5, “Tendo em conta a concretização dos prejuízos decorrentes do levantamento ou da manutenção da suspensão efetuada pelas partes, bem como a importância dos juro em jogo e apreciando este Tribunal que o direito à saúde e o direito à integridade física das pessoas afetadas pelas medidas impugnadas, bem como a conveniência de evitar riscos para a saúde do conjunto da sociedade, têm uma importância singular no quadro constitucional, que não pode ser desvirtuada pela mera consideração de uma eventual economia financeira que não pôde ser concretizada, entendemos que se justifica o levantamento da suspensão da vigência dos preceitos relativos à ampliação do âmbito sujeito do direito a aceder à assistência sanitária pública e gratuita”. Um pronunciamento ignorado na STC 139/2016.

¹⁹ Sobrino Guijarro, I. Óp. Cit.

²⁰ Sobrino Guijarro, I. OP. Cit.

²¹ Sobrino Guijarro, I. OP. Cit.

as diferentes motivações pelas quais discordavam da decisão da maioria, salientavam precisamente a desproporcionalidade da medida, principalmente por não ser coerente com o seu fim e por se dirigir a um coletivo particularmente vulnerável tanto pela sua condição administrativa como pela sua situação econômica.

O primeiro voto, subscrito pelo Magistrado D. Fernando Valdés Dal-Re, parte por questionar o uso do Real Decreto-Lei, do qual se entende que nem se justificou o orçamento de extraordinária e urgente necessidade; nem respeitou os limites materiais do artigo 86.1 do Tratado CE.

Neste sentido, o Magistrado questiona o argumento dado na Sentença segundo o qual o direito à saúde, dada a sua localização sistemática na Constituição “não possui as características de direito cuja regulamentação por Decreto-Lei impede o artigo 86.1” (FJ 6). Pelo contrário, o Magistrado Válde Dal-Ré considera que a proibição de afetação longe de definir um domínio vedado à atividade legislativa do Governo tem uma função de servir de limite interno tanto da estrutura da norma como do conteúdo normado pela disposição legal com carácter de urgência. Além disso, o raciocínio do Tribunal neste ponto obviaria as duas ideias básicas que contribuíram para a consolidação da noção de direitos *tout court*, ou seja, a indivisibilidade de todos os direitos, independentemente do seu conteúdo e da conexão e instrumentalidade de certos direitos ou princípios constitucionais “não fundamentais” em respeito a outros que o são por se situarem no capítulo II do título I.

Nessa linha argumentativa, o Magistrado parte de uma comparação entre o direito à tutela judicial efetiva, e o direito ao apoio judiciário gratuito, cuja titularidade foi reconhecida aos estrangeiros independentemente do seu estado jurídico com base nessa ligação instrumental (STC90/2015). Por conseguinte, e no mesmo sentido, também o direito à saúde do artigo 43 CE desenvolve uma relação de Instrumentalidade com um direito fundamental, o direito à vida e à integridade física e moral do artigo 15 CE. Uma ligação instrumental que já tem sido reiteradamente assinalada pelo Tribunal Constitucional e pelo TEDH e que permite concluir que os direitos dos cidadãos reconhecidos no Título I CE são afetados por um Decreto-Lei que afeta diretamente a saúde. E, por tanto, o Real Decreto-Lei devia respeitar o limite material de não afetação dos elementos essenciais.

Não ocorreu assim, e o próprio preâmbulo da norma dá prova disso desde o momento em que afirma que “as medidas que se aplicam no presente Real Decreto-

Lei tem como objetivo fundamental uma reforma estrutural do Sistema Nacional de Saúde”. E que confirma um exame das modificações introduzidas como a modificação do âmbito subjetivo e objetivo.

Mas mesmo que se afirme que se fez um uso adequado do Decreto-Lei, o raciocínio mais importante para o tema que nos ocupa é: o legislador pode excluir um coletivo de um sistema universal e gratuito (mesmo que seja uma gratuidade relativa) cujo objetivo é assegurar um direito adequado à saúde? Além disso, pode essa exclusão de um coletivo basear-se na sua nacionalidade ou mesmo na sua condição administrativa ligada à residência legal? O Tribunal, no acordo da maior parte da clássica divisão tripartida em matéria de titularidade e exercício dos direitos dos estrangeiros em Espanha e segundo o qual o legislador pode estabelecer restrições e limitações a alguns direitos, no entanto a STC 236/2007 já observou que “esta possibilidade não é incondicionada na medida em que não poderá afetar aqueles direitos imprescindíveis para a garantia da dignidade humana que, conforme o art. 10.1 CE, constitui fundamento da ordem política espanhola” nem, adicionalmente, “ao conteúdo delimitado pelo direito, a Constituição ou os tratados internacionais subscritos pela Espanha”. Além disso, “a liberdade do legislador também é restringida na medida em que as condições de exercício que estabelece em relação aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha só serão constitucionalmente válidas se, respeitando seu conteúdo essencial (Art. 53.1 CE), visem preservar outros direitos, bens ou interesses constitucionalmente protegidos e guardam adequada proporcionalidade com a finalidade perseguida” (STC 236/2007 FJ 4).

Em suma, e tal como defende o Magistrado Valdés Dal-Ré, para determinar se a exclusão dos imigrantes sem autorização de residência do sistema público de saúde é compatível com o reconhecimento do direito à saúde, é mais razoável admitir que, podendo ser introduzidos limites ao exercício dos direitos, é necessário que os mesmos estejam previstos na lei, sejam necessários numa sociedade democrática e sejam proporcionais ao fim que pretendem, conforme estabelecido na base jurídica 4 da STC 236/2007. Uma proporcionalidade que não se verifica neste caso ao excluir um coletivo que, na sua grande maioria, carece de meios económicos de modo que presumivelmente não pagará o serviço público, nem recorrerá a um serviço privado, mas que finalmente irá ao serviço público por urgências.

No que se refere à falta de coerência, basta referir que numerosos estudos, como o da Agência Europeia dos Direitos, concluíram que os Estados-Membros “gastam menos em cuidados de saúde dos migrantes se forem tratados antes em vez de esperar que necessitem de tratamento em emergências”. No entanto, este argumento, mesmo que seja o contrário, deveria ser desprovido de importância num Estado social desde que se trata de uma medida a um coletivo em risco de exclusão social, cuja falta de recursos econômicos põe em risco a sua saúde e integridade, afastando-os de uma verdadeira assistência médica. Tal como afirmou o magistrado D. Fernando Valdés Dal-Ré “talvez esse risco não seja grave, porque nesses casos podem recorrer à assistência de emergência; mas esta avaliação só pode ser verificada *a posteriori*, quando o dano à saúde já tenha ocorrido, dano este que, em muitas ocasiões, pode ser já irreversível”.

Direito à proteção da saúde e requerentes de proteção internacional

Apesar de a alínea anterior ter se centrado nos imigrantes em situação irregular por serem os principais afetados pelo RDL, importa salientar que tudo o que foi dito é extrapolado para a saúde dos requerentes de proteção internacional, uma vez que o artigo 19.º da Diretiva 2013/33 estabelece a obrigação de os Estados-Membros de assegurar a prestação de cuidados de saúde necessários aos requerentes. Trata-se de uma norma de mínimos cujo objetivo é proteger os cuidados de emergência e o tratamento básico de doenças ou transtornos psíquicos graves, e que nos leva a interrogar-nos de novo se o garantir uma saúde de urgência, e não em igualdade de condições em relação aos nacionais, está em conformidade com a efetiva garantia do direito à proteção da saúde e da própria dignidade humana.

Embora a universalidade do acesso às prestações de saúde não seja explicitamente proclamada, não pode ser ignorada desde que colocamos a dignidade da pessoa como limite à sua configuração. Ou seja, perante o exercício do direito à proteção da saúde, a sua eventual modulação pelo legislador deve sempre observar, e como primeiro parâmetro, a garantia da dignidade humana, o que nos leva a duvidar que este acesso limitado seja compatível com a lógica dos direitos humanos.

“A dignidade como pressuposto antropológico da Configuração do Estado social e democrático de Direito e base comum do conjunto dos Direitos humanos, e também,

portanto, da proteção da saúde, requereria cuidados de saúde completos enquanto decorre ou processo de reconhecimento do Direito de asilo, sem qualquer discriminação. Isto é, se o Direito à proteção da saúde pertence à pessoa, dada a relação intrínseca entre este e o valor humano da dignidade, é irrefutável que as prestações de saúde devem ser acessíveis a toda a sociedade em condições de igualdade”²².

E mais, quando a diretiva ordena um tratamento de transtornos psíquicos graves não parece pensar, ou pelo menos na prática fica totalmente excluído, tratamento da depressão, que é a doença mais comum nos requerentes de proteção internacional²³. E deve-se mencionar também, que uma proteção da saúde real deveria passar indubitavelmente pelas condições de acolhimento em que se encontram os requerentes, por exemplo, nos campos de refugiados onde os dados do ACNUR revelam o problema²⁴.

A proteção da saúde como limite à expulsão:

Outra questão a considerar é a de saber se a proteção da saúde, enquanto princípio orientador necessário para a efetiva garantia dos direitos fundamentais, tal como definido pelo TEDH, pode servir de limite a uma ordem de expulsão ou devolução.

Nesta linha, o TEDH configurou uma jurisprudência tratando de estabelecer um limite à sua aplicação apenas em situações muito excepcionais em que a expulsão implique, atendendo à saúde do imigrante, violação dos artigos 2 e 3 da CEDH. Assim, o Tribunal de Estrasburgo no processo *N. contra o Reino Unido*²⁵ deixou claro que “não existia uma obrigação por parte dos Estados contratantes de paliar as desigualdades

²² Véase Intrand, C. y Simmonot, N.: “L’Europe et les sans-papier- Politique de santé ou politique d’immigration?”, *Revue Homes et Migrations*, nº 1282, 2009.

²³ Entrevista com o diretor de saúde mental do ACNUR, Pieter Ventevogel: “Em geral, o que podemos dizer é que cerca de 20 por cento das pessoas deslocadas têm problemas de saúde mental, e a maioria delas, na parte leve do espectro. Penso que o maior problema de saúde mental entre os refugiados tem a ver com a perda e a dor, que por vezes pode levar à depressão. As pessoas perderam muitas coisas - é claro, entes queridos, mas também coisas materiais, e também status, coisas não materiais, ser alguém. Os refugiados tiveram muitas experiências de perda”. En: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/>.

²⁴ De acordo com dados do ACNUR O campo Elliniko I, por exemplo (um estádio de hóquei), foi aberto em 29 de agosto de 2015. Ele abriga 1850 pessoas, embora sua capacidade seja para 1400. Tem 48 banheiros, e 12 chuveiros sem divisão entre homens e mulheres. Apenas 4 têm água quente. A distância para o centro de saúde mais próximo é de mais de 5 quilômetros. Numa situação muito semelhante encontram-se os 908 refugiados do campo de Ritsona que, embora tenha capacidade para todos eles tem apenas 10 duchas, 3 delas com água quente, e 40 banheiros.

²⁵ TEDH sentença de 27 de mayo de 2008. N. c. Reino Unido nº 26565/05.

médicas disponíveis nos Estados que implicasse o dever de fornecer cuidados médicos gratuitos e ilimitados a todos os estrangeiros sem direito a residir no seu território”. Neste caso concreto, a recorrente, uma com a nacionalidade de Uganda, entrou no hospital poucos dias depois de chegar ao país, apresentando um estado grave devido a doenças ligadas à AIDS. Apresentou um pedido de asilo recusado e, durante os nove anos do processo até ao acordo do Tribunal de Estrasburgo, recebeu tratamento médico pelas autoridades britânicas; pelo que o Tribunal considerou que o Reino Unido tinha cumprido a sua obrigação de prestar cuidados de saúde a um requerente de asilo e que não incorreria em violação do artigo 3 se executasse a ordem de expulsão. Uma grande mudança jurisprudencial desde que, em 1997, no processo *D.* contra o Reino Unido, o Tribunal considerou ilegal a expulsão para São Cristóvão de um doente de AIDS em fase terminal.²⁶ Neste caso, o Tribunal Europeu considerou que se viola a proibição de submeter a tratamentos desumanos e degradantes quando se acorda a expulsão de uma pessoa estrangeira dependente de um tratamento médico cuja interrupção o colocaria risco de grandes sofrimentos físicos e de redução da sua esperança de vida.

A jurisprudência atual também não é mais flexível no caso de doenças mentais, tendo-se procedido a expulsões mesmo quando o recorrente sofria graves tendências suicidas. Trata-se do caso *Balogun/Reino Unido*, de 2012, em que o Tribunal teve de avaliar se a expulsão de um cidadão nigeriano com tendências suicidas diagnosticadas constituía uma violação do artigo 3 da CEDH. Não o considerou, justificando-o tanto pelo fato de no seu país de origem existir serviços psiquiátricos competentes como pelo apoio de pessoal qualificado para a execução da ordem de expulsão.

Particularmente interessante, que exemplifica esta estrita jurisprudência, é o caso *Khan contra Alemanha* de 2016²⁷. No processo, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos teve de decidir sobre a ordem de expulsão de Khan, mulher de um refugiado paquistanês, que residia na Alemanha desde 1994 e que tinha sido condenada por matar um vizinho. Embora com a condenação, foi apreciado o seu estatuto de inimputável devido à grave doença mental de que padece, a sentença do Tribunal de Estrasburgo, embora com um parecer dissidente, aceitou a expulsão sem atender à

²⁶ TEDH sentença de 2 de mayo de 1997. D. c. Reino Unido. La información respecto de la ejecución de esta sentencia está disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-56774"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

²⁷ TEDH sentença de 21 de septiembre de 2016. Khan c. Allemagne. 38030/12.

saúde mental da recorrente e sem considerar a violação do direito à vida privada e familiar previsto no artigo 8 CEDH²⁸.

Em suma, a linha marcada por Estrasburgo a partir da citada causa *D.* contra o Reino Unido coloca não tanto na mira os serviços de saúde que o doente vai receber no seu país de origem nem a perspectiva de futuro do mesmo, mas no estado de saúde no momento da expulsão; de tal modo que só se torne impraticável, ou seja, que o seu estado de saúde se agrave consideravelmente devido à mera transferência, seria considerada violação do artigo 3 da CEDH. Uma interpretação do conceito de tortura ou tratamento degradante que submete à ponderação, segundo o princípio da proporcionalidade, a medida a executar (expulsão), com direitos fundamentais como a vida ou a integridade. Proporcionalidade necessária em qualquer estado democrático que deve tentar evitar um mal maior do que o próprio determinado na lei. No entanto, não parece que isso seja conseguido com base nos critérios estabelecidos pelo Tribunal, o que demonstra que, em todos os acordos deste tipo, houve opiniões divergentes de juízes do Tribunal.

Conclusões

A crise econômica evidenciou a insuficiente garantia que ampara os direitos sociais, localizados em nossa Constituição sob a denominação de “princípios orientadores da política social e econômica”. Uma situação estratégica que não só condiciona a sua exigibilidade a um desenvolvimento legal, mas, pior ainda, que subordina a sua exigência a que sejam economicamente suportáveis pelo Estado.

Um triste exemplo disso foi o Real Decreto-Lei 16/2012, cuja motivação para excluir dos cuidados de saúde um grupo tão vulnerável como os estrangeiros em situação irregular foi, unicamente, a economia financeira. O direito à proteção da saúde, um direito reconhecido a todo o ser humano em numerosos textos de direito internacional, fica assim subordinado a uma simples condição administrativa e econômica. E não era a intenção deste trabalho em absoluto assinalar a incoerência desta medida²⁹ porque, o que verdadeiramente se trata de assinalar é a inoportunidade

²⁸ Montilla Martos, José. A.; Boza Martínez, Diego; García Vitoria, Ignacio; y Rodríguez Candela, José L: “Legislación, jurisprudencia y derechos de los inmigrantes” em Anuario CIDOB de la Inmigración 2015-2016 P. 272-293. P. 291.

²⁹ Apesar de já ter sido referido que um estudo da Agência Europeia dos Direitos do Homem desmentiu a sua utilidade.

dessa motivação já que, desde que se assinala a inegável ligação que este direito apresenta com a dignidade humana, e com a integridade física, nenhuma razão econômica deve ser empregado discriminatoriamente caso contrário seria menosprezado estima, dignidade, integridade e, *a fine*, a própria vida destas pessoas por sua mera condição de irregular e antepondo a isso a economia ou, nas palavras da própria STC 139/2016, “a salvaguarda das finanças do Estado”.

Do mesmo modo, a proteção da saúde deve ser considerada um motivo suficiente para deter uma medida de expulsão, uma vez que não é tratada como se afirma na jurisprudência supracitada de “paliar as desigualdades médicas disponíveis nos Estados que implique o dever de fornecer cuidados médicos gratuitos e ilimitados a todos os estrangeiros carentes do direito de residir no seu território”³⁰, mas de proteger um bem jurídico tão importante como é a saúde, de uma pessoa que se encontra no seu território, sob a sua jurisdição, e à qual se deve, portanto, garantir uma vida digna.

Em suma, podemos concluir que a precária proteção deste direito se torna ainda mais evidente quando os sujeitos afetados se referem a um dos grupos mais vulneráveis: imigrantes irregulares e requerentes de proteção. Neste sentido, o controverso acórdão do Tribunal Constitucional 139/2016, que sem dúvida responde a uma interpretação economicista da Constituição, não fornece qualquer orientação interpretativa que determine constitucionalmente o que se entende por acesso universal de tal forma que se possa inferir que a universalidade terá o conteúdo que o legislador, ordinário ou de urgência, confira em cada momento³¹.

Evidentemente, a grave crise econômica dos últimos anos determinou uma série de medidas regressivas dos direitos sociais, mas onde está o limite? Foi a crise econômica a causa da crise do Estado social ou apenas a evidenciou? Somente está garantida a assistência sanitária em tempos de bonança econômica?

É precisamente naqueles momentos em que o Estado social está em perigo, em que o poder do Estado cede aos mercados financeiros e a economia começa a ocupar o lugar do direito, quando a jurisprudência constitucional deve concretizar esses mínimos de conteúdo essencial que devem ficar fora do alcance dos agentes políticos, pois nas palavras do Habermas:

³⁰ TEDH sentencia de 27 de mayo de 2008. N. c. Reino Unido nº 26565/05.

³¹ Sobrino Guijarro I. “Op. Cit”.

“O nosso ordenamento jurídico assenta em princípios fundamentais de conteúdo universal e a realização destes princípios pode ser entendida como o esgotamento deste conteúdo. Regras como os direitos fundamentais, a garantia do processo judicial, o princípio da soberania popular, a separação de poderes, o princípio do Estado social, etc. Estão inevitavelmente formuladas num alto escalão de abstração. Estes princípios deveriam ter uma vigência universal, isto é, valer em todo momento e espaço, para tudo e para todos e também para outras normas que julgamos segundo estas medidas”.

Em janeiro de 2019, a Organização Mundial de Saúde apresentou seu primeiro relatório ³² sobre a saúde dos refugiados e migrantes na Europa e afirmou enfaticamente uma ideia que não pode ser perdida de vista:

“Não pode existir saúde pública sem saúde para imigrantes e refugiados”.

Referências bibliográficas

Añón Roig, M.J: “¿Hay límites a la regresividad de derechos sociales?” em: *Derechos y Libertades*. Núm. 34. Época II, enero 2016. Pp. 57-90.

Blanc Altemir A. y Cierco Seira C. (Coord): “El derecho ante la salud pública: Dimensión interna europea e internacional” Thomson Reuters Aranzadi. 2018.

Cárcar Benito, J.E: “Una reflexión sobre el Derecho a la asistencia sanitaria como derecho social y Universal con financiación pública” em: *Revista de Derecho UNED*. Núm 18. 2016. PP. 191-224.

Delgado del Rincón, L.E: “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto- Ley 16/2012, de 20 de abril”. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* Núm. 163, Madrid, enero-marzo 2014. Pp. 189-231.

García Morales A. Olivas Díaz A: “Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites”. Ed: Bomarzo. 2009.

Gómez Franco, T. y Repullo Labrador, J.R: “Buscando el reforzamiento constitucional efectivo y proporcionado del derecho a la protección de la salud”. En: *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 23, enero 2016. Pp. 13-34.

³² Disponible en: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/311347/9789289053846-eng.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Lema Añón, C.: “La titularidad del derecho a la salud en España. ¿Hacia un cambio de modelo? En: Revista de bioética y Derecho. Núm. 31. Mayo 2014. Pp. 3-16.

Marcos del Cano, A.M.: “El derecho a la salud. Perspectivas tras la crisis”. En: Revista de Derecho UNED. Núm. 19, 2016. Pp. 151-182.

Marcos del Cano, A.M(Dir.): “El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral”. Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho. Dykinson. 2017.

Martínez de Pisón, J.: “El derecho a la salud: un derecho social esencial” en: Derechos y Libertades. Núm. 14. Época II, enero 2006, pp. 129-150.

Sobrino Guijarro, I: “Contenido Constitucional del Derecho a la protección de la salud a la luz de la stc 139/2016” En: Ius et scientia 2017. Vl. 31 nº1. Pp. 79-88. P. 85.

Solanes Corella, Á.: “La salud como derecho en España: reformas en un contexto de crisis económica”. Em: Derechos y libertades. Núm. 31, Época II, junio 2014, pp. 127-161.

4. DIGNIDADE DA PESSOA

23. REFLEXÕES SOBRE QUESTÕES RECENTES RELACIONADAS COM A DIGNIDADE HUMANA E O FINAL DA VIDA¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-23>

Paola Bilancia²

Sumário: **1.** Notas sobre a evolução do debate constitucional sobre o fim da vida nos ordenamentos constitucionais. **2.** O direito à vida no sistema de proteção multinível dos direitos. **3.** Suicídio assistido e eutanásia. **4.** O caso Cappato – “DJ Fabo”.

Notas sobre a evolução do debate constitucional sobre o fim da vida nos ordenamentos constitucionais

Graças ao progresso biomédico e biotecnológico, hoje é possível prolongar a vida através de tratamento de muitas doenças que antes eram mortais, inclusive recorrendo a tecnologias que permitem manter as funções vitais de maneira artificial³. Estas possibilidades que oferecem a ciência permitem sobreviver em condições até mesmo muito críticas: sobreviver conectados a máquinas em condições irreversíveis, ou somente graças à alimentação e hidratação, mas sem capacidade cognitiva, ou ainda sobreviver somente com capacidade cognitiva mas sem nenhuma capacidade fisiológica. Vários ordenamentos nacionais permitem formas de eutanásia (ativa ou passiva), enquanto que a maioria a proíbem expressamente ao considerar como comportamentos penalmente relevantes a incitação e a assistência ao suicídio⁴.

¹ Tradução do espanhol para o português por Barbara Welter e Carlos L. Strapazzon, PPGD Unoesc/PPGD Universidade Positivo

² Professora Titular de Direito Constitucional da Universidade de Milão

³ Sobre as biotecnologias e sobre os perfis constitucionais relacionados, ver: A. BALDASSARRE, *Le biotecnologie e il diritto costituzionale*, em M. Volpi (coord), *Le biotecnologie: certezze e interrogativi*, Bologna, Il Mulino, 2001.

⁴ Para uma análise comparativa da legalidade (ou ilegalidade) da eutanásia dos diferentes ordenamentos, ver: J. GRIFFITHS, H. WEYERS, M. ADAMS, *Euthanasia and Law in Europe*, Oxford, Hart, 2008; N. FERREIRA, *Revisiting euthanasia: a comparative analysis of a right to die in dignity*, enZERP Discussion Papers, n. 4, 2005; H. SILVING, *Euthanasia: a study in comparative criminal law*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 103, 1954; M. D. SAYID, *Euthanasia: A comparison of the criminal laws of Germany, Switzerland and the United States*, *Boston College International & Comparative Law Review*, vol. 6, n. 2, 1983; H. SCHNEIDER, *Euthanasia: a comparative examination of its place within the scope of the criminal law*, *Criminologica*, vol. 7, n. 2, 1969.

Às vezes as Constituições nacionais regulam expressamente o direito à vida, circunstância que permite (ou melhor dizer, impõe) ao legislador e eventualmente em seu defeito, à justiça constitucional interpretar o conceito de “vida” (com referência à definição do começo da mesma, como é o caso da legislação relativa ao aborto ou bem ao fim da vida, assim como o testamento vital ou a eutanásia)⁵. O direito à vida está expressamente reconhecido pelo artigo 2º do Convênio Europeu de Direitos Humanos. Enquanto que, por exemplo, na Constituição Italiana o direito à vida não se contempla expressamente, pelo que foi reconhecido no âmbito dos direitos invioláveis da pessoa pela via jurisprudencial (através de uma interpretação aberta do artigo 2º da Constituição Italiana)⁶ *in primis* nas decisões relativas à legislação sobre o aborto, em equilíbrio com a relação ao direito à saúde e ao princípio de autodeterminação da pessoa⁷.

Para as decisões referentes ao final da vida, a questão é ainda mais complexa: pode-se entender facilmente como a ideia de se manter vivo artificialmente pode, para alguns não coincidir com a concepção ideal de uma vida que, todavia, merece a pena ser vivida. Naturalmente, estes pensamentos também estão entrelaçados com considerações pessoais ético-religiosas⁸. Não é por acaso que a atenção do debate político desenvolvido desde meados do século passado se concentrou em tais questões éticas, coincidindo ademais com as possibilidades que oferecem o progresso científico médico que prolongou a vida com formas de supersobrevivência ainda que inadequadas ao conceito de vida e de dignidade humana⁹.

⁵ Ver: M. MANNES, *Euthanasia vs. the right to life*, *Baylor Law Review*, vol. 27, n. 1, 1975; E. PALOMBI, *Istigazione o aiuto al suicidio*, *Enciclopedia del diritto*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972.

⁶ A respeito ver: F. MODUGNO, *I “nuovi diritti” nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1995; A. BARBERA, *Commento all’art. 2*, em G. Branca (coord), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975.

⁷ Sobre o direito à vida no ordenamento constitucional italiano ver: S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, Milano, Franco Angeli, 2018, 209 ss.; R. BOTTA, *Il diritto alla vita nell’ordinamento giuridico italiano*, em *Il diritto ecclesiastico*, n. 2, 1992.

⁸ Sobre as questões constitucionais e morais que são subjacentes sobre o tema do fim da vida, consulte-se: A. PATRONI GRIFFI, *Le regole della bioetica tra legislatore e giudici*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2016; E. CASTORINA, *Concezioni bioetiche e principi costituzionali: il problema delle scelte di fine-vita*, em *Teoria del diritto e dello Stato*, nn. 2-3, 2009; F. LOSURDO, *L’ultima scelta. dogmatiche dell’autodeterminazione e fine vita*, em *Koreuropa*, n. 12, 2018; T. O. MARTIN, *Euthanasia and modern morality (their moral implications)*, em *Jurist*, vol. 10, n. 4, 1950.

⁹ Sobre a relação entre os valores da vida e a dignidade humana, ver: A. RUGGERI, *Dignità versus vita?*, em *Rivista AIC*, n. 1, 2011.

O conceito de dignidade humana é, pois, não somente comum à tradição jurídica e filosófica europeia (e ocidental), senão também universal¹⁰. Queremos recordar aqui a Constituição Federal Brasileira de 1988, que considera a dignidade humana como um limite para o Estado e para as comunidades¹¹. Por essa razão, considerando os problemas sobre o final da vida, o conceito de dignidade humana se utiliza frequentemente como um conceito “guarda-chuva” para todos os direitos fundamentais que protegem a vida humana e as escolhas do indivíduo em referência à forma em que a vida deve desenvolver-se ou terminar¹². A partir desta perspectiva, a dignidade humana também significa inevitavelmente a dignidade da morte¹³.

Nossa Constituição (Italiana) prescreve sobre o direito à saúde que, “ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento de saúde se não por disposição legal. A lei não pode em nenhum caso vulnerabilizar os limites impostos pelo respeito da vida humana”. É por isso que a recusa de um tratamento se engloba neste âmbito e se no passado os tratamentos se aplicavam pelo médico “em ciência e consciência”, hoje o paciente deve estar plenamente informado sobre suas condições de saúde e dos tratamentos a seguir, decidindo inclusive se aceita ou não os tratamentos que podem lhe salvar a vida, exceto para o caso de tratamentos de saúde obrigatórios previstos pela lei¹⁴.

Não é por acaso que não existe obrigação de viver ou de cuidar a si mesmo, senão através da plena autodeterminação e depois de haver recebido toda a informação necessária (em cumprimento à chamada obrigação de consentimento informado) podem recusar os tratamentos necessários para sobreviver¹⁵. A responsabilidade

¹⁰ Considere, para todos, os conhecidos casos do “lançamento de anões” francês (conhecido também em inglês com a expressão *dwarf-tossing*) e do “circuito láser” alemão (também conhecido em inglês com a expressão “*lasertag*”). Cfr.: Comité Europeo de Derechos Humanos, Comunicación Nº 854/1999: Francia. 26/7/2002. CCPR/C/75/D/854/1999; CGUE, caso *Omega*, C-36/02.

¹¹ Consulta-se sobre o tema I. W. SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, X ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2019.

¹² Ver: J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, em *Corti supreme e salute*, n. 2, 2018, 3.

¹³ Neste sentido ver: H. KÜNG, *Della dignità del morire*, Milano, Rizzoli, 1996.

¹⁴ Sobre a vontade da pessoa e os tratamentos de saúde, ver: F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, Milano, Giuffrè, 2008, 69 ss. Sobre a leitura do artigo 32 da Constituição, ver: D. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana. Lezioni*, II ed., Torino, Giappichelli, 2015; A. SIMONCINI, E. LONGO, *Art. 32*, em R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (Coords.), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006; B. CARAVITA, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, n. 1, 1984; M. LUCIANI, *Il diritto costituzionale alla salute*, em *Diritto e società*, n. 4, 1980; S. PANUNZIO, *Trattamenti sanitari obbligatori e Costituzione*, em *Diritto e società*, n. 4, 1979.

¹⁵ Ver: C. TRIPODINA, *Articolo 32*, em S. Bartole, R. Bin (coord), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008, 328 ss.

moral atinge exclusivamente os direitos do interessado. De acordo com isto, a *ratio* do chamado “tratamento vital” segundo o qual o médico, utilizando os meios apropriados ao estado do paciente, deve se esforçar em aliviar o sofrimento, incluindo nos casos de recusa ou renovação do consentimento para receber o tratamento médico indicado pelo especialista¹⁶. Com este fim, sempre se garante um tratamento adequado contra a dor com a participação do médico geral e a prestação de cuidados paliativos aos que têm referência na Lei nº 38, de 15 de março de 2010.

É neste contexto que deve estar centralizado o debate sobre a eutanásia¹⁷.

A eutanásia é um ato do médico destinado a causar a morte do paciente em razão de sua explícita vontade. O tema da eutanásia é percebido em todas as partes como uma questão delicada e que exige uma atenção extrema na eleição de uma terminologia, as formas e os contextos para tratá-la. Particularmente, na Itália existe certa desconfiança nas linhas de demarcação claras destinadas a apoiar o direito a uma boa morte. Entretanto, os casos de Piergiorgio Welby, Giovanni Nuvoli, Eluana Englaro, Fabiano Antonian (“DJ Fabo”) revelaram a inadequação de certa legislação italiana, dando lugar aqui a uma onda de reações que criaram um debate sem precedentes sobre a legalidade e o valor legal do testamento vital em relação à eutanásia¹⁸.

A evolução da jurisprudência chegou a terrenos imprevisíveis, outorgando legitimidade, em alguns casos, à chamada eutanásia “passiva”, isto é, à suposição dos tratamentos médicos necessários para manter a vida a um paciente, especialmente através do debate sobre o conhecido caso de Piergiorgio Welby¹⁹.

Em contrapartida, a assim chamada eutanásia “ativa” está proibida na Itália, onde se equipara ao suicídio (caso que não vem sancionado nem sequer no sentido de tentativa de suicídio)²⁰ e não se distingue da disciplina pena por assassinato se é levada

¹⁶ Neste sentido, F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., *passim*.

¹⁷ Sobre este tema ver: D. NERI, *Eutanasia. Valori, scelte morali, dignità delle persone*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

¹⁸ Ver, mais recentemente, G. MANIACI, *Perché abbiamo un diritto costituzionalmente garantito all'eutanasia e al suicidio assistito*, em *Rivista AIC*, n. 1, 2019.

¹⁹ Sobre o tema pode ser consultado, A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, em *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2007; P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso “Welby” - una replica*, em *Studium iuris*, n. 10, 2008.

²⁰ Tanto é assim que se afirma de maneira compartilhada, que o suicídio é uma “conduta neutra” no sistema jurídico italiano. Pode ser consultado sobre o tema, S. CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, em *Enciclopedia del diritto*, Annali VIII, Milano, Giuffrè, 2015; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, em S. Canestrari (coord), *Trattato di bio diritto. Il governo del corpo*, Milano, Giuffrè, 2011., 150 ss.

à cabo por terceiros, e onde os casos de ajuda e incitação ao suicídio se consideram condutas delitivas, apesar de que o debate sobre o tema é cada vez mais amplo no que se refere à autodeterminação e à decisão autônoma de uma boa morte.

O direito à vida no sistema de proteção multinível dos direitos

A proteção dos direitos fundamentais, entretanto, não se limita ao nosso sistema jurídico (incluindo o que se refere sobre a legitimidade constitucional das leis), senão que está entrelaçado com a proteção do Direito Internacional (Convênio Europeu de Direitos Humanos)²¹ e supranacional (Tribunal de Justiça da União Europeia), assim como com instrumentos jurídicos internacionais específicos para a proteção dos direitos humanos no marco dos denominados “biodireitos” (neste caso, o Convênio de Oviedo)²².

O Convênio sobre Direitos Humanos e Biomedicina ou Convênio de Oviedo é o primeiro Tratado Internacional sobre bioética, promovido pelo Conselho da Europa e assinado em Oviedo em 04 de abril de 1997. O texto da Convenção estabelece expressamente que o interesse e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre os interesses da sociedade ou da ciência, e introduz também o princípio do consentimento informado. Em relação a este princípio não pode levar ao cabo uma intervenção no âmbito da saúde até que a pessoa interessada tenha dado consentimento expresso, que necessariamente deve ser livre e informado, concretamente se refere a “informação adequada sobre o propósito e a natureza da intervenção e sobre suas consequências e riscos”²³. Assim, a pessoa interessada pode a todo momento revogar livremente seu consentimento.

A jurisprudência constitucional italiana definiu o consentimento informado como “uma síntese de todos os direitos fundamentais da pessoa: o direito à

²¹ Enquanto a jurisprudência do TEDH sobre questões relativas ao final da vida, ver: U. ADAMO, *Il diritto convenzionale in relazione al fine vita (eutanasia, suicidio medicalmente assistito e interruzione di trattamenti sanitari prodotti di una ostinazione irragionevole)*. *Un’analisi giurisprudenziale sulla tutela delle persone vulnerabili*, en *Rivista AIC*, n. 2, 2016.

²² Sobre a tutela multinível de direitos permita-se resgatar P. BILANCIA, F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello*, Milano, Giuffrè, 2004.

²³ O artigo 5º prescreve que: “Não poderá levar a cabo uma intervenção no campo da saúde a menos que a pessoa interessada tenha dado seu consentimento livre e informado. A pessoa receberá em primeiro lugar informação adequada sobre a finalidade e a natureza da intervenção, assim como sobre suas consequências e riscos. A pessoa interessada poderá a qualquer momento revogar livremente seu consentimento”.

autodeterminação e o direito à saúde, considerando que toda pessoa tem direito a ser tratada medicamente, também tem direito a receber informação adequada sobre a natureza e à possibilidade de evolução da via terapêutica à qual pode ser submetida, assim como aos tratamentos alternativos, informação que deve ser a mais completa possível, precisamente para garantir a escolha livre e informada por parte do paciente e, por sua própria liberdade pessoal, de acordo com o artigo 32.2 da Constituição (Italiana)²⁴.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia também estabelece que “o consentimento da pessoa interessada deve ser pessoal, livre e informado”²⁵, revogável e específico (também em relação com as possíveis fases alternativas e consequentes dos riscos da operação cirúrgica)²⁶. Neste ponto, entretanto, a jurisprudência italiana já interveio muito antes da entrada em vigor da Carta de Niza²⁷.

Sobre o tema, objeto do estudo, também interveio, o TEDH que inicialmente estabeleceu em sua jurisprudência que o direito à vida não pode derivar do direito diametralmente oposto da morte, salvo quando houver em discussão uma distorção inaceitável do disposto no artigo 2º da Convenção²⁸. Assim mesmo, o TEDH considerou que o direito não podia se derivar dos artigos 3º, 8º, 9º e 14 da Convenção. O Tribunal também esclareceu que, inclusive quando o suicídio assistido é legal, o Estado não está obrigado, em virtude do artigo 8º do Convênio, a dispor um suicídio seguro, digno e indolor mediante a obtenção de substâncias necessárias sem a correspondente prescrição médica, já que a receita médica garante que as decisões da pessoa não sejam precipitadas e que a prática não dê lugar a abusos²⁹.

²⁴ Cfr. Corte Const., n. 438/2008. Sobre a sentença em questão, consultar: R. BALDUZZI, D. PARIS, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, em *Rivista AIC*, 23 aprile 2009; C. CASONATO, *Il principio della volontarietà dei trattamenti sanitari fra livello statale e livello regionale*, em *Le Regioni*, nn. 3-4, 2009.

²⁵ O artigo 3º assinala que: “Toda pessoa tem o direito à integridade física e moral. No âmbito da medicina e da biologia, deve-se respeitar em particular, o consentimento livre e informado da pessoa interessada, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pela lei, a proibição das práticas eugênicas, em particular as destinadas à seleção de pessoas, à proibição de fazer do corpo humano e suas partes fonte de benefícios, e à proibição da clonagem com fins de reprodução de seres humanos”.

²⁶ Sobre o artigo em questão, ver: R. BIFULCO, *Art. 3*, em R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (coord), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

²⁷ Cfr. Casación. Civ., Sez. III, n. 364/1997.

²⁸ Cfr. *Pretty v. The United Kingdom*, Sentença nº. 2346/02, 29.04.2002. Sobre o assunto examinado ver A. SZERLETICS, *Paternalism and euthanasia: the case of Diane Pretty before the European Court of Human Rights*, em *Diritto & questioni pubbliche*, n. 10, 2010. Sobre a orientação do TEDH sobre o tema do suicídio assistido ver R. BIFULCO, *Esiste un diritto al suicidio assistito nella CEDU?*, em *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2003.

²⁹ Cfr. *Haas v. Switzerland*, App. nº. 31322/07, 20.01.2011.

Em relação à interrupção da alimentação e hidratação artificiais, o TEDH estipulou que é necessário dar uma ampla margem de apreciação a favor dos Estados e que, por isso, a legislação do Estado membro, que permite a dita interrupção não infringe o artigo 2º do Convênio, sempre e quando regule adequadamente os controles e as medidas de procedimentos necessários³⁰.

Por último, cabe assinalar que o Convênio de Oviedo foi aprovado pelo Parlamento italiano com a Lei de autorização de ratificação nº 145, de 28 de março de 2001 e foi ratificada pelo Presidente da República, apesar de que a ratificação nunca se depositou no Conselho Europeu. Isto também ensejou a apresentação de perguntas parlamentares nas quais se denuncia que, a iniciativa de não haver depositado o instrumento de ratificação constitui um grave obstáculo par a aplicação no ordenamento interno dos princípios estabelecidos na Convenção e debilita a posição da Itália, que há muito tempo está comprometida à nível internacional com a promoção dos direitos humanos, que pode estar afetada pela aplicação das novas tecnologias em ausência de prescrições médicas normativas adequadas³¹.

Suicídio assistido e eutanásia

O suicídio se define como o ato mediante o qual um indivíduo obtém a morte voluntária e conscientemente³². Se parte da ideia de que este ato parece contrastar, em primeiro lugar, com o direito à vida do sujeito que a detém, compreende-se que a doutrina tem questionado durante muito tempo acerca da relação entre o suicídio, a autodeterminação e a vida humana, e por isso, sobre o equilíbrio entre o direito à autodeterminação individual e o direito à vida.

Para da doutrina embasa-se no artigo 5º da Constituição (Italiana), que proíbe os atos de disposição sobre o próprio corpo quando causem uma diminuição permanente da integridade física (ou quando sejam contrários à lei, à ordem pública ou à moral), ou seja, a proibição de dispor da própria vida. Em outras palavras, se o indivíduo não pode dispor validamente da sua integridade física, *a fortiori* não poderá

³⁰ Cfr. *Lambert and Others v. France*, Gran Sala, App. nº. 46043/14, 5.06.2015. A respeito ver: C. CASONATO, *Un diritto difficile. il caso "Lambert" fra necessità e rischi*, en *La nuova giurisprudenza civile commentata*, n. 9, 2015.

³¹ Cfr., por último, a questão Auto n. 1-00848 Senado, de 12 de outubro de 2017.

³² Ver: S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 236.

dispor validamente da sua própria vida³³. Outras alternativas consideraram o contrário, que uma leitura da norma originalmente “organicista” do artigo 5º da Constituição (Italiana), através do prisma dos princípios fundamentais reconhecidos pela Constituição republicana, inevitavelmente teria que ampliar a esfera de domínio do indivíduo sobre seu próprio corpo e, conseqüentemente, incluído sobre sua própria vida³⁴.

Segundo o sistema penal, que remonta à era Republicana, o suicídio, assim como os atos de disposição do corpo que acarretam lesões permanentes, vinham sendo julgados desfavoravelmente pelo legislador, que tratava de reprimir o fenômeno através da legislação penal³⁵. O ordenamento prevê para tanto expressamente no artigo 580 do Código Penal o crime de instigação ou assistência ao suicídio, assim como no artigo 579 do Código Penal, o crime de homicídio consentido.

Porém, é importante destacar, desde já, a sanção não se estende ao suicida em si mesmo: é possível tentar impedi-lo, mas se alguém tenta tirar a vida sem êxito, não incorrerá em qualquer responsabilidade penal³⁶. As tentativas jurisprudenciais de levar a cabo uma leitura restritiva das normas em questão (para as quais a ajuda ao suicídio penalmente relevante seria somente a que implica um reforço da vontade suicida)³⁷, rompeu com a postura da Corte de Cassação, que em vez disso considerou também como penalmente relevante a mera ajuda material³⁸.

A desvantagem legal é tal que a sanção não afeta somente o ato suicida, senão também a outras condutas que podem facilitar ou difundir de alguma maneira esta prática: por assim dizer, as publicações e transmissões radiotelevisivas com conteúdos impressionantes, tais como a difusão do fenômeno ou a publicação em meios de imprensa de retratos de suicídios, estão proibidos³⁹.

³³ Sobre esta questão pode consultar, L. EUSEBI, *Sul mancato consenso al trattamento terapeutico: profili giuridico-penali*, em *Rivista italiana di medicina legale*, 1995, 734; M. DOGLIOTTI, *Persone fisiche: capacità, status, diritti*, Torino, Giappichelli, 2014, 46.

³⁴ Sobre a disponibilidade do corpo, ver: R. ROMBOLI, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” e in quello “passivo”*, em *Il Foro italiano*, 1991.

³⁵ Ver: V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, UTET, 1985, 111 ss.; P. NUVOLONE, *Linee fondamentali di una problematica del suicidio*, em AA. VV. *Suicidio e tentato suicidio in Italia, Rapporto della Commissione di studio del Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale (CNPDS)*, Milano, Giuffrè, 1967, 391.

³⁶ Sobre a ineficiência afastada da sanção penal com referência ao suicídio, ver C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. (coord) P. Calamandrei, Firenze, Le Monnier, 1965.

³⁷ Cfr. Tribunal penal de Messina, sentença de 10 de junho de 1997.

³⁸ Cfr. Casación Penal), (Secc). I, sentença n. 3174 de 12 março de 1998.

³⁹ No mesmo sentido, S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 237, que aporta por exemplo o art. 14 de la ley nº 47/1948 ou o art. 30 da lei nº 223/1990, ou ainda o art. 114 do TULPS.

De acordo com a reconstrução clássica, resulta que, da inalienabilidade do direito à vida, ao qual se refere o artigo 2º da Constituição (Italiana) e da proibição de tratamento médico obrigatório não imposto pela lei em conformidade com o artigo 32 da Constituição, se extrai a consequência de que não existe em nosso ordenamento constitucional (italiano) um “direito ao suicídio” do indivíduo⁴⁰. Este enfoque, ademais, parece estar corroborado pela jurisprudência do TEDH a que se refere o parágrafo anterior. Segundo este enfoque, portanto, o suicídio não é nem sequer uma liberdade, e não é um comportamento proibido, mas sim uma “conduta legalmente tolerada”, com referência, portanto, somente ao sujeito que tenta se suicidar, e não a respeito a outros sujeitos que contribuíram a sua determinação⁴¹.

Outros enfoques doutrinários mais recentes enfatizaram como uma leitura do direito à saúde em referência ao artigo 32 da Constituição (Italiana), através dos princípios dos direitos de personalidade, pluralistas e da dignidade humana reconhecidos pelo artigo 2º da Constituição, deveria conduzir inevitavelmente a reconhecer a margem mais ampla possível sobre a disponibilidade da pessoa sobre seu próprio corpo e sua vida⁴². Segundo esta perspectiva, o suicídio já não deve ser considerado como um ato ilegal não permitido pelo ordenamento ou como um ato tolerado, senão como um ato “neutro” em termos de legalidade⁴³.

A eutanásia se diferencia do suicídio em razão de que envolve uma ação (ou omissão) dirigida especificamente a terminar com a vida de outros. Além desta caracterização, o conceito de eutanásia determinou e determina uma série de comportamentos muito diferentes, que vão desde práticas eugênicas reais até atividades estritamente terapêuticas⁴⁴. Entretanto, é verdade que o termo que vem sendo assumido gradualmente, e especialmente nos últimos anos, é a prática dirigida a pôr fim à vida do sujeito que considera intolerável a continuação da existência

⁴⁰ Neste sentido ver, S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 237.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Sobre este assunto pode consultar C. CASONATO, *Introduzione al biodiritto*, Torino, Giappichelli, 2009; A. SANTOSUOSSO, *Corpo e libertà. Una storia tra diritto e scienza*, Milano, Raffaello Cortina, 2001; P. VERONESI, *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei “casi” e astrattezza della norma*, Milano, Giuffrè, 2007; R. ROMBOLI, *I limiti della libertà di disporre del proprio corpo nel suo aspetto “attivo” e in quello “passivo”*, cit.

⁴³ A respeito ver S. CANESTRARI, *Biodiritto (diritto penale)*, cit.; P. VERONESI, *Uno statuto costituzionale del corpo*, cit., 150 ss.; M. NISTICÒ, *Il suicidio come “indifferente giuridico” fra diritto alla vita e tutela della libertà di autodeterminazione*, en *Il Foro italiano*, n. 9, 2009.

⁴⁴ Sobre a possível definição do conceito de eutanásia ver M. PORZIO, *Eutanasia*, en *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967.

(devido ao sofrimento insuportável causado pela enfermidade e/ou a impossibilidade de se autoprover).

Na eutanásia médica pode por sua vez distinguir-se entre eutanásia passiva ou eutanásia ativa. A eutanásia passiva é, antes de tudo, a conduta dirigida a aliviar os sofrimentos do paciente, cuja vida está finalizando já de forma natural, também através da administração de substâncias (por exemplo, morfina) que possa encurtar sua existência, sem que seja a causa da morte já em andamento: um exemplo de tais práticas pode ser chamada “sedação profunda”⁴⁵. A noção de eutanásia passiva também inclui a suspensão de tratamentos que mantêm artificialmente vivo um indivíduo que, sem a administração de tais tratamentos, morreria naturalmente: um exemplo de tais práticas pode ser considerada a interrupção já mencionada da alimentação, a hidratação ou a respiração artificiais⁴⁶. De outra maneira, por eutanásia ativa nos referimos, a partir de um caso de suicídio materialmente assistido, onde basicamente é o comportamento do interveniente é que causa diretamente a morte do paciente, por exemplo, no caso de suspensão ou interrupção dos tratamentos administrados⁴⁷.

A partir desta perspectiva, foi observada de maneira consensual que no debate social, político e jurídico sobre a eutanásia, o progresso da ciência médica tem realizado um papel absolutamente insignificante. Se de um lado permitiu estender artificialmente a vida humana, por outro considerou que em alguns casos, a qualidade da mesma não seja adequada⁴⁸. Neste sentido, é possível extrair que o próprio progresso da ciência médica coloca em conflito, em alguns casos, o princípio da dignidade humana. Por isso é extremamente importante, e muito difícil, identificar os casos do chamado “ensinamento terapêutico”, e em consequência aqueles casos nos

⁴⁵ Ver M. MANFREDINI, *Eutanasia*, in *Dizionario di criminologia*, vol. I, Milán, Vallardi, 1943, 338, observa que o conceito de eutanásia “em si mesmo contém a indicação do feito objetivo da boa morte e em um primeiro momento somente se define como uma ação de legalidade indubitável levada a cabo pelos médicos para aliviar a dor da agonia. Isto não era a causa da morte, que já estava em curso, senão que se deu uma forma indolor”. Sobre os perfis legais subjacentes à prática da “sedação profunda” ver F. G. PIZZETTI, “*Ai confini delle cure*”: *la sedazione palliativa (o terminale) tra diritto di non soffrire e diritto di morire*, en P. Macchia (coord), *Ai confini delle cure. Terapia, alimentazione, testamento biologico. Profili clinici, giuridici, etici*, Napoli, ESI, 2012.

⁴⁶ A respeito ver A. D’ALLOIA, *Eutanasia (diritto costituzionale)*, en R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (coord), *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 2012. Sobre a problemática relativa à inserção de tais práticas “passivas” no âmbito do conceito de eutanásia ver S. CANESTRARI, *Principi di biodiritto penale*, Bologna, Il Mulino, 2016, 63 ss.

⁴⁷ Ver D’ALLOIA, *Eutanasia (diritto costituzionale)*, cit. Véase también lo recogido en A. PERÉZ MIRAS, G. M. TERUEL LOZANO, E. C. RAFFIOTTA (coords), *Sfide per i diritti della persona nel XXI secolo: Vita e Scienza*, Cizur Menor, Thomson Reuters – Aranzadi, 2013.

⁴⁸ Neste sentido S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 237.

quais os tratamentos implementados sejam invasivos, onerosos, dolorosos em comparação com as possibilidades concretas de cura ou melhora, até então inexistentes⁴⁹. O ensinamento terapêutico está proibido pelo código deontológico médico⁵⁰, e em relação a estes casos, também foram registradas algumas aberturas por parte da Igreja Católica⁵¹.

Independentemente da proibição da eutanásia não voluntária (na qual não tenha sido o paciente quem tenha solicitado, ou manifestado previamente sua vontade neste sentido) que integraria por exemplo o artigo 575 do Código Penal (Italiano), o crime de homicídio puro e simples, tampouco pode ser considerado lícito na atualidade da eutanásia ativa, em razão de que o comportamento do médico que causa a morte do paciente ao pedido expresso deste último, integraria o crime de homicídio consentido em conformidade com o artigo 579 do Código Penal⁵².

A eutanásia ativa ou o suicídio assistido, é por exemplo, legal em alguns ordenamentos ocidentais (ainda que realmente sejam poucos), entre os que se encontram, por exemplo, os Países Baixos, Bélgica, Luxemburgo, Suíça e em alguns Estados dos Estados Unidos da América, enquanto que estão sendo produzidas outras aberturas jurisprudenciais, como no Canadá e na Colômbia⁵³. Particularmente, em relação à Suíça teve certa relevância, incluídas nas notícias, onde existem estruturas especiais que ofertam um serviço real com referência ao final da vida, um serviço que vai desde a preparação de material informativo até a assistência legal nas fases terminais da vida e incluindo qualquer dúvida que posso surgir depois da morte⁵⁴.

⁴⁹ A respeito pode consultar D. LAMB, *Etica alle frontiere della vita. Eutanasia e accanimento terapeutico*, Bologna, Il Mulino, 1998.

⁵⁰ Cfr. Artículo 16: "O médico (...) não realiza nem insiste em procedimentos diagnósticos e intervenções terapêuticas clinicamente inapropriados e eticamente desproporcionais, dos que não ficam esperando de maneira fundamentada um benefício real para a saúde e/ou uma maneira na qualidade de vida".

⁵¹ Cfr. canon 2278 catecismo da Igreja Católica, prescreve que "A interrupção de procedimentos médicos onerosos, perigosos, extraordinários ou desproporcionais com respeito aos resultados esperados pode ser legítima. Neste caso temos a renúncia à "obstinação terapêutica". Não queremos procurar a morte: aceitamos que não podemos evitá-la. As decisões devem ser tomadas pelo paciente, se tem competência e capacidade, ou, de outro modo, por aqueles que legalmente têm o direito, sempre respeitando a vontade razoável e os interesses legítimos do paciente".

⁵² Ver também o art. 36 do código deontológico médico que estabelece que, "o médico, através de uma petição do paciente, não deve realizar nem promover tratamentos dirigidos a causar a morte".

⁵³ Para um reconhecimento da legislação existente nas diferentes jurisdições ver C. FOCARELLI, *Euthanasia*, em *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2013.

⁵⁴ Sobre a normativa suíça na matéria ver E. CRIVELLI, *Gross c. Svizzera: la Corte di Strasburgo chiede alla Svizzera nuove e più precise norme in tema di suicidio assistito*, em *Rivista AIC*, n. 3, 2013; A. BARAGGIA, *L'assistenza organizzata al suicidio in Svizzera: verso una regolamentazione?*, em *Quaderni costituzionali*, n. 2, 2010.

Com referência à eutanásia ativa, argumentou-se que sempre está proibida em virtude da prevalência do princípio da dignidade humana sobre a autodeterminação individual⁵⁵. A postura contrária entende que a imposição de um “quase dever” de viver em nome da dignidade humana está embasada em enfoques paternalistas que excedem uma leitura moderna do emaranhado de princípios constitucionais fundamentais⁵⁶.

Com referência à eutanásia passiva, deve ser considerado que, à luz das evoluções doutrinárias e jurisprudenciais acima mencionadas, cabe deduzir legitimamente a negativa ao tratamento de saúde por parte do interessado. De antemão, na doutrina e na jurisprudência, argumentou-se que a recusa ao tratamento não implica o reconhecimento de um “direito a morrer”, senão de um direito a deixar-se morrer, ao não impedir o curso natural de uma enfermidade através de um comportamento que, por isso é passivo ou omissivo⁵⁷. Agora parece necessário incluir a hidratação e a nutrição artificiais no marco dos tratamentos de saúde previstos pelo artigo 32 da Constituição (Italiana) que o paciente pode recusar livremente, e não no contexto de “atos eticamente devidos”⁵⁸. Finalmente, a eutanásia passiva deveria ser considerada legítima nos casos de “ensinamentos terapêuticos” e, portanto, naqueles casos onde as terapias implementadas são inúteis⁵⁹.

Entretanto, a Corte Constitucional declarou a respeito, que “o indivíduo pode recusar um tratamento médico e sua vontade consciente deve ser respeitada inclusive quando a negativa se refere a tratamentos que salvem vidas e tudo isso se aplica não somente em relação entre o Estado e os cidadãos, mas também entre particulares, ou melhor dizendo, entre o paciente e seu médico, que deve respeitar a vontade do

⁵⁵ Consultar: G. RAZZANO, *Dignità nel morire, eutanasia e cure palliative nella prospettiva costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2014.

⁵⁶ Ver: G. GEMMA, *Dignità ed eutanasia: non c'è antitesi. Note a margine di un'opera recente di una costituzionalista cattolica*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1, 2016.

⁵⁷ Cfr. V. Casación Civil, n. 21748/2007. Ver: S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 240. Sobre este mesmo assunto pode ser consultado A. D'ALOIA, *Ildiritto di rifiutare le cure e la fine della vita. Un punto di vista costituzionale sul caso Englaro*, en *Dirittumani e diritto internazionale*, n. 2, 2009. Para uma perspectiva comparada, J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, cit., 11 ss.

⁵⁸ Al respeito ver C. CASONATO, F. CEMBRANI, *Il rapporto terapeutico nell'orizzonte del diritto*, en S. Rodotà, P. Zatti, *Trattato di biodiritto*, Milano, Giuffrè, 2011, 64 ss. Sobre o debate desta questão ver também: G. BATTIMELLI, *Nutrizione ed idratazione artificiale (NIA) nei documenti di alcune società scientifiche: una riflessione bioetica*, en *Medicina e morale*, n. 3, 2011; A. SCALERA, *Alimentazione e idratazione artificiale*, en *Studium iuris*, n. 4, 2009; E. COLOMBETTI, *Alimentazione e idratazione artificiale come problema di giustizia*, en *Medicina e morale*, n. 6, 2009.

⁵⁹ Sobre esta questão, G. RAZZANO, *Accanimento terapeutico o eutanasia per abbandono del paziente? Il caso Lambert e la Corte di Strasburgo*, en *Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2015.

paciente como regra geral”⁶⁰. Por isso, em nosso ordenamento (italiano) não existe uma “obrigação à saúde” ou uma “obrigação à vida”⁶¹, exceto nos casos expressamente previstos pela Constituição e, por isso, substancialmente no caso de perigo para a saúde coletiva⁶² ou em cumprimento do dever de defesa da nação⁶³.

No caso de Piergiorgio Welby, a autoridade judicial teve que afrontar o caso da eutanásia passiva já que, ainda que o paciente tenha expressado claramente sua vontade de pôr fim a sua existência, requeria-se uma ação positiva por parte de um terceiro para interromper os tratamentos que o mantinham artificialmente vivo, não podendo ele mesmo interrompê-los artificialmente e, em particular, desconectar-se do respirador que o mantinha artificialmente vivo⁶⁴. O problema era, antes de tudo, a possível responsabilidade penal do profissional de saúde que se ocuparia do desligamento: enquanto que se o desligamento tivesse sido automático não haveria conduta ilícita. A partir daí foi necessário compreender como a conduta dos que se substituíam fisicamente (nos cuidados) ao paciente estava configurada legalmente, segundo a sua vontade mas colaborando efetivamente para a sua morte.

A autoridade judicial resolveu a complexa questão considerando que, o médico que procede o desligamento do respirador está cumprindo com um dever e, por isso, deve estar isento de responsabilidade penal em virtude da exceção a que se refere o artigo 51 do Código Penal (Italiano). Depois de uma primeira acusação formal formulada pelo G.I.P (juiz de Audiência Preliminar) que não aceitou a solicitação de demissão formulada pelo Ministério Fiscal, declarando que não havia fundamento para proceder em relação à posição do profissional de saúde pelo caso em questão⁶⁵.

⁶⁰ Cfr.: Corte Const. n. 88/1979; Corte Const. n. 161/1985; Corte Const. n. 307/1990; Corte Const. n. 471/1990; Corte Const. n. 118/1996; Corte Const. n. 238/1996; Corte Const. n. 257/1996.

⁶¹ Sobre este assunto pode consultar C. TRIPODINA, *Articolo 32*, cit.; A. ALGOSTINO, *I possibili confini del dovere alla salute*, en *Giurisprudenza costituzionale*, n. 5, 1996; M. COSULICH, *La salute fra diritto dell'individuo e interesse della collettività: la questione della responsabilità individuale nella sanità*, 2006, disponibile su www.provinz.bz.it.

⁶² Ver S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 234 ss.

⁶³ Este caso, tampouco parece ser completamente combatido com uma interpretação evolutiva dos princípios constitucionais até agora mencionados, da mutilação da própria pessoa para escapar do serviço militar (Libro II, Título II, Capítulo IV y Artículo 242 do código penal militar de paz e artigos 112 e 115 do código penal de guerra militar). A respeito, P. CURATOLA, *Automutilazione (dir. pen.)*, en *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano, Giuffrè, 1959.

⁶⁴ Cfr. Trib. Roma, decisão del 15.12.2006.

⁶⁵ A respeito ver, A. PIZZORUSSO, *Il caso Welby: il divieto di non liquet*, cit.; P. VERONESI, *Sul diritto a rifiutare le cure salvavita prima e dopo il caso “Welby” - una replica*, cit.; F. VIGANÒ, *Esiste un diritto a “essere lasciati morire in pace”? Considerazioni a margine del caso Welby*, in *Rivista italiana di diritto processuale penale*, 2007; V. POCAR, *Il caso di Piergiorgio Welby e il diritto di autodeterminazione del malato*, en *I diritti dell'uomo*, n. 2, 2007.

A jurisprudência se viu obrigada a fazer um esforço reconstrutivo adicional no caso Eluana Englaro, para decidir o particular percurso no qual a vontade do paciente de recusa dos tratamentos que o mantinham artificialmente vivo não é atual, senão que se expressou nesse sentido antes de que tenha ocorrido a enfermidade incapacitante (neste caso concreto, a menina esteve em estado vegetativo irreversível durante mais de quinze anos) e, por isso, é representada pelo tutor (neste caso, o pai da menina)⁶⁶. A Corte de Cassação considerou que o tratamento de hidratação e alimentação artificiais podiam interromper a situação, sempre que “a condição do estado vegetativo seja embasada em uma apreciação clínica rigorosa, irreversível e que não haja base médica segundo os estandartes científicos reconhecidos internacionalmente, que permitam supor a menor possibilidade de recuperação da consciência, ainda que seja débil e a percepção do mundo exterior”, e que a solicitação formulada pelo tutor “seja realmente expressiva, com base em elementos probatórios claros, unívocos e convincentes da própria voz do paciente, a partir de suas declarações anteriores ou sua personalidade, de seu estilo de vida e de suas convicções, correspondente a sua forma de conceber a ideia de dignidade pessoal, antes de cair em um estado de inconsciência”⁶⁷.

A falha em questão também deu lugar a um acalorado choque institucional (até o ponto de que inclusive se falou de uma verdadeira “competência” entre os poderes do Estado)⁶⁸, com o Presidente da República que se negou a assinar o Decreto-Lei no qual o Governo pretendia proibir a suspensão da hidratação e a alimentação artificiais do paciente em estado vegetativo⁶⁹, a Câmara dos Deputados e Senadores que formularam um conflito de atribuição de competências ao Tribunal de Cassação, considerando sua esfera de atribuição vulnerável com a função legislativa (apelação logo declarada inadmissível pela Corte Constitucional através da Ordenanza n°

⁶⁶ Ver, S. CANESTRARI, F. MANTOVANI, A. SANTOSUOSSO, *Riflessioni sulla vicenda di Eluana Englaro*, em *Criminalia*, 2009; F. G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e progetto di vita*, em *Politica del diritto*, n. 3, 2009; T. GROPPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, em *Politica del diritto*, n. 3, 2009; M. LUCIANI, *L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, em *Politica del diritto*, n. 3, 2009.

⁶⁷ Cfr. Casación Civil, (Secc) I, sentencia n. 21748 del 16 octubre 2007.

⁶⁸ V. TONDI DELLA MURA, *I rischi della competizione regolativa e valoriale fra i diversi poteri dello Stato (riflessioni a margine del “caso Englaro”)*, em *Teoria del diritto e dello Stato*, nn. 2-3. 2009, 380. Sobre el tema véase también V. CERULLI IRELLI, *In margine al caso E.: sui limiti della funzione legislativa*, em *Politica del diritto*, n. 3, 2009; T. GROPPPI, *Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno*, em *Politica del diritto*, n. 3, 2009.

⁶⁹ Sobre a questão ver: M. LUCIANI, *L’emanazione presidenziale dei decreti-legge (spunti a partire dal caso E.)*, em *Politica del diritto*, n. 3, 2009; F. G. PIZZETTI, *Sugli ultimi sviluppi del caso Englaro: limiti della legge e progetto di vita*, em *Politica del diritto*, n. 3, 2009.

334/2008)⁷⁰, e a menina finalmente faleceu enquanto o Senado discutia um projeto de lei que basicamente seguia o conteúdo do decreto que o Presidente da República havia negado a assinar.

A sentença em questão tampouco foi isenta de crítica doutrinária, concretamente foi criticada, em parte pelo suposto princípio da indisponibilidade da vida humana e, por outra parte, pelo princípio da precaução, segundo o qual a única vontade válida do paciente sobre o final da vida é a atual, não podendo outorgar relevância (à vontade) anteriormente manifestada em situações radicalmente diferentes⁷¹. Ainda mais problemático, segundo a reconstrução que ora se está examinando, é o caso no qual a vontade anterior nem sequer é atribuída de maneira unívoca ao paciente, senão que é manifestada por um terceiro (como no caso de Englaro). Em outras palavras, as decisões deste tipo somente podem ser tomadas por aqueles que realmente estão vivendo as complexas situações mencionadas, já que precisamente tais experiências podem mudar profundamente o enfoque individual de questões como o fim da vida e a dignidade humana⁷².

Notadamente, as conclusões finais da Corte Constitucional (Italiana) parecem ser consequência da necessidade de resposta à carência de um grave e persistente vazio jurídico, pela presença de uma prolongada inatividade por parte do legislador para responder às necessidades individuais de um caso concreto e, ademais, estas conclusões parecem estar respaldadas tanto pelas fontes do Direito Internacional Convencional (o Convênio de Oviedo citado anteriormente)⁷³ como pelo Código deontológico médico⁷⁴.

⁷⁰ Sobre esta questão ver, R. ROMBOLI, *Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità*, em *Il Foro.it*, 2009; R. BIN, *Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)*, em *Forum di Quaderni costituzionali*, 2008.

⁷¹ Para as leituras mais críticas do caso e a intervenção da autoridade judicial, ver M. L. DI BITONTO, *Sulla decisione del giudice del caso Englaro e sulle sue implicazioni*, em *Ragiusan*, 2009; P. BECCHI, *L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro*, em *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, n. 3, 2009.

⁷² Sobre o debate relativo à efetiva avaliação dos desejos do paciente e as complexas questões constitucionais que as incluem, podem ser consultadas as profundas reflexões em F. G. PIZZETTI, *Alle frontiere della vita. Il testamento biologico tra valori costituzionali e promozione della persona*, cit., *passim*.

⁷³ O artigo 9º do Convênio estabelece que “se levará em conta os desejos expressados anteriormente à intervenção médica por parte de um paciente que, no momento da intervenção não posso expressar sua vontade”.

⁷⁴ O artigo 34 do Código de ética médica, antes da regulação das declarações antecipadas de tratamento, estabelece que: “O médico deve se manter, em razão de a sua dignidade, liberdade e independência profissional, à vontade de curar, livremente expressado pela pessoa. Se o paciente não puder expressar sua própria vontade, em caso de grave perigo para sua vida, não pode deixar de considerar o que foi manifestado anteriormente pelo paciente”.

Assim, pois, diante do constante silêncio do legislador pelo caso Englaro, foi a autoridade judicial que teve que assumir a responsabilidade de resolver novas e complexas questões relativas ao final da vida. A Corte de Cassação mostrou neste ponto algumas aberturas sobre a possibilidade sobre as quais o sujeito interessado disponha validamente para o futuro sobre os tratamentos de saúde e, por isso, declare *a priori* quais tratamentos pretende aceitar ou recusar nos casos de uma incapacidade futura (a jurisprudência inclusive considerou que para este fim era possível nomear um administrador de apoio)⁷⁵.

De forma diversa, outras experiências puseram ênfase (aparentemente contrárias à tendência), no requisito necessário à atualidade da vontade do enfermo. Neste sentido encontramos, por exemplo, o caso de testemunhas de Jeová que portava uma etiqueta (adesivo) onde contava a descrição “sem sangue”, e ao que, entretanto, foram praticadas transfusões de sangue para salvar-lhe de um grave perigo para sua vida (enquanto estava inconsciente). Em geral, a jurisprudência sobre a recusa das hemotransfusões pelos testemunhas de Jeová, como prática proibida pela sua religião, confirmou a legalidade desta recusa inclusive quando se supõe um grave risco para a vida⁷⁶. Entretanto, o Tribunal de Cassação considerou neste caso que a conduta do profissional de saúde que havia levado a cabo as transfusões sobre a pessoa inconsciente e que, por isso, era incapaz de reiterar sua negativa, era lícita precisamente porque a vontade se expressou em um estado de boa saúde e de forma preventiva, não pode ser considerado válido e atual em uma situação de emergência e grave risco para a vida⁷⁷.

As hipóteses mencionadas das decisões sobre o final da vida se produziram antes da adoção da lei sobre o testamento vital em nosso ordenamento jurídico italiano (contrariamente ao que fizeram muitos outros sistemas jurídicos europeus, como

⁷⁵ Cfr. Casación Civil Secciones Unidas, n. 27145/2008; Trib. Modena, 5.11.2008; Trib. Treviso 1.2011. Véase S. CURRERI, *Lezioni sui diritti fondamentali*, cit., 234 ss.

⁷⁶ Cfr. Tribunal Penal de Apelación de Cagliari, sentença de 13.12.1982. Ver a respeito: V. CRISAFULLI, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, em *Diritto e società*, n. 3, 1982. Entretanto, os pais não podem se opor à negativa em nome e representação da criança, já que neste último caso deve prevalecer o interesse superior da criança, em virtude do chamado “princípio puerocêntrico” disposto no sistema constitucional. Cfr., por todos, Casación Penal Sección I, sentença de 13.12.1983. No mesmo sentido Cfr. Tribunal de Primera Instancia de Roma de 3.4.1997. A respeito ver: G. PELLEGRINO, *Il rifiuto delle trasfusioni da parte dei testimoni di Geova; tra diritto costituzionale all'autodeterminazione in materia sanitaria e attualità del dissenso*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 5, 2009; P. CENDON, *Testimoni di Geova, trasfusioni di sangue e principio di autodeterminazione*, in *Minori giustizia*, n. 4, 2008; G. FACCI, *I testimoni di Geova ed il “dissenso” all’atto medico*, em *Responsabilità civile e previdenza*, n. 1, 2007.

⁷⁷ Cfr. Casación Civil Sección III n. 23676/2008.

Reino Unido, França, Alemanha, os Países Baixos e Espanha⁷⁸) e, pelo contrário, instigaram por diversas maneiras a opinião pública e, com dificuldade, ao legislador a intervir no assunto pelos anos de vazio legislativo. Neste contexto, o Conselho Europeu adotou a resolução nº 1.859 de 25 de janeiro de 2012, a qual se recomenda aos Estados membros (que ainda não tenham feito) de que aprovem, o mais rápido possível, uma lei sobre declarações antecipadas de tratamento de saúde conforme a disposição no Convênio de Oviedo.

Finalmente, o Parlamento italiano, aprovou, não sem demora, a Lei nº 219, de 22 de dezembro de 2017, que contém “Normas em matéria de consentimento informado e disposições relativas ao tratamento prévio”. A Lei tentou dar uma solução completa e orgânica de algumas (ou todas) às questões problemáticas relativas ao fim da vida, incorporando em muitos casos os melhores enfoques da jurisprudência anteriormente descrita. A Lei regula em particular: o consentimento informado; o direito do paciente a recusar o tratamento; a terapia da dor e a sedação profunda; o direito do paciente de recusar a nutrição e hidratação artificiais; os direitos e deveres do médico respectivos à vontade expressa do paciente sobre o tema do fim da vida; a declaração de tratamento antecipada (o direito dos pacientes capazes de entender e querer dispor validamente para o futuro em relação aos tratamentos de saúde que desejam receber nos casos de incapacidade de autodeterminação superveniente)⁷⁹.

Apesar da Lei nº 219/2017 ter realizado um indubitável passo à frente do legislador até uma regulação progressiva sobre os problemas relativos ao final da vida, muitas situações problemáticas seguem “descobertas” e ainda hoje estão fora do âmbito de aplicação da norma vigente, com a consequência natural de que novamente deve ser a autoridade judicial a que supra o vazio normativo, como geralmente ocorre com respeito às questões mais recentes ou controversas⁸⁰.

⁷⁸ A respeito ver: D. VESHI, G. NEITZKE, *Advance directives in some Western European Countries: a legal and ethical comparison between Spain, France, England, and Germany*, en *European Journal of Health Law*, vol. 22, n. 4, 2015. Para uma perspectiva comparada, cfr. El informe *La disciplina del testamento biologico in alcuni Paesi (Francia, Germania, Paesi Bassi, Regno Unito, Spagna, Stati Uniti)*, a cargo del Servicio de Estudios del Senado, março 2009.

⁷⁹ Sobre a lei objeto e exame, pode consultar: C. TRIPODINA, *Tentammo un giorno di trovare un “modus moriendi” che non fosse il suicidio né la sopravvivenza. Note a margine della legge italiana sul fine vita*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1, 2018; A. SANTOSUOSSO, *Questioni false e questioni irrisolte dopo la legge n. 219/2017*, en *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018; C. CASONATO, *Forum: la legge n. 219 del 2017, norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento. Introduzione: la legge 219 fra conferme e novità*, en *Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2018.

⁸⁰ Observa M. DOGLIANI, *Introduzione*, in M. Cavino, C. Tripodina (coord), *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: “casi difficili” alla prova*, Milano, Giuffrè,

Assim surgiu com dramática relevância no recente caso de Fabiano Antoniani (conhecido pelo nome artístico de “DJ Fabo”)⁸¹, um jovem que, em estado de tetraplegia, cegueira e falta de autonomia nas funções fisiológicas naturais, nas condições de irreversibilidade de seu *status*, pediu a seus entes queridos que procedessem a uma forma de suicídio assistido no estrangeiro (na Suíça) para pôr fim a uma vida que pela sua peculiaridade abriu o debate sobre a chamada eutanásia “ativa”, destacando uma vez mais a necessária intervenção legislativa para regulamentar a maneira efetiva os interesses constitucionais implicados.

O caso Cappato – “DJ Fabo”

Fabiano Antoniani ficou tetraplégico e cego depois de acidente de carro, permanecendo em um estado que qualificou de insuportável, ao que se somava a falta de autonomia na respiração e na alimentação, e os constantes e intensos espasmos e dores que sentia diariamente. O ativista e expoente político radical Marco Cappato, entrou em contato com a família Antoniani e lhes informou sobre as práticas de “suicídio assistido” na Suíça e, a pedido desta última, o transportou em carro até uma clínica na Suíça, onde se submeteu a um procedimento de eutanásia “ativa” (suicídio assistido medicamente), legal naquele ordenamento. Logo depois, Cappato se autodenunciou abertamente diante do Ministério Fiscal da República, com o propósito de iniciar um processo judicial através do qual esperava sensibilizar o legislador e a opinião pública sobre a contínua falta de regulação acerca dos temas relativos ao final da vida.

A Fiscalização, depois de abrir um expediente sobre o caso, pediu a demissão (apoiando-se para tanto na interpretação restritiva do artigo 580 do Código Penal, segundo o qual a ajuda ao suicídio relevante seria somente quanto se realiza na “fase executiva” da vontade suicida, e não também na fase meramente inicial), e subsidiariamente que se inserisse a questão da constitucionalidade do crime de ajuda ao suicídio⁸². O juiz da Indagação Preliminar, entretanto, recusou a solicitação e, em

2012, 2, que isto acontece com frequência naqueles casos que estão "nos limites do compromisso constituinte".

⁸¹ Pensado também nos recentes casos “estrangeiros” como o de Charlie Gard. Sobre este caso ver: D. SERVETTI, *Dopo Charlie e gli altri “casi Gard”, ripartiamo da alcune domande*, en *Corti supreme e salute*, n. 1, 2018.

⁸² Cfr. Fiscalía de la República de Milán, Petición de Archivo de 26 de abril de 2017, proc. 9609/2017 R.G.N.R., PP. MM. Siciliano e Arduini, indagato Cappato. Sobre la solicitud en cuestión véase P.

seu lugar, ordenou a imputação pelo crime de ajuda ao suicídio, conforme artigo 580 do Código Penal (Italiano) pela ação de que Cappato tenha reforçado a vontade suicida de Fabiano Antoniani, concretamente, sugerindo a possibilidade de recorrer ao suicídio assistido na Suíça, colocando-o em contato com a clínica Dignitas (que lhe havia proporcionado o material informativo) e transportando-o fisicamente até a clínica. Em efeito, o artigo 580 do Código Penal pune, além dos que instigam outra pessoa ao cometimento do suicídio, todo aquele que facilite “de qualquer maneira” o suicídio⁸³.

Ademais, cabe destacar que o comportamento daqueles que simplesmente se limitam a acompanhar alguém a uma clínica suíça para levar a termo um suicídio assistido tenha sido considerado penalmente irrelevante, com relação ao artigo 580 do Código Penal (Italiano), pelo Tribunal de Vicenza somente uns anos antes⁸⁴.

De qualquer modo, o juízo que foi celebrado diante do Tribunal Penal de Milão, de onde uma vez celebrada a Fiscalização solicitou a absolvição do acusado. Entretanto, o Tribunal considerou que devia assumir a questão da constitucionalidade do crime a que se refere o artigo 580 do Código Penal, pois se é certo que Cappato não havia reforçado a intenção de se suicidar de Fabiano Antonioni (intenção que o mesmo já havia amadurecido de forma independente em um momento prévio ao contato com o acusado), o que exclui a ocorrência do crime de incitação ao suicídio, não há dúvida de que sim havia facilitado a conduta suicida, de modo que devia considerar-se que subsistia em termos abstratos, o delito de ajuda ao suicídio⁸⁵.

O Tribunal considerou que o crime de ajuda ao suicídio deveria ser entendido como suspeito de inconstitucionalidade:

-na parte em que se incriminam a conduta de ajuda ao suicídio como uma alternativa à conduta de instigação e, por isso, independentemente de sua contribuição à determinação ou ao reforço da vontade do suicídio, considerando que esta norma

BERNARDONI, *Tra reato di aiuto al suicidio e diritto ad una morte dignitosa: la Procura di Milano richiede l'archiviazione per Marco Cappato*, em *Diritto penale contemporaneo*, n. 5, 2017.

⁸³ Cfr. ordenanza del Juez de la Indagación Preliminar de Milano, 10 julio 2017, juez Gargiulo, Imp. Cappato. Sobre la ordenanza objeto de examen puede consultarse P. BERNARDONI, *Aiuto al suicidio: il G.I.P. di Milano rigetta la richiesta di archiviazione e dispone l'imputazione di Marco Cappato*, em *Dirittopenalecontemporaneo*, nn. 7-8, 2017.

⁸⁴ Cfr. Tribunal de Vicenza, sentença de 2 março 2016.

⁸⁵ Cfr. Tribunal Penal de Milano, ord. 14 fevereiro 2018, Presidente Mannucci Pacini, Juez Simi De Burgis, Imputado Cappato). Sobre la ordenanza objeto de examen M. FORCONI, *La Corte d'Assise di Milano nel caso Cappato: sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 580 c.p.*, em *Diritto penale contemporaneo*, n. 2, 2018.

contrasta com os artigos 2º, 13, parágrafos primeiro e 117 da Constituição Italiana (em relação com os artigos 2º e 8º do CEDH, segundo a interpretação do Tribunal de Estrasburgo);

-na parte na qual se estabelece que a conduta de facilitação da execução do suicídio que não afete o processo deliberativo do potencial suicida pode ser sancionada com um pena de prisão de 5 a 10 anos, sem distinção em relação à conduta de instigação, considerando que esta norma contrasta com os artigos 3º, 13, 25 parágrafo segundo, e 27 parágrafo terceiro da Constituição (Italiana).

O Tribunal de Milão mencionou os casos Englaro e Welby e a jurisprudência do TEDH nos casos *Haas v. Suíça* de 2011 e *Gross v. Suíça* de 2014, como apoio para sustentar que, à luz da nova sensibilidade social e legal sobre o direito do indivíduo em decidir acerca de sua dignidade e o final de sua própria existência (também à luz da aprovação da Lei nº 219/2017 anteriormente mencionada, e à luz dos princípios constitucionais que indubitavelmente inspiraram esta fonte), não se pode considerar que a simples facilitação do suicídio seja idôneo produzir um dano real aos direitos fundamentais do indivíduo.

Essencialmente, o Tribunal considerou que, as disposições combinadas do princípio dos direitos de personalidade (artigo 2º da Constituição Italiana), do direito à liberdade pessoal (artigo 13 da Constituição), do direito à autodeterminação com respeito à assistência de saúde (artigo 32 da Constituição), à luz da jurisprudência do TEDH embasada nos artigos 2º e 8º do CEDH (como parâmetro interposto de conformidade com o artigo 117, inciso I, da Constituição) somente podem levar à conclusão de que no ordenamento constitucional (italiano) existe um verdadeiro direito a “decidir por quais meios e em que momento terminará a própria vida”.

O Tribunal também considerou inaceitável, por exemplo o artigo 3º da Constituição (Italiana), que as condutas de incitação ao suicídio e a mera ajuda ao suicídio sejam punidas com a mesma pena⁸⁶.

A questão foi tratada pela Corte Constitucional (Italiana) através da sentença nº 217/2018, na qual se considerou que:

⁸⁶ Para uma ampla reconstrução dos conteúdos da ordenanza e as questões jurídicas a partir delas implicadas, ver: R. ROMBOLI, *In tema di istigazione al suicidio*, en *Il Foro italiano*, n. 6, 2018; A. MASSARO, *Il “caso Cappato” di fronte al giudice delle leggi: illegittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio?*, en *Diritto penale contemporaneo*, 14 junho 2018.

- do artigo 2º da Constituição (e, no mesmo sentido, do artigo 2º do CEDH), o Estado tem o dever de proteger a vida de todas as pessoas, mas tais disposições não é possível extrair, entretanto, o direito oposto a obter do Estado ou de terceiros uma verdadeira “ajuda para morrer”. A postura da Corte Constitucional parece estar casada neste ponto com a reconstrução do TEDH no mencionado caso Pretty, no sentido de que não existem um “direito para morrer”⁸⁷ no nosso ordenamento italiano (ou no convencional).

- a norma penal a qual se refere o artigo 580 do Código Penal (Italiano) tem por objeto a proteção de interesses dignos de tutela no ordenamento constitucional e, mais concretamente, a proteção da vida da pessoa humana, que, segundo à Corte Constitucional, deve ser considerado um “valor em si mesmo”. Isto também se aplica à parte na qual o artigo 580 considera penalmente relevante a mera ajuda material ao suicídio;

- não há contradição entre o artigo 580 do Código Penal e o artigo 8º do CEDH, que protege o direito de toda pessoa referente a sua vida privada e familiar. É certo que o TEDH declarou que a proibição, penalmente sancionada, de ajudar a outros ao suicídio pode constituir uma ingerência no direito em questão, mas também é certo que podem introduzir limitações ao tal direito justificadamente com a finalidade de “proteger os direitos e liberdades dos demais”, especialmente no que se refere à proteção das pessoas mais debilitadas e vulneráveis. A Corte Constitucional considera, em essência, que a regulamentação das questões examinadas devem ser reconduzidas à margem da apreciação dos Estados;

- consequentemente, a incriminação da ajuda ao suicídio não pode ser considerada constitucionalmente ilegal.

Entretanto, a Corte Constitucional admite que exista um caso particular, pelo qual se pode introduzir um tratamento diferenciado, extraído do artigo 3º da Constituição (Italiana), para o caso de uma pessoa que: (a) sofre uma patologia irreversível; (b) é submetido a sofrimento físico ou psicológico, que considera absolutamente intolerável; (c) mantém-se com vida mediante tratamentos de assistência vital; (d) é capaz de tomar decisões de maneira livre e consciente. Assim,

⁸⁷ Sobre tal questão ver U. VERONESI, *Il diritto di morire. La libertà del laico di fronte alla sofferenza*, Milano, Mondadori, 2006; C. TRIPODINA, *Quale morte per gli “immersi in una notte senza fine”? Sulla legittimità costituzionale dell’aiuto al suicidio e sul “diritto a morire per mano d’altri”*, en *Rivista di BioDiritto*, 2018.

em casos desse tipo, a assistência por parte de terceiros para pôr fim a sua própria vida se converte para o enfermo na única maneira possível de evitar uma vida artificial não desejada que tem direito a recusar em conformidade com o artigo 32 da Constituição, de acordo com seu próprio conceito subjetivo da própria dignidade.

Concretamente em relação a este caso específico, a Corte observa que:

- a Lei 219/2017 reconhece o direito a recusar ou interromper qualquer tratamento de saúde, inclusive ainda que seja indispensável para a manutenção da vida, referindo-se expressamente à noção de “tratamento de saúde” para a hidratação e à alimentação artificiais. Entretanto, a norma vigente não permite ao médico, incluída a petição expressa do paciente neste sentido, administrar tratamentos dirigidos em não aliviar o sofrimento, senão a causar a morte (salvo em casos especiais e já mencionados relativos à chamada “terapia da dor” com referência aos enfermos terminais, para os quais em qualquer caso, como já foi dito, não se pode falar de eutanásia ativa);

- à luz do marco anteriormente descrito, resulta que o paciente se vê materialmente obrigado a passar por um processo lento e doloroso para seus entes queridos, frequentemente incompatíveis com uma determinada visão da própria dignidade em relação com a vida e a morte;

- “a proibição absoluta de ajuda ao suicídio termina limitando a liberdade e autodeterminação do enfermo na escolha dos tratamentos, incluídas as destinadas a libertá-lo do sofrimento derivado dos artigos 2º e 13 e do parágrafo segundo do artigo 32 da Constituição (Italiana), impondo uma única modalidade de se despedir da vida, sem que esta limitação possa ser considerada preestabelecida para a proteção de outros interesses constitucionalmente tuteláveis, com a conseqüente vulnerabilidade do princípio da dignidade humana, assim como os princípios de razoabilidade e igualdade atendendo as mais diversas condições subjetivas.

Entretanto, a Corte Constitucional (Italiana) não considerou que pudesse intervir diretamente para remediar a situação mediante a “mera expulsão do âmbito de aplicação da disposição penal para aqueles casos em que os que se concedem ajudas a pessoas cumprem as condições anteriormente descritas”. De fato, tal solução havia criado um vazio jurídico no qual a Corte teme que podiam ser criados espaços que dessem lugar a formas de abusos.

Por conseguinte, a Corte Constitucional (Italiana) considerou que o que define como “ponderações delicadas”, que necessariamente envolvem as questões relativas ao final da vida, corresponde inicialmente ao Parlamento, na sua qualidade de titular do poder legislativo, enquanto que a tarefa do Tribunal consiste em verificar *ex post* a constitucionalidade das decisões adotadas pelo Parlamento. A Corte Constitucional também afirma que a solução normal no tal caso deveria consistir na inadmissibilidade da questão de constitucionalidade elevada pelo tribunal nacional, advertindo ao legislador de que adotar as normas necessárias, posto que ao contrário, o pronunciamento de uma decisão de inconstitucionalidade não evitaria que tornasse a ser pleiteada no futuro, se o legislador não considere em si sua função.

Não obstante, “para evitar que a norma possa encontrar aqui uma aplicação, a médio prazo, deixando em todo caso ao Parlamento a possibilidade de adotar as decisões necessárias, que em princípio se deixam a sua discricção – sem prejuízo da necessidade de garantir a proteção do enfermo dentro dos limites estabelecidos por este pronunciamento”, a Corte Constitucional (Italiana) considerou que “deveria fazê-lo de outra maneira, apoiando-se em suas competências para gerir o processo constitucional”: ou seja, ordenar o adiamento da sentença em curso, fixando uma nova discussão sobre as questões de legitimidade constitucional na audiência de 24 de setembro de 2019, ao fim da qual será possível avaliar a possível existência de uma lei que regule a matéria em conformidade com as necessidades de tutela indicadas”. A Corte Constitucional especificou que, sem prejuízo da suspensão do procedimento principal, “nos demais procedimentos, corresponderá aos tribunais valorar se, à luz do indicado na presente sentença, questões similares de legitimidade constitucional da disposição em questão devem ser consideradas relevantes e não manifestamente infundadas, com a finalidade de evitar a aplicação parcial da mesma disposição no presente caso”.

A sentença examinada tem sido objeto de algumas críticas por parte da doutrina que a tem definido como “evasiva”⁸⁸, “passiva”⁸⁹, concretamente como norma de “inconstitucionalidade diferida”⁹⁰.

⁸⁸ Neste sentido A. RUGGERI, *Pilato alla Consulta: decide di non decidere, per lo meno per ora... (a margine di un comunicato sul caso Cappato)*, en *Consulta online*, n. 3, 2018.

⁸⁹ Nesta linha se pronuncia U. ADAMO, *La Corte è ‘attendista’... « siriviéndose de sus intereses en la gestión del proceso constitucional»*. *Nota de la Corte Const. ord. n. 207 del 2018*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, 23 novembro 2018.

⁹⁰ Neste sentido M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, en *Questione giustizia*, 19 novembro 2018.

De acordo com esta reconstrução, a Corte Constitucional elegeu deliberadamente um caminho de “inacção”, permitindo a superveniência de uma norma que ela mesma considerada inconstitucional (ainda que somente seja segundo a interpretação do juiz a quo e, por isso, do Direito vivo) para evitar uma invasão das competências legislativas do Parlamento, evitando assim a aparição de um novo choque sobre a usurpação (ou presumida usurpação) da função de produção normativa por parte dos juizes (um choque que, como ficou refletido, havia caracterizado precisamente os casos mais destacados do debate sobre o fim da vida).

Pelo contrário, outro setor doutrinário criticou uma “invasão de campo” por parte da Corte Constitucional (Italiana), que havia tentado “forçar a mão” do legislador, indicando um caminho muito preciso para o próximo exercício da discricionariedade política, um caminho considerado perigoso no sentido de que pretende legalizar, em última instância, as formas de suicídio assistido⁹¹. Nestes termos, segundo a tese examinada, seria ilegítimo reduzir a margem de discricionariedade que ostenta o legislador pela mão da Corte, que substancialmente já havia eleito os valores nos quais posteriormente se embasaria o próximo exercício do poder legislativo.

Posto que, de antemão, no plano jurídico uma sentença interpretativa de rejeição, de aceitação, ou inclusive de manipulação, talvez tivesse sido mais apropriada. Entretanto, parece que a Corte não quis invadir o âmbito da discricionariedade política do legislador, especialmente na questão ética particularmente delicada. Por isso, adotou uma solução particularmente criativa, e tomando emprestado o instrumento da “advertência ao legislador” impondo-lhe um prazo para levar a cabo sua função, instrumento previsto em outros ordenamentos jurídicos europeus e ocidentais (por exemplo, Alemanha e Canadá) mas ainda desconhecido para a justiça constitucional italiana⁹².

Ademais cabe assinalar que a peculiar solução finalmente adotada pelo Tribunal talvez poderia ser sintomática de uma divisão interna em seu próprio seio ao tratar sobre a questão especialmente complexa e delicada desde o ponto de vista ético-moral,

⁹¹ Sobre o temo ver G. RAZZANO, *La Corte costituzionale sul caso Cappato: può un’ordinanza chiedere al Parlamento di legalizzare il suicidio assistito?*, en *Diritti fondamentali.it*, n. 1, 2019.

⁹² Ver, J. LUTHER, *The judge’s power over life and death*, cit.; M. BIGNAMI, *Il caso Cappato alla Corte costituzionale: un’ordinanza ad incostituzionalità differita*, cit.

que não pode, como é compreensível deixar imunes nem mesmo os juízes constitucionais.

Mas o que fará a Corte Constitucional se, tal como já parece extremamente provável, a data fixada para a Audiência o legislador não estiver pronto para reformar a matéria segundo os Princípios do Direito que lhe foram impostos? Em efeito parece difícil esperar que, no pouco tempo que falta antes de que vença o prazo indicado pela Corte, o Parlamento possa aprovar a proposta de lei de iniciativa popular na matéria (que atualmente está sendo examinada na Comissão na Câmara), ou ainda o projeto de lei sobre a mesma matéria apresentada no Senado (para o qual, entre outras coisas, o exame na Comissão todavia não começou).

Enfatizou-se que as distintas opções que provavelmente se coloquem sobre a mesa sejam quatro: uma declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo (580) do Código Penal, na parte em que se estabelece a pena mínimo de 5 anos também para a ajuda ao suicídio; uma declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 580 do Código Penal, na medida em que equipara a mera facilitação à instigação ao suicídio; uma declaração de inconstitucionalidade parcial do artigo 580 do Código Penal na medida em que sanciona o suicídio assistido, inclusive se o ato final se realiza em um Estado em que tal prática é legal, uma declaração de inconstitucionalidade do artigo 580 do Código Penal, na medida em que já não respeita os princípios de igualdade, liberdade e razoabilidade, com a advertência ao Parlamento sobre uma nova regulamentação da matéria e do poder de suspensão das sentenças pendentes diante das autoridades judiciais (cujo exercício, entretanto, parece ser, neste caso, obrigatório)⁹³.

Apesar das compreensíveis críticas que foram feitas sobre o pronunciamento em questão, o certo é que, em uma conjuntura política e social na qual o circuito das decisões democráticas no âmbito da representação política estão frequentemente deslegitimadas pelo corpo social⁹⁴, há de se valorizar positivamente a eleição da Corte Constitucional de reforçar o papel do legislador e, por outro lado, de responsabilizar pela adoção de decisões públicas.

⁹³ Ver: J. LUTHER, *The judge's power over life and death*, cit., 14.

⁹⁴ Sobre este tema permita o encaminhamento a P. BILANCIA, *Crisi nella democrazia rappresentativa e aperture a nuove istanze di partecipazione democratica*, en P. Bilancia (a cura di), *Crisi della rappresentanza politica nella democrazia contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2018.

Por fim, resulta extremamente importante que o Parlamento torne a se apropriar de seu papel central em relação a posições que sem dúvida podem ser complexas e divisórias desde as diferentes perspectivas, mas que, precisamente por esta razão, requerem um espaço irreduzível a favor da reconciliação e o equilíbrio dos interesses constitucionais implicados no âmbito da discricionariedade política.

O papel “alternativo” e “residual” que a Corte Constitucional desenhou para si mesma no presente caso, lido a partir desta perspectiva, não parece carente de perfis apreciáveis de prudência e sensibilidade institucional.

24. POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE TECNOLOGIA NA PERSPECTIVA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

PUBLIC POLICIES FOR ENCOURAGING THE INTERNATIONAL TRANSFER OF TECHNOLOGY IN THE PERSPECTIVE OF THE HUMAN DIGNITY



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-24>

Dionis Mauri Penning Blank¹

Sérgio Augusto da Costa Gillet²

RESUMO

Conquanto a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima atribua importante papel à cooperação internacional, no que diz com a transferência de tecnologias, reconhecendo se tratar de elemento constante do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, inexistente uma autoridade supranacional com capacidade coercitiva para impor medidas para o devido cumprimento de obrigações impostas. Este trabalho tem por objetivo identificar a importância da formulação de políticas públicas de incentivo à transferência internacional de tecnologia na perspectiva da dignidade da pessoa humana. Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Nessa direção, o acesso, a promoção e a difusão da transferência de tecnologia têm sido peças-chave das políticas públicas, as quais devem ter como alvo um processo de inovação que crie valor, tanto econômico como social, facilitando o investimento direto estrangeiro, o comércio, a educação e a competitividade, juntamente com políticas macroeconômicas.

Palavras-chave: políticas públicas; transferência internacional de tecnologia, dignidade da pessoa humana.

¹ Doutorando em Direito pela PUCRS. Especialista em Direito Ambiental e Mestre em Ciências e em Memória Social e Patrimônio Cultural pela UFPel. Bolsista CAPES. Assessor de Desembargador no TJRS. E-mail: dionisblank@gmail.com

² Doutorando e Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Bolsista CAPES/PROEX. Professor nas Especializações da PUCRS. Advogado. E-mail: sergio.gillet@gmail.com

ABSTRACT

While the United Nations Framework Convention on Climate Change attaches an important role to international cooperation, as regards technology transfer, recognizing that it is a constant element of the principle of common but differentiated responsibilities, there is no supranational authority with coercive capacity to impose measures for the due fulfillment of imposed obligations. This paper aims to identify the importance of the formulation of public policies to encourage the international transfer of technology in the perspective of the dignity of the human person. For this, the method of deductive approach, the method of monographic procedure and the techniques of bibliographic and documentary research were used. In this direction, the access, promotion and diffusion of technology transfer have been key parts of public policies, which should aim at an innovation process that creates economic and social value, facilitating foreign direct investment, trade, education and competitiveness, along with macroeconomic policies.

Keywords: public policies; international transfer of technology, human dignity.

INTRODUÇÃO

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima dispõe sobre necessidade de transferência de tecnologias como um compromisso acordado por todos os países, contudo inexistente uma autoridade supranacional com capacidade coercitiva para impor medidas para o devido cumprimento de obrigações impostas aos Estados no âmbito internacional.

Nessa perspectiva, o acesso, a promoção e a difusão da transferência de tecnologia têm sido peças-chave das políticas públicas, as quais devem ter como alvo um processo de inovação que crie valor, tanto econômico como social, facilitando o investimento direto estrangeiro, o comércio, a educação e a competitividade, juntamente com políticas macroeconômicas, incluindo as políticas monetárias.

Paralelamente, dentro de um contexto de neutralização ou pelo menos redução de efeitos negativos e muitas vezes causadores de violações da dignidade da pessoa humana, não se pode olvidar da segurança jurídica na formulação de políticas públicas diante da vedação do retrocesso.

Sendo assim, este trabalho tem por objetivo identificar a importância da formulação de políticas públicas de incentivo à transferência internacional de tecnologia na perspectiva da dignidade da pessoa humana. Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental e dividiu-se a pesquisa em dois tópicos principais, a saber, a transferência internacional de tecnologia ambiental saudável e as políticas públicas de incentivo à transferência internacional de tecnologia.

A TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE TECNOLOGIA AMBIENTALMENTE SAUDÁVEL

Embora o Direito tenha sofrido um abalo em seu modo tradicional de formulação, pautado na certeza científica, há que se lembrar que a ciência jurídica não é imóvel e imutável. O Direito adapta-se aos novos tempos e à nova realidade, amplia seus horizontes para além das fronteiras nacionais, adequando seus instrumentos para garantir que as decisões políticas frente aos perigos e riscos sejam efetivamente tomadas e respeitem os valores básicos e mais caros da sociedade, reconhecidos e positivados na ordem constitucional, que vinculam todos os poderes estatais e devem nortear essas decisões: os direitos fundamentais, conforme indica Christofoli (2015, p. 144). Afinal, a complexidade da sociedade “[...] obriga o jurista constitucional a preocupar-se com o espaço entre a técnica e o Direito de forma a evitar que este espaço se transforme numa terra de ninguém jurídica”, nos termos de Canotilho (2000, p. 27).

Nesse norte, há, de fato, a necessidade de se reconhecer os deveres ambientais para o fim de se enfrentar as causas dos “novos” problemas ecológicos, como as mudanças climáticas e os seus riscos sociais e ambientais, consoante enfatizam Sarlet e Fensterseifer (2012, p. 138). O Estado, porém, “[...] não pode ser o herói objetivando garantir a eliminação total do risco”, situando-se a alternativa entre o risco aceitável e o risco inaceitável, conforme Morato Leite e Ayala (2014, p. 40).

O enfrentamento do aquecimento global exige a adoção de ações tanto no plano doméstico quanto no internacional. Para tanto, alguns autores defendem a existência de um novo tipo de Direito, o Direito das Mudanças Climáticas, com instrumentos jurídicos aptos para tratar de questões relacionadas ao controle das causas de tal

fenômeno, regulação de atividades que busquem mitigar seus efeitos adversos e orientação de ações para adaptação, segundo leciona Macías Gomez (2010, p. 10).

Por essas razões, além de se considerar a existência de um dever de proteção perante as mudanças climáticas, também se considera mais adequado utilizar a expressão Direito das Mudanças Climáticas, em vez de Direito Ambiental do Clima ou Direito Ambiental das Mudanças Climáticas. Ainda assim, como o Direito das Mudanças Climáticas tem uma origem histórica e íntima relação com o Direito Ambiental, o cumprimento dos deveres de proteção pelo Estado é realizado a partir de instrumentos regulatórios semelhantes, conforme Christofoli (2015, p. 63-64).

Quando se trata da relação entre Direito e mudanças climáticas não se discute um novo direito, no sentido objetivo, tampouco se estabelece a ilicitude de alguma nova conduta ou ainda novas hipóteses de responsabilidade. Apenas se constata que aqueles atos ambientalmente ilícitos, já assim afirmados pela legislação em vigor, causam danos muito mais relevantes do que se imaginava antes da compreensão dos mecanismos de aquecimento do planeta. Assim, o Direito das Mudanças Climáticas é, antes de tudo, uma nova tomada de postura do discurso jurídico frente a uma realidade que as ciências “duras” são agora capazes de demonstrar, conforme Bello Filho (2009, p. 10).

Com efeito, não há mais espaço para o ceticismo. O ritmo no qual as alterações no regime climático vêm ocorrendo não tem precedentes na história recente, com indícios de que chegará a níveis muito preocupantes para o controle ambiental e para os mecanismos do governo internacional. Atualmente, não mais existe dúvida de que a atividade humana modificou e vem modificando a composição química da atmosfera e de que os países industrializados foram os responsáveis pela maior parte das emissões históricas e pelo volume desproporcional das atuais, lançando-se dúvida sobre os impactos dessa perigosa mudança climática, nos termos destacados por Sirvinskas (2017, p. 316).

Nessa perspectiva, como proposta de mitigação e adaptação às mudanças climáticas ganha espaço o desenvolvimento, a difusão e a transferência de tecnologias ambientalmente saudáveis, que são aquelas reconhecidas como protetoras do meio ambiente, menos poluentes, exploradoras de todos os recursos de maneira mais sustentável, que reciclam mais seus resíduos e produtos, além de tratar os dejetos

residuais de uma forma mais aceitável do que as tecnologias que vieram substituir, segundo a Agenda 21 das Nações Unidas

Destaca-se, no âmbito da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, que, entre os compromissos gerais assumidos, os Estados devem promover e cooperar para o desenvolvimento, a aplicação e a difusão, inclusive através da transferência de tecnologias que controlem, reduzam ou previnam as emissões antrópicas de Gases de Efeito Estufa (GEE) em todos os setores, especialmente quanto à energia. Entre tais obrigações, relacionadas ao princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, indica-se a necessidade de cooperação internacional, com destaque para a transferência de tecnologias, além de atribuir o cumprimento das obrigações pelos países em desenvolvimento ao cumprimento pelos países desenvolvidos dessa necessidade, consoante o relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio de Desenvolvimento (UNCTAD, 2014, p. 50).

Nessa direção, trata-se de um instrumento no qual não se decidiu por metas concretas de redução pelos Estados na emissão de Gases de Efeito Estufa (GEE), sendo que o próprio documento estabeleceu um quadro institucional para o desenvolvimento progressivo de um regime de alterações climáticas mais abrangente, devendo os Estados signatários promoverem periodicamente uma conferência (Conferência das Partes), em que são tomadas as decisões necessárias para a sua efetiva implementação. No entanto, inexistente um sistema preciso para o seu cumprimento, podendo-se cogitar de valor legal insignificante.

Sendo assim, a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas esbarra em um instrumento que não exige a demonstração efetiva da transferência, contentando-se com a mera adoção de medidas possíveis.

Ainda, é preciso mencionar que não se cuida de simples transferência de tecnologia em si, mas também de disponibilidade de informações científicas e técnicas que propiciem a escolha e o uso adequados, com destaque à formulação de políticas públicas, no âmbito de cada Estado, a fim de incentivar, especialmente, o setor privado a promover o acesso às suas tecnologias, sem desconsiderar os impactos que a proteção dos direitos de propriedade intelectual causa nesse processo de transferência de tecnologias, em que pese tais direitos ainda careçam de maior harmonização para se obter um cenário favorável à mitigação e à adaptação às mudanças climáticas, que são tidas como o maior problema ambiental contemporâneo.

Nesse ínterim, ressalta-se o enfrentamento de questões paralelas à delimitação do tema pela literatura, especialmente no tocante à possibilidade de que os direitos de propriedade intelectual, dentre os quais se destaca as patentes, estabeleçam um ponto de contato entre interesses econômicos e interesses socioambientais, principalmente em relação à transferência internacional de tecnologias do setor energético, voltadas à mitigação das mudanças climáticas, segundo demonstra Batista (2017, p. 145).

De qualquer forma, dentro da lógica de um Direito das Mudanças Climáticas, há muito para ser construído, justamente porque não existe o enfrentamento direto acerca da análise da (in)efetividade da transferência de tecnologias ambientalmente saudáveis para mitigação e adaptação às mudanças climáticas em um ambiente global entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

Demais, o consumo de energia tende a crescer significativamente, em especial nos países em desenvolvimento, de modo que, para se providenciar serviços energéticos essenciais aos seres humanos, mas de maneira sustentável, é necessária uma grande mudança na forma como a energia é produzida e consumida. Assim, é imprescindível o aumento na utilização de fontes renováveis para a geração de energia ser apontada como um caminho para o desenvolvimento sustentável, para permitir o crescimento da demanda por serviços energéticos e, conseqüentemente, o crescimento econômico de um Estado, ao mesmo em que se reduz as emissões de Gases de Efeito Estuda (GEE) na atmosfera, de acordo com Batista (2017, p. 34).

O direito ao desenvolvimento sustentável, na sua perspectiva objetiva, traduz a proteção do núcleo essencial de direitos fundamentais, como a vida, a saúde e o meio ambiente equilibrado, e do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se coaduna com políticas públicas antropocêntricas ou egocêntricas em sentido estrito. Deve ser uma miscelânea de ambas, marcado por uma abordagem holística. O direito – e também dever – fundamental ao desenvolvimento sustentável, na era das mudanças climáticas está calcado nos pilares da inclusão social (orientado pelo princípio da dignidade da pessoa humana), da tutela do meio ambiente, do desenvolvimento econômico (tendo como base uma economia verde, de baixo carbono) e da boa governança, conforme Wedy (2017, p. 362-368).

A principal barreira contra sua utilização é que as tecnologias conhecidas de baixa ou não emissão de Gases de Efeito Estufa (GEE) – por exemplo, para transformação de energia solar e eólica, conversão de biomassa com alto rendimento e

de aparelhos que melhoram a eficiência energética etc. – estão geralmente disponíveis apenas em países desenvolvidos. Por isso, é muito difícil para a maioria dos países em desenvolvimento promover uma mudança rápida de sua produção intensiva em carbono e aumentar seus níveis de eficiência. Tecnologias e *know-how* que reduzam a vulnerabilidade e aumentem a resiliência aos efeitos adversos da mudança do clima – por exemplo, sistemas de diques mais avançados, sofisticados sistemas de alerta precoce etc. – também são raros no hemisfério sul. Nesse sentido, a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima estabelece um compromisso comum a todas as partes – levando em conta suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas, e suas prioridades nacionais e regionais – para promoverem e cooperarem no desenvolvimento, na aplicação, na difusão e na transferência de tecnologias, práticas e processos que possam reduzir as emissões de Gases de Efeito Estufa (GEE), consoante aponta Motta (2011, p. 405-406).

AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCENTIVO À TRANSFERÊNCIA INTERNACIONAL DE TECNOLOGIA

Giddens (2010, p. 100) aponta que “Alguns ambientalistas afirmam que as sociedades democráticas liberais não estão preparadas para lidar com problemas ecológicos especialmente com a mudança climática, dado o caráter abrangente das reformas sociais e econômicas que serão necessárias”, respondendo negativamente à possibilidade de formulação de políticas a longo prazo nessas sociedades, tendo em conta a concentração da maioria dos cidadãos nos problemas imediatos de suas vidas.

Capra e Mattei (2018, p. 248), defendendo a ideia de uma revolução ecojurídica, identificam que “[...] o que é sustentado numa comunidade sustentável não é o desenvolvimento econômico ou a vantagem competitiva, mas toda a rede da vida da qual depende nossa sobrevivência no longo prazo”, argumentando, em outras palavras, que uma comunidade sustentável é planejada de forma que o seu modo de vida, suas atividades comerciais, sua economia, suas estruturas físicas e suas tecnologias não interfiram na capacidade de manutenção da vida, intrínseca à natureza, mas, ao contrário, facilitem sua força generativa.

O relatório da Organização das Nações Unidas (ONU) apresentado na Conferência do Clima em Paris, no ano de 2015, descreveu que os impactos nocivos das

mudanças climáticas seriam uma ameaça direta à vida humana e à segurança, como formas mais progressivas de degradação ambiental, prejudicando o acesso à água limpa, alimentos e outros recursos. Dessa forma, segundo o relatório, as mudanças climáticas terão um efeito profundo sobre os direitos humanos de bilhões de pessoas, sendo importante que eles continuem contribuindo para a tomada de decisões mais justas sobre a utilização e proteção dos recursos ambientais.

Nesse sentido, conforme destaca Sarlet (2011, p. 172), considerando a cada vez maior facilidade de acesso às comunicações e informações, bem como a capacidade de consumo de parte da população mundial, pode-se também falar “[...] numa correspondente globalização da dignidade e dos direitos fundamentais, sem a qual, em verdade, o que teremos cada mais é a existência de alguns ‘homens globalizantes’ e uma multidão de ‘homens globalizados’”, revelando-se a dignidade da pessoa humana como um impeditivo à violação, visto que permite a substituição de padrões normativos absolutos e estritos por referenciais normativos flexíveis e compatíveis com a salvaguarda da identidade na diferença.

Dessa forma, a humanização e civilização da globalização econômica, dentro de um contexto de neutralização ou pelo menos redução de efeitos negativos e muitas vezes causadores de violações da dignidade da pessoa humana, passa pela ideia da segurança jurídica na formulação de políticas públicas diante da proibição do retrocesso. “[...] para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional, como dão conta as diversas manifestações deste princípio nos diferentes documentos supranacionais”, consoante menciona Sarlet (2012, p. 442-443).

A Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima prevê em seu texto a necessidade de transferência de tecnologias como um compromisso acordado por todos os países, especialmente no que diz com o auxílio dos países desenvolvidos aos países em desenvolvimento, dispondo que os primeiros devem adotar todas as medidas possíveis para promover, facilitar e financiar, de acordo com a particularidade de cada caso, a transferência ou o acesso a tecnologias e conhecimentos técnicos ambientalmente saudáveis.

Apesar de a Convenção atribuir importante papel à cooperação internacional, mais especificamente à transferência de tecnologias entre países desenvolvidos e

países em desenvolvimento, na implementação do desenvolvimento sustentável, reconhecendo se tratar de elemento constante do princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, inexistente uma autoridade supranacional com capacidade coercitiva para impor medidas para o devido cumprimento de obrigações impostas aos Estados no âmbito internacional, segundo enfatiza Batista (2017, p. 146).

Nessa direção, em 2015, foi assinado o “Acordo de Paris”, que é interpretado como um novo arcabouço jurídico no enfrentamento das mudanças climáticas, onde os Estados signatários aceitaram o objetivo de limitar o aumento da temperatura média do planeta, com menção expressa ao princípio das responsabilidades comuns, porém diferenciadas, no sentido de que os países desenvolvidos liderem esse processo, auxiliando os países em desenvolvimento a implementar seus próprios compromissos, inclusive com provisão de recursos financeiros, assim como reconhecendo a importância das tecnologias para propiciar as necessárias ações de mitigação e adaptação.

Por sua vez, os compromissos firmados se revelam como um elo fraco no quadro legal da transferência de tecnologia sob o regime internacional de mudanças climáticas, considerando que não há necessidade de nenhuma demonstração de efetiva transferência pelos países, o que passa pela necessidade de harmonização entre o interesse privado na concessão do monopólio na exploração da propriedade intelectual e o interesse público no desenvolvimento socioeconômico do Estado, bem como pela formulação de políticas públicas no âmbito de cada Estado, de modo a incentivar o setor privado a promover o acesso às suas tecnologias.

O Projeto Drawdown (p. 164-165), que traz 100 iniciativas poderosas para resolver a crise climática, elencando o gerenciamento de agentes de refrigeração como a primeira grande iniciativa, destaca que, outubro de 2016, representantes de mais de 170 países se reuniram em Kigali, em Ruanda, para resolver o problema dos HFCs (hidrofluorcarbonetos, substitutos químicos dos banidos CFCs – clorofluorcarbonetos e HCFC – hidroclorofluorcarbonetos, que foram os principais responsáveis pelo esgotamento da camada de ozônio estratosférico), sobrevivendo uma emenda ao Protocolo de Montreal, no sentido de que “[...] o mundo começará a abandonar os HFCs, começando com os países mais ricos em 2019 e depois englobando os países de baixa renda – alguns em 2024, outros em 2028”. Nesse particular, cabe ressaltar que, ao contrário do acordo climático de Paris, o acordo de Kigali tem força de lei, com

metas específicas e datas de implementação, sanções comerciais para punir seu não cumprimento e compromissos dos países ricos em ajudar a financiar o custo de transição.

O relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio de Desenvolvimento (UNCTAD, 2014, p. 51) sinaliza que promover e facilitar a transferência de tecnologia tem sido um componente insubstituível das políticas públicas, as quais devem ter como alvo o aumento do acesso à tecnologia, tendo em um conta um escopo final que não é obter uma transferência de tecnologia em si, mas apoiar um processo de inovação que cria valor – na maioria das vezes valor econômico, mas também valor social. O relatório mostra que a construção de sistemas nacionais de inovação que permitam capacidades inovadoras domésticas e capacidade de absorção para efetivamente adquirir tecnologia estrangeira é um esforço complexo de longo prazo que exige persistência, coordenação e integração política, isto é, também exige um ambiente adequado de comércio e investimento internacional, apoio financeiro e forte conhecimento.

Nesse caminho está o próprio relatório da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio de Desenvolvimento (UNCTAD, 2018, p. 16), o qual sugere que as políticas de ciência, tecnologia e inovação precisam ser internamente coerentes e alinhadas com os planos nacionais, de modo a facilitar o investimento direto estrangeiro, o comércio, a educação e a competitividade, juntamente com políticas macroeconômicas, incluindo políticas monetárias.

Nessa ordem de coisas, as mudanças climáticas vêm causando uma crise múltipla na medida em que afetam o meio ambiente e os recursos naturais provenientes dele; mas também produzem um impacto econômico que ainda não pode ser quantificado. Com efeito, a sociedade confronta-se com um problema para o qual talvez não esteja preparada. Os resultados das mudanças climáticas na natureza geram consequências nas relações sociais, nos níveis populacionais, no estoque de alimentos, em novas doenças, nos deslocamentos ambientais, enfim, em temas que dificilmente seriam objeto de regulação.

Por tudo isso, identificar a importância da formulação de políticas públicas de incentivo à adoção da transferência de tecnologias ambientalmente saudáveis na mitigação e adaptação às mudanças climáticas, especialmente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, de modo a avaliar os seus mais diferentes

impactos, sob o contexto Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, sem deixar de considerar outros diversos documentos internacionais, revela-se imprescindível por impactar potencialmente sobre os direitos humanos e por servir como ponto de referência para orientar a ação climática futura.

CONCLUSÃO

No âmbito da adaptação e mitigação das mudanças climáticas, as tecnologias ambientalmente saudáveis são aquelas que controlam, reduzem ou previnem as emissões antrópicas dos Gases de Efeito Estufa (GEE) em todos os setores relevantes da economia. Nesse aspecto, a Convenção-Quadro estabelece um compromisso comum de cooperação na preparação à mudança global do clima, a qual inclui o desenvolvimento, a aplicação, a difusão e a transferência de tecnologias nessa direção.

As mudanças climáticas, no entanto, caracterizam-se como um problema ambiental de escala global, tanto em suas causas quanto em seus impactos, trazendo a importância do acesso aos países em desenvolvimento dessas novas tecnologias ambientalmente saudáveis, a fim de otimizar o processo econômico e reduzir a degradação ambiental.

De qualquer forma, as perspectivas para os caminhos resilientes ao clima e para o desenvolvimento sustentável estão relacionadas fundamentalmente com a condição de que o mundo cumpra com a mitigação das mudanças climáticas, a qual passa por inúmeras transformações em ações e decisões econômicas, políticas, tecnológicas e sociais, a fim de ser alcançada a sustentabilidade, consoante já previsto pelo Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas (IPCC).

Nesse sentido, é indispensável se pensar em uma mudança generalizada na implementação de novas e mais eficientes tecnologias, o que implica na necessidade de fomentar a inovação (desenvolvimento de novas tecnologias para difusão posterior) e no processo de transferência de tecnologias em nível internacional para enfrentar a crise trazida pela alteração no regime climático, justamente porque as suas causas e consequências não estão distribuídas de modo uniforme ao redor do mundo, sendo sabido historicamente que os países desenvolvidos são responsáveis pela maior concentração atmosférica de Gases de Efeito Estufa (GEE), enquanto que os países em

desenvolvimento são os mais vulneráveis aos impactos decorrentes dessa concentração.

Por essas razões, a formulação de políticas públicas de incentivo à adoção da transferência de tecnologias ambientalmente saudáveis na mitigação e adaptação às mudanças climáticas, principalmente entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, de modo a examinar os seus mais diversos impactos, sob o contexto Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, mostra-se imprescindível por impactar potencialmente sobre os direitos humanos e por servir como ponto de referência para orientar a ação climática futura.

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Livia Regina. **Mudanças climáticas & propriedade intelectual: transferência internacional de tecnologias**. Curitiba: Juruá, 2017.

BELLO FILHO, Ney de Barros. **Direito Ambiental das Mudanças Climáticas: novos paradigmas da atuação judicial**. 2009. Brasil. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPRA, Fritjof; MATTEI, Ugo. **A revolução ecojurídica: o direito sistêmico em sintonia com a natureza e a comunidade**. São Paulo: Editora Cultrix, 2018.

CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. **A regulação do sistema de comércio de emissões no Brasil: alternativa para o cumprimento do dever estatal de proteção perante as mudanças climáticas**. 2015. 251 p. Dissertação (Mestrado), Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2015.

DRAWDOWN. **100 iniciativas poderosas para resolver a crise climática**. 1. ed. Barueri: Manole, 2018.

GIDDENS, Anthony. **A política da mudança climática**. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

MACÍAS GÓMEZ, Luis Fernando. **El derecho del cambio climático: un nuevo paradigma del derecho?** 2010. Colômbia. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/mudancasclimaticas>>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MORATO LEITE, José Rubens; AYALA, Patrick de Araújo. **Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. São Paulo: RT, 2014.

MOTTA, Ronaldo et al. **Mudança no clima no Brasil: aspectos econômicos, sociais e regulatórios**. Brasília: IPEA, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre os deveres de proteção do Estado e a garantia da proibição de retrocesso em matéria (socio)ambiental**. In: MORATO LEITE, José Rubens (coord.). **Dano ambiental na sociedade de risco**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNCTAD. **Transfer of technology and knowledge sharing for development: science, technology and innovation issues for developing countries**. 2014. Disponível em: <<https://unctad.org/e1093>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

UNCTAD. **Technology and innovation report: harnessing frontier technologies for sustainable development**. 2018. Disponível em: <<https://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=2110>>.

Disponível em: 20 dez. 2018.

UNITED NATIONS. **Agenda 21**. Disponível em: <<https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/Agenda21.pdf>>.

Acesso em: 15 nov. 2018.

UNITED NATIONS. **Climate change and Human Rights**. Disponível em:

<<http://www.unep.org/novo-relat%C3%B3rio-da-onu-associa-mudan%C3%A7as-clim%C3%A1ticas-direitos-humanos>>. Acesso em: 19 nov. 2018.

WEDY, Gabriel de Jesus Tedesco. **O direito fundamental ao desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas**. 2017. 407 p. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017.

25. DIGNIDADE E PRISÃO NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL EUROPEIA¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-25>

*Alessio Martino*²

Sumário: 1.- introdução. 2.- As normas internacionais. 3.- A jurisprudência europeia. 4.- Conclusões.

1 Introdução

Antes de enfrentar qualquer caminho relativo a problemática relação entre a tutela dos direitos das pessoas e a efetividade do sistema penal em um estado de direito é oportuno aprofundar o papel que, no mesmo sistema democrático, necessariamente deve ocupar a Dignidade do homem.

O discurso que se tentará fazer, devemos avisar, é válido naquelas realidades nacionais, internacionais e supranacionais nas quais a pessoa se situa no centro da reflexão jurídica. Em contrapartida, o mesmo não se pode considerar apropriado para realidades não democráticas ou, para usar um termo que se tornou popular novamente, para as novas emergentes «democrature»³ de nossos tempos.

Se é verdade que o sentimento mais profundo do indivíduo identifica-se fundamentalmente com sua dignidade, então é próprio do ser humano “autônomo e originário portador de direitos intangíveis”⁴ que deve buscar – para ser protegido verdadeiramente – o núcleo fundamental de sua identidade. E sendo assim, realmente um dos “infinitos modos” existentes “de ferir e destruir a dignidade da pessoa humana”⁵ emerge com extrema e preocupante força a imposição de pena como resposta à violação de normas de convivência civil impostas pelo ordenamento. Tutelar um detento, qualquer que seja a sua culpa, devolve o exercício da medida punitiva –

¹ Traduzido por Gabriela Pandolfo Coelho Glitz

² Doutorando (*PhD student*) em Direito Constitucional e Público na *Università di Roma “La Sapienza”*.

³ Predrag Matvejevic, *Mediterraneo. Un nuovo breviario*, Garzanti Editore, Milano 1991.

⁴ Gherardo Colombo, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Salani Editore, Milano 2011, pag. 29

⁵ Eugenio Borgna, *La dignità ferita*, Feltrinelli, Milano 2013, pag. 115

como principal meio de expressão do poder do Estado, mas também de tutela de integridade do ordenamento – um lugar em que se possa manifestar a garantia da dignidade humana, em uma de suas expressões mais altas.

Para compreender a problemática na aplicação do clássico binômio violação da norma versus aplicação da sanção no contexto penal, é suficiente aproximar-se brevemente às reflexões de Michel Foucault, que enquadrou o exercício do poder punitivo em quatro importantes reações ao crime.

A “repressão”, modalidade de “exclusão” não “no sentido de finalizar, mas no de exilar, expulsar, excluir”, que representa aquela tática punitiva através da qual “se quer proibir a presença de um indivíduo em lugares comunitários ou sagrados, anular ou proibir a seu respeito todas as regras de hospitalidade”⁶ privando-o também de sua própria casa, de seus laços de afeto e da segurança do cotidiano.

A “reparação” ou “compensação”, baseada em uma reação frente à violação de uma norma que, quando identificada a vítima (indivíduo ou grupo), concede-lhe o direito de exigir uma indenização. “A culpa desencadeará determinadas obrigações (para) àquele que é considerado o autor da infração” que garantirá que em torno do autor não haja “um fenômeno de vazio como no primeiro caso, mas a constituição de uma rede específica de obrigações, comparável a uma dívida a ser paga ou reembolsável”⁷.

A “marca”, “diminui” o corpo ou a imagen do preso. O indivíduo culpado é indelevelmente marcado “sobre o corpo visível ou simbólico, físico ou social, anatômico ou estatutário, algo semelhante a uma marca”, marcando eternamente seu *status criminoso*. Neste sistema vingativo, “a infração não é algo que deva ser resgatado, compensado, reequilibrado, e portanto, até certo ponto, apagado; é o contrário, aquilo que se deve sublinhar; o que não pode ser esquecido, que deve ser fixado em um monumento, como uma cicatriz, uma amputação, algo que traga vergonha ou infâmia; como o que acontece com os rostos expostos no pelourinho, as mãos cortadas dos ladrões”. Da culpa deve, portanto, permanecer uma marca visível e indelével, imediatamente reconhecível, pois o poder exige o sofrimento e através dessa imposição marca sua soberania.

⁶ Michel Foucault, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, Milano, Feltrinelli, 2016 pag.18

⁷ Michel Foucault, *La società punitiva. Corso al Collège de France (1972-1973)*, Milano, Feltrinelli, 2016 pag. 19

Em última instância, o “encarcerar”, técnica de exercer o poder punitivo atual, não é menos problemática. A prisão tornou-se, *in primus*, o lugar da retribuição através da reclusão, onde se encontram as diversas expressões do poder punitivo. Na prisão, de fato, se “aprisiona” o réu, afastando-o da sociedade também com o objetivo de “compensação” da vítima e de seus familiares. Na prisão, ainda se “marca” o réu que, quando sai, dificilmente consegue reintegrar-se à sociedade, deixando seu sofrimento do passado para trás. Mesmo assim, a reeducação – no sentido de reinserção social em um círculo de respeito às normas preestabelecidas – deveria ser o principal objetivo da instituição penitenciária. A função repressiva e punitiva, entretanto, aparece de forma predominante, tanto que afirmar ou defender como principal finalidade da pena a recuperação do réu continua sendo hoje objeto de ásperas críticas e contestações.

2 As normas internacionais.

Ainda que nos últimos tempos apareça com maior força a concepção vingativa da pena, o que está mais que generalizado na opinião pública, por sorte está bem distante da concepção “jurídica” enraizada em diversos textos normativos internacionais que, apesar da maior ou menor adesão a que foram submetidos, tem garantido uma barreira ao “populismo penal” cada vez mais difundido.

Entre os principais instrumentos dirigidos à tutela dos direitos e da dignidade da pessoa presente no ordenamento internacional está sem dúvida a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais. Tal instrumento não apenas proíbe qualquer forma de tortura ou maus tratos desumanos ou degradantes; mas também trabalhos forçados com explícita referência ao trabalho dos detentos e ainda assegura que a garantia ao direito à educação, afasta qualquer possibilidade de restrição deste direito, mesmo tratando-se de um preso.

Concretamente sobre a função da pena, a União Europeia interviu através de uma decisão emblemática (a n. 2008/909/GAI de 27 de novembro de 2008) que identificou o objetivo da sanção penal com a reintegração social dos apenados. Sobre este ponto se pronunciou o Tribunal de Justiça da União Europeia, que reintegrou a obrigação do Estado de garantir que a sanção criminal se baseie em uma finalidade ressocializante (Causa C. 554/14, sentença do Tribunal Pleno de 8 de novembro de

2016). O próprio Tribunal, também se pronunciou sobre a tutela do direito à vida saudável do preso, considerando a massificação carcerária em um verdadeiro trato desumano como já havia se pronunciado por diversas vezes o Tribunal de Estrasburgo.

Por último, mais recentemente, uma importantíssima intervenção sobre o tema foi feita pelas Nações Unidas, cuja Assembléia Geral de 15 de dezembro de 2015 aprovou as “Regras de Mandela”, normas que fixam um padrão mínimo irreduzível para o tratamento penitenciário dos detentos. Também neste caso, a finalidade da pena vem conceitualmente afastada da proteção da sociedade criminosa e da redução da reincidência, temas clássicos da política penal, e dirigidos pela contramão da reintegração social. A reclusão deverá basear-se em três pilares: instrução, formação e trabalho.

Uma reflexão específica mereceria outro instrumento de controle e regulamentação dos sistemas carcerários europeus, as “Regras Penitenciárias Europeias” estabelecidas por um Comitê de Ministros do Conselho da Europa, aprovadas em 11 de janeiro de 2006 com uma eficaz recomendação, dirigida exclusivamente a pôr um limite à violação indiscriminada da dignidade dos detentos também em nações consideradas em consonância com os valores dominantes do velho continente.

3 A jurisprudência europeia

Apesar de tudo que se mencionou até aqui, o principal rol de garantias dos direitos dos detentos a nível internacional está abrangido até hoje pelo Tribunal Europeu de Estrasburgo, que desde 1978 busca incansavelmente conter o exercício do poder punitivo dentro dos limites da tutela do indivíduo⁸ afrontando as questões mais complexas que implicam o exercício do poder punitivo na modernidade. Tais questões requerem um constante e difícil equilíbrio entre as exigências para a eficiência do sistema penal e penitenciário, e o caráter absoluto do conceito de “dignidade humana”, que deve impregnar e uniformizar o sistema.

⁸ O caso é considerado um exemplo *Irlanda c. Reino Unido* (18 de janeiro 1978); *Si pensi a mero titolo esemplificativo ai casi Irlanda c. Regno Unito* (18 gennaio 1978); *Kudla c. Polonia* (26 ottobre 2000); *Dougoz c. Grecia* (6 marzo 2001); *Al-Adsani c. Reino Unido* (21 noviembre 2001); *Ilaşcu c. Moldavia y Rusia*, (8 julio 2004); *Rohde c. Dinamarca* (21 julio 2005); *Sanchez c. Francia* (4 julio 2006); *Babar Ahmad c. Reino Unido* (6 julio 2010); *Onoufriou c. Cipro* (7 enero 2010); *Iorgov c. Bulgaria* (2 septiembre 2010); *Piechowicz c. Polonia* (17 abril 2012); *Messina c. Italia* (24 marzo 2015).

Em retrospectiva, historicamente os casos em que foram denunciados perante o Tribunal a violação do artigo 3 CEDH, um grande número de violações denunciadas estava na esfera do exercício do poder punitivo. Na maioria dos casos, o Tribunal de Estrasburgo considerou a desumanidade da detenção em violação ao artigo 3 CEDH em um número elevadíssimo de situações, as quais devem-se somar às numerosas recomendações (não vinculantes) e documentos provenientes do Comitê Europeu para a prevenção da tortura, que por sua vez deu uma contribuição fundamental à causa através de métodos, procedimentos e condições de reclusão que não respeitam o padrão imposto pela comunidade internacional.

Naturalmente, como estabelecido em 1978 na sentença *Irlanda c. Reino Unido*, a superação dos limites do exercício do poder punitivo estabelecidos pela norma sobre a proibição de tortura, tratos desumanos e degradantes, assim como àqueles impostos por todas as demais disposições da Convenção devem ser avaliados caso a caso, considerando todos os fatores contingentes (duração da violação, efeitos físicos e mentais, sexo, idade, estado de saúde do recorrente...) e da intensidade da conduta que, segundo o grau de gravidade, pode comportar uma sentença por “desumanidade da detenção” ou ainda por “exercício da tortura”

A sentença *Al-Adsani c. Reino Unido* de 2001, o Tribunal de Estrasburgo afirmou pela primeira vez o status de “direito internacional consuetudinário” de toda norma dirigida à proteção do indivíduo de tratamentos que violem a integridade e por ela sejam equiparados à tortura, considerando-se como “princípio mínimo” no campo de aplicação do art. 3 CEDH todas àquelas situações pelas quais se tenha alcançado um nível mínimo de gravidade, que tenham acabado completando de maneira extensiva a tutela garantida aos detentos dos estados sujeitos a sua jurisdição.

Na sentença *Kudia c. Polonia de 2000*, e depois no caso *Dougoz c. Grecia* de 2001 (na qual se deve considerar o efeito cumulativo dos fatores descritos na sentença do ano anterior), o Tribunal lembrou a obrigação estabelecida a cargo dos estados, de garantir a todos os sujeitos privados de sua liberdade respeito pela dignidade humana, não se submetendo a condições de vida extremamente duras ou que causem sofrimento injustificado. Lembrando o dever central da administração penitenciária em oferecer uma adequada vigilância e um tratamento médico oportuno nos casos em que se fizer necessário.

Não faltam casos nos quais a jurisprudência de Estrasburgo tem admitido a necessidade de manter um estado prolongado de isolamento de sujeitos considerados perigosos também durante a detenção; em linhas gerais o Tribunal sempre reitera que a “privação sensorial completa”, intrínseca ao isolamento total de muitos cárceres europeus, implica riscos de causar danos irremediáveis no sujeito recluso, não podendo não ser considerado, nos casos mais graves, uma forma de tortura (como estabelecido na sentença *Ilaşcu c. Moldavia y Rusia de 2004*) e nos casos menos graves, de tratamento desumano e degradante.

Com a sentença *Sánchez c. Francia* de 2006 o Tribunal Pleno de Estrasburgo sentenciou que «*in the modern world, States face very real difficulties in protecting their populations from terrorist violence. However, unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation*», aclarando de maneira absolutamente explícita que nem mesmo a sobrevivência de uma nação pode justificar uma revogação de qualquer tipo de proibição de tratamentos desumanos e degradantes, especificando ainda que «*the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the conduct of the person concerned*». À luz da sentença, considerada uma pedra angular na imposição de limites e contrapesos ao exercício do poder coercitivo do Estado, «*the nature of the offence allegedly committed by the applicant is therefore irrelevant for the purposes of Article 3*»⁹ em uma importante afirmação da absoluta dissociação entre perseguição da criminalidade e justificação da modalidade de detenção e castigo nos sistemas democráticos fundados sobre o direito e respeito à dignidade humana.

A sentença *Sánchez c. Francia* proferida quatro anos depois, em 2010, a sentença *Babar Ahmad c. Reino Unido*, a qual reiterou a natureza absoluta da proibição estabelecida no art. 3 CEDH, caráter absoluto que comporta, como já estabelecido na sentença de 2006, a impossibilidade de justificar uma violação de norma de tortura em virtude de qualquer interesse do Estado ser superior a ela (sua sobrevivência, a segurança da população, a prevenção de atos terroristas) confirmando a total inderrogabilidade.

⁹ ECHR, *Ilich Ramírez Sánchez alias Carlos c. France* (Grande Camera, 4 luglio 2006), pag. 116

Nas últimas sentenças citadas o Tribunal tem sinalizado, por outro lado, que o isolamento de um detento não comporta automaticamente e por si só uma violação ao art. 3 CEDH já que a diferença na modalidade de detenção é consentida, dentro de certos limites, por todos aqueles motivos de segurança e disciplina dirigidos a salvaguardar a integridade da comunidade carcerária (presos, pessoal de segurança, colaboradores externos, profissionais presentes na estrutura por diferentes motivos e razões).

A sentença *Rohde c. Dinamarca* de 2005 foi especificado, de qualquer modo, que todos os casos de isolamento, inclusive quando são razoavelmente justificados pelo concreto estatos do detento, devem ser individualmente avaliados com base nas condições de detenção, duração da medida, real periculosidade inerente as diversas formas de restrição de liberdade, e o efeito sobre o indivíduo.

De fato, também na sentença precedente *Ilaşcu c. Moldavia y Rusia*, o Tribunal indicou que a avaliação geral sobre isolamento deve contemplar tanto as condições físicas do próprio isolamento como regime estrutural de detenção, levando em conta as dimensões da cela, a percepção interna de sons e ruídos perturbadores, a presença de luz natural e serviços higiênicos.

No caso *Iorgov c. Bulgaria* de 2010, no qual o recorrente foi submetido a um regime restrito e de isolamento depois da sentença de prisão perpétua, o Tribunal não considerou a violação intrínseca ao art. 3 CEDH (de acordo com um raciocínio que depois modificou a sentença *Harakchiev c. Bulgaria y Tolumov c. Bulgaria*) levando em conta o fato de que o regime de detenção em isolamento previa o acesso a espaços externos em diversas horas do dia, diferentes atividades lúdicas e recreativas, o acesso a meios de comunicação, propostas de programas de formação e escolarização, além de um continuo contato social com o pessoal da segurança (carcereiros) e com o mundo exterior. Entretanto, chegou-se a um resultado diferente, partindo-se das mesmas condições, o caso *Onoufriou c. Chipre* de 2010, no qual o recorrente havia sido conduzido a um regime de isolamento total durante várias semanas, com a proibição absoluta de receber visitas, que invariavelmente lhe causou um “sofrimento claramente superior ao nível inevitável inerente à detenção”.

Como demonstra especialmente o caso de Ramírez Sánchez, os casos em que o regime de isolamento é justificado e absolutamente inevitável, o Tribunal não só o considera “aceitável”, como também o considera tolerável por um período mais longo,

limitando-se a verificar que as condições concretas da detenção são dignas e humanas, sem agravar a já gravosa situação de limitação da liberdade de movimento e autodeterminação física a qual o detento está invariavelmente submetido. A sentença *Sánchez c. Francia* reconhece, entretanto, o também direito do indivíduo isolado a exigir dos tribunais nacionais a avaliação das motivações e justificativas nas quais se embasa a medida especial, a proporcionalidade da mesma em relação a sentença proferida pelo tribunal e o respeito a medidas alternativas previstas no ordenamento, o respeito à tutela da saúde e da dignidade na continuidade da reclusão. O processo justo, além disso, consiste em todos estes casos, também na constante comprovação da situação contingente, a fim de valorar eventuais alterações de condições ou de conduta do prisioneiro e das condições intrínsecas e externas de sua detenção que podem comportar a revogação ou revisão da medida até o momento adotada.

No caso *Messina c. Italia* de 2015, o Tribunal definiu a reclusão em estado de isolamento como forma de detenção interna e ulterior ao cárcere, reiterando que dita medida de segurança especial deve ser aplicada exclusivamente em casos especiais e representar a *extrema ratio* de segurança, devendo portanto fundamentar-se em justificativas mais relevantes quanto mais amplo for o tempo que perdurar a medida. Por outro lado, o Tribunal teria chegado a uma conclusão semelhante condenando a Itália no caso *Provenzano c. Italia* de 2018, por não interromper o regime carcerário “duro” contra o conhecido chefe da máfia siciliana quando era evidente que tal prisioneiro não era mais capaz de entender e querer.

A decisão de 2012 sobre caso *Piechowiz c. Polonia* os juízes de Estrasburgo reiteraram uma violação ao art. 3 CEDH observando um caso de isolamento prolongado de um recorrente, considerado um preso muito perigoso, durante quase 3 anos. A sentença foi baseada em tratamento desumano ao detento embasado no atento, contínuo e constante monitoramento através do uso de câmeras de vigilância as quais estava submetido, e pelo fato de ter sido imposta uma previsão através da qual ele deveria ser sempre despido e completamente gravado cada vez que entrava ou saía de sua própria cela com ajuda de algemas e tornozeleras. O Tribunal considerou o modo particular que a disposição de lei polonesa autoriza o regime de detenção agravado e especial muito vago, possibilitando a aplicação deste regime a quem não se considera necessária a restrição, em total violação à jurisprudência consolidada. A sentença descreveu de maneira particular o fato de que, a causa de imposição de um

regime mais duro de detenção, fez com que o prisioneiro não recebesse uma adequada estimulação social, o que acabou por agravar os efeitos danosos do isolamento.

As manifestações do Tribunal de Estrasburgo têm seguido uma tendência nem sempre linear em sua valoração sobre as condições de detenção de cada recorrente. O caso *Sánchez*, por exemplo, deu-se grande importância ao fato de que não se identificou nenhum fato danoso no período de isolamento, enquanto que no caso *llasçu* se identificou um intrínseco efeito prejudicial do regime de isolamento sobre a saúde do recorrente que constitui uma violação da proibição de tortura. Na sentença do caso *Rohde*, se atribuiu como causa do desenvolvimento de uma grave psicose ter considerado oportuno o isolamento do detento, apesar de estar submetido exclusivamente a uma medida cautelar, embora isso não levasse a uma violação do art. 3 CEDH segundo a maioria dos juízes (em condições similares de psicopatia causadas pela detenção, a Corte considerou a violação causada pelo regime de isolamento, como na sentença *Renolde c. Francia de 2008*). Na sentença *Kbabar Ahmad c. Reino Unido* o Tribunal ressaltou a importância de evitar que se tomem em sede de execução da pena decisões arbitrárias em matéria de isolamento, devendo o ordenamento estabelecer garantias processuais concretas e eficazes dirigidas a tutelar a proporcionalidade da medida e o bem estar psico-físico do detento.

Após as diferentes interpretações que demonstram uma adaptação substancial ao caso específico, a jurisprudência proveniente dos juízes de Estrasburgo impôs cinco requisitos fundamentais necessários para considerar a idoneidade da detenção, em particular nos casos de imposição de medidas especiais como o isolamento durante períodos prolongados. Principalmente o agravamento do regime de detenção deve ser uma medida estritamente excepcional, representando a *extrema ratio* das precauções aplicáveis pela administração penitenciária¹⁰; as decisões dirigidas a agravar o regime penitenciário devem estar sempre embasadas em motivos concretos e relevantes, submetidos a um controle contínuo devendo persistir tanto inicialmente como durante toda a duração da detenção; em terceiro lugar, a obrigação de motivação deve ser considerada agravada nestes casos, devendo ser mais detalhada, ampla e convincente possível, além de fundada sobre uma valoração da situação que leve em conta as circunstâncias pessoais, estruturais e sanitárias relativas ao detento; quarto, deve

¹⁰ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos se alinhou com o disposto no art. 51 das Normas Penitenciárias Europeias, que no primeiro parágrafo estabelece: «Le misure applicate ai singoli detenuti per la sicurezza devono essere il minimo necessario per garantirne una custodia sicura».

instituir-se dentro de cada organização e controle penitenciário um sistema de acompanhamento regular do estado de saúde dos prisioneiros, sobretudo àqueles em estado de isolamento assim como qualquer outro estado de detenção que ponha em risco a integridade ou dignidade. Finalmente, o preso deve poder buscar sempre um controle jurisdicional independente das razões e motivações da imposição de um regime de isolamento.

4 Conclusões

Os fatos que se desenrolam em torno da detenção são fundamentais para compreender o grau de civilização e respeito da dignidade em um ordenamento desenvolvido, quaisquer que sejam os valores sobre os quais se fundamente. De fato, somente confrontando o tratamento diário dos “últimos” se conhece a verdadeira efetividade da tutela dos direitos em um sistema constituído sobre estes.

A ênfase deve estar na “problemática relação entre liberdade e segurança, abdicada nos termos de busca de um limite que permita definir até que ponto as exigências de “ordem e segurança”, as quais representam uma “frase recorrente nos regulamentos e na prática penitenciária”, podem justificar “limitações ao exercício dos direitos dos detentos”¹¹.

“O cárcere”, em particular, muito mais que outros ambientes e outras situações limítrofes entre respeito e necessária violação de alguns direitos fundamentais, “como observado por Häberle, ele questiona a dignidade” no sentido mais amplo, isto é, “não somente a dignidade do homem (concreto) mas também a dignidade de uma humanidade (abstrata)”¹², suficiente para gerar sérias dúvidas ao estudioso que se questionar sobre o valor relativo ou absoluto que deva ser atribuído.

Embora seja difícil imaginar a construção de um mundo baseado realmente sobre o respeito absoluto dos direitos humanos e da dignidade da pessoa, é necessário que, como a estrela polar do ordenamento internacional moderno, se assuma a conscientização de que “enquanto os governantes responsáveis por tais violações serão solicitados a prestar contas por seus crimes e até que outros governantes estejam preparados para reagir com força contra a opressão e a injustiça, possa-se esperar para

¹¹ Marco Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC* n. 3/2016, 6 agosto 2016, pag. 2.

¹² Marco Ruotolo, *Dignità e carcere*, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pag. 5.

colocar uma barreira à barbárie”¹³. De fato, os direitos não derivam da dignidade com o fim de “defender as pessoas fortes que estão em condição de defender-se por si mesmas” e “não são pensados para aumentar ou dar segurança ao seu estado de liberdade ou disponibilidade de meios em detrimento dos desfavorecidos”¹⁴, estes têm, no entanto, como único, verdadeiro e insubstituível objetivo o de tutelar aos mais fracos, aos “últimos”, qualquer que seja a sua culpa, condutas do passado, e apesar de, eventualmente, sua permanente periculosidade social.

Não esqueçamos que “a obediência obriga mas isso não convence, e se uma regra é observada mas não convence, seu respeito depende do controle da aplicação”, que deve ser constante, contínuo e incisivo, sem esquecer que, de qualquer maneira, o objetivo do sistema, nacional ou internacional, é a reafirmação daqueles valores que, assumidos como fundamentais pela coletividade e instituições, levam ao sujeito a quem vão compartilhar e, portanto, a tornar-se “o primeiro revisor de sua conduta”¹⁵. Este é o funcionamento proposto pelos sistemas jurisdicionais modernos de garantia à Constituição e as Convenções internacionais relativos à dignidade e direitos humanos que, incapaz de contar com o uso do monopólio da força, meio entretanto legitimamente empregado pelos Estados em seu território sobre o qual exerce seu poder e soberania, devem desenvolver seu trabalho sobre a adesão espontânea dos governos às diretrizes, pelas quais devem levar a cabo uma tarefa que não pode ser meramente jurídica, já que está impregnada de diplomacia e política.

O exercício do poder punitivo é lugar onde se manifestam os limites e contradições dos sistemas jurisdicionais modernos. É óbvio, que no século XXI, não basta garantir a dignidade, a liberdade e a integridade física das pessoas nos textos constitucionais baseados em uma democracia; Também nos mais evoluídos, é necessário sempre conceber outros limites que garantam a concreta efetividade e inderrogabilidade. Mesmo as democracias antigas e modernas mais importantes e exemplares, nem sempre são capazes de “autolimitar-se” e podem acabar facilmente violando os princípios mais básicos fundamentais de sua própria existência, tornando urgente e necessário o desenvolvimento de uma nova escala de valores que ponham definitivamente no seu vértice, o conceito de dignidade humana.

¹³ Antonio Cassese, *I diritti umani oggi*, Editori Laterza, Roma-Bari 2005, pag. 229.

¹⁴ Francesco Viola, *I diritti in carcere*, in *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani della Corte EDU*, a cura di Marco Ruotolo, Editoriale Scientifica, Napoli 2014, pag. 93.

¹⁵ Gherardo Colombo, *Il perdono responsabile. Perché il carcere non serve a nulla*, Salani Editore, Milano 2011, pag. 62

“O compromisso com uma prisão mais humana”, que em primeiro lugar deve perder sua caracterização no imaginário comum de que sempre é a única sanção possível porque efetivamente e continuamente garante a legalidade e sobrevivência da sociedade, passa necessária e principalmente pela “defesa dos direitos do homem e da dignidade humana”, valores que não se podem considerar garantidos se não estão presentes para os sujeitos mais fracos que a sociedade enfrenta, e entre os quais os presos são “os últimos”. E por este motivo, devem ser exteriorizados e evidenciados como “princípios gerais para cuja aplicação efetiva é necessário combater: não somente o direito a que se tenha “um juiz autônomo e independente que valora a existência de graves indícios de culpabilidade” mas também aqueles à luz dos quais ninguém pode ser “nunca privado de liberdade baseado em mera suspeita”, de uma defesa real, de uma vida digna, do próprio afeto, do direito de autodeterminação e da possibilidade de expressar sempre as próprias convicções, sobretudo quando se expressam pacificamente em contraste com o poder sob o qual está vinculado. É neste contexto renovado que se deve continuar esta “jornada para que se converta a cultura comum, e prática compartilhada, a das penas, também criminais, diferentes do cárcere e considerar a prisão preventiva somente em extrema ratio, com os limites temporais máximos que não violem o princípio de presunção de não culpabilidade até a condenação definitiva”¹⁶, com o bem supremo da liberdade pessoal e com o direito a que seja sempre tutelada e garantida a dignidade humana intrínseca a cada indivíduo.

Sejam quais forem as razões que levam o Estado a afirmar a justiça através dos meios de penalidade, é fundamental salientar que não se pode sustentar as mesmas armas de abuso, empregar os mesmos meios desumanos e degradantes diante daqueles que estão horrorizados, esquecendo o valor mais profundo do ser humano: sua dignidade. Tutelar a pessoa – não seu crime, mas sua humanidade - não representa, de fato, um limite perigoso para a efetividade da justiça, mas incorpora sua maior exteriorização. Isto, naturalmente, não significa renunciar às tarefas de tutela da sociedade, do indivíduo e da convivência pacífica dos sujeitos, mas desista-se de responder ao mal com o mal, ao crime com outro igualmente grave, a usar, basicamente, para sancionar um ato contrário ao ordenamento a mesma modalidade de conduta que se pretende perseguir.

¹⁶ Ahmed Othmani, *La pena disumana*, Elèuthera, 2004, pag. 12

5. IGUALDADE DE GÊNERO

26. PENSAMENTO DAS MULHERES E EXPERIÊNCIA JURÍDICA: ALGUMAS REFLEXÕES



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-26>

Angelo Schillaci

1. O pensamento das mulheres e experiência jurídica. 2. Imagens do assunto: dimensões da dignidade e autonomia das mulheres. 3. Igualdade, diferença, autonomia, capacidade. 4. Conclusões.

1. O pensamento das mulheres e experiência jurídica

A leitura da experiência jurídica a partir de uma perspectiva de gênero não é apenas uma ferramenta importante para a reflexão e o trabalho sobre a posição jurídica do estado feminino. É também um passo necessário para quem quer tentar desconstruir e rearticular, com uma perspectiva crítica apoiada na categoria do sujeito, algumas polarizações recorrentes no pensamento jurídico, iniciando - do original - entre o direito e a vida.

Deste ponto de vista, a perspectiva de gênero é, acima de tudo, um auxílio na fase de desconstrução, na medida em que torna o aspecto crítico do jurista ou do objeto de sua análise mais amplo e mais profundo, revelando as armadilhas que estão escondidas em uma tendência à abstração que, embora parcialmente inerente ao papel do direito, tem caído muitas vezes na tendência de eliminar a dinâmica concreta do poder e da subordinação, neutralizando o conflito que surge delas; em segundo lugar, a perspectiva de gênero auxilia na reconstrução, ou melhor, na rearticulação dessas polaridades e conflitos, na medida em que fornece ao jurista os instrumentos para incluir novas dimensões da vida na experiência jurídica, percebendo mais amplamente as posições jurídicas.

Nessa perspectiva, pode ser interessante fazer algumas breves reflexões sobre a contribuição de algumas correntes do pensamento jurídico feminista para o estudo da

relação entre a construção de subjetividades e as dimensões das ligações entre liberdade, igualdade e diferença.¹

A leitura da experiência jurídica focada no gênero conduz à expansão da esfera pública no sentido de uma recuperação cidadã deste espaço por áreas vitais que têm sido tradicionalmente relegadas para a esfera privada² e, por outro lado, uma revisão crítica do pensamento político e jurídico através da avaliação e consideração específicas da experiência e das relações³. Nessa perspectiva, o feminismo "das relações" e o feminismo "da diferença" se confrontaram, com diferentes acentos, sobre as respostas concretas com as quais as demandas de reconhecimento ligadas à condição feminina devem ser enfrentadas, ajudando a enriquecer o debate público com "uma voz diferente", dando cidadania ao pensamento das mulheres e tentando responder ao que, com expressão sugestiva, tem sido definido como o problema da invisibilidade.⁴

¹ Em geral, as relações entre pensamento e pensamento jurídico das mulheres podem ser vistas entre outros B. PEZZINI Ed.), *O Costruzione da geração*, Bergamo Univ. Imprensa, Bergamo, 2012, T. PITCH, *Um Diritto por vencimento*, Il Saggiatore, Milano, 1998, EAD., *Eu Diritti fondamentali: Differenz Culturali, dissolvedenze Sociali, differenza sessuale*, Giappichelli, Torino, 2004, L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, Donne e Diritto*, A. Facchi, C. Faralli, T. pitch (EDS.), Il Mulino, Bolonha, 2005; L. RONCHETTI, *Norme pela e riflessione di gênero* Em L. GUIDI-M. R. PELLIZZARI (Ed.), *Nuove Frontiere per la Storia Di gênero* Univ. Salerno, 2013, pp. 486 SS. Na doutrina americana, e com acentos diferentes, C.A. MAC KINNON, *Le Donne sono Umane?*, Laterza, Rome-Bari, 2012, (FINEMAN), *Teoria jurídica feminista* Em *American University Journal de gênero, política social e da lei*, 2005, 1, pp. 13 s.; R.L. WEST, *A diferença na vida Hedonica das mulheres: uma crítica fenomenológica da teoria jurídica feminista* [1987], em *Jornal da lei das mulheres de Wisconsin*, 2000, pp. 149 s., bem como EAD., *Feminismo, teoria social crítica e a lei* Em *Univ. do fórum jurídico de Chicago*, 1989, pp. 59 s.; C.R. SUNSTEIN, *Feminismo e teoria jurídica* Em *Lei de Harvard Rev.*, 1987-1988, pp. 826 s.; mais recentemente na doutrina italiana e em relação à relação entre o pensamento jurídico feminista e a teoria crítica do direito, L. RE, *Femminismi e Diritto: um rapporto boêmio* Em *Quaderni de L' altro Diritto* Qacini, Pisa, 2017, pp. 179 s.m. E O. GIOLO, *Il giusfemminismo e Le Le principali de*, IVI, pp. 207 SS.

² Sobre a relação entre esfera privada e esfera pública-além da análise clássica de H. ARENDT, *Vita activo. O condizione umana*, [1958], Bompiani, Milano, 2016, especialmente Pp. 18 s.m. (Não pode ser, obviamente, anexado *sic et simpliciter* às correntes do pensamento feminista) – Você pode trazer para esta sede o reflexo de J. TRONTO, *Confini Morali. Um argomento político per l' etica della cura* [1993], Em A. Facchi (Ed.), Diabasis, Parma, 2013, acima de tudo, Pp. 11 s., 103 s..

³ Sobre a relação entre esfera privada e esfera pública-além da análise clássica de H. ARENDT, *Vita activo. O condizione umana*, [1958], Bompiani, Milano, 2016, especialmente Pp. 18 s.m. (Não pode ser, obviamente, anexado *sic et simpliciter* às correntes do pensamento feminista) – Você pode trazer para esta sede o reflexo de J. TRONTO, *Confini Morali. Um argomento político per l' etica della cura* [1993], Em A. Facchi (Ed.), Diabasis, Parma, 2013, acima de tudo, Pp. 11 s., 103 s..

⁴ Sobre este tema, cf. acima de tudo C. GILLIGAN, Cambridge Univ. Imprensa Cambridge Massa., 1982, bem como, em geral, as intervenções S. BENHABIB – D. CORNELL (Ed.), *Feminismo Critica. Sobre a política de gênero* Univ. Imprensa de Minnesota, Minneapolis, 1987 E Mais Recentemente N. FRASER, *Fortuna do feminismo. Dal capitalismo regolato Dallo Stato Alla crisi neoliberalista*, Ombre Corte, Verona, 2014, Mas também de uma perspectiva parcialmente diferente, A. BUTTARELLI-F. GIARDINI Ed.), *Il pensiero dell' esperienza*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2008.

Em tempo, a nível metodológico e reconstrutivo, o impacto desse tipo de visão sobre o direito excede os problemas tradicionalmente ligados ao gênero e oferece a possibilidade de uma crítica radical da relação entre o direito e a construção de subjetividades⁵, contribuindo para o trabalho de rever a relação entre a afirmação das identidades, o reconhecimento das diferenças e a importância da dimensão intersubjetiva como espaço de articulação desde o direito da relação e o encontro solidário entre as diferentes identidades.

Considere, por exemplo, o contexto em que o pensamento das mulheres sobre o direito provavelmente teve um impacto mais forte: a revisão crítica dos contornos do sujeito jurídico. Como foi dito corretamente, "o pensamento feminista desconstruiu a neutralidade e o universalismo do conceito de sujeito próprio da modernidade ocidental, ao mesmo tempo em que rejeitava a homologação com a figura do indivíduo-cidadão de revoluções do século XVIII, superando também um paradigma de igualdade em que os sujeitos (e relacionamentos) foram considerados sem distinção de sexo, movendo-se para uma busca e um conflito que não visava contrastar a igualdade e a diferença, mas sim atribuir significado para a diferença em si, definindo distâncias com paradigmas identitários e construindo uma "ordem simbólica" das mulheres."⁶

Do ponto de vista do direito constitucional, isso nos obriga a examinar primeiro a relação entre o feminismo jurídico e a imagem constitucionalmente relevante do sujeito e, portanto, a relação entre isso e as dimensões da dignidade.⁷

No entanto, se for considerado o prisma da autonomia feminina, o problema da imagem constitucional do sujeito se refere imediatamente à tensão entre o reconhecimento de identidades específicas (e diferenças igualmente específicas)⁸ e a necessidade de assegurar uma intervenção do direito explicitamente destinada à redistribuição do poder, dos recursos e da capacidade efetiva. Em outras palavras,

⁵ Sobre a relação entre esfera privada e esfera pública-além da análise clássica de H. ARENDT, *Vita activa. O condizone umana*, [1958], Bompiani, Milano, 2016, especialmente Pp. 18 s.m. (Não pode ser, obviamente, anexado *sic et simpliciter* às correntes do pensamento feminista) – Você pode trazer para esta sede o reflexo de J. TRONTO, *Confini Morali. Um argomento político per l'etica della cura* [1993], Em A. Facchi (Ed.), Diabasis, Parma, 2013, acima de tudo, Pp. 11 s., 103 s..

⁶ Assim W. KYMLICKA, *Compiacimenti liberali* Em S. MOLLER OKIN, *Diritti Delle Donne e multiculturalismo*, [1999], Il Saggiatore, Milano, 2007, pp. 29 s., 31.

⁷ Paraca Stefano Rodot "Il Diritto *costruisce* Figura Sociali ' e ' Ogni grande operazione Giuridica [...] Ha extraiu un suo modelo di persona, Che não era Mai la semplice registrazione di un Natura "umana", ma un gioco Sapiante di pieni e di vuoti, di Selezione di CI ' Che toetje trovare Accoglienza Nello Spazio del Diritto e Quel Che für fuarneori '. Cfr. S. RODOT, *La rivoluzione della dignidade*, La Scuola di Pitagora, Napoli, 2013, pp. 5-6.

⁸ C. GIORGI, *Recensione a L. Ronchetti, L'autonomia e Le Sue esigenze*, na imprensa *Diritti neur* (www.diritticomparati.it), p. 3 do manuscrito.

trata-se de reconhecer "condições de gênero como uma estrutura de poder" e, ao mesmo tempo, garantir que o direito (constitucional, mas não apenas) desenvolva a função de "orientar a construção de relações de gênero que eliminem a discriminação contra as mulheres e, acima de tudo, que suprima a condição subordinada do gênero feminino ao masculino." ⁹ Portanto, não é uma questão de "celebrar a dissimilaridade", mas de assumir a diferença como um instrumento de crítica do domínio ¹⁰ e, inversamente, de agir para não eliminar a diferença sexual, mas a discriminação de gênero.¹¹

Portanto, refletir sobre os caminhos de reconhecimento da condição jurídica feminina no campo jurídico exige, antes de tudo, enfrentar o mesmo papel do direito e da experiência jurídica na construção e emancipação da subjetividade (feminina, mas não apenas) e, em segundo lugar, abordar com a mesma perspectiva os complexos equilíbrios entre igualdade e diferença, começando pela subjetividade e autonomia.

2. *Imagens do sujeito, dimensões da dignidade e autonomia das mulheres*

Quanto ao primeiro aspecto, trata-se de uma questão que tem estado no centro da reflexão das diferentes correntes do pensamento jurídico feminista, dando origem a um debate muito sugestivo. A crítica radical do direito e de sua origem masculina, ou seja, sua ancoragem a um padrão (e, portanto, a uma imagem do sujeito) fortemente condicionadas pela pré-compreensão masculina do mundo e da vida, está relacionada à crítica da construção do sujeito ao pensamento jurídico liberal (e neoliberal), chegando a entrelaçá-lo até mesmo com a crítica densa da concepção liberal da liberdade¹². Ao mesmo tempo, a crítica radical do direito coloca em tela a separação das esferas pública e privada, submetendo-a também à revisão crítica.

De acordo com essa perspectiva, o direito, na medida em que se baseia em uma imagem do sujeito ajustado a um paradigma masculino, não tem sido considerado, por

⁹ Sublinha Este aspecto T. PITCH, *Eu Diritti fondamentali...*, cit., v. gr. pp. 9-10.

¹⁰ É feita referência ao conceito de *verfassungsrechtliche Menschenbild*, de acordo com a reconstrução clássica que devemos ao pensamento de Pedro Häberle. Sobre o mesmo que me permitam referir-se a A. SCHILLACI, *Le Storie degli altri. Strumenti giuridici del riconoscimento e Diritti civili in Europa e negli at Uniti*, Jovene, Napoli, 2018, especialmente PP. 125 s.m.

¹¹ B. PEZZINI, *Costruzione del gênero e Costituzione* Em EAD. (Ed.), *La Costruzione del gênero*, cit., pp. 16 seg.,

¹² A. BESUSSI-A. IR, *Introduzione all' edizione italiano*, C. A. MAC KINNON, *Donne sono Umane?*, cit., p. XIII.

algumas vozes do pensamento feminista, como um instrumento completamente adequado para garantir a emancipação feminina¹³. Esta é uma crítica radical, que, no entanto, tem alguns méritos: sem renunciar completamente a dimensão jurídica, por meio dela se promove a expansão do campo da experiência juridicamente relevante (especialmente, mas não apenas, ao nível das dimensões da vida que serão incluídas na imagem jurídica e constitucionalmente relevante do sujeito), sujeitando à revisão crítica as normas que compõem a construção da subjetividade e, como veremos, o parâmetro da igualdade.

Mais especificamente, a reflexão sobre o papel do direito como ferramenta para a construção e emancipação da subjetividade feminina nos permite revelar e submeter à crítica a pretendida neutralidade do direito em relação à diferença sexual e também criticar a construção do sujeito de acordo com o paradigma do individualismo liberal, abstraído das relações e das condições de vida concretas e mais bem ancorado a uma pré-compreensão muito precisa da imagem do sujeito.¹⁴

Além disso, esse tipo de abordagem exige refletir sobre os limites de uma referência sintética e não crítica da garantia jurídica de "liberdade feminina" como ferramenta e veículo para políticas emancipatórias: é um tema clássico e um instrumento fundamental de críticas às normas e políticas relativas à condição das mulheres. Por exemplo, a reflexão de Mac Kinnon sobre o quadro, na experiência dos Estados Unidos, sobre a interrupção voluntária da gravidez em relação ao direito à intimidade¹⁵, é particularmente sugestiva. De acordo com Mac Kinnon, em particular, o fundamento da intimidade não pode ser reduzido a uma construção abstrata da autonomia feminina na esfera reprodutiva: na verdade, quando se ancora a questão do aborto na esfera da subjetividade feminina, abandona-se ao mesmo tempo uma série de problemas abertos, na medida em que omite (pelo menos na experiência dos EUA) as condições concretas e dinâmicas do exercício da autonomia feminina na esfera reprodutiva. Em outras palavras, de acordo com Mac Kinnon, estudar a interrupção da gravidez a partir de um conceito de intimidade originalmente condicionado pela separação da esfera privada (e, portanto, ligado a um conceito de liberdade negativa)

¹³ B. PEZZINI, *Costruzione del gênero...*, cit., p. 18.

¹⁴ Paradigmaticamente LIBRERIA DELLE DONNE DI MILANO, *Non Credere di avere dei Diritti. La generazione della Liberté 'femminile nell' Idea e Nelle vicende di un Gruppo di Donne*, Rosenberg & Sellier, Turim, 1987, em particular PP. 61 SS. CFR, também. D. SARTORI, *O della do Matrice coexiste* Em A. BUTTARELLI-F. GIARDINI (EDS.), *Il pensiero dell' esperienza*, cit., pp. 243 SS.

¹⁵ A este respeito ver, por exemplo, T. PITCH, *La Liberté femminile pué passare per i Diritti* Em A. BUTTARELLI-F. GIARDINI (EDS.), *Il pensiero dell' esperienza* Cit. Pp. 278-281.

não contribui o suficiente para as questões específicas de dignidade incorporadas na experiência do aborto. Se a intimidade não é nada mais do que um espaço "vazio" protegido por intrusões do poder (público) e da lei, não há nenhuma garantia de que o reconhecimento do direito de abortar possa conter *ipso facto* as dinâmicas concretas de subordinação que, nessa esfera específica da vida, são produzidas. Dinâmica não apenas jurídicas, mas também e acima de tudo *sociais*.¹⁶

O espaço da autonomia feminina (mas também qualquer espaço de autonomia reconhecido por lei) não se abre, portanto, a um "vazio", como na concepção tradicional que valoriza a ligação entre autonomia e liberdade negativa, mas se encontra "plena" de relacionamentos que, por um lado, referem-se à interdependência fisiológica que dá forma à relação entre liberdade e solidariedade e, por outro lado, à dinâmicas de poder inevitáveis¹⁷. Assim, a autonomia feminina está no cerne de um equilíbrio complexo entre o reconhecimento de uma esfera original de liberdade e a importância da dimensão intersubjetiva, num contexto que é necessariamente relacional e não indiferente às dinâmicas de poder, e que questiona a matriz da ordem das relações de convivência e sua capacidade de gerar regulação¹⁸. Isso não significa que deve necessariamente recair em uma dimensão irênica¹⁹, nem que devemos considerar exclusivamente o aspecto conflitante e antagônico da luta pelos direitos, mas que o fato de que a interdependência seja uma união crucial, e que os direitos também envolvem "responsabilidades mútuas"²⁰: em outras palavras, "as necessidades de autonomia envolvem a conscientização da interdependência subjetiva, social e político-institucional".²¹

A redefinição da autonomia está, portanto, intimamente ligada não apenas à crítica da construção jurídica da subjetividade, pela desconstrução da abstração e da

¹⁶ Cfr. C. A. MAC KINNON, *Donne sono Umane?*, cit., pp. 64 s.

¹⁷ É significativo, a este respeito, a afirmação de T. PITCH, *Eu Diritti fondamentali...*, cit., p. 131: "condivido del pensiero della differenza sessuale L' Idea che la Lotta per i Diritti non deve esaurire la politica Delle Donne, Ma che Che di per se Dé Sé Sé idonea a produrre Liberté femminile [...] Ma, v'aria da questo Pensiero, credo Che titolarit ' e accesso ai Diritti Siano un preconditione necessaria, se non sufficiente, a Preparee Il terreno per questo Sviluppo '.

¹⁸ Ivi, p. 69: se reconduz o direito à IVE (cessação voluntária da gravidez) no contexto da privacidade significa privar a sexualidade, ou seja, isso determina que as estruturas concretas de subordinação e dominação que caracterizam a relação entre homem e mulher na esfera procriativa permanecem confinadas na área do legalmente indiferente; em uma parte similar Lye, CFR. BIBLIOTECA DELLE DONNE DI MILANO, *Não Credere Di Avere Dei Diritti*Cit.

¹⁹ Sobre esse declínio na autonomia, v. O rico volume de L. RONCHETTI, *L'autonomia E Sue esigenze*, Giappichelli, Torino, 2018.

²⁰ D. SARTORI, *O della do Matrice coexiste*Cit.Q. 260.

²¹ Ivi, p. 262.

neutralidade, mas também e sobretudo pela subversão das relações de dominação e subordinação²², com o corolário significativo de que esta realização da autonomia feminina atravessa criticamente a fronteira entre o público e o privado.

Portanto, a crítica radical do papel do direito na construção e emancipação da subjetividade feminina, se deixarmos de lado seus excessos mais óbvios (ou seja, a negação radical de qualquer utilidade do instrumento jurídico) propõe um convite que deve ser aceito. Passar para uma consideração da experiência de vida das mulheres - de sua própria experiência jurídica²³- que não seja apenas suficientemente ampla, como para incluir e transcender as diferenças que animam a condição feminina²⁴ em si a partir de dentro, sem que seja, sobretudo, consciente da dinâmica da dominação e da subordinação das mulheres, com o objetivo decisivo de subvertê-la.

O direito surge dessa perspectiva como instrumento de garantia ante à insubordinação²⁵, mas também como instrumento de subversão de dominância e emancipação, a partir do reconhecimento da subjetividade feminina no nexos entre autonomia e Interdependência.

3. igualdade, diferença, autonomia e capacidade

O convite para repensar a subjetividade jurídica e política em termos mais amplos e, ao mesmo tempo, mais sensível à importância das experiências concretas de vida, tem um profundo efeito na compreensão da igualdade, movendo-se progressivamente o eixo da reflexão da dialética clássica entre igualdade e diferença para uma análise crítica das complexas relações entre diferença e desigualdade. A crítica à construção tradicional de subjetividades jurídicas abstratas (desde a complexidade das situações de vida e a importância das relações) realmente nos obriga a rever abordagens de igualdade, questionando a relação entre implicações assimilatórias de declínios formais do conceito e a "resistência" de diferenças

²² Cfr. T. PITCH, *La Liberté femminile può passare per i Diritti*, cit., p. 282.

²³ A subversão das relações de domínio é, por outro lado, *Moles* Típico da reflexão filosófica e legal sobre o reconhecimento, da dialética hegeliana entre servo e Senhor: neste ponto permitem o encaminhamento para A. SCHILLACI, *Le Storie Degli Altri...*, cit., pp. 26 s.

²⁴ Para uma recuperação da doutrina da experiência jurídica no marco de uma abordagem crítica às questões relacionadas à diferença sexual e de gênero, v. especialmente S. NICCOLAI, *Controvérsia, disciplina o dell' esperienza* Em PARA. BUTTARELLI F. GIARDINI (Coord.), *Il pensiero dell' esperienza*, cit., pp. 265 s.m.

²⁵ Como Diz T. PITCH, *Eu Diritti fondamentali...*, cit., p. 115, 'la questione della differenza sessuale si con la questione delle Differenz tra Donne '.

inclassificáveis e imediatamente assimiladas de forma puramente não discriminatória²⁶; em outras palavras, uma compreensão mais ampla da subjetividade exige incluir na reflexão sobre a igualdade as circunstâncias concretas que, de fato, qualificam a diferença, reconhecendo-a, mas ao mesmo tempo evitando que se torne rígida e se converta (ou se transforme) na desigualdade.

Por um lado, portanto, a leitura da experiência jurídica em termos de gênero nos convida a refletir sobre o caráter intrínseco comparativo dos conceitos de igualdade e diferença²⁷, mas também sobre o peso específico a ser reconhecido no parâmetro de comparação. Por outro lado, a partir dessa perspectiva, o problema fundamental, a própria urgência por trás de cada afirmação igualitária, é desconstruir criticamente a norma ou critério que transforma a diferença na desigualdade²⁸. Daí a necessidade de se concentrar na importância do fator ou, se quisermos, no tom de instâncias subjetivas de reconhecimento da igualdade de dignidade e nas condições concretas de fato e na experiência que a diferença mobiliza. Em outras palavras, há uma conexão muito estreita entre a concretização da autonomia (não apenas do sexo feminino) por meio da recuperação da importância central das relações e da interdependência²⁹ – portanto, da ligação entre reconhecimento e solidariedade³⁰ – e revisão crítica da relação entre igualdade e diferença, com base no sujeito e na sua liberdade.

A encruzilhada em que a contribuição do pensamento jurídico feminista para a construção da subjetividade se insere na revisão crítica dos caminhos da compreensão da igualdade, podendo ser identificada precisamente na crítica da norma com base no qual se estabelece a comparação que inspira e conduz o julgamento da igualdade. O pensamento jurídico feminista, pelo menos no que se refere aos itinerários seguidos nesta breve contribuição, convida-nos a reconstruir o conceito de igualdade precisamente a partir da desconstrução crítica da norma, pelo menos do ponto de vista

²⁶ Assim L. RONCHETTI, *L'autonomia e Le Sue esigenze*, cit., p. 176.

²⁷ Uma sugestiva crítica a uma aproximação exclusivamente antidiscriminatória (e neutralizante) às questões jurídicas que lidam com a diferença sexual e de gênero é proposta, por exemplo, sobre o plano metodológico (e não só), por E. OLIVIERI, *Una visione costituzionale Sulla Maternità Sostitutiva. L'arma spuntata (e mystifier) della Legge Nazionale*, e da S. NICCOLAI, *Diamo Alla maternità Quel Che Le obrazy* Em E. OLIVITO-S. NICCOLAI (Coord.), *Maternità filiazione genitorialità*, Jovene, Napoli, 2017, pp. 3 SS. 191 SS. Neste ponto de encaminhamento é permitido, para um aprofundamento em uma perspectiva diferente, A. SCHILLACI, *Surrogazione di maternità e Dimensioni della dignità: Alla ricerca di un paradigma* Em M. CAIELLI-B. PEZZINI-A. SCHILLACI (coord.), *Riproduzione e Relazioni. La surrogazione di maternità un centro della questione di gênero*, Cirsde, Torino, 2019 (acesso aberto: <https://www.cirsde.unito.it/it/publicazioni/studi-di-genero-convegni>).

²⁸ Como Proposta reconstrutiva de B. PEZZINI, *Costruzione del gênero e Costituzione* Cit.

²⁹ Neste sentido, CFR. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, Donne e Diritto*, cit., p. 40.

³⁰ Ivi Pp. 63 s.a.

duplo: em primeiro lugar, na medida em que revela a ligação entre o padrão e a neutralidade ou profundidade insuficiente (especialmente, em termos de gênero) da imagem do sujeito que pressupõe; e, em segundo lugar, na medida em que questiona o quanto e como a norma por meio da qual a diferença é (prescritivamente) transformada em desigualdade, é, por sua vez, o produto jurídico e cultural de um ato histórico de opressão. Nesse sentido, a crítica às classificações é paradigmática, por exemplo, na reflexão de Martha Minow³¹: a norma base em que se classifica não pode ser tomada como premissa sem crítica, mas continuamente desconstruída e reconstruída tendo em conta as condições concretas e experiências de vida e, portanto, uma imagem mais ampla e contextualizada do sujeito, uma vez que “se a norma não for desconstruída, as diferenças são necessariamente reproduzidas em forma de inferioridade, patologia, desigualdade.”³²

A desconstrução da norma implícita se amolda, no caminho para uma verdadeira vivificação do julgamento da igualdade, na tentativa de construir uma norma, um critério de reconhecimento da subjetividade, capaz de manter a diferença e a igualdade de dignidade em conjunto, sem neutralizar a multiplicidade de experiências e manter estas últimas em comunicação entre si: nesta perspectiva, os direitos qualificam os espaços para a auto-realização “em uma esfera pública rica em relações”³³ e, portanto, como veremos, espaços para construção de vidas a partir de capacidades. Em outras palavras, o reconhecimento dos espaços de autonomia e a garantia de direitos não só se convertem em “condições de viabilidade do trabalho desconstrutivo” dos standards³⁴ mas também na superação e transformação das experiências concretas de subordinação, na medida em que identificam e protegem as capacidades específicas para a auto-realização e a emancipação.

Por um lado, portanto, a importância das identidades resiste ao potencial assimilador da igualdade, alegando igual dignidade na diferença: como foi dito, «um antídoto para a interpretação do valor jurídico da igualdade como igualdade é

³¹ Esta é uma perspectiva profundamente ligada à crítica da construção jurídica do sujeito na perspectiva de gênero e aceito, por exemplo, por L. RONCHETTI, *L'autonomia E Sue esigenze* Cit. Espécie Pp. 114 s.m. E T. PITCH, *O Libertà Femminile Pua Passare por i Diritti*, cit., AD es. p. 281.

³² Neste ponto o encaminamento é permitido novamente para A. SCHILLACI, *Le Storie Degli Altri...* Cit. Espécie Pp. 160 SS.

³³ Cfr. M. MINOW, *Fazendo toda a diferença. Inclusão, exclusão e direito americano*, Cornell Univ. Imprensa, Ithaca, 1990, pp. 4 SS.

³⁴ Cfr. T. PITCH, *La Liberté femminile pué passare per i Diritti*, cit., p. 294.

constituído pela proteção jurídica da identidade pessoal³⁵,». Por outro lado, é necessário que a resistência da identidade não se traduza em uma rigidez da diferença, e este resultado está longe da construção de um novo equilíbrio entre liberdade e igualdade a partir de uma imagem do sujeito sensível tanto para os casos de reconhecimento identitário quanto para a necessidade de levar essas identidades para um contexto mais amplo de relações de solidariedade.

Estas são conclusões não alheias a certos itinerários de reflexão sobre a igualdade. Considere, e apenas para fornecer alguns exemplos (e sem pretensão de exaurir), em estudos sobre a complexa relação entre igualdade e razoabilidade, na medida em que é considerado possível diminuir a razoabilidade como um instrumento jurídico funcional para restaurar a dignidade, no julgamento da igualdade, nos fatos e nas condições concretas da própria existência em comparação e, portanto, assumindo a razoabilidade como um instrumento de articulação crítica da relação entre e o direito e a vida no que tange ao juízo da igualdade entre situações.³⁶

Mas considere, acima de tudo, a mesma perspectiva da relação crítica entre igualdade e diferença (mas também entre a igualdade formal e material), em que as posições convidam a recuperar o tom subjetivo das reivindicações igualitárias e, em um certo sentido, a atravessar a distância entre a igualdade e a diferença do sujeito.

Assim, paradigmaticamente na reflexão de Gianni Ferrara³⁷, o conceito de dignidade social igual (como "nova forma de conceber a igualdade" e "inversão" do seu carácter formal na Constituição republicana)³⁸ é construído como um instrumento que, superando a equação entre igualdade e generalidade (ou melhor reconhecendo nele um "instrumento objetivo», "instrumento lógico único" para "exorcizar demônio igualitário "e" reconduzir à dimensão de comando o direito à igualdade")³⁹, permite recuperar "a conexão com os sujeitos titulares da situação jurídica subjetiva (direito)

³⁵ T. CAMPO, *Eu Diritti fondamentali...*, cit., p. 79.

³⁶ Ivi p. 292.

³⁷ Assim L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza, Donne e Diritto*, cit., p. 91 (lá onde por *Mesmice* entende-se, a formação de um *Padrão*).

³⁸ Para um enquadramento, especialmente sobre a relação entre razoabilidade e questionamento crítico da experiência, videira. sTrabalho tudo para a. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel Diritto* Em *Diritto púnico*, 2016, fasc. 2, pp. 625 s.; em geral, e.m. também F. MODUGNO, *Ragione e ragionevolezza*, ES, Napoli, 2009, bem como AA. VV., *Ragione, ragionevolezza, esperienza (speriment), tamanho oggettiva e Storica della ricerca scientifica e Giuridica*, Roma, Aracne, 2007 e G. SCACCIA, *Gli Strumenti della ragionevolezza nel Giudizio costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2000.

³⁹ Cfr. G. FERRARA, *La Pari dignidade Sociale (APPUNTI Per una ricostruzione)* Em AA. VV., *Studi em Onore di Giuseppe Chiarelli*, Giuffrè, Milano, 1973, Vol. II, pp. 1087 SS.

para a igualdade" ⁴⁰ Nesta visão, a igualdade está ligada à igual dignidade das diferenças, mas também "à condição permanente em que o sujeito está situado como um termo de relação com as condições, formas e modos em que a sociedade está estruturada"⁴¹. Em outras palavras, a dignidade social igual e o livre desenvolvimento da personalidade são colocados ao longo de uma "linha preceptiva crescente"⁴² que encontra na «participação conjunta nos momentos significativos da realidade comunitária»⁴³ importante fator de qualificação. Assim, a recuperação do sujeito em suas concretas condições de vida não se traduz em uma afirmação do indivíduo (ou um equilíbrio entre a liberdade e a igualdade, em favor do primeiro termo), mas sim inclui (pelo processo do predicado *Social* da dignidade paritária) o momento de solidariedade social e *Política*.

Por outro lado, a ancoragem subjetiva de reivindicações igualitárias pode ser lida como um exemplo da ligação (bastante intensa) entre os artigos 2 e 3 da Constituição, e está, por sua vez, ligada à superação de uma concepção exclusivamente negativa da liberdade: "libertação das condições sociais de opressão e dominância que dificultam a realização de esferas da personalidade constitucionalmente protegidas" e ações concretas de redistribuição destinadas a compensar as desigualdades, impedindo a "estabilização das relações de predominância" que permanecem profundamente ligadas entre si⁴⁴. Desta forma, e por outras palavras, a igualdade social torna-se o meio termo entre a liberdade, a igualdade e a solidariedade. ⁴⁵ O nexos interno entre os artigos 2 e 3 da Constituição, e em seus dois parágrafos, vincula dinamicamente o desenvolvimento da personalidade e da dimensão intersubjetiva de acordo com uma lógica de afirmação positiva⁴⁶.

A dignidade social igual, neste sentido, não é apenas a tradução, "na linguagem da dignidade", do princípio da igualdade formal, mas se transforma em igual dignidade entendida como a possibilidade de desenvolver a própria competências e a liberdade de se autodeterminar numa relação de solidariedade com o outro. Ademais, tal declinação exigente da dignidade social igual liga à promoção das capacidades também a criação e garantia de condições adequadas de exercício das próprias capacidades,

⁴⁰ Ivi p. 1090.

⁴¹ Ivi p. 1094.

⁴² Ivi p. 1095.

⁴³ Ivi p. 1099.

⁴⁴ Ivi p. 1104.

⁴⁵ Ivi p. 1105.

⁴⁶ Ivi p. 21.

revelando assim um nexos muito profundo com a igualdade, *também* considerada na sua dimensão substancial e material.

Precisamente, a abordagem das capacidades (proposta por Martha Nussbaum) parece identificar melhor, numa perspectiva ligeiramente diferente, os contornos do ponto de equilíbrio específico entre a liberdade e a igualdade pressuposto pela tendência à subjetivação/concretização de juízos de igualdade (e das *políticas*). O foco nas capacidades humanas remete à busca de "universais que facilitem ao invés de intimidar, capazes de criar espaços propícios à escolha, em vez de forçar as pessoas a voltar a um modelo adequado de funcionamento total", e é neste sentido que o respeito pela dignidade de cada um implica reconhecer a qualidade de "sujeitos capazes de escolher"⁴⁷, de acordo com uma abordagem "que seja respeitosa com as lutas de todos pelo crescimento pessoal, que trata qualquer pessoa como um fim, capaz de agir e digna de pleno respeito"⁴⁸; capacidades remetem à "faculdade humana de razão prática e sociabilidade" idôneas para levar uma vida autenticamente humana ⁴⁹ e, que se traduzam, em termos práticos, dinâmicos e acima de tudo socialmente, colocando o princípio da pessoa como o fim.⁵⁰

É assim que a *capabilities approach* presume uma compreensão mais ampla do ser humano e se coloque na raiz de um conceito da dignidade orientado a um nexos exigente com liberdade compreendida como a autodeterminação; ao mesmo tempo, a abertura às capacidades (e, em termos mais familiares para nós, o livre desenvolvimento da personalidade nas formações sociais em que a solidariedade e a liberdade corresponsabilizada dão vida e corpo) ilumina o nexos interno entre liberdade e igualdade. ⁵¹

Nesse sentido, e voltando à perspectiva de gênero, a superação da subjetividade abstrata e a suposição de um ponto de vista fixo e concreto que inclua a diferença sexual e a dinâmica de subordinação de gênero permanecem centrais. O paradigma da antissubordinação (como uma chave específica para ler a igualdade na perspectiva de gênero) não conduz realmente (já que corre o risco de que, pelo menos em parte, o paradigma antidiscriminatório diminua à luz do princípio da igualdade formal) a uma

⁴⁷ Assim Q. RIDOLA, *Garanzie costituzionali e Dimensioni dei Diritti di liberta* Em ID., *Diritti di liberto e costituzionalismo*, Giappichelli, Torino, pp. 1 s., pp. 23-25.

⁴⁸ Assim M.C. NUSSBAUM, *Diventare Persone. Donne e universalita dei Diritti* [2000], Il Mulino, Bolonha, 2001, p. 77; e para a tensão entre a capacidade e a operação, CFR. also PP. 103 SS.

⁴⁹ Nesse sentido, S. RODOT, *La rivoluzione della dignidade*, cit., p. 15.

⁵⁰ Ivi p. 87.

⁵¹ Ivi p. 90.

assimilação ao *standard* universal/masculino, pois impõe e articula sua desconstrução crítica, reconstruindo a imagem do sujeito a partir da realização de situações de subordinação e da individualização correspondente dos mecanismos de reparação, de acordo com uma «perspectiva crítica capaz de escapar do risco de neutralização do litígio e da sua essencialização⁵²». Neste movimento podemos reconhecer, após um exame mais atento, tanto uma perspectiva universalista-dignificante como uma perspectiva redistributiva-transformadora⁵³, por sua vez intimamente conectadas, precisamente por esta razão, com uma abordagem crítica da lei: a busca da igualdade com instrumentos jurídicos liberta e promove o desenvolvimento da personalidade, mas ao mesmo tempo transforma a sociedade reconhecendo a dinâmica concreta da superação das estruturas de subordinação, na medida em que "a atenção é direta às estruturas sociais que produzem a diferença entre os sexos, mensuráveis e relevantes em termos de diferenças de poder, assimetrias de acesso e requisitos de possibilidade».⁵⁴

Por um lado, e, por conseguinte, o raciocínio em termos de igualdade não pode e não deve conduzir a uma neutralização das diferenças, uma vez que essas mesmas diferenças devem ser rejeitadas com base na sua interpretação pelo sujeito envolvido, no exercício de sua própria construção autônoma de vida, com o único limite externo representado por uma intervenção normativa que resiste, excluindo-as e contrastando-as, situações de subordinação concreta (e humilhação), realizando assim (ao mesmo tempo) o princípio da dignidade. Em outras palavras, a posição da pessoa que se refere, a este respeito e precisamente em relação à acusação de subordinação de gênero, pode ser compartilhada com o "direito desigual não-discriminatório », declinando a igualdade em uma perspectiva subjetiva e ligando a eficácia da proibição de discriminação com as circunstâncias específicas em que opera a diferença.⁵⁵ Não é, portanto, e como foi dito, "passar da visão anti discriminatória para a de avaliar as diferenças, mas de compreender em todo o seu âmbito a dignidade social que é um

⁵² Assim como B. PEZZINI, *Costruzione del gênero e Costituzione*, cit., p. 59.

⁵³ Ivi p. 91.

⁵⁴ De acordo com S. ORGANIZAÇÕES, *Il Diritto Di Avere Diritti*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 14, a "revolução da dignidade" afiança-se, assim, na (inacabada) "revolução da igualdade", dando vida "a uma nova antropologia, que coloca no centro a autodeterminação das pessoas, a construção de identidades individuais e novas formas de compreender os ligandos sociais e as responsabilidades públicas."

⁵⁵ Aprofundou esta tensão interna, a relação entre dignidade, liberdade e igualdade em PARA. SCHILLACI, *Le Storie Degli Altri...*, cit., pp. 210 SS.

conceito fundamental e que serve de entre o princípio da igualdade formal e da igualdade substancial».⁵⁶

4. Conclusões

A fertilidade da leitura da experiência jurídica na perspectiva de gênero como instrumento para analisar a partir de uma perspectiva crítica a ligação entre a construção jurídica da subjetividade e as dimensões da igualdade, até agora foi negada a partir de um nível teórico. Alguns exemplos retirados da experiência e da prática jurídica (e legislativa) podem ajudar a traçar brevemente algumas linhas de desenvolvimento das reflexões feitas até agora e preparar algumas conclusões provisórias.

Um primeiro exemplo pode ser extraído do artigo 16, parágrafo 1.1 de Dlgs. 151/2001 (texto único das disposições legislativas relativas à proteção e ajuda à maternidade e à *paternidade*), introduzida pelo artigo 1.º, parágrafo 485 da Lei 145/2018 (*orçamento do estado 2019 e orçamento plurianual para o período de três anos 2019-2021*). Esta disposição revoga a atual proibição que mulheres trabalhem nos últimos dois meses de gravidez e nos três meses após o parto, reconhecendo o direito da mulher de continuar trabalhando até o momento do parto, para logo poder abster-se de trabalhar nos cinco meses seguintes, desde que seja certificado pelo especialista e pelo médico responsável pela prevenção e proteção da saúde ocupacional, que esta opção não prejudica a saúde da mulher grávida ou do nascituro.

Numa leitura superficial, esta disposição poderia ser interpretada como uma disposição introduzida no reconhecimento da autonomia feminina, com o único limite da proteção obrigatória da saúde. Pelo contrário, uma leitura sensível à dinâmica da subordinação de gênero no ambiente de trabalho possibilita destacar alguns aspectos críticos.

Em primeiro lugar, deve notar-se que a combinação de autonomia feminina e a proteção da saúde como o único limite externo à sua explicação é um elemento constante nas previsões sobre a autonomia das mulheres (especialmente no âmbito

⁵⁶ A expressão é proposta por B. PEZZINI, *Nascere da un corpo Di Donna: an inquadramento per costituzionalmente orientato dall'analisi di gênero della gravidanza por altri* Em *Costituzionalismo.it*, 2017, especialmente PP. 184-185. neste ponto v. também A. ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e Diritto diseguale*, CEDAM, Padova, 2002.

reprodutivo) e significativa em sua exclusividade. Isto quer dizer, na medida em que o exercício da liberdade feminina⁵⁷ sobre o próprio corpo e as escolhas de vida se enquadram exclusivamente no contexto de um equilíbrio com a proteção do direito à saúde, silenciando perfis adicionais e diferentes na confluência entre as opções ligadas à reprodução e as dimensões da liberdade das mulheres. Mas, acima de tudo, a transição de uma disposição de proibição para a introdução de uma revogação estende formalmente o âmbito da autonomia feminina, mas, ao mesmo tempo, cria o risco de fazer a resposta menos intensa situações específicas de subordinação no domínio do emprego, uma vez que afecta o exercício efetivo da liberdade das mulheres, obrigando-os a fazer uma eleição em um sentido ou outro. Parece bom, neste caso, como a referência à autonomia despojado da consciência das condições de vida e de trabalho das mulheres (e medidas consistentes com essa consciência) riscos deixando as mulheres vulneráveis em dinâmica subordinados, que estão agora livres para cumprir o limite absoluto contido na formulação original da proibição. Como vimos, cada espaço de autonomia reconhecido por lei não é aberto em um "vácuo", mas em um "pleno" de relações de interdependência, que pode gerar tanto a dinâmica de libertação e promoção de desenvolvimento da personalidade, como de outra forma.

Um segundo exemplo diz respeito às vias de reconhecimento de identidade (e vulnerabilidade específica à origem sociocultural), relativas às condições das mulheres migrantes que procuram proteção. Estes são, em particular, o caso decidido em recurso (câmara civil), n.º 28152, de 24 de novembro de 2017⁵⁸, em que os juízes competentes (em especial o Tribunal de recurso de Bolonha, que altera a decisão contrária do Tribunal), confirmou a recusa de proteção subsidiária a um cidadão estrangeiro forçado a deixar seu país de modo a não submeter-se ao funeral da prática imposta à viúva para casar-se com o irmão do marido falecido. O Tribunal de recurso reconhece a proteção. Em particular, o Tribunal de recurso considerou que a exigência do ex-artigo 7 perseguição das DLgs. 251/2007 não existia porque a mulher, apelando às autoridades do seu povo, tinha sido capaz de contornar a aplicação das regras habituais por ficar voluntariamente (após ser privado da autoridade parental sobre seus filhos e destituído de sua propriedade). O Tribunal de Cassação considera que esta dedução não é clara, na sequência de um caminho argumentativo que está particularmente

⁵⁷ Então, também, B. PEZZINI, *Costruzione del gênero e Costituzione*, cit., p. 55.

⁵⁸ Cfr. L. RONCHETTI, *L'autonomia e Le Sue esigenze*, cit., p. 217, itálico incluído.

atento às circunstâncias específicas do caso, a história da mulher requerente e, acima de tudo, evitando a tomada de história para reconstruções estereotipada do seu contexto cultural. Por um lado, portanto, a solução do caso revela uma abordagem específica para a dimensão intersetorial, ou seja, o complexo entrelaçado que ocorre entre a reivindicação do *estatuto* de refugiado com base na violência baseada no gênero e perfis novos e concretos de vulnerabilidade das mulheres no contexto da origem.⁵⁹ Do outro lado, como pode ser visto no acórdão subsequente no recurso (secção, I civil, 23 de fevereiro de 2018, n. 4455)⁶⁰, precisamente a sensibilidade às variantes específicas da vulnerabilidade do requerente de asilo ajuda a iluminar e expandir a espaço de encontro entre diferentes experiências (e, se você quiser culturas), eliminando as reconstruções maciças e estereotipadas das identidades envolvidas e orientadas para o reconhecimento do outro e a proteção de suas necessidades específicas. Mais uma vez, é a realização do corpo de reconhecimento – neste caso ainda mais enriquecida por uma leitura da história a partir de uma perspectiva de gênero – que une a lacuna entre a classificação (de circunstâncias ou "figuras" pelas quais pode ser concedida estatuto de refugiado e experiências concretas de discriminação e vulnerabilidade, com a consequência de que o reconhecimento da identidade específica mobilizada pela história é facilitado de alguma forma, em contraste com a identidade cultural do "grupo" de pertença.⁶¹

Finalmente, outro exemplo vem do debate em curso sobre a passagem do chamado Projeto de Lei Pillon (assim chamado pelo primeiro signatário de um dos projetos de lei que estava em exame na Comissão de Justiça do Senado) em matéria de custódia compartilhada de menores após uma separação. No que diz respeito às reflexões feitas até agora, o projeto de lei destaca pelo menos três perfis, profundamente ligados uns aos outros. Em primeiro lugar, apesar das intenções expressas no relatório introdutório, ou seja, a busca do objetivo de desjudicializar as crises da vida familiar, deixando os *parceiros* com plena autonomia de escolha sobre a gestão da separação, o projeto de lei parece obviamente inspirado pela imposição de gestão de crises ou módulos de resolução que não só têm autoridade em suas provisões

⁵⁹ Sobre o assunto, mais E. RIGO, *Op. Cit.* Cfr. M. MANGA, *Quando as vítimas de violência doméstica são migrantes ou minorias: mulheres na intersecção na Europa*, no processo de publicação no fasc. n. 1/2019 di *Gênio* (www.geniusreview.eu).

⁶⁰ Ele é sobre um perfil L-produzido. RONCHETTI, *Donne e corpi tra sessualitTM e riproduzione* Em *Costituzionalismo.it*, 2006 (<http://www.costituzionalismo.it/articoli/207/>).

⁶¹ Sobre Esta decisão v. M. RESPIRAR *La protezione umanitaria nel sistema dei Diritti umani* Em *Questione Giustizia*, n. 2/2018, pp. 99 SS.

de dispositivos, mas também estão mais ou menos diretamente relacionados com uma clara preferência pela indissolubilidade do casamento. Considere, apenas para dar alguns exemplos, a obrigação de usar a mediação familiar como condição de admissibilidade da ação de separação e dissolução do casamento, ou na intervenção do Coordenador parental, uma figura externa ao casal encarregada de gerir e resolver conflitos após a separação⁶², e especialmente na imposição de um novo modelo de custódia infantil através do qual, superando o atual sistema de custódia compartilhada (exceto a autonomia do casal e a apreciação do juiz em relação à partilha de bens tendo em conta majoritariamente os interesses do menor), o projeto de lei visa tornar o tempo de permanência com um dos pais e outro rigidamente igual, independentemente da sua capacidade de cuidar da criança em termos de tempo e dinheiro. Em segundo lugar, é precisamente o novo modelo de igualdade de cuidados a partir do qual é possível tirar uma série de consequências em termos de obrigações alimentares, sem ter em conta, se não de forma completamente marginal (e predominantemente aflitiva), a estatuto económico específico dos *parceiros*. Estabelece-se que o apoio à criança é igualmente para ambos os pais e medidas são tomadas sobre a alocação da casa da família, estabelecendo que o antigo não-co-proprietário perde quaisquer direitos na casa da família e, se ele é um co-proprietário, Você deve pagar um valor para o outro cônjuge, se você quiser continuar a viver com seus filhos. Finalmente, a partir do que foi resumido até agora, e como observado em uma leitura crítica convincente⁶³, a passagem final do projeto de lei teria um certo impacto sobre os paradigmas da leitura do direito da família italiana, realinhando-o com uma imagem da subjetividade que pressupõe e esconde a figura do homem proprietário. Para os propósitos das reflexões realizadas até o momento, é novamente claro com evidência suficiente da diversidade de cenários que resultam das diferentes perspectivas de leitura do projeto de lei. Se, de facto, uma leitura ancorada numa dimensão exclusivamente formal das disposições poderia levar a que fossem consideradas plenamente respeitadoras da autonomia dos sujeitos envolvidos e com a igualdade entre os cônjuges, uma leitura cuidadosa das especificidades as relações de

⁶² Sobre Esta decisão v. E. RIGO, *La protezione Internazionale Alla prova del genere: Elementi di Analisi e problematiche aperte* Em *Questione Giustizia*, n. 2/2018, pp. 117 SS.

⁶³ Isso, no entanto, coincide – pelo menos nos objetivos – com a aspiração de "multiculturalismo que realmente trata todas as pessoas como moralmente iguais", em particular, S. MOLLER OKIN, *Réplica* Em EAD., *Diritti Delle Donne Multiculturalismo*, cit., pp. 133 s., 150. A este respeito, CFR. também E. OLIVITO, *Minoranze Culturali e iddentit. Eu diritti dei soggetti vulnerabili*, Aracne, Roma, 2006.

gênero na vida familiar mostram um quadro muito diferente de um regulamento que, longe de preservar um equilíbrio nas relações conjugais, acaba por aprofundar a dinâmica concreta da subordinação (especialmente econômico). E mais uma vez, uma visão rígida da relação entre a lei e a vida-como evidenciado pela imposição de disposições obrigatórias na gestão das relações familiares em crise-é acompanhada, por um lado, por uma restrição da imagem do sujeito e, por outro lado, a mortificação da busca pela dignidade efetiva igual entre os gêneros.

Estes são, evidentemente, exemplos muito diferentes uns dos outros que, no entanto, quando lidos com o prisma das considerações realizadas até agora, revelam a utilidade de uma abordagem de experiência jurídica a partir de uma perspectiva de gênero, especialmente em termos de recuperação - a nível metodológico - das interseções entre o direito e a vida como uma referência crítica indispensável no trabalho de interpretação.

Em todos os três casos, uma leitura inspirada por uma concepção unidimensional ou formal de autonomia (feminina, mas não apenas) se opõe a uma sensibilidade mais arraigada e crítica às condições específicas (acima de tudo a subordinação material e/ou simbólica) em que se exerce a autonomia. Assim, em todos os três casos, as diferentes abordagens de autonomia revelam conseqüências significativas em termos de aderência de políticas concretas na busca da efetiva igualdade de gênero.

No fundo reside o desafio, que investiga os itinerários do pensamento das mulheres sobre o direito, de recuperar uma concepção ampla e situada de subjetividade, sem cair na ilusão de identidades fixas e imutáveis⁶⁴ e de fato assumindo a "inegável natureza plural de nossas identidades."⁶⁵

Ao ler também a experiência jurídica focada em gênero, é possível desenvolver uma consciência mais profunda das múltiplas interseções que estruturam as identidades e que podem ser utilmente alcançadas, também do ponto de vista jurídico, precisamente através do reconhecimento de capacidades específicas e da promoção dos espaços de experiência a que dão vida e corpo. Em outras palavras, como Sen adverte, somos "diversamente diferentes" e a esperança de harmonia no mundo contemporâneo reside em grande parte em uma compreensão mais clara da

⁶⁴ Para uma crítica do projeto de lei de Pillon, v. também Ronchetti, neste *Volume*.

⁶⁵ Cfr. (MARELLA), *Il DDL Pillon" si fa Diritto en Euro Nomade*, 27 de março de 2019 (<http://www.euronomade.info/?p=11862>).

pluralidade da identidade humana e no reconhecimento de que estas pluralidades são transversais e representam um antídoto para uma separação clara ao longo de uma linha divisória fortificada e impenetrável".⁶⁶

⁶⁶ Como adverte. SEN, *Identità e violenza*, [2006], Laterza, Roma-Bari, 2008, além disso, "a imposição de uma suposta identidade única é muitas vezes um componente fundamental desta arte marcial de fomentar os conflitos sectários" (p. IX). Como L. RONCHETTI, *Norme pela E Riflessioni di gerar*, cit., p. 486, por outro lado, a necessidade de "não reduzir as subjetividades, a identidade móvel, a identidade fixa" é uma das posições básicas do feminismo (político e jurídico).

27. INFORMAÇÃO NO CIBERESPAÇO: EMPODERANDO MULHERES BRASILEIRAS NA LUTA CONTRA A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-27>

Milena Veloso de Linhares¹

Natálie Vailatti²

RESUMO

O presente artigo estuda a realidade da violência obstétrica no Brasil. Procura averiguar os diversos aspectos da violência obstétrica e quais ações podem contribuir para que a mulher tenha uma experiência de parto agradável. Para tanto, analisa o histórico e conceituação do termo violência obstétrica e quais são as violações que ocorrem e o tratamento dado pelo sistema jurídico brasileiro. Posteriormente, busca identificar quais as iniciativas nacionais e internacionais que estudam os procedimentos necessários para que a mulher tenha uma experiência positiva no parto. Por fim, identifica como os movimentos sociais, por meio do ciberativismo, viabilizam o acesso à informação, para que a mulher gestante conheça os procedimentos que podem ser adotados no tratamento médico-hospitalar sem violar os seus direitos. É uma pesquisa bibliográfica que utiliza o método lógico indutivo.

PALAVRAS-CHAVE: Violência Obstétrica. Autonomia. Ciberativismo. Empoderamento Feminino.

INTRODUÇÃO

Os debates sobre a violência obstétrica são recentes e ganharam maior importância nos últimos anos. Por ser uma novidade no cenário nacional e internacional o tema está envolto em controvérsias e polêmicas. Uma delas é a discussão sobre a própria existência de tal prática.

¹ Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina, Bolsista da Capes. email: milenalinhares94@gmail.com

² Especialista em Direito Público e Privado – Direito Material e Processual - Unoesc. email: natalievailatti@gmail.com

No Brasil, os debates sobre a violência obstétrica ganham corpo a partir da publicação, em 2010, da pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo e Sesc. A referida investigação constatou que 1 em cada 4 mulheres sofreram esse tipo de violência. Contudo, o mais grave dado apontado nela é o fato das mulheres desconhecerem serem vítimas de tal procedimento. Sendo assim, considerando as informações apresentadas no relatório, verifica-se que a ocorrência da violência obstétrica é comum no contexto brasileiro e por isso justifica-se uma investigação sobre tal temática.

Considerando o elevado número de violações que acontecem no Brasil no momento do parto e as orientações da Organização Mundial da Saúde sobre o tema, a presente pesquisa busca averiguar os diversos aspectos da violência obstétrica e quais ações podem contribuir para que a mulher tenha uma experiência de parto agradável.

Para responder ao problema proposta o texto apresentará o seguinte desdobramento argumentativo. Na primeira parte, relativa ao termo violência obstétrica, será apresentado como surgiu os debates sobre as violações e analisado o tratamento jurídico brasileiro e os direitos violados. Em um segundo momento, será estudado como as organizações internacionais abordam o tema e se manifestam para alcançar a igualdade de gênero e empoderar as mulheres no momento do parto para que tenham uma experiência positiva do mesmo. Na terceira parte, será demonstrado como os movimentos sociais disseminam a informação sobre a violência obstétrica para as mulheres.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica que utiliza o método lógico indutivo.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: ASPECTOS CONCEITUAIS E JURÍDICOS

A experiência do parto e da maternidade vem sofrendo alterações nas últimas décadas. Antes ela ficava restrita ao âmbito familiar e doméstico, agora é, fundamentalmente, algo que ocorre no ambiente hospitalar. Tal mudança foi causada, basicamente, pela adoção de novas tecnologias e procedimentos considerados mais eficientes e seguros. Nesse sentido, por exemplo, é importante destacar os diversos avanços, no campo da obstetrícia, que contribuíram para a diminuição das taxas de mortalidade materna e perinatal. Contudo, simultaneamente, essas transformações estimularam intervenções desnecessárias, utilizadas de maneira desarrazoada e sem a

observação dos aspectos emocionais, convicções e as necessidades particulares de cada mulher (BRASIL, 2017, p.6).

Nesse contexto, em 1985, a OMS ao constatar essa situação, iniciou um processo de “standardização do parto”, incitando os Estados a revisar as tecnologias aplicadas aos partos e viabilizar alternativas para que as mulheres possam eleger o procedimento que desejam e assim devolver o seu protagonismo (SUÁREZ *et al.*, 2015, p.2). A ausência de esclarecimento sobre os procedimentos que vão ser utilizados e a falta de liberdade para escolhê-los gera, o que se convencionou chamar, violência obstétrica.

A violência obstétrica pode ser praticada de muitas formas. Sendo assim, não é possível ser apresentado um rol taxativo dela. Ela pode ser a precariedade de informação dos procedimentos e consequências, a falta de consentimento, a negação do direito ao acompanhante durante todo o atendimento no trabalho de parto, e ainda de uma violência psicológica que é comumente praticada com um tratamento frígido, abusivo e desumano que retira todo o protagonismo e empoderamento da mulher.

O termo “violência obstétrica” foi utilizado pela primeira vez e definido na Venezuela, com a promulgação da “Ley Orgánica sobre el Derecho de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia” em 2007, tipificando a conduta como:

Qualquer conduta, ato ou omissão por profissional de saúde, tanto em público como privado, que direta ou indiretamente leva à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres, e se expressa em tratamento desumano, no abuso da medicalização e na patologização dos processos naturais, levando à perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida de mulheres (p. 30).

De acordo com essa definição, a violência obstétrica caracteriza-se por ser: a) apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres; b) tratamento desumano; c) um abuso da medicalização e patologização de processos naturais, d) violação da autonomia decisória da mulher sobre o corpo e a sexualidade. Os termos destacados, indicam a gravidade do evento e a necessidade da questão ser tratada de maneira incisiva.

No Brasil, como já destacado alhures, o tema tomou grandes proporções em 2010 após a divulgação da pesquisa “Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado” realizada pela Fundação Perseu Abramo – Fpabramo e o Serviço Social do Comércio – SESC. Nela, constatou-se que 25% das mulheres já sofreram

algum tipo de violência durante o parto. Segundo Nadal, *et al.* (2017), a violência obstétrica faz com que sejam retirados os direitos da mulher sobre seu corpo, suas condições de decidir, cabendo então ao médico, a tomada de decisões. Sendo assim, do ponto de vista legal, ocorrem diversas violações de direitos.

A Constituição Brasileira de 1988, em muitos dispositivos, trata dos direitos à integridade psicofísica. O Código Civil (CC) também protege tais direitos. Contudo, críticas são feitas a proteção deles no âmbito legal. Os críticos sustentam que o CC limitou-se apenas sobre a disposição do próprio corpo humano e a vontade do seu titular, sem observar os demais aspectos de disposição sobre a totalidade ou em parte, do próprio corpo (SCHREIBER, 2014 p.33).

Dois dispositivos do CC tratam do ponto em tela. O art. 13 do Código Civil traz que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”, Schreiber (2014, p.34) dirige três críticas a este dispositivo:

- (i) primeiro, ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por “exigência médica”, o art. 13 parece elevar a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) segundo, ao vedar a disposição do próprio corpo que importe “diminuição permanente da integridade física”, o art. 13 sugere, *a contrario sensu*, que estariam autorizadas reduções não permanentes, o que se mostra extremamente perigoso; (iii) terceiro, o art. 13 alude à noção de “bons costumes”, ideia vaga e imprecisa, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas.

O art. 15 do CC também dispõe sobre a temática objeto de análise. Nele, está grafado que ninguém pode ser constrangido a submeter-se à tratamentos médicos e a intervenções cirúrgicas se houver risco de vida (BORGES, 2007, p. 170). Sendo assim, há que existir o consentimento e a autorização daquele que sofrerá os procedimentos. Aqui procura-se preservar a autonomia decisória.

Dessa maneira, nos casos de disposição sobre o próprio corpo, os limites da autonomia privada devem ser observados, desde que não ultrapassem o que é permitido na Constituição Federal, legislações, ordem pública e a dignidade humana como valor fundamental em todos os atos jurídicos. As disposições de vontade devem ser documentadas, preferencialmente de forma escrita, detalhando a “extensão do ato

de disposição, sua finalidade, o âmbito da intervenção a ser feita no corpo, entre outros aspectos.” (BORGES, 2007, p.173).

Não há como compreender bem a questão da violência obstétrica e os temas que a tangenciam sem considerar a relação entre o médico e o paciente. Uma vez que é de rotina e obrigatória a busca pelo profissional de saúde para acompanhar todo o processo pré-natal, durante o parto e após o nascimento. Dada a necessidade e a confiança depositada num determinado profissional, o médico, ele tem a obrigação de informar as alternativas disponíveis de maneira imparcial e deixar que a mulher possa livremente escolher os procedimentos que serão adotados.

Entretanto, nem sempre é assim. Embora, as interações entre médico e paciente devam ser uma relação onde a prioridade é a promoção da saúde, nem sempre é assim. Em alguns momentos, a vinculação torna-se tensa e complicada. Para que isso não ocorra, é necessário que o médico explique a paciente o procedimento, seus riscos e benefícios em uma linguagem clara e acessível, a qual pode consentir ou modificar o plano de ação de acordo com a técnica. Aliado ao consentimento esclarecido, há a autonomia da paciente no direito de dispor do seu próprio corpo, de ser ouvida e decidir sobre suas conveniências. Sendo assim, a autonomia a vontade da paciente é confrontada com a autonomia técnica e o pleno discernimento intelectual do médico que busca o melhor resultado com menor desconforto, menor preço e mais agilidade. (GOMES, 2003, p. 3-5).

Após verificar o delinear histórico da violência obstétrica e o tratamento jurídico dado pela legislação pátria, passamos à análise das iniciativas de organismos internacionais e nacionais na busca por melhorias dos direitos de saúde e reprodutivos das mulheres.

INICIATIVAS INTERNACIONAIS E NACIONAIS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE E DIREITOS REPRODUTIVOS DAS MULHERES

Há mais de três décadas, uma série de Conferências Internacionais buscam a proteção dos direitos humanos. Em 1979 aconteceu a Convenção sobre Erradicação de todas as Formas de Violência contra a Mulher, em 1993 a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher, conjuntamente com a IV Conferência Mundial sobre a Mulher em 1995. Além da Convenção Interamericana

para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em 1996 ocorrida no Brasil. Em todas as oportunidades foi alertado sobre a importância dos direitos sexuais e reprodutivos como sendo inalienáveis, integrais e indivisíveis dos direitos humanos (BELLI, 2013, p. 30).

A Convenção sobre Erradicação de todas as Formas de Violência contra a Mulher de 1979 foi promulgada no Brasil apenas no ano 2000 através do decreto 4.377/2002. Tal fato fez com o país buscasse eliminar a discriminação contra a mulher na esfera de cuidados médicos para garantir à mulher assistência apropriada durante a gestação, ao parto e ao pós-parto (BRASIL, 2019, art. 12).

No Brasil foi criada a portaria nº 569/2000, garantindo que todas as gestantes possuem o direito ao atendimento digno e de qualidade no decorrer de sua gestação, parto e puerpério. Tal portaria traz como condição para o adequado acompanhamento do parto a humanização da assistência obstétrica e neonatal, além de ter uma vasta lista de responsabilidades que as unidades integrantes do SUS devem observar³.

A criação da Lei 11.108/2005 dá direito à parturiente ser acompanhada por alguém indicado por ela, que lhe acompanhe durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, sendo que tanto os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde – SUS, quanto a rede própria ou conveniada são obrigados a permitir a presença de um acompanhante.

Nesse sentido, no ano de 2011 através das portarias 1459 e 650, o Brasil cria a Rede Cegonha, um pacote de ações para garantir atendimento de qualidade, seguro e humanizado para todas as mulheres. Oferecendo assistência pelo Sistema Único de Saúde desde o planejamento familiar, confirmação da gravidez, pré-natal, parto, pós-parto e até os dois primeiros anos da criança.

Tal programa visa à promoção de modelo de atenção a saúde da mulher e da criança, com atenção voltada ao parto, nascimento, crescimento e desenvolvimento da criança. Ainda, dispõe-se a organizar a Rede de Atenção à Saúde Materna e Infantil garantindo assim o acesso, acolhimento e resolutividade, além de buscar a redução da mortalidade materna e infantil, focando principalmente no acompanhamento neonatal.

³ Anexo II, portaria 569/2000: A humanização da Assistência Obstétrica e Neonatal é condição para o adequado acompanhamento do parto e puerpério. Receber com dignidade a mulher e o recém-nascido é uma obrigação das unidades. A adoção de práticas humanizadas e seguras implica a organização das rotinas, dos procedimentos e da estrutura física, bem como a incorporação de condutas acolhedoras e não-intervencionistas. (BRASIL, 2000)

A Organização Mundial da Saúde (OMS), em fevereiro de 2018, emitiu recomendações para cuidados durante o parto com o objetivo de transformar o momento do nascimento em uma experiência positiva para as mulheres e os recém-nascidos.

As recomendações são destinadas à toda a sociedade mundial no desenvolvimento de políticas públicas de saúde e nos procedimentos clínicos. Os principais destinatários são os criadores de políticas públicas, os responsáveis pela implantação, planejamento e administração de serviços de saúde materna e infantil, os profissionais sanitários envolvidos (médico, enfermeiro, atendente) e o corpo acadêmico que capacita os profissionais sanitários (WHO, 2018, p.2).

Após a realização de estudos seguindo os padrões impostos pela OMS, os especialistas ao analisarem pesquisas científicas e investigações qualitativas, incluíram 26 novas recomendações às 30 recomendações já existentes. Trata-se de um pacote de 56 recomendações para cuidados antes do parto, durante a dilatação, período expulsivo, nascimento e atenção imediata com a mulher e o bebê depois do parto. De tal forma que os profissionais envolvidos devem ser amáveis, competentes e permitirem que todas as mulheres possam ter uma experiência baseada em seus desejos e necessidades, proporcionando um atendimento com enfoque nos direitos humanos (WHO, 2018, p.2).

As recomendações são categorizadas como recomendada, não recomendada, recomendada somente em contextos específicos e recomendado somente em contexto de investigações rigorosas. Com a finalidade de garantir que cada recomendação se aplique corretamente na prática e principalmente aos casos específicos, foram incluídas observações adicionais com detalhes que devem ser avaliadas de acordo com as particularidades de cada situação (WHO, 2018, p.3).

O documento emitido pela OMS com as diretrizes está intimamente ligado aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030. Principalmente ao mencionar o ODS 3 que tem como objetivo assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todas e todos, em todas as idades. Além do objetivo geral, ao combater a violência obstétrica deve-se observar a meta 3.1 e 3.2 para reduzir a mortalidade materna e perinatal, e a meta 3.4 que visa promover a saúde mental e o bem-estar, assegurando, conforme traz a ODS

3.7 “o acesso universal aos serviços de saúde sexual e reprodutiva, incluindo o planejamento familiar, informação e educação, bem como a integração da saúde reprodutiva em estratégias e programas nacionais” (ONUBR, ODS3).

Além das metas que envolvem o ODS 3, o ODS 5 tem como objetivo alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas, e assim acabar com todas as formas de discriminação e violência (ODS 5.1 e 5.2). e ainda, assegurar o acesso universal à saúde sexual e reprodutiva e os direitos reprodutivos de acordo com as convenções internacionais já previamente incorporadas ao sistema jurídico pátrio (ODS 5.6).

A meta 5.b da Agenda 2030 traz que é necessário “aumentar o uso de tecnologias de base, em particular as tecnologias de informação e comunicação, para promover o empoderamento das mulheres”, pode-se extrair que o uso dos meios de comunicação deve ser utilizado para informar sobre a violência obstétrica e promover o empoderamento feminino.

Aliado aos objetivos da Agenda 2030, há uma série de desdobramentos e ações tomadas pelas organizações internacionais e nacionais. O Instituto Brasileiro de geografia e Estatística – IBGE, responsável pelas estatísticas oficiais brasileiras ao divulgar o estudo “Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil”, ressaltou a importância da produção de indicadores de gênero para que a igualdade de gênero seja basilar na criação de políticas públicas. Cada tema dos indicadores da pesquisa está umbilicalmente relacionado aos objetivos da Plataforma de Pequim 1995, da Agenda 2030 e do Consenso de Montevideu sobre População e Desenvolvimento pois vão mensurar os níveis de igualdade de gênero e do empoderamento feminino (IBGE, 2013, p.1-2).

Nesse estudo, no tópico que trata de saúde e serviços relacionados, a pesquisa contempla indicadores da mulher do nascimento até a fase idosa com atenção especial à fase reprodutiva da mulher. É um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável – ODS (Agenda 2030) a redução da taxa de mortalidade de crianças com menos de 5 anos e no Brasil observou-se que entre 2011 e 2016 ocorreu a redução dos números, a taxa que era de 17,2 passou para 14,1 em cada 1000 nascidos vivos. É importante destacar que em pesquisa realizada em 2015 o Fundo das Nações Unidas para Infância (United Nations Children’s Fund – UNICEF) identificou que 45% da mortalidade infantil ocorre durante o período neonatal, do nascimento até o 27º dia de vida. (IBGE, p.7).

Além da preocupação com a mortalidade infantil, há a mortalidade materna que tem sido monitorada, buscando-se a redução da taxa global. Na Pesquisa Nacional de Saúde - PNS 2013, constatou-se que 99,0% dos partos ocorridos entre 28.07.2011 e 27.07.2013 haviam sido atendidos por profissionais da saúde especializados, a PNS revelou que das mulheres entre 18 e 49 anos de idade, 97,4% tinham sido atendidas pelo menos uma vez em consulta pré-natal, porém apenas 93,9% foram atendidas em pelo menos quatro consultas. Em recente orientação da Organização Mundial de Saúde – OMS (World Health Organization – WHO) aumentou para oito o número de consultas recomendadas para o período pré-natal com o objetivo central de reduzir a mortalidade perinatal e a melhora no atendimento às mulheres (IBGE, p.7).

Como se não bastasse a falta de atendimento necessário para as mulheres no período pré-natal, os indicadores mostram que há diferença nos atendimentos para mulheres brancas e mulheres pretas ou pardas. Os parâmetros das mulheres que foram atendidas em pelo menos uma consulta foram de 98,6% para mulheres brancas, e 96,6% para mulheres pretas ou pardas. Já para o parâmetro de ter frequentado quatro consultas o acesso é ainda menor, 95,4% para as mulheres brancas e 92,8 para as mulheres pretas ou pardas (IBGE, p.8).

É inegável que a realização de pesquisas quantitativas mostra a realidade vivida pelas mulheres. Ao se deparar com os números, constata-se que o oferecimento de serviços de saúde e reprodutivos da mulher é escasso, e reduzido para mulheres pretas ou pardas. Assim, verifica-se que as pautas de direitos das mulheres além da busca pela redução das desigualdades de gênero é potencializada com a diferença racial.

A OMS é uma agência especializada em saúde e tem total influência e relevância na sociedade mundial. Ao publicar as diretrizes sobre a humanização do parto, evidenciou que o tema da violência obstétrica é a realidade de muitas culturas e que ao seguir as diretrizes será possível oportunizar para as mulheres uma experiência positiva, tornando-a empoderada e protagonista de todo o evento do parto.

Além das iniciativas de órgãos públicos e organizações não governamentais (ONG), há diversas redes e associações de mãe, gestantes e da sociedade civil que se dedicam à defesa dos direitos das mulheres contra a violência obstétrica. Cada vez mais presente na rede de computadores, movimentos feministas tem levado a informação, trocado experiências e exigido mudanças das políticas públicas em prol dos direitos da maternidade.

A IMPORTÂNCIA DO CONHECIMENTO NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES E NO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA

As mulheres têm uma história de inferiorização pela sociedade em um modo geral, inclusive na tomada de decisões. Lutas foram realizadas pelos movimentos sociais para que a cultura patriarcal seja erradicada e a mulher tenha a liberdade e autonomia nas escolhas. Apesar dos grandes avanços da proteção constitucional dos direitos humanos, as mulheres ainda sofrem com a violação de seus direitos e diante desse fato acontece o ativismo pelos movimentos feministas levando conhecimento às mulheres para que possam amplificar o empoderamento feminino.

O termo violência obstétrica é recente e grupos de mulheres ativistas têm movimentado as redes sociais, difundindo a informação por meio do ciberativismo, com o intuito de informar e conscientizar sobre as práticas que as mulheres são submetidas e vitimizadas.

Nas mídias sociais tradicionais (televisão, rádio e jornais) e nas novas mídias (internet), a opinião pública dos consumidores de saúde têm questionado os procedimentos que são usualmente adotados, os quais faltam evidências científicas que corroborem o argumento que são necessários os procedimentos invasivos e que trazem mais conforto para a mulher. Com efeito, verifica-se que há a necessidade de mudanças nas práticas da obstetrícia para o resgate das características naturais e fisiológicas da mulher na hora do parto, além da humanização no tratamento com a gestante e a família durante a gestação e o parto.

Primeiramente, importante significar o termo “ciberativismo”, que segundo o dicionário Priberam *online* da língua portuguesa (2019) é “um tipo de ativismo em que são usados meios, eletrônicos e computadores, notadamente em redes informáticas”.

Para Silveira (2010, p. 31), além de um tipo de ativismo há uma causa a ser defendida, o ciberativismo é denominado como “um conjunto de práticas em defesa de causas políticas, socioambientais, sociotecnológicas e culturais, realizadas nas redes cibernéticas, principalmente na Internet”. É possível afirmar que as práticas se fundem com o crescimento da rede e a consequente emancipação das pessoas pelo acesso à informação.

No mesmo sentido, para Fonseca etl. al (2017, p. 61) o ciberativismo, também conhecido como ativismo digital, é parte integrante da mobilização e crescimento da

cibercultura e a democratização de acesso às tecnologias de informação e comunicação.

E Rigitano (2003, p.3), enfatiza a importância dos movimentos sociais pela internet:

É possível ser dito que a Internet se constitui uma ferramenta imprescindível para as lutas sociais contemporâneas, já que facilita as atividades (em termos de tempo e custo), pode unir e mobilizar pessoas e entidades de diferentes localidades em prol de uma causa local ou transnacional, bem como quebrar o monopólio da emissão e divulgar informações “alternativas” sobre qualquer assunto. Sendo sim, indivíduos, movimentos e organizações fundam, a partir do uso da Internet, o chamado ciberativismo, ativismo digital ou ativismo on-line.

A assertiva é comprovada pela Agenda 2030 que sinaliza, em seu tópico 5.b, a necessidade do uso e tecnologias de informação e comunicação para atingir tal fim, ainda, adotar e fortalecer políticas mais sólidas e legislação aplicável na promoção da igualdade de gênero e empoderamento de todas as mulheres e meninas em todos os níveis.

É relevante tratar sobre a violência obstétrica no ciberespaço, pois por intermédio das mídias sociais, têm ocorrido o fortalecimento e na promoção de ações políticas femininas como forma de trazer uma mudança legislativa para erradicar a violência. Sena e Tesser (2017, p. 214) pontuam que no Brasil, inicialmente houve duas iniciativas em meados de 2010 e 2012 onde foram criadas e desenvolvidas em total ambiente de conectividade, usando de mídias para promoção da saúde, em especial voltada à mulher vítima da violência obstétrica, as duas iniciativas foram nomeadas “o teste da violência obstétrica” e o documentário “violência obstétrica – a voz das brasileiras”, ambos foram fundamentais na reflexão acerca da qualidade do atendimento quando do parto, fazendo com que um número ainda maior de mulheres pudessem se manifestar e partilhar as suas vivências.

Pode-se afirmar que a internet é a principal ferramenta que os movimentos sociais utilizam para informar sobre a violência obstétrica. O ativismo nas redes sociais tem impulsionado que a informação seja dissipada por toda a sociedade para que todos se sensibilizem e mudem a forma de lidar com o parto.

Além de ter acesso à informação e conhecer os procedimentos que a mulher concorda que sejam realizados durante o trabalho de parto, a simples manifestação verbal não é garantia que as providências serão tomadas e tampouco protege os

profissionais sobre a tomada de decisões em casos de uma emergência obstétrica no momento do parto.

Dito isto, é prudente considerar a necessidade da implantação de um documento chamado Plano de Parto e Nascimento, onde a mulher grávida é esclarecida sobre todo o processo do parto, e observando os desejos pessoais e expectativas criadas durante a gestação, e atendendo as necessidades particulares, define quais alternativas prefere durante seu parto, contribuindo para se produzir um efeito positivo e satisfatório, respeitando assim o Princípio Bioético de Autonomia (SUÁREZ, et al., 2015, p.2)

O conceito do plano de parto surgiu em 1980 nos Estados Unidos com Sheila Kitzinger, onde países anglo-saxônicos passaram a utilizar o documento para exigir um parto com menos intervenções. Nos países da Europa o uso do Plano de Parto e Nascimento foi rapidamente generalizado. Na Inglaterra em 1993, 78% dos partos tinham um Plano pré determinado pela gestante. Na Espanha a sua implantação iniciou em 2007, mas somente em 2012 o Ministério da Saúde, Política Nacional e Igualdade é que publicaram um modelo de Plano de Parto e Nascimento. (SUÁREZ, et al., 2015, p.2).

Diferente das mulheres européias que reivindicaram pela construção do plano de parto, para que pudessem ter um maior controle sobre seus corpos na medicalização de todo o processo do parto, no Brasil é um recurso pouco utilizado. Ao delinear o plano de parto, a mulher tem a necessidade de entender e expressar os anseios pessoais no processo parturitivo e comunicar para a equipe de assistência médica a suas preferências. (SENA e TESSER, 2015, p.7)

Considerando toda a análise feita no presente estudo, é prudente apontar a necessidade de desenvolvimento de políticas públicas no Brasil para que a mulher tenha acesso às informações, e em poder do conhecimento, possa tomar as decisões que melhor atendam seus desejos e pretensões observando as particularidades clínicas, e tenha um parto seguro e positivo.

CONCLUSÃO

O trabalho de parto passou por mudanças nos últimos trinta anos, instituiu-se que o parto em ambiente hospitalar é uma forma de proteção para a gestante e o bebê

de possíveis complicações e a consequente diminuição de mortalidade infantil e materna. Hoje, porém, o que se tem é que o acontecimento do parto é palco de muitas violências praticadas com a mulher em um momento muito importante de sua vida.

Tais situações foram experienciadas pelas mulheres ao longo de tantos anos e até certo ponto vistas com naturalidade, porém surgiu o termo violência obstétrica que são os procedimentos médicos desnecessários e o tratamento desumanizado ofertado pela equipe médica e hospitalar às mulheres e familiares antes, durante ou depois do parto.

Foram abordadas as iniciativas dos órgãos nacionais e internacionais na propositura de ações que promovam assistência à saúde e aos direitos reprodutivos das mulheres para que os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável – ODS da Agenda 2030 possam ter avanços significativos no combate à violência obstétrica.

Diante do acontecimento desenfreado de violência obstétrica, grupos de mulheres ativistas têm movimentado as mídias sociais, principalmente através do ciberativismo, difundindo informações sobre o tema, com o intuito de conscientizar sobre as práticas que as mulheres são submetidas e vitimizadas, além de promover o fortalecimento e engajamento de toda a sociedade em prol da proteção dos direitos fundamentais das mulheres.

Além da necessidade de ter o conhecimento é importante que as políticas públicas que são criadas em prol da saúde feminina e reprodutiva da mulher, criem mecanismos (Plano de Parto) para que as orientações internacionais de humanização do parto sejam rigorosamente seguidas de acordo com as necessidades médicas da gestante, desejos pessoais e convicções morais.

Importante salientar, que a pesquisa sobre a violência obstétrica ainda deve ser explorada por outras áreas da comunidade acadêmica, sendo necessário que haja um estudo interdisciplinar para que os múltiplos aspectos sejam observados.

REFERÊNCIAS

BELLI, Laura F.. La violencia obstétrica: otra forma de violación a los derechos humanos. **Revista Redbioética/unesco**, [s.i.], v. 1, n. 4, p.25-34, jan. 2013. Semestral. Disponível em:

<[https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/12868/Art2-](https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/12868/Art2-BelliR7.pdf?sequence=2&isAllowed=y)

[BelliR7.pdf?sequence=2&isAllowed=y](https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/12868/Art2-BelliR7.pdf?sequence=2&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 abr. 2019.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. 257 p.

BRASIL. Decreto nº 4377, de 13 de setembro de 2002. Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto no 89.460, de 20 de março de 1984. Brasília, 13 set. 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 25 fev. 2019.

_____. FIOCRUZ. ENSP. Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Nascer no Brasil. Inquérito Nacional sobre Parto e Nascimento.

Sumário executivo temático da pesquisa. [s.d.]. Disponível em:

<[http://www.ensp.fiocruz.br/portal-](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf)

[ensp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf](http://www.ensp.fiocruz.br/portal-ensp/informe/site/arquivos/anexos/nascerweb.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. Senado Federal. CPMI da Violência Contra as Mulheres. Rede Parto do Princípio. **Violência obstétrica**: “Parirás com dor”. 2012. Disponível em:

<<https://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

CORTÉS, María Suarez et al. Uso e influência dos Planos de Parto e Nascimento no processo de parto humanizado. **Revista Latino-americana de Enfermagem**, [s.l.], v. 23, n. 3, p.520-526, 3 jul. 2015. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rlae/2015nahead/pt_0104-1169-rlae-0067-2583.pdf>. Acesso em 01 de abril de 2019.

FONSECA, Stêvenis Moacir Moura de. et. al. O impacto do ciberativismo no processo de empoderamento: o uso de redes sociais e o exercício da cidadania.

Revista Desenvolvimento em questão. 2017. 59-84. Disponível em:

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/artic le/view/4375>> Acesso em: 10 de mar. 2019.

FPABRAMO. Fundação Perseu Abramo. **Violência no parto: Na hora de fazer não gritou**. 2013. Disponível em:

<<https://fpabramo.org.br/2013/03/25/violencia-no-parto-na-hora-de-fazer-nao-gritou/>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. SESC. Pesquisa de opinião pública. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado**. ago. 2010. Disponível em: <https://fpabramo.org.br/publicacoes/wpcontent/uploads/sites/2/2010/08/09jan2019.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

GOMES, Júlio César Meirelles. As bases éticas da relação médico-paciente. In: BRANCO, Rodrigo; GONZALES, Rita Francis (Org.). **A Relação com o Paciente: Teoria, Ensino e Prática**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica. 08 jun. 2018. Disponível:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. **Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil**. Estudos e Pesquisas, Informação Demográfica e Socioeconômica. 08 jun. 2018. Disponível:

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **DIRETRIZES NACIONAIS DE ASSISTÊNCIA AO NORMAL**. 2017. Disponível em:

<http://www.abenforj.com.br/site/arquivos/manuais/Diretrizes_PartNormal_Ver_saoReduzida_FINAL.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2019.

_____. **Rede Cegonha**. Disponível em:

<<http://portalms.saude.gov.br/acoes-e-programas/rede-cegonha/sobre-o-programa>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

NADAL, Ana Hertzog Ramos de. et. al. Violência obstétrica no Brasil: uma revisão narrativa. Artigo. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>>. Acesso em: 11 de mar. 2019.

ODSBR. Transformando nosso mundo. A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 11 de mar. 2019.

ONU – Organização das Nações Unidas. CEPAL. XXI Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e do Caribe. **Estratégia de Montevideu para a**

implementação da agenda regional de gênero no âmbito do desenvolvimento sustentável até 2030. mar. 2017. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41107/1/S1700036_pt.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. Observatório de igualdade de gênero da América Latina e do Caribe. **Relatórios e estudos.** Saúde sexual e reprodutiva. [s.d.]. Disponível em: <<https://oig.cepal.org/pt/documents/language/pt-br/topic/saude-sexual-e-reprodutiva-57>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. Organização das Nações Unidas. Observatório de igualdade de gênero da América Latina e do Caribe. **Mortalidade materna.** [s.d.]. Disponível em: <<https://oig.cepal.org/pt/indicadores/mortalidade-materna>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

_____. **Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.** 2013. Disponível em:

<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Plataforma Agenda 2030:** acelerando as transformações para a Agenda 2030 no Brasil. [s.d.]. Disponível em: <<http://www.agenda2030.com.br/>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

PRIBERAM DICIONÁRIO. "ciberativismo", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2013. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/ciberativismo>> Acesso em: 12 de mar. 2019.

RIGITANO, Maria Eugenia Cavalcanti. Redes e ciberativismo: notas para uma análise do centro de mídia independente. 2003. Disponível em <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/rigitano-eugenia-redes-e-ciberativismo.pdf>>. Acesso em 14.04.2019.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da personalidade.** São Paulo. Ed. Atlas, 2014, 275p. SENA, Ligia Moreiras; TESSER, Charles Dalcanale. Violência obstétrica no Brasil e o ciberativismo de mulheres mães: relato de duas experiências. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/icse/v21n60/1807-5762-icse-1807-576220150896.pdf>> Acesso em: 12 de mar. 2019.

SILVA, José J. Nascimento. **Rede cegonha**: já chega de violência obstétrica. 04 maio 2016. Disponível em: <<http://redehumanizasus.net/94562-rede-cegonha-ja-chega-de-violencia-obstetrica/>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

SILVEIRA, S. (2010). Ciberativismo, cultura hacker e o individualismo colaborativo. **Revista USP**, (86), 28-39. Disponível em: <<https://doi.org/10.11606/issn.2316-9036.voi86p28-39>>. Acesso em: 20 mar. 2019.

SUÁREZ, C.M, A. B. D, C.J. M, M.R M.E. Uso e influência dos Planos de Parto e Nascimento no processo de parto humanizado. Rev. Latino-Am. Enfermagem Forthcoming 2015 DOI: 10.1590/0104-1169.0067.2583. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rlae/2015nahead/pt_0104-1169-rlae-0067-2583.pdf> Acesso em: 10/04/2019.

VENEZUELA. . Lei nº 38.668, de 23 de abril de 2007. **Ley Orgánica Sobre El Derecho de Las Mujeres A Una Vida Libre de Violencia**. Caracas, 23 abr. 2007. Disponível em: < https://venezuela.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Ley_mujer%20%281%29_o.pdf >. Acesso em: 01 fev. 2019.

WHO. World Health Organization. **WHO recommendations**: intrapartum care for positive childbirth experience. 2018. Disponível em: <<https://www.who.int/reproductivehealth/publications/intrapartum-care-guidelines/en/>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho et al. **Violência obstétrica no Brasil**: uma revisão narrativa. *Psicologia & Sociedade*, v. 29, 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/psoc/v29/1807-0310-psoc-29-e155043.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2019.

6. BIOTECNOLOGIA E DIREITOS DIGITAIS

28. UMA INVESTIGAÇÃO NA PERSPECTIVA DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO ACERCA DAS POSSIBILIDADES DE REGULAMENTAÇÃO DA EDIÇÃO GENÉTICA EM EMBRIÕES HUMANOS (CRISP CAS9)



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-28>

Gabrielle Bezerra Sales Sarlet¹

RESUMO

O aprimoramento, fruto do desejo de superação ínsito à condição humana como parte do processo evolucionário, envolve diversas técnicas e, de modo geral, pode ser identificado em distintas fases da História da Humanidade, restando, contudo, como uma indagação permanente que se presentifica face ao perigo de genocracia, implicando em análises sobre a repercussão das formas de melhoramento por edição de genes e, destarte, justificando, por meio do emprego de metodologia bibliográfica, essa investigação exploratória e teórica que busca adensar em uma constelação forjada em conhecimentos jurídicos, enfatizando a perspectiva dos direitos humanos e fundamentais consagrados no sistema normativo brasileiro, para, a partir do conceito de pessoa na contemporaneidade e, assim, perpassando as possibilidades da aplicação da biotecnologia em embriões humanos, notadamente da técnica conhecida como CRISP Cas9, encetar uma confrontação do contexto atual com uma forma de proteção multinível e, nesse sentido, clarificar os níveis de afetação à espécie humana advindos do uso das terapias genéticas para fins reprodutivos.

PALAVRAS-CHAVE: Melhoramento humano. Direitos humanos e fundamentais. Embriões humanos. Edição genética. CRISP Cas9.

CONTEXTO GERAL

O aprimoramento humano envolve diversas técnicas e, de modo geral, pode ser

¹ Gabrielle Bezerra Sales Sarlet é advogada, graduada e mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará-UFC, doutora em Direito pela Universidade de Augsburg- Alemanha, pós-doutora em Direito pela Universidade de Hamburg- Alemanha, pós-doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS, professora dos cursos de graduação e de mestrado do Centro Universitário Ritter dos Reis- Uniritter.

identificado como uma indagação permanente e limítrofe entre a normalidade e a aberração, a terapia e a mutação, a licitude e a ilicitude, a liberdade científica e a ética, a saúde e a doença, isto é, tangencia alguns dos aspectos mais essenciais que compõem o itinerário civilizatório. Nessa abordagem, a despeito da relevância da multidisciplinaridade, será enfatizada a perspectiva dos direitos humanos e fundamentais consagrados no sistema normativo brasileiro. Nesse intento, parte-se do conceito de pessoa, perpassando as possibilidades de uso da biotecnologia em embriões humanos, notadamente da técnica conhecida como CRISP Cas9, para uma confrontação com uma forma de proteção multinível que compatibilize as garantias advindas dos direitos humanos com a dimensão dos direitos fundamentais consagrados no ordenamento nacional².

A atualidade dessa temática se deve em especial ao fato de que, com o surgimento e a banalização das biotecnologias, o grau de afetação à espécie humana chegou a níveis exponenciais. Em princípio, entende-se por biotecnologias os processos tecnológicos e os produtos com o potencial de alterar e de controlar o fenômeno vital, implicando ainda em novos esquemas conceituais, ideológicos e éticos³.

Cada contexto histórico evolutivo, de modo incontestado, demanda um padrão de normalidade concernente às condições culturais do grupo. Importa lembrar nessa altura o debate encetado entre bioconservadores e os chamados pós-humanistas⁴ que, levando muitas vezes o argumento ao paroxismo, abdicam da chance de realmente contribuir lucidamente⁵.

Em que pese essa conjuntura *high tech*, ainda há uma tendência atualizada em direção ao padrão biomédico que, em suma, se ocupa de tratar, de curar, de controlar, de vigiar e de padronizar, situando-se na contramão dos esforços internacionalmente

² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica do patrimônio genético em face da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 105.

³ RODOTÀ, Stefano. *La rivoluzione della dignità*. Napoli: La scuola di Pitagora, 2013, p. 14-15.

⁴ LOH, Janina. *Trans- und Posthumanismus- zur Einführung*. Hamburg: Junius, 2018, p. 23; ROTHBLATT, Martine. *Virtualmente humanos: as promessas e os perigos da imortalidade digital*. Jeferson Luiz Camargo(Trad). São Paulo: Cutrix, 2016, p. 316.

⁵ RÜDIGER, Francisco. *Breve história do pós-humanismo: Elementos de genealogia e criticismo*. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Disponível em: www.compos.com.br/e-compos. Acesso em: 03 dez. 2018; VILACA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-)humano. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p.341-362, 2014.

Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312014000200341&lng=en&nrm=iso>. access on 03 Dec. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312014000200002>.

empreendidos para a inclusão de todos como fruto tanto da perspectivação advinda do modelo social de deficiência quanto da oriunda do pensamento multiculturalista. Pode-se inclusive, face ao atual contexto social, intuir e até constatar uma crescente reafirmação dos argumentos eugênicos⁶ subjacentes às ondas de conservadorismo que tem caracterizado os últimos anos.

Outro prisma a se destacar é quanto à irreversibilidade de algumas intervenções genéticas que em sendo irrefletidamente aplicadas, sinteticamente, podem, em curto intervalo temporal, extinguir ou alterar espécies de modo drástico. Uma vez que a sociedade tem se tornado cada vez mais narcisista⁷, resta, nesse sentido, indagar acerca das possibilidades éticas e, sobretudo jurídicas de regulamentação do uso de biotecnologias empregadas no aperfeiçoamento humano, principalmente em razão da falta de transparência que envolve as decisões acerca das pesquisas na área da saúde⁸ que, em tese, são influenciadas de modo determinante pelos interesses sociopolíticos e econômicos. Inclui-se ainda a necessária atenção quanto à possibilidade de manipulação política nessa área.

No que toca ao genoma humano, interessa advertir que não há um padrão único, ideal, estático e atemporal, ou seja, um *DNA dreams*. A questão do aprimoramento reposiciona a necessidade de se pesquisar e de se refletir criticamente sobre o conceito de pessoa e sobre o teor e a aplicabilidade dos direitos e das garantias nas atuais circunstâncias, sobretudo dos direitos da personalidade, de modo que essa tendência biomédica não possa agravar ainda mais as desigualdades sociais e nem se caracterizar como mais um projeto de funcionalização da pessoa humana aos influxos capitalistas e à ótica neoliberal. A questão que se projeta com mais ênfase é a respeito da eticidade de se projetar seres e processos vivos a partir de atos decisórios em razão de um espectro de justificativas tecnocientíficas do presente que não necessariamente se confirmarão no futuro e nem podem ser consideradas neutras, em especial face ao

⁶ CZERESNIA, D. *O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção*. In: CZERESNIA, D.; FREITAS, C.M.de (org.). *Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009, p. 27. ; DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004, p. 38.

⁷ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Paulo Cesar de Souza(Trad). São Paulo: Penguin Classics, 2011, p. 23.

⁸ GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Antonio Luz Costa(Trad). Petrópolis:Vozes, 2006, p. 10-11.

milionário mercado de fármacos, inclusive para pessoas saudáveis⁹ que passaram cada vez mais a ser perversamente pressionadas a viver sob a égide da exigência de uma *high performance*.

APROXIMAÇÕES SOBRE O CONCEITO DE PESSOA HUMANA E O EMPREGO DA TÉCNICA CRISP- CAS9 E O DILEMA DA EDIÇÃO GENÉTICA EM EMBRIÕES HUMANOS

O conceito de pessoa foi forjado na esteira do reconhecimento do ser humano como ser moral e, portanto, eticamente¹⁰ responsável¹¹. Tal compreensão só é possibilitada no processo de universalização¹² em que o indivíduo sai de si para afirmar a liberdade¹³ e a autonomia¹⁴ na convivência com o outro¹⁵. Personalidade, destarte, inclui em sua estruturação, um processo em que o indivíduo supera etapas com a intenção de reconhecer o ser-humano em si e no outro¹⁶. Em rigor, ser-pessoa é uma experiência¹⁷ integradora e deve, portanto, ser entendida além de uma síntese proteica,

⁹ MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. Laura Teixeira Motta(Trad). São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 158-159.

¹⁰ CLOTET, Joaquim. Bioética. *Uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006, p. 43.

¹¹ Cf. CHAUI, *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 346. Cf. ainda PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010, p. 26. Veja também: FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis*. (Man for Himself). México-City: Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 113 e JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio 2006.

¹² O sentido de pessoa se caracteriza pela abertura, pela inconclusividade, na medida em que o indivíduo se abre para o outro e para o mundo em um processo contínuo.

¹³ Cf. JONAS, Hans. *Organismus und Freiheit: Ansätze zu einer philosophischen Biologie*. Göttingen:

Vandenhoeck & Ruprecht, 1973, p. 12s. Veja sobre isso também OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1993, p. 149. O autor mostra aqui que a liberdade deve ser entendida como limitação mútua, portanto, como tensão entre a defesa da liberdade individual e do espaço de liberdade dos outros. Assim, a liberdade não é concebida apenas em uma perspectiva individual, mas é conjugada com a compreensão da intersubjetividade.

¹⁴ WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 125; FLEURY-TEIXEIRA, P. et al. Autonomia como categoria central no conceito de promoção de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, v.13, sup. 2, p.2115-22, 2008; FURROW, Dwight. *Ética. Conceitos- Chave em Filosofia*. Artmed, 2007, p. 43.

¹⁵ Cf. LÉVINAS, Emmanuel. *Die Spur des Anderen: Untersuchungen zur Phänomenologie und Sozialphilosophie*. Freiburg (Breisgau); München: Alber-Studienausgabe, 1998. Ele afirma que “a tautologia da ipseidade é egoísmo” (p. 209).

¹⁶ Essa é uma das funções das instituições na vida social: moldar o ser humano em consonância com os valores da maioria, controlá-lo e, ao mesmo tempo, conferir-lhe, de certa maneira, uma importância pessoal.

¹⁷ Dunstan, G.R., and Seller, Mary J., eds. *The Status of the Human Embryo: Perspectives from Moral Tradition*. London: Oxford University Press, 1988, p. 32; DWORKIN, R. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 45.

projetando-se em uma composição de essência (incluindo estrutura e relação) e de existência (autorrealização intersubjetiva mediada e possibilitada). Trata-se, portanto, de uma categoria que expressa tanto a interioridade (relação para dentro) quanto a exterioridade (relação para fora) da pessoa humana. Com base na lógica dialética, trata-se de uma categoria de essência universal, que é mediada pela particularidade histórica de sua realização.

Assim, ela assoma em si a unicidade da pessoa. Essa concepção de ser-pessoa que está dialeticamente arraigada na unidade última de essência e de existência e não pode ser entendida em forma de uma aliança estreita exclusivamente nem ao paradigma personalista nem ao fenomenológico¹⁸. Em última análise, pode-se identificar insuficiências em ambos os paradigmas, haja vista que enquanto o personalismo fica preso a uma noção de ser-pessoa que se caracteriza por inflexibilidade e procura definir simplesmente apenas a estrutura metafísica do ser humano, o paradigma fenomenológico padece de uma consideração insuficiente das essências¹⁹. Fato é que a personalidade e o ser-pessoa, em certo sentido, são de ordem conceitual²⁰. Por isso cabe à sociedade a avaliação e a opção por valores em uma ação de protagonizar seu presente na proposição de seu futuro.

Em tempo, entende-se por emprego de biotecnologias, e.g., o uso de nanotecnologias para diagnose e terapêutica, o uso de inteligência artificial aplicada à vida e o uso de neurofarmacologia. Aprimoramento cognitivo por meio de *Smartdrugs*, melhoramento físico mediante o implante de chips, de sensores e o uso de próteses, terapias genéticas para a prevenção e o tratamento de enfermidades hereditárias são exemplos de que essa temática envolve tanto vieses empíricos (fatos) quanto normativos (valores, normas e princípios) em uma constelação tão complexa quanto as sociedades atuais, inclusive quanto aos níveis de risco²¹.

¹⁸ Cf. SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: I. Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 122.

¹⁹ Cf. sobre o personalismo filosófico MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. São Paulo: Centauro, 2004.

²⁰ Cf. KIPKE, Roland. *Der Begriff der Person in der Bioethik und die Frage nach dem Lebensrecht aller Menschen*. Berlin: Logos, 2001. Nesta obra, o autor analisa diversas correntes que assumem posições distintas sobre a questão da determinação do início da vida humana. Afirma Kipke: “Embora a distinção entre pessoas e meros seres humanos seja uma distinção conceitual, ela tem uma importância eminentemente prática, devendo, portanto, ser praticável” (p. 42).

²¹ OLIVEIRA, Nythamar de. *Moral Reasoning in Metaethics, Bioethics, and Neuroethics: On Ritalin, Adderall, and the Normative Challenges of Cognitive Enhancement*. *Ethic@* v. 15 (2016): p. 343- 368; OLIVEIRA, Nythamar de. *Revisiting the Mind-Brain Reductionisms: Contra Dualism and Eliminativism*. *Veritas* v. 61 (2016): p. 363-385; OLIVEIRA, Nythamar de. *Recasting the*

Dentre as alternativas de melhoramento humano as que atuam sobre o código genético são as mais controversas²², inclusive as que atuam nas células germinativas e, dessa maneira, podem afetar a estrutura protéica que compõe o genoma humano. Dos efeitos da descoberta da estrutura helicoidal do DNA, a edição do código genético tem sido alvo de polêmicas, sobretudo a partir do emprego da nova metodologia conhecida como CRISP-Cas9²³.

O termo editar se refere ao modo como o genoma costuma ser representado por letras que expressam as proteínas que, em média, no caso do genoma humano, alcançam o patamar numérico de mais de três milhões, podendo ser substituídas e, portanto, alterando o sequenciamento. A adição ou a supressão de genes pode ser efetuada em células somáticas para o tratamento de doenças como o câncer ou a esquizofrenia ou em células germinativas que, em linhas gerais, pode evitar acometimentos de doenças hereditárias, servir para a produção de embriões sob medida, *design baby*, e impelir o estabelecimento de novos parâmetros para a garantia da dignidade da pessoa humana e para os conceitos de liberdade e de igualdade, afetando não somente a ideia de livre desenvolvimento da personalidade como o de autodeterminação e, daí, resultando em questões pertinentes à responsabilização dos pais ou dos médicos, e.g., por *wrongful birth*.

A terapia gênica²⁴, em resumo, está apta para o melhoramento genético por meio de correção de genes mutados ou de modificações sítio-específicas, visando, em geral, a consecução de tratamentos terapêuticos²⁵. Normalmente, como outrora salientado, são técnicas utilizadas em tratamentos de enfermidades genéticas provocadas por desordens em genes recessivos, e.g., fibrose cística, distrofia muscular, anemia falciforme, câncer e algumas infecções virais como as causadas pelas cepas do

naturalism– normativity debate: Neuroscience, neurophilosophy, neuroethics. *Principios* (2013): 212-231.

²² Cf. FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Maria Luiza X. de A. Borges (trad.). Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

²³ Manipulação genética de embriões humanos gera debate ético. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/manipulacao-genetica-de-embrioes-humanos-gera-debate-etico-15960869>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

²⁴ Misra S. *Human gene therapy: a brief overview of the genetic revolution*. *J Assoc Physicians India*. 2013;61(2):127-33. Review. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1679-4508201700030036900003&lng=en>. Acesso em: 03 dez. 2018.

²⁵ GALLO, G. et al. *Structural basis for dimer formation of the CRISPR-associated protein Csm2 of *Thermotoga maritima**. *FEBS Journal*. on-line. 10 dez. 2015; GALLO, G. et al. *Purification, crystallization, crystallographic analysis and phasing of the CRISPR-associated protein Csm2 from *Thermotoga maritima**. *Structural Biology Communications*. F71, p. 1223-27. out. 2015.

vírus HIV. Um dos métodos mais utilizados até o momento é pautado na tecnologia do DNA recombinante, consistindo na inserção de um gene em um vetor plasmidial, nanoestruturado ou viral²⁶.

Estima-se a existência de aproximadamente seis mil enfermidades²⁷ causadas por mutações genéticas e, por outro lado, verifica-se um percentual de noventa e cinco por cento delas sem nenhuma modalidade de terapêutica aprovada ou em fase de testes clínicos. Em suma, a grande maioria de enfermidades genéticas são poligênicas, isto é, fruto de um somatório de influências genéticas e ambientais, restando numericamente um universo reduzido quando se trata de enfermidades monogênicas.

Deve-se ressaltar que o uso da biotecnologia se restringe atualmente às enfermidades monogênicas. Aliás, a despeito da existência das chamadas enfermidades negligenciadas, o que se infere, em princípio, da aplicação da biotecnologia é, em geral, uma espécie de recrudescimento da ideia de medicina panfletária, elitista e customizada. A saúde, sem dúvida alguma, passa a ser uma das áreas em que a atitude consumista se projeta como algo inevitável, sobretudo em razão das atuais promessas de imortalidade, de perfeição e de cura. A terapia gênica, de todo modo, se subdivide, quanto à aplicação, naquelas aplicadas às linhagens germinativas e às em células somáticas. Enquanto nessa última modalidade os efeitos se restringem ao paciente, aquelas, em razão da hereditariedade ínsita ao processo, e, daí, mediante a introdução de genes funcionais que se integram ao genoma humano, tem os efeitos repassados às gerações subsequentes.

Importa mencionar que a manipulação genética se presta, em princípio, embora não necessariamente, para o acompanhamento do desenvolvimento embrionário, especialmente para identificar anomalias e, em certo sentido, possibilitar a sua suposta correção, oportunizando ainda o acompanhamento dos efeitos dessa ação corretiva em todos os tecidos embrionários. Interessa particularmente às pessoas que desejam ou

²⁶ Jinek M, Chylinski K, Fonfara I, Hauer M, Doudna JA, Charpentier E. *A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity*. science, 1225829 2012.

²⁷ *Editas Medicine*. Disponível em: <<https://www.editasmedicine.com/genome-editing/>>. Acesso em: 05.dez.2018.

necessitam fazer uso das técnicas de reprodução assistida²⁸, notadamente em razão das chances de acometimentos de severas patologias hereditárias²⁹.

CRISPR é um sistema natural de defesa contra o ataque de vírus³⁰. Algumas vezes, os vírus atacam as bactérias inserindo o seu DNA no sistema imunológico bacteriano chamado de agrupamentos de curtas repetições polindrômicas regularmente interpassadas – CRISPR. Esse mecanismo utiliza um RNA codificado no DNA bacteriano que serve de guia para encontrar o fragmento de DNA viral invasor, ativando, assim, uma proteína associada à CRISPR chamada Cas9, que, por sua vez, corta como um “bisturi genético” o DNA viral e protege a bactéria. Na sequência, o sistema realiza a reparação celular, eliminando ou inserindo algumas bases nitrogenadas que compõem o DNA – adenina, citosina, guanina ou timina.

Esse mecanismo reconhece o material genético invasor, cliva-o em pequenos fragmentos e o integra ao seu próprio DNA. Em uma segunda infecção pelo mesmo agente, ocorrem: a transcrição do *locus*CRISPR, o processamento do RNAm e a criação de pequenos fragmentos de RNA (crRNAs), que formam complexos com as proteínas Cas, e estes reconhecem os ácidos nucleicos estranhos e finalmente o destroem. Com base neste mecanismo natural, foi desenvolvida a técnica CRISPR, que viabiliza a edição de sequências de DNA alvo-específica do genoma de qualquer organismo pela ação exclusiva de somente 3 moléculas: a nuclease (Cas9), responsável pela clivagem do DNA dupla fita; um RNA guia, que guia o complexo até o DNA alvo.

De fato, Jennifer Doudna e Emmanuelle Charpentier no instituto Max Planck de Biologia da Infecção, envolvidas no ímpeto de alcançar um melhor resultado nas manipulações genéticas por um baixo custo, descobriram em 2012 a técnica de edição genética CRISP-Cas9, consistindo nesse sistema composto por uma proteína que, guiada por uma molécula de RNA, possibilita o corte das fitas de DNA em pontos

²⁸ SOUZA, R. T. e OLIVEIRA, N. F. (Org.). *Bioética, Biotecnologia, Biopolítica*. Fenomenologia Hoje, vol. III. Porto Alegre: Edipucrs, 2008, p. 33; SPRANGER, Tade Mathias. *Recht und Bioethik: Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der Lebenswissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 32; VALLS, Álvaro. *Da Ética à Bioética*. Petrópolis: Vozes. 2004, p. 62.

²⁹ GONCALVES, Giulliana Augusta Rangel; PAIVA, Raquel de Melo Alves. *Terapia gênica: avanços, desafios e perspectivas*. Einstein (São Paulo), São Paulo, v. 15, n. 3, p. 369-375, Sept. 2017. Disponível em:

.Availablefrom<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-45082017000300369&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 dez. 2018.

³⁰ UNIVERSITÉ Paris SUD-11. Disponível em: <<http://crispr.i2bc.paris-saclay.fr>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

específicos e ativa vias de reparo³¹. Literalmente CRISP- Cas9 significa o conjunto de repetições polindrômicas regularmente espaçadas que funciona mediante a ação da proteína Cas9³².

Um dos principais efeitos do emprego dessa biotecnologia é a acessibilidade a uma técnica que barateou os custos dos empreendimentos científicos, tornando-os mais precisos e, então, tornando mais factíveis as chances de produção de *design babies* e, conseqüentemente, reemergindo controvérsias com relação ao uso do diagnóstico pré-implantatário.

Em abril de 2015 um grupo de cientistas chineses anunciou uma pesquisa de manipulação genética em 86 embriões humanos considerados inviáveis utilizando essa biotecnologia e, dessa maneira, fizeram eclodir inúmeras questões de cunho ético³³ e até jurídico acerca do tema. Em 2016 tanto pesquisadores britânicos quanto suecos anunciaram a autorização de seus respectivos países para, respeitando a definição de estágio pré-embrionário, ou seja, os primeiros quatorze dias, se comprometerem a não implantar os embriões manipulados em útero humano e, nesse caso, empreenderem suas pesquisas com embriões inviáveis e excedentários. Ainda em 2016 um novo grupo de cientistas chineses anunciou o emprego da CRISP- Cas9 em zigotos humanos para torná-los resistentes ao vírus HIV³⁴. Recentemente³⁵, um cientista chinês anunciou à comunidade científica o nascimento de gêmeas, Lulu e Nana, fruto de modificações genéticas e, desse modo, reacendeu a polêmica acerca dos impactos do uso dessa biotecnologia³⁶.

³¹ TEBAS P, Stein D, Tang WW, Frank I, Wang SQ, Lee G, et al. Gene editing of CCR5 in autologous CD4 T cells of persons infected with HIV. *N Engl J Med.* 2014;370(10):901-10. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1679-4508201700030036900004&lng=en>. Acesso em: 03 dez. 2018.

³² Linden R. *Gene therapy: what it is, what it is not and what it will be.* *Estud Av.* 2010;24(70):31-69. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1679-4508201700030036900005&lng=en>. Acesso em: 01 dez.2018.

³³ CAMPOS, G.W.S. Co-construção de autonomia: o sujeito em questão. In: CAMPOS, G.W.S. et al. *Tratado de Saúde Coletiva.* São Paulo: Hucitec, 2008. p.669-688.

³⁴ BERGEL, Salvador Dario. *O impacto ético das novas tecnologias de edição genética.* Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1609/1720>. Acesso em: 09 out.2018.

³⁵ G1 GLOBO. Disponível em: < <https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/11/28/cientista-chines-que-anunciou-bebes-geneticamente-modificados-suspende-testes.ghtml> >. Acesso em: 03.dez.2018.

³⁶ O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/manipulacao-genetica-de-embrioes-humanos-gera-debate-etico-15960869>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

Importa reafirmar que, tratando-se de uma técnica cuja precisão, baixo custo e fácil manuseio, pode ser amplamente empregada e, nessa ordem, requer uma ampla discussão no âmbito ético³⁷ e, mais precisamente, normativo, no que se refere ao uso em embriões humanos, vez que pode acarretar em agravos irreversíveis no patrimônio genético humano, podendo configurar em uma violação ao direito à identidade genética e, destarte, requer uma profunda investigação³⁸ acerca das suas implicações a partir de ensaios pré-clínicos³⁹.

Uma das dimensões problemáticas quanto ao emprego dessa biotecnologia é que, de modo geral, o ser humano passa a ser reduzido a um estágio pré-humano, mediante sua reificação ou, em alguns casos, meramente adstrito à atividade cerebral e, dessa maneira, restringindo-se à ideia de *performance*, carecendo, desse modo, continuamente de melhoramentos para estar compatível com as demandas da sociedade de informação.

Há, por outro lado, uma espécie de abandono da percepção integral do fenômeno humano em favor de modelos mecânicos, biológicos e até mesmo cibernéticos, enfatizando, nesse sentido, uma concepção de higidez que anteriormente sustentou práticas eugênicas e higienistas, mas que reaparecem nos dias atuais sob uma nova roupagem eivada, todavia, da mesma percepção utilitarista, vez que partem da necessidade de se envidar esforços contínuos para a obtenção de uma vida cada vez mais plástica, mais forte e mais flexível na medida em que se baseia na apologia do uso desenfreado da tecnologia para a superação das capacidades e das características essencialmente humanas, dentre elas: a falibilidade.

³⁷ CLARKE, Steve; SAVULESCU, Julian; COADY, Tony; GIUBILINI, Alberto; SANYAL, Sagar. *The Ethics of Human Enhancement: Understanding the Debate*. Oxford: Oxford University, 2016, p. 15.

³⁸ CHILDRESS, James F. "Reproductive Interventions: Theology, Ethics, and Public Policy." In *Moral Theology: Challenges for the Future*. Essays in Honor of Richard A. McCormick, S.J., 285-309. Edited by Charles E. Curran. New York: Paulist Press, 1990, p. 28.

³⁹ NATURE. Global summit reveals divergent views on human gene editing. Disponível em: <<https://www.nature.com/news/global-summit-reveals-divergent-views-on-human-gene-editing-1.18971>>. Acesso em: 10 out.2018.

DA PERSONALIDADE À PERFEIÇÃO - PARA UMA RESSIGNIFICAÇÃO DA CONSTELAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS FACE À EDIÇÃO DE EMBRIÃO HUMANO: UMA ABORDAGEM SOB O ENFOQUE DE UMA PROTEÇÃO MULTINÍVEL A PARTIR DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro pode ser considerado bioconservador⁴⁰, tendendo mais para a proteção do que propriamente para a intervenção, sobretudo no que toca à pessoa humana. Legatário do sistema normativo alemão, constata-se que ambos os sistemas jurídicos, à guisa de exemplo, se irradiam a partir da inviolabilidade da dignidade da pessoa humana e possuem marcos jurídicos relevantes como a Lei de Biossegurança no Brasil e a ESchG (Lei de proteção ao embrião)⁴¹ na Alemanha⁴².

Ocorre que a liberação desordenada do uso de novas técnicas e, conseqüentemente, de proteção à vida humana em seu estágio inicial se torna cada vez mais premente, sobretudo exigindo *standards* atualizados para evitar ações de caráter eugênico com clara manifestação discriminatória⁴³ e racista⁴⁴.

A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS

A Declaração de 1948, não obstante o atual⁴⁵ panorama de desigualdade e de violação no qual o mundo se encontra, pode ser considerada como um grande avanço para os marcos civilizatórios. Trata-se de um documento internacionalmente referenciado que inaugurou um modo de atuação sem precedentes na História da Humanidade em favor do ser humano e, dentre outras conseqüências, incluiu na pauta

⁴⁰ VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. *Transumanismo e o futuro (pós-) humano*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n2/0103-7331-physis-24-02-00341.pdf>>. Acesso em: 04 nov. 2018.

⁴¹ GESETZ zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz) EschG. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

⁴² WIENKE, Albrecht; EBERBACH, Wolfram; KRAMER, Hans-Jürgen; JANKE, Kathrin. *Die Verbesserung des Menschen: tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin*. Heidelberg: Springer, 2009, p. 23.

⁴³ RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 19-20.

⁴⁴ ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 54-55.

⁴⁵ PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares (Trad). São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 34. O autor esclarece que o primeiro aspecto acerca da condição humana é referente à desordem.

da maioria dos Estados o cuidado, o respeito e o zelo pela pessoa humana como uma das suas tarefas essenciais, limitando o poder estatal e, de qualquer sorte, expandindo o âmbito de proteção para uma perspectiva além-fronteiras.

Essa declaração foi, porém, se perfazendo mediante a elaboração de outros documentos notáveis como os dois Pactos internacionais das Nações Unidas, respectivamente, sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e sobre os Direitos Cíveis e Políticos de 1966. Merecem serem mencionadas a Convenção Internacional das Nações Unidas sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial de 1965, a Recomendação da Unesco sobre o status de pesquisadores científicos de 1974, a Convenção das Nações Unidas sobre a Diversidade Biológica de 1992⁴⁶, a Declaração e programa de ação de Viena da Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993⁴⁷ e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e dos Direitos Humanos de 1997⁴⁸.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica enfatiza a diversidade genética como um direito a salvo de ingerências discriminatórias que atentem contra a dignidade inerente e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana, afirmando o direito ao patrimônio genético da Humanidade. Enquanto isso a Declaração de Viena acentua a autodeterminação dos povos na natureza universal dos direitos, responsabilizando primariamente aos Estados, sobretudo quanto à proteção das minorias nacionais e etnias religiosas ou linguísticas. Afirmou veementemente a universalidade, a indivisibilidade, a imprescritibilidade e a interdependência como características dos direitos humanos.

Da Declaração Universal sobre o Genoma Humano deve ser destacado o reconhecimento do mesmo como a unidade fundamental de todos os membros da família humana, em especial face à diversidade e à dignidade que lhe é inerente. Reconhece igualmente que o genoma humano em seu estado natural não pode ser utilizado para ganhos financeiros. Quanto às pesquisas, tratamentos ou diagnósticos que venham a afetar o genoma humano, recomenda rigorosa avaliação antecedente dos potenciais riscos e benefícios, realçando a obrigatoriedade do consentimento

⁴⁶CONVENÇÃO sobre diversidade biológica. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴⁷DECLARAÇÃO. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1993%20C3%A7%20Cpdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

⁴⁸UNESCO. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

prévio, livre e informado da pessoa envolvida e, em caso de impedimento, dos seus responsáveis.

Afirma, outrossim, a vedação à discriminação genômica e consagra o direito à reparação por danos sofridos em consequência direta e determinante de uma intervenção que tenha afetado o genoma. Repudia ainda a clonagem reprodutiva de seres humanos, enaltecendo a liberdade científica condicionada à busca pelo alívio do sofrimento humano, pela melhoria na saúde dos indivíduos e da Humanidade como um todo mediante a observância dos limites impostos por meio da análise das implicações éticas e sociais da intervenção.

Dos anos 2000 devem ser sublinhados os direitos consagrados mediante a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos e a Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos. Da primeira extrai-se a ideia de que a dignidade humana e os direitos humanos são premissas básicas e, além disso, há o entendimento da autonomia a partir de um equacionamento com a ideia de responsabilidade, sobretudo em relação às repercussões para as gerações futuras e, dessa forma, aponta o indefectível apuro com a avaliação e com a gestão dos riscos em situações complexas.

Do teor da Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos infere-se a proteção no que toca ao tratamento, ao recolhimento, à utilização e à conservação dos mesmos, acrescentando os dados proteômicos e os das amostras biológicas a partir dos quais eles são obtidos. Assegura o direito à identidade genética do indivíduo, ponderando acerca de um elemento de liberdade que lhe é ínsito, tendo em vista o somatório de fatos educativos, ambientais e pessoais envolvidos.

Oportuno clarificar a notoriedade do Pacto San José da Costa Rica⁴⁹, notadamente para países como o Brasil que integram o sistema interamericano de proteção aos direitos humanos. Segundo essa Convenção, mais especificamente no propagado e polêmico artigo 4, o direito à vida é assegurado, em geral, desde a concepção. Quanto à adesão à teoria concepcionista, importa alertar que não se trata de regra cogente para os países que ratificaram o texto. E, recentemente, analisando o emblemático caso *Artavia Murillo e outros versus Costa Rica*⁵⁰, a Corte Interamericana de Direitos Humanos entendeu, distinguindo embriões *in vivo e in vitro*, que essa

⁴⁹ CONVENÇÃO Americana. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

⁵⁰ CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/>>. Acesso em: 07 dez. 2018.

proteção não se aplica aos embriões utilizados em procedimentos de reprodução assistida que ainda não foram implantados em útero.

Last but not least, por configurar o bloco de constitucionalidade brasileiro, urge mencionar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência⁵¹, igualmente conhecida como Convenção de Nova York que, em 2009 por meio do Decreto 6949 foi promulgada no Brasil, cuja recepção se deu nos moldes do artigo 5º, parágrafo 3º da CF/88. Esse documento assegura literalmente o direito à não-discriminação que, dentre outros pontos vanguardistas, deve ser grifado em razão da sua relevância e abrangência, vez que não se restringe apenas às pessoas com deficiência.

O EMPREGO DE CRISP CAS9 NA EDIÇÃO DE EMBRIÕES HUMANOS SOB O ENFOQUE DO SISTEMA NORMATIVO BRASILEIRO E A DIMENSÃO ATUAL DO CONCEITO DE PESSOA

Afirma-se que, apesar da contingência ser apontada⁵² como a característica predominante na transcrição genômica, evidentemente há um núcleo central em que se identifica a espécie e, então, torna-se possível falar em uma espécie de padrão genético humano universalmente protegido. Na falta de um marco preciso, todavia, a melhor hipótese parece ser definir como instante decisivo para o surgimento da vida humana individual (do ponto de vista filogenético)⁵³ – e, com isso, da pessoa – o momento da fusão das membranas plasmáticas⁵⁴ que cobrem o óvulo e o espermatozoide bem como o da fusão do patrimônio genético por meio dos gametas, masculino e feminino⁵⁵.

⁵¹ PLANALTO do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.

⁵² AMABIS; MARTHO; MIZUGUCHI. *Biologia: origem da vida ecitologia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2007, p. 7, como “um conjunto de sistemas químicos em que as reações transcorrem de forma controlada e sincrônica e seguem-se em sequências rigorosas, determinadas pelo espaço e tempo”.

⁵³ ALBERTS, Bruce et al. *Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula*. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 37.

⁵⁴ Cf. *ibid.*, p. 57.

⁵⁵ Os gametas, o óvulo e os espermatozoides são células haploides, isto é, células que têm só um conjunto de cromossomos. Neste sentido, ALBERTS et al., 2006, p. 1, descrevem células como “pequenas unidades envolvidas por membranas e preenchidas por uma solução aquosa de agentes químicos, dotadas com uma extraordinária capacidade de criar cópias de si mesmas pelo crescimento e posterior divisão”.

Decisiva nesse ponto é a afirmação da identidade genética do indivíduo⁵⁶, vez que a própria vida humana se constitui em sua singularidade, implicando em alguma forma de proteção⁵⁷ em todas as fases de seu desenvolvimento⁵⁸. O problema de uma definição juridicamente relevante para o resguardo da vida humana consiste igualmente em uma ausência de delimitação do instante⁵⁹ em que acontece a junção de ambos os genomas, isto é, do momento em que começa o programa da transmissão de informações⁶⁰, do DNA, para a formação dos zigotos e, com isso, a síntese protéica. Após essa delimitação temporal, portanto, o óvulo fecundado⁶¹ passa, a princípio, a ser apto a ser o destinatário de alguma forma de proteção constitucional⁶². Entende-se, contudo, que há limitações ainda a serem transcritas na forma pela qual essa proteção deva ser assegurada.

O texto da Constituição brasileira de 1988, de qualquer sorte, não oferece uma definição legal, embora – assim como a Constituição alemã, da qual sofreu influência direta – certamente constitua um estatuto jurídico para a proteção da pessoa⁶³. Isso se torna claro pelo fato de que o emprego desse conceito se repete em incontáveis dispositivos⁶⁴. De toda forma, a Constituição Federal de 1988 destaca – assim como a

⁵⁶ Cf. BARBAS, Stela Marcos de A. Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 18.

⁵⁷ HARVEY, John Collins. “Introduction to the Biological and Medical Aspects of In Vitro Fertilization.” In *In Gift of Life: Catholic Scholars Respond to the Vatican Instruction*, Edited by Edmund D. Pellegrino, John Collins Harvey and John P. Langan. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 1990, 45-51.

⁵⁸ Cf. HONNEFELDER, Ludger. *Naturaleza y status del embrión: aspectos filosóficos. Cuadernos de Bioética*, v. VIII, n. 31, p. 1040-1042, 1997. Com base nas palavras de Honnefelder, deve-se registrar que “um ser humano, nas diversas etapas de seu desenvolvimento, é por sua natureza não um algo que se transforma em alguém, e sim um alguém desde o início de seu desenvolvimento”. Veja também BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002, p. 220.

⁵⁹ O alcance dessa questão se coloca no sentido de que o chamado instante da fecundação é, na realidade,

um processo que pode durar quase 24 horas ou até mais. Cf. KNOEPFFLER, Nikolaus. *Forschung an menschlichen Embryonen: Was ist verantwortbar?*. Stuttgart; Leipzig: S. Hirzel, 1999, p. 46-48. Veja em relação à doutrina brasileira SILVA, Ronaldo Pereira. *Bioética e biodireito: as implicações de um reencontro*. *Revista Acta Bioethica*, v. VII, n. 2, p. 22-32, 2002.

⁶⁰ A palavra “informação” é empregada aqui na acepção da necessidade de dar forma a uma coisa. Veja

sobre isso SUZUKI, David T. et al. *Introdução à genética*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006, p. 3.

⁶¹ Cf. *ibid.*, p. 49.

⁶² DREIER, Horst. *Bioethik: Politik und Verfassung*. Tübingen. Mohr Siebeck, 2013, p. 54.

⁶³ BARBOZA, Heloisa Helena. *Proteção jurídica do embrião humano*. In: CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes (ed.). *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*, p. 257.

⁶⁴ Sobre o número exato de vezes do uso da palavra “pessoa” pelo legislador constituinte de 1988 cf. também AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 27.

Constituição alemã – a dignidade da pessoa⁶⁵ como um de seus valores fundamentais e depreende dessas formulações todo o seu potencial legitimador para a ação do Estado⁶⁶.

Oportunamente, conveniente reafirmar que ser-pessoa não é possível sem dignidade. Daí, é preciso assegurar ao ser humano o reconhecimento de sua dignidade levando em consideração a complexidade da natureza humana. O conjunto prefigurado da natureza humana, porém, oscila, por assim dizer, entre o ser angelical, por um lado, e a bestialidade do animalesco, por outro lado, que demoniza⁶⁷ o encontro consigo e com outrem⁶⁸. Cifuentes objeta, em outra banda, que o conceito de pessoa é um conceito puramente formal⁶⁹.

A concepção tradicional propriamente dita conjugava os conceitos de pessoa, de personalidade e de capacidade com base na ideia de patrimônio⁷⁰. Hoje em dia, contudo, a pessoa está enredada em uma excepcional teia de situações jurídicas extrapatrimoniais sobretudo a partir da possibilidade real de intervenção por meio da biotecnologia⁷¹. Em contrapartida e, em conexão com o novo fluxo contínuo de direitos

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p.149.

⁶⁶ A Constituição europeia declara, no art. I-2, a dignidade humana, ao lado da igualdade, da liberdade, da democracia e dos direitos fundamentais, entre outros, como um dos direitos fundamentais da EU. A Constituição brasileira de 1988 dispõe, no art. 1º, III, que a República Federativa do Brasil tem a dignidade humana como fundamento. Segundo Konrad Hesse, a Constituição alemã confirma a intangibilidade da dignidade humana como fundação normativa do coletivo alemão histórico-concreto. Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999, p. 55.

⁶⁷ Entende-se “demonizado” aqui no sentido de “diabólico”, ou seja, aquilo que divide ou separa.

⁶⁸ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 6.

⁶⁹ CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 134-136.

⁷⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, manifesta-se sobre essa questão da seguinte maneira: “O surgimento do Estado moderno, ao unificar o poder político fragmentado, vai possibilitar a supremacia de uma ordem jurídica pretensamente neutra, dar condições à sistematização do direito e permitir o aperfeiçoamento da ideia de direitos subjetivos. A ascensão da burguesia com sua ideologia própria converge, igualmente, para a formação de um direito baseado na lei e em conceitos abstratos: sua atividade mercantil competitiva vai ser incrementada por uma visão individualista da sociedade, a cujos membros são atribuídos direitos subjetivos, devidamente assegurados por uma ordem jurídica que garanta a certeza e a estabilidade imprescindíveis para a racionalidade econômica” (ibid., p. 21).

⁷¹ JIANG, F. *et al.* Structures of a CRISPR-Cas9 R-loop complex primed for DNA cleavage. *Science*. On-line. 14 jan. 2016, p. 38; LANDER, N. *et al.* CRISPR-Cas9-induced disruption of paraflagellar rod protein 1 and 2 genes in *Trypanosoma cruzi* reveals their role in flagellar attachment. *mBio*. v. 6, n. 4, e01012-15. jul-ago. 2015; MARCONDES, Danilo. Textos básicos de ética: De Platão à Foucault. 3a. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008; NEDEL, José. Ética Aplicada. Pontos e contrapontos. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2004, p. 10; NOGUEIRA, Roberto Passos. Ser e Saúde: repensando a saúde com Heidegger. Natal: Una, 2016, p.23; OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. Tractatus ethico-politicus. Genealogia do ethos moderno. Coleção Filosofia N. 100. Porto Alegre: Edipucrs, 1999, p.12.

e de garantias da pessoa, foi engendrada uma composição jurídica em que a pessoa se encontra no centro, passando a constituir o fim último da proteção, consolidando inclusive a proteção contra si mesma.

Salienta-se que existe uma tendência natural, atualmente parecendo estar se tornando contra majoritária, de ampliar a proteção jurídica para as múltiplas dimensões que constituem a integridade da trajetória histórica do fenômeno humano. Isso se aplica independentemente da fase em que o ser humano se encontre momentaneamente e se refere a uma dinâmica em que a ordem pública se amplia para a regulamentação da ordem privada⁷².

A CF/88 assegura, pois, a maternidade e a saúde como direitos sociais inseridos no título referente aos direitos e às garantias fundamentais. De qualquer forma, os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana, consagrados na CF/88, se assentam no entendimento da consagração dos direitos reprodutivos como direitos fundamentais autônomos, em especial o direito ao planejamento familiar.

Não custa afirmar que a Lei 9.263/96 inicia por estabelecer o planejamento familiar como direito de todo cidadão. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, de limitação ou de aumento da prole pela mulher, homem ou pelo casal, restando proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico ou eugênico. Consiste o planejamento familiar em um conjunto de ações de atenção integral à saúde e de atendimento global ao homem, à mulher e ao casal. Suas ações devem ser preventivas e educativas e implicam no "acesso igualitário às informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade".

A CF/88 consagrou, portanto, amplamente a proteção à pessoa, devendo-se destacar, e.g., as diversas nuances protetivas dos dispositivos do artigo 5º para, cotejando a temática desse manuscrito, afirmar que a despeito do teor do artigo 218º que assegura a liberdade científica no que toca à inovação, deve ser diferenciado o uso da biotecnologia para fins reprodutivos dos demais usos possíveis, salientando-se o uso terapêutico, e, a partir daí, compreender a radicalidade da afetação ao patrimônio

⁷² Cf. sobre isso MOTTA, Ivens Dias da; MOCHI, Cássio Marcelo. *A personalidade no mundo clássico: uma visão jurídico-literária*. Curitiba: Juruá. 2009, p. 110 e ss.

genético da Humanidade. De todo modo, pode-se elencar outros ângulos que tangenciam esse problema, sobretudo no que concerne ao uso indevido de informações genéticas.

Com efeito, sua alteração compulsória por meio de emprego de tecnologias de vanguarda, sua divulgação inapropriada, repasse ou o seu ocultamento violam diversos dispositivos constitucionais. Dentre outros, destaca-se o direito à informação, podendo inclusive ser mencionado o uso de *Habeas Data* para obtenção de informações genéticas nos moldes do artigo 5º, LXXII da CF/88. Outro ponto determinante diz respeito ao direito à intimidade genética que, em certo sentido, se configura a partir do reconhecimento do direito à identidade genética que, no Brasil ao contrário das constituições de Portugal e da Grécia que o consagram explicitamente, pode ser deduzido de modo implícito em consonância com o parágrafo 2º do artigo 5º da CF/88.

De todo modo, há em relação ao direito à intimidade genética uma dimensão dúplice, vez que se admite uma dimensão objetiva referente ao genoma e, conseqüentemente, afetando a todos os tecidos do corpo humano dos quais se poderia extrair informações genéticas, admitindo-se igualmente uma dimensão subjetiva que toca ao direito à autodeterminação informativa. Logo o reducionismo genético pode acarretar extremos agravos aos direitos assegurados em razão do trintenário padrão normativo instaurado no Brasil. Finalmente, impende ressaltar o teor do artigo 225, mormente o teor do parágrafo 3º que institui o dever de reparação das pessoas físicas e jurídicas que causarem danos ao meio ambiente.

Entre os anos 2005 e 2008 foi instituída a PNB- política nacional de biossegurança, visando estabelecer normas de segurança e instrumentos de fiscalização adequados às atividades vinculadas aos OGM- organismos geneticamente modificados. Não obstante à falta de adequação da técnica legislativa, a Lei 11.105/2005, dentre outros dispositivos, dispôs sobre as pesquisas em embriões humanos, particularizando-se as normas do seu artigo 5º que tiveram a constitucionalidade examinada pelo STF- Supremo Tribunal Federal- em 2008.

Segundo esse ato normativo, são legítimas as pesquisas com células-tronco embrionárias desde que atendidos os critérios de inviabilidade mediante o decurso de tempo e que sejam excedentes, isto é, remanescentes dos processos de reprodução assistida. A Corte Constitucional, analisando a ADI 3.510- Ação Direta de

Inconstitucionalidade, alegando não se aplicar o direito à vida, tampouco os direitos da personalidade, ao embrião *in vitro*, entendeu acerca da constitucionalidade do artigo questionado tendo como base a teoria do constitucionalismo fraterno que, em síntese, aponta para os ganhos da comunidade em razão dos supostos resultados obtidos pela pesquisa científica. Não se pode negligenciar, no que toca à aplicabilidade e ao sentido eficaz dos direitos fundamentais, a posição distintiva do princípio da vedação ao retrocesso, particularmente tendo em vista o conteúdo do artigo 60º, parágrafo quarto, IV da CF/88 referente às cláusulas pétreas do sistema normativo brasileiro.

NOTAS CONCLUSIVAS E INACABADAS

A cada dia se perde mais a medida da proteção que pode e deve ser oferecida à pessoa em função da enormidade de ganhos e de riscos decorrentes do uso da biotecnologia. Urge, destarte, envidar esforços em abordagens que oportunizem a ressignificação de categorias como alteridade, responsabilidade, biopoder que, dentre outras, apontam para uma reestruturação do viés civilizatório e, em certa medida, podem alicerçar emulações de políticas públicas e de alterações no sistema normativo. Deve-se pontuar a necessidade de ampla discussão nacional, nos moldes do recente debate popular ocorrido na França para alertar e, em especial, informar a sociedade sobre os ganhos e os riscos do emprego das biotecnologias, particularmente face à atual sociedade de risco.

Desta feita, no que toca aos novos contornos da aplicação da biotecnologia, principalmente da modalidade de edição genética em embriões, torna-se premente uma revisão completa do conceito de pessoa humana mediante investigação acerca dos principais institutos normativos, no intuito de garantir a integralidade, a complexidade, a diversidade e a singularidade do fenômeno humano em um contexto de tolerância, responsabilidade e solidariedade.

Importante é, de modo emergencial, compreender, mediante abordagem multidisciplinar e notadamente compatível com o contexto biotecnológico, o conceito de pessoa na contemporaneidade face às demandas de perfeição e de alta performance inseridas na ideia de melhoramento como um contraponto às ideologias eugênicas, racistas e discriminatórias e, dessa maneira, assegurar a proteção integral ao ser

humano, inclusive em seus estágios iniciais de vida. Nesse sentido, é improrrogável analisar as controvérsias referentes ao melhoramento de embriões humanos sob a perspectiva da despatrimonilização, ressaltando os vínculos da paternidade responsável e, nesse sentido, elucidar os novos contornos do conceito de embrião a partir de uma arquitetura de proteção multinível tendo em vista a responsabilidade com relação às gerações subsequentes.

Interessa ressaltar que a despeito do perfil analítico da CF/88 e mesmo da falta de uma delimitação precisa quanto ao instante da proteção à vida, é possível extrair a garantia ao direito à identidade genética e as garantias de higidez referentes ao patrimônio genético humano. Trata-se, pois, de um direito humano e fundamental que carece de reafirmação incisiva tendo em vista as possibilidades de danos indeléveis causados pelo emprego desordenado das tecnologias aplicadas à vida humana. Entende-se prioritária e urgente, em especial em razão do risco de genocracia, a vedação ao uso de técnicas como CRISP Cas9 para fins reprodutivos na medida em que se reconhece o direito à identidade genética e ao patrimônio genético humano como pressupostos lógicos e epistemológicos legítimos, reforçando-se a necessidade de uma moratória. Diante disso, não se afirma o mero descarte dessa técnica, pois é relevante o seu uso terapêutico, em especial para evitar os sintomas de enfermidades genéticas, suas complicações e agravamentos patológicos.

O que se torna incompatível com atual sistema normativo brasileiro é o emprego de biotecnologias como modalidade de eugenia privada e tampouco de melhoramentos que firam o direito à igualdade em seu núcleo central. Interessa ressaltar a necessidade de implantação de monitoramentos que traduzam o estágio real das pesquisas em seres humanos no Brasil e, a despeito de qualquer elemento de censura, promova um diagnóstico e um amplo debate, haja vista que, de qualquer sorte, é inadmissível restringir o ser humano aos confins de uma natureza débil e propensa à enfermidade quando já existem mecanismos de cura que podem aliviar o sofrimento. Para esse intento, contudo, entende-se pela reafirmação do respeito aos níveis de proteção que devem ser assegurados em todos os estágios da vida humana, particularmente em seus estágios iniciais que não podem ser expostos às novas formas de vulnerabilização oriundas do emprego desregrado das biotecnologias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR, Mônica. *Direito à filiação e bioética*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- ALBERTS, Bruce et al. *Fundamentos da biologia celular: uma introdução à biologia molecular da célula*. Porto Alegre: Artmed, 2006.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- AMABIS; MARTHO; MIZUGUCHI. *Biologia: origem da vida ecitologia*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2007.
- BARBAS, Stela Marcos de A. Neves. *Direito ao patrimônio genético*. Coimbra: Almedina, 1998.
- BERGEL, Salvador Dario. *O impacto ético das novas tecnologias de edição genética*. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1609/1720>. Acesso em: 09 out.2018.
- BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002.
- CAMPOS, G.W.S. Co-construção de autonomia: o sujeito em questão. In: CAMPOS, G.W.S. et al. *Tratado de Saúde Coletiva*. São Paulo: Hucitec, 2008.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à filosofia*. 9. ed. São Paulo: Ática, 1997.
- CHILDRESS, James F. "Reproductive Interventions: Theology, Ethics, and Public Policy." In *Moral Theology: Challenges for the Future. Essays in Honor of Richard A. McCormick, S.J.*, 285-309. Edited by Charles E. Curran. New York: Paulist Press, 1990.
- CIFUENTES, Santos. *Derechos personalísimos*. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1995.
- CLARKE, Steve; SAVULESCU, Julian; COADY, Tony; GIUBILINI, Alberto; SANYAL, Sagar. *The Ethics of Human Enhancement: Understanding the Debate*. Oxford: Oxford University, 2016.
- CLOTET, Joaquim. *Bioética. Uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CONVENÇÃO Americana. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>.

Acesso em: 07 dez. 2018.

CONVENÇÃO sobre diversidade biológica. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7513-conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-diversidade-biol%C3%B3gica-cdb>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

CORTE Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. *O discurso jurídico da propriedade e suas rupturas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CZERESNIA, D. *O conceito de saúde e a diferença entre prevenção e promoção*. In: CZERESNIA, D.; FREITAS, C.M.de (org.). *Promoção da saúde: conceitos, reflexões, tendências*. 2. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2009, p. 27. ; DALL'AGNOL, Darlei. *Bioética: princípios morais e aplicações*. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DECLARAÇÃO. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

DREIER, Horst. *Bioethik: Politik und Verfassung*. Tübingen. Mohr Siebeck, 2013.

DUNSTAN, G.R., and Seller, Mary J., eds. *The Status of the Human Embryo: Perspectives from Moral Tradition*. London: Oxford University Press, 1988, p. 32;

DWORKIN, R. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

EDITAS Medicine. Disponível em: <<https://www.editasmedicine.com/genome-editing/>>. Acesso em: 05.dez.2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. *Tutela jurídica do patrimônio genético em face da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

FLEURY-TEIXEIRA, P. et al. Autonomia como categoria central no conceito de promoção de saúde. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2008, v.13, sup. 2.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Paulo Cesar de Souza(Trad). São Paulo: Penguin Classics, 2011.

FROMM, Erich. *Ética y psicoanálisis*. (Man for Himself). México-City: Fondo de Cultura Económica, 1998

FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Maria Luiza X. de A. Borges (trad.). Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

FURROW, Dwight. *Ética*. Conceitos- Chave em Filosofia. Artmed, 2007.

G1 GLOBO. Disponível em: <<https://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2018/11/28/cientista-chines-que-anunciou-bebes-geneticamente-modificados-suspende-testes.ghtml>>. Acesso em: 03.dez.2018.

GADAMER, Hans-Georg. *O caráter oculto da saúde*. Antonio Luz Costa(Trad). Petrópolis:Vozes, 2006.

GALLO, G. *et al*. *Structural basis for dimer formation of the CRISPR-associated protein Csm2 of Thermotoga maritima*. FEBS Journal. on-line. 10 dez. 2015; GALLO, G. *et al*. *Purification, crystallization, crystallographic analysis and phasing of the CRISPR-associated protein Csm2 from Thermotoga maritima*. Structural Biology Communications. F71, p. 1223-27. out. 2015.

GESETZ zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz) EschG. Disponível em: <<https://www.gesetze-im-internet.de/eschg/BJNR027460990.html>>. Acesso em: 02 nov.2018.

GONCALVES, Giulliana Augusta Rangel; PAIVA, Raquel de Melo Alves. *Terapia gênica: avanços, desafios e perspectivas*. Einstein (São Paulo), São Paulo , v. 15, n. 3, p. 369-375, Sept. 2017. Disponível em: .Availablefrom<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-45082017000300369&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 03 dez. 2018.

HARVEY, John Collins. "Introduction to the Biological and Medical Aspects of In Vitro Fertilization." In *In Gift of Life: Catholic Scholars Respond to the Vatican Instruction*, Edited by Edmund D. Pellegrino, John Collins Harvey and John P. Langan. Washington, D.C.: Georgetown University Press, 1990.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1999.

HONNEFELDER, Ludger. *Naturaleza y status del embrión: aspectos filosóficos*. *Cuadernos de Bioética*, v. VIII, n. 31, 1997.

JIANG, F. *et al*. *Structures of a CRISPR-Cas9 R-loop complex primed for DNA cleavage*. Science. On-line. 14 jan. 2016.

JINEK M, Chylinski K, Fonfara I, Hauer M, Doudna JA, Charpentier E. *A programmable dual-RNA-guided DNA endonuclease in adaptive bacterial immunity*. science, 1225829 2012.

JONAS, Hans. *O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*. Rio de Janeiro: Contraponto, PUC-Rio 2006.

JONAS, Hans. *Organismus und Freiheit: Ansätze zu einer philosophischen Biologie*. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1973.

KNOEPFFLER, Nikolaus. *Forschung an menschlichen Embryonen: Was ist verantwortbar?*. Stuttgart; Leipzig: S. Hirzel, 1999.

LANDER, N. *et al*. CRISPR-Cas9-induced disruption of paraflagellar rod protein 1 and 2 genes in *Trypanosoma cruzi* reveals their role in flagellar attachment. mBio. v. 6, n. 4, e01012-15. jul-ago. 2015.

LÉVINAS, Emmanuel. *Die Spur des Anderen: Untersuchungen zur Phänomenologie und Sozialphilosophie*. Freiburg (Breisgau); München: Alber-Studienausgabe, 1998.

LINDEN R. *Gene therapy: what it is, what it is not and what it will be*. Estud Av. 2010;24(70):31-69. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1679-4508201700030036900005&lng=en>. Acesso em: 01 dez.2018.

LOH, Janina. *Trans- und Posthumanismus- zur Einführung*. Hamburg: Junius, 2018, p. 23; ROTHBLATT, Martine. *Virtualmente humanos: as promessas e os perigos da imortalidade digital*. Jeferson Luiz Camargo(Trad). São Paulo: Cutrix, 2016.

MANIPULAÇÃO genética de embriões humanos gera debate ético. Disponível em:

<<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/manipulacao-genetica-de-embrioes-humanos-gera-debate-etico-15960869>>. Acesso em: em: 03 dez. 2018.

MARCONDES, Danilo. *Textos básicos de ética: De Platão à Foucault*. 3a. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

MISRA S. *Human gene therapy: a brief overview of the genetic revolution*. J Assoc Physicians India. 2013;61(2):127-33.Review. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1679-4508201700030036900003&lng=en>. Acesso em: 03 dez. 2018.

MOTTA, Ivens Dias da; MOCHI, Cássio Marcelo. *A personalidade no mundo clássico: uma visão jurídico-literária*. Curitiba: Juruá, 2009.

MOUNIER, Emmanuel. *O personalismo*. São Paulo: Centauro, 2004.

MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. Laura Teixeira Motta(Trad). São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

NATURE. Global summit reveals divergent views on human gene editing. Disponível em: <<https://www.nature.com/news/it1.18971>>. Acesso em: 10 out.2018.

NEDEL, José. *Ética Aplicada. Pontos e contrapontos*. São Leopoldo: Editora da Unisinos, 2004.

NOGUEIRA, Roberto Passos. *Ser e Saúde: repensando a saúde com Heidegger*. Natal: Una, 2016.

O GLOBO. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/manipulacao-genetica-de-embrioes-humanos-gera-debate-etico-15960869>>.; <<https://www.technologyreview.com/s/524451/genome-surgery/>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Ética e sociabilidade*. São Paulo: Loyola, 1993.

OLIVEIRA, Nythamar de. *Moral Reasoning in Metaethics, Bioethics, and Neuroethics: On Ritalin, Adderall, and the Normative Challenges of Cognitive Enhancement*. *Ethic@* v. 15 (2016): p. 343- 368; OLIVEIRA, Nythamar de. Revisiting the Mind-Brain Reductionisms: Contra Dualism and Eliminativism. *Veritas* v. 61 (2016): p. 363-385; OLIVEIRA, Nythamar de. Recasting the naturalism– normativity debate: Neuroscience, neurophilosophy, neuroethics. *Princípios* 2013.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Tractatus ethico-politicus. Genealogia do ethos moderno*. Coleção Filosofia N. 100. Porto Alegre: Edipucrs, 1999.

PEGORARO, Olinto A. *Ética e bioética: da subsistência à existência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

PINKER, Steven. *O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo*. Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares(Trad). São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

- PLANALTO do Governo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 08 dez. 2018.
- RIOS, Roger Raupp. *Direito da Antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- RODOTÀ, Stefano. *La rivoluzione della dignità*. Napoli: La scuola di Pitagora, 2013.
- RÜDIGER, Francisco. *Breve história do pós-humanismo: Elementos de genealogia e criticismo*. Revista da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação. Disponível em: www.compos.com.br/e-compos. Acesso em: 03 dez. 2018; VILACA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. Transumanismo e o futuro (pós-)humano. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 2, p.341-362, 2014. . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312014000200341&lng=en&nrm=iso>. access on 03 Dec. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-73312014000200002> .
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: I. Fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.
- SILVA, Ronaldo Pereira. Bioética e biodireito: as implicações de um reencontro. *Revista Acta Bioethica*, v. VII, n. 2, 2002.
- SOUZA, R. T. e OLIVEIRA, N. F. (Org.). *Bioética, Biotecnologia, Biopolítica*. Fenomenologia Hoje, vol. III. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.
- SPRANGER, Tade Mathias. *Recht und Bioethik: Verweisungszusammenhänge bei der Normierung der Lebenswissenschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 32;
- VALLS, Álvaro. *Da Ética à Bioética*. Petrópolis: Vozes. 2004.
- SUZUKI, David T. et al. *Introdução à genética*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2006.
- TEBAS P, Stein D, Tang WW, Frank I, Wang SQ, Lee G, et al. Gene editing of CCR5 in autologous CD4 T cells of persons infected with HIV. *N Engl J Med*. 2014;370(10):901-10. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S1679-4508201700030036900004&lng=en> Acesso em: 03 dez. 2018.

UNESCO. Disponível em:

<<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>>. Acesso em: 08 nov. 2018.

UNIVERSITÉ Paris SUD-11. Disponível em: <<http://crispr.i2bc.paris-saclay.fr>>. Acesso em: 03 dez. 2018.

VILAÇA, Murilo Mariano; DIAS, Maria Clara Marques. *Transumanismo e o futuro (pós-) humano*. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/pdf/physis/v24n2/0103-7331-physis-24-02-00341.pdf>>.

Acesso em: 04 nov. 2018.

WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WIENKE, Albrecht; EBERBACH, Wolfram; KRAMER, Hans-Jürgen; JANKE, Kathrin. *Die Verbesserung des Menschen: tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin*. Heidelberg: Springer, 200

29. JURIDICIDADE DO DIREITO AO ACESSO À INTERNET NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

JURIDICITY OF THE RIGHT TO INTERNET ACCESS IN THE CONTEXT OF
MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-29>

Sérgio Augusto da Costa Gillet¹

Dionis Mauri Penning Blank²

RESUMO

Este artigo objetiva a discutir como ocorre a proteção do direito ao acesso à Internet no contexto do constitucionalismo multinível. Utiliza de método monográfico como procedimento, com pesquisa bibliográfica e documental. Analisa o direito de acesso à Internet sob vários aspectos: das repercussões para o seu reconhecimento até seu caráter instrumental para o exercício da cidadania digital, perpassando pela postura do Estado diante deste fenômeno. Conclui que o direito ao acesso à Internet tem passado por reconhecimentos em vários níveis de juridicidade, ao que precisa ser cada vez mais garantido em razão da consolidação da sociedade-rede por meio de regulamentações resultantes das soluções multiníveis para a proteção do direito em estudo.

Palavras-chave: Direito ao acesso à Internet; Constitucionalismo multinível; Juridicidade.

ABSTRACT

This article aims to discuss how the protection of the right to Internet access occurs in the context of multilevel constitutionalism. It uses a monographic method as a procedure, with bibliographical and documentary research. It analyzes the right to Internet access under various aspects: from the repercussions for its recognition to its

¹ Doutorando e Mestre em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela PUCRS. Bolsista CAPES/PROEX. Professor nas Especializações da PUCRS. Editor Executivo da Revista Direito & Justiça. Advogado.

² Doutorando em Direito pela PUCRS. Mestre em Memória Social e Patrimônio Cultural pela UFPEL. Assessor de Desembargador no TJRS.

instrumental character for the exercise of digital citizenship, permeating the State's attitude towards this phenomenon. It concludes that the right to Internet access has undergone recognition at various levels of juridicity, which needs to be increasingly guaranteed by the consolidation of the network society through regulations resulting from the multilevel solutions for the protection of the right under study.

Keywords: Right to Internet access; Multilevel constitutionalism; Juridicity.

INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea já não se desassocia mais do uso da Internet. Mais especificamente no Brasil, mais da metade da população brasileira tem acesso à Internet e o faz principalmente por meio do celular³. Isso demonstra que cada vez mais pessoas estão interagindo com e pela rede mundial de computadores. Nesta realidade, situações e relações jurídicas são exercidas na rede, o que faz surgir a necessidade de regulação do uso da Internet de modo a que se conceba condutas permitidas, proibidas e obrigatórias no ambiente cibernético.

Nesta senda, desenvolve-se a noção de existir um direito básico de acesso à Internet como pressuposto jurídico para que indivíduos possam interagir via tecnologias da informação e comunicação, uma vez que a utilização de tecnologias desta natureza consolida-se para o funcionamento estável da sociedade em suas relações e situações jurídicas. Sob esta premissa, indaga-se o seguinte problema de pesquisa: em que medida ocorre a juridicidade do direito ao à Internet no contexto do constitucionalismo multinível?

Para responder a este problema de pesquisa, utilizou-se do método monográfico de procedimento, em que se procurou abordar vários aspectos do direito de acesso à Internet. De forma auxiliar, fundou-se em pesquisa bibliográfica sobre doutrina jurídica e de ciências afins ao tema, bem como em pesquisa documental a partir dos textos normativos pertinentes.

De plano, o primeiro tópico aborda repercussões da concepção do direito de acesso à Internet no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que o segundo tópico

³ Segundo o Portal Brasil, o acesso à Internet em 2015 já chegou a mais da metade dos brasileiros, sendo o celular o principal meio (PORTAL BRASIL, 2016).

versa sobre a regulação da Internet no Brasil a partir da governança da Internet e da neutralidade de rede como forma de garantir o exercício da e-cidadania.

ASPECTOS DO DIREITO AO ACESSO À INTERNET NO CONTEXTO DO CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

O direito ao acesso à Internet pode ser visualizado sob diferentes óticas. No direito constitucional, como direito fundamental; no direito comunitário, como direito humano⁴; no direito do consumidor, o aspecto da neutralidade de rede⁵; no direito ambiental, quanto ao ambiente virtual⁶; no direito processual, no que diz com o acesso à e-Justiça⁷. Isto só demonstra como o uso da Internet⁸ provocou o aumento da informação disponível e alterou significativamente a possibilidade de troca dessa informação e das comunicações, permitindo ao indivíduo vivenciar o dinamismo da circulação de dados ao mesmo tempo em que tem implicações nas relações e situações jurídicas, logo ganhando relevância para o Direito.

Nessa direção, conforme Habermas (2001, p. 84), *rede* passa a ser uma palavra-chave no contexto atual, desimportando se sua adoção vai se dar em relação ao meio físico ou eletrônico, revelando-se uma preocupação do mundo moderno, nas relações entre saber e poder, o acúmulo de informações. Nas palavras de Castells (2010, p. 501): “[...] a network-based social structure is highly dynamic, open system, susceptible to innovating without threatening its balance”⁹.

⁴ Salutar a diferenciação realizada por Sarlet (2015, p. 29) em relação à dicotomia direitos fundamentais e direitos humanos, em que estes são direitos considerados por uma comunidade de nações como direitos básicos em cartas políticas de declarações de direitos, ao passo que aqueles são direitos considerados como alicerçadores de determinada nação a partir de sua Constituição. De todo modo, são opções realizadas no intuito de promover a dignidade da pessoa humana, seja a nível nacional ou internacional.

⁵ A neutralidade de rede implica em acesso à rede sem interferências dos que provêm seu acesso, isto é, que sejam neutros ao proverem de modo que a rede permaneça neutra (TEIXEIRA, 2016)

⁶ Esta ideia é melhor trabalhada por Hartmann (2010) em sua obra acerca da concepção do ambiente virtual enquanto seja ecologicamente considerado.

⁷ A concepção de justiça eletrônica ou e-Justiça guarda identidade com a própria virtualização do processo jurisdicional, com a figura do processo eletrônico ou e-processo (CHAVES JR., 2016), mas vai além, significando que a prestação jurisdicional em todos seus aspectos passe a ocorrer de forma virtualizada, como pelo uso de redes sociais pelos órgãos do Poder Judiciário (RIGHI; HOCH, 2015) ou pela transparência que possa trazer à administração da justiça (SERBENA, 2013)

⁸ O vocábulo *Internet* é escrito com inicial maiúscula por se tratar de ente singular, pois é um tipo de rede mundial de computadores, e que por isso pode ser suplantado.

⁹ “[...] a estrutura social descrita em rede é um sistema altamente dinâmico e aberto, suscetível à inovação sem que o seu equilíbrio seja ameaçado” (CASTELLS, 2010, p. 501, [traduziu-se]).

Por isso, segundo Hartmann (2010, p. 72-73), justifica-se a utilização da expressão sociedade-rede:

[...] a diferença qualitativa das redes de informação atuais é a dupla via do fluxo de comunicação entre indivíduos. Ao contrário de um modelo de transmissão unilateral, característico de mídias de massa, as redes de informação caracterizam-se pela ascensão de cada pessoa a um retículo que recebe, mas também produz e transmite informação aos demais. É essa circulação de informação, a comunicação, viabilizada apenas com as TI mais recentes, e especialmente na Internet, que justifica a denominação sociedade-rede.

[...].

Por esse motivo fala-se de sociedade-rede, porque o foco é a nova qualidade das possibilidades de troca de informações, da comunicação, em um formato descentralizado que permite ao indivíduo ser protagonista. Isso não significa que todas as pessoas que antes apenas recebiam informação por meio do rádio, televisão ou jornais agora passarão, mágica e instantaneamente, a produzir e transmitir informação – quanto mais informação com utilidade para alguma finalidade socialmente relevante. É por esse motivo que reconhecer um novo sistema de comunicação não significa deduzir imediatamente uma revolução na sociedade. E não se infere nada sobre a qualidade da informação circulada, mas sim sobre possibilidades, sobre um potencial.

Dessa forma, um dos importantes aspectos relacionados à sociedade-rede é a utilização da Internet para o fortalecimento de diferentes tipos de comunidades, lançando possibilidade de diferentes graus de sociabilidade (inclusão digital, liberdade de acesso à informação, proteção da privacidade), o que passa pela análise de temas polêmicos como a governança na Internet e sua própria regulação, que implicam na necessária reestruturação estatal.

Se, no passado, o maior desafio dos Estados autoritários era controlar os meios de comunicação de massas – algo que podia ser feito de maneira relativamente fácil através do controle legal da sua propriedade –, os fluxos de dados, atravessando o globo terrestre, não podem ser domesticados da mesma maneira.

Apesar de existirem diversas tentativas por parte do direito para controlar, de alguma maneira, a tecnologia da informação, o imaginário teórico dos juristas está inescapavelmente associado à territorialidade estatal, de modo que suas tentativas de controle têm pouca ou nenhuma significância. [...].

[...].

Apesar dessa contradição contingencial, a dissolução da soberania na rede de poder é uma consequência do surgimento de novas estruturas não estatais de autoridade e poder. Agora, vulnerável aos ataques cada vez menos específicos – e, por isso mesmo, mais inevitáveis – das diversas fontes de poder no mundo contemporâneo, o Estado sofre a reformulação de suas funções, passando a agir não mais como centro, mas como “nó” de uma rede descentralizada de poder. (NETO, 2016, p. 66-69).

Nesse ponto, tem-se a estruturação de “[...] um processo que, em sede da rede, garanta a participação de todos, a informação de todos, a contribuição de todos, a influência de todos nas tomas de decisão e a fiscalização de todos do cumprimento das decisões tomadas” (HARTMANN, 2010, p. 99), que significa a caracterização de um Estado como Estado-rede, que necessariamente deve garantir o acesso à rede e estimular a comunicação, dentro de um plano de governança de estrutura comunicativa.

Ademais, o acesso livre à Internet é concebido como um direito humano:

À medida que a internet representa uma ferramenta da liberdade de expressão e do exercício da cidadania, tem-se que o seu acesso há de ser completamente *livre* a todos os cidadãos (independentemente de permissão ou autorização do Estado). Essa liberdade de acesso à rede pertence, hoje, ao núcleo essencial dos direitos humanos, pelo que se condena qualquer ato arbitrário do Estado capaz de limitar ou impedir o seu pleno exercício.

As próprias Nações Unidas já declararam ser o acesso à internet um direito humano contemporâneo, sugerindo que os Estados deixem de praticar quaisquer atos capazes, *v.g.*, de bloquear ou filtrar o seu tráfego ou, ainda, impedir globalmente o seu acesso, mesmo durante períodos de conturbação interna. O relatório da ONU – subscrito pelo relator especial para a Promoção e Proteção do Direito à Liberdade de Opinião e Expressão, Sr. Frank La Rue

– sugeriu a todos os Estados que garantam aos seus cidadãos o acesso livre à internet, independentemente de passar ou não por períodos de agitação política, como eleições etc. (MAZZUOLI, p. 2015, p. 260).

Nessa perspectiva, a partir do Marco Civil da Internet, a disciplina do uso da Internet no Brasil passou a ter como objetivo a promoção do direito de acesso à Internet a todos, do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos, da inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso e da adesão a padrões

tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados, nos termos do artigo 4º da Lei n. 12.965/14 (BRASIL, 2014).

Atualmente, fato é que a Internet exerce influência direta sobre o exercício da liberdade de expressão e o direito de transmitir e receber informações, com repercussões sociais, econômicas, técnicas, legais e de segurança, afetas ao direito à privacidade, à segurança cibernética, à expansão do acesso às camadas sociais economicamente excluídas, às novas relações de consumo estabelecidas nesse contexto e as possibilidades de inovação dele decorrentes. (HOBAlKA, 2014, p. 240).

Além disso, o acesso à Internet possibilita a ampliação de instrumentos democráticos, como a potencialização do pluralismo e a participação da sociedade:

Uma sociedade democrática, seja instaurada no mundo físico, ou virtual, deve pautar-se pelo pluralismo. A rede fomenta a diversidade cultural e traz à luz posições e ideias minoritárias que eram encobertas pelos meios de comunicação de massa, interessados em apenas difundir discursos dominantes. A Internet torna-se canal privilegiado para o confronto de posturas diferentes, para o exercício da tolerância, já que o debate político e ideológico encontra solo fértil para o exercício da democracia. Este ambiente virtual traz nova dimensão à liberdade de expressão, favorecidos o pluralismo e a multiplicação de informações. (BACCIOTTI, 2014, p. 87).

No Brasil, o acesso à Internet é alvo de proposta de Emenda à Constituição (n. 06/2011), que busca alterar o art. 6º da Constituição Federal para introduzir, no rol dos direitos sociais, o direito ao acesso à Internet, atualmente em trâmite junto ao Senado Federal. De qualquer modo, por ora: “Em que pese a importância do acesso à Internet e sua influência na sociedade, o legislador pátrio preferiu tratar o assunto em lei infraconstitucional e não na Constituição, o que não quer dizer que não haja reflexos nas previsões legais contidas na Carta” (BANDEIRA et al., 2015, p. 741-743).

No entanto, o acesso à Internet merece ser reconhecido como um “[...] direito materialmente fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira”, conforme defende Hartmann (2010, p. 158), que trabalhou tal assertiva a partir da teoria dos direitos fundamentais elaborada por Ingo Wolfgang Sarlet (2015), na literatura nacional, e, especialmente, por Robert Alexy (2011), na literatura estrangeira.

[...] o direito fundamental de acesso à Internet tem sua eficácia na dimensão negativa naquilo que tange à obrigação de abstenção, aqui tratada sob o aspecto da

vinculação do Estado, de supressão do acesso do indivíduo à Rede, de proibição da ação estatal que limite desproporcionalmente o acesso em si e a troca de informações no ciberespaço. Enquanto antes a dimensão negativa de um direito de liberdade de expressão implicava uma abstenção de discriminação, em relação aos meios estatais de comunicação, obrigando, por exemplo, o Estado a fornecer acesso igualitário a partidos políticos no uso de um canal de televisão, aqui esse mandado de abstenção implica apenas em não restringir ou suprimir um acesso para o qual o indivíduo precisa necessariamente do poder público.

[...].

A dimensão positiva à qual está vinculado o Estado concerne àquilo que tem sido chamado de “inclusão digital” [...].

Fala-se de inclusão digital porque aqueles que ainda está fora da sociedade- rede têm cada vez mais acesso negado ao trabalho, à comunicação com os demais, ao entretenimento, ao ensino, às notícias [...]. (HARTMANN, 2010, p. 162-165).

Nessa linha de raciocínio, “[...] o direito fundamental ao acesso à Internet constitui um direito fundamental social na sociedade-rede. Direito social justamente porque, assim como o direito à educação [...], visa garantir as condições mínimas para uma existência digna e para a convivência da pessoa em sociedade” (HARTMANN, 2010, p. 168), o qual também tem fortes contornos políticos.

Por outro lado, a eficácia do direito fundamental ao acesso à Internet não implica a permissão a todo e qualquer brasileiro de exigir:

[...] do poder público um terminal com acesso à Internet sem qualquer limitação de tempo e local de uso. Traçando um paralelo com o direito à saúde, tampouco o fato deste ser reconhecido e constitucionalmente assegurado requer que todos tenham direito a receber gratuitamente, do Estado, qualquer espécie de tratamento médico. Contra isso depõe não apenas a autonomia do legislador para determinar a forma e âmbito de concretização do direito no contexto social brasileiro, mas também questões de justiça social e a aplicação do princípio da subsidiariedade [...].

[...].

[...] o poder público brasileiro, especialmente no âmbito federal, tem se preocupado com a inclusão digital e desenvolvido uma série de ações para concretizar o direito fundamental ao acesso à Internet. Nesse desiderato o poder público conformou a concretização desse direito social de maneira razoavelmente ampla, tanto em termos de abrangência territorial, como sob o aspecto da

destinação de recursos no quadro geral de um plano de médio e longo prazo. (HARTMANN, 2010, p. 171-179).

O que se percebe, entretanto, é que o direito ao acesso à Internet tem passado por níveis de discussão acerca de sua juridicidade, cabendo sua análise também a partir do contexto do constitucionalismo multinível ou transconstitucionalismo, à medida que se percebe a proteção do direito em estudo em várias ordens jurídicas, sejam nacionais ou internacionais, sejam constitucionais ou infraconstitucionais. Neste sentido, cabe a lição de Neves (2014, p. 208) sobre como o transconstitucionalismo pode ser útil na análise que se propõe:

O transconstitucionalismo não toma uma única ordem jurídica ou um tipo determinado de ordem como ponto de partida ou *ultima ratio*. Rejeita tanto o estatualismo quanto o internacionalismo, o supranacionalismo, o transnacionalismo e o localismo como espaço de solução privilegiado dos problemas constitucionais. Aponta, antes, para a necessidade de construção de “pontes de transição”, da promoção de “conversações constitucionais”, do fortalecimento de entrelaçamentos constitucionais entre as diversas ordens jurídicas: estatais, internacionais, transnacionais, supranacionais e locais. O modelo transconstitucional rompe com o dilema “monismo/pluralismo”. A pluralidade de ordens jurídicas implica, na perspectiva do transconstitucionalismo, a relação complementar entre identidade e alteridade. As ordens envolvidas na solução do problema constitucional específico, no plano de sua própria autofundamentação, reconstroem continuamente sua identidade mediante o entrelaçamento transconstitucional com a(s) outra(s): a identidade é rearticulada a partir da alteridade. Daí por que, em vez da busca de uma *Constituição hercúlea*, o transconstitucionalismo aponta para a necessidade de enfretamento dos *problemas-hidra constitucionais* mediante a articulação de observações recíprocas entre as diversas ordens jurídicas da sociedade mundial.

Depreende-se, portanto, que o constitucionalismo multinível se apresenta como método auxiliar de interpretação e aplicação de normas para problemas jurídicos por comportar buscas de soluções em vários níveis de juridicidade. As “pontes de transição” indicadas por Neves (2014) se demonstram como tentativas de encontrar soluções que podem servir para a proteção do direito ao acesso à Internet à medida que permite sua delimitação como direito fundamental ou humano – na simples concepção de que a fonte jurídica determina a natureza desse direito (SARLET, 2015,

p. 29) – para que daí seja possível a construção de densificações doutrinárias, legislativas e jurisprudenciais para o exercício do direito em análise.

No caso específico, como já demonstrado ao longo deste tópico, o direito ao acesso à Internet tem sido alvo de interpretações acerca de sua fundamentalidade – ainda que exposto a partir da doutrina brasileira em análise da ordem jurídica nacional (HARTMANN, 2010) –, bem como de sua proteção em nível comunitário a partir de estudos de órgãos internacionais (MAZZUOLI, 2015), ao que o entrelaçamento entre tais níveis de juridicidade aponta para a existência de um direito a estar conectado, notadamente à rede mundial de computadores. Isto se corporifica com a noção de governança na Internet a permitir a neutralidade da rede e o exercício da e-cidadania.

GOVERNANÇA NA INTERNET E NEUTRALIDADE DE REDE NO CONTEXTO BRASILEIRO

Afinal, como deve ocorrer o acesso e o uso da Internet? A resposta a esta indagação perpassa, necessariamente, por como o Estado regulamenta a Internet. Neste sentido, Aguiar (2015, p. 171) propõe que a Internet supera o conceito de mera tecnologia, representa um novo espaço social:

[...] fundado nos valores da cidadania e dignidade da pessoa humana, a par da estrutura dos direitos fundamentais, há de ser reconhecido o direito fundamental autônomo de acesso à Internet. Nesse contexto, em razão do seu caráter global, restam flexibilizadas as barreiras de espaço e tempo, de modo a possibilitar a interação intensa dos indivíduos no interior da malha informatizada desse ambiente, o que revela uma nova estrutura social, intitulada - dentre outras definições - sociedade-rede.

Alheio às benesses promovidas pela sociedade-rede, apura-se que o ciberespaço é pródigo em situações problemáticas, as quais suscitam necessariamente a atuação do Estado. Por um lado, em caráter promocional, o Estado tende a promover a inclusão digital, bem como conferir a infraestrutura necessária para tanto; por outro, deve agir a fim de garantir o pleno exercício dos direitos dos indivíduos e coibir eventuais violações ou ameaças. Assim, com vistas à regulação e instrumentalização da Rede, embora embrionária, tem-se as linhas iniciais rumo à formação de um Estado-rede.

Ademais, consoante identificado por Ribeiro e Barbosa (2016, p. 162), “O uso massivo das novas tecnologias, como computadores, tablets e celulares, e o advento da

Internet são apontados como alguns dos possíveis promotores do aumento da participação da sociedade na tomada de decisão dos órgãos da administração pública”. Nesse sentido:

O uso das TIC para a promoção da participação da sociedade na tomada de decisão das organizações públicas já é uma dimensão reconhecida por organismos internacionais e acadêmicos como uma das áreas em que o setor público deve investir para obter diversos benefícios decorrentes da ampliação do seu relacionamento com os cidadãos, tais como melhorar a legitimidade das suas decisões e implementar serviços e políticas públicas mais adequadas aos anseios da sociedade. Portanto, não basta apenas empregar recursos de TIC em áreas como melhoria da eficiência interna e prestação de serviços públicos. Outras dimensões também devem ser levadas em consideração pelos gestores públicos no momento de planejar a adoção das tecnologias em suas atividades. (RIBEIRO; BARBOSA, 2016, p. 182-183).

Considerando isso, a sociedade-rede, consubstanciada no reconhecimento de um novo sistema de comunicação, não implica a necessária caracterização do Estado como um Estado- Rede, que esteja adaptado às novas dinâmicas da sociedade (maior participação da sociedade civil, maior independência dos entes privados). O Estado deve garantir o acesso à rede e estimular a comunicação, estabelecendo uma “[...] governança de procedimentos de tomada de decisão pública sustentados na rede comunicativa da Internet” (HARTMANN, 2010, p. 105).

[...]. O Estado-Rede é aquele que permite um diálogo que se traduz em cooperação, em flexibilização, em participação nas decisões e auxílio no seu cumprimento e na aplicação da lei – que não representa mais algo imposto, mas algo coproduzido. A cooperação é um respeito das competências e capacidades da sociedade civil, de entes privados e do Estado, no contexto do cumprimento de diversos objetivos – a proteção do ambiente intrinsecamente digno é um dos centrais. O Estado-Rede deixa transparecer ao indivíduo a sua relação com cada Poder: uma relação de interação e conformação com o Legislativo; de interação e conformação com o Executivo; de acesso à justiça com o Judiciário. O indivíduo reconhece o Estado. (HARTMANN, 2010, p. 196).

Nesse sentido, conforme enfatiza Pirani (2017, p. 141), o desenvolvimento de uma regulação coerente, que valorize a universalização da Internet, viabiliza o poder transformador do Estado, democratizando o exercício do direito fundamental social

de acesso, superando barreiras físicas territoriais e criando espaço de liberdade. Nesse particular:

Se os avanços da tecnologia da informação e das comunicações podem ameaçar e violar direitos, também têm a potencialidade de promover e fortalecer esses mesmos direitos. Como mencionado, direitos humanos off- line devem ser também protegidos on-line. Daí a relevância de identificar ações, programas e políticas inovadoras e estratégicas para utilizar o potencial digital para a promoção de direitos. (PIRANI, 2017, p. 141-142).

A seu turno, Aguiar destaca que (2015, p. 172):

Reconhecida a permeabilidade da Internet ao Direito, notadamente pela relação simbiótica entre eles, conclui-se que o modelo tradicional de regulação jurídica não é capaz de acompanhar o crescimento das TICs e as novas questões aventadas no ciberespaço, tais como a pessoa virtual, os bens digitais e o compartilhamento fracionado de arquivos promovido pelas redes peer-to-peer.

[...].

Diante desse contexto, verifica-se a necessidade de desenvolvimento de um modelo regulatório capaz de atender uma dupla função, qual seja: a) a de preservar e promover os direitos do internauta no ambiente virtual, afim que ele desfrute o máximo das potencialidades da Internet; assim como b) que não seja intrusiva ao ponto de suprimir o desenvolvimento tecnológico. Assim, ao largo da teoria determinista, encaminha-se rumo à efetivação da teoria da construção social da tecnologia.

Nesse momento, conforme afirma Freitas (2018, p. 142), “[...] é inescapável a constatação da extrema regulabilidade da Internet, que, como criação humana, está em constante mutação, sendo impossível afirmar-se com certeza quais serão os caminhos que seu desenvolvimento futuro tomará”. Sendo assim:

[...] a transitoriedade de todos os sistemas nos permite concluir que pelo menos alguns desses elementos que caracterizam a internet atual como algo único e diverso das demais tecnologias de comunicação irão desaparecer.

O que será mantido e o que está fadado a desaparecer depende de como a sociedade vai lidar com a tecnologia, isto é, de quais serão os caminhos escolhidos para sua evolução.

A compreensão dessa inter-relação é essencial para que seja possível pensar na regulação da internet e das novas tecnologias, evitando-se cair na tentação de adotar discursos tecnodeterministas, para quem não haveria possibilidade de regulação, ou de abraçar soluções voluntaristas, que veem no Direito o poder de

modificar amplamente a realidade sem levar em consideração os demais fatores que influenciam na regulação.

Por isso, a adoção de uma teoria regulatória fundada na tutela do interesse público, aliada a um procedimento que garanta a participação de todos os interessados no processo decisório, parece ser o melhor caminho. (FREITAS, 2018, p. 142).

Dentro desse discurso relativo à regulação e governança da Internet, que constituem matéria de profunda dificuldade, o enfrentamento do princípio da neutralidade da rede também merece destaque, visto que sua finalidade é “[...] garantir e preservar a Internet como um ambiente inovador e democratizante” (DRUMOND, 2015, p. 123).

No Brasil, a mais importante legislação neste sentido é o Marco Civil da Internet, o qual estabelece vários princípios para a adequada utilização da Internet. A partir deste panorama legislativo é que se pode começar a delinear respostas satisfatórias à pergunta que inicia este tópico.

O Marco Civil da Internet estabelece, em seu art. 1º, de plano a concepção de um microsistema normativo para a Internet no Brasil a conter princípios, garantias, direitos e deveres para o seu uso, bem como estipula os destinatários ativos – União, Estados, Distrito Federal e Municípios – que deverão zelar pela observância à regulação da Internet.

De forma mais abrangente, pode-se afirmar que o Marco Civil da Internet traz consigo o delineamento de como deva ocorrer a governança na Internet. A lei em tela delimita o campo de atuação estatal, colocando o Estado tanto como promotor quanto protetor do exercício do direito de acesso à Internet.

Entretanto, antes de discutir o papel do Marco Civil da Internet na realidade brasileira, torna-se igualmente fundamental discutir o papel do Comitê Gestor da Internet (CGI) para a governança digital no Brasil. Criado em 1995 em esforço conjunto dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e da Comunicação, suas funções e atribuições ocorrem “[...] pela coordenação das políticas e parâmetros técnicos, e não pelo estabelecimento de regramentos jurídicos, relativos a direitos e deveres dos usuários. Segue, portanto, uma construção internacional, [...]” (KRETCHSMANN; WENDT, 2018, p. 150).

Desta feita, ainda que se trate de um ente despersonalizado a tratar de certos aspectos da Internet no Brasil, o Comitê Gestor da Internet não cumpre o papel jurídico que o Marco Civil da Internet promete cumprir. Por exemplo, são atribuições

suas o registro de nomes de domínios .br e a administração de IPs no Brasil, revelando uma estrutura muito mais organizacional que jurídica, ainda que possa vir a ter repercussões jurídicas.

A partir de seu art. 24, o Marco Civil da Internet estipula diretrizes para a atuação do entes estatais já mencionados como destinatários ativos. O que se observa nos artigos seguintes são condutas de cunho obrigatório para o Estado, que as deve seguir tendo em vista o exercício da cidadania na rede.

[...]. Pauta, assim, a necessidade de os entes da federação adotarem um sistema moderno de interação com o cidadão para atingir eficiência e melhor governabilidade. Reconhece-se na legislação as possibilidades de um diálogo com a sociedade civil, e de certa forma até mesmo se admite que a população já está *online* e que os governos, de todas as esferas, também devem estar (talvez chegando tardiamente). Estimula-se o chamado “e-gov”, ou governabilidade digital, com a presença do poder público de forma integrada ao cidadão e utilizando os meios quase incontáveis de interação. A democracia por meios digitais exerce o papel de *Ágora* da antiga Atenas, como espaço de discussões de interesse e convivência em sociedade. (MARQUES, 2015, p. 586-587).

O que se observa a partir da lição Marques é a criação duma esfera virtual do Poder Público para com os cidadãos. Em sentido semelhante, ao tratar da democracia digital, encontra-se Lévy:

[...]. A verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças às possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço –, a expressão e a elaboração dos problemas da cidade pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos. (2010, p. 190).

O que se percebe é que a governança na Internet não apenas se limita a observar condutas obrigatórias por parte do Estado de maneira fria e legalista. O Marco Civil da Internet tem o condão de promover, a partir de seus princípios, um espaço virtual propício não apenas às relações privadas, mas às relações entre Estado e cidadãos, no sentido de se desenvolver um espaço cibernético-democrático.

Para tanto, torna-se indispensável que o princípio da neutralidade de rede seja respeitado. Segundo Teixeira, entende-se por neutralidade de rede:

A neutralidade (ou princípio da neutralidade) no uso da Internet consiste no fato de que o acesso à Internet pelo usuário pode dar-se de forma livre para quaisquer

fins: realizar pesquisas ou compras, estabelecer comunicações como por *e-mail*, utilizar redes sociais em geral, visualizar e postar textos, fotos e vídeos etc. Assim, o tratamento deve ser neutro e igualitário (princípio da igualdade), não podendo haver diferenciação em razão do uso realizado pelo internauta, sendo possível apenas serem oferecidos pacotes com valores diversos para fins da velocidade na navegação. Dessa forma, o usuário pode usar a conexão à Internet para o que desejar (*e-mails*, *blogs* etc.) sem precisar pagar valores distintos para tanto e sem estar sujeito à fiscalização do provedor (2016, p. 72).

A neutralidade de rede, portanto, garante igualdade àqueles que navegam pela Internet. Neste sentido, o valor *igualdade*, quando juridicizado, assume ora o caráter de postulado normativo, ora a condição de direito fundamental. Seguindo a noção de postulado normativo afeita às lições de Ávila (2015), o *postulado da igualdade* determina que tanto a aplicação da lei quanto a sua formação deva considerar a igualdade como critério norteador de interpretação; de outra ponta, o *direito fundamental à igualdade*, insculpido desde logo no *caput* do artigo 5º da CRFB, pressupõe que deva haver tratamento isonômico que garanta o exercício de outros direitos (MELLO, 2017).

A intenção por trás da juridicização do valor igualdade sob tais aspectos se revela à medida que procura proporcionar justiça por meio da aplicação da norma jurídica para conferir direitos e prescrever deveres. Ainda que a função do direito não seja alcançar a justiça, mas determinar a conduta humana, esta determinação se legitima à medida que promove a justiça.

O que se busca com a regulação do acesso à Internet a partir do princípio da neutralidade de rede, portanto, é fomentar a igualdade de modo que proporcione o acesso à ordem jurídica justa, promovendo, neste ínterim, a legitimação do direito ao acesso à Internet como pressuposto necessário para se alcançar também a justiça em sua concepção mais ampla, qual seja, de acesso à ordem jurídica justa a permitir o exercício da e-cidadania.

CONCLUSÃO

Numa sociedade cada vez mais virtualizada, desponta o direito ao acesso à Internet como direito instrumental para o exercício da cidadania virtual, uma vez que as relações e situações jurídicas têm sido cada vez mais desenvolvidas em ambiente

eletrônico. Neste compasso, garantir o direito ao acesso à Internet é dever do Estado para com os cidadãos.

O espaço cibernético precisa ser inculcado do valor democracia de modo que os cidadãos possam participar ativamente da *e-ágora*, exercendo livremente seus direitos fundamentais e humanos. Isto só se torna possível com a garantia efetiva do direito de acesso à Internet a todos, com o intuito de tornar a rede mundial de computadores um espaço cada vez mais plural e democrático.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Rodrigo Goulart. **Sociedade em rede e internet: direitos fundamentais em diálogo**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BACCIOTTI, Karina Joelma. **Direitos humanos e novas tecnologias da informação e comunicação: o acesso à internet como direito humano**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

BANDEIRA; Sérgio Rosa et al. A natureza jurídica do acesso à internet para o direito. **Revista Universidade Vale do Rio Verde**, Três Corações, v. 12, n. 2, p. 735-744, 2015.

BRASIL. **Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>.

Acesso em: 6 set. 2018.

CASTELLS, M. **The rise of the network society: the information age – economy, society and culture**. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, 2010.

CHAVES JR., José Eduardo de Resende. Elementos para uma teoria geral do processo em meio reticular-eletrônico. In: ROVER, José Aires (Coord.). **Engenharia e gestão do Judiciário brasileiro: estudos sobre e-Justiça [recurso eletrônico]**. Erechim: Deviant, 2016. (Edição Kindle).

DRUMOND, I. Neutralidade de rede: finalidade, eficácia, efetividade e eficiência. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 117-144, mai. 2015.

FREITAS, M. L. C. de. Entre tecnodeterminismo e interesse público: limites e possibilidades de regulação da internet. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 125-146, maio 2018.

HABERMAS, J. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HARTMANN, Ivar Alberto Martins. **E-codemocracia**: a proteção do meio ambiente no ciberespaço. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

HOBAlKA, Marcelo Bechara de Souza. Aspectos da governança na internet. **Revista de Direito das Comunicações**, v. 7, p. 231-264, jan./jun. 2014.

KRETSCHMANN, Ângela; WENDT, Emerson. **Tecnologia da informação & direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LÉVY, Pierre. **Cibercultura**. Tradução de Carlos Irineu da Costa. 3. ed. São Paulo: 34, 2010.

MARQUES, Shaiala Ribeiro de Castro Araujo. Acesso à Internet como meio essencial para o exercício da cidadania: análise à luz do Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). In: FINCATO, Denise Pires (Org.). **Novas tecnologias, processo e relações de trabalho**. Porto Alegre: Sapiens, 2015, p. 581-686.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Direitos comunicativos como direitos humanos: abrangência, limites, acesso à internet e direito ao esquecimento. **Revista dos Tribunais**, v. 960, p. 249-267, out. 2015.

NETO, Elias Jacob de Menezes. **Surveillance, democracia e direitos humanos**: os limites do Estado na era do big data. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, São Paulo, n. 93, p. 201-232, dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2019.

PIRANI, Mateus Catalani. **A universalização da internet e os direitos humanos**. 2017 (Dissertação de Mestrado) – Universidade Católica de Santos, Santos, 2017.

- PORTAL BRASIL. **Pesquisa revela que mais de 100 milhões de brasileiros acessam a internet.** Brasília, 13 set. 2016, 16h59min. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2016/09/pesquisa-revela-que-mais-de-100-milhoes-de-brasileiros-acessam-a-internet>>. Acesso em: 25 set. 2017.
- RIBEIRO; Manuella Maia; BARBOSA, Alexandre Fernandes. Medição do uso da internet para participação: desafios para o governo e sociedade no Brasil. In: SILVA, Sivaldo Pereira da; BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso (Org.). **Democracia digital, comunicação política e redes: teoria e prática.** Rio de Janeiro: Folio Digital, 2016.
- RIGHI, Lucas Martins; HOCH, Patrícia Adriani Hoch. A utilização de redes sociais pelo poder judiciário: contribuições para uma “esfera pública” virtual?. In: SILVA, Rosane Leal da (Org.). **O Poder Judiciário na sociedade em rede: jurisdição, informação e transparência.** Curitiba: Multideia, 2015, p. 119-138.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Vigésima Câmara Cível. **Agravo de Instrumento n. 70066544156.** Relator: Des. Dilso Domingos Pereira. Julgado em: 07 out. 2015. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/decisao-monocratica-desembargador-tj-rs1.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2017.
- TEIXEIRA, Tarcísio. **Marco Civil da Internet: comentado.** São Paulo: Almedina, 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SERBENA, César Antônio. Interfaces atuais entre a E-Justiça e a Q-Justiça no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 21, p. 47-56, 2013.

7. A CULTURA CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS E OS DIREITOS CULTURAIS

30. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MINORIAS NO SISTEMA DEMOCRÁTICO DO BRASIL



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-30>

Michel Ferrari Borges dos Santos¹

Wilson Antônio Steinmetz²

RESUMO

Os direitos fundamentais das minorias se apresentam no Estado Democrático de Direito brasileiro como um freio aos poderes constituídos e legitimados pelo voto da maioria. A preocupação na abordagem do assunto é relevante e se dá principalmente em virtude de polêmicas presentes na atual conjuntura brasileira de crise política, econômica e social. Faz-se então necessário o debate sobre os direitos fundamentais de grupos minoritários e marginalizados, uma vez que o reconhecimento das suas peculiaridades, a proteção dos seus direitos e do pluralismo político representam a força da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. O objetivo deste ensaio é conferir a natureza de trunfo aos direitos fundamentais contra eventuais decisões provindas dos poderes Executivo e Legislativo, legitimamente eleitos. O estudo orienta-se por uma abordagem metodológica que combina aspectos analíticos e hermenêuticos na compreensão da democracia brasileira e na preservação dos direitos fundamentais de minorias discriminadas e carentes de representatividade política. Defende-se a tese de que as cortes constitucionais possuem um papel contramajoritário em sociedades democráticas e plurais.

Palavras-chave: Democracia. Direitos fundamentais. Minorias.

ABSTRACT

The fundamental rights of minorities present themselves in the Brazilian Democratic State of Law as a brake on the powers constituted and legitimized by the majority vote. The concern in the approach of the subject is relevant and is given mainly by virtue of

¹ Mestrando em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC), bolsista da Capes. E-mail: michelfbsadv@gmail.com.

² Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul (UCS). E-mail: wilson.steinmetz@gmail.com.

controversies present in the current Brazilian conjuncture of political, economic and social crisis. There is a need for a debate on the fundamental rights of minority and marginalized groups, since the recognition of their peculiarities, the protection of their rights and political pluralism represent the strength of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988. The objective of this essay is to confer the rights of fundamental rights against any decisions from the legitimately elected Executive and Legislature. The study is guided by a methodological approach that combines analytical and hermeneutic aspects in the understanding of Brazilian democracy and in the preservation of the fundamental rights of discriminated minorities and lacking in political representation. It is defended the thesis that the constitutional courts play a countermajoritarian role in democratic and plural societies.

Keywords: Democracy. Fundamental rights. Minorities.

INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma análise dos direitos fundamentais das minorias no sistema democrático brasileiro, com a pretensão de demonstrar a relevância desses direitos em virtude das polêmicas presentes na atual conjuntura brasileira de crise política, econômica e social. É necessária, nos âmbitos jurídico e político, a reafirmação dos direitos fundamentais e da democracia, de forma a contemplar os diversos atores sociais, preservando suas identidades, peculiaridades e direitos.

O objetivo deste ensaio é debater e conferir a natureza de trunfo aos direitos fundamentais, contra eventuais decisões provindas dos poderes Executivo e Legislativo – detentores de legitimidade democrática –, mas que em determinados posicionamentos podem conferir a grupos minoritários tratamentos segregadores.

Em um primeiro momento, aborda-se a democracia enquanto um sistema no qual o poder está nas mãos do povo, que elege seus representantes através do voto da maioria, trazendo-se também concepções de representação política. Em um segundo passo, discorre-se sobre os grupos sociais que compõem as minorias e sobre a onda conservadora que se estabeleceu na política brasileira. Por fim, utiliza-se como base a ideia de direitos fundamentais como trunfos contra a maioria, tal como desenvolvida em língua portuguesa por Jorge Reis Novais (2006), para contestar discriminações provenientes dos poderes legitimamente eleitos para com grupos marginalizados.

Neste aspecto, salienta-se na Corte Constitucional o lugar próprio à proteção dos direitos das minorias, tendo em vista o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e a independência do Poder Judiciário.

O estudo orienta-se por uma abordagem metodológica que combina aspectos analíticos e hermenêuticos na compreensão da democracia brasileira e na interpretação dos direitos fundamentais de minorias discriminadas e carentes de representatividade política.

DEMOCRACIA E REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA

Neste passo aborda-se a democracia enquanto um sistema em que o poder está nas mãos do povo, que elege seus representantes através do voto da maioria, cuja regra é base para o funcionamento do sistema político. Conforme Dworkin (2005, p. 27-31), na democracia, o poder encontra-se com os cidadãos detentores do direito ao voto, o que suporia uma igualdade entre os indivíduos, pois as decisões políticas genuínas seriam tomadas pelos representantes por eles eleitos. Porém, a democracia vista como o poder do povo traz consigo uma desigualdade de poder político, na medida em que grupos minoritários poderiam ter seus direitos suprimidos em razão dos interesses dos grupos dominantes. A democracia, conforme o autor, teria essas imperfeições no caráter igualitário, já que a vontade da maioria pode ser oposição a alguns direitos particulares de cidadãos destituídos de privilégios sociais – as minorias marginalizadas.

Novais (2006, p. 17-20), refletindo sobre a democracia e os direitos fundamentais, põe em evidência a tensão entre ambos. O sistema democrático confere às pessoas o direito e a legitimidade para deliberarem na escolha de seus representantes, caracterizando o sistema político no princípio de funcionamento da regra da maioria. No Estado de Direito, que seria aquele limitado pelos direitos fundamentais, há a concepção de que os direitos fundamentais de cada indivíduo são poderes contra eventuais decisões estatais – legitimadas pelo voto majoritário. Nessa perspectiva, apresenta-se a tensão entre os direitos fundamentais e a democracia, já que ter um direito fundamental significaria ter um trunfo contra a vontade da maioria detentora de legitimidade democrática. A vontade da maioria eleita – democracia – pode representar uma ameaça aos direitos fundamentais das minorias marginalizadas,

ocasião em que os direitos fundamentais apresentam sua força de resistência contra o poder democraticamente eleito.

Novais (2006, p. 18) adverte que a concepção mais comum é aquela que integra direitos fundamentais e democracia no conceito de Estado de Direito, ou que contemple um conceito de democracia inseparável dos direitos fundamentais. A caracterização de democracia para além de governo da maioria é abordada por Martins e Mituzani (2011, p. 322), quando argumentam que no Estado Democrático de Direito deve haver uma preocupação com a garantia de um espaço político que comporte as diversas visões de mundo existentes na comunidade, ainda que uma delas prevaleça nas eleições. Advertem que, historicamente, determinadas visões de mundo foram privilegiadas em detrimento de outras subvalorizadas no contexto social, sendo que a democracia hoje não conseguiria oferecer a mesma visibilidade e um espaço adequado para a manifestação da diversidade.

A democracia, para acontecer, deve promover uma igualdade de condições, possibilitando a participação de todos em um ambiente político múltiplo. No contexto das sociedades complexas, é muito frequente que normas de representação apresentem um caráter excludente, conseqüentemente, grupos sociais não são devidamente representados politicamente, não fazendo parte da tomada de decisão política no Poder Legislativo, nas comissões e nos conselhos, bem como nos meios de comunicação. Defende-se que as realidades sociais heterogêneas trazem consigo a necessidade de representação coadunada com a ideia de participação política, sem esquecer dos institutos de democracia direta, como o plebiscito. A democracia ganha força através dos fóruns de discussão, patrocinados pelo Estado e fomentados pela sociedade, que objetivam trazer ao seio social assuntos que merecem atenção, para que influenciem as decisões governamentais. A participação política revigora a democracia e abandona a ideia de que ao eleger seus representantes os cidadãos estariam afastados do poder (YOUNG, 2000, p. 140-146).

Uma imagem dinâmica da democracia é trabalhada por Bovero (2002, p. 55-59), ao explicar que o “jogo democrático” contempla um sistema de ações e interações entre sujeitos que desempenham papéis diferenciados nas instituições, estruturas políticas, englobando um conjunto de atividades nas quais se manifesta a vida pública da coletividade. A democracia é regida por regras próprias desse jogo democrático, que se inicia com os titulares de direitos políticos elegendo seus representantes para

ocuparem os cargos públicos. Os representantes eleitos continuam com o jogo democrático, submetendo as demandas de seus eleitores à discussão política e deliberação pública com os demais representantes. A democracia, nessa perspectiva dinâmica das regras atinentes ao “jogo democrático”, revela uma natureza específica de se constituir em um conjunto de ações: eleger, representar, deliberar e decidir. A decisão se refere ao momento em que os representantes eleitos têm de chegar a alguma conclusão válida e vinculante para todos.

Adota-se o entendimento de que a representação política deve ser pensada como uma relação mediada entre o eleito e seus eleitores, esquecendo-se da noção de identidade entre eles. Afirma-se impossível um indivíduo falar por uma pluralidade de pessoas ou substituir todas as necessidades do eleitorado, uma vez que dentro dos próprios grupos sociais há divergências de ideias. Convém afirmar-se que há uma separação entre o representante e os representados, não sendo a ausência do requisito identitário uma crítica à democracia representativa. A necessidade é de relacionamento e conexão entre eleitores e representantes e de relacionamento e conexão dos eleitores entre si e entre os atores sociais plurais, nos fóruns de discussão, na arena política e nas casas legislativas. Caso essas relações sejam perdidas, os sistemas de representação deixam de ser suficientemente democráticos. Essa conexão fortalece a democracia, pois promove legitimidade democrática e inclusão política (YOUNG, 2000, p. 149).

A representação política na democracia é objeto de estudo de Bovero (2002, p. 62-63), que questiona em que condições se poderia considerar que uma democracia é representativa. Para o autor, os eleitos em um parlamento representam os cidadãos eleitores de forma democrática quando são designados por eles para “substituí-los”³ no parlamento em conjunto com os vários componentes da casa legislativa, observadas as diversas tendências e orientações políticas existentes em um país, o sufrágio universal, e também os diferentes grupos sociais, pois caso isso não ocorra, a representação seria, na verdade, uma deformação. Defende-se que os eleitores, ao serem democraticamente representados por seus eleitos, não serão bombardeados por decisões políticas diferentes das suas realidades sociais, ou que, ao menos, não foram objeto de deliberação pública.

³ Bovero (2002, p. 62-63) trata da representação com o termo “substituição”, sendo que, apesar de se concordar com sua ideia no geral, prefere-se a concepção de Young (2000, p. 149), que aborda a representação como “conexão”, “relacionamento” e “relação mediada”.

Young (2000, p. 154) argumenta que a responsabilidade de um representante é, além de simplesmente expressar um mandato, participar do debate com outros representantes, atentando-se às questões, demandas e argumentos em pauta, para assim chegar a conclusões justas. Os segmentos e grupos sociais debateriam suas diferenças por meio dos seus representantes, ocasião em que os eleitos se encontrariam nos fóruns de discussão, reuniões e nas instituições públicas para, após ouvirem uns aos outros, tomarem suas decisões cientes das posições alheias e das demandas de outros grupos sociais. Salienta-se que, apesar de poder agir por si mesmo, o eleito tem de prestar contas perante aqueles que está representando e que a democracia é mais forte quando ele carrega consigo os vestígios dos seus representados. Como meio fiscalizatório, os cidadãos devem constituir-se em uma base eleitoral engajada no debate, avaliando as atitudes do seu representante.

A democracia é um processo que demanda constante promoção, desenvolvimento e aprendizado. Conforme visto acima, na representação política, é de extrema importância que o eleito participe do debate político e volte para debater com seus eleitores. A questão de representatividade das minorias será abordada posteriormente, mas, desde logo, já se percebe a relevância dos direitos fundamentais constantes na Constituição Federal de 1988, a necessidade de ampliação do espaço público a novos atores e o respeito às diferenças como valores a serem defendidos. O dever democrático das instituições é balizador das funções exercidas por seus agentes públicos, que devem respeito às diferenças, pois agem em nome da Constituição Federal (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 322-323).

Para finalizar, a ideia de representação política na democracia acentua que as expectativas de algum indivíduo podem ser desapontadas através das atitudes de seu representante, pois não há possibilidade de o representante eleito sintonizar a singularidade de cada membro da diversidade de indivíduos que compõe seu eleitorado. Ainda que represente um grupo específico de pessoas, o representante pode tomar posições distintas das esperadas por certos indivíduos, já que as próprias minorias são compostas por pessoas que tomam posicionamentos diferentes a partir de suas vivências, compondo um eleitorado amplo e diversificado de interesses e crenças. Apesar da divergência entre o representante e o indivíduo em determinada situação, a expectativa é de que as demandas sociais que o elegeram sejam levadas ao debate nos fóruns de discussão, estimulando-se a participação dos cidadãos nas

discussões e decisões políticas, fortalecendo a relação entre eles (YOUNG, 2000, p. 144-146).

AS MINORIAS E A DEMOCRACIA

O conceito de minoria é aberto e adquire conteúdo a depender do contexto, ou seja, definir um grupo como minoritário depende do meio no qual ele está inserido (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 327). Analisar o porquê de se dizer que alguém pertence a uma minoria revela uma necessidade de verificar as relações estabelecidas entre os membros do grupo minoritário e os pertencentes ao grupo majoritário. Para a Organização das Nações Unidas (ONU) (2008, p. 20), a dificuldade no estabelecimento de uma definição para “minorias” se dá pela diversidade de situações em que elas se encontram. Isso porque algumas minorias vivem apartadas da parte dominante da população e outras dispersas em comunidades; algumas possuem uma forte identidade coletiva – baseada em sentimentos históricos, vivos em suas memórias –, enquanto outras conservam uma visão histórica fragmentada. Em alguns casos, as minorias desfrutam de certa autonomia, em outros grupos essa autonomia não existe. A demanda pelo reconhecimento de direitos e proteção de suas peculiaridades também podem variar, pois, algumas minorias exigem mais proteção que outras.

Apesar de todas essas variáveis, as minorias são descritas como um grupo não dominante de indivíduos que possuem algumas características em comum, relacionadas a questões nacionais, étnicas, culturais, religiosas, linguísticas ou de orientação sexual diferentes da maioria da população. Veja-se que alguns grupos podem encontrar-se em situações análogas às minorias, mesmo sem partilhar as características acima mencionadas. É o caso dos trabalhadores migrantes refugiados, dos apátridas e não-nacionais (ONU, 2008, p. 20). Na categoria “minorias”, se encaixam os grupos que, historicamente marginalizados, reivindicam a proteção de seus direitos, por meio do reconhecimento de suas peculiaridades. A questão permeia a necessidade histórica de ampliação do espaço público para novos atores sociais, com suas demandas de direitos e com suas diferentes visões de mundo, que por vezes foram socialmente desprestigiadas (MARTINS; MITUZANI, 2011, p. 319-322).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 orienta-se por uma visão de respeito às diferenças, trazendo um dever de consideração das minorias no processo

democrático, já que devem ter seus valores preservados ao lado dos interesses majoritários. As políticas públicas e a forma como o governo se estabelece pode gerar maior ou menor inclusão social de grupos marginalizados, porém, conforme se trabalha a seguir, as minorias possuem a seu favor as cartas constitucionais – como a brasileira –, ricas em direitos fundamentais. Ao tratar de minorias no processo democrático, a filósofa e cientista política Iris Marion Young (p. 140, 2000) escreveu sobre a problemática de maior inclusão política de grupos minoritários ou sujeitos a desigualdades estruturais, sobre o sentimento de representatividade política e as noções de “perspectiva social”: cada indivíduo conceberá o mundo de acordo com suas vivências.

Conforme Young (2000, p. 162-166), pessoas que estão em posições diferentes no seio social e possuem diferentes experiências de vida compreenderão a sociedade também de maneira diferente das demais. A história de cada grupo social determina uma visão e percepção dos acontecimentos sociais, do presente e do futuro, formando os pontos de vista dessas pessoas. Dentro do grupo minoritário, frequentemente seus componentes podem possuir opiniões divergentes entre si a partir dos mesmos fatos. A experiência vivida por um grupo faz com que ele tenha um posicionamento, mas não especifica um conteúdo unificado para as pessoas que fazem parte dele, que possuem experiências próprias. A autora defende a importância das políticas de diferenciação de grupos minoritários em relação ao grupo dominante, para estabelecer uma justiça que somente através da igualdade formal não se alcançaria, pois, apesar de os membros das minorias divergirem em alguns pontos de vista, há alguma questão fundamental que os une e os segrega socialmente.

Sobre a noção de representação política de grupos minoritários, defende-se que as mais importantes formas de se verificar o sentimento de representatividade do indivíduo ou grupo de indivíduos no processo político são:

(1) a percepção de que algum representante esteja cuidando de interesses que a pessoa reconhece como seus e de seus próximos, (2) os princípios e as prioridades do eleitor são verbalizados nas deliberações políticas e (3) algumas das discussões políticas expressam a vivência e a história do grupo social ao qual o cidadão pertence. Nesse aspecto, enaltece-se a importância da oposição democrática e dos fóruns de discussão e debate nas esferas públicas, para que a argumentação política leve em

consideração os interesses também dos grupos marginalizados no processo democrático (YOUNG, 2000, p. 158).

É diante da necessidade de se respeitar as minorias e as pessoas com suas multiplicidades de existências, da necessidade de debate e argumentação política representativa dos mais diversos segmentos sociais, que se tornam polêmicas algumas pautas constantes na esfera pública brasileira na sua atual conjuntura. Para exemplificar, certo conservadorismo de matriz religiosa acredita que a sociedade atual apresenta uma decadência moral, fruto das ideias feministas, da “ideologia de gênero” e de uma “liberalidade” no reconhecimento de diferentes tipos de família. Representantes dessa visão, alguns grupos religiosos, agindo de forma incisiva e em desconformidade com os direitos fundamentais de minorias, manifestam o desejo e o propósito, pela via política do Estado, de regular, restritivamente, direitos vinculados à família, sexualidade, reprodução e aborto (GABATZ, 2017, p. 6-9).

O real exercício dos direitos fundamentais e das liberdades individuais está diretamente ligado à realização desses direitos no espaço público, tendo o Estado o dever de garantir as condições adequadas para que os direitos sejam exercidos por todos. Nesse início de século, percebe-se uma disputa entre religiões, políticos religiosos e movimentos sociais – feministas e que lutam pela diversidade sexual –, para reafirmar respostas de sentido à vida e à sexualidade humana, intensificando-se a necessidade de demandas que buscam a real laicidade do Estado (MACHADO, 2011, p. 49). No atual cenário político brasileiro, assuntos vinculados diretamente a esses temas são objeto de muita polêmica, ocasião em que parlamentares e representantes conservadores relutam em reconhecer os direitos constantes nas pautas feministas e de gênero, pois eles representariam a decadência moral da atual sociedade. Salienta-se que o reconhecimento dos direitos reprodutivos e sexuais como direitos humanos fundamentais é algo bem recente e muitas vezes redundam em tabus sociais, eivados pelas críticas do sendo comum (GABATZ, 2017, p. 2-9).

No Brasil, uma onda conservadora se alastra sobre as instituições públicas e sua principal consequência pode ser um retrocesso nas conquistas de grupos minoritários. O crescimento do número de parlamentares de orientação pentecostal com preferências religiosas extremas trouxe ao espaço público uma intolerância em questões de gênero – intolerância que se contrapõe ao dever de respeito à dignidade humana. Apesar de não ser possível identificar exatamente a origem desse pensamento

conservador, as manifestações de junho de 2013 são um ponto importante a partir do qual ele teria ocupado espaço nas instituições públicas e nos debates políticos, desencadeando, inclusive, manifestações explícitas de ódios entre classes sociais (ARAÚJO; ARRETCHE, 2017, p. 15). Observa-se que as possíveis restrições aos direitos fundamentais de minorias têm realmente sido um ponto importante nos discursos públicos de alguns conservadores brasileiros, tendo algumas opiniões gerado grande repercussão.

Há movimentos conservadores de naturezas distintas: o conservadorismo de natureza econômica, caracterizado pela contrariedade de intervenção do Estado na economia, e o “conservadorismo de gênero” (ARAÚJO; ARRETCHE, 2017, p. 15), que aqui prefere-se chamar de “conservadorismo social”. É a dimensão social que interessa ao presente ensaio, trazendo-se como exemplo concreto algumas opiniões da atual ministra brasileira da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos, Damares Alves. Ela, pastora evangélica, reproduz em seus cultos discursos contrários aos ideais feministas, retirando temas como aborto e sexualidade da esfera dos direitos humanos para tratá-los conforme a visão cristã. Em suas falas, autodeclara a nação brasileira como cristã e afirma, erroneamente, que o Estado Democrático de Direito é aquele onde a vontade da maioria deve prevalecer. Esses discursos se tornam perigosos quando Damares Alves sobe à arena política, possivelmente colocando os dogmas religiosos no lugar do debate acerca dos direitos humanos. Sua polêmica frase “menino veste azul e menina veste rosa” é o retrato de sua visão conservadora de como devem ser as práticas sociais.

Destaca-se que as opiniões expressas em sociedade e o senso comum que critica os direitos fundamentais encontraram representantes eleitos e ministros de Estado que passaram a reverberar tabus – por vezes relacionados aos grupos minoritários – nos poderes da República, notadamente nos poderes Executivo e Legislativo brasileiros. “Opinião”, no conceito de Young (p. 160, 2000), seria todo juízo ou crença sobre como as coisas devem ser e os critérios políticos que seguirão a linha de pensamento formulada. A autora exemplifica que “opiniões” podem ser religiosas ou podem ter origem na cultura de determinadas práticas sociais, acreditando que a maioria das pessoas pautam suas opiniões em valores e princípios do ambiente no qual estão inseridas. Assim, opiniões são facilmente contestáveis e frequentemente podem ser menos fundamentadas que outro ponto de vista. E é nesse sentido que esse movimento conservador social pode devassar direitos fundamentais de minorias:

quando as opiniões religiosas ou pessoais dos representantes eleitos se afastam do debate jurídico e científico.

O direito fundamental à liberdade de expressão é intimamente relacionado à noção de democracia, mas deve ser utilizado com cautela na arena pública, para não ferir direitos fundamentais de grupos minoritários. As opiniões religiosas de determinado representante nos assuntos envolvendo temas sobre sexualidade, reprodução e família, por exemplo, atinge uma gama de indivíduos que possuem valores diferentes, que em um Estado laico devem ser igualmente ouvidos e respeitados.

DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO TRUNFOS CONTRA A MAIORIA

Importante iniciar a tratativa acerca dos direitos fundamentais e da sua previsão nas Constituições modernas, tal como se apresenta na Constituição Federal de 1988, mencionando a ligação que esses direitos possuem com o constitucionalismo, que é um movimento de ordem cultural, política e jurídica, surgido em meados do século XVIII e pautado na consciência de que os Estados devem organizar-se por meio de constituições escritas que limitem os poderes constituídos. Contemporaneamente, as cartas constitucionais comprometem-se não só com os direitos de liberdade em face do Estado, mas também com a efetividade dos direitos fundamentais – compreendendo todas as dimensões de direitos⁴ –, com a igualdade material e com a busca pela concretização da justiça social e da democracia. Esses são assuntos com os quais o constitucionalismo atual se preocupa, passando as constituições a ocupar um papel central e o lugar mais importante na ordem jurídica (PILLA; ROSSI, 2018, p. 274-276).

As constituições contemporâneas têm uma preocupação que vai além do estabelecimento de regras para o jogo político e estrutura do Estado, comprometendo-se com a dignidade humana e com o reconhecimento e proteção dos direitos

⁴ A título informativo, adota-se a posição de que são quatro as dimensões de direitos fundamentais. A primeira caracteriza-se pelos direitos de liberdade em face do Estado, a segunda dimensão é representada pelo advento de direitos sociais, enquanto a terceira é a dos direitos difusos e coletivos e, finalmente, a quarta, que se preocupa com a proteção das posições jurídicas subjetivas básicas em face dos progressos da ciência. As dimensões de direitos fundamentais são cumulativas umas em relação às outras, complementando-se (STEINMETZ, 2004, p. 93-95).

fundamentais⁵. Assim o é a Carta Política Brasileira de 1988, que traz avanços significativos em termos de direitos fundamentais, que, inclusive, ocupam papel de centralidade em seu texto. Ela é pioneira ao prever explicitamente o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrando a ideia de Estado Constitucional e Democrático de Direito, que objetiva a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária⁶, passando os direitos fundamentais a constituírem a própria concepção do Direito como um sistema jurídico. Por todas essas características, a Constituição Federal de 1988 é considerada, no histórico brasileiro, a Carta Política mais avançada em termo de direitos fundamentais, sendo chamada de Constituição Cidadã (PILLA; ROSSI, 2018, p. 275-277).

Na defesa dos interesses das minorias, que politicamente não possuem seus direitos tutelados pelos poderes Legislativo e Executivo – eleitos pelo sistema e votos da maioria –, sustenta-se que os grupos marginalizados possuem a seu favor os direitos fundamentais. Assim, conforme já frisado no início deste trabalho, Novais (2006, p. 18-20) aponta uma colisão entre os direitos fundamentais e a própria noção de democracia baseada na regra da maioria, quando ela possa ameaçar os direitos fundamentais de uma minoria. Neste momento, traz-se a ideia de que ter um direito fundamental significa ter um trunfo contra o governo democraticamente eleito, ou seja, um trunfo contra a maioria. A noção de democracia como um lugar onde haja espaço para debates, representação e entrosamento democrático é ideal, mas no jogo de interesses, os grupos minoritários podem ter suas características esmagadas pela vontade popular. É então que a força constitucional dos direitos fundamentais deve ser mais utilizada.

A concepção do direito fundamental como um trunfo, uma “carta na manga” da minoria contra a maioria eleita, encontra espaço no constitucionalismo brasileiro. O lugar de centralidade que os direitos fundamentais ocupam no texto da Constituição

⁵ Sarlet (2009, p. 29) distingue os termos “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. A primeira expressão, para o autor, seria utilizada quando se quer referir aos direitos previstos em documentos internacionais, que aspiram validade universal. O termo “direitos fundamentais” se referiria aos “direitos humanos” reconhecidos na esfera do direito constitucional positivo de cada Estado. As autoras Pilla e Rossi (p. 275-276, 2018) se utilizam da expressão “Direitos Humanos Fundamentais”, pois compreendem que hodiernamente já não há mais sentido a clássica distinção entre os termos, uma vez que os textos constitucionais passaram a abrigar uma cláusula de abertura, incorporando no rol dos direitos fundamentais os tratados internacionais de direitos humanos, o que demonstraria a inexistência de fronteiras interpretativas entre direitos humanos e fundamentais. Neste trabalho, adota-se o termo “direitos fundamentais”.

⁶ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...).

Federal de 1988 e a sua definição como cláusula pétrea, ou seja, limites materiais às emendas constitucionais – Art. 60, § 4º, inc. IV⁷ –, é prova do grande reconhecimento normativo desses direitos. Os poderes da República devem atuar para concretizá-los na vivência social, o que é sinônimo de efetividade constitucional. Tidos como trunfos das minorias, os direitos fundamentais de defesa, representados pelos direitos de liberdade, participação política, e as respectivas garantias individuais e coletivas – exemplo são os remédios constitucionais, como *habeas corpus* e *habeas data* –, além dos direitos sociais, econômicos e culturais, são essenciais para balizar a efetividade da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro. Direitos fundamentais que, salienta-se, não estão sujeitos à abolição via reforma constitucional, dada sua importância para o legislador constituinte (PILLA; ROSSI, 2018, p. 276-27).

Destaca-se que uma das transformações promovidas pelo constitucionalismo contemporâneo é a humanização do direito internacional – um fortalecimento dos direitos humanos –, convergindo na realização do mesmo objetivo dos direitos fundamentais: prevenir a violência e proteger a pessoa como um valor em si. É o princípio da dignidade humana como valor a ser preservado (PILLA; ROSSI, 2018, p. 276-27). Esse princípio fundamenta a concepção dos direitos fundamentais como trunfos, pois, ao reconhecer-se igual dignidade para todos os indivíduos, então cada pessoa pode escolher e seguir seus planos de vida. A concepção acerca da vida ou de determinada forma de viver de um cidadão que compõe uma minoria social tem o mesmo valor que qualquer outro plano de vida de outro cidadão. O respeito às escolhas da pessoa humana e o livre desenvolvimento da própria personalidade independem da conformação que ela tenha com a maior parte dos outros indivíduos. A opinião e expressão de um é tão importante quanto a opinião e expressão do outro, sendo que cada pessoa tem uma esfera de liberdade individual que a maioria não pode restringir pelo fato de ser maioria (NOVAIS, 2006, p. 31).

São as posições dos grupos minoritários discriminados que estão sujeitas às abusivas pressões sociais advindas das pessoas que formam a maioria dominante. Os indivíduos e grupos excluídos socialmente têm a necessidade de se socorrer no Estado de Direito, ou seja, nos direitos fundamentais, sendo essa proteção mais necessária quanto maior for o sentimento de rejeição experimentado por essa minoria. É o Estado

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

de Direito, em auxílio à posição mais débil, para garantir à minoria isolada o mesmo direito que qualquer indivíduo tem de escolher os rumos que quer dar para a sua vida. Nesse aspecto, encontra-se no Poder Judiciário uma responsabilidade especial, pois é ele o detentor da tarefa de invalidar ou impedir a efetivação das demandas majoritárias violadoras de direitos fundamentais, garantindo força normativa à Constituição Federal de 1988. Por majoritários que sejam os poderes constituídos pelo voto da maioria, a posição majoritária não pode aniquilar os direitos fundamentais das minorias – individuais ou coletivos (NOVAIS, 2006, p. 21-35).

Dworkin (2005, p. 27-32) argumenta no mesmo sentido, quando refere que nenhuma democracia promove uma verdadeira igualdade de poder político, tendo os grupos representantes de minorias marginalizadas menos poder que indivíduos de grupos dominantes. O autor defende que as pessoas que pertencem à minoria têm o direito de exigir um julgamento específico de suas demandas, pois ao serem reconhecidas pelo Poder Judiciário seus direitos serão exercidos mesmo que o Poder Legislativo não tenha trabalhado para garanti-los. Destaca que os direitos de grupos minoritários são por vezes ignorados no parlamento, pois este órgão funciona pelo princípio majoritário. Os tribunais, portanto, devem tomar a proteção dos direitos fundamentais como sua função especial, conferindo poder político à minoria. Conforme Martins e Mituzani (2011, p. 326), é a Constituição o ambiente mínimo consensual em que os direitos das minorias terão sua interpretação fundamentada.

A trajetória dos direitos fundamentais é de luta por reconhecimento, identidade, visibilidade e emancipação de pessoas e grupos sociais, sendo esses direitos indissociáveis na compreensão dos sistemas jurídicos democráticos constitucionais modernos – que respeitam as minorias e as mais diversas formas de vidas humanas existentes. Estando a Constituição Federal de 1988 recheada por extensas previsões de direitos fundamentais, cumpriu-se um caminho importante para a sua efetiva realização. O ideal seriam todos os poderes constituídos trabalharem a pauta de inclusão social prevista constitucionalmente, mas, caso assim não seja, espera-se que o Poder Judiciário e, notadamente, a Corte Constitucional, cumpra seu papel, conferindo natureza de trunfo aos direitos fundamentais, para que a decisão da maioria não quebre o direito fundamental de um.

CONCLUSÃO

Os temas abordados neste ensaio são relevantes para a realidade brasileira e para se repensar e aprimorar os institutos da democracia, dos direitos de minorias e reafirmar o poder dos direitos fundamentais nos Estados Democráticos de Direito. O estudo sobre o papel do representante político na arena pública, como alguém que traga ao debate temas importantes e dialogue com a sociedade nos fóruns de discussão, tratando a oposição como um valor democrático, demonstra que o momento de polarização política pelo qual passa a sociedade brasileira traz potenciais riscos para a democracia.

Alguns valores que entram em debate no espaço público, nutridos por sentimentos religiosos e visando restringir direitos ligados à sexualidade, reprodução, aborto e gênero, demandam não só repensar e aprofundar as balizas do Estado laico brasileiro, mas também reafirmar os direitos fundamentais de grupos minoritários como algo a ser preservado e não marginalizado.

Assim, os direitos fundamentais apresentam a sua resistência contra o sistema político, funcionando como uma oposição à maioria eleita. Nesse sentido, ter um direito fundamental simboliza ter um trunfo contra a maioria. As minorias discriminadas encontram no Poder Judiciário e, mais especificamente, no guardião da Carta Cidadã de 1988, o Supremo Tribunal Federal, o poder político necessário à efetivação de seus direitos e proteção dos seus projetos de vida, das peculiaridades do grupo social ao qual pertencem e do desenvolvimento de suas personalidades.

Salienta-se na Corte Constitucional o lugar próprio à proteção dos direitos das minorias, tendo em vista o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais e a independência do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, V.; ARRETCHE, M. O Brasil tornou-se mais conservador? Apoio à redistribuição e à taxação no Brasil. **Novos Estudos**, p. 15-22, jun., 2017. Disponível em: <<https://search.proquest.com/openview/6fdfeaf86840e2f2c698eab7a/1?pq-origsite=gscholar>>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BOVERO, Michelangelo. **Una gramática de la democracia**: contra el gobierno de los peores. Madrid: Trotta, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GABATZ, Celso. Religião, laicidade e direitos sexuais reprodutivos: a presença de grupos religiosos conservadores nos espaços públicos da contemporaneidade. **Estudos de Religião**, v. 31, n. 1, p. 1-23, jan./abr. 2017. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/ER/article/view/6432/5698>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 7, p. 25-54, jan./abr. 2012. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcpol/n7/a03n7.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

MARTINS, A. C. M.; MATUZANI, L. Direito das minorias interpretado: o compromisso democrático do direito brasileiro. **Sequência**, v. 32, n. 63, p. 319- 352, dez., 2011. Disponível em:<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2011v32n63p319/21068>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Direitos Humanos: Os direitos das minorias. **Direitos Humanos**, rev. 1, n. 18, Lisboa: Gabinete de Documentação e Direito Comparado [da] Procuradoria-Geral da República, 2008.

PILLA, M. C. B. A.; ROSSI, A. C. S. Constituição de 1988: o avanço dos direitos humanos fundamentais. **Estudos Ibero-americanos**, v. 44, n. 2, p. 273-284, maio-ago., 2018. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/jatsRepo/1346//index.html>>. Acesso em: 20 jan. 2019.

SARLET, I. W. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

STEINMETZ, W. A., **Vinculação dos particulares a direitos fundamentais**: eficácia jurídica. São Paulo: Malheiros, 2004.

YOUNG, I. M. Representação Política, Identidade e Minorias. **Lua Nova**, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a06n67.pdf/>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

31. A NECESSIDADE DA LEI NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE ÀS INTERVENÇÕES DO PODER EXECUTIVO¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-31>

Luciano Medeiros de Andrade Bicalho²

1. INTRODUÇÃO

O Estado de Democrático de Direito que surgiu na Europa após a Segunda Guerra Mundial e depois se espalhou por todos os continentes é baseado em quatro princípios fundamentais: soberania popular, divisão de poderes estatais, garantia de direitos fundamentais e princípio da legalidade.³

O princípio da legalidade no campo administrativo propõe, em linhas gerais, a submissão dos atos da Administração Pública às leis ditadas pelo Parlamento. A natureza e os limites dessa submissão, no entanto, não estão adequadamente definidos, o que resulta no enfraquecimento do princípio e, portanto, na violação dos direitos fundamentais dos indivíduos diante de intervenções do poder executivo do Estado.⁴

Essa incerteza na definição do princípio deve-se essencialmente ao errôneo "transplante" ou "empréstimo"⁵ de conceitos que foram desenvolvidos em contextos político-legais específicos e, por conseguinte, não podem ser usados nos sistemas jurídicos contemporâneos ou, quando for possível a sua utilização, deve ser precedido de uma adaptação adequada aos cânones do sistema em que será aplicado. Assim, não se deve incorrer no erro de considerar categorias universais que nada mais são do que

¹ Traduzido do espanhol para o português por Dionis Mauri Penning Blank.

² Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade de Granada (E-mail: luciano.bicalho@agu.gov.br). Diretor de Tese: Prof. Dr. Francisco Balaguer Callejón (Professor de Direito Constitucional da Universidade de Granada. E-mail: balaguer@ugr.es)

³ A doutrina diverge em termos dos princípios fundamentais que dão identidade ao Estado Democrático de Direito. Concordamos, em nossa definição, com a classificação de Cosculluela Montaner (2010).

⁴ Evidentemente, não se ignora que atos administrativos não sejam atos exclusivos do Poder Executivo, uma vez que os demais poderes também realizam atividades de natureza administrativa. No entanto, a atividade administrativa exercida pelos demais poderes do Estado, com raras exceções, restringe-se basicamente aos atos de administração de seus bens e serviços, afetando apenas indivíduos. Portanto, estamos essencialmente interessados nos atos do Poder Executivo no exercício de suas atividades finais, que são atos que afetam diretamente os direitos dos indivíduos.

⁵ Sobre o conceito de transplante e empréstimo constitucional, Perju, V. (2012). Constitutional transplants, borrowing, and migrations. In Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law, edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press.

respostas a requisitos históricos específicos de um sistema particular de organização político-jurídica.⁶

Por isso, seguindo a lição de Tomás e Valiente (1996, p. 149), de que “conceitos e instituições não nascem em um vazio puro e atemporal, mas em um local e data conhecidos e como resultado de processos históricos que arrastam um fardo que talvez seja invisível, mas condicionante”, é necessário identificar adequadamente quais foram as premissas político-legais que justificaram a construção desses conceitos e quais estão sendo levantadas atualmente.

2. OS SISTEMAS JURÍDICOS DE REFERÊNCIA: DA REVOLUÇÃO FRANCESA ATÉ O MOVIMENTO DE RESTAURAÇÃO DA ALEMANHA

O princípio da legalidade administrativa é um dos produtos da longa luta entre o monarca e os estamentos da sociedade da Era Moderna. A formação de estados nacionais e a conseqüente centralização do poder nas mãos do rei quebraram o delicado equilíbrio entre a monarquia e as propriedades feudais, garantido na Idade Média por meio do contrato de vassalagem. Os estamentos, especialmente a burguesia em formação, reivindicam o poder político, submetendo o poder executivo do Estado (nas mãos do rei) às normas ditadas por uma assembleia de legisladores representando esses grupos sociais, que, resumindo brevemente, é a ideia central do princípio da legalidade administrativa em sua origem.

Nesse contexto, cada uma das partes na disputa elabora a respectiva teoria jurídica que sustenta suas reivindicações. De todas essas disputas entre a burguesia e a monarquia nacional, duas se destacaram que condicionaram toda a teoria do Direito Administrativo que se seguiu: a França revolucionária do final do século XVIII e o Estado alemão em formação no século XIX.

2.1. O modelo da Revolução Francesa

A Revolução Francesa efetivamente significou a ruptura⁷ de um mundo ordenado pela tradição em direção a um mundo construído pela vontade do homem livre para

⁶ LLORENTE, 1983, p. 417-432.

⁷ Embora, para alguns, "por mais radical que tenha sido a Revolução, ela tenha inovado muito menos do que geralmente se supõe" (TOCQUEVILLE, 1996, p. 105), a Revolução Francesa representou uma

decidir seu destino através dos critérios da razão universal. A revolução estabelece uma nova ordem jurídica baseada na lei, em oposição ao Antigo Regime baseado no costume. Portanto, no Estado francês fundado pela revolução, o principal problema é a tensão entre a lei, instrumento de uma ordem baseada na razão e na liberdade de ação, e o costume, critério organização de um mundo ordenado pela tradição⁸. Diferente do costume que surge de forma anônima e involuntária e, portanto, irracional, a lei é uma "construção deliberada"⁹ da vontade, que, por sua vez, é guiada pela razão.

Os revolucionários, imbuídos do espírito do Iluminismo, reivindicaram o reconhecimento da igualdade e da liberdade de todos os indivíduos e, conseqüentemente, a abolição dos direitos e obrigações feudais, baseados em tradições ou dogmas de fé, já expostos no preâmbulo da Constituição de 1791:

A Assembleia Nacional, querendo estabelecer a Constituição francesa com base nos princípios que acaba de reconhecer e declarar, abole irrevogavelmente as instituições que prejudicam a liberdade e a igualdade de direitos. Não há mais nobreza, nem herói (pares), nem distinções hereditárias, nem distinções de propriedades, nem regime feudal, nem juízes patrimoniais, nem nenhum dos títulos, denominações ou prerrogativas que dela derivem, ou qualquer ordem de cavalaria ou qualquer das corporações ou grêmios para as quais foi exigida prova de nobreza, ou que suponham distinções de nascimento, ou qualquer outra superioridade, apenas a de funcionários públicos no exercício de suas funções. Não há mais vantagens ou herança de um cargo público. Não existe mais, em nenhum lugar do país, nem para qualquer indivíduo, nenhum privilégio, exceto o direito comum dos franceses. Não há mais irmandades sequer grêmio de profissões, artes e ofícios. A lei não reconhece mais votos religiosos ou qualquer compromisso que seja contrário aos direitos naturais ou à Constituição.

Segundo a teoria de Rousseau (2012), que inspira os revolucionários, o corpo social soberano estabelece regras sobre si mesmo (autodeterminação), universais a partir da razão que as concebe e do objeto sobre o qual recaem. Montesquieu (1977, p. 105), ciente, por sua vez, de que o povo soberano não pode se reunir a qualquer momento

mudança radical no fundamento da autoridade política e a organização político-legal do Estado. CELOTTO e CONTE (2007, p. 125-142) apontam que "lo spirito rivoluzionario volle affidare alla legge il compito di rinnovare profondamente il sistema del diritto vigente in Francia. Si prenda ad esempio la dichiarazione del 1789: la legge è espressione della volontà popolare, uguale per tutti (art. 6), sola fonte di determinazione dei reati e delle relative pene (art. 7 e 8), è la sola fonte che possa determinare i limiti della libertà individuale, altrimenti inviolabile (art. 4); è anche strumento di garanzia contro gli abusi degli ufficiali pubblici (art. 9), ed è metro dell'ordine pubblico (art. 10 e 11)".

⁸ CALLEJÓN, 2014, p. 39.

⁹ LAPORTA, 2007, p. 152.

quando as circunstâncias os forçam a deliberar sobre questões de interesse coletivo, lançou as bases da democracia representativa¹⁰, na qual a vontade geral é expressa através de um corpo de representantes eleitos.¹¹

Portanto, a generalidade e abstração do objeto e a razão (universal) que o concebe tornam a lei parlamentar a causa de expressão do poder soberano, o que justifica sua supremacia contra todos os outros atos ou fatos jurídicos, especialmente: aos atos emanados do poder executivo do Estado. A lei é a forma de expressão de um poder radicalmente soberano, portanto, original, supremo e ilimitado, não condicionado por nenhuma forma ou tradição (costume), mas apenas pela vontade que a sustenta, ou seja, a vontade geral do corpo social.

Sieyès, outro importante teórico da revolução, defende que a lei é a forma de expressão da vontade soberana da nação, cujo conteúdo só pode ser do interesse comum da nação e, portanto, a lei é superior (todos os demais atos de poder estão sujeitos a ela) e ilimitada¹² (podem dispor de qualquer assunto). A soberania da vontade que expressa corresponde à soberania da lei, que é, obviamente, "regra onipotente, que pode regular qualquer assunto, sem qualquer limitação" (MUÑOZ MACHADO, 2015, p. 37). Esse conceito de lei foi consagrado na Constituição de 1791: "3. Não há autoridade na França superior à lei; o rei apenas reina por ela, e somente em nome da lei ele pode exigir obediência."

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, redigida como preâmbulo da nova Constituição promulgada pelos revolucionários, além de reconhecer a liberdade como um direito fundamental inalienável de todos os indivíduos (artigo 2), garante que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, exceto por determinação de uma lei (artigo 5). Consequentemente, a lei é a única fonte da qual nascem obrigações legalmente válidas, ou seja, todos os fatos e atos jurídicos são

¹⁰ Rousseau (2012, p. 122), com efeito, criticou a possibilidade de representar a soberania: "A soberania não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral e não pode ser representada; ela é ela mesma ou é outra; não há meio termo. Os deputados do povo não são, então, nem podem ser, seus representantes; eles são apenas seus comissários; eles não podem acordar definitivamente nada. Toda lei não ratificada pessoalmente pelo povo é nula; não é uma lei".

¹¹ "Como em um Estado livre, todo homem deve ser governado por ele mesmo, seria necessário que o povo em massa tivesse poder legislativo: mas isso é impossível em grandes estados e tem muitos inconvenientes, sendo necessário que o povo faça isso por seus representantes, que não pode fazer por si mesmo." (MONTESQUIEU, 1977, p. 105).

¹² "De qualquer maneira o que uma nação queira, basta que ela queira; todas as formas são boas e sua vontade é sempre a lei suprema." (SIEYÈS, 2003, p. 37).

reconhecidos apenas pela ordem jurídica se regulados por uma lei que, além de ser a fonte suprema, é a única autorizada a intervir na liberdade dos indivíduos.

Daí a submissão absoluta do Poder Executivo ao Poder Legislativo do Parlamento ou, do ponto de vista dos atos de cada um desses poderes, a submissão total do ato administrativo à lei, consignada expressamente no artigo 6, capítulo IV da Título III da Constituição de 1791: “o Poder Executivo não pode ditar nenhuma lei, mesmo provisória, mas apenas declarações segundo as leis para ordenar ou lembrar sua execução”.

Como destacado por Zagrebelsky (2011, p. 27), “A Assembleia originalmente representava a Nação e todos os outros órgãos eram simples autoridades 'derivadas', então “a ausência de leis - leis que atribuem poderes à Administração - significava por isso a impossibilidade de agir”.

Em resumo, foi concebido um conceito formal da lei como sendo um “ato através do qual as decisões do Parlamento tomam forma” (DE CABO MARTÍN, 2000, p. 29). Como o Parlamento é o órgão representativo do órgão social soberano, não há limites materiais para as leis parlamentares. Portanto, “nenhuma referência ao conteúdo da lei é possível, pois seria incompatível com o pressuposto da lei, soberania parlamentar” (DE CABO MARTÍN, 2000, p. 29). Além disso, como nenhuma limitação é possível, o poder soberano expresso nas leis não é sequer limitado pela Constituição, uma vez que ambas as normas são uma expressão desse mesmo poder soberano.

2.2. O modelo de Estado Alemão do século XIX

Após a derrota de Napoleão Bonaparte, nos anos de 1814 e 1815, houve uma série de reuniões entre as autoridades diplomáticas dos países europeus, conhecidas com o nome de Congresso de Viena, em que os governos do continente foram restaurados sob o princípio monárquico (Monarchische Prinzip).

Um dos resultados do Congresso de Viena foi a fundação da Confederação Germânica, que unificou os estados alemães em uma confederação de estados soberanos presidida pela Casa Habsburgo da Áustria.¹³

A ata elaborada ao final do Congresso declarou que todos os poderes do Estado em formação eram conferidos ao rei como chefe de Estado (princípio monárquico).¹⁴

¹³ CLARK, 2001, p. 41.

¹⁴ “Artigo 57. Como a Federação alemã, com exceção das cidades livres, é composta de reinos soberanos, todo o poder do Estado deve permanecer reunido com o Chefe de Estado, como consequência do

No entanto, a admissão do princípio monárquico com a extensão que foi reconhecida no período anterior à Revolução Francesa não era mais possível. A força adquirida pela burguesia, além da experiência da soberania popular vivida na Europa nos anos de expansão das revoluções liberais, tornou impossível retornar ao dogma absolutista da soberania exclusiva do monarca.¹⁵

Nos reinos alemães, nem a monarquia tampouco a burguesia tinham forças para se impor completamente. Não houve, em plenitude, nem a revolução (ou, pelo menos, não houve revolução vitoriosa¹⁶) nem a restauração monárquica, mas sim uma reforma liberal do absolutismo monárquico.¹⁷

Na luta pelo poder, a burguesia exigia principalmente que fossem garantidos o direito à propriedade e às liberdades públicas fundamentais exigidas pelo liberalismo do século XIX (liberdade religiosa, circulação, manifestação de pensamento, assembleia, entre outros), enquanto a monarquia exigia a submissão de todo o reino ao poder político do rei.

A solução foi o reconhecimento do poder original do monarca sob o princípio monárquico, no entanto, com o compromisso de que a intervenção na liberdade e propriedade dos sujeitos só seria admitida através de uma lei editada com a colaboração dos representantes dos estamentos. Como resultado da falta de legitimidade democrática do Poder Executivo do Estado, exercido pelo monarca, exigiu-se que as decisões consideradas fundamentais para os cidadãos (essencialmente a burguesia) obtivessem sua aprovação prévia através da representação parlamentar.¹⁸

De acordo com a regra estabelecida na ata final do Congresso de Viena, “todo o poder do Estado deve permanecer reunido no Chefe de Estado”, mas “ligado à participação dos estamentos no exercício de certos direitos sob uma Constituição estatal.” Havia, portanto, um poder político, não legal, exercido pelo rei, que era

conceito fundamental aqui estabelecido, e o soberano só pode estar vinculado à participação das propriedades no exercício de certos direitos sob uma Constituição estatal.”

¹⁵ HEUN, 2000.

¹⁶ A Alemanha também foi arrastada pela avalanche de revoluções que eclodiram na Europa no ano de 1848. Representantes dos liberais e radicais, que exigiram reformas de cunho liberal, foram renomeados representantes do parlamento alemão, que, até agora ainda não existiam, e, em 1849, escreveram uma constituição que unificou o Estado da Alemanha sob reformas radicais no sistema político (consagração da separação de poderes, reconhecimento de um amplo papel dos direitos e liberdades fundamentais, entre outras reformas de natureza liberal) (LANCHESTER, 2009). No entanto, o rei da Prússia, Frederico Guilherme IV, esmagou o movimento liberal e, alguns meses depois, concedeu uma nova constituição, restaurando o princípio monárquico.

¹⁷ GARCÍA, 1983, p. 123-146.

¹⁸ CALLEJÓN, 2017, p. 190.

legalmente limitado pela necessidade de aprovação dos estamentos em relação a atos que afetavam a liberdade e a propriedade dos súditos.

O arranjo das forças políticas na Alemanha, portanto, não se enquadrava nas teorias legais do absolutismo do Estado Moderno¹⁹, com base no conceito de soberania do príncipe, cujo primeiro e essencial atributo, de acordo com a clássica lição de BODIN (1997, p. 71), é o poder de aprovar leis de conformidade obrigatórias por todos, sem a necessidade de qualquer consentimento.

Por outro lado, também não se encaixava nos preceitos legais do Iluminismo, com base na ideia de Kant (2005, p. 143) da lei como autodeterminação do povo, onde a lei é a própria expressão da soberania popular.

A justificativa teórica da fórmula da legalidade alemã tocou principalmente Paul Laband e teve origem na rejeição dos orçamentos apresentados ao Parlamento da Prússia pelo chanceler Bismarck em 1862, devido ao aumento das despesas públicas solicitadas pelo governo para custear uma ampla reforma do exército prussiano.

Apesar da rejeição da lei orçamentária, o governo realizou as reformas pretendidas, com o argumento de que a organização das forças armadas era de natureza administrativa e, portanto, seria incluída na esfera do poder soberano do rei, de acordo com a fórmula do princípio monárquico.

A atitude do governo criou um problema jurídico. O artigo 99 da Constituição da Prússia²⁰ determinava que o orçamento do Estado seria definido anualmente por lei e, por outro lado, pelo artigo 62²¹ exigiu o acordo do Parlamento para a promulgação de leis. No entanto, não havia disposição regulamentar no caso de o acordo entre o rei e as câmaras sobre os orçamentos do Estado não ter sido produzido.

Em seu trabalho "Das Budgetrecht: Nach Den Bestimmungen Der Preussischen Verfassungs-Urkunde Unter Berücksichtigung Der Verfassung Des Norddeutschen Bundes", escrito em 1871, Paul Laband tenta apresentar a justificativa teórica para a prevalência do governo no conflito com o parlamento no que diz respeito à lei do orçamento. Segundo o autor (LABAND, 1979, p. 21), quando determina que "o acordo do rei e das câmaras é indispensável para todas as leis", a Constituição da Prússia usa

¹⁹ Especialmente as teorias desenvolvidas por Jean Bodin ("Los seis libros de la República"), Nicolás Maquiavel ("El príncipe") y Thomas Hobbes ("Leviatã").

²⁰ "Art. 99. As receitas e despesas serão fixadas antecipadamente anualmente, incluídas no orçamento, que será determinado por uma lei que será votada todos os anos."

²¹ "Art. 62. O Poder Legislativo reside no rei com as duas câmaras, cujo acordo é necessário para a promulgação de uma lei."

o conceito material de direito, uma regra que contém uma regra de direito (Rechtssatz), isto é, uma regulamentação externa do comportamento de terceiros, uma “regra para regular ou resolver relações jurídicas”.²² Com base nesse conceito de Estado de Direito, a lei orçamentária e as demais regras de organização do Estado não teriam o caráter de normas jurídicas.

O sistema político-jurídico alemão do século XIX está estruturado, portanto, sob a dicotomia Estado versus sociedade. O Poder Executivo do Estado é a esfera da política, domínio soberano do rei, alheio a qualquer controle, enquanto a sociedade é o domínio da liberdade (e da propriedade), uma esfera protegida pela lei, onde somente a lei pode legitimamente intervir (JESCH, 1978, p. 112). Onde o domínio do povo sobre a legislação termina, o direito ilimitado do Executivo monarquista persistiu, no entanto. Somente a terra conquistada pela sociedade era iluminada por lei; caso contrário, a "não-lei" do absolutismo prevaleceu.

De acordo com essa concepção dualista, observa Zagrebelsky (2011, p. 27), a Constituição atribuiu ao Poder Executivo a propriedade original de todos os poderes necessários para a proteção dos interesses do Estado; portanto, a ausência de leis implicava ampla liberdade para a Administração adotar qualquer medida para atingir seus próprios objetivos.

3. AS TRANSFORMAÇÕES DA LEI A PARTIR DO SÉCULO XX

A natureza e a extensão da ligação do Poder Executivo à lei sofreram profundas mudanças na segunda metade do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, que resultou na inadequação das formulações anteriores. Houve três fenômenos que mais impactaram a relação entre a lei e os atos do Poder Executivo: o advento das Constituições normativas; o reconhecimento constitucional do pluralismo social; e, finalmente, a consagração dos direitos sociais.

²² A concepção de "estado de direito" para Laband reflete, assim, o conceito de lei de Kant estabelecido em "A Metafísica dos Costumes" (2005, p. 38): "a lei é o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um pode ser reconciliado com o arbítrio do outro de acordo com uma lei universal da liberdade". Nas palavras de Laband (1979, p. 29): "A palavra lei é muito mais antiga que a forma constitucional do Estado e foi sujeita, especialmente na Alemanha, a um uso e concepção gerais antes de se pensar em uma limitação do soberano por parte de uma corporação parlamentar. É por isso que a lei não tem absolutamente nenhuma relação com os direitos de representação do povo, significando apenas a declaração de um princípio jurídico, a fixação desejada e consciente de uma norma. Conseqüentemente, nem toda manifestação da vontade do Estado é lei, mas apenas aquela cujo conteúdo é um preceito legal, uma norma para regular ou resolver relações jurídicas."

3.1. A Constituição normative

A concepção de soberania do liberalismo do século XIX não admitia que sua força legal se esgotasse com a promulgação da Constituição, ficando consignado que deveria manter a força no Poder legislativo do Parlamento. Não havia supremacia hierárquica da Constituição sobre as leis.

A Constituição, por sua vez, não possuía força normativa, ou seja, não regulava diretamente as relações jurídicas. Sua função era essencialmente política "de articulação dos órgãos superiores do Estado" e "organização dos modos de produção do Direito" (LLORENTE, 1983, p. 425).

A natureza puramente programática (nominal) das declarações de lei dos séculos XVIII e XIX, que garantiram apenas segurança formal e igualdade (igualdade perante a lei), foi fortemente criticada pelos movimentos sociais do final do século XIX e do início do século XX. Em resposta, a partir da Constituição de Weimar de 1919, foram elaboradas declarações constitucionais de direitos sociais (proteção do trabalho, seguridade social, assistência à saúde etc.), reconhecidas como de aplicação direta e eficácia imediata, sem a necessidade de intervenção do legislador.²³ As constituições dos chamados Estados Sociais do Direito do século XX deixam de ser meramente nominais e constituem verdadeiras constituições normativas, de acordo com a nomenclatura criada por Karl Loewenstein (1976, p. 218).

A Declaração dos Direitos do Homem de 1789 dizia que "Uma sociedade na qual a garantia de direitos não está estabelecida (...) carece de uma Constituição", mas, paradoxalmente, os direitos reconhecidos na declaração careciam de meios de proteção, o que levou à sua ineficiência. A articulação do sistema sob a mística da soberania política manifestada legalmente na lei fez da própria lei a garantia dos direitos, ou melhor, de todo o direito, o que, afinal, resultou na negação de direitos, que estavam efetivamente à disposição do Poder Legislativo, sem qualquer garantia própria (BARTOLOMÉ CLAVERO, 1993, p. 19).

No século XX, para garantir a proteção desses direitos, a Constituição recebeu proteção especial do sistema jurídico, mediante o reconhecimento da supralegalidade formal da Constituição e a construção do sistema de garantia dessa supralegalidade através do controle de constitucionalidade das leis idealizadas por Kelsen e

²³ DE OTTO, 1987, p. 80.

implementadas pela primeira vez na Constituição alemã de Weimar de 1919 e na austríaca de 1920.²⁴

A consideração da Constituição como uma norma legal afeta o aspecto formal da lei, transferindo para um nível hierárquico secundário e material, condicionando o conteúdo da própria lei, que deve “estar em conformidade com os propósitos, princípios e até conteúdos específicos estabelecidos por a Constituição ”(DE CABO MARTÍN, 2000, p. 80). O legislador não é mais soberano, porque se submete não apenas à forma, mas também ao conteúdo da Constituição, que prevê direitos imunes à intervenção democrática. Como bem apresentado por Balaguer Callejón (2017, p. 123):

“Há uma dissociação do conceito de democracia usado no primeiro constitucionalismo de tal forma que, acima da vontade democrática exercida no âmbito constitucional, é colocada a democracia constitucional, à qual o legislador, a maioria das vezes, deve se submeter”.

3.2. O pluralismo jurídico

A segunda metade do século XIX e o início do século XX foram marcados pela disseminação de revoluções e movimentos populares que reivindicavam melhores condições de vida e igualdade material, e não apenas a igualdade formal (legal) garantida pelo estado liberal do século XIX. Esses movimentos levaram à formulação de um novo modelo de organização estatal, baseado no reconhecimento da pluralidade de interesses na sociedade e na busca da satisfação das necessidades materiais dos indivíduos.

A construção da dogmática jurídica que fundou essa nova concepção de Estado, denominada Estado Social de Direito (Sozialrechtsstaat), deve-se em grande parte a Herman Heller, que buscou uma solução para os problemas sociais a partir da melhoria do Estado liberal do Direito, em oposição às soluções revolucionárias e autoritárias levantadas pelos teóricos do socialismo e fascismo.²⁵

²⁴ COSCULLUELA MONTANER, 2010.

²⁵ HELLER, 1985, p. 283.

Heller (1968, p. 201) censura o universalismo abstrato do Estado liberal e todas as teorias que defendem a existência de uma vontade política unitária. Sua crítica, portanto, atinge frontalmente o conceito de vontade geral apresentado por Rousseau.

Reconhecendo o pluralismo social como uma realidade empírica da contemporaneidade, Heller semeia, assim, a semente da teoria do pluralismo jurídico e da defesa da democracia parlamentar, não como expressão de uma vontade geral inexistente, mas como método adequado para tomar decisões políticas legítimas em sociedades plurais. O reconhecimento do pluralismo social também levará à substituição da lei, expressão da vontade da maioria política, pela Constituição, que reflete o consenso fundamental da sociedade, como fonte suprema do sistema jurídico. O eixo fundamental do sistema não está mais estruturado na soberania da vontade popular ou do monarca, mas na inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais expressos na Constituição.

Existe, assim, uma importante reviravolta epistemológica, expressa na “falência da razão configurada a partir do Iluminismo, de sua abstração, generalidade e objetividade e sua substituição pelo concreto, o empírico e o subjetivo” (DE CABO MARTÍN, 2000, p. 74), que, portanto, mudará o entendimento da lei, não mais considerada como expressão de uma razão universal, mas como um possível compromisso entre todos os interesses sociais conflitantes.

3.3. Os direitos sociais

A natureza dos direitos sociais levou à alteração na maneira de agir do Estado. Os direitos sociais não são, como as liberdades civis e políticas, direitos negativos da proteção do Estado contra a intervenção de terceiros, mas são direitos que, para sua observância, exigem prestações positivas a cargo do Estado. Como consequência, é atribuída diretamente ao Poder Executivo a obrigação de satisfazer os direitos sociais previstos na Constituição, sem a necessidade de intermediação de uma lei de autorização.

Além disso, os direitos sociais, na medida em que visam possibilitar a igualdade concreta de sujeitos em situações desiguais, geralmente exigem que a avaliação individualizada da medida seja adotada pela Administração para a satisfação desses

direitos, o que faz com a que a lei, geral e abstrata, não seja suficiente para definir o conteúdo da ação administrativa.

Como bem ressaltado por Zagrebelsky (2011, p. 35):

“A lei, portanto, não é mais necessária ou suficiente para determinar o comportamento da Administração Pública. Na presença de objetivos substanciais de amplo alcance, necessariamente indicados por formulações genéricas e cujo desempenho envolve uma série e variedade de avaliações operacionais que não podem ser previstas, a lei limita-se a identificar a autoridade pública e capacitá-la para agir em direção a um fim de interesse público. Para todo o resto, a Administração atua utilizando uma autonomia instrumental específica, cujos limites, em relação ao respeito pelas posições subjetivas de terceiros, são fundamentalmente imprecisos.”

Essa mudança na maneira de agir do Estado - para garantir espaços de liberdade para uma ação positiva que satisfaça necessidades específicas - afeta, sobretudo, o escopo da “reserva legal”. A abordagem de espaços reservados à lei, adverte Balaguer Callejón (2017, p. 190/191), “como mero limite aos atos de intervenção do Estado na propriedade e na liberdade dos cidadãos poderia deixar à livre decisão do regulamento da a maior parte da atividade estatal. Por outro lado, acrescenta o autor, que “a extensão excessiva e o entendimento rígido nessa área do instituto de reservas podem dificultar o cumprimento dessa atividade prestacional pelo Estado, para o qual a regulamentação é revelado como um instrumento indispensável”.

4. CONCLUSÃO

Essas transformações, significa dizer, o advento das Constituições normativas, o reconhecimento constitucional do pluralismo social e a consagração dos direitos sociais, fizeram com que a lei perdesse a qualidade de “norma soberana que define a posição das normas não soberanas” (DE OTTO, 1987, p. 138/139). A vontade da maioria não é mais soberana, mas sujeita ao pacto fundamental contido na Constituição, um pacto no qual os direitos mínimos são consagrados e garantidos legalmente a todos os indivíduos, não derogáveis pela vontade da maioria política. A própria ideia de soberania sofreu uma enorme reviravolta ao determinar sua exaustão na Constituição, ou seja, o Poder Legislativo não é mais soberano²⁶, mas poder

²⁶ CALLEJÓN, 2014, p. 91.

constituído, e que, portanto, é limitado pelo pacto fundamental expresso na Constituição.

A unidade social manifestada na lei como expressão da vontade geral era imaginável na sociedade política do século XIX, na qual, devido ao voto censitário, os direitos políticos da cidadania eram reconhecidos apenas em uma trama muito restrita e homogênea da sociedade, a saber, os homens de classe burguesa. O conflito político não era sentido na legislação, pois era apenas para a burguesia o direito de participar da criação do direito legislativo.

No século XX, após a conquista do direito ao voto universal, os conflitos políticos passaram para o campo jurídico, demonstrando, desde então, a diversidade e complexidade da sociedade, formada por pessoas das mais diversas nuances religiosas, culturais, sociais e políticas.²⁷

A participação de toda a sociedade no processo político tornou o conteúdo das leis muito mais fragmentado, o que, ao final, levou à necessidade do uso de outros instrumentos para garantir a racionalidade interna do ordenamento jurídico.

Por outro lado, dada a complexidade e velocidade da mudança das relações sociais contemporâneas, não é possível monopolizar a lei na produção do direito (monopólio, da mesma forma, que nunca existiu, mesmo no período das grandes codificações do século XIX). Portanto, o surgimento de outras fontes de regulação, algumas delas até não estatais.

Como resultado de todas essas mudanças, o conceito de direito que herdamos não é mais adequado para “a compreensão, interpretação e aplicação” de nossa lei (LLORENTE, 1983, p. 417). No entanto, concordamos com García de Enterría (2000, p. 54) quando ele diz que: “Por mais que a crise do Direito nas sociedades de hoje seja destacada, tal crise não destrona de maneira alguma a lei (no escopo da Constituição, é claro, que não é apenas a lei superior) daquele lugar central e insubstituível”.

A lei não é mais a expressão de uma vontade soberana, e então seu valor, posição ou força não são mais qualidades de sua própria natureza, mas determinadas pela

²⁷ Jeremy Waldron, em seu trabalho “Law and discordment” (1999, p. 1), destaca o desacordo de opiniões na sociedade contemporânea: “We disagree about what we owe each other in the way of tolerance, forbearance, respect, co-operation, and mutual aid. Liberals disagree with conservatives; socialists disagree with market economists; the party of freedom disagrees with the party of community and both disagree with the party of equality; feminists disagree with those who want the government to stand up for ‘family values’; last-ditch defenders of the welfare state disagree with triumphant opponents of taxation; and pragmatists and utilitarians disagree with those who think the task of law is to vindicate the claims or order, retribution, and desert”.

Constituição, essa sim expressão de vontade soberana subjacente ao sistema jurídico-político.²⁸

Como demonstrado, os sistemas político-legais liberais dos séculos XVIII e XIX levantaram um conceito muito peculiar de legalidade administrativa, baseado em: a) na crença de que a aplicação do método apropriado garantiria a racionalidade de qualquer processo, inclusive o processo legislativo; b) o processo parlamentar foi o método adequado e suficiente para garantir a racionalidade do conteúdo das leis; c) a racionalidade do processo legislativo garantiria a justiça das leis; d) a racionalidade do processo legislativo garantiria a coerência do sistema jurídico; e) a justiça e a coerência das leis garantiriam, finalmente, a estabilidade da ordem social.

Obviamente, a realidade social foi responsável por ensinar a inadequação dessa concepção de legalidade. Ou seja, o sistema jurídico proposto pelo liberalismo do século XIX era, desde sua origem, um projeto de efeitos limitados e, portanto, sustentado com relativo sucesso por um curto período, antes de ser implodido pelas revoluções e movimentos sociais que explodiram a partir de meados do século XIX.

O princípio da legalidade, no entanto, não se esgota na concepção do pensamento liberal do século XIX. Além das características adicionadas nesse período, o princípio da legalidade expressa um conceito mais amplo de justiça na forma de organização social, baseada, brevemente, nos seguintes valores: a) positividade do direito; b) publicidade das atuais regras de conduta; c) aplicação não retroativa de normas legais; d) previsibilidade das consequências legais decorrentes dos comportamentos adotados por cada um; e) igualdade de tratamento entre os indivíduos; f) possibilidade de participação do cidadão na determinação das normas legais vigentes; g) garantia de audiência prévia dos destinatários das normas; h) separação das funções de editar e executar normas legais; i) apresentação da atividade executiva do Estado para os fins definidos pela sociedade.

Esses valores só podem ser realizados em grau satisfatório se a lei reconhecer a posição central na ordem jurídica, em detrimento de outras fontes de criação da lei

²⁸ Nas palavras de Juan Francisco Sánchez Barrilao (2015, p. 54/55): “(...) é possível considerar o próprio regime como a atitude ou capacidade jurídica da lei em relação à produção de normas e dentro sistema de fontes; isto é, o conjunto de potencialidades jurídicas que a lei tem como fonte do direito em relação a todo o ordenamento e sistema jurídicos e que é implantada por ocasião das normas produzidas por ele. Um conjunto de potencialidades que, longe de virem agora determinadas pela própria lei, resultam da estrutura ordinária total de acordo com suas relações dialéticas e pré-configuradas pela Constituição como fonte suprema e fundadora do sistema de fontes; ou o que é o mesmo, um potencial jurídico, o da lei, constitucionalmente delimitado e, portanto, indisponível somente por ele”.

(costumes, jurisprudência, princípios gerais de direito etc.) que, pelo contrário, não possuem as características necessárias para garantir a proteção desses valores.

Em primeiro lugar, a Constituição não se tornou a fonte na qual a solução de todos os problemas jurídicos deve ser buscada, nem esgota o campo da regulamentação social, impedindo futuras opções do legislador. Por definição, uma constituição deve ser limitada à organização do estado e aos direitos e garantias fundamentais. Embora a promulgação de Constituições que excedam (e muito) esses limites (a Constituição Brasileira, por exemplo) seja cada vez mais comum, a Constituição sempre estabelece uma definição muito básica e limitada de todas as questões sociais.

A tentativa de encontrar na Constituição a regulamentação de todas as questões sem margens ou com margens cada vez mais reduzidas para o legislador é um erro, pois a “Constituição é um momento do pacto social, mas também um momento muito limitado, e o pacto social só pode ser uma realidade atuante na medida em que se atualiza mediante a legislação” (HIERRO, 1996, p. 306).

A jurisprudência não é um mecanismo satisfatório de controle do Poder Executivo para o direito, principalmente porque, segundo Francisco Laporta, por meio de decisões judiciais “nunca podemos adivinhar antecipadamente quais são os limites do poder ou se um ato específico do mesmo foi ultrapassado ”(2007, p. 164). Além disso, as decisões judiciais não admitem a participação da sociedade em sua construção, os juízes não são eleitos representantes dos cidadãos, eles não expressam um julgamento sobre toda a realidade, mas sobre os fatos apresentados no julgamento, eles não ditam regras gerais de conduta, mas soluções para conflitos específicos entre sujeitos delimitados; entre outras razões, que tornam desaconselhável a jurisprudência ocupar a posição central no sistema de origem de um sistema jurídico.

Da mesma forma, os meios de controle da ação administrativa devem estar contidos em estruturas externas ao Poder Executivo, que devem estar contidas em outro poder, autônomo, que exclui a possibilidade de concessão aos regulamentos e demais atos normativos editados pelo Poder Executivo o poder de exercer principalmente a regulação e o controle dos atos do próprio Poder Executivo. A capacidade de determinar seus próprios limites de ação não pode ser deixada para os órgãos administrativos.²⁹

²⁹ Esse é, em particular, um dos aspectos mais sensíveis do assunto, devido ao aumento das atribuições legislativas do Poder Executivo nas últimas décadas, o que provocou o deslocamento da função legislativa do Poder Legislativo para o Poder Executivo (DE CABO MARTÍN, 1997, p. 155).

Em resumo, concordamos com Francisco Laporta (2003, p. 256), quando ele afirma que "a alegação de que seu lugar pode ser ocupado por uma constituição, por costumes ou por lei jurisprudencial é ilusória".

Nos sistemas jurídicos contemporâneos, a lei editada pelo Parlamento não tem mais o sentido de expressão da vontade geral (princípio democrático), nos termos originalmente formulados por Locke e Rousseau, da mesma forma que não possui mais a supremacia de que gozava nessa época. Mas, por outro lado, exerce a função central da garantia contra o arbítrio do Estado³⁰, além de permitir a participação de minorias no processo de produção normativa.³¹

Graças à primazia da lei sobre atos administrativos, é garantido que a conduta da Administração Pública não seja arbitrária, uma vez que é limitada por critérios previamente estabelecidos. Graças à generalidade e abstração da lei, a submissão indistinta de todos e a aplicação a todas as situações que subscrevem a norma são garantidas. A lei também garante o exercício da liberdade humana, definindo previamente os comportamentos aprovados ou reprovados pelo sistema jurídico e as respectivas consequências decorrentes do cumprimento ou não-cumprimento.

Além disso, o processo parlamentar é a fonte mais democrática da lei, pois permite a participação potencial de todos os cidadãos no processo de elaboração de leis. Torna possível, o que é mais importante, que as minorias denunciem previamente qualquer abuso ou inadequação da regra em votação.

Embora todos esses atributos da lei não sejam suficientes para garantir a razoabilidade das normas legais, pelo menos permitem a participação democrática na criação da lei e diminuem as possibilidades de abusos e ofensas aos direitos fundamentais, especialmente os das minorias.

O princípio da legalidade, portanto, representa um dos pilares essenciais da proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Embora seja verdade que a formulação clássica do princípio não pode mais ser admitida como expressão de uma "vontade geral do povo" abstrata, não é necessário, por outro lado, abdicar da função que o princípio exerce de proteção e garantia das minorias e do indivíduo perante o arbítrio estatal.

³⁰ FERRAJOLI, 1998, p. 870.

³¹ CALLEJÓN, 2014, p. 127.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Barrilao, J. F. S. (2015). *De la ley al reglamento delegado: deslegalización, acto delegado y transformaciones del sistema de fuentes*. Aranzadi Editorial, Pamplona.
- Bodin, J. (1997). *Los seis libros de la República*. Tecnos, Madrid.
- Callejón, F. B. (2014). *La proyección de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F.
- _____, Villar, G. C., Aguilar, J. F. L., Callejón, M. L. B., & Martos, J. A. M. (2017). *Manual de derecho constitucional. Volumen I*. Tecnos.
- Celotto, A., & Conte, E. (2007). La Legge: dalle origini alla crisi. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, 10(1), 125-142.
- Coscolluela Montaner, L. (2010). El principio de legalidad como vertebrador del estado de derecho: su lenta y accidentada institucionalización en España.
- De Cabo Martín, C. (1997). *Contra el consenso: estudios sobre el Estado constitucional y el constitucionalismo del Estado social* (Vol. 185). Unam.
- _____. (2000). *Sobre el concepto de ley*. Trotta, Madrid.
- de Enterría, E. G. (1962). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*. *Revista de administración pública*, (38), 159-208.
- _____, & Menéndez, A. M. (2000). *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*. Civitas.
- de Otto, I. (1987). *Derecho constitucional: sistema de fuentes*. Grupo Planeta (GBS).
- de Secondat Montesquieu, C. L. (1977). *Del espíritu de las leyes*. Porrúa S.A, México D.F.
- Dyzenhaus, D. (1996). *Hermann Heller and the legitimacy of legality*. *Oxford J. Legal Stud.*, 16, 641.
- Falcón, M. J. (2018). *Equidad, derecho y justicia*. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces SA.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trotta, Buenos Aires.
- García, J. A. (1983). *Liberalismo alemán del siglo XIX: Robert von Mohl*. *Revista de estudios políticos*, (33), 123-146.
- Heller, H. (1968). *Teoria do Estado*. Editora Mestre Jou, São Paulo.

- _____. (1985). Estado de derecho o dictadura. Id., *Escritos políticos*, Alianza Universidad, Madrid.
- Heun, W. (2000). *El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX*. Universidad de Oviedo, Editorial fundamentos cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional, nº 2.
- Hierro, L. L. (1996). El imperio de la ley y la crisis de la ley.
- Jesch, D. (1978). *Ley y Administración: estudio de la evolución del principio de legalidad*. Instituto de Estudios Administrativos.
- Kant, I. (2005). *La metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid.
- Laband, P. (1979). *Derecho presupuestario*. Instituto de Estudios Fiscales.
- Lanchester, F. (2009). *Le costituzioni tedesche da Francoforte a Bonn: introduzione e testi*. Giuffrè Editore, Milano.
- Laporta, F. J. (2003). La reinención de la ley. *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, nº. 8, Madrid.
- _____. (2007). *Imperio de la ley: una visión actual*. Trotta, Madrid.
- Locke, J. (2010). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Tecnos, Madrid.
- Llorente, F. R. (1983). *Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley*. *Revista de administración pública*, (100), 417-432.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución*. Ariel, Barcelona.
- Martín, S. (2011). *Los fundamentos sociales, políticos y jurídicos del soziale Rechtsstaat: Una relectura de Hermann Heller (1891-1933)*. *Res publica*, 25, 151-175.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general. Tomo VII*. Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- Perju, V. (2012). *Constitutional transplants, borrowing, and migrations*. In *Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, edited by M. Rosenfeld and A. Sajo, 1304-1327. Oxford: Oxford University Press.
- Rousseau, J.J. (2012). *Contrato social*. Austral, Barcelona.
- Salvador, B. C. (1993). *"Garantie des Droits": Emplazamiento histórico del enunciado constitucional*. *Revista de estudios políticos*, (81), 7-22.
- Sieyes, E. (2003). *¿Que es el Tercer Estado?* Alianza, Madrid.
- y Valiente, F. T. (1996). *Constitución: escritos de introducción histórica*. Marcial Pons, Madrid.

Tocqueville, A. (1996). *El antiguo régimen y la Revolución*. Fondo de Cultura Económica, México D.F.

Waldron, J. (1999). *Law and disagreement*. OUP Oxford.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta, Madrid.

32. ENTRE CILA E CARÍBDIS: UMA ANÁLISE DO DIVÓRCIO ENTRE A DIMENSÃO FORMAL E MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO COMO FATOR DE APROFUNDAMENTO DA CRISE DO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-32>

Hugo César Araújo De Gusmão¹

INTRODUÇÃO

À guisa de introdução, vamos partir de três situações político-normativas complexas.

1. No dia 12 de maio de 2016, o Senado Federal brasileiro, por 55 votos a favor e 22 contra, decidiu instaurar o processo para apuração de crime de responsabilidade supostamente praticado pela Presidente Dilma Roussef, em decorrência de manobras fiscais para disfarçar contas deficitárias durante o ano de 2014. Uma prática comum entre seus antecessores, e levada a cabo em vários Estados da Federação. Com essa decisão, a mandatária viu-se afastada por um prazo que pode se estender por até 180 dias até o julgamento.

Este julgamento, que culminou no impedimento da Presidente, encontra-se previsto na Constituição Federal, nos seus arts. 85 e 86. Todas as etapas foram seguidas dentro dos parâmetros constitucionais. Ainda assim, todo o processo esteve eivado de polêmica, dado que as peculiaridades da dinâmica política brasileira permitiram que a Presidente fosse afastada por um coletivo no qual 60% dos membros se encontravam com pendências na Justiça Comum ou em Tribunais de Contas. Além disso, segundo noticiado na imprensa internacional², dos 513 membros da Câmara dos Deputados, 303 eram investigados por algum crime. Finalmente, pode-se argumentar que a perda de sustentabilidade parlamentar de seu governo gerou uma situação propícia para sustar o resultado das urnas, invertendo a agenda política indiretamente por meio da substituição da Chefe do Executivo, pelo seu Vice. Um político afiliado a um partido mais alinhado com pautas conservadoras.

¹ Professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual da Paraíba

²Notícia disponível no seguinte link: <http://www.bbc.com/portuguese/latimes_impeachment_rm>

O Governo e inclusive a defesa da Presidente da República, feita pelo Advogado Geral da União, assumiu a tese do golpe parlamentar, desconhecendo sua legitimidade e apontando o impeachment como um instrumento para surruiar o poder negado pelas urnas nas eleições de 2014.

2. Em 02 de dezembro de 2009, o Senado Federal brasileiro discutiu, votou e tornou a discutir e votar a Proposta de Emenda nº 12-A/06 à Constituição Federal em apenas uma hora, pretendendo, assim, cumprir o que prescreve o Art. 60, § 2º : –A proposta [de emenda à Constituição] será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. A Casa Legislativa usou o artifício de abrir e encerrar, numa mesma noite, sucessivas sessões deliberativas, atendendo às formalidades constitucionais sem frustrar a pressa na aprovação da PEC, que se transformaria na Emenda Constitucional N. 62, de 2009. Ao analisá-la na ADI N. 4.537/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a prática parlamentar, embora atendendo a letra do texto, contrariava o sentido do Art. 60, a cláusula de reforma, e era, portanto, inconstitucional.

3. Por último, cabe destacar a ADI N. 4.976/DF, através da qual o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da flagrantemente inconstitucional Lei N. 12.663/2012, conhecida como Lei Geral da FIFA. Instado a se pronunciar como último bastião de salvaguarda da Constituição, o STF referendou a validade da norma então impugnada, construindo, por razões políticas, uma das interpretações constitucionais mais vexatórias de sua história.

As três situações têm, em comum, o fato de que o cumprimento formal da Constituição não pacifica o debate em torno da legitimidade que as reveste. Nas três situações, a dimensão formal da letra da Constituição encontra-se divorciada do sentido material do texto. No caso do impeachment, o processo revelou-se menos um instrumento de defesa da Carta Magna do que uma arma para recompor a ocupação do poder. Na célebre votação da admissão da acusação contra a Presidente da República na Câmara dos Deputados, houve invocação das mais variadas justificativas para declarar os votos, mas pouco se fez para se destrinchar as razões que justificavam o recurso a um mecanismo tão traumático quanto o impeachment. No caso da Emenda Constitucional N. 62, de 2009, resta patente a tentativa de seguir as formas constitucionais ignorando se haveria uma inconstitucionalidade de fundo em razão do

drible à legitimidade democrática ao se acelerar as etapas de formação de uma vontade constituinte reformadora. Finalmente, no caso da ADI N. 4.976/DF, o recurso à garantia do controle de constitucionalidade deu azo a que se formalizasse o absurdo de indeferir a impugnação de uma norma flagrantemente inconstitucional. Como se o mero recurso a uma instituição que chancelasse um ato com a formalidade de uma decisão judicial fosse capaz de sanar o estado de violação material da Carta Política.

As três situações apresentam, em comum, o divórcio entre a dimensão material e formal da Constituição, um problema contemporâneo e de grave repercussão para Estados Constitucionais, sobretudo aqueles qualificados como "em desenvolvimento", que apresentam um constitucionalismo tardio e uma dimensão econômica e política tendentes a provocar atritos com a Carta Magna.

Este artigo, intitulado **Entre Cila e Caríbdis: uma análise do divórcio entre a dimensão formal e material da Constituição como fator de aprofundamento da crise do constitucionalismo brasileiro**, tem como objeto as garantias de estabilidade e fundamentos da resiliência constitucional. A problematização que o norteia pode ser resumida através da seguinte pergunta: as expressões formal e material da Constituição podem se divorciar tanto ao ponto desta ser violada ao tempo em que é cumprida por meio da aplicação da letra fria do texto, sendo seguida formalmente, porém num rumo que materialmente a desfigura? Esta pergunta problematizante permite a imediata formulação da seguinte hipótese de trabalho: O distanciamento entre a dimensão formal e material da Constituição debilita sua força normativa, favorecendo, sobretudo em contextos políticos de anormalidade institucional, o advento de situações nas quais, a despeito de ser estritamente seguida do ponto de vista formal, sua identidade material seja irremediavelmente desfigurada. Neste sentido, somente o enraizamento da vontade de Constituição no plano social e no processo político pode efetivamente garantir a plenitude de suas prescrições.

2. SOBRE O CONCEITO DE CONSTITUIÇÃO E A TENSÃO ENTRE FORMA E MATÉRIA NA SUA EXPRESSÃO NORMATIVA

Ao contrário do que possa parecer, o conceito de Constituição é algo difícil de estabelecer. É certo que inicialmente pode-se tentar delimitá-lo, sem mais, como o

documento escrito resultante do exercício do Poder Constituinte Originário. No entanto, uma grande parte da doutrina, no âmbito da Teoria da Constituição ressalta que a dimensão material responde determinantemente pela sua eficácia e seu enraizamento num determinado corpo político. Ao se abordar o conceito de Constituição, faz-se mister compreender que premissas científicas dificilmente comandam os esforços por estabelecê-lo.

Por esta razão, Manuel García Pelayo (1953, p. 46) lista dois tipos de razões para o caráter polêmico do conceito de Constituição. As primeiras sendo as razões de índole subjetiva, decorrentes do fato de que, referindo-se à substância da existência política de um povo o conceito de Constituição acaba se tornando um instrumento para o embate ideológico (PELAYO, 1953, p. 47). As razões para sua construção não são, portanto, científicas. Por outro lado, refere-se também às razões de índole objetiva, referentes ao fato da Constituição formar um nexos entre diversas esferas da vida humana objetivada, ou seja, o fato de que ao elaborá-la, durante o processo constituinte, concorrem concomitantemente inúmeros segmentos sociais de forma plural (PELAYO, 1953, p. 58).

Seja como for, ao tratar do conceito de Constituição não é possível escapar a uma bifurcação doutrinária que pode levar, por um lado, à ênfase sobre a dimensão formal, e por outro, à ênfase sobre a dimensão material. Isoladamente, os esforços para manter o conceito adstrito a uma das dimensões, desconsiderando a outra, acaba por gerar anomalias como a possibilidade de existência de normas constitucionais fora do texto da Carta Magna, ou mesmo a possibilidade de existência de normas constitucionais não constitucionais, por não dizerem respeito a nenhum aspecto essencial da organização política ou da salvaguarda de direitos. Sendo constitucionais apenas do ponto de vista formal.

Ao tratarmos do fundamento da Constituição, o enraizamento na dimensão formal ou material mostra sua relevância. Hans Kelsen, enquanto expoente da conceituação em sentido formal, faz uso de duas definições. A primeira delas seria a da Constituição em sentido jurídico-positivo (KELSEN, 1995, p. 295). Tratar-se-ia da Constituição escrita e formalizada através de uma promulgação na qual culmine os trabalhos de uma Assembleia ou Convenção constituintes. Para ele, no entanto, é necessário ir mais longe. Por esta razão, refere-se ao conceito de Constituição em sentido lógico-jurídico, identificando-o com a Norma Fundamental, hipotética,

pressuposta e apresentando-se como fundamento de validade de todo o ordenamento (KELSEN, 1995, p. 296).

O esforço de Kelsen ao estabelecer o conceito de Constituição em sentido lógico jurídico foi o de submeter o poder político ao império do Direito, dado que, se era ela pressuposta, qualquer emanção política potencialmente geradora de normas jurídicas teria como fundamento uma norma que lhe dava fundamento e além da qual não poderia ir, sob pena de fazer ruir o sistema jurídico por inteiro.

O contraponto a Kelsen é feito por Carl Schmitt, para quem, de um ponto de vista material, a Constituição se apresenta como uma decisão política fundamental e de conjunto sobre o modo e a forma do Estado (SCHMITT, 2001, p. 46). Sendo assim, a Constituição antecederia logicamente qualquer expressão escrita de seu conteúdo. Mais que isso, diria respeito apenas àquelas decisões essenciais para a existência política de uma sociedade. Por esta razão, a matéria acaba sendo a premissa norteadora, posto que só se pode definir o que é uma decisão fundamental, sabendo-se o seu conteúdo. E se a decisão de conjunto define-se pelos temas e antecede o próprio exercício de um poder constituinte, a matéria da Constituição pesará mais que a forma (SCHMITT, 2001, p. 48).

Por outro lado, as graves consequências do descompasso entre a dimensão formal e material e os dilemas dele decorrentes serão objeto de preocupação de outros autores, cujas argumentações acabam se complementando mutuamente: Ferdinand Lassale e Konrad Hesse. Ambos representaram, a despeito de terem vivido em séculos distintos, um passo adiante na Teoria da Constituição, posto que, embora Kelsen e Schmitt tenham sido pensadores de extremos, e se, por um lado, a ênfase na forma dada por aquele tinha como preocupação de fundo a sujeição do poder político, não foi sua preocupação o descompasso entre a Constituição real e a Constituição escrita, ou o que deveria ser feito para minimizar este divórcio.

Abordando esta temática, Lassale lança mão do conceito de fatores reais do poder, uma força que faz das coisas aquilo que elas são sem que possam ser diferentes (LASSALE, 2001, p. 67). A Constituição não seria mais que o somatório destes fatores reais do poder. Oposta a ela, a Constituição escrita tende a sucumbir, por lhe faltar obediência da parte dos seus destinatários (LASSALE, 2001, p. 70). Os fatores reais do poder minariam, pouco a pouco, a eficácia da Constituição escrita, à qual Lassale

denomina "folha de papel". Neste sentido, a única possibilidade de permanência de sua eficácia seria a consonância com a Constituição real.

Este posicionamento não encontra eco no pensamento de Konrad Hesse. Isto porque, o doutrinador alemão não aceita que a Constituição esteja sujeita a uma perspectiva tão fatalista. Em seu conceito de Constituição, ao defini-la como a ordem jurídica fundamental da Comunidade (HESSE, 1983, p. 78), Hesse destaca a necessidade de que a Constituição tenha sua observação assegurada e seja aceita pela sociedade à qual ela se destina. Não bastaria, portanto, que a ordem jurídica fosse criada, declarada vinculante ou mesmo concretizada se não tivesse sua observação assegurada (HESSE, 1983, p. 95). Ou seja, sequer é imprescindível que uma Constituição exista se não houver algum tipo de sustentação social que ampare sua eficácia.

Mais adiante, desdobrando este conceito, Hesse lança mão da ideia de vontade de Constituição enquanto elemento medular de sua força normativa. A vontade de Constituição seria a disposição para cumpri-la, mesmo que isto importasse alguma renúncia em matéria do poder político (HESSE, 1983, p. 110). Razão pela qual ele a opõe à vontade de poder.

O posicionamento de Hesse é um passo adiante em relação ao que propôs Lassale, dado que aquele não aceita que haja uma oposição existencial fatal entre a Constituição real e a Constituição escrita. Na verdade, ele reconhece a existência destas duas dimensões. Ressalta que a Constituição escrita tem uma função estabilizadora e de racionalização do sistema jurídico (HESSE, 1983, p. 111). E que mesmo que amplas partes de seu texto careçam de eficácia imediata num determinado momento, cumprem uma função performativa. Neste sentido, estando conformado na Constituição o equilíbrio entre o que se é e o que se deseja ser, não se poderia pretender, como propunha Lassale, que nela só se reproduzisse os elementos determinantes do poder, sob pena de não haver qualquer avanço. A Constituição é, em parte, um retrato da sociedade. Porém, também expressa anseios para o futuro de uma sociedade. Neste sentido, deve também projetar normas para o futuro.

Elementos doutrinários como fatores reais do poder, norma fundamental, decisão de conjunto sobre modo e forma da unidade política e vontade de Constituição aliada à sua força normativa não surgiram ao acaso. Derivam do fato de que a doutrina

vislumbrou, ao longo da história do constitucionalismo, que as normas escritas formalmente postas não são suficientes para dar sustentação à Constituição.

Se é certo que são relevantes dada a estabilidade que conferem, é também certo que em muitas situações os dilemas políticos que se apresentam podem se alimentar de sua insuficiência fomentando o afastamento da essência da Constituição mesmo, e sobretudo, ao tempo em que se aferram ao texto.

Forma e matéria são facetas de uma mesma moeda no que tange à normatividade da Constituição. Isto porque, enquanto documento que estabelece um norte político para uma sociedade, e que resulta de uma ruptura com um modelo político prévio, o momento de feitura da Carta Política de uma sociedade é, por definição, efêmero. A pressa e a necessidade de compatibilizar uma pluralidade de segmentos durante o processamento constituinte faz com que o resultado dele, a Constituição, tenha um texto por vezes vago, incompleto, ambíguo, impreciso de forma geral. Daí que a dimensão material ofereça o complemento que proporciona acabamento ao edifício constitucional.

Ao surgirem as graves crises políticas, inevitavelmente podem ocorrer embates entre um modelo de interpretação sistemática, que apele à matéria, e um literal, que esteja adstrito à forma. As crises podem se alimentar deste descompasso. Por esta razão é importante analisar como a consonância entre ambas as dimensões desempenha um papel relevante para o reforço da força normativa da Constituição. E também como, em períodos de anormalidade é especialmente relevante não divorciar uma da outra.

Cila e Caríbdis eram dois monstros que habitavam o estreito de Messina, que separa a Sicília da Itália continental. Para os marinheiros que nele se aventuravam os dois monstros representavam desafios perigosos, quase intransponíveis. Tão marcante se tornou esta representação mitológica que, desde então, estar entre Cila e Caríbdis significa encontrar-se num dilema insolúvel. Neste sentido, utiliza-se aqui esta metáfora para ilustrar o problema ora enfrentado: será o de aplicar cegamente o texto constitucional em detrimento da matéria, ou privilegiando esta em detrimento da forma, um dilema de igual magnitude para o constitucionalismo brasileiro contemporâneo?

3. A NORMA CONSTITUCIONAL E SEUS DESAFIOS ESTRUTURAIS

A busca pela compreensão do significado da norma constitucional, de suas qualidades normativas e dos tipos existentes desta têm importância fundamental, tendo em vista que estas são capazes de nos conduzir à compreensão exata da essência de uma determinada Constituição. Ademais, a partir do momento em que se pretende verificar a natureza e a eficácia das normas constitucionais, torna-se possível verificar também o seu alcance e a sua validade no ordenamento jurídico vigente.

Entende-se por validade constitucional, que se encontra intimamente ligada a eficácia constitucional, a situação na qual uma disposição normativa encontra-se em conformidade com as prescrições constitucionais. Assim, uma norma é considerada válida quando respeita um comando superior, isto é, o preceito constitucional.

A eficácia, por sua vez, vem a ser a qualidade de um texto normativo vigente que revela sua capacidade de produzir, na coletividade, efeitos jurídicos concretos. Além de sua condição técnica de aplicação e a observância por parte das pessoas a quem se dirige. A norma eficaz deve se adequar à realidade social por ela disciplinada e aos valores vigentes na sociedade. Depreende-se, assim, que o alcance da norma encontra-se também ligado à sua eficácia.

Dentro destes conceitos, seria relativamente simples verificar quando uma norma ou ato jurídico se encontra ou não em conformidade com a Constituição de 1988. No entanto, outros elementos dificultam esta compreensão direta, e, dentre eles, estão as contemporâneas situações políticas de anormalidade institucional, que colocam em choque as dimensões formal e material da Carta Magna

Isto posto, enxergar que a norma constitucional vai além daquilo que se encontra na Constituição escrita, assim como explica Ferdinand Lassalle, é de fundamental relevância. Faz-se mister visualizar a sua função diante de todo o ordenamento jurídico, em todas as dimensões (formal e material), pois, deste modo, reduz-se a possibilidade de violação da Constituição.

Ademais, é imperativo entender que pelo alcance da norma constitucional, pode-se mensurar a concretização de direitos. E isto pode ocorrer a partir da interpretação da própria norma escrita (hermenêutica), ou daquelas que se encontram materialmente delimitadas na Constituição. A partir desta interpretação, como um procedimento lógico, torna-se possível chegar ao significado, conteúdo e alcance

destas normas, sendo imprescindível realizá-la até mesmo naquelas aparentemente claras.

Percebemos, então que é um conjunto de fatores aquilo que forma uma Constituição. Deve-se, primeiramente, interpretar as suas normas, para que, assim, as mesmas sejam aplicadas de forma válida e torne-se possível aferir sua eficácia no ordenamento jurídico e na sociedade. Em segundo lugar, a realidade política de uma sociedade se apresenta como uma importante variável no processo de concretização da Constituição ou de sonegação de sua amplitude, já que neste âmbito transitam muitas “vontades” que podem se opor à vontade da Constituição. Há que se considerar, ademais a própria abertura hermenêutica propiciada pela natureza ambígua e vaga de muitos dispositivos constitucionais, que contribuem para que, dentro do espectro ideológico, dê-se uma ou outra conformação a seu significado.

Segundo Sgarbi (2007a), por “ambíguo”, entende-se o texto que apresenta muitos sentidos, com o que há dúvida a respeito do significado da norma. Embora a ambiguidade seja algo inerente à linguagem, é possível identificar textos normativos dotados de ambiguidades consideradas “severas” passíveis de promover uma maior instabilidade e imprevisibilidade. Por seu turno, o termo “vago”, designa o texto que apresenta resposta duvidosa para a pergunta “a que coisa se refere”. A vagueza é resultante do fato de não se poder precisar características que conformam o significado de uma palavra. Dessa forma, pode-se dizer que o texto constitucional pode apresentar três “situações”: (I) certeza positiva da aplicação; (II) certeza negativa da aplicação e (III) zona de penumbra, que se deve à presença de termo vagos.

Ademais, por coincidência ou não, praticamente a maioria dos casos mais flagrantes de indeterminação de sentido estão presentes nos artigos que instituem comandos programáticos a governantes e legisladores. Cabe, então, questionar se parte das ambiguidades e vaguezas na norma constitucional seriam resultantes de aberturas voluntárias e estratégicas no processo político para permitir uma maior negociação, ou até mesmo o adiamento do cumprimento de regras.

Diante, pois, de uma situação de instabilidade política, vê-se o quanto a norma constitucional pode se encontrar vulnerável, pois além da linguagem polissêmica que lhe é peculiar, há também o estado de erosão institucional no qual pode se encontrar a realidade política na qual se manifesta. Um exemplo disto é o cenário político em que o Brasil estava inserido, isto é, o processo de Impeachment da ex-presidente Dilma

Rousseff, no qual juristas defenderam a legitimidade do processo, uma vez seguidas normas constitucionais, em contraponto àqueles que afirmaram que, apesar da observância de todos os trâmites legais, a Constituição fora violada no âmbito material.

Logo, revela-se de grande valia o aprofundamento no estudo das garantias constitucionais, as quais podem colaborar para a permanência desta norma constitucional (validade e eficácia), isto é, o não surgimento de rupturas, diante de todos aqueles problemas já elencados com relação a sua interpretação e aplicação.

4. A NOÇÃO DE GARANTIAS DA CONSTITUIÇÃO E SEUS DESAFIOS

Na construção de um Estado Democrático de Direito, os mecanismos de defesa da Constituição são essenciais para a preservação da norma constitucional, evitando graves violações e possibilitando que sua efetividade se dê de maneira plena. Na verdade, ao longo do amadurecimento de uma Constituição, verifica-se, simultaneamente um refinamento ou uma debilitação de tais mecanismos. Se uma Constituição se consolida, parte significativa desta estabilidade se deve ao papel desempenhado pelas instituições político-jurídicas no exercício de tais garantias. Ao mesmo tempo, a erosão político normativa, perpassa o uso indevido ou o desgaste destas.

Entre tais garantias, o Controle de Constitucionalidade apresenta-se como instrumento essencial de proteção normativa da Carta Política (VALDÉS, 2006, P. 84). Na verdade, a própria ideia de Constituição normativa nasce e se desenvolve com a jurisdição constitucional. Tanto na tradição norte-americana, ao nascer no célebre caso *Marbury vs. Madison*, quanto na tradição europeia, com o influxo doutrinário levado a cabo por autores como Kelsen e Schmitt, consolida-se o controle de constitucionalidade como força motriz que mantém, sob estrita sujeição, às demais normas do ordenamento.

Encontrando seus pressupostos em inúmeros princípios, como o da supremacia da Constituição, o do Estado de Direito, separação dos poderes e em mecanismos técnicos como o de rigidez constitucional e a existência de órgãos de controle, a jurisdição constitucional desdobra um contexto concreto por meio do qual a Carta Política se impõe normativamente no ordenamento (VALDÉS, 2006, p. 153).

Os desafios a tal modalidade de garantia da Constituição, no entanto, são muitos e se avolumam de acordo com o grau de complexidade política da sociedade na qual vige. Assim é que, diante de situações extremas de resistência às diretrizes constitucionais, o controle de constitucionalidade pode se ver desgastado, o que é perceptível em casos como o da resposta jurisdicional às pressões de cunho econômico sobre o processo legislativo e a efetividade de direitos fundamentais no período que antecedeu a Copa do Mundo e as Olimpíadas, ou até no cenário de intensos embates políticos, como no do impeachment da então Presidente Dilma Roussef, fatos estes recentemente vivenciados na história contemporânea brasileira. Restam, assim, patentes falhas do controle de constitucionalidade enquanto instrumento de garantia normativa da Constituição, ao dar vazão a que violações graves ocorressem sem resposta efetiva que barrasse novas transgressões ao ordenamento vigente.

O constituinte atribuiu à garantia constitucional do Controle de Constitucionalidade o poder de preservação formal da Constituição. Destarte, ao conferir a um tribunal constitucional o poder de filtrar as normas segundo o seu próprio entendimento da Lei maior (Art. 102 CF/88), fundou as suas esperanças de continuidade dos princípios constitucionais no juízo deste Tribunal.

No controle de constitucionalidade verifica-se a compatibilidade de uma lei ou ato normativo com a Constituição, isto é, apela-se ao Judiciário, em última instância, para que reconheça a ilegitimidade da norma, dada sua suposta incompatibilidade com a Constituição. A consequência de tal práxis institucional conduz a um ponto crítico em que as atividades legislativa e judicial se tocam. E este é o momento que, se não bem mensurado e avaliado em todas as suas consequências de curto, médio e longo prazo, pode comprometer a harmonia entre os poderes e gerar novos problemas normativos ao invés de sanar aqueles para os quais foi acionado o mecanismo de garantia. Se é verdade que o controle de constitucionalidade vem ao socorro de falhas normativas decorrentes de anomalias do processo legislativo, não é menos verdadeira a afirmação de que sua incidência acentua a anormalidade quando extrapola o âmbito do Poder que o exerce ou não dá resposta adequada quando instado para tanto (CONTINENTINO, 2008, p. 55).

Por outro lado, ao emitir a palavra final sobre a nuvem de incerteza que ameaça a presunção de legitimidade de uma norma, o Supremo Tribunal Federal, quer queira ou não, atua politicamente. O fato é que no âmbito de uma atuação tão acossada por

interesses políticos, como a possibilidade de sediar um dos maiores megaeventos do planeta, ou outros semelhantes em impacto, a Corte pode se ver sujeita a pressões titânicas para se manifestar num sentido ou noutro.

O juiz tem à sua disposição um leque de opções interpretativas da norma constitucional que permitem direcionar a decisão, a rigor, no sentido que queira. O problema passa a ser definir qual o papel e quais os limites que devem exercer os tribunais constitucionais na sociedade quanto à concretização e à interpretação da Constituição (CONTINENTINO, 2008, p 42).

Por outro lado, a garantia da Constituição também se faz pelo viés político, com a reforma constitucional. Nos sistemas que adotam uma expressão escrita para suas constituições, e nos quais se consagra o mecanismo de rigidez constitucional, o fenômeno constituinte culmina com o estabelecimento de uma Constituição formal. Ao consagrá-la como norma suprema no ordenamento e garantir sua estabilidade, dificultando sua modificação e subtraindo-lhe ao alcance do legislador ordinário, engendra-se um mecanismo para perpetuar a ação do Poder Constituinte sobre a Carta Constitucional, não mais através de uma ruptura e sim por meio de uma abertura para a adaptação desta às mudanças sociais que porventura sobrevenham. (BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 169-170). É com base neste contexto e partindo desta tensão entre criação / modificação da Constituição que se subdivide o Poder Constituinte em originário e derivado.

Cabe reconhecer, no entanto, que a divisão estrita entre a manifestação constituinte originária e a derivada muitas vezes revela um caráter nebuloso, já que, se por um lado, muitos sistemas constitucionais viabilizam uma abertura constitucional através da qual se torna possível invocar um poder constituinte originário, por outro, vários fenômenos políticos têm colocado o insulamento clássico do poder constituinte em xeque. Deparamos-nos, por vezes, com sistemas constitucionais ou contextos sociais nos quais se manifesta claramente uma indistinção entre poder constituinte e competência reformadora ou o surgimento de categorias híbridas como o Poder Constituinte Derivado Comunitário (GUSMÃO, 2005, p. 116-117).

Aceitar a dicotomia Poder Constituinte Originário / Poder Constituinte Derivado, no entanto, significa acatar os princípios teóricos que nela estão implicados: a existência de uma manifestação política que dá ensejo a uma nova ordem constitucional, pautada pelo princípio de supremacia da Constituição e garantida pela

rigidez de suas normas, dois elementos que filtrarão qualquer modificação da Carta Magna e a preservarão ante a incidência da legislação ordinária.

O Poder Constituinte Originário rompe com a estrutura anterior, estabelecendo uma nova, enquanto o Poder Constituinte Derivado opera reformas no texto que foi fruto da instauração constitucional. Estas reformas não são meros câmbios legislativos, são alterações que incidem sobre o conteúdo e a forma designada originariamente pelo Poder Constituinte Originário, sendo, portanto, um exercício constituído, derivado, não soberano. (OTTO, 1991, p. 63).

A Constituição representa uma forma de normação social do presente que, ao mesmo tempo, está projetada para o futuro. O mecanismo de reforma constitucional traduz esta condição intrínseca às manifestações constituintes. Não obstante, nem todos os fenômenos político-sociais se movem pelos canais formais delimitados pela Constituição. Na verdade, os fenômenos políticos não se tornam mais disciplinados por se manifestarem sob uma ordem constitucional. De modo que, embora a Constituição continue vigente e eficaz, sempre perdurará uma tensão entre sua função reguladora e o desafio imposto pelas forças políticas existentes a suas prescrições. A mutação constitucional, na falta do exercício da reforma constitucional, surge destinada a mitigar esta tensão. Com efeito, ambos os fenômenos devem ser analisados, sempre que possível, simultaneamente (VEGA, p. 180-181).

Jellinek (1991, p. 6) leva ao extremo esta peculiar relação entre norma e realidade, e seu possível descompasso, após reconhecer, baseado numa perspectiva positivista, a relevância das leis fundamentais. Consciente da natureza jurídica da Constituição e argumentando que todo o Direito encontra-se sujeito à mudança, estabelece o conceito de mutação em contraposição ao de reforma da Constituição: – Por reforma de la Constitución entiendo la modificación de los textos constitucionales producida por acciones voluntarias e intencionales. Y por mutación de la Constitución, entiendo la modificación que deja indemne su texto sin cambiarlo formalmente que se produce por hechos que no tienen que ir acompañados por la intención, o consciencia, de tal mutación (JELLINEK, 1991, p. 7).

No entanto, a idéia de que unicamente a inércia ante a necessidade de efetuar a reforma —concretizada, segundo Jellinek, através da ab-rogação, alteração do texto ou substituição das leis constitucionais— poderia despertar um conteúdo subjacente à Constituição escrita não seria certa. Ao contrário, Jellinek afirma que tal conteúdo

poderia perdurar ao se modificar o texto da Constituição ou, inclusive, ao se modificar a Constituição por completo. Atribui esta permanência à existência de um Direito Consuetudinário que continuaria sendo eficaz ainda que estivesse desprovido do amparo de um texto constitucional (JELLINEK, 1991, p. 10).

Por outro lado, baseado num conceito de Constituição em sentido material, e atento aos passos dados por Laband e Jellinek em abordagens anteriores, Hsü Dau-Lin define mutação, sucintamente, como –(...) la incongruencia que existe entre las normas constitucionales por un lado y la realidad constitucional por otro (DAU-LIN, 1998, p. 29). A partir do conceito de Constituição desenvolvido por Smend, Dau-Lin (1998, p. 157) tenta situar a teorização em torno do fenômeno da mutação constitucional num âmbito mais estável que aquele escolhido pelos seus antecessores. Em suma, tenta delimitar este fenômeno como um problema constitucional. Ao longo de sua argumentação demonstra levar em consideração as limitações intrínsecas à Constituição escrita, distanciando-se da idéia de que esta pudesse proporcionar uma regulação completa e minuciosa da dimensão jurídica estatal (DAU-LIN, 1998, p. 158).

Dau-Lin entende que a mutação constitucional se manifesta formal e materialmente, estendendo, assim, à sua conceituação, uma dupla natureza atribuída à Constituição enquanto conjunto de normas positivas e –(...) modo de existencia del Estado, como un sistema significativo, omnicompreensivo, determinante que se mantiene idealmente solo mediante proposiciones indicadoras esquemáticas (DAU-LIN, 1998, p. 169). Para Dau-Lin (1998, p. 171) as duas modalidades de mutação não têm por que ocorrer simultaneamente, sendo possível a manifestação de uma mutação de caráter formal desvinculada da material. Não obstante, podem irromper situações nas quais ambas coincidam, ou nas quais somente se manifeste a mutação em sentido material, surgindo, então, os problemas. Isto por que, enquanto a mutação unicamente formal não significa mais que ampliações permitidas pela Constituição, embora contrárias formalmente a seu texto, a mutação em sentido material poderia trazer à tona uma incompatibilidade com o sistema.

Ante este contexto, Hsü Dau-Lin destaca que uma das conseqüências da diferenciação entre mutações constitucionais em sentido formal e em sentido material — na qual culmina sua argumentação —, é a compreensão de que as mutações surgem como parte do universo político no qual se insere o Estado. Os dois pólos que poderiam conferir um fundamento explicativo a sua indiscriminada incidência seriam, por um

lado, a natureza irresignada deste universo político que dilata ao máximo a regulação constitucional que sobre ele incide; e, por outro, a natureza aberta, ambígua, axiologicamente carregada e, em todo caso, insuficiente, desta regulação. De modo que a incidência das mutações constitucionais não somente teria um caráter complementar e ampliador do sistema constitucional, como provocariam uma mudança de rumo quando sobreviessem em sentido contrário à Constituição e de forma inexorável, impassíveis de serem suprimidas ou impedidas (DAU-LIN, 1998, p. 176).

Em busca de um conceito funcional de mutação constitucional, Konrad Hesse (1983, p. 91), por seu turno, parte daquilo que considera uma opinião generalizada no âmbito doutrinário, amparada, ademais, pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, de que a mutação constitucional –(...) modifica, de la manera que sea el contenido de las normas constitucionales de modo que la norma, conservando el mismo texto, recibe una significación diferente. Hesse chega a um conceito de mutação constitucional, não sem antes rejeitar alguns aspectos tão característicos das abordagens precedentes, ao afirmar que este fenômeno não se encontra submetido a um intervalo definidor que possa caracterizá-lo como tal, e que a polêmica em torno da consciência ou não do processo de câmbio que conduz a uma mutação constitucional não tem maior relevância, dada a improbabilidade da inadvertência ante sua manifestação (HESSE, 1983, p. 92-93). Hesse (1983, p. 94) afirma que, no que tange à mutação constitucional –(...) “lo que cambia no es el contenido de la norma constitucional, en cuya determinación colabora su texto, sino otra cosa. Por tanto, el concepto debiera quedar limitado a modificaciones constitucionales que no ven modificado su texto”.

Sem o estabelecimento de limites precisos a tal fenômeno, segundo Hesse, caberia dar razão às posturas que apontam para uma debilitação da Constituição provocada pela mutação constitucional, posto que nenhuma das perspectivas a partir das quais a mutação constitucional foi analisada logrou mitigar a sensação de que aquilo que se ocultava durante sua manifestação era a intenção de se esquivar dos efeitos da Constituição (HESSE, 1983, p. 105-106). Portanto, a compreensão deste fenômeno deveria pressupor necessariamente sua submissão à força normativa da Constituição.

5. O CONSTITUCIONALISMO NA ENCRUZILHADA NUM CONTEXTO DE TRANSJURIDICIDADE: DO ENTRELAÇAMENTO DAS DIMENSÕES ECONÔMICA, POLÍTICA E JURÍDICA E SEU IMPACTO SOBRE O ÂMBITO MATERIAL DA CONSTITUIÇÃO

A interação entre os universos da economia, da política e do direito não é propriamente um tema estranho nem tampouco recente aos juristas. Sobretudo se levarmos em consideração a impossibilidade de abordagem do direito moderno ignorando o efeito que, sobre sua configuração, tiveram as revoluções do final do século XVIII, fenômenos que assomam a partir da incompatibilidade entre uma sociedade burguesa economicamente ascendente e o contexto político e jurídico do Antigo Regime. Se por um lado, o Estado não podia ser descartado nesse novo contexto, abriam-se portas para a estruturação de uma ordem que, embora o acolhendo enquanto modelo de organização política, ampliasse em favor da burguesia o protagonismo nos processos decisórios e reduzisse a incidência estatal sem comprometer, no entanto, sua eficácia coercitiva. Surge assim, um Estado que, ao tempo que preconiza uma idéia de democracia, institucionaliza o capitalismo através da consagração do direito privado, dotando tal sociedade, ao mesmo tempo, de um aparato de vigilância e violência para garanti-la, legitimando-se, assim, por meio de outro instrumental jurídico, a saber, o direito público (BOBBIO, 1999, p. 14-15).

Neste contexto, a perspectiva positivista predominante por algum tempo, atrelava a manifestação jurídica à dimensão estatal e circunscrevia sua forma à da lei, enquanto fonte primordial do direito. Não duraria muito, no entanto, para que novas pressões sociais forçassem todo o universo político e jurídico da burguesia a uma forte redefinição, no rastro de uma ampla reestruturação do capitalismo, ainda no Século XIX (ZAGREBELSKY, 2007, p. 27). O século seguinte, por seu turno, testemunharia um contexto jurídico que, em sua manifestação, transborda os limites da lei enquanto fonte do Direito, exigindo novas e mais flexíveis formas de veiculação. Neste sentido, o jurista se vê forçado a olhar para fora, por força da incidência de fenômenos de natureza econômica, política, ou mesmo lúdica, que penetram no poroso tecido dos sistemas jurídicos, pressionando decisões em complexas situações já não atendidas em sua plenitude pela lei (ZAGREBELSKY, 2007, p. 96).

Ao mesmo tempo, este fenômeno vem a par não só da consolidação da Constituição enquanto instrumento normativo que encabeça o ordenamento jurídico, mas também do entrelaçamento cada vez mais intenso entre ordens jurídicas originadas em distintos níveis. A interação destes dois fenômenos tem forçado o jurista a reavaliar categorias de uma solidez outrora impenetrável como a do Poder Constituinte, e, no seu rastro, conceitos imprescindíveis para a própria estabilidade dos ordenamentos jurídicos estatais, como o de supremacia da Constituição.

Assim contextualizadas, na atualidade chamam atenção as intensas pressões econômicas que incidem, sobretudo, nos pontos de interseção entre as esferas do jurídico e do político, sendo a democracia um destes, já que seu conceito se abre não só a uma abordagem compreensiva, mas também normativa (CANOTILHO, 2002, p. 287). E esta característica o torna caro ao Direito Público.

Duas problematizações contemporâneas podem ajudar a lançar luz sobre a natureza das pressões econômicas antes mencionadas e, dar um norte às inquietações que permeiam o presente projeto. A primeira delas tem como contexto os desdobramentos político-sociais da crise econômica de 2008 na União Europeia. Este cisne negro (TALEB, 2007, xvii - xix) descortinou definitivamente um quadro que denota dificuldade de alcançar plena harmonia entre os Estados-membros e a União sem comprometer os ideais democráticos, o que, por seu turno, leva a população a retaliar os Poderes Executivos - impotentes em razão da cessão de competências soberanas - na falta de respostas de Bruxelas a suas demandas. Provoca-se assim, repetidamente, a radicalização popular nas urnas, com resultados adversos para os objetivos do bloco europeu e, sobretudo, para a superação da própria crise econômica. Configura-se, por conseguinte, um contexto em que a democracia se revela, a cada dia, mais difícil de conciliar com as exigências da integração à União Europeia (CALLEJÓN, 2007, p. 193, 194). Esta, por outro lado, vê acentuadas as demandas, advindas das sociedades de vários Estados-membros, em prol da constitucionalização e do acolhimento da ideia de um governo “do povo, pelo povo e para o povo” (CALLEJÓN, 2007, p. 195, 196).

De certa forma, o grande dilema que enfrentam os “cidadãos europeus”, no entanto, parece ser o de que a integração, que certamente ainda não tem uma natureza plenamente democrática, representa um caminho sem volta. E envolve muito mais do que aspectos econômicos: preserva a paz como valor superior de convivência. Dilema

este que se aprofunda diante da percepção de que a superação das inconciliáveis diferenças que fizeram as potências europeias se enfrentarem ao longo dos séculos, e levaram o mundo a um grau de destruição na Segunda Guerra Mundial até hoje não superado, foi conquistada, em grande parte, com a neutralização da vontade soberana das massas.

Surgem, a partir destas considerações, importantes questionamentos: se a União Europeia fosse um projeto puramente democrático em vez de essencialmente técnico, já teria se fragmentado? Alcançar o grau de convivência que hoje existe no continente só foi possível à custa da legitimidade democrática? Em outras palavras, para preservar a paz, diversas vezes os governos europeus têm que ignorar a vontade da população? Diante das pressões decorrentes da crise de identidade na qual mergulhou o bloco europeu após 2008, a decisão que se aproxima, sobretudo para os países mediterrâneos, será a de colocar rédeas cada vez mais curtas na vontade popular? Essa opção, na prática, faria com que os governos se esquivassem do risco de deixar decisões dramáticas nas mãos do povo, ainda mais quando isso pudesse representar graves retrocessos?

Por outro lado, em países em desenvolvimento como o Brasil, manifestam-se fenômenos que, embora compartilhando o pano de fundo comum das pressões econômicas sobre o processo democrático num contexto de transjuridicidade, revelam uma faceta distinta. Neste caso, embora haja um reconhecimento explícito do Estado como ordem política democrática e sujeita ao império do direito, inúmeras práticas se distanciam desta concepção puramente formal e colocam em evidência uma patente dificuldade de construir efetivas pontes com uma vontade popular configurada como autêntica fonte de legitimidade da dimensão política da comunidade.

Um caso sintomático, no Brasil, tem sido o do ativo envolvimento do Poder Público na realização de megaeventos esportivos a fim de demonstrar, entre outras coisas, a pujança econômica do Estado. Um envolvimento que se configura como autêntica política de Estado³, sujeita à discricionariedade e ao juízo de conveniência do Poder Executivo, mas também que se confronta com limitações constitucionais. Do

³ Segundo Paulo Roberto de Almeida (2013, s/n), "(...) determinadas políticas, seguidas por um governo específico, num dado momento da trajetória política de um país, podem corresponder à expressão da chamada 'vontade nacional', dado que contém certo número de elementos objetivos que podem entrar na categoria dos sistêmicos ou estruturais, respondendo, portanto, ao que normalmente se designa como política de Estado. Alternativamente, porém, ela pode expressar tão somente a vontade passageira de um governo ocasional, numa conjuntura precisa, geralmente limitada no tempo, da vida política desse mesmo país, o que a coloca na classe das orientações passageiras ou circunstanciais".

ponto de vista institucional, o lastro normativo (Lei 12.663/2012 como da Lei 12.350/2010)⁴ criado para amparar os megaeventos se equilibra numa relação particularmente tensa, pois num dos pólos encontram-se entidades privadas (FIFA e CBF), e do outro, um governo soberano de um Estado Democrático de Direito, que não pode abandonar o primado de interesse público.

Tanto a situação da União Europeia quanto à brasileira denotam pressões que derivam de fenômenos econômicos sobre a textura democrática dos Estados. Mais que isso, em ambos os casos, fica claro que esta pressão se exerce num contexto de entrelaçamento de ordens jurídicas distintas sem um ponto de referência inequívoco. Por um lado, no caso europeu, a relação entre supraestatalidade e Constituição nacional dos Estados-membros é um assunto ainda não resolvido, e motivo para intenso debate interinstitucional entre órgãos jurisdicionais estatais e comunitários sempre que um novo tratado fundacional é assinado, e para um rico leque de posicionamentos teóricos que vão da ideia de pós-soberania (MACCORMICK, 1999, p. 14), passando pela de constitucionalismo multinível (PERNICE, 2002, p. 512), até a da existência de uma Constituição estatal parcial, que incluísse não só a realidade do Estado-membro, mas também a da União (HÄBERLE, 2004, p. 105). Já no caso brasileiro, tem-se a pressão sobre o ordenamento jurídico nacional, exercida por entidades que, ao contrário da União Europeia, sequer têm natureza política. E que a despeito disto, são capazes, por força de imperativos econômicos⁵, de condicionar a seu favor a ordem jurídica de um Estado soberano. O realismo desse fato contrasta com o idealismo dos manuais clássicos de direito internacional ou direito constitucional.

⁴ Esta legislação, em conjunto, garantiu isenção de tributos, custas e despesas processuais à FIFA, impôs à União os efeitos da responsabilidade civil por todo e qualquer dano decorrente de qualquer acidente de segurança relacionado ao evento e suspendeu a defesa do consumidor em período e locais destinados à Copa do Mundo (BONFIM, 2012, p. 250).

⁵ Prova disso é o conjunto de argumentos que proporciona o desfecho do julgamento da constitucionalidade da Lei N. 12.663/2012 (Lei Geral da Copa), no Supremo Tribunal Federal: “Ora, parece-me fora de dúvida que a realização de grandes eventos internacionais esportivos – a exemplo dos sediados, no passado recente, em países desenvolvidos como Itália (1990), Estados Unidos (1994), França (1998), Japão e Coreia do Sul (2002) e Alemanha (2006) –, dotados de inegável potencial de gerar empregos e atrair investimentos, configura um interesse constitucionalmente relevante.”

6. A CRISE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DURAS, A BANALIZAÇÃO DA RUPTURA E O REFORÇO DAS GARANTIAS SUAVES COMO MEIO DE REFORÇAR NORMATIVAMENTE A CONSTITUIÇÃO

Os desafios impostos pelas pressões exercidas sobre a Constituição suscitam, sobretudo no caso brasileiro, um contexto cuja análise a Teoria da Constituição não se encontra preparada inteiramente para fazer, por carecer de instrumental teórico para tanto. Isto porque, numa perspectiva dogmática, é difícil pensar situações que transpondo a fronteira de normatividade da Constituição, possam ainda ser objeto de abordagem do Direito Constitucional. Porém, esta é a situação que parece se apresentar no caso brasileiro, exemplo típico de uma sociedade emergente com relativa densidade democrática, uma Constituição normativa, e na qual operam intensas forças econômicas e políticas.

O conceito de “cicatrização” constitucional vem ao socorro do desafio de tentar compreender o lugar da Constituição nessa dinâmica social contemporânea. Tal ideia deriva do fato de que, assim como uma ferida que se abre num tecido e que, se não compromete o organismo, tende, ainda que com marcas da lesão, a se recompor, também a Constituição, na história recente, parece estar sendo posta de lado em certas situações políticas que se caracterizam por pressões de grande intensidade sobre as instituições públicas responsáveis por sua garantia.

Cabe salientar que, apesar do tecido normativo aparentar retornar a seu estado de normalidade funcional, os impactos sociais, econômicos e os atos normativos fundados nesta violação persistem, como para demonstrar que violações ocorreram no ordenamento e que estas, devem ser evitadas a fim de preservar as diretrizes impostas pela Constituição, as quais devem ser seguidas pela força normativa que esta detém (HESSE, 1992, p. 96). É como se a Carta Magna servisse e fosse inteiramente aplicável sob condições normais, mas que, uma vez configuradas certas circunstâncias, fosse afastada para dar lugar a situações que implicariam na verdade, em autênticas violações de seu conteúdo. E que tais situações se repetissem criando, de fato, uma situação anômala em que uma Constituição, em casos de grave repercussão econômica ou política, não pudesse ser aplicável em toda sua intensidade.

A rigor, configurar-se-ia a banalização da ruptura constitucional sem que se sacrificasse a própria Constituição enquanto instrumento normativo. Quase um

retorno ao status que a mesma ostentava no Século XIX, quando ao se confrontar com as normas jurídicas, a elas se subjugava por não figurar no mundo do direito.

Importa esclarecer que o impacto que catapulta a normatividade da Constituição para a “terra de ninguém” da cicatrização constitucional se precipita com especial dureza sobre as chamadas “garantias duras” da Constituição. Especificamente os mecanismos de controle de constitucionalidade e reforma constitucional, que, previstos no texto da Carta Política, encontram uma rigidez para sua efetivação. Tais garantias, mesmo com fragilidades na sua efetivação, desempenham papel indispensável no que tange a prática constitucional. Porém, se é verdade que o amadurecimento de uma Constituição passa pela consolidação de suas garantias duras, é também verdade que, à medida que o tempo transcorre, a sociedade que se torna cada vez mais complexa passa a carecer de novas perspectivas de participação que aproximem o Direito da população regida por tais normas, de modo que a efetivação da Constituição seja uma via de mão dupla com forte influxo reflexivo.

Neste sentido é que *las Constituciones han de contar, para su perfección, con el fundamento que impele su vida y con la plenitud de motivaciones sociales para transformarse realmente en vida política.*⁶ Diante do exposto, observa-se a necessidade da apropriação das normas constitucionais por parte dos cidadãos que constituem o tecido social como forma de fortalecimento da eficácia da Carta Política, resgatando a noção de sentimento constitucional (LUCAS VERDÚ, 1985, p. 71).

Ao trazer a sociedade para o debate normativo, pretende-se a participação cada vez mais ativa desta como parte não meramente passiva diante dos graves atentados à Constituição que a representa, mas espera-se, dessa forma, que se constitua através dos vários núcleos de aglutinação social consciente, como protagonista da cidadania e da proteção de direitos, uma autêntica barreira contra transgressões que, de outra forma, incidiriam sobre o sistema normativo. Estes mecanismos de proteção, difusos, complexos e compostos de inúmeras fontes das quais emanam interpretação, aceitação e luta pela efetivação da Constituição por parte de uma sociedade aberta formam aquilo que se pode denominar **garantias suaves**,

Nesta linha de pensamento, Peter Häberle define a sociedade aberta como ponto de partida para que as dimensões axiológicas constitucionais, no que toca a

⁶ DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998, p. 10.

direitos individuais e coletivos, sejam respeitados não apenas através das garantias que visam combater as violações em mecanismos relacionados diretamente ao próprio sistema normativo, mas também trazer os cidadãos para a preservação da sua própria soberania através da Constituição (HÄBERLE, 2004, P. 78).

As garantias suaves da Constituição representam ademais, um reforço da materialidade da Constituição. É bem verdade que esta dimensão da realidade constitucional é coberta pelas garantias tradicionais, que chamamos anteriormente de duras. Porém, é certo que não se circunscrevem a esta dimensão unicamente. Em inúmeros aspectos, tais garantias duras se expressam para corrigir problemas formais. Já no âmbito das garantias suaves é o conteúdo da Constituição e seus desdobramentos hermenêuticos que têm que ser assimilados e apropriado pelos cidadãos, de modo que este possa tomar as rédeas de sua posição no contexto político-normativo da sociedade em que vive.

Desta forma, num momento em que falham instituições que por imposição constitucional são pensadas para exercer certos controles, em razão de pressões sociais, as garantias suaves derivadas de processos sociais que, muito embora difusos, não deixam de ser particularmente coercitivos, podem ajudar a reforçar a noção de efetividade constitucional.

Neste sentido, a atuação consciente de defesa da Constituição no âmbito de redes sociais, no da comunicação social e formação da opinião pública, no da educação, ajudam a reforçar a figura do cidadão que, de posse do conhecimento preciso de sua Carta Magna, poderá melhor agir para protegê-la. E neste sentido, talvez seja não no articulado da Carta Política, mas na relação dela com seus destinatários que talvez possamos encontrar um direcionamento seguro para deixarmos para trás uma crise que, globalmente, em maior ou menor intensidade, acomete o constitucionalismo há vários anos.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo período de crise é também um período de oportunidades. Na verdade, as mais significativas conquistas do constitucionalismo são aquelas gestadas no ocaso de grandes rupturas. Talvez isto reflita o simples fato de que a Constituição, como esforço racionalizador coletivo, derive sempre de uma, mais ou menos intensa, ruptura.

As pressões políticas e econômicas que recaem sobre a Constituição provocam uma séria reflexão em torno da capacidade desta para efetivar seu conteúdo emancipatório nas várias sociedades abertas que a adotam. Tais pressões se valem de um divórcio entre a dimensão material e formal da Carta Política para levar a situações limites a chancela normativa que se pretende dela extrair.

Este divórcio dá ensejo a uma circunstância paradoxal na qual a observância à forma não suscita um contexto de legitimidade suficiente para amparar situações políticas. E, portanto, pode-se chegar a um quadro de cumprimento por uma perspectiva formal e violação, sob uma ótica material, ou vice versa.

A complexidade das sociedades contemporâneas e de suas interações, a natureza muitas vezes aberta das normas constitucionais, e a insuficiência e crise das garantias tradicionais de salvaguarda da Constituição contribuem para radicalizar esta situação, colocando em xeque o quadro de estruturação do poder e proteção a direitos consagrados na Carta Magna.

Em certas situações políticas, chega-se ao extremo de normalizar um afastamento da Constituição, restaurando-a em seguida, quando convêm ao poder político, suscitando um fenômeno semelhante à abertura de uma ferida no tecido normativo constitucional, seguido de uma pretendida cicatrização.

Diante da situação descrita, pretende-se que a difusão da proteção da Constituição nos espaços sociais, por meio de garantias suaves, sirva à finalidade de reforçar, por meio da apropriação da Constituição por parte do cidadão, seu conteúdo.

O presente artigo tenta ademais, lançar luz sobre um tema que pode ser transposto para outros âmbitos do direito constitucional, sobretudo aqueles relativos ao alcance das normas definidoras de direitos fundamentais e da fundamentação utilizada para delimitá-lo. Afinal de contas, não é outro senão o problema de conciliar a dimensão formal e material, um daqueles com o qual se defronta o intérprete constitucional quando se depara com decisões do Supremo Tribunal Federal que tomam um trajeto materialmente distinto daquele gravado no texto constitucional. Situação esta que pode ser verificada, a título de exemplo, em jurisprudências relativas à prisão civil por dívidas - reduzidas a uma hipótese, por força do conteúdo do Tratado de San José da Costa Rica -, muito embora o texto constitucional continue a prever duas, à relação entre o princípio de presunção de inocência e o cumprimento da pena ou ao acobertamento constitucional de uniões homoafetivas sob o conceito de família

contido no Art. 226 da Constituição de 1988. Estas situações revelam também que o tema do divórcio entre a dimensão material e formal da Constituição pode se dar num esforço não de escamotear o conteúdo desta, e sim na tentativa de garantir a emancipação social por meio da ampliação de direitos, privilegiando conteúdos que não encontram guarida no texto da Carta Política.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE DO BONFIM, Silvano. Lei Geral da Copa, soberania nacional e Constituição. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, N. 19, Jan. – Jun. 2012, 235-253.

ARAÚJO DE GUSMÃO, Hugo César. Poder Constituinte: uma categoria ainda válida nos nossos dias?. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, v. 6, São Paulo: Escola Superior de Direito Constitucional, 2006.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. **Fuentes del Derecho. I. Principios del Ordenamiento**. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. Fuentes del Derecho, espacios constitucionales y ordenamientos jurídicos. In: **Revista Española de Derecho Constitucional**. Año 23, N.º 69, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Septiembre-Diciembre, 2003.

_____. **Manual de Derecho Constitucional**. Vol. I, 2. Ed., Madrid: Tecnos, 2007.

BLANCO VALDÉS, Roberto L.. **El valor de la Constitución**. Alianza Editorial, 2006.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**. 7 ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CASSEB CONTINENTINO, Marcelo. Revisitando os fundamentos do controle de constitucionalidade: uma crítica prática judicial brasileira. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

DAU-LIN, Hsü. **Mutación de la Constitución**. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1998.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente, 1953.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

HÄBERLE, Peter **¿Tienen España y Europa una Constitución?**. Tradução de Miguel Azpitarte Sánchez. Sevilla: Fundación El Monte, 2004.

HESSE, Konrad. **Escritos de Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

JELLINEK, Georg. **Reforma y mutación de la Constitución**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. Martins Fontes, São Paulo, 1988.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Belo Horizonte: Líder, 2001.

LUCAS VERDÚ, Pablo. **El Sentimiento Constitucional (aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)**. Madrid: Editorial Reus, 1985.

MACCORMICK, Neil. **Questioning Sovereignty**. New York: Oxford University Press, 1999.

NICHOLAS TALEB, Nassim. **The black swan: the impact of the highly improbable**. Random House, New York, 2007.

OTTO, Ignacio de. **Derecho constitucional. Sistema de Fuentes**. Barcelona: Editorial Ariel, S.A. 1987.

PERNICE, Ingolf. Multilevel constitutionalism in the European Union. In: **European Law Review**, Vol. 27, nº 5, Chippenham: Sweet & Maxwell, 2002.

ROBERTO DE ALMEIDA, Paulo. Sobre políticas de governo e políticas de Estado: distinções necessárias. **Instituto Millenium**, 27 de novembro de 2013, disponível em <http://www.imil.org.br/artigos/sobre-politicas-de-governo-e-politicas-de-estado-distincoes-necessarias/>, Data de acesso: 12/05/2014

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Alianza, 2001.

SGARBI, Adrian. **Teoria do Direito – Primeiras Lições**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

VEGA, Pedro de. **La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente**. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Madrid: Editorial Trotta, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil – Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Direitos fundamentais, desenvolvimento e crise do constitucionalismo multinível

Tradução de Gabriele Ana Paula Danielli Schmitz, Doutoranda em Direito, PPGD Unoesc. Universidade de Granada 24.1.2019

33. A CULTURA DOS DIREITOS CULTURAIS



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-33>

Jörg Luther¹

1. Direitos culturais como fragmentos de uma "cultura de culturas"

O que se entende por "cultura" quando se refere a direitos culturais? A resposta é complicada, porque a maioria dos juristas usa o conceito sem intenção ou sem poder defini-lo. As incertezas conceituais que derivam desse costume generalizado colidem com uma norma convencional das ciências jurídicas que exige a busca de conceitos de segurança jurídica. O gato que morde o rabo. Se cada definição é o resultado de uma ideia e cada ideia faz parte de uma cultura e se os costumes ou convenções que a definem fazem parte da cultura de juristas, especialmente acadêmicos, a falta de definição pode ser sentida como uma falta e um déficit de cultura, mas também pode ser explicado como uma auto-referência e circularidade inevitáveis de qualquer raciocínio sobre a cultura. Como as filosofias e histórias da cultura, os discursos dos juristas sobre cultura são apenas parte dela ou, se você preferir, um dos muitos fragmentos que compõem a "cultura das culturas" hoje.

Na busca de um conceito de cultura, as ciências jurídicas, como ciências políticas, econômicas e sociais e humanas, incluindo a antropologia cultural, concentraram-se em diferentes tempos e lugares, em diferentes aspectos: práticas e obras de elevação espiritual do homem em direção à beleza e à bondade, um conjunto de sabedoria, crenças e modos de vida através dos quais um povo ou uma sociedade se distingue dos outros, um sistema institucional parcial da sociedade que produz interpretações estéticas e intelectuais do mundo, um conjunto de discursos e sistemas simbólicos que refletem ideias, pensamentos, paixões, valores e significados [1]. A "cultura" é declinada no plural e não é eterna ou onipresente, porque tem uma história com aspectos estáticos e dinâmicos, uma geografia com mapas que mostram circulações maiores e menores. Ela não possui apenas uma, mas talvez ainda mais

¹ Universidade de Piemonte Orientale.

vidas ou ciclos de vida e é objeto do estudo de uma pluralidade de ciências humanísticas e sociais, jurídicas e políticas, sociológicas e econômicas, fragmentadas por objetos e integradas por teorias e ciências culturais que ainda não são interdisciplinares o suficiente. Teorias e ciências culturais participaram nesta vida em fases da construção moderna, de desconstrução pós-moderna através de conceitos como identidades parciais, híbridos, crioulos, sincretismos, bricolage, etc. e, finalmente, de reconstrução mais ou menos romântica através de redescobertas e novas reconstruções da cultura popular, memória, patrimônio cultural, multi e interculturalidade, etc. [2]

Se as ciências jurídicas são apenas um fragmento da "cultura das culturas", nem mesmo o jurista pode escapar dos contextos histórico e geográfico de seu conhecimento. Perguntar sobre a "cultura dos direitos culturais" significa enfrentar uma questão que também é relevante para o entendimento da cultura jurídica, isto é, para a interpretação das regras que legitimam a pesquisa e os fatos e percepções reais que determinam a identidade cultural das ciências jurídicas. Este não é um tópico novo [3] e não será possível dar uma resposta exaustiva neste ensaio, mas sim observações preliminares que ajudam no desenvolvimento da pesquisa. O que os juristas sabem sobre direitos culturais e como o estudo dos direitos culturais permite compreender melhor essa palavra "cultura"?

Os direitos culturais são apenas parte dos direitos fundamentais, considerados, com ou sem razão, "*uma cindarella fracassada do léxico internacional dos direitos humanos*" [4] e sua parte mais fraca ou "soft", mesmo no momento em que os críticos veriam como a "era dos direitos" desejada por Norberto Bobbio chegou a um fim desconsolado. [5] Sua pluralidade reflete a pluralidade de ideias e teorias sobre cultura apresentadas acima, mas também poderia ser o resultado de uma dialética específica dos próprios direitos fundamentais, dificilmente sintetizável em um único "direito à cultura".

A cultura dos direitos culturais pode significar tanto o conceito quanto o modelo teórico de cultura designado por esses direitos e as práticas adequadas para garanti-los. Antes de tudo, aqui propõe-se prestar atenção especial a alguns estudos de filologia comparada sobre o conceito de cultura, relevantes para a universalidade dos direitos culturais. (§ 2) Em segundo lugar, é oferecida uma reconstrução da "cultura jurídica das culturas" na obra de Peter Häberle, o primeiro a usar ciências culturais no Direito

Constitucional, a fim de avaliar o papel dos direitos culturais no constitucionalismo atual. (§ 3) Em um terceiro passo, tentamos reconstruir sua invenção (§ 4) e os motivos que podem orientar uma interpretação sistemática e evolutiva de suas fontes legais fragmentárias (§ 5). Posteriormente, serão analisados os instrumentos e as garantias legais dessa categoria de direitos, ou seja, o que caracteriza sua cultura jurídica até então percebida como “arte pobre” (§ 6). As conclusões identificarão uma série de desafios para o futuro do Direito e a cultura dos direitos culturais fundamentais (§ 7).

2. A etimologia e a tradução universal incerta da palavra

Merriam-Webster indicaram que “cultura” foi a palavra mais pesquisada do ano de 2014 [6]. No entanto, quantidade nem sempre é qualidade e a situação nem sempre é um indicador de cultura. Para reconstruir seu significado, é necessário retornar à filologia, a ciência cultural, talvez mais próxima da jurisprudência e da história da palavra.

As origens latinas da “cultura animi” (Cícero) e os pseudogriegos da “georgica animi” (Bacon) indicam uma origem “clássica” e européia, também cristã (culto). [7] Os contrastes modernos entre “Kultur” e “Natur” ou “cultura” (em inglês também verbo [8]), “civilização” revelam uma dialética que é projetada tanto no subjetivo, na identidade cultural do homem que se relaciona consigo mesmo e com os demais, quanto ao objetivo, nos bens e serviços produzidos por diferentes instituições. No entanto, os vínculos histórico-filológicos entre “colere” e “colônia” também não devem ser ignorados. Nesse sentido, surge um primeiro problema de natureza crítica sobre a genealogia do termo “cultura”, sobre suas ambigüidades e, em particular, sobre suas conotações biológicas e territoriais e sobre sua potencial função hegemônica. Não existe o risco de a palavra também transmitir - organismos perigosos como racismo, organismo, fundamentalismo, eurocentrismo, ocidentalismo e imperialismo cultural?

Nesse sentido, em auxílio da filologia comparada, observou-se que o conceito não é universal, pois em idiomas não europeus existem traduções que contêm até conceitos múltiplos, enquadrados em contextos ideológicos altamente diversificados [9]. Em japonês, a palavra bunka é escrita com ideogramas chineses 文化, onde 文 significa proposição ou escrita, 化 mudança ou devir. O conjunto originalmente designou uma era do governo imperial, a partir do momento em que Meiji se tornaria

o equivalente à noção alemã e européia. A recepção também é destacada pelas letras para o equivalente a "civilização", que adiciona ao símbolo de escrita um segundo símbolo que significa lúmen 文明. [10] O conceito chinês de wenhua correspondente a 文化 foi recentemente interpretado como o equivalente a "ser humano", carregado com expectativas de harmonia com a natureza exterior e interior. [11] Mesmo na Índia, uma das maneiras de traduzir a cultura é precisamente "sânscrito", outra "Sabhyata" parece significar mais elevação e formação (civilização). [12]

Em árabe, distinguimos entre "Thaqâfa" e "Hadâra", a primeira derivada do verbo "thaqifa" (encontre, agarre, seja capaz, sábio), o segundo do verbo "hadara" (esteja presente, participe, sedentário), ambos os aspectos de "Madaniyya", derivado do substantivo "Madîna" (cidade). [13] A tradução para línguas africanas tornou-se ainda mais difícil desde a pesquisa de Frobenius, em 1898, sobre a origem das culturas africanas negligenciadas. A palavra suaíli "utamaduni" parece derivar do árabe e "kustaarabika", incluindo o árabe no conceito de civilização. [14] Nas línguas bantus do sul, seria feita referência ao conceito de "ubuntu", compaixão humana, incluindo também ancestrais e seu culto.

No contexto do debate sobre universalismo e relativismo dos direitos humanos, essas referências às diferenças filológicas podem ser suficientes para destacar, primeiro, como o próprio conceito de cultura é o artefato de uma linguagem histórica européia que conquistou as linguagens veiculares da globalização. Mesmo as ciências culturais ainda não são capazes de "traduzir" essa palavra para todas as línguas do mundo, nem atualmente é possível prever a produção, por inteligência artificial e algoritmo, de uma linguagem perfeitamente compreensível para toda a humanidade. [15] Embora a palavra não é e não será universal, isso não significa que o efeito Babel seja inevitável e que um ou mais conceitos não possam ser encontrados como traduções mais ou menos equivalentes em todas as línguas e que os europeus não possam aprender com os não europeus.

De qualquer forma, surgirá um problema prático: as traduções da mesma palavra "cultura" servem para proteger ou ameaçar ainda mais os idiomas das minorias, em particular os "idiomas ameaçados" aos quais se dedica o Ano do Línguas indígenas? O Artigo 14 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007 compromete os Estados "em conjunto com os povos indígenas" a garantir seu acesso, mesmo que morem fora de suas próprias comunidades, à educação

em sua própria cultura e em seu próprio idioma. A proteção de idiomas que não conhecem a palavra cultura requer serviços de tradução e mediação e pode envolver custos de comunicação mesmo para culturas que não possuem uma palavra equivalente.

Outros problemas práticos surgem do fato de que a palavra também pode ser usada para fins prescritivos e exortativos, direcionados a ordens e persuasões, especialmente se considerarmos que a cultura é um bem e um valor em si. Essas funções estão sempre sujeitas ao perigo de abuso, principalmente se estiverem ligadas aos ismos e ideologias indicados acima e se refletem bem nas controvérsias sobre o conceito de "Leitkultur", que pode ser traduzido mais como uma cultura (espiritual) orientadora que como uma cultura hegemônica (coercitiva). Sabemos que, em nome da cultura, você pode fazer política e fazer negócios, mas também pode estabelecer limites para ambos e nutrir uma "resiliência" do pluralismo contra a homogeneidade, pelo menos através da memória da diversidade. Além de razões frias, a cultura também é uma palavra de paixão, às vezes mais quente, às vezes mais morna, que não pode ser usada apenas por demagogos e especuladores, mas também pode guiar o desejo de enriquecimento individual, o prazer em desfrutar de formas de vida coletiva e "glória" na ação de órgãos públicos.

No debate entre antropólogos, são principalmente os autores alemães que querem defender o conceito, opondo-se em particular aos autores americanos. [16] Bolten volta às raízes etimológicas para sustentar que o denominador menos comum da cultura em termos de "colere" é o cuidado das relações do homem com o ambiente natural, o ambiente social (in loco), consigo mesmo (imanência) e com as divindades (transcendência). [17] Se se reconhece a polissemia da palavra, a ambiguidade residual deixa de justificar seu abandono, o abuso não impõe a falta de uso. Descartar o conceito significaria perder suas interpretações idealistas e realistas, recompensando o niilismo da desconstrução em escala mundial e renunciando ao seu potencial valor de reconstrução. O abandono da busca pelos significados de "cultura" poderia não apenas ser contraproducente no combate aos ismos diabólicos, mas também ser impossível de fato e de direito, justamente pelo reconhecimento dos direitos culturais como direitos humanos invioláveis.

3. O desenvolvimento gradual de uma “cultura legal de culturas” nas obras de Peter Häberle

A teoria jurídica talvez de uma maior abertura às ciências da cultura se deve às obras de Peter Häberle. Na primeira edição da "doutrina da constituição como ciência da cultura" (1982), ele observou a vergonha e as tentativas da nova "antropologia cultural" de desenhar mapas de aplicação do conceito para encontrar uma síntese. A obra distinguiu um conceito tradicional e elitista de ciências jurídicas, composto pela tríade de instituições de ensino / formação (*Bildung*), ciência e arte, e um conceito mais amplo e aberto: cultura em sentido amplo constituiria o "contexto de todos textos legais". [18] A cultura, em sentido amplo, era uma espécie de denominador médio comum das centenas de definições antropológicas e sociológicas que se referem à história (patrimônio e tradição), normas (e valores), mentalidade (e aprendizado), estruturas processuais e organizacionais ou os bens gerados (materiais, ideais, símbolos), acrescentando imediatamente que esse "quadro material-sistemático" seria apenas parcial e não seria imediatamente utilizável pelo jurista. A síntese jurídica do todo foi realizada por uma tríade de "pontos de orientação" que poderiam ser traduzidos em valores ou princípios jurídicos, uma espécie de "cultura jurídica da cultura": o dever de preservar tradições, a liberdade de inovação transformadora e pluralismo de sujeitos e instituições culturais. [19]

O trabalho preparatório "Do estado da cultura ao Direito Constitucional da Cultura" (1981) mostrou como o conceito mais amplo levou a uma crítica aos clichês tradicionais de "Kulturstaat", utilizado internamente como "Estado que administra a política cultural" e externamente como um mandato para dominar o "estado bárbaro". Häberle abriu a cultura jurídica às idéias de uma "cultura para todos e por todos" de culturas populares, alternativas e "inferiores", não sem uma parcela mínima de críticas à idéia de cultura do ócio da burguesia. [20]

A referência às ciências da cultura não se limitou a refletir o espírito da época, mas a seguir uma tradição particular da ciência constitucional alemã e os vínculos com a *Kulturphilosophie* destacados nas teorias de Radbruch, Heller e Smend.

Häberle não mencionou, mas insistindo no pluralismo criticou implicitamente a tentativa de definir o Bundesverfassungsgericht que em 1959 já havia rejeitado os apelos dos Länder de Baden-Württemberg, Hessen e Niedersachsen (Baixa Saxônia)

contra a nacionalização do patrimônio cultural da Prússia. Nessa decisão, os juízes de Karlsruhe confiavam na imagem de uma constituição material para definir como cultura "o conjunto (*Gesamtheit*) de forças espirituais efetivas dentro de uma comunidade" [21], rejeitando explicitamente a ideia mais liberal de que tais forças devem necessariamente se desenvolver "em formas independentes do Estado, tendo em si o seu próprio valor". [22]

A segunda edição da doutrina haeberliana (1998) também explicou em uma nota o contexto internacional da primeira edição, em particular a segunda Conferência Mundial da UNESCO de 1982, cuja declaração final promoveu uma nova "política cultural que preserva a identidade nacional de cada povo e ajuda a enriquecê-la", apagando os traços do colonialismo e inspirando o trabalho em prol de um estado constitucional cooperativo". [23]

Em seu relatório de 1984 aos advogados públicos de língua alemã sobre o mandato cultural do Estado (*Kulturauftrag*), Udo Steiner distinguiu um amplo conceito sociológico (síntese de modos de vida, posições de valores e modos de dirigir uma sociedade) de um conceito jurídico em sentido estrito, um "conceito de conteúdo convencional para certos campos de atividade espiritual e criativa (educação, ciência, arte, religião) em relações especiais (diferenciadas) com o Estado". Em alguns contextos administrativos, a cultura indicaria inclusive um conjunto de instituições diferentes e residuais de educação, ciência, arte e religião. [24] O conceito delineado por Dieter Grimm - novamente em Bielefeld - caracterizou a cultura desse tipo como um sistema que, diferentemente de outros sistemas, se referia a objetos espirituais que deveriam ser criados ou descobertos, tendo como função a "reprodução ideal da sociedade", isto é, a interpretação do mundo (*Weltdeutung*), a produção de significado (*Sinnstiftung*), o fundamento, a tradição e a crítica de valores", incluindo as chamadas culturas e subculturas opostas". [25]

No debate da época, Walter Leisner confessou com mais ceticismo um conceito global de cultura e Josef Isensee lançou talvez o ataque mais feroz: "*A cultura não distingue e não prejudica ninguém. Todos podem imaginar algo diferente, mas todos pensam em algo agradável. A palavra pode ter significados diferentes, como mostram os relatórios e o debate: abrangente ou setorial, desprezioso ou cheio de pretensões, igualitário ou elitista, sub ou super, estético, político ou social - da cornucópia da palavra flui tudo o que é necessário no momento: "Cultura" não é um*

conceito jurídico. Não é um conceito que se refira à palavra e ao significado, mas uma palavra à qual são atribuídos conceitos heterogêneos." [26] Peter Häberle respondeu que a cultura não pode ser excluída do Direito Constitucional para recuperá-la mais adiante na teoria geral do estado, uma vez que um uso diferenciado do conceito também pode ser feito em trabalhos jurídicos. [27]

A oposição do Isensee teve um significado político preciso, a saber, a rejeição de propostas de emenda à Lei Fundamental que visavam legitimar a ação cultural das autoridades públicas federais seguindo o modelo da Kulturstaatsklausel de Constituição da Baviera (art. 3 construídos 1945). Nesse sentido, o modelo preferível para Isensee parecia ser o da Áustria católica, para cuja Constituição a palavra "cultura" permaneceu estranha. Na segunda edição de 1998, Häberle finalmente optou por uma posição federalista intermediária, propondo integrar essa cláusula apenas na norma que exige a homogeneidade das constituições regionais para otimizar os poderes dos Länder. Essa consequência legal da "concepção aberta de cultura" foi aceita pela Constituição Suíça de 1999, que dedicou uma seção inteira a "educação, pesquisa e cultura", com uma provisão específica de objetivos e competências (art. 69).

Na primeira edição da doutrina de Häberle, a "lei constitucional da cultura" era uma lei objetiva com seu próprio sistema e técnicas de sistematização, mas não podia e não deveria reivindicar "jurificar" toda a cultura. O sistema que podia ser chamado de "cultura legal da cultura" deve permanecer sendo um "fragmento" a ser interpretado à luz de seus próprios contextos culturais. [28] Era composto de cláusulas de "Estado da cultura", objetivos de valor educativo e fórmulas de juramento, catálogos de competências e direitos fundamentais específicos, bem como garantias das festividades, [29] elementos aos quais a segunda edição de 1998 acrescentou cláusulas para a proteção do patrimônio e da identidade cultural, artigos sobre idiomas e princípios do pluralismo cultural e "direitos culturais fundamentais" (*kulturelle Grundrechte*). [30] Nesse sentido, ele citou as constituições latino-americanas do Peru (art. 21 e segs.), Guatemala (art. 57 e segs.) e Brasil (art. 215) como exemplos de novas garantias e aplicação dos artigos 27 da DUDH e 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [31]

Essas garantias constitucionais e internacionais dos direitos culturais fundamentais nos países em desenvolvimento eram novos textos no paradigma do desenvolvimento gradual de textos constitucionais que se somavam aos direitos civis

e políticos da liberdade declarados fundamentais nas constituições europeias do século XX, integrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e na Carta Social Europeia, um direito constitucional europeu comum à busca de princípios e *normas comuns* nos domínios da liberdade de religião, arte e ciência, direitos educacionais dos pais, etc. Ele não questionou seu conteúdo essencial (1962), mas aplicou a teoria da dupla dimensão, subjetiva e objetiva-institucional, combinando "liberdades culturais" com as reivindicações de benefícios do Estado social (1971).

Essas garantias constitucionais e internacionais dos direitos culturais fundamentais nos países em desenvolvimento eram novos textos no paradigma do desenvolvimento gradual de textos constitucionais que se somavam aos direitos civis e políticos da liberdade declarados fundamentais nas constituições europeias do século XX, integrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos e na Carta Social Europeia, um direito constitucional europeu comum à busca de princípios e normas comuns nos campos da liberdade de religião, arte e ciência, direitos educacionais dos pais, etc. Ele não questionou seu conteúdo essencial (1962), mas aplicou a teoria da dupla dimensão, subjetiva e objetivo-institucional, combinando "liberdades culturais" com as reivindicações de benefícios próprios do Estado social (1971).

A doutrina "culturalista" foi aplicada por seu autor, acima de tudo, à análise da Constituição Cultural da Europa (1983) [32], enquanto o contexto cultural dos direitos fundamentais se aprofundou sobretudo na dimensão do "tempo" (1983). Seguiram outros estudos comparativos e universais sobre políticas (e direitos) de família (1984), sobre os conteúdos culturais do direito à dignidade humana (1988), sobre problemas linguísticos (e os direitos correspondentes) (1990), sobre liberdade of art (1992), sobre esporte (1993) e, finalmente, sobre um "possível" (- meta) "direito à cultura" sintético (*Recht auf Kultur*) [33], com conteúdos diferenciados por dimensões e áreas institucionais (1994).

Posteriormente, os estudos haerberlianos se centraram em alguns problemas cruciais da cultura do ponto de vista do Direito Constitucional, começando pelos relacionados ao fundamentalismo e à verdade (1995). No trabalho sobre a proteção da propriedade cultural, a cultura foi apresentada como um quarto elemento transformador do Estado constitucional na comunidade mundial da humanidade unida pelos direitos humanos, mas o patrimônio cultural nacional e internacional "produzido" pelo exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres culturais

fundamentais parece não ser capaz de unir as diferentes gerações e categorias de direitos (1996). [34] O trabalho sobre as relações entre o Estado e a Igreja na Europa acentuou as dimensões coletivas e corporativas da liberdade religiosa (2000). [35]

Uma coleção de ensaios traduzidos para o italiano em 2003 foi intitulada "a cultura dos direitos e os direitos da cultura", mas na dialética entre a cultura legal dos direitos fundamentais e a autonomia das instituições culturais, os direitos culturais permanecem apenas em segundo plano. [36] Diante das reivindicações de um "direito à identidade cultural", ele insiste mais na natureza fragmentária dos discursos jurídicos sobre identidades coletivas e em questões de referência específicas (*Bezugsfragen*) delas (2005). [37] Em trabalhos recentes sobre hinos nacionais (2006), bandeiras (2007), bens culturais comemorativos (2011), aspectos institucionais prevalecem. Na elaboração de uma doutrina universal da constituição do "Estado Constitucional Cooperativo" (2013), a "culturalidade" das liberdades que têm cultura por objeto e tarefa, mas também na necessária integração entre o "*status mundialis hominis*" "os direitos de cidadania do" *status civilis vel culturalis* " nos direitos fundamentais. [38] Finalmente, um dever fundamental de paz também deve estar associado a esses direitos fundamentais (*Friedensgebot*) (2017). [39]

À luz desses textos, percebe-se que a "cultura jurídica da cultura" continua a desempenhar um papel central no constitucionalismo, entendido como o pensamento sobre as virtudes do estado constitucional. A teoria de Häberliana defende a liberdade cultural, mas não nega a realidade dos conflitos culturais, nem os velhos e novos perigos do empobrecimento. O desenvolvimento dessa cultura exige a preservação das tradições e a inovação das criações, o pluralismo de autonomias e a pluralidade de direitos culturais fundamentais.

4. A invenção dos direitos culturais fundamentais

Direitos culturais fundamentais são direitos que remontam a um conceito jurídico de cultura que tende a ser mais restrito no Direito Constitucional e mais amplo no Direito Internacional. O adjetivo "cultural" indica, primeiro, uma categoria específica de direitos humanos, extraída da estrutura e sistema geral da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), que primeiro identifica direitos civis e políticos e acrescenta então, o direito de "toda pessoa, como membro da

sociedade, à seguridade social (...), bem como à satisfação, mediante esforço nacional e cooperação internacional, levando em consideração a organização e os recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade de cada um deles e ao livre desenvolvimento de sua personalidade”(art. 22). Embora essa estrutura não forneça uma hierarquia de direitos, é necessário sublinhar:

a) que os direitos culturais são direitos que afetam a integração social das pessoas;

b) pressupõem seguridade social, dignidade e desenvolvimento livre da personalidade;

c) que somente são fundamentais os direitos culturais indispensáveis para a dignidade e o desenvolvimento da personalidade;

d) que sua garantia é competência das nações e da cooperação internacional.

Ao especificar os direitos culturais fundamentais, a UDHR qualifica como "cultural" tanto o direito à educação (art. 26), de alguma forma funcional para a restauração da "civilização", como o direito de "participar livremente da vida cultural" da comunidade”(art. 27).

Se você voltar às origens dessa declaração, o primeiro rascunho do *Drafting Committee* da *Human Rights Commission*, elaborado pelo canadense John Humphrey, possivelmente assistido por René Cassin, em junho de 1947, previa um único artigo: "35. *Everyone has the right to participate in the cultural life of the community, to enjoy the arts and to share in the benefits of science.*"[40] O projeto final da Comissão substituiu as duas últimas palavras pelo seguinte: "*that result from scientific recoveries*". [41] Embora um primeiro grupo de trabalho tenha elaborado uma convenção apenas para direitos civis, o segundo grupo de trabalho incluía um subtítulo "*Social, Economic and Cultural Rights*", precedido pela disposição anterior (número 35) por um "*Right to education*" (art. 31), uma disposição sobre os objetivos da educação universal (art. 31 A), "*right to rest and leisure*" (art. 32), direito à seguridade social (art. 33) e direito à saúde (art. 34). Outro artigo subsequente, baseado no segundo parágrafo do artigo 27 da DUDH, garantiu que os autores de obras artísticas, literárias e científicas e inventores "*shall retain in addition to the just remuneration of their work a moral right on their work and/or discovery, which shall not disappear, even after such work shall have become the common property of mankind*"(Art. 35 A). Finalmente, após uma garantia mais limitada dos direitos das

minorias do que a contida no texto de primeiro de junho: "36. *In States inhabited by a substantial number of persons of a race, language or religion other than those of the population, persons belonging to such ethnic, linguistic or religious minorities shall have the right, as far as compatible with public order, to establish and maintain schools and cultural or religious institutions, and to use their own language in the press, in public assembly and before the courts and other authorities of the State.* [42]

Do trabalho inicial, deduz-se que a noção de direitos culturais não era predefinida e não se distinguia muito bem da de direitos econômicos e sociais, uma vez que aparentemente se referia a atividades, bens e serviços com valores e direitos intangíveis (morais) próximos aos das minorias.

O trabalho preparatório revela profundas divergências, [43] também evidenciadas pela Declaração Americana de 1948, preparada pouco antes do final do trabalho, que incluía a fórmula do direito de participar da vida cultural (art. 13), mas não a garantir cláusula das minorias, mas estabelecendo em seu preâmbulo o dever de " *to practice and foster culter by every means* ". [44] No final dos trabalhos preparatórios na ONU, o direito de participar da vida cultural como um mínimo comum denominador foi incluído no art. 27 da DUDH (com reserva da França) e aplicada pelo art. 15 do PIDESC (Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), com garantias adicionais de não discriminação (nos parágrafos 2 e 3 do artigo 2 do PIDESC), enquanto o direito à educação das crianças e a cláusula de A proteção das minorias foi recuperada pelo art. 27 do PIDCP (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Pouco se sabe sobre a origem do termo "vida cultural". Não aparece no Estatuto da UNESCO de 1945, que parecia atribuir uma função residual ao conceito de cultura, definindo como finalidade da Organização a cooperação internacional " *through education, science and culture* " (art. 1), identificando no preâmbulo um " *wide diffusion of culture* ", um dever sagrado das nações combinado com um objetivo educacional individual: " *a truer and more perfect knowledge of each other's lives* ". Tampouco estava contido no Estatuto da Liga das Nações, que se limitou a reconhecer as colônias como um "princípio" segundo o qual "o bem-estar e o desenvolvimento de tais povos são uma tarefa sagrada da civilização" (art. 22). O Tratado de 28 de junho de 1919, celebrado pelas principais potências aliadas e associado à Polônia, estabeleceu como uma "lei fundamental" a obrigação de proteger "a vida e a liberdade sem

distinção de nascimento, nacionalidade, idioma, raça e raça". religião "(art. 2). A Carta das Nações Unidas, em particular no capítulo sobre cooperação econômica e social, estabelece os objetivos de "*higher standards of life*", juntamente com a "*international cultural and educational cooperation*" e a proteção dos direitos humanos (art. 55)

"Kulturleben", "cultural life", "vie culturelle", "vida cultural" era um conceito com um precedente do século XIX, que surgiu não apenas nas publicações da resistência judaica, mas também antes nas ciências primitivas - também legais - [45] da cultura do início do século XX. [46] O chamado à vida adquiriria um significado particular no período pós-guerra. Raphael Lemkin instou desde 1933 a punir como crime internacional atos de vandalismo direcionados contra a "cultura mundial", mas a Convenção contra o Genocídio não havia aceitado sua proposta de incluir também atos de aniquilação cultural nesse crime. [47] A *declaração African Claims in South Africa* de 1943 não usava esse termo, mas exigia a abolição da "*policy of segregation in all aspects of our national life*", uma política baseada na discriminação de raça e cor.

O conceito de "vida cultural" já havia sido usado por algumas das constituições vigentes naquela época e objeto de estudos encomendados pela Comissão, contextos talvez até agora negligenciados pelas interpretações da DUDH. [48] A Constituição Soviética de 1936 garantiu "a constante elevação do nível cultural dos trabalhadores" (art. 11) e os direitos iguais dos cidadãos em todos os campos da "vida econômica, estatal, cultural, social e política, independentemente da nacionalidade e raça "(art. 123). Em 1937, a Constituição irlandesa respondeu "*The Irish nation hereby affirms its inalienable, indefeasible, and sovereign right to choose its own form of Government, to determine its relations with other nations, and to develop its life, political, economic and cultural, in accordance with its own genius and traditions*".

As primeiras declarações de direitos culturais foram desenvolvidas pelas constituições nacionais elaboradas entre 1945 e 1947. A Constituição da Indonésia de 1945 dedicou um capítulo inteiro à educação e cultura, o primeiro destinado a "elevar a vida nacional" e, através de uma combinação de ciência e tecnologia com sentimentos religiosos, para "promover a civilização" (art. 31), o segundo baseado na responsabilidade do Estado pelo progresso da cultura nacional e pela garantia da liberdade cultural dos povos e idiomas das regiões: "*The state shall advance Indonesia's national culture among the civilizations of the world by guaranteeing the*

freedom of the people to maintain and develop cultural values” (art. 32). A Constituição brasileira de 1946 acrescentou a liberdade da ciência, da literatura, das artes e o dever de proteger a cultura: "Art. 174 - O amparo à cultura e dever do Estado". O artigo 25 da Constituição japonesa (1946) declarou: “*All people shall have the right to maintain the minimum standards of wholesome and cultured living*”. O preâmbulo da Constituição francesa (1946) garantia "igual acesso de crianças e adultos à educação, formação profissional e cultura". A Constituição iugoslava (1946) garante o desenvolvimento cultural das minorias (art. 13), o trabalho cultural (art. 31), o desenvolvimento e a promoção da cultura popular (art. 37 e 38), o acesso às instituições culturais (art. 41) e cultura física (art. 44). As constituições regionais alemãs anteriores à Lei Fundamental também dedicaram seções especiais à educação escolar e cultural (Baviera, Hesse 1946) e ao "cuidado da cultura" (Renânia-Palatinado, 1947). *Last, but not least*, a Constituição italiana (1947) atribuiu à cultura a classificação de princípio constitucional fundamental, delegando à República a promoção do “desenvolvimento da cultura e da pesquisa científica e técnica, bem como a proteção da paisagem e do patrimônio histórico e artístico da nação ”(art. 9). Este princípio fundamental inspira não apenas a estrutura da República, em particular o pluralismo das autoridades locais, mas também os direitos inerentes às relações “ético-sociais”, os direitos socioculturais que precedem o socioeconômico e incluem garantias de instituições como família, escola, universidade, etc.

Também à luz desses textos, a invenção da categoria de direitos culturais [49], com direito à educação e direito geral e residual, de "participar da vida cultural", [50] parece ter ocorrido simultaneamente no Direito Internacional e Constitucional do século passado. Não foi uma simples concessão à utopia socialista da época destinada a ser erradicada em 1989, nem um cavalo de Tróia destinado a justificar derrogações e violações específicas ou a favor de um relativismo cultural que ameaçava o universalismo dos direitos humanos e a soberania dos Estados. Ao contrário, fazia parte da visão de uma nova ordem mundial com novos Estados constitucionais, diferentes e em evolução, mas comunicando e cooperando mesmo sem nenhuma reivindicação de homogeneização.

5. Fontes fragmentadas e interpretação evolutiva sistemática dos direitos culturais fundamentais

Nos últimos setenta anos, uma interpretação internacional dos direitos culturais fundamentais foi desenvolvida no âmbito da ONU e da UNESCO e nas Organizações Regionais de Direito Internacional, bem como uma pluralidade de interpretações constitucionais nas instituições existentes nos níveis nacional, regional e local; um sistema complexo de garantias e defesas que exigiria um estudo comparativo mais profundo.

Em relação a fontes internacionais [51], as Nações Unidas adotaram pela primeira vez a Convenção de Haia para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado (1954) e, depois dos dois acordos gerais, uma série de outras cláusulas de tratados especiais (art. 13 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; art. 31 da Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 5 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas sobre discriminação racial, artigos 31, 43 da Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e de suas Famílias) e, mais recentemente, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas - UNDRIP (2007) , enquanto a Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais preparou os Comentários Gerais no. 13 sobre o direito à educação (1999), n. 17 sobre direitos autorais (2005) e n. 21 sobre o direito de participar da vida cultural (2009). A UNESCO adotou primeiro instrumentos para a proteção do patrimônio cultural, [52] no novo século, a Declaração Universal da Diversidade Cultural (2001) e depois a Convenção para a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005).

No nível internacional regional, o Conselho da Europa também desenvolveu numerosas convenções para a proteção do patrimônio cultural. [53] Também entrou em vigor a Convenção para a Proteção das Línguas Regionais e Minoritárias (1992), o Convenio para a Proteção das Minorias Nacionais (1995) e a Convenção de Faro sobre o Valor do Patrimônio Cultural para a Sociedade (2005), que ainda não foi ratificado pela Itália, enquanto que em 1996 a tentativa de desenvolver um protocolo adicional à Convenção Européia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais sobre direitos culturais foi suspensa indefinidamente; A Carta Social Europeia também aplica o artigo 26, em vez do artigo 27 da DUDH. [54] Por seu lado,

a União Europeia “respeitará a riqueza de sua diversidade cultural e linguística e garantirá a conservação e o desenvolvimento do patrimônio cultural europeu” (art. 3.3 do TUE).

Também existem instrumentos regionais nas Américas, começando com a Convenção sobre a Proteção do Patrimônio Arqueológico, Histórico e Artístico das Nações Unidas (1976) e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que protegeu os direitos coletivos à terra dos povos indígenas. [55] Os artigos 22 e 27 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (1981) garantem o direito ao seu próprio desenvolvimento cultural e o dever de "preservar e fortalecer valores africanos positivos", sendo complementado por uma Carta para o Renascimento Cultural Africano (2006). A Carta Árabe de Direitos Humanos (2004) obriga os Estados a "*eradication of illiteracy*" (art. 41) e a cooperar em programas recreativos, culturais, artísticos e científicos "*with the full participation of intellectuals and inventors and their organisations*" (art. 42). Após a primeira Declaração do Patrimônio Cultural (2000), a Declaração dos Direitos Humanos da Associação das Nações do Sudeste Asiático (2012) reproduz os direitos culturais declarados pela DUDH, acrescentando como objetivos educacionais o senso de dignidade e participação eficaz na própria sociedade e, como concretização do ideal de harmonia, "*understanding, tolerance and friendship among all nations, racial and religious groups*". (art. 31).

Apesar da pesquisa da Häberliana, a disseminação dos direitos culturais e sua interpretação nas fontes constitucionais estaduais e regionais mais recentes são menos estudadas. O substantivo ou adjetivo está agora nas 145 e 172 das 200 constituições, um "*right to culture*" em 158 (em um sentido muito amplo, incluindo apenas as obrigações do Estado), um "*right to cultural life*" em 50, [56] e uma referência à "identidade cultural" em 20. [57] Um interesse especial foi registrado, por exemplo, no debate asiático sobre multiculturalismo mencionado no artigo 10 da Constituição de Taiwan desde 1997 [58] e na reforma constitucional do Quênia. [59]

Finalmente, fontes jurisprudenciais e contribuições da doutrina também são mais difíceis de avaliar. Na jurisprudência do primeiro *Permanent International Court of Justice* e do atual Tribunal Internacional de Justiça, por exemplo, não apenas o indivíduo tem o direito de escolher se deseja pertencer a uma minoria ou não (direito das minorias na Alta Silésia, 1928) ou o direito da minoria de preservar suas tradições (Comunidade Grego-Búlgara, 1930), mas também o direito de levar um modo de vida

nômade (Disputa de fronteira Burkina Faso / disputa do Níger 2013). [60] Na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, parece emergir o novo direito a uma "identidade cultural" com um forte potencial impetuoso; na Declaração de Friburgo (2007), esse direito era antes mesmo do direito à cultura, entendido como o direito de participar da vida cultural na arte. 27 DUDH. [61] O último relatório do "Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights", Karima Bennoune, em 2018 [62], interpretou o último como "*the right of each person to freely choose and have cultural references and to identify with multiple and simultaneous cultural groups or none, to participate in cultural life and to be able to change their choices and exit groups.*"

A fragmentação de fontes legais de direitos culturais não contradiz sua natureza jurídica, porque o princípio do pluralismo cultural também promove pluralismo jurídico. Um estudo recente sobre as práticas de quatro organizações de direitos humanos das Nações Unidas [63] mostrou que é dada atenção especial a fontes religiosas e costumeiras, ou seja, a fontes não estatais, entre as quais se pode encontrar fontes corporativas produzidas pela ética nos negócios. [64]

A partir da evolução do quadro geral das fontes legais de direitos culturais fundamentais no período pós-guerra, apenas algumas conclusões gerais podem ser tiradas aqui para uma interpretação sistemática e evolutiva do conceito de "cultura" subjacente aos direitos culturais fundamentais:

(1) Os direitos culturais são um tipo de direitos humanos distintos dos direitos econômicos e sociais, mas têm em comum o fato de terem sido desenvolvidos separadamente dos direitos civis e políticos porque exigem ações concretas dos Estados e sua cooperação internacional. Eles são direitos humanos individuais, referidos não apenas à pessoa que se distingue dos outros, mas também ao indivíduo entendido como um "animal social" que se une - ou seja, os direitos dos indivíduos integrados nas comunidades, talvez até nas comunidades simbiótica entre seres humanos e outras formas de vida- [65], direitos cuja titularidade também pode pertencer a comunidades, mas não a estados ou organizações infra-nacionais ou internacionais, que ao invés disso são dotadas de supremacia. Do ponto de vista subjetivo, esses direitos podem não constituir uma cosmópolis, mas pelo menos uma família da humanidade composta de nações, povos, comunidades linguísticas e religiosas, associações e "estados gerais", famílias e clãs, isto é, de formações sociais que têm em comum o fato de que todas são, em última instância, minorias.

(2) O exercício de outros direitos fundamentais para fins culturais não os transforma em direitos culturais, mas não proíbe a dupla qualificação. A liberdade de imprensa, por exemplo, pode atuar como um direito civil, econômico e cultural e garante a liberdade de vida privada, pensamento, consciência e religião, expressão e associação (arts. 8, 9, 10 e 11 da CEDH) permitiram aos juízes de Estrasburgo criar direitos culturais derivados de direitos humanos fundamentais e outros direitos de personalidade. [66] Por outro lado, alguns direitos culturais, como o direito à educação, o direito autoral e o direito à identidade, também foram reconhecidos como direitos civis ou econômicos subjetivos, diretamente justificáveis. A "civilização" impressa no adjetivo de direitos civis denota finalmente uma idéia ou valor concebível como "benefício cultural".

(3) A cultura objeto dos direitos culturais humanos não é puro espírito divino, nem é simplesmente a qualidade imaterial dos bens, como se pensava no direito humanitário, mas também inclui estilos e modos de vida. Na vida humana, tornou-se um fenômeno perceptível, explicável e avaliável de ação, criação, provisão, interpretação, participação, comunicação de sujeitos; dinâmica que reproduz e altera julgamentos de significado e valor nas comunidades. A vitalidade de uma cultura que não é mais concebida como estática e baseada em valores absolutos também começa a ser medida em sua adaptabilidade ao tempo e ao espaço, em termos de sustentabilidade e resiliência. [67] Exemplares e transferíveis para a cultura são, nesse sentido, os 4 A do direito à educação: *Available, Accessible, Acceptable* and *Adaptable*. A elasticidade e a maleabilidade resultantes tornam mais difícil separar a cultura da economia e da política. A economia da cultura e da cultura econômica, mas também as políticas culturais e a cultura política criaram emaranhados e, portanto, podem favorecer monopólios ou oligopólios que ameaçam a separação ou, mais corretamente, a divisão de poderes econômicos, políticos e culturais e suas respectivas formas de pluralismo. Por um lado, os direitos culturais fundamentais não são apenas transversais aos direitos de liberdade do status negativus (sem interferência) e aos direitos de exercer o status positivus (com ações positivas), mas também aos direitos do status activus ; por outro lado, correm o risco de não proteger a cultura da lógica da produção e consumo econômico ou da funcionalidade política.

(4) Nem toda vida é cultura, apenas parte da vida é cultura. O conceito de cultura tem, de fato, um significado antitotalitário original e requer uma divisão de

esferas ou "campos" (Pierre Bourdieu [68]). Se "participar" da vida cultural significa ser não apenas um *shareholder* de bens de consumo, mas também um *stakeholder* dos interesses ligados à atividade, pelo menos uma responsabilidade moral não pode ser deduzida pela manutenção da vida cultural de alguém. A responsabilidade implica a proibição de abandoná-la aos monopólios econômicos ou políticos e o dever de reconhecer seu poder cultural como uma influência no poder econômico e político. Se a vida cultural também pode ser conflituosa, o direito de participar exige garantias processuais de confrontação, se também se deseja um *clash* com um ruído considerável, mas não violento. Por outro lado, o direito de participar exige garantias organizacionais do pluralismo, entendidas como uma pluralidade de instituições diferentes e independentes e como uma garantia da multi-subjetividade interna das instituições culturais. No que diz respeito ao pluralismo institucional, a cultura deve ser protegida para que não seja monopolizada, por exemplo, por uma religião, partido ou televisão, e para que não seja sujeita a contração excessiva, por exemplo, por os salões de ópera; no que diz respeito à multi-subjetividade interna, formas devem ser garantidas *governance* inclusiva, por exemplo, por universidades e ciências em diferentes departamentos.

6. A pobre arte das garantias legais dos direitos culturais fundamentais

Os direitos culturais estariam mortos, em vez de vivos, e careceriam de virtualidade jurídica, se só fossem incluídos nas cartas de direitos e administrados por seus fiadores. Na realidade, a proteção legal desses direitos há muito tempo é vista como uma arte pobre; essa consideração é condicionada tanto pela ideia original de que, em primeiro lugar, é necessário um enorme trabalho de educação cívica quanto pela fragmentação das práticas de proteção de direitos individuais. Embora a jurisprudência internacional e constitucional comparada [69] tenha sido até agora pouco estudada e seja difícil detectar as principais formas de violação dos direitos culturais fundamentais, no novo milênio, pelo menos, os procedimentos de vigilância internacional foram reforçados.

No nível internacional, o Conselho de Direitos Humanos criou em 2009, como parte de seus procedimentos especiais, a figura do "Special Rapporteur in the Field of Cultural Rights", que tem como função identificar as "*Best practices de promoção e*

proteção” dos direitos culturais nos níveis local, nacional, regional e internacional ”como“ possíveis obstáculos ”, fazendo recomendações ao Conselho ou aos Estados (recomendações para cooperação interna ou internacional), bem como estudar a relação entre direitos culturais e diversidade cultural, integrando em particular uma "*gender and disabilities perspective*". Em 2010, Farida Shaheed, a primeira relatora, revisou o sistema de direitos culturais do Direito Internacional que pode estar sujeito a procedimentos de supervisão:

1. o direito de participar, acessar e contribuir para a vida cultural (Comentário Geral No. 21)

2 O direito de desfrutar dos benefícios do progresso científico (ou acesso à ciência) [70]

3. Liberdade de pesquisa e criação científica (art. 15.3 do PIDESC)

4. Liberdade de expressão científica e artística (art. 15.3 do PIDESC e 19.2 do PIDCP).

5. Direitos autorais (Comentário geral nº 17)

6. O direito de buscar, receber e fornecer informações (artigo 19.2 do PIDCP)

7. O direito à educação (Comentário geral nº 13)

8. Direitos culturais à a identidade, idioma, tradições e costumes, patrimônio e território das minorias (Comentário Geral nº 23 do PIDCP) e dos povos indígenas e tribais [71]

9. os direitos culturais de participação e o respeito à identidade cultural dos trabalhadores migrantes [72]

10. direito à não discriminação (Comentário Geral nº 20)

11. direito ao descanso e lazer (art. 24 DUDH). [73]

O relatório de Karima Bennouna especificou em 2017 que o primeiro direito também inclui acesso e gozo do patrimônio cultural e acesso a formas diversificadas de expressão cultural, liberdade de ciência e arte. [74] A liberdade de expressão também protegeria as opiniões sobre religião, cultura e tradições que poderiam ser um anátema de acordo com as crenças religiosas ou ideológicas de outros, um pensamento que parece reconhecer a proteção mesmo das culturas leigas. A religião, embora possa estar ligada à identidade das minorias, permanece excluída da cultura que é objeto do relatório, apenas porque existem outros *Special Rapporteurs*, por exemplo, para liberdade de opinião e expressão, religião, saúde, alimentos, pessoas com deficiência,

povos indígenas, migrantes, minorias, racismo e xenofobia, promoção da verdade, justiça, reparação, etc.

Do ponto de vista procedimental, esses direitos culturais podem estar sujeitos não apenas a procedimentos especiais, mas também a procedimentos comuns de *reporting* y de *complaint*, ou seja, denúncias individuais ou coletivas, que permitem uma espécie de *peer review* por representantes estaduais mais ou menos experientes, realizado em reuniões não públicas, ou seja, sem a possibilidade de defender as vítimas e verificar sua eficácia, especialmente em casos de violações graves e estruturais. [75]

Os procedimentos nacionais para relatar os direitos culturais envolvem o *Economic and Social Council* (ECOSOC) (arts. 16 e segs. Do PIDESC), que estabeleceu, em 1985, o *Committee on Economic, Social and Cultural Rights* (CESCR), ocasionalmente também o *Human Rights Council* (HRC) (art. 40 e segs. ICCPR). Com relação aos procedimentos para a apresentação de reclamações, o Protocolo Adicional do PIDESC (2008) agora permite "comunicações" individuais e coletivas ou de outros Estados por violações de direitos culturais. Além desses procedimentos, existem reclamações ou solicitações individuais permitidas por tratados especiais e endereçadas a órgãos compostos por especialistas independentes, ou seja, procedimentos de supervisão mais técnicos e geralmente sujeitos ao esgotamento das vias processuais internos, e o resultado é divulgado: para as crianças, o *Committee on the Rights of the Child* (CRC), para as mulheres, o *Committee on the Elimination of Discrimination Against Women* (CEDAW), para as vítimas do racismo, o *Committee on the Elimination of Racial Discrimination* (CERD) e para as pessoas com deficiência, o *Committee on the Rights of Persons with Disabilities* (CDPD). [76]

Um terceiro tipo de mecanismo refere-se à comunicação de casos individuais e coletivos ao *Committee on Conventions and Recommendations* da UNESCO, órgão composto por representantes políticos e especialistas do Estado, mas não especialistas em direitos humanos. Este comitê é geralmente destinado a determinados trabalhadores no campo da cultura, como professores, estudantes, pesquisadores, artistas, escritores e jornalistas. Os procedimentos são secretos, geralmente sem a presença dos candidatos, e visam principalmente as mediações políticas. [77]

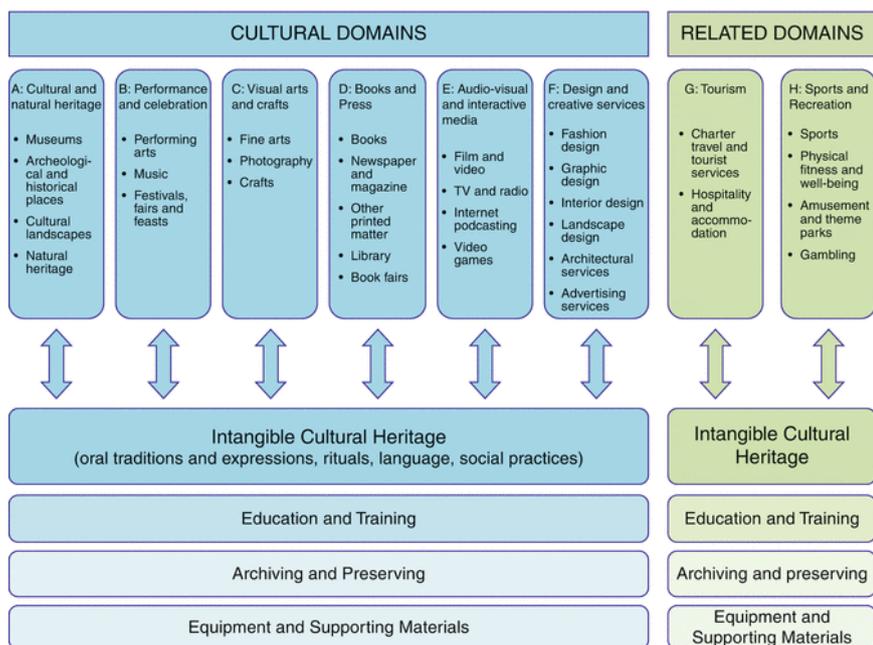
Outros mecanismos atípicos ou mistos estão previstos, por exemplo, no artigo 42 da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, que confia ao *Permanent Forum on Indigenous Issues* a função de promover o respeito e a plena

implementação da Declaração. No entanto, para a Convenção da UNESCO sobre Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais (2005), existe apenas um procedimento para reportar a um comitê intergovernamental e um procedimento de conciliação.

Existem, portanto, vários procedimentos para monitorar os direitos culturais, mas as instituições sociais e culturais de "monitoramento dos direitos culturais" são menos desenvolvidas do que outras formas de *Human Rights Watching*, talvez nem sempre adequadamente envolvidas nos procedimentos. Além disso, mesmo o relator especial teria dificuldade em reconstruir os resultados da supervisão em um quadro suficientemente significativo dos casos e violações verificadas e sanadas.

Para a questão de qual é o atual "estado da cultura" (*state of the culture*), a Internet se refere primeiro a um novo programa de entrevistas noturnas nos Estados Unidos e, depois, a dois documentos da UNESCO, o primeiro em 1996 e o último no ano 2000, que tentou estimular o desenvolvimento de um sistema de indicadores de diversidade cultural e iniciar um processo de homogeneização dos direitos culturais. Não apenas pela falta de fundos da UNESCO, abandonados pelos Estados Unidos e agora também por Israel, eles não foram seguidos por outros, mas foram substituídos apenas por instrumentos parciais de auto-observação, como, por exemplo, o *World Cities Culture Report*..

Apenas as estatísticas sobre a economia cultural permanecem. A vida cultural foi reformulada na *UNESCO Culture Cycle* [78], um ciclo que começa na criação, passa pela produção, disseminação, "exposição / recepção / transmissão" para alcançar "consumo / participação". O *Quadro Estatístico Cultural da UNESCO (UNESCO Framework for Cultural Statistics)* [79], revisado em 2009 à luz da Convenção sobre Expressões Culturais de 2007, divide o patrimônio cultural intangível em seis "áreas" essenciais (patrimônio, atividades, visual, livros e artes impressas, mídia audiovisual e interativa, design) e acidentais (turismo, esportes e recreação).



Nas estatísticas culturais da União Europeia [80], aspectos econômicos, como o número de trabalhadores e empresas que participam da cultura e do comércio exterior de bens culturais, também têm prioridade sobre os indicadores culturais de “participação cultural”. Envolve a leitura livros e jornais, assistir a shows de filmes e "life performances" e visitar lugares e instituições culturais, além de usar a Internet para fins culturais. Existem também estatísticas da UE / OCDE / ONU sobre educação e treinamento [81], mas não são encontrados dados atuais confiáveis sobre afiliações religiosas. [82] No entanto, o próprio Eurobarometro 2018 também mostra que o sentido de comunidade ligado à cidadania europeia se baseia mais na “cultura” (29%), na “história” (23%) e nos “valores” (23%) que na "economia" (21%) ou idiomas (11%) ou religião (8%).

7. Os desafios do futuro

Se você perguntar, em conclusão, qual é o estado atual dos direitos culturais fundamentais, as tendências desde sua invenção e envolvimento em fontes legais até as práticas de proteção descritas acima nos permitiriam ser mais otimistas do que pessimistas sobre o futuro de sua cultura jurídica. No entanto, não devemos esquecer as preocupações com as principais críticas e linhas de conflito que parecem dividir as sociedades na atual fase da globalização, que afeta as gerações de jovens.

As dificuldades de proteger os direitos culturais surgiram especialmente nos momentos conhecidos dos conflitos armados mais recentes, nos quais ocorreu a destruição dos bens culturais. [83] O otimismo dos anos 90 e o início do novo milênio parece ceder a um pessimismo que afeta tanto o direito quanto a cultura. No que diz respeito ao Direito Internacional e Constitucional, segundo os modelos do constitucionalismo multinível, o espírito da época parece antes diagnosticar uma crise de direitos humanos universais, questionada não apenas por novas teorias críticas, mas também por um niilismo jurídico que dessacraliza as cartas de direitos e combate sem fundamento a religião civil dos direitos fundamentais. Os direitos culturais não apenas não parecem ser invioláveis, mas são, em qualquer caso, o exemplo mais apropriado de direitos vulneráveis, mais abandonados do que reconhecidos. A própria relatora especial lamentou os ataques fundamentalistas, extremistas e terroristas contra artistas e intelectuais, defensores dos direitos da mulher, minorias religiosas e LGBT, professores e estudantes (2017). [84] Ela considera que o conceito de universalidade é objeto de hostilidade, apesar dos progressos realizados em sua realização, e critica o relativismo cultural pela desconstrução da humanidade em nome de uma cultura. A aplicação dos direitos culturais seria a defesa cultural mais eficaz da universalidade dos direitos fundamentais. [85]

A crise dos direitos humanos também está ocorrendo no contexto de algumas críticas ao Direito Constitucional e Internacional e à justiça. Os críticos da “juristocracy” veem tribunais e juízes que agem sem limites e sem a virtude da modéstia, os soberanos propagam o retorno do unilateralismo e os materialistas reclamam de desigualdades crescentes e irremediáveis. No momento, apenas a crise do *rule of law* está sendo debatida em relação a vários estados membros da UE, que, além disso, são governados por novos partidos que se opõem ao multiculturalismo. Um estudo recente da Ciência Política sustenta de maneira mais geral que a crise dos direitos fundamentais, particularmente a depreciação da liberdade de associação e expressão, é especialmente grave em democracias imperfeitas devido ao ressurgimento do nacionalismo. [86]

¿Quais são as linhas gerais de conflito cultural que podem ser usadas como referência para os direitos culturais fundamentais? Concluindo, só podemos extrair tensões possíveis e levantar algumas questões que podem orientar pesquisas futuras.

(1) O direito e a cultura devem enfrentar novos problemas na produção de falácias e emoções negativas, também por meio das mídias sociais que divulgam *fake news* y *hate speech*. ¿Essas novas formas de expressão subcultural também protegem os direitos culturais ou exigem garantias na forma de censura às falsidades e ao ódio contra as comunidades? Na crise do *political correctness*, ¿os direitos culturais conseguem manter os limites da moralidade nas comunidades políticas existentes? Se a opinião pública europeia e internacional continuar fraca demais para defender as constituições contra os venenos do cinismo, será possível criar um órgão transnacional e procedimentos de autocensura?

(2) Os fenômenos migratórios correm o risco de contrastar populações consideradas “indígenas”, embora não minoritárias, com um novo multiculturalismo, percebido como uma ameaça à própria segurança social. Os direitos culturais dos cidadãos podem fingir hospitalidade e prosseguir em defesa cultural da maioria, prevalecendo sobre os de migrantes não nacionais, a quem os deveres culturais são cada vez mais impostos, por exemplo, aprendizado de idiomas e História da cidadania. ¿Quais margens deixam os direitos culturais de ambos para as opções de políticas de migração e integração?

(3) Se a liberdade religiosa também é um direito cultural, a revitalização percebida das religiões pode levar não apenas a uma reversibilidade dos processos de secularização, mas também a uma perda de consenso sobre o valor fundamental da tolerância. ¿Que limites podem então ser impostos às comunidades religiosas em defesa dos direitos culturais de mulheres e crianças, mas também na prevenção da violência motivada por preceitos religiosos? ¿Os privilégios das religiões tradicionais, em nome de igual liberdade religiosa, devem ser concedidos a novas religiões ou a grupos que reivindicam o direito de serem esquecidos por Deus?

(4) Entre populismo e epistocracia, o futuro da democracia tornou-se incerto. ¿Os direitos culturais oferecem um antídoto contra o risco de divinização dos povos, por um lado, e contra sua presunção de ignorância e imaturidade, por outro? ¿O conhecimento dos cidadãos pode ser aprimorado através de consultas, mesmo sem o conhecimento de seus representantes? ¿A educação cívica e a cultura constitucional podem estar sujeitas ao exame de bacharelado?

(5) As inovações nas tecnologias digitais (TIC) e a invenção da inteligência artificial estão revolucionando a sociedade e o Estado. Os direitos culturais,

particularmente os direitos autorais, mas também a pesquisa tecnológica e os direitos à privacidade, ¿guiarão e conduzirão essa revolução em direção a novas formas de vida cultural online ou colocarão limites e freios em nome da identidade e excepcionalidade pessoais da consciência humana? ¿A inteligência artificial oferecerá espaço a uma ética governada por novos direitos à explicação ou dará espaço a novas guerras cibernéticas?

(6) ¿O consumo do ambiente natural e das mudanças climáticas levará as culturas humanas a salvar ou destruir as bases naturais da vida? Mesmo diante de questões como as mencionadas, o constitucionalista não pode se render ao pessimismo, mas deve manter um mínimo de otimismo moderado de que a humanidade pode lutar contra sua própria natureza para aspirar a "uma constituição civil perfeita (o objetivo final de a cultura). "[87]

* Traduzido do italiano por Daniela Dobre

[1] *Cfr.* a tipologia de A. Reckwitz, *Die Kontingenzperspektive der 'Kultur'. Kulturbegriffe, Kulturtheorien und das kulturwissenschaftliche Forschungsprogramm* ", em: F. Jaeger / J. Rüsen (eds.), *Handbuch Kulturwissenschaften*, Stuttgart 2004, vol. 3, 1-20.

[2] Uma primeira abordagem é oferecida em W. Leimberger, *Kultur und Kulturtheorien: Zwischen De- und Rekonstruktionen*, Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften, Berna, 2014.

[3] Também no próprio trabalho do autor, *cf.* J. Luther, *O painel dos filósofos e dentistas dos diretores culturais: diritti culturali fondamentali?*, *Political theory* 2001, 177 e segs. ; *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, em: G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti and Costituzione nell'Unione Europea*, Rome 2003, 221 and segs; *Il diritto alla memória do diretivo cultural dell'uomo in democrazia*, em: *Studi in onore di F. Modugno*, Napoli 2011, III, 2091 e segs.

[4] D. McGoldrick, *Cultura, Culturas e Direitos Culturais*, e: M. Baderin, R. McCorquodale (eds.), *Direitos econômicos, sociais e culturais em ação*, Oxford University Press 2007, 447.

[5] N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino 1990; G. Zagrebelsky, *Diritti per forza*, Torino, 2017.

[6] J. Rothman, *O significado de 'cultura'*, *New Yorker* 26. 12. 2014, <https://www.newyorker.com/books/joshua-rothman/meaning-culture>

[7] O título de A. Assmann à obra póstuma de J. Taubes, *Vom Kult zur Kultur*, Munique 1996, trad. English :, *Do culto à cultura: fragmentos para uma crítica da razão histórica*, Stanford University Press, 2010.

[8] *Cfr.* I. Kant, *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht*, 1784: Nós trabalhamos com eles *Grade durch Kunst und Wissenschaft kultiviert*. veja o que há de mais moderno em termos de cultura; o *Gebrauch* está mais próximo, o

soldador no das Sittenähnliche in der Ehrliche und der äußeren Anständigkeit hinausläuft, macht bloß die Zivilis. <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/Kant/aa08/026.html>

[9] J. Bolten, Kultmt Kultmt von colere: Ein Plädoyer für einen holistischen, nicht linear linear Kulturbegriff, in: E Jammal, Elias (Hg.): Cultural and Interkulturalität, Wiesbaden 2014, 85-108.

[10] N (aoji) Kimura, Kulturbegriff in japanischer Sprache (2000), em: Enzyklopädie vielsprachiger Kulturwissenschaften, http://www.inst.at/ausstellung/enzy/kultur/japan_kimura.htm

[11] Fei Deng & Jianli Tang , 'Introduzir a não simetria da derivação de palavras entre 'Wenhua 'e' Cultura ', International Journal of Linguistics and Communication, junho de 2015, 145-150: "Wen' significa 'sentir e experimentar a natureza de cor e, em seguida, pintando e descrevendo coisas, finalmente, é possível obter conhecimentos correlatos através desse processo na língua chinesa antiga '. 'Hua' significa 'mudar', que enfatiza que as pessoas podem melhorá-las com base em 'Wen'. O ponto de partida dos significados enfatiza a relação harmoniosa entre os seres humanos e a natureza exterior e enfatiza a harmonia interior dos seres humanos por si mesmos. "Sobre o uso do wenhua na legislação sobre patrimônio cultural hoje, S. Novaretti, " Que tal servir o presente ": giuridica dei beni culturali e partecipazione pubblica nella RPC, Napoli 2017, 72ss.

[12] Agradecemos ao Prof. Prasananshu, Universidade Nacional de Direito, Nova Délhi.

[13] S (amira) Kortantamer, Der Begriff "Kultur" im Arabischen (2001), em: Enzyklopädie vielsprachiger Kulturwissenschaften, http://www.inst.at/ausstellung/enzy/kultur/arabisch_kortantamer.htm

[14] M (arja) -L (iisa) Di Swantz, Em busca de conhecimento vivo, Dar es Salaam, 2016, 52ss.

[15] U. Eco, La ricerca della lingua perfetta nella European culture, Roma-Bari, Laterza, 1993,

[16] *Cfr.* Além da contribuição de J. Bolten, a conversa com Lila Abu-Lughod em C. Brumann, Redação para a cultura: por que um conceito de sucesso não deve ser descartado, em: Current Anthropology, Vol. 40, 1999, Edição especial: Cultura - Uma Segunda Chance?, 1-27.

[17] Op. Cit. 9.

[18] Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, Berlim 1982, 10 e segs. A síntese do debate em antropologia cultural foi confirmada internacionalmente, por exemplo, por E. Vermeersch, Uma análise do conceito de cultura, em: B. Bernardi, a cura di), O Conceito e a Dinâmica da Cultura, Haia , Mouton 1977, p.

[19] Op. Cit., 4.

[20] Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, em: P. Häberle, a cura di, Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht (1981), Darmstadt 1982, 30ss.

- [21] "Gesamtheit der innerhalb einer Gemeinschaft wirksamen geistigen Kräfte". *Cfr.* também a reconstrução da jurisprudência em M. Naucke, *Der Kulturbegriff in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Hamburgo 2000.
- [22] Finalmente, BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 28. Januar 2014 - 2 BvR 1561/12 - http://www.bverfg.de/e/rs20140128_2bvr156112.html = BVerfGE 135, 155-234, Rn. 104
- [23] *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. ed. Berlin 1998, 5, nota 8.
- [24] U. Steiner, *Kulturauftrag des Staates*, em: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL)* 42. 1984, 8 e segs.
- [25] D. Grimm, *Kulturauftrag des Staates*, VVDStRL 42. 1984, 60 e segs.: "A cultura custa não apenas o meio vital (Lebenswelt) do indivíduo, mas cria uma espécie de identificação coletiva." (62) .
- [26] VVDStRL 42. 1984, 133.
- [27] VVDStRL 42. 1984, 138.
- [28] P. Häberle, *Verfassungslehre*¹ cit., 78. Cf. A. Voskuhle, T. Wischmeyer, *Der Jurist im Kontext*, in : R. v. Ooyen, M. Möllers (Hg.), *Cultura Verfassung*, Baden-Baden 2016, 39ss (trad. It JL), *Il giurista nel contesto*, Lo Stato 2018, 163ss.
- [29] Cf. *Feiertagsgarantien als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin 1987; *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, Berlin, 1988.
- [30] P. Häberle, *Verfassungslehre*² cit., 16ss. Uma primeira referência aos direitos culturais fundamentais pode ser encontrada em: *Kulturverfassungsrecht im Bundesstaat*, Viena 1980, 46s. Sobre a garantia dos direitos culturais fundamentais como "guardiões da liberdade cultural", P. Häberle, *Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive*, *Jahrbuch des öffentlichen Rechts* 1983, 24ss.
- [31] Texto subsequentemente integrado em: *Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur*, Berlin 2013, 434ss.
- [32] *Europe in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive* (1983), em: *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates* 1992, 45ss.
- [33] *Schlußanmerkung*, in: T. Fleiner-Gerster (a cura di), *Die multikulturelle und multiethnische Gesellschaft*, Fribourg 1995, 37ss.
- [34] *National-verfassungsstaatlicher und universaler Kulturgüterschutz*, em: F. Fechner, T. Oppermann, L. Prott (eds.), *Prinzipien des Kulturgüterschutzes*, Berlin 1996,
- [35] *Das Verhältnis von Staat e Kirche im werdenden Europe*, em: P. Häberle, JP Müller (a cura di), *Menschenrechte und Bürgerrechte in einer vielgestaltigen Welt*, Fribourg 2000, 85ss.
- [36] *A cultura dos direitos e direitos da cultura*, Milão, 2003.
- [37] *Cfr.* também P. Häberle, *Costituzione e identità culturale. Tra Europa e Stati National*, Milano 2006.
- [38] *Der kooperative Verfassungsstaat - aus Kultur und als Kultur*, Berlin 2013, 354ff.

[39] Die Kultur des Friedens - Thema einer universalen Verfassungslehre, Berlin 2017, 175 e segs.

[40] E / CN.4 / AC 1./3.

[41] http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/36/ADD.2
Somente o direito à educação foi incluído no primeiro projeto E / CN.4 / 2 “Projeto de Declaração dos Direitos e Deveres Internacionais do Homem / formulado pela Comissão Jurídica Interamericana: 01/08/1947”. Em contrapartida, o projeto dos Estados Unidos de 26.11.1947 (E / CN.4 / 36) previsto no art. 9: “Todo mundo tem direito a uma vida decente; trabalhar e promover seu bem-estar; saúde, educação e previdência social. Serão oportunidades iguais para todos participarem da vida econômica e cultural da comunidade. ”

[42] E / CN.4 / 57. Em alternativa a esta versão, offerta só come "suggerimento" ai governi, se contiver una proposição restrittiva, restrittiva ao sujeito do espírito do minoranze.

[43] Cf. E. Stamatopoulos, Direitos culturais no direito internacional, Dordrecht 2007, 11ss.; mais em geral da final C. Roberts, A História Contenciosa da Carta Internacional de Direitos Humanos, Cambridge 2016.

[44] “Na medida em que o desenvolvimento espiritual é o supremo fim da existência humana e a mais alta expressão dela, é dever do homem servir esse fim com toda a sua força e recursos. Uma vez que a cultura é a mais alta expressão social e histórica desse desenvolvimento espiritual, é dever do homem preservar, praticar e promover a cultura por todos os meios ao seu alcance. E, como a conduta moral constitui o florescimento mais nobre da cultura, é dever de todo homem sempre respeitá-la. ”

[45] Por exemplo, K.-J. Seitz, Biologie des geschichtlich positived Rechtes im Kulturleben der Gegenwart, Leipzig 1906.

[46] *Cfr.* Destruição alemã da vida cultural na Polônia, Nova York: Polish Information Center, [ca. 1940]; *Synthese*: uma revista internacional de epistemologia, metodologia e filosofia da ciência dedicada à vida cultural e científica atual, Dordrecht 1936; E. Ben-David, Gli ebrei nella vita culturale italiano: 1848-1928, Città di Castello, 1931; T. Čapek, Os Čechs (boêmios) na América: um estudo de sua vida nacional, cultural, política, social, econômica e religiosa, Boston, 1920; S. Debré, Considerações ao sul dos principais estágios da vida cultural israelense, suivies d'un recueil de prières, sd, 1900; K. Schmidt, Die Geschichte der Pädagogik: in weltgeschichtlicher Entwicklung und im organischen Zusammenhange mit dem Kulturleben der Völker, Cöthen, 1860; F. Körner, Die Bedeutung der Realschulen für das moderne Kulturleben, Leipzig 1851.

[47] *Cfr.* Sentença Krstic della Corte Internazionale for l'Ex-Jugoslavia, <http://www.icty.org/x/cases/krstic/tjug/en/krs-tj010802e-3.htm>

[48] Valeria a pena investigar as garantias direitos culturais individuais nas constituições do século XIX. O primeiro rascunho de uma lei fundamental do Império Alemão de 26. 4. 1848, por exemplo, previa uma "liberdade de desenvolvimento do folclore (volkstümlich), em particular de raças não-germânicas, equiparando a linguagem em relação à educação. e administração interna ".

[49] Ver PY Chow, *Direitos culturais no direito e no discurso internacionais: desafios contemporâneos e perspectivas interdisciplinares*, Leiden 2018; L. Belder, H. Porsdam (orgs.), *Negotiating Cultural Rights*, Londres, 2017; A. Jakubowski (ed.), *Direitos culturais como direitos coletivos: uma perspectiva do direito internacional*, Leiden, 2016; S. Borelli, F. Lenzerini (eds.), *Patrimônio Cultural, Direitos Culturais, Diversidade Cultural: Novos Desenvolvimentos em Direito Internacional*, Leiden, 2012; L. Reidel, *O que são direitos culturais? Protegendo grupos com direitos individuais*, *Journal of Human Rights* 2010, 65ss; F. Francioni (ed.), *Direitos humanos culturais*, Leiden 2008; E. Stamatopoulos, *Direitos Culturais em Direito Internacional*, Boston 2007; S. Marks, *Definindo Direitos Culturais*, em: M. Bergamo (ed.), *Direitos Humanos e Justiça Criminal para os oprimidos*, Leiden 2003, 293ss; J. Symonides, *Direitos Culturais*, in: id. (ed.), *Direitos Humanos: Conceito e Padrões*, Ashgate, 2000, 175ss; H. Niec, *Direitos Culturais e Erros*, Leicester 1998; C. Lury, *Direitos culturais: tecnologia, legalidade e personalidade*, Londres 1993.

[50] *Cf.*, na doutrina, M. Ferri, *A Evolução do Diretório de Participar da Vida Cultural e do Concelho de Direção Cultural no Diretório Internacional*, *La Comunità Internazionale* 2014, 211ss; M. Odello, *O Direito de Participar da Vida Cultural*, *Anuário Espanhol de Direito Internacional* 2011, 493ss; C. Groni, *Das Menschenrecht a Teilnahme am Kulturellen Leben: Inhalt, Grenzen e Justitiabilität do Art. 15 (1) lit. A) dos países internacionais Paktes über wirtschaftliche, Soziale and Kulturelle Rechte*, Stuttgart 2008; Y. Donders, *O Marco Legal do Direito de Participar na Vida Cultural*, em: id., V. Volodin (eds.), *Direitos humanos na educação, ciência e cultura: desenvolvimentos legais e desafios*, Paris: Unesco 2007, 231ss.; R. O'Keefe, *O Direito de Participar da Vida Cultural, nos termos do Art. 15, Direito Internacional e Comparativo*, quarto trimestre de 1998, p.

[51] *Cf.* finalmente G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino 2018, 40ss.

[52] *Convenção sobre medidas a serem adotadas para proibir e impedir a importação, exportação e transferência de bens ilícitos de bens culturais (1970)*, não absorvida, mas substituída pela *Convenção da UNIDROIT sobre bens culturais roubados ou exportados ilegalmente (1995)*; a *Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial Cultural e Natural (1972)*, a *Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Subaquático (2001)* e a *Convenção para a Proteção do Patrimônio Cultural Imaterial (2003)*. Para *soft law*, veja, por exemplo, a *Carta Internacional para a Proteção das Cidades Históricas (1987)*, promovida pelo Conselho Internacional de Monumentos e Sítios (ICOMOS).

[53] *Convenção Cultural Europeia (1954)*, *Convenção para a Proteção do Patrimônio Arqueológico (1969)*, *Convenção sobre Violações do Patrimônio Cultural (1985: não em vigor)*, *Convenção para a Proteção do Patrimônio Arquitetônico da Europa (Granada 1985)*.), *Convenção Européia da Paisagem (2000)*, a UNIDROIT promoveu a adoção da *Convenção sobre o Retorno Internacional de Bens Culturais Roubados ou Exportados Ilegalmente*, assinada em Roma em 24 de junho de 1995 (ratificada pela

Itália pela Lei 213 de 7 de Junho de 1999 e agora mencionado no artigo 87 do Código de Propriedade Cultural).

[54] Em 1952, o direito à educação foi adicionado à CEDH. A CSE de 1961 garante o direito à orientação e treinamento vocacional (art. 9, 10), enquanto a CSE de 1996 também garante educação primária e secundária gratuita para crianças e adolescentes (art. 17) e creches (art. 27). *Cfr.* M. Miccola, *Direitos Humanos Sociais da Europa*, Karelactio 2010, 604ss.

[55] Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua*, 31. 8. 2001. *Cfr.* S. Wiessner, *Os direitos culturais dos povos indígenas: conquistas e desafios contínuos*, *European Journal of International Law* 2011, 121 e segs.

[56] https://www.constituteproject.org/search?lang=pt&key=cultright&status_draft

[57] *Cfr.* por exemplo art. 30 custo Bolívia 2009: “I. Uma nação e um povo indígena rural consiste em todo coletivo humano que compartilha uma identidade cultural, idioma, tradição histórica, instituições, território e visão de mundo, cuja existência é anterior à invasão colonial espanhola. (...) II. No âmbito da unidade do Estado, e de acordo com esta Constituição, as nações e os povos indígenas rurais gozam dos seguintes direitos: [...] 2. À identidade cultural, crenças religiosas, espiritualidades, práticas e costumes, e seus direitos. própria visão de mundo. 3. Que a identidade cultural de cada membro, se assim o desejar, seja inscrita junto com a cidadania boliviana em sua carteira de identidade, passaporte e outros documentos de identificação com validade legal.”

[58] Li-Jung Wang, *Rumo à cidadania cultural ? Direitos culturais e política cultural em Taiwan*, *Cidadania* 2013, 92ss.; W, Kymlicka, *Multiculturalismo liberal: modelos ocidentais, tendências globais e debates asiáticos*, em: id., B. He (eds.), *Multiculturalismo na Ásia*, Oxford 2005, 22ss.

[59] *Cf.* Finalmente, o julgamento da Corte Africana de Direitos Humanos declarando que a República do Quênia violou os direitos dos indígenas Ogiek, ACtHPR, *Pedido 006/2012 (2017)* e L. Hugues, M Lamont, *Direitos Culturais e Mudança Constitucional*, *African Studies* 2018, 159ss.; H. Deakon, *Entendendo o trabalho que a 'cultura' faz: Uma perspectiva comparativa sobre os direitos culturais na Constituição do Quênia* 20110, *African studies* 2018, 171aa.

[60] E. Polymenopoulou, *Direitos Culturais na Jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça* *Leiden Journal of International Law* 2014, 447ss.

[61] Art. 3 (identidade e patrimônio cultural) "Todos, sozinhos ou em comum, têm o direito de: a. Escolher e respeitar sua própria identidade cultural na diversidade de seus modos de expressão (...)" CEDH, *Chapman v. UK* nº 27238/95, CEDH 2001-I: “O Tribunal considera que a ocupação de sua caravana pela recorrente é parte integrante de sua identidade étnica como cigana, refletindo a longa tradição dessa minoria em seguir uma estilo de vida itinerante.” Adere ao exposto, por exemplo, M. Ferri, *op. cit.*, 228ss.

[62] *Assembléia Geral da ONU*, A /.

[63] 73/227H. Arsheim, Legalidades não vinculadas? *Journal of Law , Religião e Estado* 2019, 57ss.

[64] *Cfr.* o Conselho Econômico e Social da ONU E / C.12 / GC / 24, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais Comentário geral nº 24 (2017) sobre as obrigações do Estado sob o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais no contexto de atividades de negócios

[65] Pode haver aldeias ou sociedades de abelhas, formigas, leões e raposas, mas neste caso não estamos falando de culturas, mas de "culturas" do homem. Para direitos sobre rios e florestas, veja os julgamentos da Apex da Índia no caso Mohd. Salim v. State of Uttarakhand 20. 3. 2017 e della Court costituzionale della Colombia no caso fiume Atrato de 10. 11. 2016, T-622/2016. Mais amplamente, R. Miguez Nunez, *le avventure del soggetto*, Milano 2018, 110ss.

[66] *Cfr.* Conselho da Europa, Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, direitos culturais na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Estrasburgo 2011,

https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_cultural_rights_ENG.pdf

[67] *Cfr.* M. Amari, Manifesto para a Sustentabilidade Cultural, Milão 2012; P. Bilancia (a cura di), *Diritti culturali e nuovi modelli di sviluppo*. J. Balta Portolés, M. Dragicevic, Sestic, Direitos culturais e sua contribuição para o desenvolvimento sustentável: implicações para a política cultural, *International Journal of Cultural Policy* 2017, 159 e segs.

[68] P. Bourdieu, *Le Champs littéraire* (1982), *Atos da Pesquisa em Ciências Sociais* 1991, 3 e segs. https://www.persee.fr/doc/arss_0335-5322_1991_num_89_1_2986

[69] *Cfr.* Finalmente, em relação à idéia do multiculturalismo, G. Cavaggion, *Diritti culturali e modello costituzionale di integrazione*, Torino 2018, 264ss

[70] UNESCO, *O direito de aproveitar os benefícios do progresso científico e suas aplicações*, Paris, 2009. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000185558?posInSet=2&queryId=N-EXPLORE-649dceff7-0980-48f9-a4ae-6460b79c3112>

[71] UNDRIP 2007; *Convenção da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*, 1989 (n. 169).

[72] Art. 31 *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros de suas Famílias*

[73] *Assembléia Geral da ONU A / HRC / 14/36*.

[74] *Assembléia Geral da ONU A / HRC / 34/56*.

[75] Uma avaliação positiva, mas sem referência a casos específicos, oferece E. Stamatopoulou, *Monitoring Cultural Human Rights*, *Human Rights Quaterly* 2012, 1170ss.

[76] O Comitê para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias (CMW) será responsável pela proteção dos trabalhadores migrantes se a décima ratificação for alcançada.

[77] Y. Donders, *Procedimento de Comunicação da UNESCO sobre Direitos Humanos* ”, *Amsterdam Law School Studies Paper Research* n. 2018-25.

- [78] <https://image.slidesharecdn.com/ucoloradopresentation12march2012/>
- [79] <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pfo000191061>
- [80] Estatísticas da cultura, edição de 2016, Bruxelas 2016, <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/7551543/KS-04-15-737-EN-N.pdf/648072f3-63c4-47d8-905a-6fdc742b8605>
- [81] <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/figures>
- [82] <http://www.europe-infos.eu/the-religious-landscape-in-europe> (2017)
- [83] *Cfr.* Seminário intersessional sobre direitos culturais e proteção do patrimônio cultural, Assembléia Geral das Nações Unidas A / HRC37 / 29; S. Chiodi, Beni culturali e conflitti armati. Le sfide e i progetti e M. Carcione, a Blue Shield e a ONG cultural de assistência à miséria de salvaguardia e difusão da Convenção, os Protocolli e delle guidelines of attuazione, em: S. Chiodi, G. Fedeli (eds.), Beni culturali e conflitti armati, catastrofi naturali and desastri environmenti, Rome 2018, 41ss e 91ss.
- [84] Assembléia Geral da ONU, A (HRC / 34/56 (2017).
- [85] Universalidade, diversidade cultural e direitos culturais, Assembléia Geral da ONU A / 73/227 (2018).
- [86] E. Yazici, Nacionalismo e Direitos humanos, pesquisa política trimestral 2019, 147ss.
- [87] I. Kant, *Mutmaßlicher Anfang der Menschengeschichte* (1786): <https://korpora.zim.uni-duisburg-essen.de/kant/aa08/116.htm>

8. DIREITOS E JUSTIÇA

34. O ESTADO CONSTITUCIONAL EM PERIGO: CRISE DA REPRESENTAÇÃO E INSTITUIÇÕES JUDICIAIS SOB ATAQUE¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-34>

Fausto Vecchio

Um novo cenário na Europa: crise do constitucionalismo liberal-democrático e instituições judiciais sob pressão

Nos últimos anos, a observação comparativa dos sistemas políticos europeus mostra muito claramente como o surgimento de formações políticas populistas colocaram em discussão as dinâmicas de funcionamento dos sistemas constitucionais dos países envolvidos no processo de integração continental. Mais precisamente, em nome de uma concepção mais genuína e autêntica da democracia, o debate público europeu está reavaliando as estruturas constitucionais do século XIX e tem criticado, às vezes duramente, algumas instituições e princípios fundamentais do constitucionalismo liberal-democrático.

Esta tendência geral para rever os equilíbrios constitucionais não foi deixada no plano retórico de declarações políticas. Pelo contrário, tem sido registradas as mudanças práticas relevantes que afetam todos os níveis da organização institucional dos estados nacionais. Portanto, é possível observar uma tentativa de fortalecer as instituições expressivas da maioria política. Além disso, pelo menos nos países onde o fenômeno populista parece mais consolidado, parece possível começar a registrar problemas na proteção de certos direitos fundamentais. No entanto, se o que foi dito acima é verdadeiro, não há dúvida de que as mudanças mais significativas afetam a organização do sistema de freios e contrapesos e, em particular, para os mecanismos de funcionamento do poder judiciário. Neste sentido, pode ser interessante destacar que a importância dos processos de transformação em curso e a gravidade das consequências produzidas levaram recentemente a uma doutrina autorizada a afirmar

¹ Tradução do Italiano por Valentina Faggiani.

que “falar hoje da independencia dos tribunais não é o mesmo que se falava há vinte ou mesmo há dez anos²”.

É claro que se trata de fenômenos que se manifestaram de diferentes maneiras e com gravidade variável, dependendo dos contextos nacionais específicos. Sem a intenção de exaustividade, pode-se fazer referência aos acontecimentos que levaram à paralisia integral do sistema de justiça constitucional albanês e a aqueles que se arriscaram a bloquear o Tribunal constitucional eslovaco. Embora provavelmente tanto as *vetting law* albanesas³ como as repetidas negativas do presidente eslovaco para concluir o procedimento para a nomeação dos três juizes constitucionais⁴, não estejam incentivados por intenções autocráticas, eles expuseram seus respectivos países ao risco de manter em vigor medidas contrárias às constituições nacionais. Em segundo lugar, são observados episódios ocasionais de violações de ordens judiciais, independentemente do caso que levou às autoridades alemãs a rejeitar o pedido de asilo político de um guarda-costas de Bin Laden sem respeitar a inibitória judicial⁵, pode-se recordar dos acontecimentos muito mais graves que levaram as autoridades catalãs não se submeterem às decisões do Tribunal Constitucional sobre o referendo de secessão⁶ e o Governo romeno a não publicar no Diário Oficial (e, portanto, não observar) várias decisões do juiz constitucional nacional num caso sensível de *impeachment*⁷. Em terceiro lugar, além dos frequentes atos de intimidação e

² Assim, G. Raimondi, L'indipendenza delle Corti nel diritto costituzionale, Comparato ed Europea: o della prospettiva Europea Corte dei diritti dell'uomo em Diritti comparati, 2018, 3, 1 ss.

³Sobre a recente situação de paralisia da vid albanesa Tribunal Constitucional. A. Anastasi, Tribunal Constitucional Desafios para a Democracia na Albânia e em www.iconnectblog.com.

⁴As dificuldades encontradas pelo sistema Eslovaca de nomear três juizes constitucionais, ele é encaminhado para os pareceres da Comissão de Veneza n. 772 13 junho, 2014 (CDL-AD (2014) 015-e), e n. 877 de 13 de Março 2017 CDL-AD (2017) 001-e. Após a conclusão dos procedimentos de designação videira. M. Ovádek, Drama ou Serenity? Nomeações judiciais futuras no Tribunal Constitucional eslovaco em www.verfassungsblog.de. Em relação ao projeto falhou para reformar o processo de nomeação e problemas com o sistema eslovaca para a nomeação de nove quinta-feira cujo mandato termina em 2019 de fevereiro de confronto videira. M. Steuer, On the Brink da Polónia e Hungria Unir: A Noite de surpresas no Parlamento eslovaco, em www.verfassungsblog.de.

⁵ Servindo como indicado por M. Steinbeis, Lei e Sentiment em www.verfassungsblog.de, o pedido de asilo político guarda-costas de Bin Laden, que se arrependeu de ter sido torturado, foram rejeitadas pelas autoridades alemãs, apesar um ato judicial inibitória.

⁶ Para um relato dos eventos complexos que levou o Governo catalão não respeitar a decisão do Tribunal Constitucional espanhol, eu para a frente a JL Martí, sete etapas ao inferno: o agravamento Catalão Conflito no modo completo, em www.verfassungsblog.de.

⁷ Para mais informações sobre os desenvolvimentos relativos ao impeachment referendo de confirmação do presidente Basescu é encaminhado para F. Vecchio, O 'bagunça romena', a Europa e os riscos de involuções autoritários em C. Benlloch Domènech - PJ Pérez Zafrilla - J. Esteve Sarrión 'atuais desafios sociais e legais para a transformação da Europa, Granada, Comares, 2013, 118 ff.

perseguição dos expoentes do judiciário turco⁸, pode-se referir a ameaças denunciadas pelo Presidente do Supremo Tribunal da Bulgária⁹ e juízes constitucionais romenos¹⁰.

Além disso, em algumas jurisdições, houve tentativas de reforma para redimensionar a ação de controle do Poder do Judiciário: a vontade de subtrair as decisões políticas para a possibilidade de revisão judicial parece inspirar algumas alterações propostas à Constituição da Sérvia para reforçar o papel as forças majoritárias na nomeação de juízes do Tribunal constitucional¹¹, bem como algumas cláusulas ambíguas contidas na Declaração de Copenhague sobre os projetos de reorganização do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos¹².

E, finalmente, merecem uma referência separada aquelas situações em que as formações populistas elaboraram uma articulada estratégia coordenada para a "captura" do poder judiciário: tanto na Hungria¹³ como na Polónia¹⁴, embora seguindo caminhos pelo menos parcialmente incompatíveis, chegou-se a uma situação em que procuradorias, tribunais comuns, órgãos de governo da magistratura e juízes constitucionais são muito condicionados pelo poder executivo para tornar-se ferramentas úteis para reforçar a ação política da maioria.

Contra aquelas que parecem ser sérias ameaças à ordem constitucional europeia e aos valores em que se baseia, as instituições supranacionais, em busca de

⁸ Sobre os problemas do judiciário na Turquia v. L. Spencer, *Criminal judgeships Avenida da Paz da Turquia para Domestic viável?*, Em www.verfassungsblog.de.

⁹ A este respeito, v. R. Vassileva, o discurso *Disheartening* pelo Presidente do Supremo Tribunal da Bulgária que ninguém reparou em Bruxelas em www.verfassungsblog.de.

¹⁰ No ponto é encaminhado de volta para F. Vecchio, *op. cit.*

¹¹ Para crítica à proposta de emenda da Constituição da Sérvia v comentários. V. Besirevic, o projecto de alterações à Constituição sérvio: *Independência Judicial populismo antes*, em www.verfassungsblog.de.

¹² Neste sentido, a crítica de Donald A. - P. Leach, *um lobo em pele de cordeiro: Por que o Projeto de Declaração de Copenhaga deve ser reescrito* em www.ejiltalk.org e Id, *Copenhague: Manter no mantimento sobre .. Uma Resposta a Mikael Rask Madsen e Jonas Christoffersen na Declaração de Copenhaga do Projecto*, em www.ejiltalk.org e A. Follesdal - G. Ulfstein, *o projecto de Declaração de Copenhaga: cuja responsabilidade e Diálogo*, em www.ejiltalk.org?.

¹³ No que diz respeito à captura das instituições judiciais húngaras e mais geralmente para a involução autocrático da Hungria é encaminhado para F. Vecchio, *Teorie costituzionali alla prova. La nuova Costituzione della crisi ungherese comer metafora costituzionalismo Europeia*, Padova, CEDAM de 2013.

¹⁴ No que diz respeito desenvolvimentos relativos a Corte Constitucional polaco, é encaminhado para F. Vecchio, *La costituzionale crisi polacca, o bielorusizzazione dell'Europa orientale e Il processo di disintegrazione Europeia* em A. Perez Scopes - CE Raffiotta - G. Teruel Lozano, *Constituição e da Integração Europeia*, Madrid, Dykinson, 2017, 303. no que diz respeito à aprovação do projeto de lei para reformar o sistema judicial e da tentativa de capturar os juízes v comuns. M. Mazzini, *For da Europa Central Illiberal Democracias, o pior ainda está para vir*, no www.verfassungsblog.de; TT Koncewicz, *Farewell to a separação de poderes - No Purge Judicial ea captura no coração da Europa*, em www.verfassungsblog.de; M. Matczak, *o presidente Duda está destruindo o Estado de Direito em vez de fixar-lo* em www.verfassungsblog.de; e W. Sadurski,

superar um longo período de inércia substancial¹⁵, tentaram reagir. A primeira foi a Comissão Europeia: com uma comunicação em 2016 inaugurou uma estratégia para reforçar o Estado de direito e, apesar do silêncio dos tratados a esse respeito, foi estabelecido um procedimento para determinar a ação dos governos por meio do diálogo interinstitucional e a ameaça de ativar o mecanismo de sanção complexo previsto no art. 7, o par. 1 TEU¹⁶. Atendendo a este procedimento, a própria Comissão Europeia, na tentativa de considerar a gravidade do cenário que surgiu na Polônia, decidiu recorrer ao instrumento de sanções e depois de algumas advertências ao Governo polaco, envolver o Conselho, que poderia pronunciar-se a favor da existência de um 'risco evidente de violação grave "dos princípios liberal-democráticos e adotar sanções mais fortes¹⁷.

Em seguida, o Parlamento Europeu foi ativado¹⁸: Após a votação que os parlamentares europeus expressaram a favor do relatório preparado por Judith Sargentini, o procedimento de sanção previsto no art. 7 TUE também foi ativado contra a Hungria. E, finalmente, a Comissão recorreu ao Tribunal de Justiça da União Europeia¹⁹, pleiteando um recurso por descumprimentos relativos à legislação nacional de jubilação antecipada (considerada arbitrária) dos juízes Supremo Tribunal

¹⁵ Durante os anos em que o sistema constitucional húngaro foi distorcida por uma contingência política, houve uma fase de inércia substancial das instituições da UE. Embora não tinha poderes de execução, no entanto, as instituições do Conselho da Europa informou em um nível bastante oportunas desenvolvimentos problemáticos do sistema húngaro. Em particular, a Comissão de Veneza, com opiniões diferentes, tentou usar a sua influência para restaurar a ordem constitucional perturbado e valores fundamentais do direito europeu. De particular interesse é a publicação do chamado Estado de lista de verificação lei com a qual ele tem tentado melhor especificar o conteúdo de um princípio cujos contornos nem sempre são claras.

¹⁶ referência à pré-artigo 7º introduzido pela Comunicação da Comissão Europeia de 11 de Março de 2014, significativamente intitulado "Um novo quadro da UE para fortalecer o Estado de Direito" (COM (2014) 158 final) procedimento é feito. Para uma discussão sobre a proposta e articulada dos problemas é encaminhado para D. Kochenov - L. Pech, defender o Estado de Direito na UE: On 'Pré-Artigo 7 Procedimento' da Comissão como um passo tímido na Direção Certa em www.verfassungsblog.de e A. Galletti, Crisi dello stato polacca e paradossi di diritto: verso un nuovo "assassinio sull'Orient Express", em A. Perez Scopes - CE Raffiotta - G. Teruel Lozano - F. Vecchio?, *sovrantà e RAPPRESENTANZA*, Vol. I, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, 173 ff.

¹⁷ referência proposição é feita para ativar o procedimento previsto no artigo 7.º do TUE adoptada pela Comissão em 20 de Dezembro de 2017 (COM (2017) 835 final). Para mais detalhes, v. D. Kochenov - KL Scheppele - L. Pech, Ativação da Comissão Europeia, do artigo 7: melhor tarde que nunca, em www.verfassungsblog.de?

¹⁸ A este respeito, vid. Resolução do Parlamento Europeu de 12 de Setembro de 2018, sobre uma proposta solicitando ao Conselho, nos termos do artigo 7, parágrafo 1, do Tratado de Maastricht, considera que existe um risco claro de violação grave por Hungria dos valores em que se funda a União (2017/2131 (INL)). Para uma discussão desta iniciativa é encaminhado para K. Bachmann, para além do espectáculo: Decisão do Parlamento Europeu sobre o artigo 7.º do TUE Hungria, em www.verfassungsblog.de.

¹⁹ referência à auto VP TJCE 19 de outubro de 2018 Processo C-619/18 R, Comissão c feito. Poland.

polaco. O TJUE, seguindo as sugestões da doutrina²⁰, ignorou os problemas sensíveis de competência que afetavam a questão, e proferiu uma sentença histórica pela qual solicitou a suspensão temporária dessa reforma.

Embora estas iniciativas tenham sido inspiradas por um desejo comum de reagir a flagrantes violações dos valores fundadores da integração europeia, o resultado não foi homogêneo. Na verdade, por causa zelo que representantes dos executivos expressaram sobre a ideia de soberania nacional, o Conselho, que temia a criação de um precedente de uma forte interferência nos assuntos constitucionais internos de um país membro, manteve uma atitude bastante ambígua: depois de mais de um ano a partir do momento que ele foi chamado a intervir pela primeira vez, ainda não havia expressado seus pontos de vista nem no caso húngaro ou nem na situação polaca, tendo ainda manifestado através do Serviço Jurídico repetidamente sua oposição a algumas iniciativas da Comissão que visam introduzir sanções²¹.

Mais complexo, no entanto, é o julgamento sobre a ação cautelar do Tribunal de Justiça: após um primeiro momento em que instituições polonesas reagiram, apresentando um recurso para o Tribunal Constitucional nacional para verificar a inconstitucionalidade da decisão europeia²², parece que a ação dos juízes do Luxemburgo tiveram o efeito de induzir o legislador a retirar a reforma controversa do sistema judicial²³. Com base nesta constatação, pode-se pensar que a intervenção do juiz pode ser apropriada para restaurar a ordem constitucional perturbada e, em linha com a orientação doutrinária consolidada na ciência constitucional europeia, pode ser estrategicamente apropriada para contrariar a propagação do populismo e a afirmação de regimes autocráticos.

²⁰ Antes do pronunciamento, S. Biernat - M. Kawczyńska, Por Referência da Suprema Corte dos polônês on Independência Judicial admissível para o TJUE é, afinal, em www.verfassungsblog.de defenderam a legitimidade da intervenção do TJUE e respeito pelas regras competência.

²¹ A este respeito, em primeiro lugar você pode se referir a opinião com a qual o Serviço Jurídico tentou bloquear a adoção da Comunicação sobre o procedimento de pré-art. 7 ESE. Em segundo lugar, você pode se lembrar do parecer negativo do Serviço Jurídico sobre a proposta que a Comissão Europeia manifestou a intenção de introduzir formas de condicionalidade para o desembolso de fundos da UE. Para mais detalhes, KL Scheppele - L. Pech - RD Kelemen Nunca perdendo uma oportunidade de perder uma oportunidade: O Serviço Jurídico Parecer do Conselho sobre regra orçamento relacionadas com a UE da Comissão de mecanismo de lei em www.verfassungsblog.de.

²² Sobre os acontecimentos que levaram à ativação de um julgamento constitucional orientada para declarar inconstitucional a decisão do tribunal v Europeia. P. Bogdanowicz - M. Taborowski, Embora esta seja loucura, contudo há o método in't: Colocando o Tribunal Constitucional polaco contra o Tribunal do Luxemburgo, em www.verfassungsblog.de.

²³ Afirma-se por P. Bogdanowicz - M. Taborowski, por que a Comissão Europeia e os casos polonesa Supremo Tribunal não deve retirar o seu de Luxemburgo, em www.verfassungsblog.de em que destaca o fracasso da medida ea necessidade para não bloquear o processo perante o TJ.

No entanto, apesar do apoio dos primeiros comentaristas e independentemente do fato de que as razões que levaram os juízes de Luxemburgo a tomar uma posição contra as autoridades polacas possam ser compartilhadas perfeitamente²⁴, não parece provável que somente a ação judicial possa ser suficiente para reafirmar o equilíbrio do constitucionalismo liberal-democrático e proteger as instituições democráticas. Na verdade, não é supérfluo observar, mesmo sem querer subestimar as especificidades de cada situação, como todos os casos em que as jurisdições tenham estado sob pressão parecem ter em comum uma violenta explosão de tensão entre dois elementos que constituem a base do "Estado constitucional de direito"²⁵: Enquanto o princípio da soberania popular e o princípio da representação parlamentar parecem legitimar qualquer vontade do povo, alguns corolários de matriz liberal ligados à ideia do Estado de Direito (por exemplo, o princípio da separação de poderes) parecem afirmar a existência de limites jurídicos à ação de poder. Em outras palavras, a recusa de executar as ordens do poder judiciário, a "captura" de jurisdições, dificuldades operacionais dos tribunais constitucionais, as ameaças aos juízes e as tentativas problemáticas de reforma dos sistemas de justiça nacional e supranacional parecem estar de alguma maneira relacionados à vontade de reafirmar os espaços para tomadas de decisões políticas e de reagir perante certos abusos da hiper-constitucionalização dos ordenamentos jurídicos e do hiper-ativismo judicial.

Em confirmação do que acaba de ser dito, só para dar um exemplo, podemos dizer que é bastante evidente como certos excessos da tão celebre "*courtocracy*"²⁶ húngara influenciaram o regime autocrático estabelecido por Viktor Orbán²⁷. Da mesma forma, a ciência jurídica identificou a existência de contradições do mesmo tipo também em relação aos diferentes cenários catalães: por um lado, antes da ruptura constitucional pelo executivo de Puigdemont, a problemática da decisão de

²⁴ Em geral, a ideia de associar o TJUE para resolver alguns dos problemas associados com os regimes autocráticos instrução foi proposto por A. Von Bogdandy - M. Kottmann - C. Antpöhler - J. Dickschen - S. Hentrel - M. Smrkolj, *Reverse Solange - Proteja a Essência dos Direitos Fundamentais contra Estados-Membros da UE*, na Lei de Mercado de revisão comum, 2012, 49, 489 e ss. em relação ao caso da Polónia, D. Sarmiento, *Revolução Provisória* no www.verfassungsblog.de, que parece ser a intervenção judicial substancialmente favorável.

²⁵ Esta é a leitura atraente oferecida por Pitruzzella, *Stato di diritto, indipendenza Popolare delle Corti e sovranità: Armonia ou Conflitto*, em *Diritti comparati*, 2018, 3, 12.

²⁶ Esta expressão tem sido usada no regime político húngaro anterior para a nova Constituição da Páscoa por KL Scheppele, *Democracia pelo Judiciário* (tribunais ou Por que às vezes pode ser mais democrático que os parlamentos) em W. Sadurski - M. Krygier - A. Czarnota, *Repensar o Estado de Direito na Europa pós-comunista: Legacies passado, inovações institucionais, e discursos constitucionais*, Budapeste, Central University Press Europeia, 2005, 25 ff.

²⁷ F. Vecchio, *Teorie*, cit ..

conceder ao Tribunal constitucional novos poderes para lidar com as tensões separatistas iminentes²⁸; Por outro lado, vários comentários sobre os acontecimentos do referendo de 2017, destaca-se a relação entre a STC 31/2010, de 28 de Junho de 2010, sobre o estatuto e os eventos dos últimos meses²⁹. Da mesma forma, parece que praticamente todos os acontecimentos problemáticos mencionados nas páginas anteriores podem redirecionar a episódios de curto-circuitos entre a legitimidade política, que é derivada de imputar a decisão a uma vontade coletiva, e a legitimidade jurídica que procede do respeito às normas constitucionais³⁰.

As razões profundas para o estado atual da crise devem ser procuradas na tensão entre dois pilares do "estado constitucional de direito", é essencial repensar o modelo. Em particular, parece necessário revisitar criticamente as passagens que, na transição do "estado liberal de direito" para o "estado constitucional de direito", alteraram alguns dos equilíbrios entre o poder legislativo e o judiciário³¹. Portanto, com a intenção específica de destacar os limites da abordagem atualmente seguida pelas instituições nacionais e supranacionais para tentar reagir ao avanço do populismo e abordar a consolidação de regimes autocráticos, o presente trabalho examinará os principais acontecimentos que levaram à afirmação do estado constitucional de direito e refletirá criticamente sobre evolução e a configuração atual dos equilíbrios entre poder político e instituições de garantia a forma de um estado que agora é dominante na Europa. O objetivo é ser capaz de mostrar como, na ausência de uma estratégia destinada a reconhecer as rupturas entre os segmentos da sociedade que reivindicam a soberania popular e aqueles que defendem seus interesses em nome dos corolários liberais do estado de direito, a simples estratégia judicial pode vir a representar as contradições de que as formações populistas se alimentam e, apesar das boas intenções de seus partidários, podem até contribuir para o agravamento da situação

²⁸ Vid. a queixa de M. Azpitarte, *Catalonian Independentism, o Tribunal Constitucional espanhol e os perigos do Caminho do Meio*, em www.verfassungsblog.de.

²⁹ Poggeschi G., *The Catalogna: dalla storica nazione alla repubblica immaginaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018.

³⁰ G. Pitruzzella, *op. cit.*, 11, fala de "tensões" entre o circuito e que a política de direita.

³¹ Para uma releitura desta questão complexa é encaminhado para G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 2007.

Poder Legislativo e judiciário nos equilíbrios do Estado Liberal de Direito: o mito do século XIX, como "boca da lei"

A doutrina especializada tem destacado há muito tempo como as distorções decorrentes da afirmação definitiva da revolução industrial criaram as condições para a explosão das revoluções liberais dos séculos XVII e XVIII e para as profundas transformações constitucionais que produziram. Em particular, com o surgimento da burguesia, afirma-se um novo sujeito social que, em nome de uma nova racionalidade econômica, põe em tela a ordem tradicional e coloca as premissas para superar o estado absoluto e a afirmação de uma nova ordem constitucional burguesa.

No que diz respeito ao raciocínio a ser desenvolvido, pode ser interessante destacar como que são duas as ideias fundamentais sobre as quais se baseia a luta anti absolutista: por um lado, os protagonistas das revoluções liberais, ansiosos para distanciar-se da experiência do absolutismo real, exigem o reconhecimento da soberania popular entendida como o poder do povo para afirmar livremente as suas decisões e determinar o seu próprio destino; por outro lado, recordando os abusos dos soberanos após a paz de Vestfália, alegam que, ao contrário do *Maachtsstaat* (literalmente: estado sob a força), o novo aparelho institucional é criado comum *Rechtsstaat* (literalmente: "estado de direito"), capaz de fazer prevalecer a razão jurídica sobre o arbitrariedade do poder político³².

Apesar de ter em comum um desejo genuíno de democracia e um forte desejo de limitar os monarcas, estas são alegações de que, para uma certa falta de homogeneidade, são apenas parcialmente compatíveis entre si. Na verdade, como foi antecipado parcialmente no parágrafo anterior, se a soberania popular parece pressupor a possibilidade de as pessoas serem livres para tomar qualquer decisão, em vez disso, a ideia de um estado de direito parece ser baseada no desejo de identificar limites para a capacidade decisória dos detentores de poderes políticos³³.

Quase imediatamente, a existência dessas dificuldades em conciliar as ideias fundamentais da luta anti absolutista produz efeitos muito significativos em termos de realizações históricas concretas. Na verdade, a experiência das revoluções liberais dos

³² Lembre-se, G. Zagrebelsky, op. cit ..

³³ Análise também P. Ridola, *preistoria, origini e vicende de costituzionalismo* em P. Carrozza-A. Di Giovine-GF Ferrari, *Diritto costituzionale Comparato*, Laterza, Roma-Bari 2009, 3 ff., Parece orientada no sentido de uma certa heterogeneidade entre os vários órgãos originários da luta contra o absolutismo.

séculos XVII e XVIII diferia e, de alguma forma, pelo menos, surgiram soluções antitéticas³⁴. Enquanto nos Estados Unidos se afirma um sistema constitucional que, em nome do chamado *Rule of law*, leva a privilegiar princípios garantistas do Estado de direito, mesmo em detrimento da vontade coletiva, nos sistemas legais da Europa Continental do século XIX, os equilíbrios se invertem e, alinhados com a experiência da França revolucionária, prefere-se garantir a soberania popular. Assim, enquanto além do oceano se consolida uma forte ideia da constituição, o que leva a reavaliar o papel da representação parlamentar e à introdução de um controle jurídico sobre o respeito aos princípios liberais por formuladores de políticas, na Europa do século XIX se estabelece um constitucionalismo flexível que suporta apenas os limites sobre a vontade do povo e, portanto leva a conceder grande ênfase ao instituto da representação parlamentar e a negar a possibilidade de uma intervenção jurídica de controle sobre a decisão política.

É muito importante ressaltar as diferenças que, deste ponto de vista, separam as duas margens do Oceano Atlântico. Em consonância com a tradição britânica e uma concepção de democracia que valoriza os indivíduos e seus interesses, nos Estados Unidos, o juiz, considerado como o representante de liberdade e garantia que os direitos dos indivíduos não sejam derrotados, através da lei, por maiorias parlamentares, pode controlar a ação do legislador. Pelo contrário, à luz dos ensinamentos franceses e de uma concepção de democracia que valoriza a dimensão coletiva, na Europa, os juízes, percebidos como potenciais atores de uma restauração do *Ancien Regime*, não têm a possibilidade de pronunciar sobre a lei e, na tentativa declarada de sujeitar-se à vontade dos legisladores, são considerados meros "bocas da lei".

Esta diferença fundamental reflete-se em múltiplas questões de relevância estratégica para a vida de um ordenamento. No entanto, neste sentido cabe ressaltar como, atendendo a estes distintos é praticamente inevitável que se construam caminhos estrategicamente diferentes para conciliar a lei e a justiça e para evitar desvios perigosos entre os atos jurídicos e a organização social. Nos Estados Unidos, o juiz em última instância tem que ser o intérprete da ordem social e, mesmo quando a aplicação do direito positivo é imposta, tem que dar uma voz às demandas de Justiça da sociedade civil. Na Europa, pelo contrário, presume-se que, em virtude da ligação

³⁴ Vid. N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990.

com os eleitores, criado através do Instituto de representação, os parlamentos e, mais geralmente, as instituições representativas estão em melhor posição para dar uma voz à sociedade civil e realizar aspirações de justiça.

É claro que, devido à importância dos argumentos utilizados para defender essas diferentes visões ideológicas da relação entre juízes e instituições representativas, é difícil avaliar a nível teórico quais são realmente mais funcionais para as necessidades da democracia. Na tentativa de esclarecer o assunto, é, portanto, essencial afastar-se do nível de avaliações teóricas para retornar ao plano mais concreto da análise da realização histórica. Deste ponto de vista, é historicamente difícil negar que o modelo de estado que emergiu da Revolução francesa acabou por ser menos estável do que o que surgiu após a revolução gloriosa inglesa e a revolução americana: diante da instabilidade endêmica que caracteriza os sistemas políticos instituídos na Europa a partir das guerras napoleônicas e culminou com a afirmação dos regimes totalitários da primeira metade do século XX, tanto o ordenamento inglês e como americano mostra uma capacidade surpreendente para se adaptar às mudanças históricas e provar ser muito mais adequado para evitar as experiências traumáticas do velho continente:³⁵.

Por outras palavras, a experiência da Europa continental revela os limites e as dificuldades enfrentadas pelos modelos em que a tarefa de conciliar eficazmente o direito da sociedade civil e as exigências da justiça é confiada exclusivamente na representação parlamentar e em que os juízes são configurados como meros bocas da lei. O Mesmo colapso do estado liberal de direito e a afirmação relacionada de regimes autoritários e totalitários parecem ser uma consequência direta do fracasso das estratégias utilizadas na Europa para dar voz a uma sociedade civil que, devido à dificuldade objetiva de representar sua complexidade crescente, sente traído por parlamentos e, no nome da ideia da representação, concentra o poder em Leviatãs modernos³⁶.

³⁵ Assim, N. Bobbio, *op. cit.* ..

³⁶ Sobre o tema v. as intuições fundamentais de S. Romano, *o stato moderna e la sua crisi*, Pisa, Vannucchi, 1909 e C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, Milano, Giuffrè de 1981.

Poder Legislativo e Poder Judiciário nos equilíbrios do Estado constitucional: a função reguladora subsidiária das jurisdições

As breves considerações que se desenvolveram no capítulo anterior deveriam ser suficientes para perceber as razões que, por trás do parêntese dos regimes totalitários do século XX, levaram a Europa a questionar os modelos da sua tradição jurídica. Mais precisamente, depois de constatar que as tragédias do século XX podem reconduzir para as dificuldades de governar eficazmente uma sociedade civil que, devido aos avanços tecnológicos, tem interesses diferenciados e, portanto, torna-se cada vez mais complexa e articulada, os Estados da Europa continental não desconhecem os valores fundamentais resultantes das revoluções burguesas da era moderna; no entanto, para garantir a estabilidade política, eles decidem reconstruir a ordem constitucional a partir da escolha fundamental do pluralismo. Se, durante o século XIX, o desenvolvimento social da burguesia se traduz na afirmação de ordens constitucionais fortemente centradas na racionalidade, após a segunda guerra mundial, entende-se que a complexidade social e a correspondente ausência de uma classe impedem a afirmação de uma constituição de classe e que, a fim de alcançar essa base ampla de consenso essencial para garantir o funcionamento efetivo das novas cartas constitucionais, devem ser procurados compromissos sofisticados entre as diferentes facções.

A decisão fundamental do pluralismo tem enormes consequências do ponto de vista da forma de estado. Isso levou os acadêmicos mais atentos, em uma tentativa de apontar as diferenças com o "estado liberal de direito" do século XIX, a começar a falar sobre "Estado Constitucional de Direito". Em primeiro lugar, no novo quadro constitucional, são utilizadas técnicas de escrita de texto diferentes daquelas utilizadas no passado: ao contrário da experiência do estado de direito liberal, os constituintes europeus do período pós Segunda guerra mundial, em vez de definir de uma vez por todas os pontos de equilíbrio entre os interesses sociais conflitantes, que devem ser regulados, eles escolheram dar aos sistemas uma certa dose de flexibilidade e, para esse fim, deliberadamente usam fórmulas de compromisso abertas a interpretações diferentes ou mesmo antitéticas³⁷.

³⁷ Vid. R. Bin sobre Ordine norme delle e disordine Concetti dei (e vice-versa). Por teoria una delle Fonti quantistica de diritto em G. Brunelli, A. Pugiotto, Veronesi P., Il diritto costituzionale regola comer e limitar a potere. Scritti em onore di Lorenza Carlassare, I, Napoli, Jovene, 2009, 35 ff.

Embora se possa fazer as mesmas considerações sobre todos os textos constitucionais adotados neste período, parecem ser emblemáticas as prescrições da Constituição italiana em matéria de igualdade ou relações econômicas. Em segundo lugar, se afirma o princípio da normatividade da Constituição e, em contraste com a ideia antiquada da norma constitucional como regra política, se afirma imediatamente o caráter prescritivo do dispositivo constitucional. E, finalmente, ao passo em que se reafirmam solenemente os princípios da soberania popular e de representação, elabora-se um conceito de democracia que se preocupa com maneiras de garantir a proteção dos seus próprios interesses e de se oporem a um possível abuso de poder político. Para evitar que maiorias políticas contingentes possam assumir o controle total das instituições e perturbar o bom funcionamento dos sistemas políticos, se afirma o princípio da rigidez constitucional e, além de definir procedimentos dificultadores para modificar as cartas, mecanismos institucionais estão previstos para garantir o cumprimento efetivo das disposições constitucionais. Todos estes fatores têm em comum a sua capacidade de alterar profundamente a relação entre o poder legislativo e o judiciário. Na verdade, a técnica de redação escolhida pelos constituintes tem um efeito significativo sobre essa relação complexa: tendo os constituintes escolhido fazer uso extensivo de cláusulas abertas a múltiplas interpretações, os intérpretes têm sido capazes de determinar quais dos muitos significados possíveis deve ser atribuído ao caso concreto da exegese. As normas do texto constitucional também parecem ir na mesma direção: facilitando o recurso a utilização de técnicas de interpretação manipuladoras da disposição normativa (considerar uma interpretação coerente), o princípio permite que juízes ordinários afetem mais significativamente nas regras do direito positivo. Dessa forma, para evitar que o princípio da constituição rígida se torne vazio, os sistemas constitucionais introduzem os tribunais constitucionais (ou seja, novos sujeitos institucionais de natureza substancialmente judicial) e por meio do controle de constitucionalidade, lhes confiam o poder de cuidar para que as instituições representantes não extrapolem os limites estabelecidos na Constituição.

A aspiração ao pluralismo após a Segunda Guerra Mundial permite ao juiz descartar o papel de mero "boca da lei" e recuperar o papel mais ativo que já tinha antes das revoluções liberais, colocando-o em posição de influenciar as decisões tomadas pelas instituições representativas³⁷. Em outras palavras, uma vez adquirida a

consciência dos limites da representação para as aspirações à democracia, os sistemas europeus retornaram à sua concepção do poder judicial e se inspiram no modelo em que nos Estados Unidos se firmaram há mais de um século: tendo constatado que o parlamentarismo sozinho não consegue por si só dar voz a uma sociedade civil cada vez mais complexa e os danos causados pela concentração de poder nas mãos de ditadores que supostamente representam a vontade coletiva da vontade coletiva, inclusive na Europa continental, criam-se as condições para que, de maneira similar ao ocorrido além do oceano, os juízes intervenham como intérpretes da ordem social e, longe de configurar-se como meros exegetas dos textos jurídicos, garantem as instâncias de justiça.

Do ponto de vista teórico, há uma abundância de razões para justificar esta mudança. Elas induzem a pensar que, de fato, o juiz se encontra em uma posição melhor para assegurar que as decisões legais concretas respondam a ideia de justiça difusa em alguma sociedade³⁸. Em primeiro lugar, convém perceber que, diferentemente das instituições representativas que tem uma legitimidade essencialmente política e em muitos casos pagam a inexperiência devida ao período limitado de seu mandato, os juízes são funcionários especializados que têm legitimidade técnica e jurídica e durante a sua vida profissional, eles têm a capacidade de consolidar um grande arcabouço de experiências e habilidades. Além disso, ao contrário de intervenções legislativas que visam regular a questão no nível geral e abstrato, os tribunais se pronunciam em um caso específico e concreto e pode destacar um número de elementos desconhecidos para o legislador, embora relevantes. A todo o exposto também pode-se adicionar que os juízes se pronunciam em um momento posterior aos decisores políticos e esta circunstância dá-lhes uma vantagem temporal que pode ser muito importante para alcançar a justiça social e costurar rupturas sociais.

A análise histórica também parece confirmar o que foi afirmado no nível teórico. Na verdade, o modelo do Estado Constitucional de Direito e o pluralismo constitucional ligado a ele conseguiram garantir aos sistemas políticos europeus uma estabilidade até então desconhecida³⁹. Uma evidência importante neste sentido é que, a partir do momento histórico em que a Itália e a Alemanha o adotaram, o Estado Constitucional de Direito se espalhou em quase todo o velho continente: em primeiro lugar, todos os Estados ao longo século XX excedeu regimes de direita (Portugal e Espanha) e

regimes de esquerda (países do bloco socialista) adotaram o quadro institucional da regra constitucional de direito e da democracia consolidaram liberal⁴⁰; Por outro lado, até mesmo países como a França, que são culturalmente ligados a um forte papel de representação e têm tradicionalmente levantadas preocupações sobre eventuais abusos do poder judiciário têm vindo gradualmente a modelo⁴¹.

No entanto, deve-se notar que, ao longo dos anos, esta tendência tem aumentado significativamente ao ponto de questionar os equilíbrios originais. Certamente várias causas contribuíram para este fenômeno. Sem tentar dar uma representação exaustiva de um fenômeno muito complexo, por exemplo, podemos lembrar como a criação de um sistema de tribunais europeus em diálogo com os juízes nacionais certamente facilitou esta tendência para a expansão do sistema judiciário³⁸.

Além disso, a forte aceleração do progresso tecnológico no desenvolvimento da dinâmica da globalização criou condições para uma maior expansão: por um lado, distinguir os interesses a serem protegidos e produzindo assim outras lacerações no tecido social, a difusão de técnicas cada vez mais inovadoras criou lacunas regulatórias que foram preenchidas por intervenções "substitutivas" do poder judiciário; por outro, as dificuldades e os custos políticos que, diante de problemas anteriormente desconhecidos, as instituições representativas encontraram no desenvolvimento de soluções para a paz, levaram-nos a desistir do seu papel e a referir-se à jurisprudência segmentos inteiros de regulação. Como exemplo, basta pensar em eventos relacionados à fertilização assistida ou ao fim da vida.³⁹

Assim, se nas intenções dos constituintes europeus, aos tribunais correspondia uma função essencialmente reativa e corretiva, na prática, as razões teóricas e os bons resultados do modelo do estado constitucional têm impulsionado para afirmação de um sistema em que, provavelmente além das intenções originais, a antiga visão liberal do judiciário foi completamente revertida e isso, embora de forma subsidiária, desempenhou um papel pró-ativo. Longe de serem meros bocas da lei, passivamente sujeitas à vontade de instituições representativas, as jurisdições tornaram-se o eixo do sistema institucional e a garantia do equilíbrio de poderes: aproveitando cada vez mais a inércia frequente do legislador e a necessidade de preencher certas lacunas nos

³⁸ Para mais detalhes sobre esta questão v. F. Vecchio, *Primazia e salvaguardar Europeia diritto delle identità costituzionali: effetti asimmetrici dell'europeizzazione dei controlimiti*, Torino, Giappichelli de 2012.

³⁹ Neste sentido, é emblemático episódio referido por G. ZAGREBELSKY, *O Tribunal de Justiça na política* Em *Quaderni costituzionali*, 2005, 2, 273 s.

tribunais devido ao surgimento de problemas anteriormente desconhecidos, os juízes, além do desempenho da função judicial tradicional, de fato acabaram realizando uma regulamentação subsidiária tradicionalmente reservada ao poder legislativo e, em certa medida, a acompanharam.

Conclusões. As razões para a crise de um modelo e os perigos do fetichismo institucional

A relação entre o poder legislativo e o judiciário que se desenvolveu nos últimos anos teve um impacto profundo nos equilíbrios dos sistemas constitucionais europeus. Em primeiro lugar, a doutrina não deixou de destacar como a transformação do papel do juiz produziu uma importante contradição teórica no modelo: em contraste com as promessas de democratização relacionadas à cultura constitucional e a idéia de que todo o poder pode, em última instância, ser vinculado a uma vontade coletiva legítima, são criadas as condições para o exercício de um poder de natureza substancialmente decisória que parece dissociado de nexos imediatos com a comunidade de referência.

Além disso, a nível teórico, essa transformação teve outra consequência importante: além das importantes questões relativas à coerência da estrutura atual com as aspirações básicas da cultura constitucional, a nova função social do poder judicial determinou as condições teóricas para uma responsabilidade sem precedentes: se os juízes não são mais meros bocas da lei e têm um papel ativo na configuração da ordem, pelo menos a partir de um nível lógico, eles de alguma forma assumem a responsabilidade das contradições do mau funcionamento do sistema.

Embora perturbador, certamente estas aporias teóricas não podem escandalizar. Embora represente um perfil de fraqueza do sistema do Estado constitucional, deve-se ter em mente que não existem modelos perfeitos e, acima de tudo, que o verdadeiro teste da estabilidade desses sistemas é representado pela capacidade do judiciário de fazer justiça e costurar as rupturas da sociedade civil de referência. De fato, por um longo tempo, as contradições mencionadas não resultaram em uma ameaça real para os equilíbrios do estado constitucional, devido à capacidade dos membros do poder judiciário de desenvolver a delicadíssima função social que o sistema o atribui.

No entanto, é preciso estar ciente de que, exatamente por causa de suas fraquezas teóricas, esse equilíbrio ainda é precário e que a sua manutenção eficaz está ligada, em qualquer caso, à capacidade dos seus intérpretes de fazer justiça. A este respeito, deve-se notar que há uma abundância de razões para o desânimo. Na verdade, como a doutrina não deixou de salientar, parece que tem se desenvolvido um círculo vicioso muito perigoso que ameaça o bom funcionamento das instituições⁴⁰: por um lado, a tendência de expandir os poderes de intervenção do Judiciário acaba afetando a capacidade do legislativo para responder aos problemas sociais; por outro lado, o enfraquecimento inevitável do legislativo que segue a intervenção do Judiciário induz atores sociais a buscar a proteção do Poder Judiciário e a criar condições para introduzir novas limitações.

Assim, com uma dinâmica que, até certo ponto se auto alimenta, as instituições representativas, institucionalmente chamadas para dar voz às comunidades representadas, acabam sendo limitadas e, paradoxalmente por instituições judiciais, anteriormente configuradas como contrapoderes que carecem da legitimidade para decidir, e acabam assumindo a responsabilidade por decisões graves aos olhos da opinião pública. Neste sentido, não é surpreendente que, em países onde o populismo se afirma, a estratégia de atacar em conjunto a velha classe dominante e as instituições judiciais encontre um popular tão importante: se, como parece objetivamente inegável, os tribunais desempenharam um papel (às vezes muito importante) na sua criação de ordenamentos jurídicos que, correta ou incorretamente, despertam o descontentamento popular, é inevitável que o desejo de mudar termine afetando também os juízes.

As preocupações suscitadas no início em relação à estratégia seguida pelas instituições europeias para responder aos problemas causados pelo populismo parecem, portanto, mais compreensíveis. Com efeito, a ação do marco institucional supranacional parece regressar aos paradoxos que acabamos de ver: num quadro em que o Conselho parece dificultar qualquer iniciativa de abordar os problemas mais espinhosos e em que a Comissão e o Parlamento levaram anos para tomar uma posição sobre avaliações sensíveis da oportunidade política, cabe ao Tribunal de Justiça assumir o encargo de intervir a fim de tentar resolver um problema muito sensível e,

⁴⁰ Vid. S. Staiano, di Em teoria tema e ideologia de legislatore Giudice, em www.federalismi.it.

com toda a probabilidade, crucial para o futuro da Europa⁴¹. Em outras palavras, em vez de tentar atacar as razões para o descontentamento social que alimentam o consenso dos partidos populistas, nos apegamos às construções jurídicas que desempenharam um papel na ascensão dos populismos e, em vez de buscar uma solução estrutural aos problemas, nosso objetivo é revelar um sistema que mostre gargalos óbvios. Esta é uma contradição óbvia. Em conclusão, parece possível afirmar que, na ausência de uma iniciativa política forte, a intervenção do Tribunal de Justiça, por mais generosa e indispensável, corre o risco de não resolver problemas e até mesmo de agravar a solução.

⁴¹ Sobre os perigos do populismo para a Europa F. VECCHIO, *O crisi costituzionale*, Cit..

35. A EFICÁCIA DA CARTA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA MAIS RECENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-35>

Augusto Aguilar Calahorro¹

I. INTRODUÇÃO

A eficácia da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) está no cerne do desenvolvimento do constitucionalismo multinível e é um espelho da sua crise. Todo discurso sobre constitucionalismo, por mais que ocupe muitos níveis, deve seguir centrado nas pessoas, na capacidade de emancipação e proteção dos seres humanos (a dignidade humana como “premissa antropológica” do Estado constitucional²) que dispensam os sistemas jurídicos constitucionais.

Um discurso jurídico sobre a eficácia da CDFUE deve, portanto, ter como finalidade revelar a verdadeira capacidade real e efetiva desta para garantir os direitos que prescrevem às pessoas.

Nesse contexto, conforme recentemente observou o professor CRUZ VILLALÓN, estamos diante de “uma série de obstáculos ou de um triplo salto mortal³”, pois a CDFUE tem, inevitavelmente, uma eficácia dinâmica que deve lidar com os limites de seu passado internacional e as expectativas de seu presente constitucional.

Por isso, é necessário que repensemos questões clássicas de Direito internacional público e atuais de Direito constitucional europeu para compreender o processo de evolução em torno da eficácia da Carta europeia.

¹ Professor de Direito Constitucional da Universidade de Granada. Tradução: Michel Ferrari Borges dos Santos e Milena Veloso de Linhares – Revisão: Robison Tramontina.

² P. HÄBERLE, “El Estado Constitucional Europeo”, *Revista de Derecho constitucional Europeo*, nº 11, 2009, p. 413 e ss.

³ Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, “La incidencia de la Carta (DFUE) en la confluencia de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la ineficacia horizontal de las directivas: de *Kükukdeveci* a *Dank Industri*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 21, 2017, p. 101 e ss.

II. OS CIDADÃOS E O DIREITO EUROPEU

Se algo tem revolucionado o processo de integração europeia numa perspectiva jurídica, é a posição concedida aos cidadãos na esfera internacional, ou seja, os cidadãos são sujeitos de Direito supranacional como os poderes públicos e os Estados⁴. É revolucionário, pois não podemos esquecer que a origem do ordenamento europeu é o Direito internacional.

Segundo a clássica definição do Direito internacional público, deve-se entender por subjetividade, no âmbito do direito internacional, a idoneidade para ser “titular de relações jurídicas subjetivas atribuídas pelo Direito internacional⁵”. Durante todo o século XIX e até meados do século XX, a doutrina internacionalista se esforçou para determinar a quem eram dirigidas as normas de Direito internacional. A preocupação era compreender quem eram os titulares de tais direitos e deveres. A conclusão predominante foi de que os indivíduos entravam na esfera jurídica internacional não como sujeitos de direitos, mas sim como meros objetos⁶.

Essa tese foi baseada em três argumentos⁷.

Em primeiro lugar, o Direito internacional era um complexo de normas destinado a regular as relações entre os Estados, portanto, eles eram os únicos destinatários.

Em segundo lugar, a sociedade internacional se fundava nas relações entre entes autônomos, independentes e formalmente iguais (Tratado de *Westfalia*), razão pela qual se devia excluir os indivíduos por estarem subordinados aos Estados – os verdadeiros sujeitos⁸. Era através dos ordenamentos dos Estados e de seus poderes

⁴ Acórdãos do “Tribunal de Justiça” (SSTJ) de 5 de fevereiro de 1963 *Van Gend en Loos*, C-26/62; e de 15 de julho de 1964, *Costa contra ENEL*, C-6/64.

⁵ Veja-se Cfr. F. MASTROMARTINO, “La soggettività degli individui nel diritto internazionale”, *Diritto e questioni pubbliche*, n.10, 2010, p. 416. Também G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell’ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1951, p. 9. «[p]er ‘soggettività’ in ambito internazionale la dottrina conviene di intendere l’idoneità di un ente ad essere reso dal diritto internazionale titolare di situazioni giuridiche soggettive».

⁶ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Priulla, Palermo, 1949, p. 60: «Come non è possibile determinare a priori il dominio personale di validità del diritto interno, così è impossibile determinare a priori la cerchia dei soggetti del diritto internazionale. Il giurista [...] ha il compito di vedere volta a volta, sulla base delle singole disposizioni vigenti, quali ne sono i destinatari». Citado por Mastromartino, ver nota 6.

⁷ F. MASTROMARTINO, “La soggettività degli individui nel diritto internazionale”, *Diritto e questioni pubbliche*, n.10, 2010, p. 416.

⁸ S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1939, p. 60. F. MODUGNO, *Legge-ordinamento giuridico. Pluralità degli ordenamenti*, Giuffrè, Milán, 1985, p. 253 e 255.

públicos que se concedia eficácia aos direitos e deveres dos cidadãos prescritos nas cartas e convênios internacionais.

E em terceiro lugar, o argumento de que “os indivíduos não possuem, por iniciativa própria, os meios necessários para fazer cumprir o Direito internacional a seu favor⁹”.

Esses argumentos incorporam a “tese negativa” do Direito internacional, que nega aos cidadãos a subjetividade desse ramo do Direito. Assim, não basta ser destinatário de direitos ou obrigações de normas internacionais, mas é necessário ter a capacidade de exigir sua aplicação em favor de pretensões subjetivas e, sobretudo, que esta capacidade esteja estabelecida no próprio ordenamento internacional, e não pelo ordenamento estatal¹⁰.

Para os internacionalistas, as capacidades dos cidadãos para atuar em âmbito internacional (perante um tribunal internacional ou como destinatários das normas internacionais) eram apenas um reflexo mediato das obrigações dos Estados signatários.

Como observou QUADRI, quando os tratados internacionais falam de direitos e deveres dos particulares, não fazem outra coisa que não seja obrigar os Estados a atribuir e, respectivamente, impor aos indivíduos, mediante seu ordenamento jurídico interno, tais direitos e deveres. Assim, a fonte desses direitos se encontraria no direito interno dos Estados¹¹.

Também para teoria do Direito, para KELSEN, as proposições normativas internacionais nas quais se expressavam direitos ou deveres dos indivíduos,

⁹ F. MASTROMARTINO, cit. p. 416

¹⁰ Veja-se M. DÍAZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, décima terceira edição, Tecnos, Madrid, 2002, p. 250-251. Também G. ARANGIO RUIZ, “Gli enti soggetti dell’ordinamento [Rectius ”del Diritto”] Internazionale”, <http://www.gaetanoarangioruiz.it/publications/gli-enti-soggetti-dellordinamento-rectius-del-diritto-internazionale/>. A. CASSESE distingue sujeitos jurídicos de «soggetti formulari». A. CASSESE, “Individuo (diritto internazionale)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 185-186.: “Perché un ente possa essere definito titolare di situazioni giuridiche soggettive, occorre non solo che tali situazioni risultino garantite, ma anche che i meccanismi idonei ad assicurare la loro concreta attuazione non dipendano solo ed esclusivamente da altri enti, ma possano essere messi in moto dallo stesso ente interessato, o quantomeno abbiano un carattere tale da non abbisognare di essere promossi da altri soggetti»; «Un ente può essere considerato destinatario di norme di un certo ordinamento solo se le garanzie di tali norme sono concretamente apprestate dall’ordinamento stesso”.

¹¹ Cfr. R. QUADRI, *La sudditanza nel diritto internazionale*, CEDAM, Padova, 1935, p. 58 citado em F. MASTROMARTINO, cit. p. 20. O texto literal é: “Quando i trattati internazionali parlano di diritti, doveri, ecc. dei singoli, non fanno altro che obbligare gli Stati ad attribuire e rispettivamente imporre agli individui, mediante i loro ordinamenti giuridici interni, i diritti e i doveri di cui è parola. Cosicché la fonte di questi va sempre ricercata nel diritto interno degli Stati [...]”.

expressavam a simples atribuição indireta (ou seja, através do ordenamento jurídico dos Estados) de deveres e direitos¹².

Para esta doutrina, os verdadeiros titulares das relações jurídicas de normas internacionais seriam “não aos entes a quem essas normas são dirigidas, mas sim, exclusivamente, aos entes que também foram dotadas, diretamente pelo próprio sistema jurídico internacional, de um poder de ação funcional de exercício dos direitos que lhe são atribuídos¹³”. “Diretamente” é a palavra-chave.

Autores como CASSESE¹⁴ ou SPERDUTI consideraram que essa doutrina do Direito internacional se inspirou em uma concepção realista baseada no princípio da efetividade¹⁵. Essa postura é resumida pela doutrina anglo-saxônica como: “*Legal action is the index of juristic personality*”¹⁶.

Essa postura negativa, do começo do século passado, foi pouco a pouco superada pela internacionalização dos direitos humanos, que vem acontecendo desde o fim da II Guerra Mundial. Desde os julgamentos de Nuremberg (e do reconhecimento da responsabilidade penal internacional dos indivíduos) até o Estatuto da Corte Penal Internacional, passando obviamente pela clareza da Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas até chegar ao revolucionário protocolo nº 11 do Convênio Europeu de Direitos Humanos. Esses marcos jurídicos históricos mudaram, sem dúvida, a perspectiva do cidadão em relação ao Direito internacional e, particularmente, a natureza dos direitos humanos que os convênios e tratados lhes concedem. Ao mesmo

¹² H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, México, 14ª edição, 2005, p. 178 e ss. [Trad. Roberto. J. Vernengo].

¹³ Cfr. F. MASTROMARTINO, cit. p. 428. Tradução própria.

¹⁴ “Dire che un ente è titolare di un diritto soggettivo o di una pretesa quando esso risulta radicalmente privo di qualsiasi mezzo per garantire effettivamente l’attuazione di tali asserite situazioni giuridiche, ed invece di siffatta attuazione dispone a sua assoluta discrezionalità un altro ente (lo Stato nazionale), significa assegnare un valore puramente nominalistico al concetto di soggettività»; «Perché un ente possa essere definito titolare di situazioni giuridiche soggettive, occorre non solo che tali situazioni risultino garantite, ma anche che i meccanismi idonei ad assicurare la loro concreta attuazione non dipendano solo ed esclusivamente da altri enti, ma possano essere messi in moto dallo stesso ente interessato, o quantomeno abbiano un carattere tale da non abbisognare di essere promossi da altri soggetti»; «Un ente può essere considerato destinatario di norme di un certo ordinamento solo se le garanzie di tali norme sono concretamente apprestate dall’ordinamento stesso”. A. CASSESE, “Individuo (diritto internazionale)”, *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1971, p. 186-189.

¹⁵ Sperduti concebe “il diritto internazionale come ordinamento che realisticamente si adegua alle proprie basi sociali [...] e assume come direttiva di coordinare il proprio sviluppo evolutivo all’evoluzione di dette basi, ossia all’evoluzione della struttura stessa della società Internazionale”. em G. SPERDUTI, *L’individuo nel diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 11-16.

¹⁶ Cfr. D.P. O’CONNELL, *International law*, Stevens and Sons, Londra, 1970, p. 81; citado em F. MASTROMARTINO, cit., p. 429.

tempo, a Constituição normativa e pluralista foi imposta na Europa, centralizada na premissa cultural antropológica da dignidade humana.

No entanto, as raízes do discurso pesam ainda sobre o desenvolvimento progressivo do sistema multinível de proteção de direitos, levantando questões que transcendem o âmbito *iuspublicista* e transcorrem em paralelo à ciência constitucional, até colidirem no processo de integração europeia.

Das doutrinas negativas originais sobre a subjetividade do Direito extra-Estatal, interessam duas ideias neste momento: i) as consequências de se vincular a ação processual com o direito subjetivo. ii) a ideia de que os direitos e deveres internacionais têm uma eficácia mediata desenvolvida através dos poderes públicos estatais – *Drittwirkung* –.

i) Os direitos e suas garantias no âmbito internacional

Por um lado, como acabamos de dizer, os que negavam que os cidadãos fossem considerados sujeitos do Direito internacional por sua falta de capacidade para forçar a aplicação desse direito em favor de pretensões subjetivas, içaram uma concepção “realista”, baseada no princípio da efetividade. Resumindo, poderíamos dizer que se o Direito internacional expressa direitos para os cidadãos e que eles não possuem capacidade para fazê-los valer perante os demais sujeitos, então não podem ser chamados de verdadeiros direitos subjetivos, sob pena de tornar o Direito internacional um mecanismo vazio para a resolução de conflitos interpessoais¹⁷.

A vinculação entre a subjetividade jurídica no Direito internacional e a capacidade de exercer uma ação processual para garantir pretensões jurídicas baseadas em direitos subjetivos, levantou, e ainda suscita, sérias discussões científicas. Como observa MASTROMARTINO “fazer a atribuição da subjetividade de um ente depender do reconhecimento da sua capacidade de atuação, significa confundir a causa, a subjetividade, com seus efeitos. Essa confusão – a sobreposição da capacidade de *jouissance* com a *capacité d'exercice* – traz a origem do nexó que a doutrina internacionalista, de impressão realista, supõe entre os conceitos de ‘sujeito jurídico’ e

¹⁷ Sobre as conotações de internacionalismo e inter personalismo, ver G. ARANGIO-RUIZ, “Dualism revisited: international law and interindividual law”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n.4, 2003, p. 909 e ss.

de ‘direito subjetivo’ e que termina por esvaziar os direitos, atribuídos aos indivíduos pelo direito internacional, devido à sua natureza de direitos fracos e não garantidos¹⁸”.

A partir desse entendimento se critica a posição positivista sustentada pelo próprio KELSEN¹⁹, para quem ‘direitos subjetivos’ seriam aquelas situações jurídicas cuja garantia consiste em outra situação jurídica destinada a tornar o sujeito titular da primeira situação jurídica – capaz de fazer valer suas próprias prerrogativas frente a outro sujeito – imputando-lhe obrigações e proibições correspondentes.

Tal postura também foi criticada por FERRAJOLI. Para ele, equiparar os direitos com suas garantias significa negar, entre outras consequências, o importantíssimo avanço dos direitos sociais e de sua internacionalização²⁰.

Essa crítica, numa perspectiva própria do Direito constitucional europeu, foi expressa brilhantemente pelo juiz PESCATORE nas primeiras décadas da construção europeia:

[...] temos na reserva um ditado que diz: *Ubi ius ibi remedium* (que...) reflete o pensamento jurídico mais moderno, segundo o qual, o fenômeno fundamental é o direito material, enquanto os trâmites processuais possuem apenas um caráter instrumental relacionado à substância do direito – direito material. É a diferença, segundo a sistemática alemã, (...) entre (...) o pensamento em categorias de direito material contra o pensamento em categorias de soluções processuais. A ideia é que a função do processo judicial é consolidar, e não condicionar a vigência do direito material. Devemos tomar cuidado neste passo, para que nosso ditado não se inverta em um: *Ubi remedium ibi ius*, o que caracteriza a atitude fundamental da *Common law*, onde aparentemente a existência de um direito subjetivo decorre da existência do procedimento, e não o inverso²¹.

Certamente, deve-se considerar que existem importantes diferenças de resultado na fundamentação dos direitos caso se utilize de um pensamento baseado em categorias de direito material ou um pensamento baseado em remédios processuais. Que no sistema multinível se impôs a ideia de que existe um direito material com conteúdos mínimos comuns, e que eles se enriquecem através dos distintos procedimentos de garantia que podem desenvolver-se nos diferentes níveis –

¹⁸ Cfr. F. MASTROMARTINO, cit., p. 431. Tradução própria.

¹⁹ Cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, México, 14^a edição, 2005, p. 178 e ss. [Trad. Roberto. J. Vernengo].

²⁰ Cfr. L. FERRAJOLI, *Derecho y Garantías, la Ley del más Débil*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.

²¹ P. PESCATORE “La interpretación del derecho comunitario por el juez nacional”, *Revista de Instituciones Europeas*, nº 1. v. 23, 1996, p. 7-32.

sem que o direito subjetivo desapareça porque os remédios são menores no plano internacional e maiores no constitucional, mas, ao contrário, o direito substantivo pode pouco a pouco desenvolver-se e se enriquecer pelos diferentes remédios processuais. Mas, interessa destacar, em nível internacional, que a impossibilidade de invocar direitos subjetivos internacionais perante a jurisdição resulta na perda de eficácia ou *effet utile* de qualquer compromisso internacional²².

Assim sendo, deve-se entender (como fez o Tribunal de Justiça da EU – TJUE – em interpretação dos Tratados Fundacionais da União) que a forma mais efetiva de assegurar a vinculação dos poderes públicos nacionais aos compromissos internacionais é permitir, a cada um dos cidadãos, que baseie suas pretensões subjetivas em direitos e deveres internacionais e invoque suas normas perante a jurisdição²³. Os procedimentos de invocação do Direito têm dois resultados diretos sobre a constitucionalização dos sistemas jurídicos e sua estrutura.

Por um lado, com a possibilidade de os cidadãos invocarem pretensões baseadas em disposições internacionais, garante-se o cumprimento das obrigações dos Estados derivadas das convenções e tratados – é a natureza vinculante dos compromissos internacionais.

Por outro lado, os procedimentos de invocação do Direito pelos cidadãos perante a jurisdição abrem uma via jurídica que pode contribuir para a legitimação do ordenamento internacional. Refiro-me ao papel dos cidadãos no desenvolvimento da “infraestrutura social”²⁴ e no êxito do Direito, destinado a resolver conflitos provocados pelas relações globais (a nível europeu). Parafraseando LAENAERTS, podemos afirmar que qualquer ordenamento que parta de normas legais que prometem uma realidade que os cidadãos não podem desfrutar, acabará perdendo, na prática, toda a credibilidade, por isso “uma mais efetiva e orientada aplicação do Direito [e dos direitos] pode ajudar a restaurar a fé em sua própria razão de ser. Uma

²² Assinala-se que o princípio do efeito útil dos tratados internacionais tem sido muito importante para que o TJUE estenda a eficácia direta do Direito da União para determinadas qualidades diretivas, com base nos compromissos internacionais assumidos pelos Estados. Ver como exemplo os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 1970 e 1974, respectivamente dos processos 9/70, *Grad*, e 41/74, *Van Duyn*.

²³ Na jurisprudência, *Van Gend en Loos* y *Costa c. Enel*. Ver nota 1. Na doutrina, remete-se essencialmente à obra de A. WARD, *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EC Law*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 158.

²⁴ F. MASTROMARTINO, cit., p. 431.

abordagem mais uniforme na invocação do Direito pode contribuir para fortalecer sua legitimidade²⁵”.

Por essa razão, é compreensível a postura realista, que embasa a efetividade do Direito internacional na negação do cidadão como sujeito do Direito internacional. Ou o cidadão pode desfrutar efetivamente dos direitos previstos pelas normas internacionais ou não é sujeito de nada.

Para BOGDANDY “a função primeira da ciência jurídica como uma ciência prática, [...] consiste no “cuidado” de uma importante “infraestrutura” social, principalmente na produção e na garantia da transparência e coerência do Direito²⁶”.

Em outras palavras, essa ideia realista do Direito internacional, naquilo que nos interessa, não somente nega a subjetividade dos indivíduos e dos cidadãos, por serem destinatários de direitos que não têm capacidade de pleiteá-los por si mesmos (vinculando a ideia de direitos subjetivos com suas garantias); mas também vincula a própria ideia de Direito (com letras maiúsculas) ao verdadeiro gozo dos direitos pelos cidadãos²⁷. E essa é uma lição necessária que devemos levar em conta, pois o Direito é um mecanismo para resolução de conflitos sociais e se esse mecanismo perde sua capacidade para resolver esses conflitos, os cidadãos recorrem a vias extrajudiciais, normalmente violentas, que resultam na perda da utilidade e da eficácia do Direito.

Por esta razão, deve-se ser cauteloso ao invocar uma disposição legal como um direito ou de se afirmar que os cidadãos são titulares de direitos subjetivos quando não se tem mecanismos para garanti-los. Os remédios processuais não podem ser tratados de forma meramente instrumental em relação aos direitos materiais, pois para a válida existência do Direito, eles têm um componente legitimador e reforçam seu caráter vinculante.

²⁵ K. LAENARTS e T. CORTHAUT, “Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU Law”, *European Law Review*, n.31, 2006, p. 287 e ss.

²⁶ A. BOGDANDY “Notas sobre la ciencia del Derecho europeo: contexto, debates y perspectivas de desarrollo de la teoría general del Derecho de la Unión Europea desde el punto de vista alemán”, *Teoría y realidad constitucional*, nº 5, 2000. p. 304-305.

²⁷ Isso fundamenta o Direito internacional no princípio da efetividade, pois, como observa Sperduti, o Direito internacional se concebe como um ordenamento que “realisticamente” se adapta às bases sociais e assume como diretiva coordenar seu próprio desenvolvimento com o desenvolvimento dessas bases, ou seja, com a evolução da própria estrutura da sociedade internacional. G. Sperduti *L'individuo nel diritto internazionale*, cit., p. 11 e 16.

ii) A eficácia mediata dos direitos

A partir da doutrina *iuspublicista* sobre a subjetividade, podemos destacar um segundo elemento que converge com a teoria constitucional. Os sujeitos de Direito internacional devem ser dotados “diretamente” pelo próprio sistema jurídico internacional de um poder de ação para exercer os direitos que lhes são atribuídos²⁸. Por essa razão, os cidadãos não se consideram sujeitos de Direito, pois são os Estados que impõem aos indivíduos, mediante seu ordenamento interno, tais direitos e deveres. A fonte de direito dos cidadãos se torna o ordenamento interno do Estado e não o Direito internacional, que expressa apenas uma atribuição indireta (ou seja, feita através do ordenamento jurídico dos Estados) de deveres e direitos.

Esse caráter mediato, que faz com o que cidadãos percam a subjetividade na esfera dos direitos internacionais, é comparável (*mutatis mutandi*) com a dogmática constitucional sobre a eficácia horizontal dos direitos fundamentais entre particulares ou *drittwirkung*²⁹. Uma categoria que cada vez com mais intensidade se movimentou para o âmbito da proteção internacional dos direitos³⁰.

Na esfera internacional europeia, esta tem sido a abordagem do Tribunal Europeu de Direitos Humanos³¹, e também o da Corte interamericana³².

²⁸ F. MASTROMARTINO, cit. p. 428

²⁹ Para toda definição da STC 53/1985, que segue substancialmente o decidido no Caso Lüth, do Tribunal Constitucional Federal Alemão (1958): os direitos fundamentais são direitos de defesa do cidadão contra o Estado; no entanto, incorpora-se também uma ordem de valores objetiva, válida para todas as esferas, que levam à obrigação dos poderes públicos de garantir direitos nas relações horizontais, seja através do legislador, seja através do aplicador do Direito. E sua versão da *State Action* norte-americana, no caso Adickes v. Kress (1970), em que se concede eficácia horizontal aos direitos constitucionais, quando o particular aparentemente age de maneira lícita de acordo com um costume ou uso do Estado ou com o envolvimento de um funcionário (convalidação de um ato por um juiz).

³⁰ Ver, por exemplo, J. ALFARO, “De nuevo sobre la Drittwirkung de los derechos fundamentales”. Disponível em: <https://almacenederecho.org/nuevo-la-drittwirkung-los-derechos-fundamentales/> (2019-01-14); M. BELADÍEZ “La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 21, 2017.

³¹ É a conhecida teoria das “obrigações positivas do Estado”. Acórdãos do Tribunal Europeu de Direitos Humanos *Airey c. Irlanda*, de 9 de outubro de 1979; *Lopez Ostra c. España*, de 9 de dezembro de 1994; e *Ilascu y otros c. Moldavia y Rusia*, de 8 de julho de 2004.

³² Embora em âmbito internacional/interamericano tenha se recorrido aos princípios de *Ius Cogens* para aprofundar a mesma ideia, indiretamente o Estado é responsabilizado pela falta de proteção dos direitos no âmbito das relações de trabalho. Veja-se “consulta de opinião” solicitada pelo México à CIDH 18/03 sobre a condição jurídica dos imigrantes. 2002 STS EE.UU Hoffman Plastic Compounds v. National Labor Relations Board. A CIDH estabelece que a Carta interamericana dispõe de normas de *ius cogens*. Em uma relação de trabalho regida pelo direito privado, deve-se levar em conta que existe uma obrigação de respeito aos direitos humanos nessa relação (Consulta de opinião n. 18/03, parágrafo 140). A obrigação imposta pelo respeito e garantia dos direitos humanos frente a terceiros se baseia também na concepção de que os Estados determinam seu próprio ordenamento jurídico, que regula as relações entre particulares e, portanto, o direito privado, devendo também zelar para que nas relações

Destacamos, especialmente, a utilização dessa doutrina no progressivo desenvolvimento da teoria dos direitos no âmbito da União europeia. Por exemplo, como afirmou CRUZ VILLALÓN, nas alegações finais do caso *AMS* “o problema do que é frequentemente chamado de *Drittwirkung*, [...] consiste em compreender que a obrigação dos particulares em respeitar os direitos e liberdades dos outros vem normalmente imposta, de forma imediata e direta, pelo próprio poder público. A partir dessa perspectiva, a ideia de sujeição dos particulares aos direitos fundamentais se traduz frequentemente no “dever de proteção” dos direitos por parte do poder público [...]. E a noção de eficácia horizontal se traduz em um aumento marcante da presença do interprete jurídico dos direitos fundamentais na gestão das relações jurídico-privadas³³”.

Da mesma forma, o Advogado Geral POIARES MADURO, nas suas alegações finais, no caso *Viking*, adotou essa posição na esfera das liberdades econômicas, “uma maneira comum de conferir força normativa aos direitos constitucionais nas relações horizontais é considera-los vinculantes para o juiz na resolução de casos concretos entre particulares. Seja ao interpretar uma cláusula contratual, ao se pronunciar em um pedido de indenização ou de medidas cautelares, o órgão judicial, como órgão do Estado, está obrigado a proferir uma sentença que respeite os direitos constitucionais das partes. A delimitação dos direitos individuais assim procedida é conhecida como *mittelbare drittwirkung* ou efeito horizontal indireto. O resultado é que as normas constitucionais dirigidas ao Estado se transformam em normas jurídicas que se aplicam entre os particulares, ilustrando que “o estado é o terceiro que em todo litígio entre particulares” e o é através da própria lei e do juiz que a aplica³⁴”.

Como sabemos, a nível interno, esta eficácia mediata se dá especialmente nos casos de direitos de conteúdo prestacional, econômicos e sociais, que requerem, por um lado, o *interpositio legislatoris* para determinar as condições jurídicas de efetividade do direito e, por outro lado, de um procedimento jurisdicional para sua invocação. A ideia da sujeição dos particulares a alguns direitos subjetivos,

privadas entre particulares os direitos humanos sejam respeitados, caso contrário o estado pode ser responsabilizado pela violação desses direitos (Consulta de opinião n. 18, parágrafo 147).

³³ Conclusões do Advogado Geral Cruz Villalón, apresentadas em 18 de julho de 2013, processo C-176/12, *Association de médiation sociale (AMS)*, pontos 36 e 37.

³⁴ Conclusões do Advogado Geral Maduro, apresentadas em 23 maio de 2007, processo C-438/05, *Viking Line*.

especialmente os de conteúdo social e económico, se traduz frequentemente no “dever de proteção” dos direitos por parte do poder público e na ineficácia horizontal deles.

Com essa breve exposição, destacamos duas ideias. Em primeiro lugar, há um paralelismo inicial entre a doutrina *iuspublicista*, que nega subjetividade aos cidadãos por não estarem dotados diretamente, pelo sistema jurídico internacional, de um poder de ação para exercer os direitos que a eles são atribuídos³⁵ com a doutrina constitucional que entende pela necessidade de *interpositio legislatoris* e mediação jurisdicional para conceder eficácia horizontal aos direitos constitucionais, especialmente os de conteúdo econômico e social. Isso permitiria transportar questionamentos propriamente constitucionais para a esfera internacional dos direitos e abrir um campo interessante de estudo. Por exemplo, a questão da eficácia dos direitos internacionais nas relações horizontais. Esse campo de estudo foi explorado, ainda que com cautela, pelos advogados gerais do Tribunal de Justiça da União Europeia para resolver questões importantes sobre a natureza do ordenamento europeu. Por exemplo, no caso *Viking* acima citado, o Advogado Geral POLLARES MADURO considerou que “em essência, não há nenhuma diferença” entre a delimitação dos respectivos âmbitos de proteção de direitos no efeito horizontal indireto ou no efeito horizontal direto, ainda que nessas conclusões o próprio autor argumenta que em alguns casos (como no caso *Schmidberger*³⁶) o efeito indireto permite aos tribunais resolver o conflito sem ter que sopesar os direitos das partes que entram em conflito, ou seja, sem realizar a ponderação dos direitos envolvidos no caso concreto. Alinhar a doutrina *iuspublicita* da subjetividade com a doutrina constitucional do *Drittwirkung*, em um simples olhar, já levanta as deficiências dogmáticas no ordenamento internacional em torno das questões da ponderação de direitos e de seus limites.

Em segundo lugar, deve-se considerar que em um mundo economicamente globalizado, perdem eficácia os direitos que não podem ser manejados frente aos poderes econômicos, grandes empresas ou multinacionais, em relações entre particulares e, especialmente, na esfera jurídico-privada das relações de trabalho ou de consumo. Nem um nem o outro seriam resolvidos através da interposição e mediação

³⁵ Ver G. ARANGIO-RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento [Rectius "del Diritto"] Internazionale*. Disponível em: <http://www.gaetanoarangioruiz.it/publications/gli-enti-soggetti-dellordinamento-rectius-del-diritto-internazionale/gli-enti-soggetti-dellordinamento-rectius-del-diritto-internazionale/>. Acessado em 18 de fevereiro de 2019.

³⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de junho de 2003, *Schmidberger*, C-112/00.

dos poderes públicos estatais, o que redundava em uma perda de efetividade ou legitimidade ou *effet utile* do Direito internacional como mecanismo de resolução de conflitos.

iii) A revolução Europeia

Como dissemos ao início, se algo revolucionou o processo de integração europeia sob o ponto de vista jurídico, foi a posição concedida aos cidadãos na esfera internacional. Os cidadãos são sujeitos de Direito supranacional, da mesma forma que os poderes públicos e os Estados. Essa ideia revoluciona o sistema jurídico internacional, pois estabelece as bases de uma comunidade de Direito, que é o que diferencia o âmbito internacional do âmbito supranacional, da UE³⁷. A aplicação do *Rule of law* à esfera externa do Estado.

Os poderes públicos e os cidadãos estão vinculados ao Direito europeu, como fonte autônoma e com eficácia própria, e suas relações se regem por normas que se impõe a todos eles³⁸.

A consideração da União Europeia como uma comunidade de Direito implicou a equiparação da força dos tratados constitutivos à mais elevada manifestação do *rule*

³⁷ Quanto à dimensão materialmente constitucional dos Tratados e a transformação da *Rule of Law* a nível supranacional, é clássica a referência ao acórdão do Tribunal de Justiça, de 23 de abril e 1986, *Parti écologiste "Les Verts"*, C-294/83, em que o TJUE explicita sua ideia de constitucionalização do ordenamento europeu através da interpretação dos tratados, declarando: "A Comunidade Económica Europeia é uma Comunidade de Direito, na medida em que nem seus Estado-membros e nem suas instituições podem evitar o controle da conformidade de seus atos com a carta constitucional fundamental, que é o Tratado". E de forma definitiva no parecer do TJUE 1/91, de 14 de dezembro de 1991, sobre o acordo do Espaço Económico Europeu: "Embora o Tratado CEE tenha sido celebrado em forma de convênio internacional, não deixa de ser a carta constitucional de uma Comunidade de Direito". Como observa L.M. DÍEZ- PICAZO, *Constitucionalismo de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002, p. 202: "a consideração da União Europeia como uma Comunidade de Direito significou igualar a força dos Tratados constitutivos à mais elevada manifestação do *rule of law* a nível nacional, ou seja, não somente como princípio de legalidade, mas também como princípio de constitucionalidade". De todos, remeto a B. DE WITTE, "Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order", em CRAIG, P., e DE BURCA, G., *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, Oxford, New York, 1999, p. 208. Sobre as implicações da Carta para a construção da comunidade supranacional do direito, veja-se F. BALAGUER CALLEJÓN, "Soluciones apócrifas a problemas ficticios. Un comentario al dictamen del Consejo de Estado sobre el Tratado por el que se establece una constitución para Europa", *La ley*, n. 5, 2004. G. CÁMARA VILLAR, "Los derechos fundamentales en el proceso histórico de construcción de la Unión Europea y su valor en el Tratado Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n. 4, 2005.

³⁸ Também pode ser destacada, como um dos primeiros reconhecimentos por um Tribunal Constitucional da natureza constitucional "em certo sentido" dos Tratados, a Portaria do Tribunal Constitucional Federal alemão *BverfGE*, 22, 293, *EcuG-Verordnung*, de 18 de outubro de 1967, ordenação onde os efeitos de primazia e eficácia direta são reconhecidos, mas considerando que a atribuição de competência não é absoluta e pode haver limites para a eficácia do direito europeu no âmbito interno. O TCFA qualifica o Tratado CECA como a Carta Constitucional da Comunidade.

of law em nível nacional, isto é, não somente como princípio de legalidade, mas também como princípio de constitucionalidade³⁹.

Essa comunidade de direito é construída sobre dois princípios pretorianos elaborados pela jurisprudência do TJUE: a primazia do Direito europeu e sua eficácia direta. Estes princípios significam que os cidadãos podem invocar disposições europeias para fundamentar pretensões subjetivas perante o sistema jurídico dos Estados membros e que, em caso de contradição, deve prevalecer a norma europeia⁴⁰.

Situar os cidadãos como sujeitos do Direito europeu e estabelecer um espaço supranacional regido pelo *Rule of Law* é o ponto de partida para a constitucionalização da União europeia, que distingue precisamente a natureza do ordenamento europeu do ordenamento internacional:

- A natureza de sujeitos de Direito dos cidadãos, baseada na capacidade de requerer seus direitos, através de pretensões subjetivas, diretamente em disposições europeias, que podem ser invocadas perante a jurisdição. Dito de outro modo, a vinculação entre direitos subjetivos e sujeitos de direito, baseada em remédios processuais.

- A autonomia do Direito europeu, que significa que a fonte de tais direitos subjetivos são os próprios tratados, que possuem uma eficácia específica e autônoma em relação aos poderes públicos estatais: eficácia direta e primária. A eficácia do Direito europeu decorre de forma direta e autônoma dos próprios tratados, sem necessidade de mediação pelo Estado.

Se este é o ponto de partida da constitucionalização do Direito europeu, o atual ponto de desenvolvimento deveria ser a entrada em vigor da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que constituiu a materialização dos postulados de um sistema constitucional baseado, até 2009, na construção jurisprudencial do TJUE. Mas, paradoxalmente, a eficácia da Carta pôs em questionamento a natureza da União, a ponto de assumir um verdadeiro passo atrás, em direção à re-internacionalização do processo de integração.

Até recentemente, poderia se afirmar que a Carta não atribuía diretamente direitos aos cidadãos e nem poderia ser diretamente invocada na maioria dos casos, mas requeria a mediação do legislador dos Estados – o que resultava em uma perda de

³⁹ L.M. DÍEZ PICAZO, *cit.*

⁴⁰ Dentre outros autores, recomenda-se a leitura de A. AGUILAR CALAHORRO, *La Dimensión Constitucional del principio de primacía*, Madrid: Thomson Reuters- Aranzadi, 2005.

sua efetividade nas relações entre particulares. Obviamente, essa afirmação parecia reverter a subjetividade dos cidadãos europeus até os postulados *iuspublicistas*, que comentamos até agora.

III. A EFICÁCIA DA CARTA E SUAS DÚVIDAS

No processo de redação, positivação e posterior entrada em vigor da Carta no Tratado de Lisboa, em 2009, surgiram muitas dúvidas doutrinárias sobre sua verdadeira eficácia⁴¹. Essas dúvidas giram em torno do capítulo VII, as cláusulas horizontais. As disposições gerais expressam o âmbito de aplicação dos direitos, seu alcance e o nível de proteção, ou seja, sua verdadeira eficácia. E essa eficácia vem predeterminada pelo princípio da atribuição de competência.

Ao longo do Tratado de Lisboa e da própria Carta, repete-se como um mantra que ela não alarga o âmbito de aplicação do ordenamento jurídico da União, não cria competência ou missões novas para a União, também não modifica as competências e missões definidas nos tratados (51.2 CDFUE y 6.3 TUE)⁴². Isso significa que a positivação da Carta se encontra justaposta na distribuição de competências predeterminada nos tratados. Os direitos fundamentais da Carta não refletem por si mesmos, como é próprio da sua natureza, a forma de exercício do poder público, seus contornos e limites em relação aos cidadãos. Para conhecer a verdadeira eficácia e alcance dos direitos da Carta (isto é, qual o exercício de poder que limitam e em que medida), deve-se conhecer a repartição de competências trazida no texto dos tratados da União, do princípio da subsidiariedade e, inclusive, de eventual diálogo entre cortes

⁴¹ P. CRUZ VILLALÓN, “La Carta, o el convidado de piedra. (Aproximación a la Parte II del proyecto de Tratado / Constitución para Europa)”, em C. Closa Monterio e N. Fernández Sola (Coords.) *La Constitución de la Unión Europea*, (pp. 185-197), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 185; criticou naquele momento que a introdução da Carta na Constituição europeia foi um processo de “juridificação” e constitucionalização muito mais aparente que real. Embora isso não obste o autor de conceder atualmente toda a notoriedade da existência de uma Carta de Direitos Fundamentais da União: “Em suma, a comunhão constitucional europeia encontra hoje uma peça básica de sua complexa estrutura em um documento não menos complexo, presidido por um título, embora mal compreensível: ‘Carta dos direitos fundamentais da União Europeia’. Uma norma jurídica dotada da mais alta classificação no ordenamento jurídico da União”. CRUZ VILLALÓN (2017) *cit.*

⁴² Conforme explicações da CDFUE, “Trata-se de mencionar explicitamente o que logicamente se infere do princípio da subsidiariedade e do fato de que a União possui apenas poderes de atribuição. Os direitos fundamentais garantidos na União só são eficazes no âmbito das competências que definem os Tratados. Por conseguinte, a obrigação das instituições da União, em conformidade com o segundo período do n. 1, de promover os princípios enunciados na Carta só pode ocorrer dentro dos limites das competências citadas”.

constitucionais em sua versão de *ultra vires review*⁴³.

Os principais obstáculos à eficácia da Carta, derivados das disposições gerais que regem a sua interpretação e aplicação, são os seguintes:

a) A incisiva distinção entre princípios e direitos. Os direitos fundamentais da Carta como limites ao exercício do poder público supranacional ficam comprometidos pela diferença imposta entre os princípios e direitos do Artigo 52.5 CDFUE, na versão de 2007. A diferença essencial, de acordo com a Carta, reside na questão de que princípios “devem ser observados”, ao invés de “respeitados” (como assentado aos direitos); devem “ser aplicados mediante atos legislativos ou executivos”, de modo que sua eficácia seja mediada. A eficácia dos princípios é reduzida “para os tribunais, somente quando se trata da interpretação ou revisão” dos atos da União, que os desenvolvem sem que possam operar como “direitos imediatos”, mas como um incentivo para o desenvolvimento “de ações positivas das instituições da União ou das autoridades dos Estados-Membros”⁴⁴.

O problema é que não se especifica com clareza, nem no texto e nem nas explicações que acompanham a Carta, quais disposições concretas são princípios e quais são direitos. Apenas alguns exemplos são apresentados para fins ilustrativos, observando também que, em algumas disposições, podem se encontrar ao mesmo tempo direitos e princípios e, em maior medida, que algumas disposições denominadas

⁴³ Referimo-nos à possibilidade de os tribunais constitucionais estaduais negarem a eficácia de uma disposição de direito europeu por transcender o âmbito de competência da União. Por um lado, apesar dos progressos na concretização do princípio da atribuição de competências no Tratado de Lisboa, a natureza finalista das competências da União continua a dificultar a compreensão do seu alcance, o que resulta no âmbito de aplicação dos direitos da Carta. Veja-se, a propósito, a publicação das decisões *Melloni* e *Åkerberg*, Editorial da *European Constitutional Law Review* n° 9, 2012, p. 172 e ss: “Nevertheless, even if it is not certain where Union law begins and ends at this moment, it is certain that its scope will expand with the use that the Union legislature makes of its ‘new’ competences, especially in the field of home affairs and justice, domains in which fundamental rights are perhaps even more fundamental than in other domains”. Como indicam os Tratados (art. 5.3 TUE) e a própria Carta, o âmbito das competências não exclusivas da União deve situar-se no contexto dinâmico do princípio da subsidiariedade (K. LENAERTS, “Exploring the limits of the EU Charter of fundamental rights”, *European Constitutional Law Review*, n° 8, 2012, p. 377 e ss.) com a complexidade que isso acarreta, dado o procedimento dos Protocolos anexados ao Tratado.

⁴⁴ Veja explicações sobre o artigo 52.5 da Carta.

princípios podem ser direitos e vice-versa⁴⁵. A incerteza sobre os princípios, como a doutrina aponta, é prejudicial à eficácia de todos os direitos da Carta⁴⁶.

b) O artigo 51.1 da Carta tem duas facetas problemáticas. Por um lado, “as disposições da presente Carta são dirigidas às instituições, órgãos e organismos da União, respeitado o princípio da subsidiariedade, bem como aos estados-membros *unicamente quando apliquem o Direito da União*⁴⁷”. A Carta limita o poder público das instituições da União, mas também dos Estados, quando eles atuam como meros “agentes da União”. Nessa afirmação se apresenta uma dupla funcionalidade da Carta⁴⁸, que vincula ao mesmo tempo as instituições da União e aos Estados membros. É aqui que a cláusula do princípio da atribuição de competência apresenta sua força. A CDFUE, com “o mesmo valor jurídico dos Tratados (art. 6.1 TUE)”, implica o mesmo compromisso aos Estados que o direito originário: limita e obriga suas atuações no interior da distribuição de competências entre a União e estados membros.

Os problemas relativos à capacidade da Carta para limitar o poder público se concentram precisamente no espaço em que são os poderes públicos dos Estados que atuam na aplicação do Direito. É aqui que devemos determinar se o fazem a partir da base legal dos tratados ou de suas próprias constituições. No primeiro caso, os limites à atuação do poder serão determinados pelo conteúdo dos direitos da Carta. No

⁴⁵ Veja as explicações que acompanham a Carta, concretamente, a explicação sobre o artigo 52.5, cujo último parágrafo estipula: “[a] título ilustrativo, exemplos de princípios reconhecidos pela Carta incluem, entre outros, artigos 25, 26 e 37. Em certos casos, um artigo da Carta pode incluir elementos que derivam de um direito e um princípio, por exemplo, os artigos 23, 33 e 34”. H. C. H. HOFFMAN e B. C. MIHAESCU, “The relation between the Charter’s fundamental rights and the Unwritten General Principles of EU Law: Good administration as the Test Case”, *European Constitutional Law Review*, nº 9, 2013, p. 73-101, eles expressam a complexidade em torno do direito a uma boa administração, onde um terceiro elemento em disputa aparece: os princípios gerais do direito da União e a relação não hierárquica entre direitos, princípios e princípios gerais. Para LENAERTS (2012) *cit.*: “(...) the scope of application of the Charter and that of general principles of EU law should overlap. A dual regime should be avoided, since it would give rise to arbitrary divergences as to the actual quality and potency of those rights”, p. 402.

⁴⁶ S. PRECHAL, “Rights v. Principles, or how to remove fundamental rights from the jurisdiction of the courts”, em J. W. De Zwaan et al (Eds.), *The European Union: An ongoing process of integration – Liber amicorum Alfred E. Kellerman*. La Haya, 2004, p. 177 e ss. J KROMMENDIJK, “Principled silence or mere silence on principles? The role of the European Charters Principles in the case law of the Court of Justice”, *European Constitutional Law Review*, nº 11, 2015, p. 321-356. Assim como explica CRUZ VILLALÓN nas conclusões do caso AMS, ap. 44: “Apenas é necessário começar por avisar como, na arquitetura da Carta, a categoria geral para a qual escolheu em sua própria denominação, os “direitos fundamentais”, em relação aos seus conteúdos deve ser previsível. Em outras palavras, nenhum conteúdo da Carta, em suas determinações substantivas, deve ser retirado da categoria de “direito fundamental”. Convém advertir, e isso pode parecer menos óbvio, que a circunstância de que um determinado conteúdo substantivo da Carta apareça, em algum outro lugar dela, qualificado como “direito”, não é ele descartado como um candidato à categoria “princípio”, no sentido do n. 5, artigo 52”.

⁴⁷ Itálico adicionado.

⁴⁸ CRUZ VILLALÓN (2017), *cit.* p. 87.

segundo caso, pelo conteúdo dos direitos fundamentais da Constituição do Estado, sendo que esse conteúdo pode não coincidir com o da Carta⁴⁹. Portanto, é essencial definir o quadro de competências da União e dos Estados antes de conceder um tipo ou outro de eficácia à Carta.

Por outro lado, o artigo 51.1 da Carta mostra um posterior problema de omissão, a saber, o da eficácia horizontal da Carta. Essa é uma omissão grave, tendo em conta a dimensão econômica do processo de integração europeia.

Na realidade, essas duas facetas, sua dupla funcionalidade e sua eficácia horizontal, possuem uma mesma origem, conforme veremos a seguir.

i) O artigo 51.1 e os diferentes níveis de proteção

A jurisprudência do TJUE sobre o artigo 51.1 da Carta tem sido problemática. As contrariedades têm um núcleo claro: a colisão entre o nível de garantias da Carta e das constituições. Tal como o Tribunal de Justiça da União Europeia salientou no célebre caso Melloni⁵⁰, se se autoriza de forma geral que “um Estado-Membro aplique a norma de proteção dos direitos fundamentais garantida pela sua constituição, quando for mais elevada do que a norma derivada da Carta (...), se prejudicaria o princípio do primado do direito da União, dado que permitiria que um Estado-Membro colocasse obstáculos à aplicação de atos do direito da União plenamente em conformidade com a Carta, quando não respeitaram os direitos fundamentais garantidos pela Constituição desse Estado”. O nível de garantias constitucionais não é aplicável, nos termos do artigo 51.1, quando os Estados aplicam o direito da União. Por isso, é indispensável determinar em que casos isso ocorre, pois, por aplicação do

⁴⁹ Veja-se acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia de 26 de junho de 1997, C-368/95, caso *Familiapress*; de 12 de junho de 2003, C-112/00, caso *Schmidberger*; de 11 de dezembro de 2007, C-438/05, caso *Viking Line*. Essa colisão é chamada pela doutrina europeia de *derogation situation* (LENAERTS, 2012:383, *cit.*). A doutrina se encontra dividida entre duas perspectivas basilares (Editorial *Eu Const*, 2013: 170, *cit.*): a perspectiva *universalista*, que prega a unificação de valores compartilhados através do procedimento jurisdicional (F. JACOBS, “Human rights in the European Union: the role of the Court of Justice”, *European Law Review*, n° 26, 2001, p. 331. M. CARTABIA, “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, n° 5, 2009, p. 19. I. PERNICE, “Multilevel constitutionalism and the crisis of democracy in Europe”, *European Constitutional Law Review*, n° 11, 2015, p. 541-562. P. CRUZ VILLALÓN: 2017: p. 90, *cit.*) e, portanto, a necessidade de que o conteúdo dos direitos da Carta coincida com o das Constituições estaduais através de garantias mínimas; e a *historicista* ou *particularista*, que proclama a diferença de efetividade e alcance do conteúdo dos direitos em diferentes níveis de proteção multinível de acordo com as escolhas sociais particulares de cada Estado (veja-se as conclusões do Advogado Geral Bott 2 de outubro de 2012, caso *Melloni*, C- 399/11, parágrafo 109).

⁵⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro de 2013, Melloni, C-399/11, n. 58.

Direito da União, deve-se entender tanto o momento em que os poderes públicos atuam como meros agentes de aplicação, como o momento em que incorporam a normativa comunitária, adotando normas internas exigidas pelo direito europeu⁵¹.

No mesmo dia em que foi publicado o caso *Melloni*, o TJ decidiu o caso *Åkerberg Fransson*⁵², esclarecendo essa ideia: “numa situação em que a ação dos Estados-Membros não é inteiramente determinada pelo Direito da União, as autoridades e os tribunais nacionais continuam habilitados para aplicar normas nacionais de proteção dos direitos fundamentais, desde que essa aplicação não afete o nível de proteção previsto na Carta, segundo sua interpretação pelo Tribunal de Justiça, nem à primazia, à unidade e à eficácia do direito da União”. Ou seja, quando o direito europeu atua com força “uniformizadora” e ocupa todo o espaço normativo, o nível de garantia dos direitos será exclusivamente o da Carta, que, se fosse inferior ao das constituições nacionais, se aplicaria prioritariamente. Se, em contrapartida, o direito europeu permitisse uma margem de discricionariedade aos Estados para a sua aplicação, então estes poderiam impor o nível de garantias mais elevado das suas constituições⁵³.

Essa dupla nuance levou a que, na minha opinião, o debate jurisdicional sobre a eficácia da Carta se desenvolvesse em torno da margem de discricionariedade deixada aos Estados para a transposição de diretivas europeias (ou de decisões modelos adotados em matéria penal antes da entrada em vigor do Tratado de Lisboa); esse será o contexto essencial em que se desenvolverá o debate sobre a eficácia da Carta e a sua

⁵¹ B. DE WITTE, *cit.* p. 859.

⁵² Nuance que claramente terá um caráter pacificador em relação ao caráter vinculante da “ordem europeia de detenção e entrega”, que requeria uma clara orientação uniforme pelas várias decisões judiciais nacionais em que se declaravam as dúvidas constitucionais suscitadas pela “harmonização” da decisão paradigma de 2002, de âmbito penal e suas contradições com os princípios de igualdade e legalidade penal. A esse respeito, podem ser consultadas as conclusões do advogado-geral Dámason Ruiz-Jarabo Colomer de 12 de Setembro de 2006, *Leden van de Ministerraad*, C 303/05, pontos 4 a 8: “A solução deste dilema exige enfrentar, sem hesitação, o papel dos direitos fundamentais num setor tão sensível como o da cooperação policial e judiciária em matéria criminal, após a proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. O desafio não parece insignificante, pois em alguns Estados-Membros a transposição da decisão paradigma ficou fora de jogo por violar garantias cidadãos”. E as decisões dos tribunais europeus como: *Trybunał Konstytucyjny* (Tribunal Constitucional da Polónia), acórdão de 27 de Abril de 2005 (P 1/05). *Bundes verfassungsgericht* alemão (Tribunal Constitucional Federal), acórdão de 18 de Julho de 2005, 2 BvR 2236/04. Acórdão do *Areios Pagos* (Tribunal de Justiça grego) de 20 de Dezembro de 2005 (processo 2483/2005). Supremo Tribunal de Chipre, acórdão de 7 de novembro de 2005, processo 294/2005. *Ústavní Soud* (Tribunal Constitucional Checo), acórdão de 3 de Maio de 2006 (processo 66/04).

⁵³ D. SARMIENTO, “Who’s afraid of the Charter? The Court of Justice, National Courts and the New Framework of Fundamental Rights protection in Europe”, *Common Market Law Review*, 50, 2013, p. 1267-1304. A. CARMONA CONTRERAS, “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las constituciones nacionales”, *Revista Espanhola de Direito Constitucional*, 107, 2016, p. 20 e ss).

aplicação. Ele conduzirá à questão da limitação do poder – própria das cartas de direitos, da sua dimensão político constitucional (pelo seu carácter legitimador do direito) –, numa questão jurídico-técnica sobre a precisão, clareza e incondicionalidade dos termos das diretivas e do direito derivado em geral. Ou seja, a Carta passará a ser utilizada pela jurisdição europeia e nacional como “parâmetro de interpretação” das diretivas⁵⁴.

ii) A mera eficácia hermenêutica da Carta em relação às diretivas

A jurisprudência do TJUE sobre o artigo 51.1 da Carta leva a pensar que a eficácia da Carta acaba por depender do direito derivado através do qual se desenvolve. E essa conclusão chega mesmo a tornar irrelevante a questão de saber se, em termos de competência, o conflito em que se aplicam os direitos da Carta se enquadra no âmbito da competência europeu ou estatal. Conforme assinalado pelo TJ no acórdão *Julián Hernández*⁵⁵ “o simples fato de uma medida nacional estar relacionada com o âmbito em que a União dispõe de competências, não pode integrá-la no âmbito de aplicação do direito da União e, por conseguinte, dar origem à aplicabilidade da Carta”⁵⁶.

Além disso, salientamos que a aplicação da Carta pode ser efetuada mesmo no quadro de competência exclusiva dos Estados-Membros. Assim, com base na doutrina ERT⁵⁷, por vezes, qualquer medida nacional que implique “uma exceção a uma das quatro liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, deveria ser incluída no âmbito de aplicação do direito europeu⁵⁸”, até mesmo em situações que claramente se encontram, “*a priori*, fora do âmbito de competências da União⁵⁹”. O efeito útil dos

⁵⁴Sobre essa conclusão, recomenda-se o estudo: A. AGUILAR CALAHORRO, “*La aplicación nacional de la Carta de derechos fundamentales de la UE: una simple herramienta de interpretación de directivas*”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 61, 2018, p. 973-1011.

⁵⁵R. BUSTOS GISBERT, “*La aplicación de la CDFUE; un decálogo a partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 39, 2017, p. 333-359.

⁵⁶Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2014, *Julián Hernández*, C-198/13. Igualmente os Acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de setembro de 2011, *Gueye e Salmerón Sánchez*, C-483/09 e C-1/10, p. 55, 69 e 70, e Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de novembro de 2012, *Pringle*, C-370/12, p. 104, 105, 180 e 181.

⁵⁷Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Julho de 1999, *ERT*, C-260/89. Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de abril de 2014, *Pfleger*, C-390/12.

⁵⁸Repetimos que se trata da chamada *derogation situation*, em que se concentram críticas da doutrina do TJUE.

⁵⁹Situações que, *a priori*, são competência dos Estados-membros, podem estar “intrinsecamente [relacionadas] com a liberdade de circulação de um cidadão da União, que se opõe ao direito de entrada e residência que lhes seja recusada aos nacionais [de um país estrangeiro] no Estado-Membro em que

Tratados poderia permitir a aplicação da Carta inclusive a situações que ficam fora das competências da União.

Essa situação torna complicada a determinação sobre quando os Estados aplicam ou não o direito europeu e quando os direitos da Carta têm ou não eficácia num caso concreto; assim, chegou-se a um *case by case*, no qual toda a questão se reconduz à margem de discricionariedade deixada pela diretiva de desenvolvimento do direito aos Estados e na sua transposição.

Da jurisprudência do TJUE pode traçar-se um possível teste de aplicabilidade da Carta, que encerra essa conclusão e que podemos resumir nas seguintes afirmações:

Para que a Carta seja diretamente aplicável e se desloque à aplicação do direito estatal:

1) O ato nacional de execução ou de aplicação deve emanar diretamente de uma obrigação europeia⁶⁰.

2) Deve existir um “vínculo de conexão” entre um ato do direito da União e a medida nacional em questão. Este vínculo de conexão não é qualquer vínculo, mas aquele em que há um grau superior de proximidade das matérias consideradas ou de incidências indiretas de uma matéria na outra. Ou seja, o ato nacional deve ser desenvolvimento diretamente e “exigido” pela norma europeia⁶¹.

3) Deve existir identidade na finalidade perseguida pelo ato nacional e pela norma europeia: a medida europeia deve ter por finalidade regular a matéria desse caso concreto. Embora a UE tenha competência nessa matéria, deve haver também uma vontade clara por parte das instituições de regular esse caso concreto; além disso, a medida nacional deve ter por objetivo aplicar essa norma europeia concreta.

A diferença entre a natureza de princípios e direitos da Carta e as indicações do caso *Julián Hernández* alertam que, para que o juiz aplique o “Direito da União”, no sentido do artigo 51.1 do CDFUE, deve haver um desenvolvimento legislativo, deve ter-

reside o cidadão, [e isto] para não prejudicar esta liberdade”. Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Junho de 2018, *Coman*, C- 673/16. Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de setembro de 2014, *Rendón Marín*, C- 165/14. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2016, *AGET Iraklis*, C-201/15. ⁶⁰Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de março de 2014, *Siragusa*, C-206/13. Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de junho de 2017, *Florescu*, C-258/14. Acórdão do Tribunal de Justiça *Julián Hernández*, *cit.*, p. 37: “para determinar se uma normativa nacional guarda relação com a aplicação do Direito da União, na interpretação do artigo 51 da Carta, deve verificar-se, se o objetivo da legislação nacional em causa, é aplicar uma disposição do direito da União, a natureza dessa legislação, se a ela possui objetivos diferentes dos previstos no direito da União, ainda que possa afetá-lo indiretamente, se existe uma normativa específica de direito da União na matéria, ou que a ela possa afetar”.

⁶¹ Acórdão do Tribunal de Justiça *Julián Hernández*, *cit.*, p. 37.

se pensado previamente no processo nacional, não tanto a eficácia de um direito fundamental da Carta, mas sim a aplicação do direito derivado que desenvolve uma disposição da Carta⁶².

As orientações desenvolvidas no teste de aplicação levam-nos a pensar que existe um âmbito próprio para a implantação efetiva do artigo 51.1 do CDFUE. O âmbito natural do controle da aplicação da Carta é o das diretivas. O momento em que o juiz nacional aprecia a aplicabilidade de disposições decorrentes de uma diretiva, é o momento em que o teste de aplicação é relevante, porque se concretiza aqui o princípio de atribuição de competências na análise por parte do juiz da margem de discricionariedade deixada aos Estados. É em torno das diretivas que o ato de execução e de aplicação pelo poder público pode salvar a exigência de uma ligação estreita de conexão, e onde se pode avaliar se um ato normativo europeu e um ato normativo nacional têm a mesma finalidade material.

O próprio Tribunal de Justiça continuou a desenvolver orientações para os juízes em torno da aplicação da Carta na seleção de disposições de uma diretiva para resolver um caso concreto. Vamos continuar com o teste.

4) A disposição da diretiva específica não deve permitir margem de apreciação ao Estado: ou seja, a diretiva impõe aos Estados uma obrigação específica (clara, precisa e incondicional) relativa à situação do processo principal. Além disso, a diretiva ou decisão paradigma deve procurar harmonizar as condições de execução, não deixando qualquer margem de apreciação, pois, em outras palavras, a ação dos Estados deve estar totalmente determinada pelo Direito da União⁶³.

5) Mesmo que a diretiva permita uma certa margem de apreciação, o ato nacional não poderá prejudicar a primazia, a eficácia ou a unidade do direito europeu⁶⁴. Em outras palavras, a Carta também se aplica quando uma autoridade nacional exerce um poder discricionário que lhe foi conferido pela legislação da União⁶⁵.

⁶²Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de julho de 2014, *Julián Hernández*, C-198/13, e de 27 de março de 2014, *Torralbo Marcos*, C- 265/13. Relacionam-se com o Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de abril de 2014, *Direitos Digitais da Irlanda*, C-293/12, com Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de maio de 2014, *Google Espanha e Google*, C-131/12.

⁶³Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de fevereiro, *Melloni*, C- 399/11. p. 62 e 63. E novamente, Acórdão do Tribunal de Justiça *Torralbo Marcos*, cit., e *Siragusa*, cit.

⁶⁴Acórdão do Tribunal de Justiça *Melloni*, loc. cit..

⁶⁵Indicações da Comissão, Relatório de 2013 sobre a aplicação da CDFUE (2013/2078(INI). Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de junho de 2017, *Florescu e outros*, C-258/14. E sentença do Tribunal de Justiça de 21 de dezembro de 2011, *N.S. e outros*, C-411/10.

Em conclusão, é no momento da aplicação da diretiva europeia (ou decisão-paradigma⁶⁶) que o juiz nacional deveria sentir-se no epicentro do art. 51.1 CDFUE, tal como explicado pelo TJUE. É o momento em que a atuação do poder público estatal se encontra imediatamente configurada como um agente europeu de aplicação ou implementação da norma europeia, diretamente vinculado pela norma europeia e limitado pelos direitos fundamentais da Carta.

Contudo, nesse âmbito, surgem as dúvidas próprias da configuração dessa fonte do direito europeu, da diretiva como transmissora de direitos aos cidadãos⁶⁷. Ao situar-se o núcleo da questão na maior ou menor discricionariedade deixada ao Estado para o desenvolvimento e execução do direito derivado europeu, *la ratio decidendi* se insere no clássico debate sobre a eficácia das diretivas (clareza, precisão e incondicionalidade, eficácia horizontal, efeitos de exclusão e relações triangulares...), sendo o cerne da decisão o texto literal das diretivas e a Carta uma mera ferramenta interpretativa. O debate sobre a Carta reconduz, então, à doutrina geral sobre a eficácia direta das diretivas.

Limitar o poder da Carta de Direitos Fundamentais a este cenário diminui, sem dúvida, a sua eficácia. O menos importante, conforme observa o TJUE, é que se deduza de forma clara da CDFUE ou da jurisprudência um direito subjetivo concreto. Também não se pretende limitar o poder atribuído pelo direito europeu. O essencial, ao que parece, são as peculiaridades da discricionariedade deixada ao Estado na aplicação do direito europeu que desenvolve a Carta.

Em suma, conduzir o valor de aplicação da Carta ao debate sobre a eficácia direta das normas de execução, essencialmente, das diretivas, desfaz a própria ideia dos direitos num duplo sentido. Por um lado, como adverte a doutrina, a eficácia direta pode às vezes coincidir com a criação de direitos subjetivos, mas nem sempre é o caso⁶⁸.

⁶⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de junho de 2005, *Maria Pupino*, C-105/03.

⁶⁷Veja, por exemplo, P. PESCATORE, “*The doctrine of ‘direct effect’: an infant disease of Community law*”, *European Law Review*, n. 8, 1983, p. 155 e ss. D. CURTIN, “*Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights*”, *Common Market Law Review*, n.º 27, 1990, p. 709-7012. M. DOUGAN, “*The Disguised vertical direct effect of directives?*”, *The Cambridge Law Journal*, n. 59, 2000, p.625 e ss. M. BELLIDO BARRIONUEVO, *La directiva comunitaria*, Dykinson, Madrid. 2000. Veja também as conclusões do Advogado Geral Léger de 11 de janeiro de 2000, sobre *Linster*, C-287/98, p. 30, expõem sobre a eficácia direta das diretivas: “[...]que reflete em grande medida a repartição de competências entre os Estados-Membros e a Comunidade, o que incita a não instaurar como princípio a equiparação das Diretivas, atos de cooperação legislativa, com os regulamentos, regras privilegiadas no âmbito das atuações que são de competência exclusiva da Comunidade”.

⁶⁸ S. PRECHAL, *Directives in European Community law Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 129.

Veja por exemplo, a possibilidade de o direito europeu adquirir eficácia de exclusão, sem que se aplique qualquer direito substantivo⁶⁹. Por outro lado, e o que nos interessa agora, traçar um paralelismo entre a eficácia da Carta e a eficácia das diretivas reduz aquela às suas escassas possibilidades de eficácia vertical e as priva, em geral, de efeitos horizontais, quer dizer, da possibilidade de fazer valer o direito concedido pela Carta relativamente a outros particulares.

iii) Consequências para a eficácia da Carta

De um modo geral, podemos apresentar algumas conclusões do exposto.

O artigo 6º do Tratado da União Europeia confere à Carta o mesmo valor jurídico que os Tratados, isto é, autonomia, eficácia direta (onde existe um direito preciso e incondicional) e primazia. No entanto, vimos que o artigo 51.1 do CDFUE foi interpretado num sentido que limita a eficácia da Carta face aos poderes públicos dos Estados: a sua aplicação centra-se na maior ou menor discricionariedade deixada ao Estado por suas diretivas de execução. Ademais, tem-se que os direitos parecem não ser atribuídos diretamente pela Carta, mas sim pela normativa de desenvolvimento.

Fazendo-se uma análise das explicações da Carta, pelo menos um quinto dos direitos encontram diretamente a sua verdadeira fonte em diretivas ou decisões paradigmáticas aprovadas anteriormente⁷⁰, e apenas é o caso dos direitos em que são especificados de forma explícita. Além disso, a alteração de 2007, referente ao artigo 52.2, que estabelece que “as disposições da presente Carta que contenham princípios podem ser aplicadas por atos legislativos e executivos adotados pelas instituições, órgãos e organismos da União, e por atos dos Estados-Membros que apliquem o Direito da União no exercício das respectivas competências. Só podem ser invocados perante um tribunal no que diz respeito à interpretação e ao controle da legalidade desses atos”. Como se pontua nas explicações da Carta, isso significa que “não dão lugar

⁶⁹ As conclusões do Advogado Geral Ruiz Jarabo, sobre *Arcor*, C-152,154/07: “Não obstante, os anos não conseguiram silenciar vozes a favor do reconhecimento do efeito direto horizontal como a do advogado-geral Lenz nas suas conclusões para o caso *Faccini Dori*, apoiando-se, por sua vez, nos argumentos apresentados anteriormente pelos advogados-gerais Van Gerven e Jacobs. Concede aos autores o sentimento de uma oportunidade perdida, apesar de o Tribunal de Justiça não ter hesitado em aplicar a sua doutrina quando a diretiva se repercute em direitos de particulares, alheios à relação vertical, surgindo assim a teoria das relações triangulares”. Ver pontos 100 e 101.

⁷⁰ São os artigos: 3 (proibição de escravatura), 8 (proteção de dados), direito à não discriminação, 11 (liberdade de informação. Televisão) 17 (propriedade), 23 (igualdade entre mulheres e homens), 27 (informação na empresa), 30 (proteção em caso de despedimento, transferência ou insolvência), direito a condições de trabalho justas e equitativas, proibição do trabalho infantil, conciliação.

a direitos imediatos de ações positivas das instituições da União ou das autoridades dos Estados-Membros“. Estas explicações acrescentam outros quatro direitos/princípios à lista anterior, que vê reduzida a sua possibilidade de invocação direta⁷¹.

Podemos afirmar que a eficácia da Carta requer, em um imenso número de casos, uma normativa de desenvolvimento para produzir eficácia direta e poder ser invocada pelos cidadãos. Isto é, da *interpositio legislatoris* ou da interpretação judicial, que só poderá utilizá-la como *canon* de controle desses atos.

Esse raciocínio não deixa de ser uma aplicação do *drittwirkung* a nível europeu. A eficácia dos direitos se realiza através da *interpositio legislatoris* da União, porém a fonte maioritária é a diretiva. O *drittwirkung* europeu traz novos problemas, vejamos:

- Devemos recordar que os direitos que haviam sido desenvolvidos através de diretivas, que é o caso de pelo menos 14 dos direitos enunciados na Carta, não produzem eficácia direta entre particulares: nem sequer podem ser invocadas de forma mediata através de normativas de execução— ou de procedimentos processuais adequados em relação a particulares.

- Devemos recordar o que isto significa para a teoria da subjetividade do Direito internacional (recordemos: a subjetividade depende da capacidade de fazer valer os direitos diretamente atribuídos pelo ordenamento internacional).

- Além disso, no sistema constitucional, a ideia de *drittwirkung* se estrutura através da eficácia mediata. Em contrapartida, no sistema europeu, a eficácia horizontal se constrói sob uma perspectiva um tanto quanto diferente: o conceito de efeitos indiretos ou de relações triangulares. E isso tem consequências imediatas na eficácia da Carta: as pretensões subjetivas fundadas nos direitos da Carta ficam reduzidas à inaplicação ou interpretação conforme das disposições nacionais.

Sendo assim, poderíamos dizer que a jurisprudência do TJCE e as disposições de aplicação da Carta poderiam ter suprimido o conceito de cidadão como sujeito do direito europeu – no que funda uma inovação na natureza da União Europeia.

Não admira, portanto, que, dez anos após a sua entrada em vigor, a jurisprudência do TJUE tenha dado um giro copernicano recentemente.

⁷¹ A título de exemplo, princípios reconhecidos pela Carta incluem, entre outros, os artigos 25, 26 e 37. Em certos casos, um artigo da Carta pode incluir elementos decorrentes de um direito e de um princípio, como no caso dos artigos 23, 33 e 34.

IV EVOLUÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS DA CARTA: EFICÁCIA DIRECTA E HORIZONTAL

Em novembro de 2018, a jurisprudência do TJUE confirmou essas suspeitas. A Carta tinha sido relegada a ser “figurante” frente aos Tratados. Além disso, parecia que, em vez de situar os cidadãos no lugar que lhes pertencia – como sujeitos do direito europeu –, os recolocava numa posição já superada inclusive pelo *iuspublicismo*.

Dessa maneira, o Tribunal Europeu tem estado plenamente consciente do protagonismo que as diretivas adquiriram como “intermediárias” da eficácia da Carta. Por isso, começou a abrir alternativas corajosas que incluem o reconhecimento da eficácia direta horizontal dos direitos sociais da Carta, exemplo disso, é o direito às férias remuneradas.

Por que essa mudança? Porque fica clara a centralidade das diretivas no desenvolvimento legislativo dos direitos da Carta e os problemas que se coloca para a sua eficácia direta, especialmente horizontal⁷². Como é que isso aconteceu? Através de um desenvolvimento continuado da jurisprudência, que combina a eficácia jurídica dos princípios gerais do direito europeu com a eficácia da Carta.

Esta conclusão final, pode ser claramente observada à luz da evolução da jurisprudência do TJUE da última década.

Observa-se, por exemplo, o caso *Maribel Domínguez*⁷³: Esta questão, como sabemos, dizia respeito ao direito à férias remuneradas entre uma trabalhadora temporariamente incapacitada e o seu empregador. O TJUE reconheceu que o direito de cada trabalhador à férias anuais remuneradas deve ser considerado um princípio de direito social da União de especial importância, ao qual não podem ser estabelecidas exceções, e cuja aplicação pelas autoridades nacionais competentes só pode ser efetuada dentro dos limites expressamente estabelecidos pela Diretiva 93/104/CE do Conselho. Ou seja, a eficácia deste princípio geral de direito social depende da possibilidade da diretiva poder ser invocada numa relação horizontal. Assim, no caso *Maribel Domínguez*, o resultado final da invocação do direito fundamental foi forçar a “interpretação conforme” e a indenização ao particular, reconhecendo a responsabilidade do Estado no descumprimento da diretiva. Como se observa nesse

⁷² Novamente P. CRUZ VILLALÓN, (2017) cit.

⁷³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de janeiro de 2012, C-282/10, *Maribel Domínguez*, n. 16 e 17.

exemplo clássico, a doutrina do TJ concentrou-se no cumprimento das obrigações comunitárias por parte dos Estados.

No entanto, e aqui a evolução, em novembro de 2018 no caso *Bauer* o TJUE mudou radicalmente seu entendimento sobre o embasamento do mesmo direito:

[..]nem o artigo 7 da Diretiva 93/104 e nem o artigo 7 da Diretiva 2003/88 estabeleceram, por si mesmos, o direito a férias anuais remuneradas, sendo que a origem desse direito se encontra em diversos instrumentos internacionais e, como princípio fundamental de direito social da União, tem carácter imperativo [...] Desse modo, o direito a um período de férias anuais remuneradas que artigo 31, n. 2, da Carta reconhece a todo trabalhador, se caracteriza por sua existência, que foi estabelecida de forma imperativa e ao mesmo tempo incondicional, na medida em que efetivamente, não necessita ser concretizado por disposições do direito da União ou do direito nacional [...] Daqui resulta que essa disposição é suficiente por si só para conferir aos trabalhadores um direito que pode ser invocado como tal num litígio com a sua entidade patronal, relativo a uma situação abrangida pelo direito da União e compreendida no âmbito de aplicação da Carta⁷⁴.

Poderíamos pensar que foi a entrada em vigor da Carta que conduziu a essa mudança. Mas não. O processo foi longo. No recorrente “diálogo entre Advogados Gerais” foram consideradas, ao longo do tempo, diversas opções para contornar a problemática da ineficácia horizontal das diretivas nos casos em que se tratavam de direitos subjetivos para os particulares. Ao longo dos anos, foram consideradas quatro alternativas para contornar os problemas de eficácia direta da Carta, especialmente no caso de relações entre particulares. Quatro alternativas que se desenvolveram, não consecutivamente, no tempo⁷⁵.

Em primeiro lugar, conferir eficácia horizontal às diretivas. Opção, continuamente proposta pelos Advogados-Gerais perante o TJUE. Mas não houve expressamente nenhum passo atrás desde o caso *Marshall*⁷⁶.

⁷⁴Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2018, C-569/16 e C-570/16, *Maria Elisabeth Bauer* (C-569/16).

⁷⁵Ver as conclusões da Advogada Geral Verica Trstenjak, apresentadas em 8 de setembro de 2011, no processo C-282/10, *Maribel Domínguez*.

⁷⁶Veja-se o acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de agosto de 1993, *Marshall*, sobre C-271/91. Cita-se as palavras do Advogado Geral Ruiz Jarabo sobre as conclusões no caso *Arcor*, de 1º de abril de 2008, C-152,154/07: “Não obstante, os anos não conseguiram silenciar vozes a favor do reconhecimento do efeito direto horizontal, a exemplo do advogado-geral Lenz, nas suas conclusões para o processo *Faccini Dori*, apoiando-se, por sua vez, nos argumentos apresentados anteriormente pelos advogados-gerais Van Gerven e Jacobs. Concede aos autores o sentimento de uma oportunidade perdida, apesar de o Tribunal de Justiça não ter hesitado em aplicar a sua doutrina quando a diretiva se repercute em direitos de

Em segundo lugar, forçou-se a equiparação dos direitos fundamentais ao regime jurídico das liberdades fundamentais. Desde a sua origem (especialmente desde a STJUE *Defrenne*⁷⁷), têm sido constantes as referências jurisprudenciais à eficácia direta horizontal das liberdades fundamentais da União. Acórdãos que poderiam ser agrupados em torno dos processos *Bosman*⁷⁸, *Schmidberger*⁷⁹ ou *Comisión contra Francia*⁸⁰ e das restrições à liberdade de circulação. Todos estes processos se baseiam fundamentalmente na argumentação de que os atos dos particulares podem pôr em perigo os objetivos das disposições relativas à livre circulação, acabando por admitir a invocação das liberdades fundamentais da União face à sua restrição por parte de outros particulares⁸¹. Permite-se assim a conversão do princípio da não discriminação num princípio geral de direito europeu, ainda que tenha sido desenvolvido por uma diretiva, para lhe conferir eficácia direta horizontal. No entanto, a chave para essas questões não se centra tanto na proteção *iusfundamental* de um direito subjetivo como tal, mas em contornar um eventual desequilíbrio estrutural entre as partes ou a possibilidade de quebrar o princípio da livre concorrência⁸².

A terceira alternativa para ultrapassar os problemas de ineficácia horizontal das diretivas tem sido a conversão do direito desenvolvido numa diretiva em princípio geral do direito europeu. Pode-se situar sua origem no caso *Mangold*⁸³. Nele, o TJUE

particulares, alheios à relação vertical, surgindo assim a teoria das relações triangulares”. Ver pontos 100 e 101.

⁷⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, processo 43/75.

⁷⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de dezembro de 1995, *Bosman*, processo C-415/93.

⁷⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de junho de 2003, *Schmidberger*, processo C-112/00.

⁸⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 1997, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa*, processo C-265/95.

⁸¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de junho de 2000, *Angonese*, processo C-281/98, equipara, por exemplo, os efeitos do princípio da não discriminação no trabalho com as restrições às liberdades fundamentais, permitindo a sua invocação em litígios entre particulares. Mais recentemente, salienta-se as Conclusões da Advogada-Geral *Sharpston* apresentadas em 13 de julho de 2016, no processo C-188/15, *Bouagnaoui*, n. 62. Ou as apresentadas pela mesma Advogada-Geral no processo *Farrel*, em 22 de junho de 2017, processo C 413/15.

⁸² Recentemente, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tem observado o princípio da não discriminação de um ponto de vista alheio ao mercado interno, com “autêntica *iusfundamentalidad*”. Veja o acórdão do Tribunal de Justiça (*Gran sala*) de 17 de abril de 2018, *Egenberger*, processo C-414/16. Nele, o princípio da não discriminação com base em motivos ideológicos é um princípio do direito europeu em um processo entre uma associação alemã e uma cidadã do mesmo país.

⁸³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de novembro de 2005, *Mangold*, C-144/05. Apesar de a Carta ainda não estar em vigor, a linguagem é completamente consubstancial: Portanto, o princípio da não discriminação em razão da idade deve ser considerado um princípio geral do direito comunitário. Quando uma legislação nacional está abrangida pelo seu âmbito de aplicação, como acontece com [...] a Lei de 2002, na sua qualidade de medida de aplicação da Diretiva 1999/70, o Tribunal de Justiça, que tem conhecimento de um processo apresentado a título prejudicial, deve fornecer todos os elementos de interpretação necessários para a apreciação, por parte do tribunal nacional, da conformidade dessa

converteu o princípio de não discriminação por razão de idade, de diretiva em princípio geral de Direito comunitário⁸⁴.

A última alternativa é apresentada quatro anos mais tarde, no caso *Küçükdeveci*, pelo advogado-geral BOT. Ele questionava: por que não fundamentar a eficácia direta horizontal do princípio da não discriminação (com base na idade) na própria Carta e não num princípio geral de direito⁸⁵? A contribuição do Advogado Geral apontava para a iminente entrada em vigor da Carta e para a necessidade de se superar os problemas decorrentes da sua ineficácia entre particulares⁸⁶. Apesar da proposta clara, o TJUE voltou a resolver a questão da ineficácia horizontal dos direitos previstos nas diretivas através da técnica da eficácia indireta (*drittwirkung*)⁸⁷. No entanto, pareceu ter-se apontado uma nova e recente etapa.

legislação com esse princípio. Igualmente acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de dezembro de 2002, Rodriguez Caballero, C 442/00.

⁸⁴No caso *Mangold*, cit. dispõe-se: “Por conseguinte, o respeito do princípio geral da igualdade de tratamento, em especial em razão da idade, não pode, por si só, depender do termo do prazo concedido aos Estados-Membros para adaptarem a sua legislação nacional a uma diretiva que estabeleça um quadro geral de luta contra a discriminação em razão da idade, nomeadamente no que se refere à organização de vias de recurso adequadas, ao ónus da prova, à proteção contra represálias, ao diálogo social, às ações positivas e a outras medidas específicas de aplicação da referida diretiva”, n.º 76 do relatório.

⁸⁵Conclusões do advogado-geral *Yves Bot* apresentadas em 7 de julho de 2009, C 555/07, processo *Küçükdeveci*: “Assim, em primeiro lugar, em relação à própria existência do princípio da não discriminação em razão da idade como princípio geral do direito comunitário, estou inclinado a pensar que o fato de o Tribunal de Justiça salientar que este princípio corresponde à evolução desse direito tal como se verifica, por um lado, da inclusão da idade como critério de discriminação proibido no artigo 13, n. 1, CE e, por outro lado, da consagração da proibição das discriminações com base na idade como um direito fundamental, como resulta do artigo 21, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É verdade que o raciocínio do Tribunal de Justiça teria sido mais convincente se tivesse sido sustentado por esses elementos, para além apenas dos instrumentos internacionais e tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros que, na sua maioria, não determinam qualquer princípio de proibição específica das discriminações em razão da idade”, ponto 77 do relatório.

⁸⁶“Levando em consideração que o direito comunitário se imiscui cada vez mais nas relações entre particulares, a meu ver, o Tribunal de Justiça terá inevitavelmente de enfrentar outros casos que levantem a questão da invocabilidade, em litígios entre particulares, de diretivas que contribuem para garantir direitos fundamentais. Estes pressupostos irão provavelmente aumentar se a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia adquirir força jurídica vinculativa no futuro, dado que alguns dos direitos fundamentais referidos na Carta figuram no acervo comunitário sob a forma de diretivas. Nesta perspectiva, em minha opinião, o Tribunal de Justiça deve desde já refletir sobre se a identificação de direitos que constituem direitos fundamentais, garantidos por diretivas, o permite estabelecer a invocabilidade dessas diretivas ou não em litígios entre particulares. O presente processo oferece ao Tribunal de Justiça a possibilidade de dar a resposta que deseja dar a esta importante questão”. *Ibidem*, ponto 90.

⁸⁷No que se refere, em primeiro lugar, ao papel do juiz nacional quando deve resolver um litígio entre particulares em que se verifica que a legislação nacional controvertida é contrária ao Direito da União, o Tribunal de Justiça declarou que cabe aos tribunais nacionais assegurar a proteção jurídica decorrente das disposições do direito da União para os litigantes e garantir o pleno efeito [...] a obrigação dos Estados-Membros, derivada de uma diretiva, de alcançar o resultado que esta prevê, bem como o seu dever de tomar todas as medidas gerais ou especiais adequadas para assegurar o cumprimento dessa obrigação, são impostas a todas as autoridades dos Estados-Membros, incluindo, no âmbito das suas

Em novembro de 2018, o TJUE reconheceu, sem rodeios, que a Carta tem “o mesmo valor jurídico que os tratados”. O “último” revés foi representado no caso *AMS (Association de médiation Sociale)*⁸⁸. A questão volta a ser se o direito à informação e à participação dos trabalhadores em uma empresa, quando seus conteúdos foram concretizados por uma diretiva, pode ser invocado nas relações entre particulares⁸⁹. Coloca-se então duas opções: primeira opção, refere que se poderia utilizar da disposição de concretização do direito (a diretiva) como se do próprio direito fundamental se tratasse (conferir eficácia horizontal à diretiva por se considerar parte da própria Carta). A segunda opção, pugna por se utilizar estas normas de “concretização essencial e imediata” da Carta como eficácia indireta. Por outras palavras, permitir a “invocação” da diretiva numa relação horizontal, embora daí não resulte o reconhecimento de um direito substantivo, mas o deslocamento da norma nacional contrária.

O TJUE voltou a reconhecer o princípio da responsabilidade do Estado pela violação da diretiva, fugindo da *iusfundamentalidad* da Carta⁹⁰: se o princípio necessita de ser concretizado por diretiva, ele não é suficiente por si só para conferir um direito subjetivo invocável como tal numa relação horizontal. No entanto, aponta uma conclusão para o futuro: se o direito da Carta “se basta por si mesmo” para conceder direitos aos particulares, pode ser invocado sem necessidade de regras de concretização.

Essa última ideia será diretamente estabelecida de uma vez por todas no caso *Egenberger*:

A Diretiva 2000/78 não estabelece, por si só, o princípio da igualdade de tratamento em matérias trabalhistas, princípio que encontra a sua origem em diversos instrumentos internacionais e nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, [...] A proibição de qualquer discriminação baseada na religião ou nas convicções tem carácter imperativo como princípio geral do direito da União.

competências, as autoridades judiciais. Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de janeiro de 2010 C-555/07, *Kücükdeveci*. p. 45-47.

⁸⁸ Conclusões do Advogado Geral *Pedro Cruz Villalón* apresentadas em 18 de julho de 2013, processo C-176/12, *Association de médiation sociale*.

⁸⁹ *Ibidem*. Ponto 1

⁹⁰ “Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de janeiro de 2014, *AMS*, C-176/12, n. 47: “Note-se, a este respeito, que as circunstâncias do processo principal diferem das que conduziram ao acórdão *Kücükdeveci*, acima referido, uma vez que o princípio da não discriminação em razão da idade objeto do último caso, reconhecido pelo artigo 21.1, da Carta, é suficiente, por si só, para conferir aos particulares um direito subjetivo invocável como tal”.

Nos termos do artigo 21.1, da Carta, esta proibição é, por si só, suficiente para conferir aos particulares um direito que pode ser invocado como tal num litígio que os enfrente num domínio regido pelo direito da União. [...] Além disso, importa assinalar que, tal como o artigo 21 da Carta, o seu artigo 47, relativo ao direito à tutela judicial efetiva, é suficiente por si só e não é necessário que seja desenvolvido por outras regras do direito da União ou do direito nacional para conferir aos particulares um direito subjetivo⁹¹.

A conclusão é definitiva: os direitos da Carta que são por si só suficientes são direitos fundamentais que não dependem das normas de execução para a sua invocação. Eles são imperativos.

A imperatividade da Carta e a sua *iusfundamentalidad* chegam até ao fim, e devemos entender que se inaugurou uma nova época na eficácia da Carta, tal como observa o Advogado-Geral BOT: “O ponto de partida da reflexão que deve ser levada a cabo a este respeito baseia-se, em minha opinião, no fato de os direitos fundamentais reconhecidos pela Carta, em princípio, a fim de não se tornarem letra morta, devem ser protegidos, e, assim, poderem ser invocados diretamente perante os tribunais nacionais”⁹².

O TJUE assentou essa ideia. Além disso, concedeu uma nova significância ao direito às férias remuneradas, uma vez que o processo se refere ao direito de férias remuneradas anuais e sua concretização nas diretivas de 1993 e 2003:

[..]nem o artigo 7 da Diretiva 93/104 e nem o artigo 7 da Diretiva 2003/88 estabeleceram, por si mesmos, o direito a férias anuais remuneradas, sendo que a origem desse direito se encontra em diversos instrumentos internacionais e, como princípio fundamental de direito social da União, tem carácter imperativo [...] Desse modo, o direito a um período de férias anuais remuneradas o que artigo 31, n. 2, da Carta reconhece a todo trabalhador, se caracteriza por sua existência, que foi estabelecida de forma imperativa e ao mesmo tempo incondicional, na medida em que efetivamente, não necessita ser concretizado por disposições do direito da União ou do direito nacional, as quais apenas devem precisar a duração exata das férias anuais e, se for caso, certos requisitos para o exercício do direito. Daqui resulta que essa disposição é suficiente por si só para conferir aos trabalhadores um direito que pode ser invocado como tal num litígio com a sua entidade patronal,

⁹¹ Egenberger, cit. n. 75-78.

⁹²Veja conclusões do advogado geral Yves Bot, apresentadas em 29 de maio de 2018, processo 569/16-570/16, Bauer. n. 7

relativo a uma situação abrangida pelo direito da União e compreendida no âmbito de aplicação da Carta”.⁹³

V. CONCLUSÕES

Se há algo que distingue a natureza do direito europeu da natureza do direito internacional público, é a doutrina sobre a subjetividade jurídica. Os cidadãos europeus são sujeitos de direito europeu, pois podem invocar disposições europeias em defesa de pretensões subjetivas, de direitos, perante os Estados e perante outros particulares.

Neste sentido, as decisões basilares do TJUE *Van Gend en Loos* e *Costa contra Enel*, dos anos 60, são devedoras do extenso debate doutrinal *iuspublicista* sobre as aproximações dualistas ao ordenamento internacional. Mas, especialmente da equiparação entre os pensamentos jurídicos por categorias materiais (direitos materiais) e por ações processuais. Da capacidade de invocar em sede jurisdicional disposições europeias deriva o direito substantivo, subjetivo.

A eficácia direta do direito europeu é, portanto, o elemento-chave que permite a consideração definitiva dos indivíduos como sujeitos do direito extra estatal. E essa é a ideia essencial do processo de integração política europeia.

No entanto, o passado ainda pesa muito. O oligopólio estatal dos sistemas internacionais e supraestatais impede a evolução dos sistemas jurídicos globais.

O regime jurídico da diretiva europeia foi, sem dúvida, condicionado pelas abordagens doutrinárias sobre a subjetividade no Direito internacional. Por mais que queiramos reconduzir em termos constitucionais o debate em perfis de competência, a verdade é que a doutrina sobre a eficácia direta das diretivas (e a própria dinâmica funcionalista da União Europeia) não satisfaz a critérios de divisão de poder ou de repartição de competências, nem ao princípio da primazia.

A dinâmica europeia é mais visível como uma luta entre os cidadãos e os poderes materiais ou económicos. Entre o mercado interno e o dogma da livre concorrência frente à eficácia do “Direito” com maiúsculas na globalização económica e financeira.

⁹³ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de novembro de 2018, processos C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, n. 84-86.

Não é de estranhar, nessa perspectiva, que os direitos econômicos e sociais tenham sofrido um déficit temporal na sua positivação internacional em relação a outros direitos. Também não é de estranhar que, a nível interno ou doméstico, este déficit seja observado da mesma forma.

Se o direito é um mecanismo de resolução de conflitos, ele deve se impor na esfera europeia e internacional. Tem de ser invocável e justificável. Vetar os cidadãos do acesso aos mecanismos de resolução de conflitos internacionais ou supranacionais parece um absurdo em meio à sociedade digital e à globalização financeira.

Por isso, a mais recente jurisprudência do TJUE retoma seu caminho “revolucionário”. A invocação direta de direitos subjetivos perante instâncias extra estatais, sem intermediação dos poderes públicos estatais, representa, sem dúvida, a direção a ser seguida rumo ao constitucionalismo multinível. Quando se trata de conferir poder aos cidadãos na sociedade global, o constitucionalismo só conhece um mecanismo: a atribuição de soberania à cidadania (a ideia de que o poder nasce do povo) e a garantia da dignidade humana através da normatividade dos direitos humanos.

A evolução da eficácia dos direitos fundamentais na União Europeia reflete precisamente esta luta entre o empoderamento dos cidadãos e a tentativa de controlar a sua eficácia por parte dos Estados. Não é de estranhar que a Carta de Direitos tenha funcionado até certo momento às custas do seu desenvolvimento normativo através de diretivas, diretivas cujos destinatários imediatos eram os Estados, e só por sua violação, permitiam a exigência de responsabilidades perante os poderes públicos. No entanto, o direito supranacional, na era da globalização econômica, perde toda a virtualidade se impede a sua invocação face aos poderes econômicos que atuam sob a clássica aparência das pessoas jurídicas.

A recente jurisprudência do TJUE não só recupera a intocabilidade dos direitos subjetivos (fundamentais), mas também o faz em relações horizontais e, além disso, no quadro dos direitos de conteúdo socioeconômico.

Não se é sujeito de direitos se não se pode fazer valer em garantia de pretensões subjetivas. Não se é sujeito de direitos se uma parte essencial da globalização econômica é imune aos limites dos direitos fundamentais da Carta.

O caso *Bauer*, sem dúvida, representará um ponto de pressão para a evolução das doutrinas da eficácia mediata dos sistemas constitucionais internos e para

repensar as relações entre a ação processual e o direito subjetivo. O diálogo entre tribunais que envolve o sistema multinível de proteção dos direitos está também a transformar-se num diálogo entre categorias jurídicas. É importante salientar que a eficácia jurídica dos princípios gerais do direito europeu começa a ser combinada com a eficácia das cartas de direitos. Embora, como disse *Cruz Villalón*, não é um debate entre “direitos fundamentais vs. direitos humanos”, mas sobre a eficácia do próprio Direito na esfera externa aos Estados. Âmbito onde se joga o verdadeiro jogo.

36. O DIREITO FUNDAMENTAL AO ACESSO À JUSTIÇA EM TEMPOS DE NOVAS TECNOLOGIAS: DESAFIOS E PERSPECTIVAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA CIVIL BRASILEIRA

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO ACCESS TO JUSTICE IN THE NEW TECHNOLOGIES ERA: CHALLENGES AND PERSPECTIVES IN BRAZILIAN CIVIL JUSTICE DOMAIN



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-36>

Luis Alberto Reichelt¹

Resumo

O presente estudo pretende analisar em que termos a apropriação de novas ferramentas em termos de tecnologia da informação e da comunicação por parte do Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo impõe transformações sobre o alcance do direito fundamental ao acesso à justiça.

Palavras-chave: Processo Civil – Direito Constitucional – direitos fundamentais – acesso à justiça – tecnologia da informação e da comunicação.

Abstract

The present study intends to analyse if the multiple references to new tools related to information and communication technology by brazilian contemporary Civil Procedure Law leads to a change in the range of the fundamental right to access to justice.

Keywords: Civil Procedure – Constitutional Law - fundamental rights – access to justice –information and communication technology.

Sumário: 1. Introdução. 2. Pontos de partida para uma reflexão a respeito do impacto exercido pelo advento de transformações em termos de tecnologia da informação e da comunicação sobre o alcance do direito fundamental ao acesso à justiça. 2.1. Sobre o direito ao acesso à justiça: conteúdo e fundamentalidade. 2.1.1. Considerações gerais. Reflexões a partir de um olhar conceitual. 2.1.2. O direito fundamental ao acesso à

¹ Mestre e Doutor em Direito pela UFRGS. Professor nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado em Direito da PUCRS. Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS). E-mail: Luis.reichelt@puers.br

justiça e o art. 5º, XXXV do texto constitucional brasileiro. 2.1.3. O direito fundamental ao acesso à justiça como direito a um agir negativo por parte do Estado, liberdade jurídica ou liberdade negativa em sentido estrito. 2.1.4. O direito fundamental ao acesso à justiça como direito a um agir positivo por parte do Estado. A fundamentalidade complexa do direito ao acesso à justiça. 2.2. A assimilação de transformações em termos de tecnologia da informação e da comunicação no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo. 3. A ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça por força da assimilação de inovações em termos de tecnologia da informação e da comunicação no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro. 4. A título de conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

Introdução

O presente trabalho defende a ideia de que a incorporação, pelo ordenamento jurídico, de elementos característicos da intensa transformação tecnológica vivenciada no âmbito da realidade cultural contemporânea produz impactos sobre a conformação atual do direito fundamental ao acesso à justiça, que tem sua significação alterada em um movimento de evolução disruptiva. Essa assertiva, longe de ser um truísmo, traz consigo, em primeiro lugar, a necessidade de que se compreenda o direito fundamental ao acesso à justiça como um direito cujo conteúdo se modifica ao longo do tempo sem que isso, contudo, necessariamente importe em uma ruptura paradigmática. Da mesma forma, tal assertiva abre portas para ao menos duas outras perspectivas importantes a serem exploradas. A primeira delas é a de que as modificações verificadas no conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça decorrem de uma releitura dos padrões de fundamentalidade material e formal a ele inerentes. A segunda é a de que eventuais restrições impostas ao alcance do novo significado associado ao direito fundamental ao acesso à justiça por força do advento de transformações tecnológicas somente serão consideradas toleráveis na medida em que atendidas as exigências impostas pelos postulados normativos aplicativos próprios da hermenêutica dos direitos fundamentais, como a proibição de retrocesso social, a proporcionalidade e a razoabilidade.

A fim de suportar tais hipóteses, propõe-se uma investigação que toma em conta o recorte do ordenamento jurídico processual civil brasileiro contemporâneo, de

maneira especial a realidade vigente após a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Tomar-se-ão como pontos de partida para a investigação os principais diplomas normativos legais e infralegais que dispuseram sobre o emprego de novas tecnologias no âmbito processual civil brasileiro, examinando de que forma as transformações impostas no contexto desses diplomas produziram impacto sobre os padrões de fundamentalidade material e formal próprios do direito ao acesso à justiça na realidade pátria. A tais parâmetros serão somados dados em sede de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial que permitam informar qual seja o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça, bem como qual seja a significação a ser associada aos comandos legais e infralegais tomados como objeto de exame, de modo que se possa investigar se e em que termos é possível a conformação entre as normas produzidas a partir desses diversos âmbitos do ordenamento jurídico.

Pontos de partida para uma reflexão a respeito do impacto exercido pelo advento de transformações em termos de tecnologia da informação e da comunicação sobre o alcance do direito fundamental ao acesso à justiça

Uma reflexão a respeito dos reflexos produzidos sobre o direito fundamental ao acesso à justiça por força do surgimento de novas tecnologias passa pela consideração de premissas situadas em ao menos duas ordens. Em primeiro lugar, impõe-se sejam apresentados o conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça e os parâmetros a partir dos quais se permite afirmar a sua fundamentalidade. De outro lado, cabe traçar um panorama a respeito da forma como o Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo assimilou o emprego de novas tecnologias com vistas à prática de atos jurídicos processuais.

Sobre o direito ao acesso à justiça: conteúdo e fundamentalidade

A fim de que se possa dimensionar o alcance do direito ao acesso à justiça e, ao mesmo tempo, fazer isso de modo a identificar e respeitar os seus limites à luz dos parâmetros que justificam a sua condição de direito fundamental na realidade brasileira, propõe-se, inicialmente, sejam apresentadas algumas reflexões a respeito do panorama doutrinário em torno do conteúdo do direito ao acesso à justiça. Feito isso, contrastar-se-á esse conteúdo com a exegese que toma como ponto de partida

para a construção de tal direito a previsão constante do art. 5º, XXXV do texto constitucional brasileiro, de modo a permitir que, adiante, seja possível a apresentação de diferentes dimensões do direito fundamental ao acesso à justiça.

d.i *Considerações gerais. Reflexões a partir de um olhar conceitual*

O alcance do direito fundamental ao acesso à justiça não é veiculado através de fórmula repetida de maneira unívoca pela doutrina. Inúmeras são as abordagens propostas com vistas à oferta de uma possível definição a esse respeito.

A fim de que se possa ilustrar a complexidade do panorama encontrado, vale lembrar, inicialmente, que as tarefas de viabilizar a solução de litígios e/ou a reivindicação de direitos não necessariamente são desenvolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário de maneira *exclusiva*². Percorrendo outra via, e reconhecendo a dificuldade em definir o que se entende por acesso à justiça, Deborah L. Rhode afirma que o adequado acesso à justiça (diferente do que chama de *igualitário acesso à justiça*, considerado pela autora como um ideal inatingível) pressupõe que tribunais, associações de advogados, faculdades de Direito, responsáveis por oferta de assistência jurídica e organizações comunitárias trabalhem em conjunto de modo a coordenar sistemas hábeis à resolução de disputas e oferta de serviços jurídicos³.

O olhar voltado a uma multiplicidade de direções também é a marca de Kazuo Watanabe ao propor a reflexão em torno do direito ao acesso à ordem jurídica justa, anotando serem dados elementares desse direito “(1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso

² Nas palavras de KATSH, Ethan e RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice. Technology and the internet of disputes*. Oxford: Oxford University Press: 2017. p. 41, “the Access to Justice Movement focused efforts on lowering the costs of litigation for low-income disputants and leveling the playing field for those who could not previously reach the court. But this is still a court-centric view (...)”.

³ RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. New York: Oxford University Press, 2004. p. 20.

efetivo à Justiça com tais características”⁴. Essa leitura mais ampla também é defendida por Richard Susskind, para quem avanços em termos de acesso à justiça devem abarcar não apenas melhoramentos do sistema de resolução de conflitos, mas também outras dimensões como a *contenção de conflitos* (medida voltada a impedir que discordâncias cresçam em escala), a *preocupação em evitar o surgimento de conflitos* e a *promoção de saúde jurídica* (relacionada à consciência e aptidão das pessoas de fazerem uso dos inúmeros benefícios, melhorias e vantagens que o direito lhes pode conferir, inclusive nos casos em que nenhum conflito tenha surgido)⁵.

A dificuldade de formular uma delimitação conceitual precisa, nos termos do antes anotado, é reconhecida no célebre estudo de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, os quais afirmam que “*a expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição*”. Contudo, é sob o signo desse mesmo magistério que se faz possível anotar que a locução em questão “*serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos*”⁶.

Essa argumentação foi tomada em conta pelo Supremo Tribunal Federal em caso no qual se discutia a possibilidade de fracionar o crédito de honorários em tantas execuções quantos fossem os credores litisconsortes facultativos em execução contra a Fazenda Pública. Consignou o Min. Luis Roberto Barroso em voto vencedor que “*a proibição de fracionamento dos honorários é injusta, porque dificulta o recebimento das verbas sucumbenciais que lhe são devidas. Do ponto de vista da sociedade, o impedimento é injusto, porque o ajuizamento desnecessário de ações individuais onera ainda mais o já sobrecarregado Poder Judiciário, prejudicando, ao final, toda a sociedade, que dele depende e anseia por decisões justas, céleres e efetivas*”⁷.

⁴ Carlos Alberto de; GABBAY, Daniela Monteiro; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta; WATANABE, Kazuo. *Conferência de Seoul 2014. Constituição e processo - Acesso efetivo à justiça : o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas*. Revista de Processo, vol. 250 (2015): 17-31.

⁵ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers. An introduction to your future*. 2ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 94-95

⁶ CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988. p. 8.

⁷ Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 913.536/RS, relator do acórdão Min. Luís Roberto Barroso, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 26.06.2018

De todas as ideias aqui trazidas, e reconhecendo as dificuldades apontadas, tem-se que é possível ainda assim afirmar que a ideia de que *o direito ao acesso à justiça compreende o compromisso do ordenamento jurídico com o reconhecimento de direitos e/ou a solução de conflitos*. Da mesma forma, impõe-se consignar que *o direito ao acesso à justiça não se esgota nas atividades desenvolvidas pelos órgãos do Poder Judiciário, mas envolve também o agir de outros sujeitos que se coloquem igualmente relacionados com a busca do reconhecimento de direitos e/ou da solução de conflitos*.

O direito fundamental ao acesso à justiça e o art. 5º, XXXV do texto constitucional brasileiro

É possível vislumbrar simetria entre a orientação conceitual acima apresentada e o estabelecido no texto constitucional brasileiro. Em primeiro lugar, é de se destacar que o art. 5º, XXXV dispõe no sentido de que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito*, o que, por sua vez, importa em dispor no sentido de que *a lei não impedirá que o Poder Judiciário possa praticar atos com vistas ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos em um determinado contexto, qual seja aquele no qual se faça presente lesão ou ameaça de lesão a direitos*.

Comentando o texto do art. 5º, XXXV do texto constitucional, a doutrina consigna que a proteção em questão alcança não só os casos no quais já verificada a lesão a um direito, mas também nos casos em que presente mera ameaça de surgimento de lesão a direito. Dessa premissa é possível derivar que *é parte integrante do direito fundamental ao acesso à justiça a exigência de que a lei não impeça que o Poder Judiciário possa praticar atos com vistas ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos tanto nos casos em que se faça presente lesão a direitos quanto naqueles em que exista apenas a ameaça de lesão a direitos*.

Da mesma forma, o silêncio do texto constitucional no art. 5º, XXXV, ao referir *lesão ou ameaça a direito*, sem adjetivar de que direito se trata, serve para evidenciar que a proteção se estende tanto a direitos individuais (como expressamente previsto

nos textos constitucionais brasileiros precedentes)⁸ mas também a direitos transindividuais⁹. Daí se pode extrair que *o direito fundamental ao acesso à justiça veda a edição de leis que impeçam que o Poder Judiciário possa praticar atos com vistas ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos tanto nos casos em que haja lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais quanto nos casos em que haja lesão ou ameaça de lesão a direitos transindividuais.*

Das inúmeras leituras possíveis em relação ao significado a ser associado ao texto constitucional no ponto, cumpre destacar, ainda, na linha do já consignado pelo Supremo Tribunal Federal, que tal previsão não exclui a possibilidade de as partes, por sua livre vontade, fazerem a escolha por outro método de solução de conflitos que não a prestação jurisdicional ofertada pelos órgãos do Estado¹⁰. Significa dizer: *o direito fundamental ao acesso à justiça compreende a noção de que a lei não impedirá que o reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos em um determinado contexto, qual seja aquele no qual se faça presente lesão ou ameaça de lesão a direitos, possa ser alcançado mediante a ação de órgãos do Poder Judiciário ou de outros sujeitos, como árbitros, conciliadores ou mediadores extrajudiciais.*

O direito fundamental ao acesso à justiça como direito a um agir negativo por parte do Estado, liberdade jurídica ou liberdade negativa em sentido estrito.

Avançando na construção antes apresentada, é de se consignar, pois, o direito fundamental ao acesso à justiça pode ser qualificado como um direito dotado de aplicabilidade imediata, no sentido de que *a atividade desenvolvida pelo legislador não pode servir como obstáculo a impedir a apreciação de lesão ou ameaça de lesão*

⁸ Para uma leitura a respeito do conteúdo da proteção em questão em textos constitucionais anteriores, ver ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 31-52, especialmente p. 47-50.

⁹ Nesse sentido, ver NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 209 e 230 e seguintes. Essa compreensão perpassa também o pensamento do Supremo Tribunal Federal, como se vê do voto do Min. Dias Toffoli ao consignar, no voto proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 855.810, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 28.08.2018, que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, inciso XXXV), sobretudo dos mais vulneráveis, cujo tratamento coletivo desempenhará a relevantíssima função de promoção efetiva de acesso à justiça, sem a necessidade do ajuizamento de inúmeras ações individuais, nem sempre acessíveis a uma gama de cidadãos mais necessitados*”. Assim também o voto do Min. Ricardo Lewandowski no Recurso Extraordinário nº 612.043/PR, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 10.05.2017, ao anotar que “*uma leitura global e sistemática da Constituição cidadã não deixa dúvidas de que ela, atenta aos novos tempos de massificação das relações sociais, privilegiou a tutela coletiva de direitos. E o fez porque, sob a sua ótica, a garantia do acesso à Justiça é garantia de primeira grandeza*”.

¹⁰ Essa foi a posição vencedora no julgamento do Agravo Regimental em Sentença Estrangeira nº 5.206-7, relator Min. Marco Aurélio, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 12.12.2001.

a *direitos vista como forma de reconhecimento de direitos e/ou de solução de conflitos*. Tomando emprestadas as categorias propostas por Robert Alexy com vistas a classificar as diversas espécies de direitos fundamentais, poder-se-ia designar o direito ao acesso à justiça, sob essa ótica, como um *direito a um agir negativo por parte do Estado*, no sentido de que *não deve o Estado praticar atos com vistas à impedir que lesão ou ameaça de lesão seja apreciada pelo Poder Judiciário, obstaculizando o reconhecimento de direitos e/ou a solução de conflitos*¹¹.

Da mesma forma, também poderia ser visto tal direito como uma *liberdade jurídica*¹², ou, de maneira específica, uma *liberdade negativa em sentido estrito*¹³, no sentido de que *o seu titular deve ser considerado juridicamente livre (isto é, um sujeito que não se depara com obstáculos criados pelo ordenamento jurídico) com vistas à possibilidade de submeter à apreciação do Poder Judiciário uma lesão ou ameaça de lesão a direito, de modo a viabilizar o reconhecimento de direitos e/ou a solução de conflitos*. A jurisprudência pátria, ao mesmo tempo em que propõe uma leitura crítica dessa *liberdade política*¹⁴ de modo a endossar a conclusão antes apontada¹⁵, reconhece, contudo, que a sua face jurídica, não é absoluta, mas, antes, é *liberdade submetida a condicionamentos considerados juridicamente aceitáveis*¹⁶,

¹¹ Sobre o conceito e as diversas espécies de *direitos a ações negativas* por parte do Estado, ver ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 189 e seguintes.

¹² Nas palavras de ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 215, “*para la creación de una situación de libertad jurídica, se requiere tan sólo una omisión del Estado, es decir, una acción negativa. Para asegurar la libertad jurídica no se requiere ningún derecho a prestaciones sino sólo un derecho de defensa*”.

¹³ Segundo ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 215, “*una libertad negativa en sentido estricto surge de la relación triádica de libertad, colocando como objeto de la libertad alternativas de acción y como obstáculos a la libertad acciones de obstaculamiento por parte de terceros, sobre todo del Estado*”. A referência a direitos de liberdade também é encontrada em MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 89, para quem tais direitos “*têm por objeto a expansão da personalidade sem interferência do Estado*”.

¹⁴ Anote-se aqui a distinção proposta por MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Op. cit., p. 92 entre *liberdade civil* e *liberdade política*.

¹⁵ Comentando a exegese do art. 5º, XXXV do texto constitucional, refere o Min. Luiz Fux que o mesmo “*tem como objetivo primeiro estabelecer a assistência judiciária aos hipossuficientes. Segundo, tem o intento de coibir iniciativas dos legisladores que pudessem impor obstáculos desarrazoados ao acesso à Justiça, a fim de impor o acesso plural e universal ao Poder Judiciário*” (Recurso Extraordinário nº 640.905/SP, Rel. Min. Luiz Fux, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 15.12.2016).

¹⁶ A respeito do que se considera juridicamente aceitável, vale trazer à colação decisão do Supremo Tribunal Federal segundo a qual “*a fixação do valor da causa no patamar manifestamente desproporcional de 26,7 bilhões de reais afrontou gravemente a garantia de acesso à justiça*” (Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo nº 873.985/DF, Relator Min. Luiz Fux, julgado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal em 28.06.2016)

tais como o pagamento de despesas processuais¹⁷, a sujeição a multas destinadas a coibir abusos no processo¹⁸ ou a necessidade de presença de um advogado com vistas a postular em juízo¹⁹.

O direito fundamental ao acesso à justiça como direito a um agir positivo por parte do Estado. A fundamentalidade complexa do direito ao acesso à justiça.

Outra perspectiva importante a ser considerada é a de que o direito fundamental ao acesso à justiça possa ser visto como *um direito a ações positivas por parte do Estado*. A construção com vistas a tal modelo, contudo, extrapola os limites do cotejo exclusivo do art. 5º, XXXV do texto constitucional à luz das categorias propostas por Robert Alexy, reclamando, antes, de tudo, uma leitura sistêmica do constante da Constituição Federal.

A compreensão a respeito da existência de um modelo constitucional que afirma a existência do direito ao acesso à justiça como direito a ações positivas por parte do Estado reclama, em primeiro lugar, a atenção para as previsões constantes do texto constitucional a partir das quais se possa inferir a exigência de prática de atos por parte do Estado com vistas ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos²⁰. Para além da previsão a respeito da existência do Poder Judiciário no contraste com os

¹⁷ Para uma análise a respeito dos limites a serem considerados com vistas à instituição de custas processuais, inclusive do ponto de vista do direito à inafastabilidade do controle jurisdicional, ver Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.926/PE, relator Min. Sepúlveda Pertence, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 19.04.1999.

¹⁸ Segundo o Supremo Tribunal Federal, “a norma inscrita no parágrafo único do art. 538 do CPC/73, especialmente quando analisada na perspectiva dos recursos manifestados perante o Supremo Tribunal Federal, não importa em frustração do direito de acesso ao Poder Judiciário, mesmo porque a exigência de depósito prévio tem por única finalidade coibir os excessos, os abusos e os desvios de caráter ético-jurídico nos quais haja incidido o ‘improbus litigator’” (Embargos de declaração nos embargos de declaração no agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança nº 33.489/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal em 06.09.2016).

¹⁹ Para o Supremo Tribunal Federal, “o direito de petição, embora qualificado como prerrogativa de ordem constitucional (CF, art. 5º, XXXIV, “a”), não assegura, por si só, a possibilidade de o interessado – que não dispõe de capacidade postulatória – ingressar em juízo, para, independentemente de Advogado, litigar em nome próprio ou como representante de terceiros” (Agravo Regimental na Arguição de Impedimento nº 28, Rel. Min. Celso de Mello, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 26.11.2015).

²⁰ Nas palavras do Min. Celso de Mello “não se pode perder de perspectiva que a frustração do acesso ao aparelho judiciário do Estado, motivada pela injusta omissão do Poder Público – que, sem razão, deixa de adimplir o dever de conferir expressão concreta à norma constitucional que assegura, aos necessitados, o direito à orientação jurídica e à assistência judiciária -, culmina por gerar situação socialmente intolerável e juridicamente inaceitável (...) De nada valerão os direitos e de nenhum significado revestir-se-ão as liberdades, se os fundamentos em que eles se apoiam – além de desrespeitados pelo Poder Público ou transgredidos por particulares – também deixarem de contar com o suporte e o apoio de um aparato institucional (...)” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.903/PB, Rel. Min. Celso de Mello, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 01.12.2005).

demais poderes com os quais coexiste harmonicamente, impõe-se atentar para outras normas constitucionais que dispõem sobre a existência, estrutura e competência dos órgãos que dele fazem parte. O estabelecimento de diferentes tarefas associadas a diversos órgãos do Poder Judiciário com vistas ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos é exemplo de um primeiro conjunto de comandos que contribuem para a construção do significado do direito fundamental ao acesso à justiça. A tais ditames constitucionais somam-se, ainda, aqueles outros que preveem e regulam outras atividades como a conciliação desenvolvida pelos Juizados Especiais (art. 98) e a atuação das chamadas funções essenciais à justiça – Ministério Público (art. 127 a 130), Advocacia Pública (art. 131 e 132), advocacia (art. 133) e Defensoria Pública (art. 134 e 135)²¹, as quais se consideram igualmente compreendidas sob o manto do direito fundamental ao acesso à justiça²². De maneira específica, vale lembrar que as normas relativas à atuação da Defensoria Pública ser lidas, de outra banda, também em sintonia com o disposto no art. 5º, LXXIV, segundo o qual o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos²³.

²¹ A fundamentalidade inerente à norma construída a partir da análise acima transcrita pode ser vista em recente julgado no qual o Supremo Tribunal Federal afirmou que a legitimidade da defensoria pública para o ajuizamento de ação civil pública não está condicionada à comprovação prévia da hipossuficiência de possíveis beneficiados pela prestação jurisdicional. Nesse sentido, destaca-se o voto da Min. Cármen Lúcia ao sustentar, “à luz dos princípios orientadores da interpretação dos direitos fundamentais”, a existência de uma “presunção de que, no rol dos afetados pelos resultados da ação coletiva, constem pessoas necessitadas”. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.943, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 07.05.2005).

²² Segundo o Min. Dias Toffoli, “a existência de capítulo próprio para o tratamento constitucional das ‘Funções Essenciais à Justiça’ não é mera disposição de forma, mas elemento fundamental de estruturação da Constituição cidadã; não se trata de escolha aleatória do constituinte, mas de consagração da igualdade no processo e no acesso à Justiça” (Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.296/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 18.05.2016). Indo adiante, observa-se que o reconhecimento da importância de adoção de políticas públicas pelo Estado com vistas a aparelhar adequadamente as instituições públicas que se constituem em funções essenciais à justiça pode ser visto em decisão do Supremo Tribunal Federal na qual foi declarada inconstitucional lei estadual sob o argumento de que “ao invés de o Poder Público desempenhar esse dever fundamental por intermédio da Defensoria Pública, a teor do art. 134 da Constituição Federal, procurando, ao máximo, mitigar as deficiências dessa instituição permanente e essencial à Justiça, o legislador potiguar, em substituição, impôs, nos casos de ausência de defensor público constituído, que essa atividade fosse desempenhada por estudantes da universidade estadual, a qual, frise-se, tem por objetivo precípuo as atividades de ensino superior, mas que, aos finais de semana e feriados, passaria a desempenhar, obrigatoriamente, por intermédio de seu corpo de alunos e professores, funções de assistência jurídica integral e gratuita aos financeiramente hipossuficientes” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.792/RN, Rel. Min. Dias Toffoli, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 22.09.2016).

²³ Segundo a Min. Rosa Weber, “a assistência jurídica aos hipossuficientes foi alçada, pelo art. 5º, LXXIV, da Carta Política, à condição de direito fundamental prestacional, na linha do amplo acesso à Justiça também nela consagrado” (Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.296/DF, Rel. Min. Rosa Weber, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em

Da leitura conjunta dos comandos que envolvem as diversas dimensões relativas ao direito ao acesso à justiça exsurge a constatação de que se trata de um direito dotado de *fundamentalidade formal e material complexa*, a qual é aferida a partir da consideração conjunta de uma teia de comandos e conteúdos que se entrelaçam entre si. Impõe-se tomar o direito fundamental ao acesso à justiça como resultado do entrelaçamento de um feixe de direitos que, combinados, formam um todo a partir do qual se revela o seu significado²⁴. Registre-se, por certo, que isso não quer dizer que todos os comandos constitucionais antes elencados possam efetivamente ser considerados integrantes do núcleo de fundamentalidade formal do direito ao acesso à justiça, já que não se fazem neles presentes os elementos que permitem eles sejam tomados como balizas de fundamentalidade por si só, em especial no que se refere ao fato de o texto constitucional em tais pontos estar eventualmente sujeito à possibilidade de reforma por via de emenda à Constituição²⁵.

A compreensão do alcance do direito fundamental ao acesso à justiça como direito a ações positivas por parte do Estado dotado de fundamentalidade complexa revela a circunstância de que tal direito, por sua vez, possui diversas dimensões. Uma primeira delas é a que compreende o *direito à adoção de providências por parte do*

18.05.2016). Da mesma forma, na esteira da voz da Min. Cármen Lúcia, em caso no qual se discutia a constitucionalidade de lei que dispunha sobre regimento de custas e emolumentos para acesso ao Poder Judiciário estadual, “*na impossibilidade comprovada de não ser possível a alguém o pagamento desses valores altíssimos dessas tabelas, e aqui não me refiro apenas como pobre no sentido legal, ter-se-á que garantir a gratuidade do serviço prestado, porque, caso contrário, teríamos que declarar ser um óbice criado ao acesso à justiça, que é direito fundamental das pessoas*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.826/GO, Rel. Min. Eros Grau, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 12.05.2010).

²⁴ De acordo com ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 241, “*un derecho fundamental como un todo es un haz de posiciones iusfundamentales (...) A las posiciones jurídicas corresponden siempre normas que las confieren. Al ensamblamiento de un haz de posiciones en un derecho fundamental corresponde entonces la adscripción de un haz de normas a una disposición de derecho fundamental*”.

²⁵ Como lembra Ingo Sarlet, “*a fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo, no sentido de um regime jurídico definido a partir da própria Constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita, e composto, em especial, pelos seguintes elementos: (a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF) (...); (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as necessárias ressalvas e ajustes, também os atores privados (art.5º, § 1º, da CF)*” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 321).

*Estado que se situam no plano normativo*²⁶. Exemplos de tais providências podem ser vistos na edição de leis ou de outros atos normativos pelo Estado que disponham sobre a forma adequada para a prática de atos jurídicos com vistas ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos²⁷, bem como sobre quais serão os órgãos ou pessoas responsáveis por viabilizar as prestações necessárias com vistas a tais resultados.

O ponto é relevante na medida em que permite sejam trabalhadas ao menos duas grandes questões relevantes. Em primeiro lugar, é de se registrar que a previsão constitucional de competência legislativa com vistas à edição de normas de Direito Processual (art. 22, I), bem como para legislar sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, XI), acabam por auxiliar substancialmente na definição do conteúdo do direito ao acesso à justiça como direito fundamental. De outro lado, a leitura ampla a respeito do alcance do direito fundamental ao acesso à justiça faz com que as providências a serem adotadas pelo Estado do ponto de vista normativo de forma alguma possam ser reduzidas àquelas ligadas à sua atuação no âmbito jurisdicional. A esse respeito, bons exemplos de iniciativas podem ser vistos no esforço legislativo constante do Código de Processo Civil e da Lei nº 13.140/2015 no sentido de regular as atividades de mediação e conciliação, aprofundando um modelo que já se desenhava desde a edição da Lei nº 9.307/1996, que regulou a arbitragem na realidade brasileira.

Desafio mais complexo surge na medida em que se pretenda construir, a partir do cotejo das mesmas premissas, um modelo de direito fundamental ao acesso à justiça como um *direito à adoção de providências por parte do Estado que se situam no plano dos fatos*²⁸. Aqui se incluem, de maneira exemplificativa, providências praticadas pelo Estado com vistas à educação com relação à existência e à forma de funcionamento dos meios destinados ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de

²⁶ Na classificação original, refere o autor a existência de *direitos a ações positivas normativas*, definidos como “*derechos a actos estatales de imposición de norma*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 194-196, sendo o trecho citado encontrado a p. 195).

²⁷ De acordo com o Min. Luiz Fux, “*a garantia constitucional de acesso à Justiça, prevista no art. 5º, XXXV, da CRFB/88, exige a disponibilidade de instrumentos processuais idôneos à tutela dos bens jurídicos protegidos pelo direito positivo*” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.286/AP, Rel. Min. Luiz Fux, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 18.05.2016). No mesmo sentido, ver Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 337/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 18.05.2016.

²⁸ Sobre os “*derechos a acciones positivas fácticas*” (terminologia originalmente empregada por Robert Alexy), consigna o citado autor que os mesmos se caracterizam pela circunstância da “*irrelevância de la forma jurídica de la realización de la acción para la satisfacción del derecho*” (ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Op. cit., p. 195).

conflitos, bem como a adoção de medidas destinadas à remoção de obstáculos econômicos, sociais e culturais que impeçam ou restrinjam o reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos, consideradas como condições para o respeito à isonomia e ao princípio democrático.

A fundamentalidade complexa do direito ao acesso à justiça e os diversos níveis do ordenamento jurídico.

O compromisso do Estado com a adoção das providências acima elencadas pode ser identificado, ainda, a partir da análise de diplomas internacionais integrados ao ordenamento jurídico pátrio que integram o bloco de constitucionalidade que serve como parâmetro para a identificação de direitos fundamentais, a teor do previsto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal²⁹. Nesse sentido, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, em comentário ao art. 14 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado na realidade brasileira através do Decreto nº 592/1992, dispõe no sentido de que o direito à igualdade perante tribunais e cortes de justiça compreende a exigência de *acesso igualitário à justiça*, vedando qualquer distinção que não seja fundada em razões de Direito e que não possam ser justificadas com base em fundamentos objetivos e razoáveis³⁰.

Vale registrar, outrossim, que o acesso igualitário à justiça constitui-se em importante componente contemplado como um dos objetivos de desenvolvimento

²⁹ Não se desconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário nº 349.703, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03.12.2008,

Recurso Extraordinário nº 464.343 Rel. Min. Cezar Peluso, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03.12.2008, e Habeas Corpus 87.585, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 03.12.2008) que afirma a supralegalidade de tratados como a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 678/1992. Contudo, entende-se necessária a leitura crítica do posicionamento adotado, que reduz as potencialidades em termos de construção de soluções mais condizentes com a hermenêutica dos direitos fundamentais. Para uma leitura crítica a respeito da solução dada pelo Supremo Tribunal Federal, ver, por todos, Ingo Sarlet, in SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 344- 346.

³⁰ Human Rights Committee. General Comment nº 32. Genebra, United Nations, 2007. p.2-3: “8. *The right to equality before courts and tribunals, in general terms, guarantees, in addition to the principles mentioned in the second sentence of Article 14, paragraph 1, those of equal access and equality of arms, and ensures that the parties to the proceedings in question are treated without any discrimination (...) 9. (...) This guarantee also prohibits any distinctions regarding access to courts and tribunals that are not based on law and cannot be justified on objective and reasonable grounds*”. A ideia de acesso à justiça em condições de igualdade, “*em boas condições de igualdade, com aqueles que podem escolher os seus advogados*”, vem referida pela Min. Cármen Lúcia na antecipação de voto proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 733.433/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal em 04.11.2015)

sustentável da Agenda 2030 das Nações Unidas em seu item 16.3³¹. No contexto brasileiro, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) promove, ligado a tal objetivo, um projeto de “Justiça Restaurativa e Mediação de Conflitos”, que consiste em “fortalecer o acesso à justiça, a legitimidade e a eficácia do Sistema de Justiça, a partir de um processo de democratização do Sistema, com a criação de um mecanismo de participação social e do aperfeiçoamento de desenhos institucionais que proporcionem o diálogo com outras instituições e organizações, de forma a propor melhorias num processo ininterrupto de aperfeiçoamento”. Dentre os objetivos incluídos nesse projeto, desenvolvido em parceria com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, inserem-se, dentre outras, as preocupações com o planejamento e monitoramento das políticas públicas de acesso à justiça, a promoção de formas alternativas de resolução de conflitos e a definição de princípios e diretrizes da Política Nacional de Acesso à Justiça³². Juntamente com o Decreto nº 8.892/2016, que criou a Comissão Nacional para os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, tem-se pois, mais um exemplo concreto de esforço que reforça a fundamentalidade material inerente ao direito fundamental ao acesso à justiça, resultante da combinação de fontes que se situam em múltiplos níveis de normatividade, informando o conteúdo de um direito que encontra diretamente no texto constitucional âncora segura para que se possa afirmar a sua fundamentalidade formal.

A assimilação de transformações em termos de tecnologia da informação e da comunicação no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro contemporâneo.

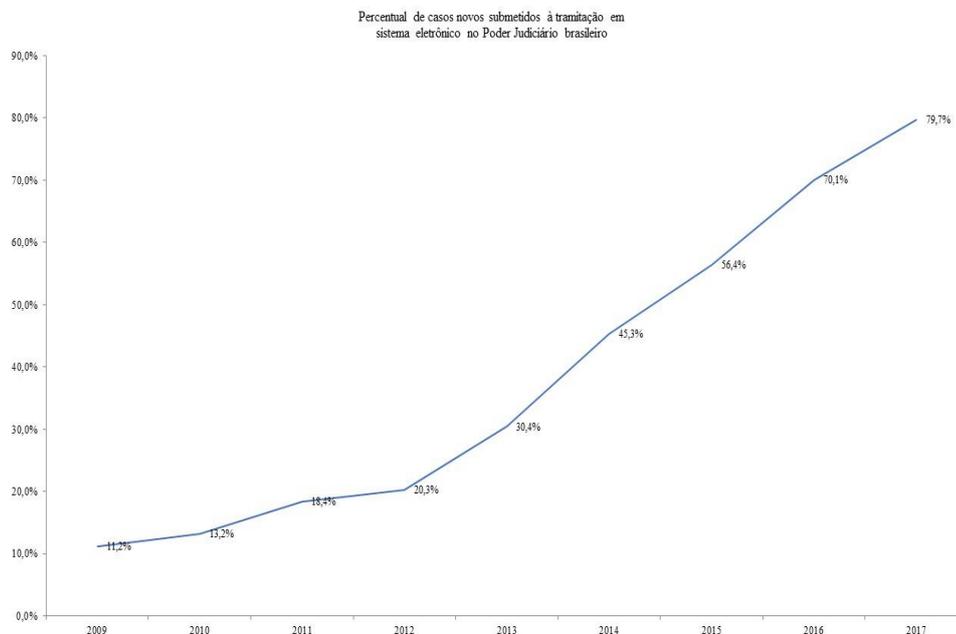
As consideráveis transformações implementadas no âmbito na cultura contemporânea por força do desenvolvimento de novas ferramentas em termos de tecnologia da informação e da comunicação nos últimos anos trazem à tona uma série de reflexões relevantes. Para além dos importantes questionamentos jusfilosóficos sobre o que se pode ou deve entender por *informação e comunicação*³³, sobre o que

³¹ “Objetivo 16. Paz, justiça e instituições eficazes. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. (...)16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos” (Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em 16.01.2019).

³² PNUD Brasil. *Justiça Restaurativa e Mediação de Conflitos*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/projects/justica-restaurativa-e-mediacao-de-conflitos.html>. Acesso em 16.01.2019.

³³ Sobre o ponto, por todos, adiro às considerações feitas por MOLINARO, Carlos Alberto. *Direitos humanos e cultura jurídica no cenário das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) (dúvidas e inquietudes em um ambiente próximo do colapso)*. *Area Domeniu*, vol. 6 (2017): 47-64, especialmente p. 52-53.

seria preciso tomar em conta para que se pudesse tratar uma mudança em tal cenário como um movimento de ruptura de paradigma³⁴ ou avanço no contraste com o estado anteriormente existente, impõe-se aqui referir a crescente assimilação de novas tecnologias no desenvolvimento das atividades do cotidiano da justiça civil brasileira. Sintoma disso pode ser visto no relatório Justiça em Números 2018, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, ao anotar que dos processos que iniciaram no ano de 2017, apenas 20,3% eram processos não submetidos à tramitação em sistema eletrônico. Tem-se, aqui, um crescimento digno de nota em se considerando que em 2009 apenas 11,2% dos processos que então ingressaram estavam submetidos às novas plataformas tecnológicas, como se vê do gráfico abaixo³⁵:



Em se investigando as origens do emprego de tecnologia digital na prática de atos processuais no âmbito da Justiça Civil na realidade brasileira, tem-se que a Lei nº 8.245/1991 continha, no seu art. 58, IV, previsão no sentido de que, desde que autorizado no contrato, a citação, intimação ou notificação nas ações de despejo,

³⁴ A respeito da noção de tecnologias disruptivas aplicadas à realidade jurídica, ver SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers. An introduction to your future*. 2ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2017.

p. 43 e seguintes.

³⁵ Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. p. 90-91.

consignação em pagamento de aluguel e acessório da locação, revisionais de aluguel e renovatórias de locação poderia ser feita, tratando-se de pessoa jurídica ou firma individual, também mediante telex ou fac-símile. Essa experiência ganhou maior amplitude com a Lei nº 9099/1995, que em seu art. 13, § 2º dispunha no sentido de que a prática de atos processuais no âmbito dos Juizados Especiais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação. Pouco depois, a Lei nº 9.800/1999 generaliza a fórmula ao permitir, ainda que sob certos condicionamentos, a utilização de sistema de transmissão de dados e imagens tipo fac-símile ou outro similar, para a prática de atos processuais.

A assimilação de novas ferramentas de tecnologia da informação e de comunicação no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro ganha cores especiais a partir da edição da Lei nº 10.259/2001, a qual, dispondo sobre os Juizados Especiais Federais, previa, em seu art. 8º, § 2º que os tribunais poderiam organizar serviço de intimação das partes e de recepção de petições por meio eletrônico. Maior profundidade pôde ser sentida com o advento da Lei nº 11.280/2006, a qual, reformando o art. 154 do Código de Processo Civil de 1973, dispôs no sentido de que os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderiam disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP – Brasil), anteriormente instituída pela Medida Provisória nº 2.200-2/2001.

No mesmo ano, a Lei nº 11.382/2006 trouxe interessantes providências ao alterar disposições do Código de Processo Civil de 1973 no âmbito do processo de execução. O art. 655-A introduzido na codificação comentada previa a possibilidade de o juiz, no intuito de possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, a requerimento do exequente, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução. A mesma lei contemplava, ainda, uma nova redação para o art. 659 do Código de Processo Civil então vigente, estabelecendo que a penhora de numerário e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis poderiam ser realizadas por meios eletrônicos, desde que obedecidas as normas de segurança que instituídas, sob critérios uniformes, pelos Tribunais.

O grande marco legislativo nessa evolução legislativa na realidade brasileira, sem dúvida, foi a edição da Lei nº 11.419/2006, que dispôs sobre a informatização do processo judicial, veiculando normas gerais sobre o tema. Além disso, a referida lei trouxe novas alterações ao Código de Processo Civil de 1973. Nesse sentido, a citada lei trouxe disciplina nova a ser incluída na codificação processual mencionada versando sobre a possibilidade de assinatura digital de procurações (art. 38, parágrafo único) e de decisões judiciais (art. 164, parágrafo único), sobre produção, transmissão e armazenamento de documentos (art. 154, § 2º, art. 169, §§ 2º e 3º e art. 556, parágrafo único)³⁶, sobre comunicação dos atos processuais (art. 202, § 3º, 221, IV e 237, parágrafo único), bem como sobre matéria probatória (art. 365, V, e VI e §§ 1º e 2º, art. 399, §§ 1º e 2º, art. 417, §§ 1º e 2º e art. 457, § 4º).

O Código de Processo Civil de 2015 também investiu de maneira significativa na regulação da prática de atos processuais por meio eletrônico. Nesse sentido, para além da disciplina geral da prática eletrônica dos atos processuais sob tal forma (arts. 193 a 199, 236, § 3º e 937, § 4º), regulou o legislador, de maneira pontual, os atos a serem praticados pelos magistrados (arts. 205, §§ 2º e 3º e 943) e pelo escrivão ou chefe de secretaria (art. 209, § 1º). Tratou, ainda, de disposições sobre o tempo (art. 212, § 3º e 213), a comunicação (arts. 246, V e § 1º, 254, 263, 264, 265, § 1º, 266, 270, 272, 273, 275, 340, 477, § 4º, 513, § 2º, III, 535, 1.019, III) e o prazo (arts. 224, §§ 1º e

2º e 228, § 2º, 229, § 2º e 231, V e VII, 915, § 4º) para a prática de atos processuais, da distribuição dos processos (arts. 285 e 930). Dispôs, ainda, sobre a realização de atos processuais específicos por meio eletrônico, como a audiência de conciliação ou de mediação (art. 334, § 7º), a audiência de instrução e julgamento (art. 367, §§ 1º e 4º), a produção de ata notarial (art. 384, parágrafo único), da prova documental (411, II, 422,

³⁶ Posição peculiar foi sustentada por CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 10 e seguintes, para quem “a informatização do processo judicial, autorizada pela Lei nº 11.419, exclui a aplicação da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil, atribuindo essa enorme responsabilidade aos tribunais, deles exigindo um complexo sistema tecnológico (pressupondo a existência de conhecimento técnico), experiência e recursos financeiros que nenhum tribunal do Brasil hoje dispõe”. O tempo parece apontar que a posição prevalente foi diversa da expressa pelo citado autor, como se infere da sistemática de assinaturas digitais conforme prevista no art. 3º da Resolução CNJ nº 185/2013, bem como do art. 195 do CPC de 2015.

§ 1º e 3º, 438, § 2º e 439 a 441), do depoimento da parte (arts. 385, § 3º e 460, §§ 2º e 3º), da prova testemunhal (arts. 453, § 1º e 461, § 2º), bem como a realização da penhora (arts. 837 e 854), adjudicação (art. 876), alienação de bens (art. 879, II, 880, § 3º, 882, 887 e 892), bem como outras providências relativas à tramitação de processos perante tribunais (arts. 979, 1.007, § 3º, 1.017, § 5º, 1.018, § 2º, 1.029, § 1º, 1.038, § 1º e 1.043, § 4º). Não obstante a existência de tantos comandos, registra-se a presença de vozes na doutrina que criticam a opção do legislador de 2015, sob o argumento de que “*a regulação foi tímida, limitada a algumas disposições de caráter geral, prevalecendo o reenvio das questões para a legislação que se tem ou pior para o futuro sempre incerto*”, anotando, ainda, que “*o paradigma do Código ainda é o papel*”³⁷.

Dos diplomas de *status* infralegal regulando o tema, destaque especial deve ser dado à atuação do Conselho Nacional de Justiça, respaldada, inclusive, pelo art. 196 do Código de Processo Civil de 2015. Nesse sentido, refira-se a Resolução CNJ nº 121/2010, que regula a forma como se dará a divulgação de dados relativos a processos judiciais eletrônicos na internet, regulamentando, de maneira especial, o constante do art. 11, § 6º da Lei nº 11.419/2006. Vale lembrar, outrossim, que o tema ganhou recentemente novos desdobramentos em função da edição da Lei nº 13.793/2019, que deu nova redação ao art. 11, § 6º, ampliando o universo de sujeitos que terão acesso a documentos digitalizados juntados a processos eletrônicos e introduziu um parágrafo sétimo ao mesmo artigo segundo o qual os sistemas de informações pertinentes a processos eletrônicos devem possibilitar que advogados, procuradores e membros do Ministério Público cadastrados, mas não vinculados a processo previamente identificado, acessem automaticamente todos os atos e documentos processuais armazenados em meio eletrônico, desde que demonstrado interesse para fins apenas de registro, salvo nos casos de processos em segredo de justiça.

³⁷ Essa é a opinião de Zulmar Duarte de Oliveira Jr., in GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Forense, 2015. p. 641. E segue o autor: “*O Código não traz uma disciplina integral para o processo eletrônico, e seus preceptivos pouco avançam, com escassas regras sobre o trâmite do processo pelo sistema eletrônico (...) Mesmo nas aberturas ao sistema eletrônico realizadas pelo Código, muito mais visíveis são as omissões no tratamento conferido, pois ele se limita a enunciar a possibilidade do uso do meio eletrônico, sem apontar aos utentes as regras respectivas (...)*” (Op. cit., p. 641). Em sentido contrário, afirmando que o novo CPC deu “*ares mais amplos*” ao processo eletrônico, “*arejando a ferramenta para o futuro da jurisdição, da solução do conflito de interesses e, substancialmente, procurando o descongestionamento da tramitação das causas*”, ver ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo Eletrônico. Processo Digital*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2017. p. 134

Pouco antes havia sido editada, ainda, a Resolução CNJ nº 105/2010, que dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. Esse ato normativo foi objeto de atualização quando do advento da Resolução CNJ nº 222/2016, já editada à luz do disposto no art. 367, 5º do CPC.

Ainda dentro desse mesmo universo, impõe-se anotar o papel da Resolução CNJ nº 185/2013, que institui o Sistema Processo Judicial Eletrônico (PJe) como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais e estabelece os parâmetros para sua implementação e funcionamento. A referida resolução, em princípio, buscava trazer uniformidade diante dos diversos sistemas de processo eletrônico que vinham sendo desenvolvidos ao longo do território nacional, oferecendo uma solução padrão uniformizadora da atuação perante diversos órgãos do Poder Judiciário brasileiro³⁸. Essa intenção poderia ser vista a partir de uma série de comandos, em especial o art. 44 da referida norma infralegal, que previa a vedação da criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de sistema ou módulo de processo judicial eletrônico diverso do PJe – o que soa contraditório diante da autorização legal expressa constante do art. 8º da Lei nº 11.419/2006. Contudo, tal proibição restou substancialmente abrandada em função da atuação do Plenário do Conselho Nacional de Justiça, que, sob o pálio do art. 45 da mesma resolução, acabou por autorizar a quebra da uniformidade. O resultado prático é a permanência de uma pluralidade de experiências a variar segundo a realidade dos diversos órgãos do Poder Judiciário existentes ao longo do país³⁹.

Por fim, registre-se que as preocupações do Conselho Nacional de Justiça apresentam uma série de desdobramentos importantes em termos de gestão. Nesse sentido, cumpre destacar, dentre outras, a Resolução CNJ nº 91/2009, que Modelo de Requisitos para Sistemas Informatizados de Gestão de Processos e Documentos do Poder Judiciário e disciplina a obrigatoriedade da sua utilização no desenvolvimento

³⁸ Esse também é o olhar de THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 56ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 477.

³⁹ Ilustrativo o relato do Conselho Nacional de Justiça ao anotar que “na Justiça Estadual, segundo levantamento de 2017, existem outros oito sistemas eletrônicos em uso nos tribunais e unidades judiciárias vinculadas (SAJ, Themis, Tucujuris, E-proc, SCPV, UDI, PROJUD, EJUD). No 1º grau, nove tribunais utilizam o PJe na primeira instância: TJBA, TJCE, TJDFT, TJMT, TJMG, TJPA, TJPE, TJRN e TJRS. No 2º grau, apenas 3 tribunais informaram não utilizar sistema eletrônico de tramitação processual (TJES, TJPA e TJPI)” (Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018. p. 90-91)

e manutenção de sistemas informatizados para as atividades judiciais e administrativas no âmbito do Poder Judiciário (MoReq-Jus), a Portaria CNJ nº 26/2015, que institui a rede de governança do Processo Judicial Eletrônico (PJe), e a Resolução CNJ nº 211/2015, que institui a estratégia nacional de tecnologia da informação e comunicação do Poder Judiciário (ENTIC-JUD).

A ressignificação do direito fundamental ao acesso à justiça por força da assimilação de inovações em termos de tecnologia da informação e da comunicação no âmbito do Direito Processual Civil brasileiro.

A redefinição do alcance do direito fundamental ao acesso à justiça pode dar-se por uma série de expedientes, para muito além da alteração da literalidade do texto constitucional⁴⁰. Uma reflexão a respeito do tema exige, antes de tudo, a necessidade de se tomar em conta as diferentes *causas eficientes* que levam a essa mudança de significado.

Nesse sentido, uma primeira hipótese a ser tomada em consideração é a de que *a necessidade de uma releitura crítica do alcance do direito fundamental ao acesso à justiça poderia surgir em função da transformação resultante do impacto exercido pelo influxo de novas tecnologias de informação e comunicação sobre a realidade sócio-cultural à qual esse mesmo direito mesmo se aplica, independentemente do advento de qualquer alteração no texto constitucional ou em disposição infraconstitucional*. Nesse sentido, sem que se mude sequer uma palavra do texto do art. 5º, XXXV, tal comando passa a abranger também o direito ao acesso à justiça com vistas à proteção em face de lesões ou ameaças de lesões a direitos oriundos de atos praticados no ambiente virtual. Exemplo emblemático a esse respeito pode ser verificado nos casos em que pleiteada tutela jurisdicional com vistas à retirada de conteúdo ofensivo veiculado na internet⁴¹. Em tal aspecto, muda-se o significado da

⁴⁰ Nas palavras de SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. *Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação*. *Revista de Processo*, vol. 277 (2018): 541-561, especialmente p. 551, “haveria de ser natural que a compreensão de acesso à justiça fosse alterada conforme as alterações socioculturais contemporâneas. Como valor e ao mesmo tempo uma espécie de objetivo institucional do poder judiciário, o acesso adequado à justiça não pode ser compreendido de forma estável e independente de variações temporais, pois cada circunstância de espaço e tempo informará necessidades, exigências e anseios sociais que representam desafios para o pleno acesso justo ao judiciário”.

⁴¹ A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser “imprescindível que o requerente indique as URLs para a retirada de determinada página com conteúdo supostamente ofensivo, assentando, ainda, que a determinação judicial deve ser precisa, inclusive para se aferir o seu cumprimento, especialmente quando se aplica multa diária” (Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1471164/MG, Rel. Min. Raul Araújo, julgado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça em

expressão lesão, e, com isso, amplia-se o universo do debate em torno do compromisso com o reconhecimento de direitos e/ou a solução de conflitos.

Assim, de maneira mais específica, impõe-se reconhecer, como primeira constatação, que *a linguagem empregada no texto constitucional com referência ao direito fundamental ao acesso à justiça recebe novo significado em função do impacto exercido pelo advento de novas tecnologias sobre a realidade cultural à qual as normas extraídas a partir da interpretação dessa mesma linguagem vão ser aplicadas.*

Outra via a ser considerada e a que parte da premissa de que *a necessidade de uma releitura crítica do alcance do direito fundamental ao acesso à justiça poderia surgir em função da transformação resultante da forma como o legislador regula o emprego de ferramentas baseadas em novas tecnologias de informação e comunicação ligadas ao reconhecimento de direitos e/ou à solução de conflitos.* A importância dessa perspectiva é considerável na medida em que a realidade brasileira, na comparação com outros panoramas normativos, é composta por um considerável número de manifestações legislativas que buscam sinalizar no sentido da existência de vontade política dos órgãos do Estado com vistas a uma peculiar densificação do direito fundamental ao acesso à justiça realizada em função do advento de novas tecnologias de informação e de comunicação⁴².

Um exemplo interessante a ser considerado a esse respeito pode ser visto em se considerando o art. 46 da Lei nº 13.140/2015, segundo o qual a mediação poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo. Aqui a modificação do significado da expressão *acesso à justiça* pode ser vislumbrada tanto como uma alteração do significado do que se entende por *acesso* (isto é, como meio a ser disponibilizado com vistas ao reconhecimento de direitos e/ou a solução de conflitos) quanto como uma transformação do alcance do que se considere como *justiça* (tomada, nessa outra

30/11/2018). Em sentido análogo, ver Recurso Especial nº 1694405/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 29/06/2018; Recurso Especial nº 1679465/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 13/03/2018).

⁴² Para que se possa ter um parâmetro de comparação com o cenário apresentado linhas antes, veja-se o relato de KATSH, Ethan e RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice. Technology and the internet of disputes*. Op. cit., p. 152, ao referirem que “*in 2016, some small claims court forms in Massachusetts are available online— but not much else. The web first began with the simple presentation of information online. Courts— except for a few exceptions discussed below— are still largely in that stage*”.

acepção, como sujeito responsável pelas providências relacionadas ao reconhecimento de direitos e/ou de solução de conflitos).

Por mais que se possa questionar se a realização de mediação *online* tenda a se revelar mais ou menos efetiva, fato é que a sua simples *existência* amplia imediatamente o espectro das reflexões em torno do direito fundamental ao acesso à justiça. Aliás, o argumento trazido por certas vozes no sentido de que a frustração que se gera em função da *ausência* de opções com vistas à prática de atos *online* é certamente maior do que a surpresa verificada nas mesmas pessoas quando constatarem a *existência* dessas mesmas opções é, certamente, um argumento que milita em favor do reconhecimento quanto à presença de um tendente desejo pela existência de meios para a solução de conflitos desenvolvidos mediante o emprego de novas tecnologias de comunicação e informação⁴³.

Ainda nesse ponto, cumpre atentar para o fato de que *o emprego de novas tecnologias de informação e comunicação com vistas à concretização do direito fundamental ao acesso à justiça pressupõe que o Estado atente para o dever de adoção de providências situadas no plano dos fatos, as quais são oponíveis não apenas ao Poder Legislativo, mas também ao Poder Executivo*. A criação de uma cultura na qual se faça presente a educação para a inclusão digital, bem como a acessibilidade econômica e prática às ferramentas de tecnologia (computadores, redes, etc.) é providência que reclama proatividade por parte do Estado, com a adoção de medidas legislativas e administrativas necessárias para que se possa cogitar de verdadeiro acesso à justiça em tempos de novas tecnologias⁴⁴. Ilustra bem a preocupação em questão o constante do art. 198 do Código de Processo Civil ao dispor no sentido de que as unidades do Poder Judiciário deverão manter gratuitamente, à

⁴³ Nas palavras de KATSH, Ethan e RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice. Technology and the internet of disputes*. Op. cit., p. 151, “one concern in the introduction of public uses of ODR has historically been how willing the public would be to resolve disputes online. This has not turned out to be a problem. In spite of many different data breaches over the past few years, the willingness of individuals to rely on machines for many daily tasks and fill their phone with apps has only increased. Indeed, when the choice is between visiting a physical space to conduct a transaction or doing it online, the online option is usually preferred. What this means is that today, citizens will generally be more frustrated by the absence of an online option than surprised by its presence”.

⁴⁴ Como acertadamente afirmam SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. *Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação*. Op. cit., p. 551, “se o judiciário hoje é acessado por plataformas digitais, se esse acesso ao judiciário é parte dos direitos considerados fundamentais para a pessoa e, se entre os direitos de cidadania há o de navegar em ambiente digital, então promover inclusão digital para fins de acesso à justiça passa a não somente ser um objetivo, mas deve ser visto como uma necessidade para fins de adequação do discurso e da infraestrutura de sustentação do ordenamento jurídico. Em outros termos, sem inclusão digital não há como discutir ou promover acesso à justiça”.

disposição dos interessados, equipamentos necessários à prática de atos processuais e à consulta e ao acesso ao sistema e aos documentos dele constantes. Da mesma forma o previsto no art. 199 da mesma codificação, de acordo com o qual as unidades do Poder Judiciário assegurarão às pessoas com deficiência acessibilidade aos seus sítios na rede mundial de computadores, ao meio eletrônico de prática de atos judiciais, à comunicação eletrônica dos atos processuais e à assinatura eletrônica, ou, ainda, o parágrafo terceiro do art. 10 da Lei nº 11.419/2006, ao anotar que os órgãos do Poder Judiciário deverão manter equipamentos de digitalização e de acesso à rede mundial de computadores à disposição dos interessados para distribuição de peças processuais. Sem que haja a adoção de tais providências, necessárias para reduzir as desigualdades que impedem o livre e efetivo exercício do direito fundamental ao acesso à justiça, tendem a ser reduzidas as condições de *operosidade* inerentes a tal direito⁴⁵.

Uma ulterior perspectiva a ser explorada envolve a consideração de que *o estabelecimento, pelo legislador, de normas relativas à forma eletrônica dos atos jurídicos processuais pode revelar, por outro lado, o estabelecimento de limites à aplicação do direito fundamental ao acesso à justiça em sua dimensão de liberdade negativa a ser exercida em face do Estado*, os quais somente podem ser considerados devidamente justificados na medida em que respeitado o postulado da proporcionalidade⁴⁶. Um caso emblemático a ser considerado a esse respeito envolve a postura dos órgãos do Poder Judiciário na aplicação do art. 10 da Lei nº 11.419/2006, segundo o qual a distribuição da petição inicial e a juntada da contestação, dos recursos e das petições em geral, todos em formato digital, nos autos de processo eletrônico, podem ser feitas diretamente pelos advogados públicos e privados, sem necessidade da intervenção do cartório ou secretaria judicial, situação em que a autuação deverá se dar de forma automática, fornecendo-se recibo eletrônico de protocolo. A esse respeito, vale registrar que os limites decorrentes da padronização imposta pelos órgãos do Poder Judiciário no que se refere à definição de categorias para classificar documentos acostados a uma manifestação trazida pela parte, por exemplo, pode

⁴⁵ Nas palavras de CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 63, a noção de operosidade “significa que as pessoas, quaisquer que sejam elas, que participam direta ou indiretamente da atividade judicial ou extrajudicial, devem atuar da forma mais produtiva e laboriosa possível para assegurar o efetivo acesso à justiça”.

⁴⁶ Para reflexões a respeito do conteúdo do postulado da proporcionalidade, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 116-125.

acabar restringindo as possibilidades de manifestação da parte que não encontre no catálogo ofertado a hipótese que entenda ser a que melhor retrata o conteúdo do documento que pretende acostar.

Indo adiante, consigne-se que o legislador coloca a questão em termos mais sofisticados ao prever, no art. 193 do Código de Processo Civil, que os atos processuais podem ser total ou parcialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico, na forma da lei. Sob a ótica de tal comando, impõe-se distinguir os casos nos quais a adoção da forma eletrônica dos atos processuais é considerada simplesmente *permitida*, ou seja, não é *obrigatória*. Nesse sentido, a escolha por uma ou outra via com vistas à forma do ato processual deve ser feita pelo intérprete de maneira crítica, não se aceitando a justificativa com base em mero juízo de conveniência. Ao contrário: a escolha por uma ou outra forma para a prática de atos jurídicos processuais deve levar em conta a exigência de *eficiência*, a qual, por sua vez, pressupõe a escolha entre duas ou mais alternativas existentes com vistas à produção de resultados desejados mediante ponderação que permite identificar qual delas deve ser considerada o meio preferível à luz de resultados desejados e custos envolvidos⁴⁷.

Por fim, não se pode ignorar que a problemática da regulamentação do direito fundamental ao acesso à justiça em tempos de tecnologia de informação e de comunicação também envolve uma dimensão infralegal. Nesse sentido, cumpre atentar para os reflexos que podem eventualmente derivar da atuação do Conselho Nacional de Justiça ao determinar, a pretexto de circunstâncias ou especificidades locais, a relativização da proibição de criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de sistema de processo judicial eletrônico diverso do PJe, a teor dos arts 44 e 45 da Resolução CNJ nº 185/2013. A preocupação principal reside no fato de que a necessidade de regulamentação infralegal por parte dos diversos tribunais ao longo do território nacional com vistas à implementação dos seus respectivos sistemas pode dar azo à perigosa quebra da unidade do Direito Processual Civil no país. O real risco que existe é o de que, a pretexto de avançar na regulamentação de aspectos menores do mero procedimento, acabe o tribunal inovando na regulação de processo por meio infralegal. Isso, por sua vez, é uma forma velada de desafiar um dos parâmetros ligados

⁴⁷ Para uma leitura mais ampla a respeito dos sentidos que podem ser associados à ideia de eficiência, ver JOBIM, Marco Félix. *As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. *passim*.

à fundamentalidade complexa inerente ao direito ao acesso à justiça, atentando contra a regra de competência legislativa constitucionalmente estabelecida segundo a qual cabe à União legislar sobre Direito Processual.

Também no âmbito das disposições infralegais com vistas ao desenvolvimento de novas aplicações em termos de tecnologias de informação e de comunicação que permitam adoção de forma eletrônica na prática de atos jurídicos processuais, cumpre destacar o peso presente na proibição expressa no art. 44 da Resolução CNJ nº 185/2013, ao vedar a criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de módulos de processo judicial eletrônico diverso do PJe. A flexibilização dessa vedação também merece leitura crítica.

Nesse sentido, uma primeira constatação é a que há uma série de atos que vem sendo editados nesse sentido. Um primeiro exemplo pode ser visto no Termo de Cooperação Técnica n 58/2009, firmado entre o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e a Advocacia Geral da União com vistas à integração dos sistemas de processo eletrônico. Essa iniciativa foi ampliada mais adiante por força de termo aditivo firmado em 31.01.2012, o qual permitiu que outros órgãos integrantes e instituições que interagem com o Poder Judiciário pudessem aderir ao referido acordo, a exemplo do que aconteceu com o Conselho Nacional do Ministério Público em 04.05.2012. Foi sob a sombra desse cenário foi editada a Resolução Conjunta CNJ/CNMP nº 3/2013, instituindo o Modelo Nacional de Interoperabilidade do Poder Judiciário e do Ministério Público. O mesmo modelo foi aplicado, ainda, em relação a temas pontuais, a exemplo do constante do acordo nº 39/2008, firmado entre o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho da Justiça Federal, o Tribunal Superior do Trabalho, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho e a Advocacia Geral da União com vistas ao envio de informações processuais na forma digital (sistema de malote digital).

De outro lado, interessante ver que inúmeros atos já foram editados pelo Conselho Nacional de Justiça com vistas ao envolvimento de diversos órgãos do Poder Judiciário com vistas ao engajamento em ações destinadas ao desenvolvimento do sistema de Processo Judicial Eletrônico (PJe). A esse respeito, vale consultar os Termos de Acordo de Cooperação Técnica nº 073/2009 (celebrado entre o Conselho

Nacional de Justiça, o Conselho da Justiça Federal e os Tribunais Regionais Federais), 43/2010 (firmado pelo Conselho Nacional e Justiça e determinados Tribunais de Justiça, ao qual outros tribunais estaduais posteriormente aderiram), e 51/2010 (entrelaçando o Conselho Nacional de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho), ou, ainda, a Portaria CNJ nº 47/2014, que institui o Comitê Nacional de Gestão de Tecnologia da Informação e Comunicação do Poder Judiciário.

Tudo isso é dito para que se consigne, desde logo, que é salutar a existência de diálogo que permita a criação de novos módulos capazes de facilitar o acesso à justiça em favor dos demais interlocutores que, juntamente com os órgãos do Poder Judiciário, tem a tarefa de construir o sistema de justiça. Mais do que isso, o que se defende é uma maior abertura ao debate com vistas à criação de módulos que possam dialogar com os sistemas de processo judicial eletrônico empregados pelo Poder Judiciário, a exemplo do previsto na Portaria CNJ nº 26/2015, que contempla representação de membros oriundos de outras carreiras consideradas funções essenciais à justiça. O efetivo respeito ao direito fundamental ao acesso à justiça passa também pela possibilidade de interação entre aqueles que são considerados seus titulares e aqueles elencados como responsáveis pelo reconhecimento de direitos e/ou pela solução de conflitos.

Um exemplo de boas práticas a ser seguido no que se refere à qualidade do debate no âmbito comparado pode ser visto no relatório final apresentado pelo Lord Justice Briggs em julho de 2016 com vistas à reforma da estrutura das cortes civis no Reino Unido. O referido relatório relata (e propõe-se ao enfrentamento de) dez principais críticas, medos ou manifestações de ceticismo coletadas junto a diversos setores da comunidade jurídica com relação à ideia de tribunais *online* (*Online Courts*), demonstrando, dentre outros argumentos, que não se trataria de uma “justiça de segunda classe”, e remetendo à existência de experiências interessantes na Holanda (*Rechtswijzer*) e no Canadá (*MyLawBC*) para sustentar a funcionalidade de diversos aspectos do modelo proposto, previsto para ser entregue à população em abril de 2020⁴⁸. A oferta de soluções é resultado de uma abertura ao diálogo a respeito de temas difíceis, mas que precisam ser enfrentados para que se possa reconhecer a efetividade

⁴⁸ Civil Courts Structure Review (CCSR): Final Report. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/?p=65611>. Acesso em 17.01.2019.

do direito fundamental ao acesso à justiça.

A título de conclusão

A incorporação de novas tecnologias com vistas à prática de atos processuais é um fenômeno cujas proporções aumentam a cada dia, transformando a realidade forense de modo irreversível. Da mesma forma, a consciência quanto à importância da leitura dos fenômenos processuais na dimensão dos direitos fundamentais também é uma das marcas indelévels da cultura jurídica contemporânea. Ignorar quaisquer dessas dimensões é o mesmo que propor uma leitura do cotidiano hodierno a partir de filtros obsoletos, incapazes de permitir ao intérprete uma compreensão efetiva da jurisdição, do processo e dos demais institutos que com eles dialogam.

Sob essa ótica, confirma-se a hipótese segundo a qual há um redimensionamento do conteúdo do direito fundamental ao acesso à justiça por força da incorporação de novas tecnologias de informação e de comunicação com vistas à prática de atos processuais. Esse redimensionamento, por sua vez, é um fenômeno que possui mão dupla, no sentido de que também o direito fundamental ao acesso à justiça passa a comportar novos vetores informadores a serem seguidos pelo legislador e pelo intérprete. As novas fronteiras que se abrem em função do influxo exercido pela incorporação de novas tecnologias ditam o alcance dos novos horizontes que se projetam em termos de âmbito de proteção dos destinatários do direito ao acesso à justiça e de correspondentes compromissos imponíveis ao Estado, os quais se estendem para além daqueles impostos aos órgãos do Poder Judiciário.

O grande desafio a ser enfrentado é, em verdade, o de lidar com os reflexos possíveis do aumento de complexidade presente nesse novo cenário, que abre as portas para que se possa pensar em novas possibilidades em termos de solução de conflitos e/ou reconhecimento de direitos a cada passo adiante dado pela ciência e pela tecnologia. Novas ferramentas devem ser utilizadas na medida em que seu manejo seja efetivamente capaz de ofertar soluções melhores do que aquelas até então existentes, sem prejuízo de responderem também aos novos desafios que elas mesmas trazem ao mundo no qual se inserem⁴⁹. O novo não se impõe só por ser novo, mas

⁴⁹ A preocupação justifica-se na trilha da constatação feita por KATSH, Ethan e RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice. Technology and the internet of disputes*. Op. cit., p. 45 ao anotarem que “as the

também está sujeito ao ônus de justificar o seu espaço na comparação com o que lhe precede.

Referências bibliográficas

ABRÃO, Carlos Henrique. *Processo Eletrônico. Processo Digital*. 5ª edição. São Paulo: Atlas, 2017.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

CALMON, Petrônio. *Comentários à Lei de Informatização do Processo Judicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça. Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

Civil Courts Structure Review (CCSR): Final Report. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/?p=65611>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2018.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca, DELLORE, Luiz, ROQUE, Andre Vasconcelos e OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Teoria Geral do Processo. Comentários ao CPC de 2015. Parte Geral*. São Paulo: Forense, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SALLES, Carlos Alberto de; GABBAY, Daniela Monteiro; LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagrasta; WATANABE, Kazuo. *Conferência de Seoul 2014. Constituição e processo - Acesso efetivo à justiça : o direito de acesso à justiça e responsabilidades públicas*. Revista de Processo, vol. 250 (2015): 17-31.

GUILLÉN, Victor Fairén. *Teoría General del Derecho Procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1992.

use of private platforms spreads and the complexity and opaqueness of algorithms increase, new barriers and challenges to traditional beliefs about access to justice are being established”.

JOBIM, Marco Félix. *As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KATSH, Ethan e RABINOVICH-EINY, Orna. *Digital Justice. Technology and the internet of disputes*. Oxford: Oxford University Press: 2017.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 3ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MOLINARO, Carlos Alberto. *Direitos humanos e cultura jurídica no cenário das tecnologias da informação e da comunicação (TIC) (dúvidas e inquietudes em um ambiente próximo do colapso)*. *Area Dominiu*, vol. 6 (2017): 47-64.

NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal*. 12ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. Objetivo 16. Paz, justiça e instituições eficazes. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods16/>. Acesso em 16.01.2019.

PNUD Brasil. *Justiça Restaurativa e Mediação de Conflitos*. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/projects/justica-restaurativa-e-mediacao-de-conflitos.html>. Acesso em 16.01.2019.

RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. New York: Oxford University Press, 2004.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. *O direito constitucional à jurisdição*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (org.). *As garantias do cidadão na Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1993.

SALDANHA, Alexandre Henrique Tavares; MEDEIROS, Pablo Diego Veras. *Processo judicial eletrônico e inclusão digital para acesso à justiça na sociedade da informação*. *Revista de Processo*, vol. 277 (2018): 541-561.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Acesso à justiça e cidadania*. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 216 (1999): 9-23.

SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's Lawyers. An introduction to your future*. 2ª edição. Oxford: Oxford University Press, 2017.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I. 56^a edição. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo. *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988: 128-135.

**9. ALGORITMOS, PROTECCIÓN DE DATOS
Y DERECHO AL OLVIDO**

37. ALGORITMOS, VIESES E TRIBUTAÇÃO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-37>

Paulo Caliendo¹

Resumo

A utilização crescente da inteligência artificial na fiscalização, em processos administrativos e judiciais é um fato. Na base desta utilização está o uso de linguagem com base em algoritmos. Assim tem se destacado os questionamentos sobre os limites e possibilidades da utilização de sistemas especialistas legais, que reproduzem os padrões de racionalidade e operatividade do Direito. O presente trabalho possui como objetivo investigar como os vieses presentes em linguagem artificial provocam inconsistências, incoerência e, pior, resultados contrários ao ordenamento jurídico. Desse modo, serão estudados os conceitos básicos em teoria computacional, que podem ser relacionados ao Direito Tributário, de modo a investigar, analisar e, ao cabo, compreender os desafios dos algoritmos aplicados ao campo tributação.

Abstract

The increasing use of artificial intelligence in surveillance, administrative and judicial proceedings is a fact. On the basis of this use is the use of language based on algorithms. Thus, the questions about the limits and possibilities of the use of legal expert systems, which reproduce the standards of rationality and operability of the Law, have been highlighted. The present work aims to investigate how the biases present in artificial language cause inconsistencies, incoherence and, worse, results contrary to the legal order. In this way, the basic concepts in computational theory, which can be related to Tax Law, will be studied, in order to investigate, analyse and to understand the challenges of algorithms applied to the taxation field.

Palavras-chave: *Direito tributário; algoritmos; vieses; tributação.*

¹ *Paulo A. Caliendo V. da Silveira* Professor de Direito na Pontifícia Universidade Católica (PUC/RS). Graduado na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Mestrado em Direito pela UFRGS e Doutorado em Direito Tributário na PUC/SP. É também professor visitante na *Ludwig-Maximilians Universität* no Center for Researcher on European and International Tax Law. Escreveu “*Permanent Establishments in International Law*”. Árbitro da Lista brasileira do Sistema de Controvérsias do Mercosul.

Sumário

Introdução. 1. Algoritmo, semântica, ontologia e sistemas especialistas. 2. Métodos de argumentação em Inteligência Artificial aplicados ao Direito. 3. O problema dos vieses e dos algoritmos discriminatórios. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

Introdução

A utilização crescente da inteligência artificial na fiscalização, em processos administrativos e judiciais é um fato crescente e impactante no Direito. O uso exponencial da inteligência artificial (IA) na economia, na sociedade e no Direito, possui consequências ainda não completamente descortinadas. Até que ponto a sociedade será transformada pelo uso intensivo de IA em todas as esferas sociais? Seria a IA mais uma inovação técnica evolutiva dos modelos atuais existentes ou uma disrupção para padrões ainda não compreendidos em sua plenitude?

Os intelectuais mantêm-se estupefatos com notícias cada vez mais surpreendentes das possibilidades de utilização dessas novas tecnologias. Quais os impactos no mundo do trabalho, nas empresas, na privacidade e na tributação? O ser humano é atormentado pela dúvida de uma obsolescência existencial e sua superação por máquinas em um mundo que não mais o necessita, como agente produtivo. O objetivo deste trabalho é mais modesto. Não se trata de investigar os impactos da IA em sentido forte, mas tão aqueles decorrentes de uma IA fraca.

O uso de linguagem jurídica com algoritmos tem disseminado nos tribunais, inclusive superiores, chamando a atenção para o estudo de uma área pouco conhecida pelos juristas: a teoria da computação. Novos e importantes questionamentos sobre os limites e possibilidades da utilização de sistemas especialistas legais se avolumam, em uma tentativa frenética de acompanhar as mais recentes descobertas ou aplicações. Afinal, até que ponto os padrões de racionalidade e operatividade, e sua aplicação ao Direito, se coadunam com o sistema de proteção dos direitos fundamentais, inclusive dos contribuintes?

O presente trabalho possui como problema investigar como os vieses presentes em linguagem artificial provocam inconsistências, incoerência e, pior, resultados contrários ao ordenamento jurídico. Desse modo, serão estudados os conceitos básicos

em teoria computacional, que podem ser relacionados ao Direito Tributário, de modo a investigar, analisar e ao cabo compreender os desafios dos algoritmos aplicados ao campo tributação.

1. Algoritmo, semântica, ontologia e sistemas especialistas

A origem da palavra algoritmo é objeto de controvérsias. Segundo a informação mais aceita, ela decorre dos trabalhos do matemático *Muhammad ibn Musa al-Khwarizmi* (aproximadamente 783–850), nascido na Pérsia. Esse matemático famoso é entendido como o fundador da álgebra, que teria escrito o primeiro manual de Álgebra e um “*Manual de Cálculo com Algorismos*”. A tradução da obra teria sido traduzida para o latim como *Algoritmi de numero Indorum*, também conhecido como *Dixit Algorismi (Algorismos têm dito)*. O significado de *algoritmo* passou a passar a significar a contagem com a ajuda de números arábicos.

O conceito de algoritmos foi responsável por uma nova revolução no pensamento do século XX, e seu objetivo estava em definir os limites do pensamento matemático. Afinal, poderia existir um método que determinasse quais os problemas que poderiam ser solucionados e quais ficariam sem solução? Este era o problema de Hilbert, que depois recebeu a genial resposta de Turing, sob a forma da famosa Máquina de Turing (1936). Esta não era verdadeiramente uma máquina real, mas um modelo ideal capaz de modelar qualquer computador digital. A sua importância foi ímpar para a teoria da computação, visto que permitiu o surgimento de modelos gerais que comandariam a revolução informática neste século.

O significado atual de algoritmos é de “*um conjunto de passos, passível de repetição, que resolve um problema*”². Esse sentido mais amplo pode ser reduzido a um sentido mais restrito, como um conjunto de *rotinas automatizadas, que seguem um procedimento pré-estabelecido*. Os algoritmos assumiram uma posição de destaque em ciência da computação, dado que a sua principal tarefa é a possibilidade de resolver um problema e ser capaz de repetir indefinidamente essa operação.

O algoritmo somente pode estar bem estruturado se seguir uma determinada *lógica*, ou seja, deve ser formado por *sentenças* que se expressam conforme uma certa

² SOFFNER, Renato. Algoritmos e programação em linguagem C. São Paulo: Saraiva, 1ª. Ed., 2013, p. 21

sintaxe. Essa por sua vez garante que as sentenças estejam bem formadas. A sintaxe utilizada irá garantir a produção de raciocínios lógicos com sentenças consistentes. Uma lógica deve igualmente possuir uma semântica, ou seja, sentido para as sentenças. Elas devem possuir um determinado valor de verdade em relação a cada *mundo possível*. Nas lógicas clássicas os valores de verdades ocorrem de modo excludente, ou a sentença é verdadeira ou falsa, não podendo ser simultaneamente um e ou outra. A ciência da computação passou a utilizar a expressão *modelo* para designar um mundo possível. Assim a afirmação “*m é modelo para a sentença α* ”.

O raciocínio exige sentenças bem formadas conforme uma determinada sintaxe e sentidos conforme determinado modelo, com seus respectivos valores de verdade. Mas é fundamental para que ocorra um raciocínio válido que exista uma *implicação* lógica entre as sentenças, ou seja, de que dada uma sentença *p* se siga logicamente outra sentença. A implicação lógica toma a forma $p \rightarrow q$ (lê-se: se *p* então *q*). Assim, se a sentença *p* é verdadeira, segue-se que a sentença *q* também é. Outro conceito relevante será de inferência lógica, que é o processo lógico pelo qual a partir de certos dados se chega a determinadas conclusões. Um algoritmo de inferência será aquele que deriva sentenças válidas dadas determinadas sentenças. As regras de inferência são *standards* de inferência que podem derivar cadeias de conclusões, que nos levam a resultados desejados, tal como o *modus ponens* (*se a sentença p implica p e q , então q deve ser inferida*).

A base epistemológica para a estruturação dos algoritmos é dada pelas noções de sentença, sintaxe, implicação e inferências, mas a representação do mundo por meio de algoritmos exige a estruturação do conhecimento pela forma ordenada de uma *ontologia*³. *Neches* foi o primeiro a definir uma ontologia como “*os termos básicos e as relações que definem um vocabulário*”⁴. Tem sido entendida como especificação formal de conceptualizações compartilhadas, ou seja, de modelos abstratos de certos fenômenos⁵.

³ PEREZ, AG; RODRIGUEZ, FO et TERRAZAS, BV. Legal ontologies for the Spanish e-government. In: CAEPIA, 2006; LNAI4177, p. 301–310.

⁴ “*Ontology defines the basic terms and the relations that include the vocabulary of a specific area, in addition to the rules to combine terms and relations to define extensions to the vocabulary*”, ver in Neches, R., FIKES, R.E.; FININ, T.; GRUBER, T.R.; SENATOR, T.; SWARTOUT, W.R. Enabling Technology for Knowledge Sharing. AI Magazine. 12(3), 1991, p. 36-56.

⁵ PEREZ, AG; RODRIGUEZ, FO et TERRAZAS, BV. Legal ontologies for the Spanish e-government. In: CAEPIA, 2006; LNAI4177, p. 302.

A construção de ontologias legais é uma parte fundamental dos algoritmos jurídicos, como forma de conceituação abstrata do fenômeno normativo. Não há, contudo, acordo sobre a melhor forma de construção de determinada ontologia, de tal modo que os resultados são distintos, conforme o modo de construção. Um dos exemplos é a construção da ontologia legal para o E-Gov do projeto espanhol (EGO Model). Neste onze ontologias são desenvolvidas: pessoa, personalidade civil, organização, locação, tributos, modelo contratual, jurisprudência, verificação de transações imobiliárias, imóveis, legislação e transações imobiliárias.

Cada classe da ontologia pode ser dividida em subclasses, por exemplo, a classe “pessoa” pode ser classificada em “pessoa natural” e “pessoa jurídica”. Toda classe ontológica é possuidora de “relações”. Assim, “pessoa” possui seis relações binárias: “possui dados de uma pessoa jurídica”, “possui residência”, “é compradora”, “é vendedora”, “contrata”, “possui dados de pessoa natural”.

Por sua vez, cada classe possui uma determinada instanciação, ou seja, um elemento que substitui uma variável abstrata por um termo definido, mantendo-se as propriedades herdadas da classe. Assim, uma ontologia possui classes, relações e instâncias.

As possibilidades do raciocínio estruturado da Inteligência Artificial para o domínio legal foram percebidas imediatamente. A linguagem jurídica estrutura-se sobre uma lógica jurídica adequada a uma formalização em algoritmos⁶. Diversos campos foram objetos de estudo, tais como: os termos legais, a lógica deôntica, a aplicação legal, a aplicação judicial, o raciocínio processual e a coordenação de agentes. O interesse destacado na área impeliu o surgimento de um novo campo de pesquisas denominado de Inteligência Artificial e Direito - IAD (Artificial Intelligence and Law)

Atribui-se, com justiça, à *Alan Turing* às primeiras formulações do que possa ser entendido como uma máquina inteligente. Ele propôs o que foi conhecido como o *Teste de Turing*. Nele uma máquina poderia considerar-se “pensando” se um interlocutor humano não conseguiu distingui-la de uma conversa com outro ser humano. Sua análise parte do seguinte questionamento: “podem as máquinas pensar?” (“*can machines think?*”). Por máquinas investigava os computadores digitais

⁶ BENJAMINS, Richard; CASANOVAS, Pompeu; BREUKER, Joost *et* GANGEMI, Aldo. Law and the Semantic Web: Legal Ontologies, Methodologies, Legal Information, Retrieval, and Applications. Berlin: Springer, 2005.

(*digital computers*) como máquinas de estado discreto (“*discrete-states machines*”), ou seja, máquinas que passam de um estado definido para outro. A sua posição diferia dos pioneiros da ciência da computação, tais como *Lady Lovelace*, que afirmava que uma máquina analítica (*analytical engine*) não poderia originar nada, apenas realizar tarefas⁷. *Turing* irá avançar muito além dos estudos de seu tempo e irá sugerir a possibilidade do aprendizado de máquina (*machine learning*).

Uma definição de *inteligência artificial* pode ser expressa da seguinte forma: “*inteligência artificial é a atividade devotada a tornar as máquinas inteligentes e inteligência é a qualidade que permite um ente funcionar apropriadamente e com previsão sobre o seu ambiente*”⁸.

Diversos governos passaram a definir o que venha a ser IA, para fins de pesquisas e regulação, tais como o Japão⁹, Estados Unidos¹⁰, Reino Unido¹¹ e a União Europeia¹². O *EU-Japan Centre For Industrial Cooperation* irá definir a IA como sendo “*o desenvolvimento de software capaz de realizar tarefas que normalmente requerem inteligência humana (mimic human behaviour)*”¹³.

O primeiro artigo sobre o assunto de Marvin Minsky cunhou a denominação IA e a identificava com cinco áreas: pesquisa (*search*), reconhecimento de padrões (*pattern-recognition*), aprendizado (*learning*), planejamento (*planning*) e indução (*induction*)¹⁴.

A IA geralmente é dividida nas seguintes áreas: *machine learning* (ML), *natural language processing* (NLP), *image processing*, e *speech processing*. Algumas subáreas passaram a ter um destaque cada vez maior, como no caso do *deep learning* (DL), que é parte da área denominada.

⁷ TURING, A. M. Computing Machinery and Intelligence. *Mind* 49, 1950, p. 433-460.

⁸ “*Artificial intelligence is that activity devoted to making machines intelligent, and intelligence is that quality that enables an entity to function appropriately and with foresight in its environment*”; ver in NILSSON, Nils J. *The Quest for Artificial Intelligence: A History of Ideas and Achievements*. Cambridge University Press, 2010, p. 13.

⁹ https://www.eubusinessinjapan.eu/sites/default/files/artificial_intelligence_in_japan.pdf.

¹⁰ https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/whitehouse_files/microsites/ostp/NSTC/national_ai_rd_strategic_plan.pdf.

¹¹ http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201617/cmselect/cmsctech/145/14502.htm?utm_source=145&utm_medium=fullbullet&utm_campaign=modulereports.

¹² <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EN&language=EN>.

¹³ “*development of computer software capable of performing tasks that normally require human intelligence (mimic human behaviour)*”; ver in <http://www.europarl.europa.eu/sides//EN&language=EN>.

¹⁴ MINSKY, Marvin. *Steps Toward Artificial Intelligence*. Proceedings of the IRE. January 1961, p. 08-30.

.O *Aprendizado de Máquina (Machine Learning)* é o processo de indução de uma hipótese a partir de uma experiência. A capacidade de melhorar, de aprender, de otimizar o desempenho de uma tarefa é fundamental para noção de inteligência¹⁵. A indução é o mecanismo lógico que parte de um conjunto finito de exemplos para a obtenção de conclusões mais gerais. Os algoritmos de AM buscam resolver problemas a partir de um conjunto de dados delimitados. Os exemplos de aplicação de AM são os mais variados e envolvem desde as pesquisas sobre o câncer, ao uso de veículos autônomos e as fraudes em cartões de crédito, podendo muito bem serem aplicados em detecção de sonegação fiscal.

O *Aprendizado de Máquina (Machine Learning)* se subdivide em diversas subáreas especializadas, tais como: *decision tree learning, association rule learning, artificial neural networks, deep learning, inductive logic programming, support vector machines, clustering, bayesian networks, reinforcement learning, representation learning, similarity e metric learning, parse dictionary learning, genetic algorithms, rule-based machine learning e learning classifier systems*. O *deep learning* tem se destacado pela fecundidade de seus estudos, tornando-se uma área muito pesquisada e citada em Ciência da Computação, ao ponto de quase ser considerada uma linha autônoma de pesquisas.

O *Processamento de Linguagem Natural (natural language processing - NLP)* é o ramo da IA que trata da interface entre a linguagem natural (humana) e a linguagem de computador. Durante décadas têm sido um grande objetivo o esforço de máquina para uma maciça tradução em tempo real, de um idioma para outro. O mesmo esforço tem sido despendido para alcançar melhores resultados em processamento de imagens (*image processing*) e processamento de voz (*speech processing*).

O *Aprendizado de Máquina (Machine Learning)* se destaca dentre as diversas áreas da IA, na análise de suas possíveis aplicações ao Direito, especialmente, em face dos questionamentos sobre a amplitude de suas possibilidades de utilização.

Uma das mais destacadas aplicações de IA está em nos fornecer um *sistema especialista legal (legal expert system)*. Consideramos um sistema especialista como um modelo projetado para usar as mesmas regras que um agente de uma área usaria para chegar às mesmas conclusões. O domínio de conhecimento e as regras utilizadas

¹⁵ FACELI, Katti; LORENA, Ana Carolina; GAMA, João; CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. *Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizagem de Máquina*. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 02-03.

para derivar conclusões a partir de fatos deve ser a mesma que um sujeito de uma área utilizaria¹⁶. Consideramos uma regra como o processo lógico que compara um objeto a um possível valor, usando um operador, e gera uma conclusão. Um exemplo clássico de regra está no condicional “se p, então q”.

Foram construídos diversos sistemas especialistas legais, desde a década de 80. Dentre estes podemos destacar: CHIRON (*tax planning*), JUDGE (*criminal*), Split-Up (*family law*), TAXMAN (*corporate reorganization*). Diversos centros de pesquisas se dedicaram a verificar a arquitetura de sistemas especialistas legais (*designing legal expert systems*), com resultados distintos. O excesso de confiança na tecnologia, bem como as elevadas expectativas importaram em um descrédito inicial com os modelos apresentados, reduzindo o vigor das investigações por algumas décadas¹⁷. Os novos desenvolvimentos em capacidade computacional e as inovações em engenharia de software têm estimulado um recrudescimento das pesquisas na área, com expectativas de novas soluções disruptivas e exponenciais para o mercado jurídico¹⁸.

Os avanços em IA permitiram a construção de “*knowledge systems*”, ou seja, sistemas dotados de capacidade de resposta para questionamentos específicos em determinado domínio, mas sem a capacidade de verdadeiramente agir como especialistas em uma área. Um exemplo seria um sistema para verificar a tributação de uma subsidiária, conforme determinado sistema legal. Os “*knowledge systems*” são modelos menos ambiciosos ou sofisticados do que os sistemas especialistas legais, servindo como suporte para o especialista¹⁹.

Diversas áreas apresentaram um forte desenvolvimento no último período: *decision tree learning*, *association rule learning*, *artificial neural networks*, *deep learning*, *inductive logic programming*, *support vector machines*, *clustering*, *bayesian networks*, *reinforcement learning*, *representation learning*, *similarity and*

¹⁶FACELI, Katti; LORENA, Ana Carolina; GAMA, João; CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. *Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizagem de Máquina*. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 02-03.

¹⁷LEITH, Philip. THE RISE AND FALL OF THE LEGAL EXPERT SYSTEM. **European Journal of Law and Technology**, [S.l.], v. 1, n. 1, mar. 2010. ISSN 2042-115X. Available at: <<http://ejlt.org/article/view/14/1>>. Date accessed: 21 Apr. 2019.

¹⁸SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers?: Rethinking the nature of legal services*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

¹⁹GRUNER, Richard. Thinking like a Lawyer: Expert Systems for Legal Analysis. *Berkeley Technology Law Journal*. Volume 1, Issue 2 Fall, September 1986, p. 261-262.

metric learning, sparse dictionary learning, genetic algorithms, rule-based machine learning e learning classifier systems.

Dois modelos de Inteligência Artificial se destacaram deste o início: a IA simbólica e a IA conexionista. A primeira utiliza essencialmente o modelo estruturado em árvores de decisão, enquanto que o segundo procura reproduzir o funcionamento do cérebro por meio de redes neurais. Apesar de possuírem origem praticamente no mesmo período, as duas seguiram desenvolvimento distinto, em face da capacidade computacional disponível e dos avanços em linguagem de programação. O uso de IA conexionista, apesar de ser mais promissor, exigia maior quantidade do uso de processamento de máquina.

Atualmente tem se trabalhado com modelos que utilizam de modo misto tanto a IA simbólica, quanto a conexionista.

2. Métodos de argumentação em Inteligência Artificial aplicados ao Direito.

O método de formalização tem sido utilizado com relativo sucesso na teoria geral do Direito, especialmente com o uso de deduções e lógica deôntica na aplicação normativa. É fato também que uma teoria do sistema jurídico exige um modelo formal. *Robert Alexy* alerta para a característica essencial da “*textura aberta*” (*open texture*) das normas jurídicas. Muitas vezes o sistema legal não contém regras escritas que permitam uma dedução que permita solucionar determinado caso, de modo direto. Outras vezes é possível, em casos extremos, que o sistema autorize decisões contrárias ao texto legal. Isso não impede que o dedutivismo e a formalização possuam um papel relevante no Direito.

Tão relevante quanto as razões dedutivas para decisão são as razões não dedutivas, denominadas de “*raciocínio hermenêutico*” por *Alexy*, mas que iremos denominar de “*razões argumentativas*”. Duas grande correntes teóricas se distanciaram sobre o tema. De um lado, *Herbert Hart* defendeu que perante regras de textura aberta o juiz pode decidir livremente, conforme as suas convicções morais e pessoais. De outro ponto de vista, *Ronald Dworkin* irá entender que o Direito é composto de regras e princípios e sempre haverá um modo correto de se decidir em um caso de textura em aberto, por meio da aplicação dos princípios jurídicos. Entre

estes dois pontos de vista extremados os sistemas nacionais adotaram respostas razoáveis.

Os algoritmos têm sido muito utilizados na assistência dos advogados e juízes para a tomada de decisão. São também utilizados para pesquisas de jurisprudência, sugestão de redação de petições iniciais, de esboço de votos e automatização de formulários²⁰.

Um caso mais delicado está na utilização de mecanismos automatizados para emissão de opinião jurídica, tal como análise automatizada de contratos e cláusulas contratuais, análise automatizada de multas, reorganizações societárias e planejamento tributário.

Outro campo promissor tem sido o uso de algoritmos elaborados para tomada de decisão. Nesse caso, a inteligência artificial não somente auxilia o operador jurídico, mas toma decisões sobre casos específicos. Geralmente essa possibilidade está associada a processos de baixa complexidade, tais como o julgamento de multas de trânsito ou extravio de passagens aéreas.

O uso de mecanismos de automatização de argumentos tem se demonstrado bastante promissor para a resolução de procedimentos que demandam muito tempo dos advogados e juízes. Tarefas repetitivas, tediosas e enfadonhas podem ser realizadas por máquinas, liberando os juristas para atividades mais relevantes. Um bom exemplo é a realização automatizada de procedimentos e diligências sem a intervenção humana, em execuções fiscais. Nesse caso, o tempo ocioso do processo, compreendido, como aquele onde o andamento do processo fica dependendo de alguma atividade para o seu impulsionamento, pode ser significativamente reduzido com o uso de algoritmos.

A experiência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é elucidativa das potencialidades do uso de procedimentos automatizados, como meio de eficiência administrativa. O desenvolvimento de novos modos de gestão judicial avançou por meio de um conjunto coordenado de medidas. De um lado, se aprimoraram as medidas de desenvolvimento gerencial, por meio do estudo das novidades em gestão de recursos, procedimentos e pessoas. As limitações impostas pela Lei de Responsabilidade Fiscal implicaram em grandes desafios, dado que a sociedade de um

²⁰ BORAN, Marie. Artificial Intelligence judges court cases with 79% accuracy. Irish Times. Disponível em <http://www.irishtimes.com/business/technology/artificial-intelligence-judges-court-cases-with-79-accuracy-1.2842492>, 2016. Acesso em 30.04.2019, às 9:01. Boston Consulting Group and Bucerius. How Legal Technology Will Change the Business of Law. <http://www.bcg.de/documents/file204646.pdf>, 2016, Acesso em 30.04.2019, às 9:30.

lado exigia mais acesso à prestação jurisdicional, com mais celeridade e qualidade e, por outro lado, promovia-se uma restrição orçamentária significativa em gastos com pessoal.

Uma alternativa utilizada foi o uso intensivo de mecanização de rotinas, com o auxílio da crescente oferta de novas máquinas, computadores e equipamentos que facilitam as rotinas judiciais. Medidas de racionalização administrativa foram implementadas, com reengenharia de pessoal e de processos, simplificação de rotinas e digitalização de processos, com a implementação de um processo eletrônico, em substituição aos processos físicos.

Os limites ao crescente uso da mecanização logo se tornaram evidentes, exigindo-se uma nova abordagem, por meio do uso de mecanismos automáticos. A diferença entre mecanização e automatização está em que o primeiro exige a presença humana na condução dos procedimentos mecânicos, enquanto que na automatização há um processo mecânico autônomo, ou seja, sem a necessária presença de um operador humano. A chave da automatização está no uso de software, como condutor das rotinas automatizadas. O programa irá coordenar os passos da rotina de máquina, até alcançar um resultado previsto.

O software responsável por executar as tarefas automaticamente, dispensando a utilização de operadores humanos é denominado de agente automatizado. As vantagens são evidentes, tornando desnecessários trabalhos manuais e enfadonhos realizados em cartórios, tais como a juntada e conferência de peças, armazenamento de autos, geralmente em pilhas; costura, numeração, grampeamento e retirada de grampos, conferência e registro em livro físico, dentre tantos e inúmeros atos que compunham o denominado “*tempo ocioso*” do processo. A partir desse momento os advogados e juízes poderiam se dedicar com mais atenção ao processo e não aos inúmeros e difíceis atos procedimentais. A gestão do tempo do processo se tornou mais eficiente e mais exigente. O controle de prazos se tornou mais claro, afastando-se o controle manual nas serventias judiciais. Igualmente importante se tornou o controle e gestão da produtividade dos servidores e funcionários. O novo gargalo judicial se tornou a tomada de decisão. Todas as novas tecnologias miram auxiliar a tomada de decisão ou mesmo permitir que esta seja automatizada²¹.

²¹ ROSA, Alexandre Morais. Limite penal: a inteligência artificial chegou chegando: magistratura 4.0. Conjur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/limite-penal-inteligencia-artificial-chegou-chegandomagistratura-40>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

O uso da automatização tem sido encarado como uma solução eficiente perante as restrições orçamentárias, de pessoal e de recursos, frente a uma demanda crescente e ansiosa por resultados judiciais céleres e de qualidade.

O TJRJ encontrou na automatização de procedimentos uma alternativa viável para o grave problema das execuções fiscais²². Estas representam 75% (setenta e cinco por cento) do estoque dos processos de execução no país. Esses representam a maior parte da taxa de congestionamento do Poder Judiciário, sendo responsáveis 38% (trinta e oito por cento) do total de casos pendentes. No tocante ao Rio de Janeiro, os números são ainda mais gritantes, dado que as execuções fiscais constituem uma taxa de 66% (sessenta e seis por cento) de congestionamento na fase de conhecimento e 94% (noventa e quatro por cento) na execução, sendo que na Justiça Estadual representam 86% (oitenta e seis por cento) dos casos.

Os resultados da aplicação da IA no TJRJ foram surpreendentes. O teste piloto em 7 mil processos de execução fiscal, proporcionou resultados milionários, ao arrecadar R\$ 32 milhões e economizar outros R\$ 12 milhões aos cofres públicos em apenas 3 dias. A velocidade do feito foi espetacular: 1400% mais veloz que os servidores públicos²³. A PoC (*proof of concept*) realizada no TJRJ para o uso inteligência artificial no Executivo Fiscal obteve resultados amplamente favoráveis. A lógica utilizada demonstra a ampla abrangência das medidas adotadas: (a) identificar os processos com a citação válida e positiva; (b) determinar o valor atualizado da dívida, com o cruzamento no banco de dados do Município do Rio de Janeiro; (c) identificar a natureza do tributo e o fluxo de prosseguimento adequado; (d) realizar a penhora no sistema BacenJud; (e) aguardar o prazo do resultado da penhora; (f) conhecer do resultado e proceder a um dos dois caminhos: (f.1) sendo integral o valor da penhora transferir o valor para a conta judicial e desbloquear eventual excedente, sugerindo a minuta da decisão judicial respectiva; (f.2) sendo negativa ou parcial proceder à restrição dos bens disponíveis no RenaJud e realizar a consulta no InfoJud,

²² PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

²³ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 109-142.

informando se há ou não bens passíveis de penhora e sugerindo a minuta da respectiva decisão²⁴.

Os resultados foram surpreendentes. O sistema de IA na prova de conceito levou míseros 25 (vinte e cinco) segundos para realizar todos os atos acima, sendo que um servidor do Judiciário bem preparado talvez levasse um pouco mais de meia hora. Considerando que a máquina não faz intervalo e alcançou uma precisão de 99,95% dos procedimentos adotados. Uma margem de erro de 0,05% frente aos 15% de média em erros humanos.

Outro setor muito promissor está na utilização de algoritmos de classificação em diversos tribunais, sendo o caso mais significativo a sua utilização pelo STF. O problema envolvia a classificação dos processos conforme os temas de Repercussão Geral²⁵.

O STF se depara com 350 novos processos por dia, com uma média de 60 páginas entre textos e imagens. Ao todo o Vítor tem de lidar com uma massa de 14.000 processos, de um total de 200 mil processos históricos.

A tarefa exigia a solução de diversos problemas práticos. Inicialmente, era preciso extrair, transformar e reconhecer os dados de um processo. Nessa primeira etapa foram visadas cinco espécies de peças: acórdão, recurso extraordinário (RE), agravo de recurso extraordinário (ARE), despacho e sentença. Os resultados alcançaram uma surpreendente taxa de assertividade de 93%²⁶. O STJ, por sua vez, tem aplicado IA na classificação de processos, com uma taxa de acurácia de 86% para a classificação dos processos²⁷.

As possibilidades de uso de IA como suporte à decisão judicial poderão ocorrer em uma multiplicidade de casos, ainda não completamente explorados ou

²⁴ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 137.

²⁵ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 89-94.

²⁶ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 94.

²⁷ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 37.

disseminados, tais como: i) na realização de atos de constrição de modo automático (penhora online, Renajud e outros); ii) identificação de casos de sobrestamento e suspensão em razão do regime de recursos repetitivos, repercussão geral, IRDR e reclamações; iii) degravação de audiências ou provas gravadas; iv) classificação de processos conforme temas de repercussão geral do STF e STJ; v) elaboração de relatórios de processos; vi) na detecção de fraudes e abusos; vii) decisões mais cuidadosas em demandas de massa; viii) avaliação de risco e consequências da decisão e ix) pesquisa da jurisprudência.

Um problema mais sério está em se cogitar no uso de algoritmos para decisão em casos de maior complexidade. Nesse caso ofenderia algum princípio constitucional o uso de algoritmos para decisões judiciais de mérito? Estariam os princípios do juiz natural, contraditório, ampla defesa, devido processo legal, entre outros protegidos?²⁸

O uso de algoritmos para decisões automatizadas ofenderia a exigência de motivação da sentença, como um dos pilares da ampla defesa? Tais considerações ainda exigirão reflexão por parte da doutrina e jurisprudência²⁹.

Os algoritmos não agem de modo independente. É necessário que alguém estabeleça a sua arquitetura, parâmetro, domínio de danos, objetos e relações. Assim em um gabinete judicial ele irá acessar documentos, petições, decisões, jurisprudência e irá começar a compreender padrões, inferir agrupamentos e correlações e finalmente propor decisões judiciais com base nos parâmetros informados pelo magistrado³⁰. Nesse caso o juiz mantém o poder de decisão, recebendo um esboço de decisão, que poderá acatar ou não.³¹

²⁸ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 37.

²⁹ SARLET, I. W. ; MOLINARO, C. A. . Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância. In: George Salomão Leite e Ronaldo Lemos. (Org.). MARCO CIVIL DA INTERNET. 01ed.São Paulo/SP: Editora Atlas, 2014, v. 01, p. 29-48.

³⁰ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 131.

³¹ PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 134.

3. O problema dos vieses e dos algoritmos discriminatórios.

Está comprovado que a atividade cerebral possui desvio cognitivos, que alteram a percepção ou o juízo sobre os fatos e contexto. Desse modo, a interpretação jurídica não pode ser considerada como uma atividade racional pura. Há claros elementos desviantes que impactam o ato de interpretar e afetam a imparcialidade do julgamento. A teoria da decisão deve levar em conta os vieses e heurísticas que influenciam o processo decisório.

Diversos vieses foram estudados profundamente, podendo ser destacados o da confirmação, o do status quo, o da aversão à perda, o do enquadramento, o do otimismo irrealista e o da miopia temporal³².

O problema dos algoritmos enviesados ou discriminatórios é real e preocupante, assim uma análise sobre a estruturação de algoritmos bem-formados (*well designed*) se torna, em nossa compreensão, imperativa para análise jurídica da IA. Diversos estudos destacaram a relevância da questão racial para diversas decisões judiciais³³.

Cass Sunstein entende, ao contrário, que a IA auxilia a reduzir erro humano e desvios cognitivos, por meio de mecanismos objetivos de decisão³⁴. Na sua opinião, o uso de mecanismos automáticos de decisão seria uma proteção contra automatismos mentais dos juízes e seu subjetivismo.

O uso de aprendizado de máquina seria útil como corretor para os erros de julgamento e previsão no julgamento de juízes (*judges mis-predicting*). Interessante é o estudo realizado por *KLEINBERG et alii* sobre o uso de algoritmos para determinar a concessão de fiança em Nova York, com base no risco de cometimento de crimes, por parte dos beneficiários da liberdade sob pagamento de fiança. No estudo realizado, concluiu-se que o mecanismo de máquina possuía uma acurácia superior aos

³² FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, jun. 2013, p. 243.

³³ CHEN, Daniel L., *Machine Learning and the Rule of Law* (January 6, 2019). *Computational Analysis of Law*, Santa Fe Institute Press, ed. M. Livermore and D. Rockmore, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3302507>, p. 02.

³⁴ SUNSTEIN, Cass R. *Algorithms, Correcting Biases*. Forthcoming, Social Research, 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171, acesso em 29.04.2019, às 02:23.

juízos humanos, demonstrando ou a superioridade desse modelo automatizado ou a importância do uso deste como instrumento de auxílio à decisão judicial³⁵.

Cass Sunstein argumenta que os algoritmos permitem que se lancem luzes sobre os modelos argumentativos utilizados no pronunciamento de decisões³⁶, reduzindo o subjetivismo. Para o autor, algoritmos bem-desenhados (*well-designed*)³⁷ poderiam evitar vieses cognitivos em suas mais variadas formas (*cognitive biases*), tais como aqueles baseados em raça.³⁸

O uso de algoritmos com baixa capacidade de predição tem sido elogiados como meios automáticos de identificação de casos de “indiferença” judicial (*judicial “indifference”*), ou seja, onde não existe manifesta preferência judicial por um ou outro resultado no julgamento³⁹. Assim, eles poderiam ser considerados como um bom auxílio na busca de decisões imparciais, mas não como substituição à atividade judicial.

Apesar de instigantes essas opiniões, cabe notar que juízes decide com base em elementos mais amplos, que muitas vezes fogem ao rígido esquema de formatação dos algoritmos, de tal modo que esse entusiasmo inicial deve ser recebido com grande dose de prudência.

Ingo Sarlet e *Carlos Alberto Molinaro* muito bem alertaram que o sistema jurídico deve responder de modo eficiente na proteção à liberdade e à privacidade, especialmente com um robusto instrumental legal, tanto no que diz respeito à

³⁵ KLEINBERG, Jon; LAKKARAJU, Himabindu; LESKOVEC, Jure; LUDWIG, Jens *et* MULLAINATHAN, Sendhil. Human decisions and machine predictions. Disponível em Working Paper 23180 <http://www.nber.org/papers/w23180> 09-10. Acesso em 01.05.2019, às 15:18, p. 09-10.

³⁶ “Use of algorithms will reveal, with great clarity, the need to make tradeoffs between the value of racial (or other) equality and other important values, such as public safety”; ver in SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. Forthcoming, Social Research, 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171, acesso em 29.04.2019, às 02:23, p. 05.

³⁷ SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. Forthcoming, Social Research, 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171, acesso em 29.04.2019, às 02:23.

³⁸ “If the goal is to make accurate predictions, use of algorithms can be a great boon for that reason. For both private and public institutions (including governments all over the world), it can eliminate the effects of cognitive biases. Suppose that the question is whether to hire a job applicant; whether a project will be completed within six months; whether a particular intervention will help a patient who suffers from heart disease. In all of these cases, some kind of cognitive bias may well distort human decisions. There is a good chance that availability bias or one of its cousins will play a large role, and unrealistic optimism, embodied in the planning fallacy, may aggravate the problem. Algorithms have extraordinary promise. They can save both money and lives”; ver in SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. Forthcoming, Social Research, 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171, acesso em 29.04.2019, às 02:23, p. 05.

³⁹ CHEN, Daniel L., Machine Learning and the Rule of Law (January 6, 2019). Computational Analysis of Law, Santa Fe Institute Press, ed. M. Livermore and D. Rockmore, Forthcoming. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3302507>. Acesso em 01.05.2019, às 15:18.

integridade do direito à informação, mas também quanto aos novos desafios originados do uso de mecanismos automatizados de decisão⁴⁰.

Considerações Finais

O uso de algoritmos com aprendizado de máquina tem sido cada vez mais recorrente em apoio ao Direito, no desenvolvimento de soluções técnicas para diversas situações jurídicas. É inescapável, contudo, que eles reproduzam ou gerem erros de decisão, por reproduzirem automatismos mentais ou mesmo comportamentos discriminatórios que possuam os seus programadores. Estes erros, voluntários ou não, somente podem ser evitados se forem transparentes ao conhecimento e, portanto, controláveis, passíveis de correção e de revisão antes de sua implementação.

Alcançar a transparência em algoritmos de aprendizado de máquina exige a combinação de estratégias *ex post* e *ex ante*. Alguns *inputs* podem ser barrados, tais como informações sensíveis sobre raça, sexo, etc., que possam influenciar a indiferença do resultado. A arquitetura do mecanismo pode prever algumas restrições (*constraints*), sob a forma de propriedades, que exijam uma imparcialidade no tratamento dos dados (“*specific well-defined fairness properties*”). Alguns estudos argumentam que a mera “*cegueira*” proposital a dados sensíveis não é suficiente para produzir resultados justos. Três propriedades podem ser incorporadas, como forma de reforço: i) incorporar a aleatoriedade (“*randomness*”), como mecanismo de aprendizado por experiência; ii) teste de uma pluralidade de abordagens para maximizar o aprendizado imparcial (*maximize fairness*) e iii) adoção de uma proposição de que pessoas situadas em situações similares devem ser tratadas de modo similar⁴¹. Em nossa opinião, essa última estratégia é razoável aplicação da computacional da lógica aristotélica da racionalidade prática.

O entendimento de que a decisão jurídica não pode ser considerada uma atividade racional pura impõe cautela sobre a adoção indiscriminada, especialmente quando pode ferir os direitos fundamentais do contribuinte. De outro lado, se impõe

⁴⁰ MOLINARO, Carlos Alberto *et SARLET*, Ingo Wolfgang. Sociedade em rede, internet e estado de vigilância: algumas aproximações. v. 40, n. 132, 2013.

⁴¹ KROLL, Joshua A. and Huey, Joanna and Barocas, Solon and Felten, Edward W. and Reidenberg, Joel R. and Robinson, David G. and Yu, Harlan, Accountable Algorithms (March 2, 2016). University of Pennsylvania Law Review, Vol. 165, 2017 Forthcoming; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2765268. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765268>, p. 45. Acesso em 01.05.2019, às 15:18.

um grande questionamento sobre o impacto do uso de decisões automatizadas para a proteção da ampla defesa, do devido processo, do princípio do juiz natural e tantos outros princípios que garantem um direito fundamental a um processo tributário justo.

Referências bibliográficas

BENJAMINS, Richard; CASANOVAS, Pompeu; BREUKER, Joost et GANGEMI, Aldo. Law and the Semantic Web: Legal Ontologies, Methodologies, Legal Information, Retrieval, and Applications. Berlin: Springer, 2005.

BIONDO, Samuel J. Fundamentals of Expert System Technology: Principles and Concepts, Bristol: Intellect, 1990.

BORAN, Marie. Artificial Intelligence judges court cases with 79% accuracy. Irish Times. Disponível em <http://www.irishtimes.com/business/technology/artificial-intelligence-judges-court-cases-with-79-accuracy-1.2842492>, 2016. Acesso em 30.04.2019, às 9:01. Boston Consulting Group and Bucerius. How Legal Technology Will Change the Business of Law. <http://www.bcg.de/documents/file204646.pdf>, 2016, Acesso em 30.04.2019, às 9:30.

BUCHANAN, B. G. et SHORTLIFFE, E. H. Rule-Based Expert Systems: The MYCIN Experiments of the Stanford Heuristic Programming Project. Boston: Addison Wesley, 1984.

BÜNING, Hans Kleine et LETTMANN, Theodor. Propositional Logic: Deduction and Algorithms. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

CHEN, Daniel L., Machine Learning and the Rule of Law (January 6, 2019). Computational Analysis of Law, Santa Fe Institute Press, ed. M. Livermore and D. Rockmore, Forthcoming. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3302507>.

EPSTEIN, Richard L. Predicate Logic: The Semantic Foundations of Logic. Belmont: Wadsworth Publishing, 2000.

FACELI, Katti; LORENA, Ana Carolina; GAMA, João; CARVALHO, André Carlos Ponce de Leon Ferreira de. Inteligência Artificial: Uma Abordagem de Aprendizagem de Máquina. Rio de Janeiro: LTC, 2011, p. 02-03.

FIREBAUGH, Morris W. Artificial Intelligence: A Knowledge-Based Approach. São Francisco: Boyd & Fraser Publishing Company, 1988.

FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. Revista da AJURIS, v. 40, n. 130, jun. 2013.

- FRITZ, Sandy. *Understanding Artificial Intelligence (Science Made Accessible)*. New York: Warner Books, 2002.
- GIARRATANO, Joseph C. *Expert Systems: Principles and Programming*. Pacific Groove: Brooks Cole, 1998.
- GRUNER, Richard. Thinking like a Lawyer: Expert Systems for Legal Analysis. *Berkeley Technology Law Journal*. Volume 1, Issue 2 Fall, September 1986, p. 261-262.
- GRZYMALA-BUSSE, Jerzy W. *Managing Uncertainty in Expert Systems*. Kluwer Academic Publishers, 1991.
- HARMON, Paul. *Expert Systems: Artificial Intelligence in Business*. Hoboken: John Wiley & Sons, 1985.
- JACKSON, Peter *Introduction to Expert Systems*. Boston: Addison Wesley, 1999.
- KIDD, Alison L. *Knowledge Acquisition for Expert Systems: A Practical Handbook*. New York: Plenum Publishing Corporation, 1987.
- KLEINBERG, Jon; LAKKARAJU, Himabindu; LESKOVEC, Jure; LUDWIG, Jens *et* MULLAINATHAN, Sendhil. Human decisions and machine predictions. Disponível em Working Paper 23180 <http://www.nber.org/papers/w2318009-10>.
- Kroll, Joshua A. and Huey, Joanna and Barocas, Solon and Felten, Edward W. and Reidenberg, Joel R. and Robinson, David G. and Yu, Harlan, *Accountable Algorithms* (March 2, 2016). *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 165, 2017 Forthcoming; Fordham Law Legal Studies Research Paper No. 2765268. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2765268>.
- LEITH, Philip. THE RISE AND FALL OF THE LEGAL EXPERT SYSTEM. *European Journal of Law and Technology*, [S.l.], v. 1, n. 1, mar. 2010. ISSN 2042-115X. Available at: <<http://ejlt.org/article/view/14/1>>. Date accessed: 21 Apr. 2019.
- LENAT, Douglas B. *et* GUHA R. V. *Building Large Knowledge-Based Systems: Representation and Inference in the CYC Project*. Boston: Addison Wesley, 1990.
- LEVESQUE, Hector J. *et* LAKEMEYER, Gerhard. *The Logic of Knowledge Bases* by. Boston: MIT Press, 2001.
- MINSKY, Marvin. Steps Toward Artificial Intelligence. *Proceedings of the IRE*. January 1961, p. 08-30.
- Neches, R., FIKES, R.E.; FININ, T.; GRUBER, T.R.; SENATOR, T.; SWARTOUT, W.R. Enabling Technology for Knowledge Sharing. *AI Magazine*. 12(3), 1991, p. 36-56.

NEGNEVITSKY, Michael. *Artificial Intelligence: A Guide to Intelligent Systems*. Boston: Addison Wesley, 2002.

PEREZ, AG; RODRIGUEZ, FO et TERRAZAS, BV. *Legal ontologies for the Spanish e-government*. Granada: CAEPIA, 2006;, p. 301–310.

PORTO, Fábio Ribeiro. O Impacto da Utilização da Inteligência Artificial no Executivo Fiscal. Case study of Rio de Janeiro State Court of Justice. In FERNANDES, Ricardo V. C. e CARVALHO, Ângelo Gamba P. (coord.). *Tecnologia Jurídica & Direito Digital – II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PRAKKEN, Henry et SARTOR, Giovanni. On the relation between legal Language and Legal Argument. In *Proceedings of The Fifth International Conference on AI and Law*. New York: ACM Press, p. 1-10, 1995.

PRAKKEN, Henry. From Logic to Dialectics in Legal Argument. In *Proceedings of the Fifth International Conference on AI and Law*. University of Maryland. New York: ACM Press, p. 165-174.

ROSA, Alexandre Morais. Limite penal: a inteligência artificial chegou chegando: magistratura 4.0. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jul-13/limite-penal-inteligencia-artificial-chegou-chegandomagistratura-40>>. Acesso em: 04 ago. 2018.

SARLET, I. W. ; MOLINARO, C. A. . Breves notas acerca das relações entre a sociedade em rede, a internet e o assim chamado estado de vigilância. In: George Salomão Leite e Ronaldo Lemos. (Org.). *MARCO CIVIL DA INTERNET*. 01ed.São Paulo/SP: Editora Atlas, 2014, v. 01, p. 29-48.

SOFFNER, Renato. *Algoritmos e programação em linguagem C*. São Paulo: Saraiva, 1ª. Ed., 2013.

SPENCER-SMITH, Richard. *Logic and Prolog*. Birmingham: Harvester Wheatsheaf, 1991.

SUNSTEIN, Cass R. Algorithms, Correcting Biases. Forthcoming, *Social Research*, 2018. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3300171, acesso em 29.04.2019, às 02:23.

SUSSKIND, Richard. *The End of Lawyers?: Rethinking the nature of legal services*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

TURING, A. M. Computing Machinery and Intelligence. *Mind* 49, 1950, p. 433-460.

38. PANORAMA GERAL DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NO BRASIL E A INSPIRAÇÃO NO REGULAMENTO GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS EUROPEU



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-38>

Regina Linden Ruaro¹

Gabriela Pandolfo Coelho Glitz²

RESUMO

O presente artigo propõe o estudo sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, Lei 13.709/2018, e seus impactos frente a ampliação dos direitos dos usuários, titulares do direito fundamental à proteção de dados pessoais. Para tanto, analisa-se o histórico e evoluções conceituais trazidas por esta lei. Posteriormente objetiva-se demonstrar os principais avanços desta legislação, colocando o titular dos dados pessoais como agente central da lei. No presente trabalho aplica-se o método de abordagem sistêmico, tendo como método de procedimento o estruturalista. Assim, como o tema central debruça-se sobre a análise da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira e seus impactos, possui como hipótese de pesquisa a ampliação dos direitos dos usuários, passando-se tal hipótese por todo um processo de análise sobre os principais avanços trazidos por esta legislação em relação ao direito fundamental à proteção de dados pessoais. Afora isso, as técnicas de pesquisa utilizadas serão, preponderantemente, a de cunho bibliográfico e a isso se somará a avaliação da legislação pertinente sobre o tema. Conclui-se com a demonstração dos avanços e garantias expandidos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados e a demonstração do equilíbrio entre o público e o privado, o social e o econômico, promovido por esta legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil. Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais Europeu. Principais alterações. Ampliação dos Direitos dos titulares. *Compliance* Digital.

¹ Professora Doutora do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

² Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Bolsista vinculada ao Capes.

INTRODUÇÃO

Nossa sociedade está passando por uma acelerada alteração nas estruturas de interações pessoais. A popularização da internet e dos computadores vem revolucionando a forma de comunicação e transmissão de conhecimento, gerando um impacto tão expressivo que uma nova lógica de organização surge e na qual a posse de dados é vista como detenção de poder (RUARO; SOUZA, 2017, p. 197).

Seguindo nesta perspectiva, dados e informações pessoais passaram a ter o papel de matéria prima básica para este novo formato de capitalismo, no qual toda utilização feita na rede deixa um rastro oculto de informações, permitindo que terceiros tenham acesso indiscriminado a dados do usuário, trazendo a consequente mitigação do direito à privacidade. (RUARO; SOUZA, 2017, p. 198)

Na era das mídias sociais, dos aplicativos e dos startups que se proliferam em uma velocidade assustadora, as tecnologias da comunicação e informação caminham no sentido oposto à manutenção da esfera privada dos indivíduos e de sua autodeterminação informativa resultando em uma dificuldade cada vez maior de autocontrole da obtenção, tratamento e circulação das próprias informações. Ou seja, este seria o “preço” a ser pago para usufruir desta sociedade da informação (RODOTÁ, 2008, p. 113).

Neste sentido, menciona Stefano Rodotá:

A contrapartida necessária para se obter um bem ou um serviço não se limita mais à soma de dinheiro solicitada, mas é necessariamente acompanhada por uma cessão de informações. Nessa troca, então, não é mais somente o patrimônio de uma pessoa que está envolvido. A pessoa é obrigada a expor seu próprio eu, sua própria *persona*, com consequências que vão além da simples operação econômica e criam uma espécie de *posse permanente* da pessoa por parte de quem detém as informações a seu respeito. (RODOTÁ, 2008, p.113)

A realidade descrita, por vezes, afronta a dignidade da pessoa humana que é o ideal máximo reconhecido na Declaração Universal da ONU em seu artigo 1º³. Canotilho descreve a noção nuclear da dignidade da pessoa humana como sendo “*indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (plastēs et fīctor)*” (CANOTILHO, 2003, p. 225). A Constituição Federal

³ Artigo 1º-Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

brasileira, adota tal princípio em cujo conteúdo se insere o direito fundamental à privacidade. Esta importante definição serve como norteador da problemática hoje vivenciada, onde a tecnologia e as mudanças sociais traçam um novo cenário no qual o dado pessoal e a privacidade dividem uma tênue linha, entre o direito fundamental à proteção de dados pessoais e o direito a autodeterminação informativa. O direito fundamental à privacidade se vê diante dos mais variados desafios para a sua tutela, ainda mais quando analisado sob a ótica da proteção de dados pessoais.

Nesta perspectiva, um instituto fundamental é o consentimento para o tratamento de dados pessoais. Segundo Danilo Doneda, em sua obra *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*:

Através do consentimento, o direito civil tem a oportunidade de estruturar, a partir da consideração da autonomia da vontade, da circulação de dados e dos direitos fundamentais, uma disciplina que ajuste os efeitos deste consentimento à natureza dos interesses em questão.(DONEDA, 2006, p. 371)

Ocorre que não podemos desconsiderar que estamos diante de um sistema patrimonialista, no qual os dados pessoais podem se transformar em uma *commodity* nesta nova sociedade digital. Saber usar do consentimento e dar a este as vestes de um ato unilateral, não podem ser pressupostos de uma ausência de interesse na proteção de dados pessoais.

Os atuais avanços tecnológicos trazem consigo inquestionáveis ganhos e benefícios para toda a sociedade. Porém, em contrapartida, também implicam em grandes riscos para os direitos fundamentais e para a proteção de dados pessoais. O acesso à internet tornou-se, nos dias de hoje, um direito fundamental a liberdade de expressão e informação. A vida sem internet não seria mais possível (PIÑAR MAÑAS, 2017, p. 61).

Por outro lado, o que também parece inquestionável, seria o direito de viver sem internet, estando certo que quem opta por exercer este direito, também deve estar ciente do que está abrindo mão e das possibilidades que não terá acesso.

Ocorre que, cada vez estamos mais conectados e transmitindo mais dados na rede e não se pode desconsiderar o grande ganho que estas trocas podem trazer para a sociedade como um todo. Quem não gostaria de viver em uma cidade mais segura, mais acessível, mais inteligente e conectada com as suas necessidades?

Exatamente neste sentido, José Luis Piñar Mañas menciona que as cidades inteligentes são aquelas que se valem da inovação tecnológica para oferecer um

entorno mais habitável à população. E mais, salienta que “*las ciudades inteligentes no son viables sin el tratamiento masivo de información, tanto publica como la que afecta a las personas em particular.*” (PIÑAR, 2017, p. 69).

O presente trabalho visa abordar as principais alterações trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira, inspirada no Regulamento Geral de Proteção de Dados europeu, abordando os avanços introduzidos por esta nova legislação, a qual eleva o Brasil a um novo patamar em relação a este tema.

Afora isso, as técnicas de pesquisa utilizadas serão, preponderantemente, a de cunho bibliográfico e a isso se somará a avaliação da legislação pertinente sobre o tema. Conclui-se com a demonstração dos avanços e garantias expandidos trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados e a demonstração do equilíbrio entre o público e o privado, econômico e social promovido por esta legislação.

A NOVA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS BRASILEIRA

Histórico e evoluções conceituais trazidas pela LGPD

A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais passará a ser aplicável em agosto de 2020, em face da Medida Provisória 869 de 28 de dezembro de 2018, a qual ainda depende de conversão em lei pelo Congresso Nacional, e que ampliou em seis meses a *vacatio legis* da Lei 13.709/2018.

O surgimento de uma nova economia no final do século XX, a qual possui como características ser informacional, global e em rede, demonstra e explica o por que da matéria prima desta nova economia serem os dados (CASTELLS, 2018, p. 135). Neste novo cenário, no qual não temos mais fronteiras ou barreiras, as informações circulam livremente pela rede e os limites de acesso e até mesmo a finalidade de utilização destas informações abrigam uma invariável zona cinzenta.

Muito embora o Brasil já possuísse legislações que tratavam da privacidade e proteção de dados pessoais de forma transversa, como por exemplo, a Constituição Federal, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e Marco Civil da Internet, a Lei de Acesso à Informação, até 2018 a matéria não era normatizada em Lei específica. A modificação deste cenário se deu com o advento do Regulamento de Proteção de Dados Pessoais europeu - RGPD 2016/679 ao qual serviu de inspiração ao nosso

ordenamento jurídico.

Justamente neste sentido, José Luis Piñar Mañas menciona em seus comentários sobre a RGPD que se passa de uma gestão de dados ao uso responsável da informação, o que perfeitamente se aplica à legislação brasileira, e tal afirmativa vai muito mais além (MAÑAS, 2016, p. 16). A LGPD prevê como um de seus princípios norteadores o princípio de accountability (art. 6, X da Lei 13.709/2018), ou seja, uma responsabilidade proativa, com princípios que vão desde a privacidade por concepção (artigo 46, §2º da LGPD) até a figura de um encarregado pela proteção de dados pessoais, que exercerá importante papel de conexão entre os titulares dos dados, a empresa e a autoridade nacional de proteção de dados pessoais.

A rápida evolução tecnológica e a globalização trouxeram novos paradigmas para a proteção de dados pessoais, transformando tanto a economia, como a vida social, sendo imprescindível que para isso haja uma circulação de dados pessoais de forma global, contudo, sem a perda do nível de proteção destes dados (MAÑAS, 2016, p. 51-52).

A base e avanço de toda a legislação europeia está calcada no artigo 8º da Carta Europeia de Direitos Humanos, o qual reconhece o direito fundamental a proteção de dados. Este direito foi elevado a categoria de direito fundamental autônomo, separado, inclusive, do direito à intimidade, que está previsto no artigo 7º. Este grande avanço ocorrido nos anos 2000, fundamentou e embasou o Novo Regulamento Europeu de Proteção de Dados, que busca superar as dificuldades de uniformização e aplicação vividos durante a vigência da Diretiva 95/46/CE.

A visão trazida pelo RGPD reforça que o tratamento de dados pessoais deve servir à humanidade, porém tal direito não é um direito absoluto e, portanto, deve ser considerado em relação a sua função com a sociedade e manter sempre o equilíbrio com os demais direitos fundamentais, baseado no princípio da proporcionalidade (MAÑAS, 2016, p. 57).

A legislação europeia foi a grande norteadora da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no Brasil, servindo de grande inspiração e refletindo importantes contribuições em nossa lei. Porém, o ponto mais emblemático desta inspiração legislativa está justamente no fato de diferença cultural existente entre a União Europeia e o Brasil. A comunidade europeia possui uma cultura de preservação da sociedade, que vem de muitos anos e foi reforçada pela Diretiva 95/46 de 1995. Veja-se

que estamos falando de uma cultura de privacidade e uma legislação que foi a base para o RGPD de mais de 20 anos. Em contrapartida, a população brasileira possui uma cultura bastante distinta da europeia, na qual o titular dos dados, por exemplo, não vê mal algum em fornecer o número de seu CPF para obter um mísero desconto em uma farmácia. Tal realidade aponta uma dúvida: como compatibilizar uma legislação tão arraigada na preservação do direito à privacidade, inspirada nitidamente na legislação europeia, e um comportamento tão contrário a isso da população que irá usufruir desta lei?

Os principais avanços trazidos pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira

Um dos principais conceitos para entender esta legislação está no que são dados pessoais. Assim, pode-se definir como dados pessoais toda informação sobre uma pessoa física identificada ou identificável, devendo considerar-se pessoa física identificável toda aquela que puder ser determinada, direta ou indiretamente. O critério adotado pela legislação brasileira foi o mesmo critério adotado pela legislação europeia, o critério expansionista.

Através deste critério, identifica-se que houve um alargamento da qualificação do dado como pessoal, ou seja, entende-se que será considerado dado pessoal, a informação de uma pessoa indeterminada, identificável através do vínculo mediato, indireto, impreciso ou inexato que permita esta identificação (BIONI, 2018, p. 68).

A legislação brasileira não fala a respeito dos esforços para identificação desta pessoa, porém podemos utilizar como basiladores as referências trazidas pelo Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais europeu, deixando evidente que não se considera identificável uma pessoa que tal identificação necessite de prazos ou atividades desproporcionais. A identificação deve ser algo mais imediato e que não requiera grandes esforços (POU, 2016, p. 119).

Contudo, como há muito já vem sendo dito, o problema não está nos dados em si, mas no seu tratamento. O conceito de tratamento consta no artigo 5º, X da LGPD e traz um rol amplo de atividades, demonstrando que desde a simples coleta até a transferência são considerados como tratamento. O conceito é semelhante ao do regulamento europeu e que já vinha neste sentido desde a Diretiva europeia.

Outro ponto de grande relevância tanto na legislação europeia como na brasileira é o ato do consentimento, uma das bases legais previstas no artigo 7º da lei. O consentimento é a livre manifestação de vontade, informada e inequívoca na qual o titular dos dados pessoais concorda com o tratamento para uma finalidade determinada. Aqui altera-se um parâmetro de consentimento “padrão”, que por muitas vezes era dado sem que o usuário tivesse de fato consentido, já que uma simples marcação em uma janela de sítio era tida como consentimento, o que não poderá mais ser usado.

Agora exige-se um consentimento claro, inequívoco, com uma linguagem fácil e acessível, de compreensão rápida, não podendo conter cláusulas abusivas. Ainda, tendo o tratamento de dados mais de um fim, o consentimento deve ser dado de forma separada, para cada um dos fins projetados e o responsável do tratamento deve ser capaz de demonstrar que foi dado o consentimento por determinada pessoa para determinado fim.

O consentimento tomou uma grande relevância neste mercado informacional, no qual acabou assumindo uma posição de hipertrofiada, onde as próprias políticas de privacidade tornaram-se contratos de adesão. Seguindo nesta análise e percebendo-se a assimetria de forças nas relações de consumo, os fornecedores ditavam as regras para o fluxo informacional de seus usuários, retirando, praticamente, o controle que por eles deveria ser exercido (BIONI, 2018, p. 170).

Dentro deste contexto e cenário que vem a Nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, focada em retornar este controle às mãos dos verdadeiros donos, os titulares dos dados pessoais. Assim, a reviravolta do consentimento tanto na legislação europeia como na legislação brasileira vem em resposta a este cenário absolutamente desequilibrado que o mercado informacional vivia.

A lei ainda traz conceitos como a anonimização, baseado no princípio da minimização dos dados, segurança e prevenção; e a ocorrência de incidente de segurança dos dados e a necessidade de informação à autoridade nacional com o objetivo de preservar maiores danos e prejuízos às pessoas físicas donas destas informações.

Outro assunto de grande importância está na transferência internacional de dados, matéria esta regulada pelo Capítulo V, artigos 33 a 36 da LGPD. O principal ponto em relação a esta matéria é que as transferências de dados para fora do Brasil

não podem colocar em risco o nível de proteção já garantido às pessoas físicas em relação aos seus dados pessoais.

Para viabilizarmos a transferência internacional a um terceiro país ou organização internacional, deverá basear-se em uma decisão de adequação, com garantias efetivas e notórias aos dados, muito similar ao que propõe a legislação europeia.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais atribui a competência para declarar adequado o grau de proteção concedido aos dados pessoais por determinado país fora do Brasil, à autoridade nacional, a qual emitirá uma lista dos países que possuem proteção adequada. Aqui está um dos grandes desafios da legislação, pois muito embora a Agência Nacional de Proteção de Dados Pessoais tenha sido criada pela Medida Provisória 869 de 2018, ela ainda não foi constituída.

Diante disso, temos uma corrida contra o tempo para que de fato seja constituída o mais breve possível e consiga atender a todas as suas responsabilidades, como implementar políticas públicas de proteção de dados pessoais, fiscalizar, zelar pela proteção dos dados pessoais e também avaliar os demais países e seu grau de proteção, tudo até agosto de 2020.

Outro ponto de grande importância em relação à Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais está no fato desta ter autonomia técnica, porém não possuir autonomia financeira. Da forma que foi aprovada a Medida Provisória 869, a qual ainda pende de conversão em lei pelo Congresso Nacional, a autoridade nacional está vinculada diretamente ao presidente da república, não dotando de autonomia financeira. Isso poderia vir a ser uma barreira para o Brasil ser considerado um país com nível de proteção adequado aos dados pessoais pela comunidade europeia, já que o RGPD prevê a necessidade de autonomia técnica e financeira para a validação da suposta autoridade.

Outro papel que também competirá à Agência Nacional é a fiscalização e aplicação de sanção em hipóteses que indiquem um descumprimento da legislação vigente. Em um mundo globalizado como vivemos hoje em dia, imprescindível que toda e qualquer empresa que realize qualquer tipo de tratamento de dados, salientando que tanto online quando offline, busque adequar-se de forma antecipada ao que diz a LGPD, pois do contrário pode estar sujeito a altas multas que podem chegar até

50.000.000,00 de reais ou 2% do faturamento anual da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil.

Por fim, e não menos importante, imprescindível tecermos algumas considerações sobre o direito de retificação, cancelamento, oposição e decisões individuais automatizadas; direito ao esquecimento e ao direito da portabilidade dos dados. Tais direitos apenas reforçam o controle do indivíduo sobre os seus próprios dados pessoais, modificando os tradicionais direitos ARCO do cidadão (acesso, retificação, cancelamento e oposição) e agregando os novos direitos acima mencionados.

O direito de retificação constou na LGPD de forma muito similar ao que já estava previsto no RGPD, possibilitando a correção da informação pelo titular dos dados. Já o direito a eliminação dos dados pessoais passa a ser uma regra após o alcance das finalidades previstas, fim do período de tratamento ou pedido do titular, resguardadas as previsões legais em sentido contrário, artigo 16 da LGPD. Tal posicionamento reforça a previsão do direito ao esquecimento, que muito embora não esteja expressamente mencionado na legislação legal, possui respaldo frente a este direito que foi expressamente garantido no artigo artigo 18, IV da lei 13.709/2018.

Este direito permitirá na prática, por exemplo, que usuários de redes sociais ou qualquer outro serviço da sociedade da informação, como sites de compras online, suprimam os seus dados pessoais quando do encerramento da conta (ÁLVARES CARO, 2016, p. 255).

Com o direito ao esquecimento, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira reforça, mais uma vez, a sua posição sobre o maior controle do cidadão sobre seus próprios dados, fortalecendo o princípio da finalidade, qualidade e minimização de dados, os quais também estão previstos na legislação europeia.

Outro importante avanço está em relação às decisões automatizadas individuais. De acordo com a nova legislação, o interessado deve ter o direito de solicitar a revisão de decisões tomadas unicamente com base em tratamento automatizado de dados pessoais e que afetem seus interesses, incluindo aqui decisões tomadas para definir o perfil pessoal, profissional, de consumo, de crédito ou aspectos de sua personalidade. Ocorre que, anteriormente à MP 869, tal revisão seria feita por pessoal natural e deveria explicar os motivos da decisão. Contudo, com a alteração feita pela medida provisória, esta revisão poderá ser feita de forma automatizada, afastando

o propósito inicial da lei que pretendia oportunizar um melhor entendimento do titular através desta explicação. Um exemplo disso seria a negativa de crédito automática, baseada exclusivamente em informações da rede, sem qualquer intervenção humana.

O RGPD permite decisões deste tipo, inclusive elaboração de perfis, desde que sejam necessárias para a celebração ou execução de um contrato entre interessado e o responsável do tratamento de dados, ou se houver consentimento específico do interessado. Porém, mesmo assim serão necessárias várias garantias, dentre elas o direito de receber intervenção humana por parte do responsável, direito que o interessado expresse seu ponto de vista ou ainda direito a impugnar a decisão, sendo vedada este tipo de decisão quando envolver menores. Percebe-se que o RGPD garantiu de forma bem mais ampla dos direitos do titular, enquanto que a LGPD, com a alteração sofrida pela MP 869, desvirtuou a ideia inicialmente proposta.

Seguindo ainda na análise dos direitos do titular, a LGPD trouxe um novo direito consigo, o direito à portabilidade. Este direito reforça mais uma vez o poder de disposição de dados dos cidadãos e também fomenta a competência do mercado digital. Através da portabilidade será possível receber os dados pessoais armazenados em formato estruturado, de uso comum e de leitura mecânica, possibilitando sua transferência para outro responsável. Ainda, importante mencionar que a Autoridade Nacional poderá dispor sobre os padrões a serem usados nesta operação, com o intuito de facilitar a portabilidade de dados.

Tal previsão também consta no RGPD, porém este reforça que isso só será possível quando for tecnicamente viável e coloca que o prazo para atendimento será de um mês, a partir do pedido, podendo ser prorrogado em certos casos. Este direito será exercido a título gratuito, excetuando-se os pedidos manifestamente infundados ou excessivos (FERNÁNDEZ-SAMANIEGO, 2016, p. 260).

Por fim, a LGPD traz a previsão dos agentes de tratamento de dados pessoais: o controlador, operador e encarregado. Ao controlador, pessoa física ou jurídica, competem às decisões referentes ao tratamento de dados pessoais, já o operador, também pessoa física ou jurídica, é quem realiza o tratamento dos dados pessoais em nome do controlador. O último agente é o encarregado pelo tratamento de dados pessoais, o Data Protection Officer (DPO), e deverá ser uma pessoa física ou jurídica, indicada pelo controlador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados.

A legislação brasileira foi muito mais genérica que a europeia, inclusive nesta, há menção expressa que o DPO é uma obrigação específica para empresas com mais de 250 funcionários. Tal limitação pode vir a ser indicada pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados no Brasil, porém até o momento toda e qualquer empresa que trate dados pessoais de forma online ou offline deverá ter um DPO, assim como cumprir todas as normas previstas na lei 13.709.

As alterações acima trazidas sugerem o grande reforço à proteção de dados que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais trouxe ao cenário brasileiro e ao mundo digital. Os princípios basilares do Regulamento Geral de Proteção de Dados Pessoais foram todos mantidos, já que serviram como grande inspiração ao ordenamento brasileiro, enaltecendo o poder do cidadão sobre a gestão efetiva, clara e transparente de seus dados pessoais e buscando viabilizar um equilíbrio entre o público e o privado, o econômico e o social dentro desta sociedade informacional.

CONCLUSÕES

A entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais em agosto de 2020 colocará o Brasil em um outro nível regulatório, o qual é exigido no panorama mundial. A coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais é atividade básica da nova economia e ao mesmo tempo que abre um “novo mundo” de informações, também eleva o risco sobre como estes dados estão sendo tratados.

Tal legislação influencia não apenas o Brasil, como também, impacta em todos os países que tratam dados pessoais de cidadãos brasileiros, frente a sua ampla aplicação, quais seja: operação de tratamento no território nacional, fornecimento de bens ou serviços ou tratamento de indivíduos localizados no território nacional ou quando os dados tenham sido coletados no território nacional.

A atual sociedade da informação exige o acompanhamento por parte das empresas de padrões éticos em suas atividades, não apenas por uma questão moral, mas sim, legal, buscando devolver o controle dos dados pessoais aos seus titulares, seus verdadeiros donos.

A proteção dos dados pessoais abarca múltiplas facetas, sendo o objetivo deste trabalho a análise sobre as principais alterações trazidas pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira e a ressonância dos direitos dos titulares no mundo digital,

mais precisamente, referente ao tratamento de dados pessoais, com a devida observância aos direitos e garantias fundamentais, em suas múltiplas dimensões.

Vale ressaltar que a inobservância dos direitos fundamentais implica na ruptura das legítimas expectativas dos cidadãos e das empresas que pretendem agir com a devida eticidade, exigida no mercado atual e reforçada por esta legislação brasileira.

A eficácia dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas quanto privadas, atua como limite objetivo. O conteúdo da dignidade enuncia a compreensão de que o indivíduo é um fim em si mesmo, vedando-se a sua instrumentalização, o qual não pode ser tratado como meio para a consecução de objetivos ou metas de natureza coletiva.

Assim, é imprescindível que as organizações empresariais e a administração pública atentem-se aos grandes avanços proporcionados pela Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que passará a vigor em agosto de 2020, de forma a estarem em *compliance* com o que fora ali previsto, evitando riscos e possíveis danos que possam culminar na aplicação de multas gravíssimas e, principalmente, situações que possam ferir a reputação dessas organizações.

REFERÊNCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.
- BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei 13.709**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm >. Acesso em: 07 setembro 2018.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Medida Provisória 869**. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Mpv/mpv869.htm>. Acesso em: 10 março 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1991.

_____. **“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede: a era da informação – economia, sociedade e cultura**. vol. 1, 10 ed. Trad. Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

COST, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, jul/dez. 2011.

_____; MENDES, Laura Schertel. **Marco jurídico para a cidadania digital: uma análise do Projeto de Lei 5.276/2016**. REVISTA DE DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO, v. 9, p. 35, 2016.

_____. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico. Joaçaba, v. 12, n. 2, jul/dez. 2011.

GAYO, Miguel Recio. **El Delegado de Protección de Datos**. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad. Madrid: Editorial Reus, 2016.

GARCÍA, José Leandro Núñez. **El Encargado del Tratamiento**. In: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). Reglamento General de Protección de Datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad. Madrid: Editorial Reus, 2016.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica**. Tradução Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: Ed. Puc-Rio, 2006.

LÈVY, Pierre. **O que é virtual**. Trad. Paulo Neves. São Paulo: Editora 34, 2011.

_____. **Cibercultura**. Trad. Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 2010.

LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. **Cibertransparência: informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MARQUES, Garcia; MARTINS, Lourenço. **Direito da Informática.** Coimbra: Almedina, 2000.

MARTÍNEZ, Ricard Martínez. **Una aproximación crítica a la autodeterminación informativa.** Madrid: Thomson Civitas, 2004.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reclamo General de Protección de Datos: hacia um nuevo modelo europeo de privacidad.** Madrid: Reus, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?** Barcelona: Gedisa, 2004.

POU, Maria Arias. **Definiciones a efectos del reglamento general de protección de datos.** In: PIÑAR MAÑAS, José Luis (Dir.). **Reglamento General de Protección de Datos: hacia um nuevo modelo europeo de privacidad.** Madrid: Editorial Reus, 2016.

REGULAMENTO (UE) 2016/679 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO. **Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:32016R0679>>. Acesso em: 20 abril 2018

RODOTÀ, Stefano. **A vida da sociedade de vigilância: a privacidade hoje.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglez de. **Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais.** Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 197- 216, maio/jun. 2017.

_____. O direito à proteção dos dados pessoais na sociedade da informação. *Revista Direito, Estado e Sociedade.* n. 36, jan/jun 2010, p. 178-199.

_____. **Responsabilidade civil do Estado por dano moral em caso de má utilização de dados pessoais.** *Direitos Fundamentais e Justiça.* Porto Alegre: PUCRS, 2007. Vol.1.

_____; RODRIGUEZ, Daniel P.; FINGER, Brunize. **O direito à proteção de dados pessoais e à privacidade.** Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba: UFPR, 2011.Vol. 53.

_____; MAÑAS, José Luis Piñar, Molinaro, Carlos Alberto (Orgs.). **Privacidade e proteção de dados pessoais na sociedade digital.** [recurso eletrônico] / Regina Linden Ruaro; José Luis Piñar Mañas; Carlos Alberto Molinaro (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 12 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10 ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. NETO, Artur M. Ferreira. **O Direito ao “Esquecimento” na Sociedade da Informação.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

39. O CARÁTER UNIVERSALIZADOR DO DIREITO À PROTEÇÃO DE DADOS E SUA INFLUÊNCIA NO RECONHECIMENTO INTERNACIONAL DO DIREITO AO ESQUECIMENTO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-39>

Kaiana Coralina do Monte Vilar¹

RESUMO

O direito à proteção de dados começou a ser debatido na década de 1960, inicialmente com legislações nacionais, em seguida, internacionais e por fim obteve seu reconhecimento enquanto direito fundamental a nível supranacional no território da União Europeia, feito bastante significativo tendo em vista a emergência de proteção à privacidade dos cidadãos de cara às novas tecnologias. O direito ao esquecimento apenas foi positivado após a publicação do Regulamento Geral de Proteção de dados da União Europeia. O debate proposto neste estudo é sobre a necessidade de normatização internacional do direito ao esquecimento para sua real efetividade. O objetivo é investigar as instituições e mecanismos regionais e internacionais à disposição do cidadão em defesa dos seus direitos ligados ao uso da internet enquanto um direito público. Demonstrar, de forma específica, quais os avanços e limitações que a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Conselho da Europa (CeE), União Europeia (U.E) e Organização das Nações Unidas (ONU) têm apresentado desde o início dos debates sobre proteção de dados. A pesquisa é uma revisão integrativa baseada em artigos científicos, livros e jurisprudência. Concluímos que para que tanto a proteção de dados quanto o direito ao esquecimento sejam direitos efetivos necessitam de normatização internacional, que vincule a maior parte de países possíveis, capitaneado pela ONU e em cooperação com outras organizações internacionais como a OCDE e com especial atenção e inspiração na experiência europeia.

Palavras-chave: proteção de dados, direito ao esquecimento, direitos fundamentais, ONU, União Europeia.

¹ Estudante do Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Granada em cotutela com a Universidade de Brasília – UGR/UNB; email: kaiana_vilar@hotmail.com.

ABSTRACT

The right to data protection started being debated in the 1960s initially with both national and international legislation, finally getting recognition as a fundamental right at the supranational level within the territory of the European Union. This made quite significant because of the emergency of protecting citizens' privacy in face of new technologies. The right to forgotten has been confirmed after the publication of the European General Data Protection Regulation (GDPR). This paper proposed the urgency of international normalization about the right to forget and its real effectiveness. The objective of this study is investigating the regional and international institutions and also the mechanisms available to citizens in defense of their rights that might be related to the use of the Internet as a public right. Specifically to demonstrate the progress and limitations that the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), the Council of Europe (CoE), the European Union (EU) and the United Nations (UN) have presented since the beginning of the discussions about the data protection. The research is an integrative review based on scientific articles, books, and case law. That being said, for data protection and the right to forget being treated like effective rights, they both need international regulation, binding most countries possible, led by the UN in cooperation with other international organizations such as the OECD with special emphasis to the EU.

Keywords: data protection, right to forget, fundamental rights, UN, European Union.

INTRODUÇÃO

O direito ao esquecimento não é exatamente um conceito novo, entretanto, ganha contorno importantes tanto em solo europeu – onde recentemente foi positivado – quanto em outros países, seja pela importação do instituto, como no caso do Brasil, seja pelo impacto que causa às empresas multinacionais com sede em país não pertencente à União Europeia, a exemplos do Google, ou até mesmo em relação aos cidadãos não comunitários que se veem em parte privados de informações desindexadas dos buscadores com base em uma legislação a qual não passou pelos seus órgãos democráticos representativos.

Questões como essas se enraízam por diversos temas como censura, liberdade de expressão, liberdade de informação, soberania nacional, direito ao esquecimento

post mortem, direito à proteção de dados como um direito fundamental, privacidade, intimidade, hemerotecas digitais e sua proteção prevista no Tratado Europeu dos Direitos do Homem, dano ao projeto de vida, nova visão da personalidade humana indissociável do ambiente virtual, informações armazenadas em boletins oficiais, uso de dados pessoais não autorizados para fins publicitários, espionagem, internet das coisas, etc.

Um mundo de temas pode ser tratado se entendemos que o universo virtual não mais se diferencia do real. Dificilmente encontraremos uma pessoa no mundo que não tenha sequer um dado pessoal seu exposto na internet, e a maioria delas, vive intensamente cada minuto dos seus dias conectados, deixando rastros valiosíssimos na rede. Estes mesmo dados são o que comumente se conhece como o novo petróleo (TOONDERS, *Apud* MALHEIRO, 2017, p. 14). Ganhou essa denominação devida à mudança sofrida pela economia que antes se baseava em uma produção em massa, patronizada e de baixo custo, a qual hoje se apresenta de forma flexível, customizada e, seu marketing de modo individualizado (MENDES, 2017, p. 84).

Desta maneira, saber exatamente quem é o seu público alvo se tornou a moeda de troca mais valiosa atual, pois, quanto mais informações sobre seu cliente uma indústria possui, melhor será sua campanha de marketing, e logo, melhores serão seus resultados.

O direito à proteção de dados enquanto um direito humano universal, assim entendido pelo fato de os dados de todos os indivíduos do mundo estarem sendo rastreados, categorizados e utilizados para os mais diversos fins como comerciais, militares, de espionagem, vantagens em negociações intergovernamentais – vide caso Snowden, por exemplo – não mais justifica sua legislação, proteção e sanção em caso de descumprimento apenas em âmbito nacional, como já não o é, com um certo alcance regional, desde a criação das Diretrizes da OCDE em 1980, da Convenção 108 em 1981, Diretrizes da ONU de 1990 e a entrada em vigor do Regulamento de Proteção de dados da União Europeia em 2018 o qual revogou a Diretiva 95/46/CE, tendo em vista que o problema é global, com causas e consequências globais.

Agora bem, o direito ao esquecimento por sua vez, que decorre do direito à proteção de dados – e/ou do direito à autodeterminação informativa -, apenas enfrenta o problema da sua expansão a nível extraterritorial quando é posto em debate no caso Google X AEPD/Costeja com a Sentença de 2014, na qual o Tribunal de Justiça da

União Europeia, concordando com o entendimento da Agência de proteção de dados espanhola, declara que a decisão de desindexar o conteúdo indicado pelo requerente transpassa as fronteiras da União Europeia e deve atingir empresas com sede em países que não fazem parte da União desde que oferte produtos aos cidadãos europeus, e no caso, o Google, através da filial espanhola, vendia espaços publicitários em território europeu, fato que viabilizada economicamente o negócio do Google.

Diante de um mundo globalizado, de empresas multinacionais, pessoas cada vez mais cosmopolitas, as quais imigram com mais facilidade desenvolvendo aspectos das suas vidas pessoais e profissionais em qualquer parte do globo, o direito ao esquecimento se esvazia e carece de efetividade se não for pensado de maneira global e uniforme, assim como já há mecanismos em prol deste objetivo relativo à proteção de dados.

Será que adianta que um determinado conteúdo seja não disponibilizado com facilidade – “esquecido”- em território europeu e continuar indexado na Argentina, por exemplo? Entretanto, será possível privar o cidadão argentino de uma informação sem que seus órgãos representativos tenham assim deliberado e entrado em acordo anteriormente sobre regras comuns a respeito do assunto?

Este é o debate que propomos neste estudo: É necessário que o direito ao esquecimento seja normatizado a nível internacional para que tenha efetividade?

Para chegar à resposta investigaremos quais são as instituições e mecanismos regionais e internacionais à disposição do cidadão em defesa dos seus direitos ligados ao uso da internet enquanto um direito público. Demonstraremos, de forma específica, quais os avanços e limitações que a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Conselho da Europa (CeE), União Europeia (U.E) e Organização das Nações Unidas (ONU) têm apresentado desde o início dos debates sobre proteção de dados. E concluiremos apontando uma direção de maior cooperação internacional em busca de harmonização de legislação sobre o tema, tendo a ONU como ponto de referência e a UE como exemplo a partir da sua experiência.

A pesquisa é uma revisão integrativa baseada em artigos científicos, livros e jurisprudência.

DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E CONVÊNIO 108 DO CONSELHO DA EUROPA

O direito ao esquecimento é positivado pela primeira vez em uma Lei (Regulamento) de origem europeia, que por sua vez foi influenciada por debates de órgãos internacionais, os quais desde a década de 1960 já miravam o futuro problemático em relação à proteção de dados considerado por alguns autores, como Murga Fernández (2017, p. 186) como o direito que antecede o direito ao esquecimento - diante dos avanços das tecnologias.

Outros autores, como Sarlet e Ferreira Junior (2019, p. 70) entendem que o direito ao esquecimento não decorre do direito à privacidade nem do direito à proteção de dados, mas sim, estaria atrelado ao direito à autodeterminação informativa do indivíduo.

Para eles, o reconhecimento do direito ao esquecimento se ampara melhor no direito ao livre desenvolvimento da personalidade e no direito à autodeterminação informacional, assim como busca fundamentação primária no direito à identidade pessoal, mesmo mantendo uma relação com o direito à privacidade e intimidade (SARLET E FERREIRA JUNIOR, 2019, p. 70).

Elementos como imagem, voz, nome e narrativa pessoal fazem parte dos aspectos defendidos pelo direito à privacidade e direito à identidade. A ligação que o autor acaba por fazer com o direito ao esquecimento ocorre quando os elementos antes citados inserem-se no contexto da sociedade da hiperinformação. Assim, a identidade pessoal, que pode mudar com o transcurso do tempo, deve ser preservada em relação aos fatos do passado (SARLET E FERREIRA JUNIOR, 2019, p. 73).

Eles trazem uma perspectiva diferente dos autores que defendem o direito à proteção de dados como antecessor do direito ao esquecimento.

Entendem o direito à proteção de dados apenas como um direito que auxilia o direito a autodeterminação e a privacidade. Apenas – mas não menos importante - um ‘direito procedimental’ com todos os mecanismos que traz aos ordenamentos jurídicos que o incorporam (SARLET E FERREIRA JUNIOR, 2019, p. 75), como por exemplo, os direitos ARCO – acesso, retificação, consentimento, oposição – também as delimitação relativas ao período de uso, ao apagamento, a retirada de consentimento,

e todos os por menores que um regulamento bastante completo como o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União europeia incorporou em 2018.

A fundamentação teórica do direito ao esquecimento ficaria por conta do direito à identidade, o qual por sua vez se apoia no direito à autodeterminação e dignidade humana, pensados enquanto direitos da personalidade. Essa identidade apenas pode ser preservada se for levada em conta o transcurso do tempo em conjuntura com a sociedade da hiperinformação, esta, nada deixa cair no esquecimento, impossibilitando assim o livre e natural desenvolvimento da personalidade deste indivíduo que não mais se identifica com o que outrora fora (SARLET E FERREIRA JUNIOR, 2019, p. 75).

De tal modo, para entender o panorama atual em relação ao direito ao esquecimento se faz primordial não só compreender as normativas as quais influenciaram seu surgimento em âmbito nacional e supranacional, no caso da União Europeia, mas também na perspectiva de uma normatização internacional e quiçá global nos moldes universalistas da ONU.

A partir dos anos 1970 vários países começam a desenvolver instrumentos sobre processamento de informações individuais. Por exemplo: Suécia (1973), Áustria, Dinamarca, Noruega, França (1978), Alemanha (1977) e também os Estados Unidos (1974), e a nível constitucional Portugal (1976) e Espanha (1978) (RALLO LOMBARTE, 2017, p. 645).

O caso, que é importante ser citado aqui, o qual deu início aos debates na Alemanha e continua servindo de base para discutir tema sobre proteção de dados – e em especial também alimenta o debate sobre o direito ao esquecimento, são os casos da Ação de inconstitucionalidade da Lei de recenseamento e os casos Lebach I e Lebach II.

O primeiro caso se destaca pelo reconhecimento do direito à autodeterminação informativa. O governo alemão, como forma de contagem numérica da população, pretendia obriga-los a disponibilizar informações de caráter pessoal sem nenhuma justificativa e sem determinar o tempo que ficaria na posse das mesmas. O Tribunal Constitucional Alemão considerou uma afronta ao livre desenvolvimento individual, autodeterminação informacional e ao bem comum.

O segundo caso, Lebach I, se destaca por ser o primeiro que, além de abordar sobre proteção de dados pessoais, inicia um debate da ponderação entre direitos da

personalidade e direitos à informação, além do mais, mesmo não mencionando o termo “direito ao esquecimento”, fixou as bases do debate (SARLET E FERREIRA JUNIOR, 2019, p. 109).

O caso, o qual se assemelha aos casos que iniciam os debates jurídicos sobre direito ao esquecimento no Brasil², é relacionado à reapresentação de documentário relatando um crime. Aqui, um dos condenados como coautor argumenta que tal exposição irá mitigar sua ressocialização já que estava prestes a deixar a prisão.

Relembrar os fatos seria vexatório para ele e sem interesse informacional para a sociedade. O TCF acata o pedido do autor e proíbe a veiculação do documentário fazendo assim prevalecer o direito da personalidade – quando trata em especial sobre o direito de ressocialização – em detrimento do direito à informação quando não há mais interesse atual.

O caso Lebach II de 1999 guarda semelhanças e com o caso anteriormente citado. Trata-se de documentário que narra um determinado crime em que os condenados não têm seus nomes nem imagens expostos, e outro dado importante é que estes haviam sido condenados à prisão perpétua.

Ou seja, a semelhança é o fato do crime ser rememorado através de obra artística, e também o pedido das partes de prevalência da privacidade e dos direitos da personalidade com a não rememoração dos crimes.

A grande diferença é que o caso Lebach I se apoia em um dos mais fortes argumentos do direito ao esquecimento; a ressocialização, quando o caso Lebach II não vislumbra esta possibilidade, uma vez que os criminosos estavam em condição de encarceramento perpétuo. Outra diferença reside na exposição que de fato acontece com a divulgação dos nomes e imagens dos criminosos em Lebach I, quando no outro caso, estes dados são preservados.

Além destes dados, o TCF, no caso Lebach II contradiz o entendimento anterior e afirma que os direitos da personalidade não assegura de maneira absoluta um direito de ser esquecido juntamente com o crime.

Na mesma época a França passa por um interessante episódio: o Ministério de interior desenvolve em segredo o SAFARI (*Systeme automatise pour los fichiers*

² Os casos aos quais nos referimos são Chacina da Candelária (RESP nº 1.334.097/RJ) e Aída Curi (Resp. 1.335.153/RJ)

administratifs et le repertoire des individus), que tinha como ideia uniformizar dados pessoais dos franceses e reuni-los em um único número de identificação.

O conceito não foi bem recebido pela sociedade, e como exemplo disso o título do artigo da sessão "Justiça" do *Le Monde* de 21 de março de 1974 que dizia: "*Safari ou la chasse aux Français*" (Safari ou caça aos franceses). Em decorrência deste evento foi criada a CNIL (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*) e também publicada a Lei 78-17 de 6 de janeiro de 1978 - *Loi relative a l'informatique, aux fichiers et aux libertés*- (DONNÉES OUVERTES, 2018).

Pelos motivos citados acima, sentiu-se a necessidade de concretar a nível internacional tal direito com o fim de harmonização daquelas legislações. Dois destes instrumentos são importantes para entender onde nasceu a atual legislação europeia e onde se poderá inspirar para futuras normativas internacionais, a saber: Diretrizes sobre a Proteção da Privacidade e Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de 1980 e o Convênio para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito à Processamento de Dados Pessoais do Conselho da Europa, de 1981 (FUSTER, 2014, p. 75).

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), criada em 1961 para promover desenvolvimento econômico e comércio mundial, hoje conta com 39 países membros.

Foi criada para substituir a Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE) que, durante sua vigência, tinha como função a administração do Plano Marshall financiado pelos Estados Unidos para reconstrução dos países europeus envolvidos na segunda guerra. Suas análises e informes apreciam dados da economia mundial, pelos quais elabora recomendações com uma base fática de suma importância, o que a mantém em elevador patamar de importância. (SÁNCHEZ GONZÁLEZ, 2016, p. 46-47).

O instrumento internacional lançado por ela sobre proteção de dados e fluxo de dados transfronteiriços foi o primeiro sobre o assunto.

Por fluxo de dados transfronteiriços ou transferência de dados para além das fronteiras entende-se como o tratamento de um conjunto de dados de caráter pessoal colhidos em um país, ou grupo de países, e tratado fora dele ou deles.

Atualmente, a mescla de globalização e tecnologia resulta, inevitavelmente, em exponencial desenvolvimento de tais transferências, evento que põe em risco o direito à privacidade.

A União Europeia possui uma legislação voltada para proteção de dados considerada como a "mais exigente do planeta" (GUASCH PORTAS, 2012, p. 415), mas que não alcança proteger esses dados quando saídos do seu território e passam a ser tratados em território de países que possuem um baixo índice de proteção, ou incluso nula proteção.

Nesta questão reside a preocupação de regulamentação internacional do assunto, uma vez que, restringir o livre fluxo desses dados acarretaria em restrição do livre comércio entre parceiros importantes para a União Europeia.

Antevendo tais desafios, o crescente incremento de legislações nacionais e a necessidade de normatização e harmonização a nível internacional do direito à proteção de dados que foram criadas as Diretrizes da OCDE.

As Diretrizes da OCDE não fazem menção direta à "proteção de dados", contudo, se centram na proteção da privacidade e das liberdades individuais ameaçadas por dados pessoais que se processam e são utilizados de tal forma que possam concretizar uma lesão aos direitos supracitados (LÓPEZ-SÁEZ, 2018, p. 64).

Também demonstra constante preocupação com o excesso de controle das legislações internas em relação aos dados pessoais dos indivíduos. Como exemplo, já no prefácio do documento destacamos o seguinte reconhecimento:

Although national laws and policies may differ, Member countries have a common interest in protecting privacy and individual liberties, and in reconciling fundamental but competing values such as privacy and the free flow of information. (...) That domestic legislation concerning privacy protection and transborder flows of personal data may hinder such transborder flows. (OECD GUIDELINES, 1980)

As negociações para a redação das Diretrizes da OCDE (*OECD Guidelines*), primeiro instrumento internacional sobre proteção de dados, sofriam influência de dois grupos. Por um lado os membros europeus acreditavam que a abordagem focada no indivíduo seria mais apropriada e por outro, os Estados Unidos demonstravam que se deveria buscar um equilíbrio entre os interesses do indivíduo e sua privacidade, e da sociedade que depende da informação.

A recomendação relativa às orientações para a proteção da Privacidade e fluxos transfronteiriços de dados pessoais (*Recommendation concerning Guidelines on the Protection of Privacy and transborder Flows of Personal Data*) foi adotada em setembro de 1980 seguindo as recomendações americanas.

As Diretrizes da OCDE sempre são lembradas por terem sido o primeiro instrumento internacional que embora não utilizasse a expressão “proteção de dados” de forma explícita, e também não fossem vinculantes, acabou por influenciar toda uma legislação que estava por vir, entre elas o até hoje mais importante e único instrumento internacional vinculante sobre proteção de dados – O Convênio 108 do Conselho da Europa.

No que se refere aos Direitos Humanos, o Convênio Europeu de Direitos Do Homem (CEDH) é um dos mais importantes documentos com um número expressivos de signatários.

Ainda que não disponha expressamente sobre proteção de dados ou direito ao esquecimento, ao referir-se a "vida privada e familiar" no seu artigo 8º é possível fazer, embora tenha causado vários debates doutrinários e jurisprudenciais, uma interpretação extensiva, o que nos faz englobar "*prácticamente todos los acontecimientos vitales de una persona así como todos los actos que expresan un comportamiento o una conducta personal*" (LÓPEZ-SÁEZ, 2017, p. 238), o que se aproxima da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos no que se refere à internet com base na fundamentalidade do direito à proteção de dados.

O Conselho da Europa, órgão de caráter internacional, defensor da Democracia, Direitos Humanos e, Estado de Direito, conta com adesão de 47 Estados dos quais 28 fazem parte da União Europeia³. Começa a demonstrar interesse pelo tema da privacidade diante da tecnologia também por volta dos anos 1960-1970 e ainda derivado dos mesmos fenômenos que influenciaram a OCDE, mas aqui buscando uma normatização que vinculasse os Estados signatários do Conselho.

Essa necessidade veio acompanhada da dúvida sobre se o artigo 8º do Convênio Europeu de Direitos do Homem – CEDH – sobre vida privada e familiar, e as legislações nacionais protegiam contra violações que envolviam uso de métodos científicos e técnicos modernos.

³ Para mais informações vide o site do Conselho da Europa: <https://www.coe.int/en/web/about-us/who-we-are>

Em consequência, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa adotou a Recomendação 508 (1968) sobre Direitos Humanos e Moderno Desenvolvimento Tecnológico (*Recommendation 509 (1968) on Human Rights and Modern Scientific and Technological Developments*).

Tal Recomendação indicava que os modernos métodos científicos e técnicos afetavam a privacidade defendida no artigo 8º do Convênio Europeu de Direitos do Homem – CEDH – e solicitava estudo sobre o tema, assim, o Comité de Ministros do Conselho da Europa incluiu o assunto no Programa Intergovernamental de Trabalho do Conselho da Europa para 1968-1969 (FUSTER, 2014, p.79).

Dos estudos realizados, chegou-se a duas interessantes conclusões. Primeiro de que todos os desenvolvimentos tecnológicos apontados pela Recomendação 509 estavam sob controle, entretanto, um elemento, que não havia sido sequer citado, poderia gerar problemas: o computador (HONDIUS, 1978, p. 2). E segundo, com esta constatação encontrou-se outro problema: o Comitê de peritos em direitos humanos entendeu que o artigo 8º do CEDH apenas se aplicaria a interferências de autoridades públicas e não de particulares, no caso as empresas, ou seja, quem fornece os serviços ligados aos computadores (FUSTER, 2018, p. 84).

Como uma maneira de solucionar o primeiro problema – a não investigação sobre o computador -, no início da década de 1970 o Conselho da Europa muda seu enfoque de problemas relacionados à privacidade de indivíduos frente às tecnologias, e passa a preocupar-se primeiro em regulamentar o uso dos computadores (FUSTER, 2018, p. 84).

Para solucionar o segundo problema encontrado – aplicação do artigo 8º do CEDH apenas para entidades públicas -, adota a Resolução 73 e 74.

A Resolução 73 adotada em 1973 versava sobre proteção da privacidade em relação aos bancos de dados do setor privado, e a Resolução 74 tratava da privacidade dos indivíduos frente aos bancos de dados do setor público, ambas buscavam orientar os Estados Membros do Conselho da Europa, dos quais muitos neste momento desenvolviam suas leis de proteção de dados.

Como uma maneira de observar a implementação das Resoluções 73 e 74, o Secretariado do Conselho realiza estudo em 1975, deste, constata-se semelhanças nos princípios norteadores das regras adotadas sobre proteção de dados nos países membros, entretanto, aponta inúmeras disparidades (FUSTER, 2018, p. 86).

Deste modo, mesmo tendo os países europeus os mesmos princípios em relação à proteção de dados, de maneira contraditória, apresentavam objetivos diferentes. Por conseguinte, o que viria a ser o Convênio 108 acaba por representar um ponto de congruência a título de “*cooperación transnacional y de homogeneización en materia de protección de la vida privada de las personas*” (LÓPEZ-SÁEZ, 2018, p. 66).

Em 1976 foi criada uma Comissão de Peritos em Proteção de Dados, que teria como missão apresentar uma Convenção para a proteção da privacidade em relação aos dados em processamento e deveria estar pronta para 1980 (HONDIUS, 1978, p. 8).

Neste momento fica decidido, apoiando a proposta de uns dos peritos, FRITS W. HONDIUS, que o Convênio deveria ser elaborado para que outros países – não europeus - pudessem ratificá-lo. Por este motivo, não se chama Convênio Europeu, e sim simplesmente Convênio (FUSTER, 2018, p. 87).

O Convênio 108 é um marco para a proteção de dados, pois pela primeira vez tal direito é mencionado em um instrumento internacional vinculativo, Também por primeira vez a proteção de dados encontra-se dentro do rol de direitos e liberdades fundamentais, acabando com a dúvida, e finalmente afirmando que está protegido pelo artigo 8º da CEDH, devendo ser compreendido como equivalente ao Direito ao respeito pela vida privada e familiar (FUSTER, 2018, p. 89).

Na exposição de motivos da Convenção 108 (*Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data*) no ponto 19, é explicitado que o direito à proteção de dados deve ser protegido em detrimento do direito à informação na justa medida do respeito à privacidade individual, assim como este é entendido no artigo 8º da CEDH:

The convention's point of departure is that certain rights of the individual may have to be protected vis-à-vis the free flow of information regardless of frontiers, the latter principle being enshrined in international and European instruments on human rights (see Article 10, European Human Rights Convention; Article 19, International Covenant on Civil and Political Rights). Where the present convention imposes certain restrictions or conditions on the exercise of freedom of information, it does so only to the extent strictly justified for the protection of other individual rights and freedoms, in particular the right to respect for individual privacy (see Article 8, European Human Rights Convention).

Outro marco é o fato de ser o primeiro instrumento internacional vinculativo que consagra o conceito de proteção de dados como sendo “*the legal protection of individuals with regard to automatic processing of personal information relating to them*”. (ESTRASBURGO, 1981)

López-Sáez (2017, p. 65) considera o Convênio 108 como um instrumento “transcendental”, por ser o primeiro e único instrumento internacional vinculante em matéria de proteção de dados e pelo seu entrelaçamento com outros direitos constitucionalmente protegidos, no caso, a defesa da vida privada defendido no artigo 8º do CEDH.

Rallo Lombarte (2017, p. 648) destaca outro padrão que acompanha o Convênio 108 além da qualificação e definição de dados pessoais em seu artigo 2º, a extensão da proteção do tratamento de arquivos depositados em banco de dados não só de órgãos públicos, como também privados. Esse problema havia sido anteriormente detectado pelo Comitê de peritos em Direitos Humanos do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, e igualmente abordado nas Recomendações 73 e 74, problema tal que caso não resolvido, deixaria de fora da jurisdição do Convênio 108 as empresas privadas.

A título de princípios, o Convênio os separou em “qualidade dos dados”, “categorias especiais de dados” e “segurança de dados”.

Os dados devem ser obtidos e tratados de forma leal e lícita, devem ser fieis à finalidade pelas quais foram obtidos, adequados, pertinentes e não excessivos, exatos, e se necessário, atualizados. Devem ser conservados apenas pelo tempo imprescindível que atendam às finalidades do seu registro.

Os dados especiais ou sensíveis são os que revelam origem racial, as opiniões políticas, as convicções religiosas e outras, informações relativas à saúde ou à vida sexual, condenações penais, e só podem ser tratados de forma automatizada desde que o direito interno preveja garantias adequadas.

Sobre a segurança, o Convênio impõe aos Estados que tomem medidas de segurança adequadas para que os dados de caráter pessoal não sejam destruídos acidentalmente ou de forma não autorizada, e que também não se possa ter acesso, modificar ou difundir sem autorização.

Em relação ao tema de transferência de dados, o Convênio 108 buscou articular-se com as recomendações das Diretrizes da OCDE, a qual buscava um equilíbrio entre

proteção de dados e livre circulação de dados em prol do desenvolvimento do mercado entre estes países.

Prova disso, antes mesmo da publicação do Convênio, foi o comprometimento do Comitê de Peritos em Proteção de Dados com a organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em "primar pelo princípio do livre fluxo internacional de informações, apoiado pela OCDE, e abster-se de colocar obstáculos no caminho do comércio e do comércio internacional." (HONDIUS, 1978, p. 8).

Pérez (2001, p. 239) alerta para o fato de que o Convênio 108 buscou, ao mesmo tempo, proteger a intimidade dos cidadãos e a livre circulação dessas informações, entretanto, desde que haja proteção equivalente desses dados no outro Estado signatário, logo, se o Estado não é signatário, *a priori*, não se pode assegurar que haverá facilidade para a livre circulação dos mesmos, impedindo assim relações que envolvam tratamento de dados pessoais com países que não assegurem tal proteção.

Por todo o exposto, afirmamos que o Convênio 108, sem sombra de dúvida, foi um divisor de águas no cenário internacional de proteção de dados pessoais. Mesmo tendo sido desenvolvido na década de 1970 – quando ainda não eram reais os tempos de vigilância ubíqua, a quase vital necessidade da internet para o ser humano, seja em termos econômicos, políticos ou sociais, e a flagrante ingerência em direitos e liberdades fundamentais ligadas à dados pessoas – já conseguia prever o que o fenômeno da Globalização – que este sim já demonstrava todo o seu potencial – poderia significar para os cidadãos caso os Estados não se unissem em busca de maior uniformização de legislação e consenso em relação à defesa do direito fundamental à proteção de dados e respeito ao livre fluxo dessas informações.

Até hoje o Conselho da Europa continua sendo o único representante internacional de uma legislação que trata sobre proteção de dados de maneira vinculante. Entretanto já se torna defasada, e insuficiente como autoridade global, mesmo diante da última atualização do Convênio.

Pois parte dos signatários desse avançam com mais rapidez nos escalões de defesa de direitos, a exemplo da União Europeia que acaba de vincular, em maio de 2018, seus 28 membros ao mais avançando instrumento referente à proteção de dados pessoais, o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD) 2016/679.

Porém, os outros 19 signatários do Convênio não se obrigam ao RGPD, também não os demais 6 países não pertencentes ao Conselho da Europa e signatários do

Convênio, e muito menos os outros Estados do mundo que continuam e continuarão mantendo relações que envolvem tratamento de dados com os 47 países do Conselho da Europa e 53 signatários do Convênio⁴.

Para concluir, concordamos com Flaherty (1989, p. xiv,) o qual opina que o que o Convênio 108 acaba por determinar a existência de um direito - proteção de dados - para fazer possível a proteção de outro- a privacidade.

OUTROS DIPLOMAS INTERNACIONAIS

Do ponto de vista internacional percebe-se que uma parte das discussões centra-se na preocupação com a privacidade em tempos de globalização da tecnologia, principalmente no que diz respeito à espionagem, e outra parte, na liberdade que a própria natureza da internet necessita para que opere e garanta o direito de liberdade de expressão e de informação.

Estando a internet invariavelmente atrelada aos direitos fundamentais supracitados, o livre acesso de maneira segura acaba por tornar-se um direito de natureza pública e transfronteiriço, devendo assim ser garantido não só no âmbito interno dos Estados e sim, sobretudo, sob uma perceptiva internacional e global.

Os órgãos que apresentam debates mais adiantados sobre proteção de dados são o Conselho da Europa (CoE) com o Convênio 108, a União Europeia com o Regulamento Geral de proteção de dados, e a Organização das Nações Unidas que, apesar de ser o órgão com maior potencialidade de alcance mundial, demonstra tímida normatização sobre o assunto que será debatido em seguida.

A ONU E A EMERGÊNCIA PÓS-SNOWDEN

A ONU volta a ser cobrada por um posicionamento sobre proteção de dados após um longo e criticável período improfícuo desde a sua última mobilização, quando é levado a público, através da imprensa britânica, as acusações de espionagem feita pelo governo americano.

⁴ Para mais informações sobre os países que aderiram aos Convênio 108 *Vide* Chart of signatures and ratifications of Treaty 108. Disponível em https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108/signatures?p_auth=AabDPVg3. Último acesso em 31 de outubro de 2018.

Edward Snowden ex-funcionário da Agência Nacional de Segurança dos Estados Unidos explica ao mundo todo, por meio de entrevista gravada em um hotel e dossiê completo das atividades ilícitas, como o governo americano espionava e controlava não só as informações com o fulcro de combater o terrorismo, mas sim, e principalmente, as informações que colhiam para obter vantagens econômicas e comerciais.

O evento cai como uma bomba nas relações diplomáticas entre Estados Unidos e União Europeia, esta acaba por cobrar maior engajamento da ONU na busca por uma solução internacional para a questão da proteção de dados. Seria o que Yilma (2018, p. 19) chama de “despertar pós-snowden” na ONU, evento que poderá abrir o caminho para uma grande resposta normativa internacional.

Uma normativa que deve considerar o direito ao esquecimento como um direito humano, não desconsiderando, é claro, as dificuldades de harmonização de legislação que implicaria, uma vez que até mesmo o próprio conceito de direitos humanos não possui uma definição plenamente aceita no mundo todo.

De toda forma, a ONU deve ser considerada uma referência para os direitos ligados à internet (RODOTÀ, 2014) e a União Europeia um exemplo de como implementar o direito ao esquecimento sem sacrificar outros direitos fundamentais como o direito à liberdade de expressão e à informação.

Tal ponderação é um dos maiores questionamentos dos países que hesitam em implementar o direito ao esquecimento, julgando que ocasionaria censura, uma vez, expõe Neville (2017, p. 170) que desindexar – proposta do RGPD da União Europeia – não é apagar. A informação continua disponível caso o internauta saiba exatamente o que está procurando, e não apenas fazendo uma busca aleatória sobre a vida privada de uma determinada pessoa.

O autor inclusive traz interessante argumento quando exemplifica que se há décadas houvesse surgido um instrumento pesquisável que copilasse todas as informações de um determinado indivíduo para que qualquer pessoa pudesse facilmente acessar apenas por sua vontade, sem nenhuma justificativa, a ideia seria “ridicularizada” (NEVILLE, 2017, p. 170).

Somos obrigados a concordar com um exemplo real, inclusive já utilizado neste texto, quando o governo francês sugere a criação de documento que incluísse vários dados dos franceses. Tal episódio foi encarado com tanta rejeição que até mesmo foi

considerado como a mola propulsora que originou a Comissão Nacional de Informações e Liberdades – CNIL – importante agência reguladora de proteção de dados francesa.

Neville (2017, p. 170) conclui seu pensamento expondo que atualmente, de fato, existe um banco de dados pesquisável (aqui se refere aos buscadores como o Google) e muitos entendem que deve continuar sendo acessíveis informações privadas das pessoas, sem levar em conta direitos como reputação e privacidade.

Rodotà (2014) defende que mais que um convênio ou tratado a regulação da internet merece uma verdadeira Carta ou Constituição. Esta, não seria elaborada pelos métodos verticalizados comuns e sim seria levando em conta uma série de sujeitos que deveriam intervir de maneira horizontal através da própria tecnologia.

Porém, também atenta para o fato de que as novas Tecnologias da Informação não produzem efeitos apenas de policentrismo, de dispersão de atores múltiplos, não hierarquizados de diversos territórios, mas também podem proporcionar experiências de centralização, sobretudo em relação aos sistemas de vigilância total (RODOTÀ, 2014).

Do ponto de vista do constitucionalismo interno, Balaguer acautela para as duas grandes crises daquele. A primeira em 2018 como consequência da crise financeira a qual minou democracia pluralista, direitos sociais e normatividade da Constituição Balaguer⁵ (2015); e agora, o movimento que leva os poderes dos agendes globais para o cenário interno dos Estados por meio das redes sociais. Para o autor, este processo é “potencialmente mais destrutivo” uma vez que interfere no núcleo primeiro dos processos eleitorais fazendo uso de Fake News e outros instrumentos tecnológicos para manobra da opinião pública (Balaguer⁶, 2018, p. 12).

Assim, entre a ameaça que o próprio constitucionalismo sofre por conta das novas tecnologias (BALAGUER, 2018) dominadas por agendes globais privados, e não sem interferências de interesses governamentais, e a necessidade de uma normatização dos moldes de uma Carta de direitos ou Constituição para a Internet (RODOTÀ, 2014), o cidadão é o grande atingido, vendo seus direitos perderem-se em

⁵ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Constitución y Estado en el contexto de la integración supranacional y de la globalización. In: **Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria: Estudios en homenaje a Jorge Carpizo**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 197-211.

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Las dos grandes crisis del constitucionalismo frente a la globalización en el Siglo XXI. **Revista de derecho constitucional europeo**, n. 30, p. 2, 2018.

um emaranhado legislativo “pós-pan-óptico” (BAUMAN, 2013, p. 40) que não consegue chegar a um acordo sobre conceitos básicos como privacidade, já que este, dentre tantos outros, também deixou de ser um direito possível de proteção apenas pelo Estado.

Neste diapasão, as Diretrizes da ONU de 1990, um instrumento internacional de Soft Law, é o único Tratado internacional capitaneado pela ONU efetivamente em vigor. Até mesmo as tais Diretrizes demoraram em torno de duas décadas para chegar a um texto final pautado apenas por princípios.

A não realização de uma normativa internacional vinculante e efetiva sobre proteção de dados deu-se por diferenças ideológicas no cerne da própria ONU, por sua estrutura fragmentada e pela falta de monitoramento apresentada.

Talvez por essas dificuldades, países buscaram harmonizar suas legislações no âmbito de organizações regionais (YILMA, 2018, p. 4), o que, se comparadas às existentes na ONU, são muito mais avançadas, exemplo da Europa e recente também da África (YILMA, 2018, p. 5).

Contudo, as dificuldades apontadas para desenvolvimento de uma agenda global para a proteção de dados, e esperamos que para o direito ao esquecimento concomitantemente, não justificam o atraso que a ONU, enquanto maior instituição defensora dos Direitos Humanos apresenta em relação à defesa dos direitos do livre e seguro acesso à internet, o que inclui direito à privacidade, autodeterminação informativa, reputação, intimidade, proteção de dados, esquecimento, etc.

Qualquer direito humano defendido pela ONU encontrou e encontra dificuldade de aceitação e internalização por parte de algum país com cultura mais diferente da ocidental, não será diferente com os direitos ligados à internet.

A internet, de fato, é difícil de regular porque estamos caminhado no terreno do “inérito”, porém não em território “desconhecido”, mas com certeza em constante mudança (RODOTÀ, 2014).

Entendemos que, se algum órgão é capaz de garantir tais direitos, mesmos com todas as limitações, este órgão é a ONU com inspiração na experiência europeia e cooperação tanto da União Europeia quanto do Conselho da Europa (CoE).

DIREITO AO ESQUECIMENTO NA EUROPA

O direito ao esquecimento ganhou repercussão mundial quando um cidadão espanhol requereu ao Google que desindexasse um *link* que constava uma dívida sua já quitada com o governo.

O Caso Costeja teve resolução do Tribunal de Justiça da União Europeia em 13 de maio de 2014, inaugurando definitivamente este direito, outorgando aos buscadores – como Google, Yahoo, Bing – a “íngrata” tarefa de analisar caso por caso dos pedidos de desindexação de cidadãos europeus, de informações suas desabonadoras. Mas qual seria o conceito de direito ao esquecimento? A nosso ver, de forma simples e genérica, direito ao esquecimento seria o garante da nossa privacidade em tempos de “vigilância ubíqua” (ORWELL, 1984) da internet.

Entretanto, não basta apenas querer que um dado pessoal seja apagado para que o desejo se cumpra. É necessário que se observe uma série de requisitos. Primeiro de todos: que não se trate de uma figura pública, de fatos históricos ou de interesse da população em geral. Segundo, que a informação tenha perdido o sentido e utilidade, que caso tenha sido publicada de forma legítima, possuía a época em que foi publicada.

Complementando o nosso entendimento genérico anterior, não se pode ligar o direito ao esquecimento apenas à privacidade e intimidade, uma vez que os conteúdos que, muitas vezes, se requer a reanálise foram publicados pelos próprios requerentes. O que se discute exatamente com o direito de ser esquecido não é, tampouco, o direito de “apagar fatos ou reescrever a própria história”, mas sim o reposicionamento do tratamento que é dado a fatos do passado, em especial “o modo e a finalidade com que são lembrados” (ENUNCIADO 531).

Machado e Negri (2017, p.347) entendem que o que se tutela, na verdade, não é a privacidade, mas a identidade por meio de uma “imagem social” que o Google é capaz de criar.

Uma grande parte de autores, que defendem a criação de um direito ao esquecimento argumenta no sentido de que se faz necessário, para dar luz a ele, desdobrar o antigo e polêmico direito à privacidade. Este se remodela conforme o

⁷ - “vigilância ubíqua” é o termo usado por George Orwell para descrever a onipresença da informática no cotidiano das pessoas.

tempo e espaço, e não raramente, é utilizado para camuflar direitos como liberdade de expressão e direito à informação (MACHADO E NEGRI, 2017, p. 372).

Compreendemos que não estamos tratando de um desdobramento exatamente. Concordamos com Fernández que a atual positivação pelo Regulamento de proteção de dados europeu laureou o caráter autônomo do direito ao esquecimento (2017, p. 185), pois passou a ter tratamento individualizado no artigo 17 deste Regulamento que trata, sobretudo, de dados pessoais e sua ingerência no cotidiano do cidadão e sobre a maneira com a qual as empresas devem conduzir seus negócios para garantir a privacidade daqueles.

O fato de o direito à proteção de dados ser considerado um direito fundamental legitima os direitos que dele decorrem, conferindo base legal, dogmática e jurisprudencial para requerê-los. Anteriormente ao Regulamento, o direito ao esquecimento era reconhecido apenas pela jurisprudência, a qual não vinculava sua aplicação.

É possível afirmar sem o reconhecimento expresso do direito à proteção de dados como direito fundamental - precedido pelo reconhecimento no artigo 8º, nº 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o artigo 16º, nº 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o direito ao esquecimento ainda não haveria encontrado um meio legítimo para firma-se de maneira vinculativa e supranacional como é dado desde maio de 2018 com a entrada em vigor do Regulamento.

É normatizado de maneira autônoma no artigo 17 do Regulamento Geral de Proteção de Dados e "muito deve às conclusões do acordão Google" (SILVEIRA, 2016, p. 111) e, embora se assemelhe ao direito de apagamento - já previsto anteriormente na Diretiva 95/46/CE - com este não se confunde.

O direito ao esquecimento busca proteger dados pessoais processados/propagados e assim acessíveis por meio dos motores de busca (SILVEIRA, 2016, p. 111).

O direito ao apagamento - como integrante dos direitos ARCO - defende que os dados pessoais apenas sejam conservados por um determinado período de tempo de acordo com as finalidades pelas quais foram recolhidos.

Assim, o direito ao esquecimento é um direito pensado para ser exercido *online*, enquanto o direito ao apagamento, *offline* (SILVEIRA, 2016, p. 111).

Todos os princípios que valem para os demais direitos dos titulares dos dados devem ser também aplicados ao direito de apagamento (em espanhol se utilizou a palavra “supresión”) ou direito ao esquecimento.

Todos os pedidos devem ser atendidos a título gratuito, entretanto, o Regulamento Geral de Proteção de Dados prevê no artigo 12.5, certa proteção ao responsável do tratamento quando o pedido do interessado for manifestamente infundado ou excessivo devido ao seu caráter repetitivo. Neste caso, que deve ser provado pelo responsável, poderá cobrar uma taxa razoável pelos serviços administrativos ou negar-se a operar o pedido.

O capítulo III que tem por título “Direitos do titular dos dados”, na Secção 3 intitulada “Retificação e apagamento” encontramos o instituto analisado. O título do artigo é Direito ao apagamento dos dados, e em seguida, entre parênteses e entre aspas aparece o termo direito a ser esquecido.

Na proposta do Regulamento de 2012 a denominação "Direito ao esquecimento" era utilizada expressamente, o que aparece de maneira mais tímida na versão definitiva de 2016, que intitula o artigo 17 do Regulamento Geral de Proteção de Dados como direito ao apagamento e em seguida, entre parênteses e entre aspas, como supracitado, o termo direito ao esquecimento.

Para López Calvo, a individualidade do direito ao esquecimento vem se perdendo paulatinamente pelo motivo anteriormente citado. E para Azurmendi, a causa de se evitar dar o nome direito ao esquecimento diretamente seria uma resposta à pressão de lobby das grandes empresas americanas de internet.

CONCLUSÃO

Diante do fenômeno do Big Data, o qual nos insere enquanto cidadãos e juristas em um espectro de produção e compartilhamento de dados exponenciais nunca antes visto, a reflexão sobre proteção a nível mundial torna-se emergente.

Ao contrário de outras regiões, a Europa já debate, em âmbito internacional, o tema, desde os anos 1970 com as Diretrizes da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as quais deram o impulso inicial de harmonização das legislações que começavam a surgir em alguns países europeus.

Porém, o instrumento jurídico internacional vinculante apenas é publicado em 1981 pelo Conselho da Europa que ficou conhecido como Convênio 108 – ainda hoje o único documento sobre proteção de dados internacional que é vinculante. Este passou por importante atualização em outubro de 2018 e leva por nome Convênio 108+. O novo modelo vem mais rígido e enfático em relação à obrigatoriedade dos Estados formularem leis e políticas de proteção aos seus próprios cidadãos e a terceiros, uma vez que, os dados migram entre Estados tão rapidamente quanto for a internet em uso.

Por outra perspectiva, há que se observar a livre circulação transfronteiriça destes dados, os quais passaram a ser o principal ativo das empresas atuantes internacionalmente, ficando conhecidos, inclusive, como o “novo petróleo”.

Dato pessoal é tudo aquilo que identifique uma pessoa; seja nome, número de identificação, imagem, material genético, biométricos que, caindo em mãos erradas contribui para furtos, espionagem, discriminação, publicidade abusiva, divulgação de *Fake News* direcionadas, etc.

O que na prática poderá servir, por exemplo, para que um seguro de saúde restrinja certos atendimentos a determinado grupo de pessoas, que uma financeira se negue a aprovar um empréstimo, interferir nas democracias sugerindo algum candidato, não selecionar uma pessoa para uma vaga de emprego por ser portador de alguma doença, entre outras possibilidades.

Dentro dessa rede de proteção, o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia teve o cuidado de dedicar um artigo para proteger privacidade, honra, intimidade por meio do direito ao apagamento ou direito ao esquecimento.

Este, por sua vez, é um direito autônomo e diferente dos acima citados pois, ser esquecido na sociedade cibernética, pós-panóptica, de vigilância ubíqua, deixou de ser natural e passou a ser a exceção. Aprisionando-nos em um passado outrora superado e hoje eternizado e constantemente em julgamento.

O direito ao esquecimento que muito mais ressignifica a maneira pela qual um dado pessoal foi tratado no passado, encontra sua base entre a fundamentalidade do direito à proteção de dados, o direito à autodeterminação informativa e direitos da personalidade como privacidade, intimidade, honra e imagem.

O direito à proteção de dados provê o direito ao esquecimento de instrumentos jurídicos práticos como por exemplo os direitos ARCO – acesso, retificação,

cancelamento e oposição – e os demais direitos suportam a camada doutrinal que o justifica.

Sem o direito à proteção de dados muito bem assentado não só no Regulamento Geral de Proteção de dados da União Europeia, assim como na Carta de Direitos Humanos da União Europeia, Tratado de Funcionamento da União Europeia, legislações nacionais e demais instrumentos internacionais, o direito ao esquecimento encontraria barreiras intransponíveis quando balizado com outros direitos fundamentais como direito à informação e de não censura.

Agora bem, quando confrontado sobre a efetividade das decisões nacionais ou regionais em âmbito extraterritorial, o direito ao esquecimento entra em um debate sensível.

Já venceu o desafio de obrigar uma empresa que possui sede em outro país a cumprir uma sentença do Tribunal de Justiça da União Europeia – nos referimos ao caso Costeja -, mas não estamos certos se terá a mesma legitimidade para vincular a tal empresa a desindexar os pedidos dos cidadãos europeus a nível mundial.

A questão já chegou ao TJUE por meio de questões prejudiciais interpostas pelo Conselho de Estado Francês referente ao caso C-507/17 Google/CNIL. Até o momento está disponível apenas as Conclusões do Advogado Geral que indica que o TJUE decida no sentido de obrigar o Google a desindexar a nível europeu e não mundial.

Por outro lado há um movimento de pressão por parte principalmente da União Europeia, sobretudo após as denúncias de espionagem feitas por Snowden, para que a ONU encabece um instrumento internacional que regule o direito à proteção de dados com um poder de alcance e vinculação maiores que os instrumentos hoje existentes.

O desafio recai sobre velhas questões que a ONU até hoje não consegue dirimir por completo: seu caráter político e ideológico que impede que qualquer assunto referente a direitos humanos seja tratado de maneira objetiva e célere.

O tema da regulação da internet, em particular o direito à proteção de dados, expande-se e toma proporções antes inimagináveis apresentando um panorama “inédito” e muitas vezes imprevisível, pois cada passo que os órgãos estatais e empresas privadas dão no avanço da segurança da informação, hackers com as mais diversas intenções avançam muito mais rápido para burlar tais mecanismos.

Em âmbito internacional já nos encontramos em atestada desvantagem, não sendo capazes de proteger os cidadãos de ataques virtuais a sua privacidade, ao direito de ser corretamente informado – aqui a questão das Fake News que tanto ameaçam as democracias – e claro, o direito de ser deixado em paz, a sós, ou também conhecido direito ao esquecimento.

Em uma época em que a vida real não se diferencia da vida virtual, é inimaginável a criação da fundamentação filosófico-jurídica e institucional de um direito, que se exerce principalmente em ambiente online, que apenas pode ser garantido interfronteiriço – seja estatal ou regional.

É substancialmente inapropriado que tanto o direito à proteção de dados quanto o direito ao esquecimento não sejam debatidos em instrumentos jurídicos internacionais vinculantes, que enquanto direitos humanos fundamentais obriguem a maior parte de países a aderirem aos pressupostos básicos.

Com a estrutura atual que dispomos ainda nos parece, pelo menos a curto e médio prazo, que as organizações regionais como a União Europeia e o Conselho da Europa serão os garantidores destes direitos o que, infelizmente, nos faz concluir que a efetividade ainda não será alcançada, todavia, não é um esforço inútil, tendo em mente que estas organizações são as que mais podem pressionar a ONU para que legisle de maneira adequada e vinculante.

REFERÊNCIAS

“SAFARI, la chasse aux Français”, 40 ans après. **Données ouvertes**. 26 de jan. de 2018. Disponível em <https://donneesouvertes.info/2018/01/26/safari-la-chasse-aux-francais-40-ans-apres/>. Último acesso em 25 de outubro de 2018.

“*The legal protection of individuals with regard to automatic processing of personal information relating to them*”. Vid. Informe explicativo do Convênio nº 108 do Conselho da Europa, de 28 de janeiro de 1981, para a proteção das pessoas com respeito ao tratamento automatizado de dados de carácter pessoal (p. 1). Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublico9000016800ca434>.

AZURMENDI, A., "Por un "derecho al olvido" para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de

diciembre de 2014", Revista de Derecho Político, número 92, enero-abril 2015, pp. 281-282

BAUMAN, Zygmunt. **Vigilancia líquida**. Expresso Zahar, 2014.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. El derecho de supresión de datos o derecho al olvido: Análisis del artículo 17 del Reglamento General de Protección De Datos. In: LÓPEZ CALVO, José. (Coord). **El nuevo marco regulatório derivado del Reglamento Europeo De Protección de Datos: adaptado al proyecto de Ley orgánica de protección de datos de 10 de noviembre de 2017**. Madrid: WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. 2018. Cap6, p. 213.

BVerfG, Urteil v. 25 de novembro de 1999, Az. 1 BvR 348/98,1 BvR 755/98. Disponível em

<https://www.telemedicus.info/urteile/Rundfunkrecht/Programmfreiheit/120-BVerfG-Az-1-BvR-34898,1-BvR-75598-Lebach-II.html>. Acesso em 14 de maio de 2019.

BVerfGE 35, 202, 05 de junho de 1973. Disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv035202.html>. Acesso em 14 de maio de 2019.

BverfGE 65, 1, 15 dedezembro de 1983. Disponível em <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>. Acesso em 14 de maio de 2019.

Committee of Ministers of the Council of Europe, Resolution (73) 22 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the private sector, adopted by the Committee of Ministers on 26 September 1973 at the 224th meeting of the Ministers' Deputies.

Committee of Ministers of the Council of Europe, Resolution (74) 29 on the protection of the privacy of individuals vis-à-vis electronic data banks in the public sector, adopted by the Committee of Ministers on 20 September 1974 at the 236th meeting of the Ministers' Deputies.

DA SILVA, Alexandre Antonio Bruno; MACIEL, Marlea Nobre Costa. Direito ao esquecimento: Na sociedade informacional há espaço para o epílogo da máquina de tortura kafkiana?. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2018.

ENUNCIADO 531 aprovados na VI jornada de direito civil. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130607-02.pdf>. Acesso em: 10 fevereiro de 2019.

Explanatory Report to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data Strasbourg, 28.I.1981, disponível em <https://rm.coe.int/16800ca434>, último acesso em 20 de outubro de 2018.

FERNÁNDEZ, Juan Pablo Murga. La protección de datos y los motores de búsqueda en Internet: Cuestiones actuales y perspectivas de futuro acerca del derecho al olvido/Data protection and Internet search engines: current issues and future perspectives about the right to be forgotten. **Revista de Derecho Civil**, v. 4, n. 4, p. 181-209, 2017.

FLAHERTY, David H. 1989. *Protecting Privacy in Surveillance Societies: The Federal Republic of Germany, Sweden, France, Canada and the United States*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

FUSTER, Gloria González. **The emergence of personal data protection as a fundamental right of the EU**. Springer Science & Business, 2014.

GUASCH PORTAS, VICENTE. LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012.

HONDIUS, Frits W. 1978. The Council of Europe's work in the area of computers and privacy (Discussion paper for the round table on the use of data processing for parliamentary work, Strasbourg, 18–19 May 1978). Strasbourg: Parliamentary Assembly of the Council of Europe.

LETURIA, Francisco J. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL DERECHO AL OLVIDO:¿ UN NUEVO DERECHO DE ORIGEN EUROPEO O UNA RESPUESTA TÍPICA ANTE COLISIONES ENTRE CIERTOS FUNDAMENTOS?. **Revista chilena de Derecho**, v. 43, n. 1, p. 91-113, 2016.

LÓPEZ-SÁEZ, M. M; “Nuevos perfiles del Derecho al olvido en Europa y España” en *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, X, 2017.

LÓPEZ-SÁEZ, Mónica Martínez. “Una revisión del Derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. Un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea”. Valencia, 2018.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. ENSAIO SOBRE A PROMESSA JURÍDICA DO ESQUECIMENTO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PERSPECTIVA DO PODER SIMBÓLICO DE BOURDIEU. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 7, n. 3, 2018.

MACHADO, Joana; NEGRI, Sergio. Ensaio sobre a promessa jurídica do esquecimento: uma análise a partir da perspectiva do poder simbólico de Bourdieu. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, 2017.

MALHEIRO, Luíza Fernandes. O consentimento na proteção de dados pessoais na Internet: uma análise comparada do Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu e do Projeto de Lei 5.276/2016, 2018.

MENDES, Laura Schertel. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Editora Saraiva, 2014.

MIERES, Luis Javier Mieres. **El derecho al olvido digital**. Fundación Alternativas, 2014.

NEVILLE, Andrew. Is It a Human Right to Be Forgotten: Conceptualizing the World View. **Santa Clara J. Int'l L.**, v. 15, p. 157, 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data**. OECD Publishing, 1980. Disponível em <http://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandTransborderFlowsOfPersonalData.htm>. Último acesso em 29 de outubro de 2018.

ORWELL, George. 1984. Tradução Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. **São Paulo, Companhia das Letras**, 2009.

PÉREZ, Juan Antonio Pavón. La protección de datos personales en el Consejo de Europa: El Protocolo Adicional al Convenio 108 relativo a las Autoridades de Control y los Flujos Transfronterizos de Datos Personales. **Anuario de la Facultad de Derecho**, n. 19, p. 235-252, 2001.

RALLO LOMBARTE, ARTEMI. “De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales. (1978-2018)”, UNED. *Revista de Derecho Político* N.º 100, septiembre-diciembre, 2017.

Recommendation 509 (1968) Human rights and modern scientific and technological developments. Parliamentary Assembly of Council Of Europe. Assembly Debate on 31st January 1968 (16th Sitting) (see Doc. 2326, report of the Legal Committee). Text adopted by the Assembly on 31st January 1968 (16th Sitting). Disponível em <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML>

EN.asp?fileid=14546&lang=en. Último acesso em 30 de outubro de 2018.

RODOTÀ, Stefano. Por que é necessária uma Carta de Direitos da Internet?. Trad. Bernardo Diniz Accioli de Vasconcellos e Chiara Spadaccini de Teffé. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n. 2, jul.-dez./2015. Disponível em: <<http://civilistica.com/por-que-e-necessaria-uma-carta-de-direitos-da-internet/>>.

Último acesso em 15 de maio de 2019.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, María Belén et al. Implicaciones institucionales de la ley de Protección de Datos. 2016.

SILVEIRA, Alessandra; MARQUES, João. Do direito a estar só ao direito ao esquecimento. Considerações sobre a proteção de dados pessoais informatizados no direito da união europeia: sentido, evolução e reforma legislativa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 61, n. 3, p. 91-118, 2016.

YILMA, Kinfe Micheal. The United Nations data privacy system and its limits. **International Review of Law, Computers & Technology**, p. 1-25, 2018.

10. DIREITOS CONSTITUCIONAIS E CRISE ECONÔMICA

40. IMPACTOS DA CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-40>

Marcelo Ribeiro do Val¹

Resumo

O tema em pauta em setores do governo, do mercado e da sociedade, quer no Brasil, na Itália, na Espanha ou noutros tantos países, é crise econômica que vem percorrendo nações e depauperando povos. Nos mais diversos contextos *crise* tem sido a palavra para adversidades distintas de origens diversas, cujas respostas têm invariavelmente impactado direitos fundamentais nas Constituições. O texto busca abordar o tema da crise e desvelar uma hipótese plausível sobre o que pode estar por detrás deste fenômeno de erosão constitucional.

Palavras-chaves: Constituição – social democracia – modelos comparados - crise econômica e financeira – impacto nos direitos fundamentais.

Abstract

The subject discussed in government, market and society sectors, whether in Brazil, Italy, Spain or in many other countries, is an economic crisis that has been crossing nations and depleting people. In the most diverse contexts, *crisis* has been the word for distinct adversities of diverse origins, whose responses have invariably impacted fundamental rights in the Constitutions. The text seeks to address the theme of the crisis and unveil a plausible hypothesis about what may be behind this phenomenon of constitutional erosion.

Key words: Constitution - social democracy - comparative models - economic and financial crisis - impact on fundamental rights.

¹ Professor de Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP. *Visiting Professor* na Università degli Studi di Roma Tre e na Università degli Studi di Ferrara. Doutor em Direito Constitucional pela Università degli Studi di Roma “La Sapienza” e em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Coordenador do Núcleo de Comparações Jurídicas Brasil Europa.

Introdução: um cenário comum e atual

Fenômeno atual e comum observado na Espanha, Itália e o Brasil e noutros tantos países é o fato de haverem experimentado crescimento consistente da economia interna, mas nos últimos 10 anos, um após o outro, terminarem imersos em contextos econômicos adversos. Como consequência, os habitantes, as sociedades empresariais e as classes políticas destes países passaram a conviver com o cenário de desemprego, de acentuada queda nos negócios e, sobretudo, de medidas de austeridade¹, como o aumento da carga tributária² e o contingenciamento orçamentário nas provisões de despesas públicas, que acabaram interferindo nos níveis de riqueza, nas políticas sociais do Estado e na programação de vida da população.

Dos cenários economicamente adversos destes países emergem dados empíricos comuns que chamam logo a atenção do investigador do direito constitucional, alguns especialmente exemplares e que valem a pena explorar de forma mais detalhada e compará-los, com o objetivo de compreender o fenômeno comum a partir das semelhanças e diferenças das situações individuais.

Neste sentido, o primeiro dado empírico - e particularmente intrigante - é a percepção comum de que a palavra “Crise” (econômica ou financeira) tem sido utilizada por vários atores para qualificar situações fáticas distintas ou diagnósticos sobre problemas diversos, quase sempre a motivar discurso voltado a justificar a adoção de decisões que atinjam setores da sociedade ou fatores econômicos que sequer contribuíram para a conjuntura de adversidade econômica evidenciada³.

O segundo dado perceptível consiste na movimentação dos governos no sentido de tomar medidas de grande impacto na sociedade e nas administrações autônomas, sobretudo quando os cofres públicos se esvaziam, e de recorrer ao endividamento para manter o funcionamento da máquina burocrática e das políticas públicas.

As primeiras medidas de impacto são as chamadas *medidas de austeridade*, como o aumento da carga tributária e dos preços públicos, visando o incremento da

¹ Sobre o contexto da crise brasileira, vide DE PAULA, L. F.; PIRES M. Crise e perspectivas para a economia brasileira. *Estudos Avançados* 31 (89), p. 131-132, 2017.

² Descreve o fenômeno da crise dos países europeus BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Crisi Economica e Crisi Costituzionale in Europa. *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 1, p. 82-99, 2012.

³ Uma interessante abordagem linguística sobre discurso da crise no contexto europeu é objeto de pesquisa do Paolo Orrù (ORRÙ, Paolo. Il discorso sulla crisi economica nella stampa italiana (2007-2017). *Rhesis. International Journal of Linguistics, Philology, and Literature*. 9.1, p 44-68, 2018).

arrecadação aos cofres públicos, de um lado, e de outro lado a paralisação de obras e serviços público, a redução de direitos fundamentais e de políticas públicas voltadas à assistência social, às habitações populares⁴ e ao financiamento do ensino superior⁵, tudo isso objetivando a diminuição de despesas. As obras e serviços públicos que não podem ser suspensos ou abandonados são delegados à iniciativa privada⁶.

A seguir são implementadas as chamadas *medidas de responsabilidade fiscal*, ações que exigem das administrações governamentais a adequação das contas públicas no equilíbrio entre receitas e despesas, visando a alcançar superávit, mediante ajustes nas estruturas e programas políticos internos, sem se socorrer a terceiros para obter empréstimos. De modo mais específico, é o caso da exigência de controle do equilíbrio orçamentário aos Estados nacionais pelo Fundo Monetário Nacional ou pela União Europeia, das Regiões pelos Estados nacionais e dos Estados federados pela União, no caso brasileiro.

Embora sejam novidades para os países europeus, tais medidas são velhas conhecidas do Estado brasileiro, no que adotadas no ordenamento brasileiro desde a década de 1990, como exigência aos empréstimos do Fundo Monetário Nacional⁷.

O terceiro dado notório consiste no fato de os países europeus referidos no início e também o Brasil contemplarem realidades próprias, únicas, de modo que as causas das adversidades econômicas são muito diversas entre si. Nada obstante essa diversidade de situações, as medidas políticas adotadas pelos governos para a superação dos problemas econômicos, quase invariavelmente, miram alguns objetivos claros e inter-relacionados: a) mutações constitucionais e alterações legislativas

⁴ Cfr. Senado Federal na página internet <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/as-novas-possibilidades-para-o-programa-minha-casa-minha-vida> Acesso em 10.03.2019.

⁵ Cfr. <https://extra.globo.com/noticias/economia/apos-auge-fies-enfrenta-crise-inadimplencia-no-programa- chega-60-22884196.html> Acesso em 10.03.2019.

⁶ Cfr. VECCHIO, Fausto. Crisis Económica y Evolución de la Administración Pública em Europa. *Revista de Direito Constitucional Europeu*, núm. 23. Enero-Junio de 2015. Acessível em <https://www.ugr.es/~redce/REDCE23/ReDCEsumario23.htm> . Acesso em 06.03.2019

⁷ Cfr. Luiz Carlos Bresser Pereira, o “consenso de Washington” é constituído de 10 reformas: a) disciplina fiscal visando eliminar o déficit público; b) mudança das prioridades em relação às despesas públicas, eliminando subsídios e aumentando gastos com saúde e educação; c) reforma tributária, aumentando os impostos se isto for inevitável, mas “a base tributária deveria ser ampla e as taxas marginais deveriam ser moderadas”; d) as taxas de juros deveriam ser determinadas pelo mercado e positivas; e) a taxa de câmbio deveria ser também determinada pelo mercado, garantindo-se ao mesmo tempo em que fosse competitiva; f) o comércio deveria ser liberalizado e orientado para o exterior (não se atribui prioridade à liberalização dos fluxos de capitais); g) os investimentos diretos não deveriam sofrer restrições; h) as empresas públicas deveriam ser privatizadas; i) as atividades econômicas deveriam ser desreguladas; j) o direito de propriedade deve ser tornado mais seguro. (in A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal? *Revista Pesquisa e Planejamento Econômico*, 21 (1), abril 1991: 3-23).

voltadas a reduzir b) os direitos sociais das populações e/ou c) a autonomia dos Estados-membros sobre as próprias despesas públicas.

Assim, embora haja nítida diversidade de situações, quer nas causas quer nas extensões das crises econômicas experimentadas no último decênio, intriga o fato de os direitos sociais e as autonomias estaduais garantidos nos ordenamentos constitucionais da Espanha, da Itália, de Portugal e do Brasil, dentre outros, serem alvo mudanças profundas.

A partir das observações destacadas, vale analisar o que parece estar por detrás deste fenômeno comum a fim de colocar luzes ao fenômeno da *crise*.

O discurso da crise e a distinção de situações

Conforme afirmado no tópico anterior, as situações econômicas e financeiras adversas experimentadas atualmente no Brasil e nalguns países da União Europeia parecem decorrer de realidades distintas, dado que merece atenção e pode ser compreendido mediante a coleta de evidências, ainda que panorâmicas.

Num breve e simplificado resumo, a crise nos países do continente europeu teve duas principais causas, ambas originárias do mercado financeiro. A primeira delas tem origem na explosão da bolha do mercado imobiliário que assolou os Estados Unidos entre 2008 e 2011⁸, mediante o ingresso nas ordens financeiras nacionais de contratos atípicos de origem norte-americana denominados

Contratos Derivativos de Créditos Imobiliários⁹, de baixa qualidade, controle e garantia, trazidos para o contexto europeu por meio da interligação entre os atores financeiros que atuam em ambos os mercados (norte-americano e europeu)¹⁰.

⁸ Cfr. Raffaele Bifulco la crisi finanziaria internazionale esplosa nel 2007 e la recessione economica che ne è seguita hanno indubbiamente provocato un maggiore ricorso delle istituzioni nazionali al debito. Ciò è particolarmente vero per gli Stati Uniti d'America e per l'Europa. (in *Il Pareggio Di Bilancio In Germania: Una Riforma Costituzionale Postnazionale? Rivista Telematica Giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n. 3/2011, 2011).

⁹ Cfr. HORGAN, Sharon. The Impact of Globalisation and the Global Financial Crisis. *International Trade and Business Law Review* 43 (2014).

¹⁰ Cfr. VECCHIO, Fausto. Crisis Econòmica y Evolución de la Administración Pública em Europa. *Revista de Direito Constitucional Europeu*, núm. 23. Enero-Junio de 2015. Acessível em <https://www.ugr.es/~redce/REDCE23/ReDCEsumario23.htm> . Acesso em 06.03.2019.

A segunda causa envolveu o mercado de dívidas soberanas¹¹ na Europa, levando a uma conexão perigosa entre uma crise estrutural do mercado financeiro e mecanismos de formação da dívida pública. A questão da dívida grega deflagrou a crise no continente ao revelar o nível efetivo da dívida de um país membro da União Europeia muito superior ao declarado pelo governo, abalando a confiabilidade efetiva dos outros países do bloco cuja baixa taxa de crescimento econômico está associada ao alto nível de endividamento, como a Itália, a Espanha e Portugal¹². Por fim, a repercussões financeiras atingiram e forma negativa todos os outros países que adotam a moeda única euro.

A crise financeira da Grécia tomou proporções tão sérias na Eurozona que provocou um estranhamento entre o país e os dirigentes da União Europeia, a ponto de se cogitar a sua retirada do bloco, caso não houvesse a aprovação de reformas jurídico-financeiras internas como condição a viabilizar a percepção de ajuda financeira do Banco Central Europeu¹³.

A partir de tal episódio as autoridades financeiras europeias e o Fundo Monetário Internacional passaram a exigir a adequação e vinculação da política econômica nacional aos mecanismos de controle do bloco europeu¹⁴. Também neste momento sobressai no mundo do mercado globalizado o papel das agências de *rating* na classificação de risco sobre as dívidas soberanas¹⁵.

Durante o período de 2008 a 2011 os especuladores internacionais transferiram as suas economias para investir nos mercados não contaminados naquele momento pela crise nos Estados Unidos e Europa, de modo que certos países passaram a ser

¹¹ Cfr. CANUTO, Otaviano e SANTOS, Pablo Fonseca P. *dívidas soberanas são operações de crédito concedido a Estados soberanos* (in Risco-Soberano e Prêmios de Risco em Economias Emergentes. Temas de Economia Internacional, n. 1, p. 8, outubro de 2003).

¹² Cfr. HORGAN, Sharon. The Impact of Globalisation and the Global Financial Crisis. *International Trade and Business Law Review* 43 (2014).

¹³ Cfr. HÄBERLE, Peter. Cinco Crisis Europeas – Possibilidades y limites de uma teoria constitucional para Europa. *Revista de Derecho Constitucional Europeu* n. 25. Enero-Junio de 2016.

¹⁴ CRAIG, Paul. The Financial Crisis, the European Union Institutional Order, and Constitutional Responsibility. *Ind. J. Global Legal Stud.*, v. 22, p. 243, 2015.

¹⁵ Cfr. Otaviano Canuto e Pablo Fonseca P. dos Santos, *as classificações de risco são indicadores simples e públicos (as agências disponibilizam suas listagens regularmente em seus sítios da internet), que reduzem as incertezas com relação ao risco dos títulos governamentais. Para os agentes econômicos que usam tais ratings como substitutos de esforços próprios de coleta e processamento de informações sobre os riscos soberanos, as classificações viabilizam operações com títulos soberanos, principalmente no caso de países emergentes que, na ausência ratings como substitutos de esforços próprios de coleta e processamento de informações sobre os riscos soberanos, as classificações viabilizam operações com títulos soberanos, principalmente no caso de países emergentes que, na ausência das classificações, teriam acesso mais limitado a recursos externos e a custos maiores.* (in Risco-Soberano e Prêmios de Risco em Economias Emergentes. Temas de Economia Internacional, n. 1, p. 9, outubro de 2003).

classificado pelas agências de *rating* de mercados emergentes, dentre eles o Brasil, a Rússia, a Índia, a China e a África do Sul¹⁶.

‘No caso brasileiro os números sobre o desempenho da economia vinham em ascensão desde o início dos anos 2000. A política de aumentar tributos e contingenciar as despesas visando a respeitar as metas de superávit das contas públicas fizeram estas rondarem o patamar de 4,06% do PIB em 2002 e o recorde de 4,85% em 2006, mas com indicadores futuros de baixa por conta do cenário externo¹⁷.

Para ganhar musculatura financeira o Governo Federal criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, em março de 2007¹⁸, órgão do governo federal que passou a concentrar a arrecadação tanto dos tributos federais quanto da contribuição ao sistema de previdência social dos trabalhadores vinculados ao regime geral, serviço antes atribuído à autarquia autônoma denominada Instituto Nacional de Seguro Social-INSS¹⁹.

A medida visou não somente somar as arrecadações para conservar o superávit primário acima da meta anual de 3,1% proposto pelo Fundo Monetário Internacional, mas também concentrar o produto de todas as receitas fiscais no caixa único do tesouro federal, diferenciando-as somente na esfera contábil.

A sistemática facilitou a utilização desvirtuada das contribuições à previdência social pelo governo, prática consentida por meio da instituição da denominada Desvinculação das Receitas da União-DRU, artifício criado, inicialmente, pela Emenda Constitucional nº 27, de 2000, reiteradamente continuada e incrementada pelas subsequentes Emendas Constitucionais nº 42, de 2003, nº 56, de 2007, nº 68, de 2011 e, finalmente, nº 93, de 2016.

A DRU autoriza o governo, por disposição constitucional, a utilizar livremente trinta por cento da receita arrecada à previdência social, a teor do art. 76 do Ato das

¹⁶ O'NEILL, Jim. *The Growth Map: Economic Opportunity in the BRICs and Beyond*. London: Penguin Press, 2011. pp. 65-68.

¹⁷ Cfr. Relatórios do Banco Central do Brasil, acessíveis em <https://www.bcb.gov.br/pec/boletim/banual2006/rel2006cap4p.pdf>. Acesso em 14.03.2019

¹⁸ A Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão do atual Ministério da Economia, foi criado pela Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, unificando o serviço de arrecadação dos impostos federais com a contribuição dos trabalhadores ao sistema de previdência social. Dados sobre o órgão podem ser obtidos na página oficial na internet <http://receita.economia.gov.br/>. Acesso em 14.03.2019

¹⁹ Dados sobre o Instituto Nacional de Seguro Social-INSS podem ser obtidos na página oficial <https://www.inss.gov.br/>. Acesso em 14.03.2019.

Disposições Constitucionais Transitórias²⁰. Em outras palavras, atualmente 30% dos valores recolhidos das empresas e dos trabalhadores da iniciativa privada e dos setores públicos podem ser utilizados para finalidades públicas diversas da saúde, da seguridade e da previdência social.

Com a economia aquecida as empresas de *rafting* elevaram o mercado brasileiro ao patamar mais alto de indicação para aplicação financeira e, durante o período de 2008 e 2010, o governo brasileiro adotou medidas de empréstimos públicos subsidiados e incentivos fiscais para vários setores da economia ²¹, levando ao aquecimento do mercado interno que promoveu a taxa de desemprego de somente 4,8%²².

A euforia financeira incentivou as diversas esferas de governo da Federação a avançar nas contratações de novos servidores públicos, incrementando a arrecadação de tributos incidentes sobre os salários, como o Imposto sobre a Renda e os Proventos do trabalhador e a Contribuição à Previdência Social.

O período de pujança na economia doméstica encorajou o governo federal brasileiro a adotar medidas de investimento direto e de financiamento público em diversos setores da economia por meio de bancos públicos, além de implementar vários programas assistencialistas sem fontes autônomas de receitas, objetivando a reeleição da Presidente da República no sufrágio de 2014.

Após experimentar seis anos de pleno crescimento conduzido pelo Estado, a economia brasileira passou a dar mostras de enfraquecimento a partir de 2014, tendo em conta a queda acentuada do superávit da balança comercial externa, a baixa do PIB, bem como o retorno do capital especulativo aos mercados financeiros mais sólidos e em plena recuperação, como o norte-americano, fenômeno que no decorrer em 2015

²⁰ Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição brasileira - Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data.

²¹ Cfr. Relatório do Banco Central do Brasil, acessível em <https://www.bcb.gov.br/pec/boletim/banual2009/rel2009cap4p.pdf>. acesso em 14.03.2019.

²² Dados acessíveis na página da Câmara Brasileira da Indústria da Construção <http://www.cbicdados.com.br/menu/emprego/pnad-ibge-arquivos-resultados-brasil> acesso em 10.03.2019. ²⁴ Sobre o tema são exemplos os programas Bolsa Família <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-> e acesso em 13.02.2019, e Ciências Sem Fronteiras <http://cienciasemfronteiras.gov.br/web/csf/o-programa> acesso em 13.02.2019.

fez o mercado brasileiro perder, repentinamente, 30% de todo o investimento financeiro externo enquanto a China perdeu 25% no mesmo período²³.

Ao fraco desempenho econômico somou-se o desgaste político do governo com a descoberta de um imenso esquema de corrupção, com desfalque financeiro sem precedentes nas contas do tesouro e, por fim, a insegurança decorrente do longo processo de impeachment da Presidente da República²⁴, após o Tribunal de Contas da União apresentar em 2015 parecer no sentido da rejeição das contas, ante a descoberta de manipulação nas provisões orçamentárias do governo²⁵.

Os números anuais do Produto Interno Bruto dão o panorama da evolução da economia brasileira desde a crise financeira nos Estados Unidos²⁶: 7,5% (2010); 4% (2011); 1,9% (2012); 3,0% (2013); 0,5% (2014); -3,8% (2015); e -3,5%

(2016). Esta realidade econômica refletiu a arrecadação do Estado brasileiro nas diversas esferas da Federação, de modo que toda a programação orçamentária das despesas teve que ser revista e sofrer contingenciamentos²⁷, com o consequente corte nos programas sociais e até pagamento dos salários dos servidores públicos²⁸.

A crise na economia brasileira repercutiu no mercado financeiro nacional durante o mesmo período, mas sempre levando lucros ao setor bancário. Segundo as pesquisas estatísticas oficiais, o desempenho dos seis maiores bancos brasileiros em conjunto tiveram os seguintes resultados a título de lucro líquido: 32% (2010)²⁹; 19,1% (2011)³⁰; 17,1% (2012)³¹; 11,6% (2013)³²; 14,4% (2014)³³; 10,3% (2015)³⁴; e 6,2% (2016)³⁵.

²³ Cfr. Folha de São Paulo <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/10/1692571-brasil-lidera-fuga-de-capital-entre-os-paises-emergentes.shtml> Acesso em 14.03.2019.

²⁴ Sobre o processo de impeachment da ex-Presidente Dilma Roussef: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/plenario/discursos/escrevendohistoria/destaque-de-materias/impeachment-da-presidente-dilma>. Acesso em 10.03.2019.

²⁵ BRASIL. Senado Federal <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/10/05/tcu-entrega-ao-senado-parecer-pela-rejeicao-das-contas-do-governo-de-2015> acesso em 10.03.2019.

²⁶ Dados extraídos da fonte oficial do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, órgão do Governo Federal: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/economicas/contas-nacionais/9088-produto-interno-bruto-dos-municipios.html?=&t=o-que-e> Acesso em 10.03.2019.

²⁷ Sobre o fato ver <http://www.ebc.com.br/noticias/economia/2015/09/governo-anuncia-cortes-de-r-26-bilhoes-no-orcamento-de-2016> acesso 13.03.2019.

²⁸ Conforme noticiado pela imprensa <https://oglobo.globo.com/rio/servidores-do-estado-fazem-protesto-contr-a-atraso-no-pagamento-de-salarios-22142432> Acesso em 10.03.2019.

²⁹ <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2011/notaTec97bancos.pdf>. Acesso em 10.03.2019

³⁰ Fonte DIEESE: <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2012.pdf> Acesso em 10.03.2019

³¹ Idem <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2012.pdf> Acesso em 10.03.2019

³² Idem <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2013.pdf> Acesso em 10.03.2019

³³ Idem <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2015/.pdf> Acesso em 10.03.2019

³⁴ Idem <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2015/.pdf> Acesso em 10.03.2019

³⁵ Idem. <https://www.dieese.org.br/desempenhodosbancos/2016/.html> Acesso em 10.03.2019

O quadro panorâmico, ainda que parcial, revela a nítida distinção entre os fenômenos de crise e as realidades econômicas vividas pelos países europeus em evidência - cuja origem foi a contaminação do mercado financeiro – e o Brasil, que justamente foi um dos grandes beneficiados daquele fenômeno. A crise brasileira tem origem na má gestão financeira do dinheiro público e das receitas destinadas às aposentadorias, na (decorrente) desconfiança investidores na governança política e no retorno do capital especulativo aos mercados mais sólidos.

Nada obstante a diversidade de situações, como se verá a seguir, as medidas voltadas à recuperação econômica destes países revelam-se similares, cujos alvos principais são os direitos sociais previstos na Constituição.

Crises diversas, respostas comuns

Adotado o discurso da crise, os governos nacionais - e as autoridades da União Europeia - trataram de tomar medidas voltadas a conter e reverter as respectivas adversidades econômicas. Para fins de investigação, ainda que de forma panorâmica, vale fixar como paradigmas de comparação os fenômenos das *crises financeiras* atualmente enfrentadas por Espanha e Itália.

Guardadas as devidas diferenças, o motivo das escolhas acima leva em conta o fato destes países apresentarem elementos determinantes à comparação com a realidade da crise brasileira, considerados modelo constitucional de social democracia, o histórico compartilhamento de direitos entre os respectivos ordenamentos jurídicos, a identidade histórico-cultural entre os povos e a forma de descentralização político-administrativa do território³⁶, além do fato de nenhum deles terem (ainda) recorrido a empréstimos junto às instituições internacionais, como o Fundo Monetário Nacional, o Banco Mundial ou o Banco Central Europeu³⁷.

Partindo da premissa acima, a adoção de instrumentos políticos e jurídicos-constitucionais voltados a contornar adversidades financeiras, econômicas e políticas,

³⁶ No ponto, nada obstante ser um Estado de modelo federativo, a sua origem de descentralização centrífuga a partir do Estado unitário muito se aproxima com o fenômeno da regionalização da Itália e da Espanha, cujo modelo centralizado vem sendo atualmente descentralizado, rumo à federalização centrífuga das regiões autônomas. Sobre o tema vide PINELLI, Cesare. *Forme di Stato e forme di governo*. 2^a ed. Napoli: Jovene, 2009, p. 207-211.

³⁷ Tendo em conta a análise comparada sobre as crises na Itália, na Espanha e no Brasil, são estes os elementos determinantes apontados para justificar a *comparatividade* dos modelos constitucionais eleitos, conforme método difuso por Rodolfo Sacco (SACCO Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. Port. Fradera Vera Jacob. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 3-6).

como a introdução da responsabilidade fiscal como princípio constitucional (principalmente os europeus) decorreu de exigência das instituições financeiras da União Europeia ³⁸, considerada a interligação econômico-política dos Estados-membros numa área de mercado comum em processo de federalização político-administrativa.

A responsabilidade fiscal do governo nos contextos constitucionais sob exame significa o equilíbrio das despesas com as receitas nas contas do Estado sem recorrer ao endividamento público ³⁹. Assim, as situações de desequilíbrio negativo na contabilidade do governo podem implicar, grosso modo, o aumento da carga tributária e dos preços públicos, de um lado, e de outro o contingenciamento orçamentário das contas do governo, com a paralisação de obras e serviços públicos e a diminuição nos programas gratuitos de civilidade, como a assistência social.

No caso das obras e dos serviços públicos a alternativa dos Estados tem sido outorgar à iniciativa privada a administração destas tarefas e das infraestruturas estatais⁴⁰, sobretudo rodovias, portos e aeroportos⁴¹, com a contrapartida cobrança de novas tarifas dos cidadãos usuários para o uso dos serviços e dos bens públicos. Vale destacar alguns pontos fundamentais em comum entre as três experiências investigadas.

Espanha

No Reino da Espanha, a crise desencadeou uma séria de reformas no ordenamento jurídico deste modelo social-democrático, podendo ser destacadas as seguintes medidas:

³⁸ VECCHIO, Fausto. Crisis Económica y Evolución de la Administración Pública em Europa. *Revista de Direito Constitucional Europeu*, núm. 23. Enero-Junio de 2015. Acessível em <https://www.ugr.es/~redce/REDCE23/ReDCEsumario23.htm>. Acesso em 06.03.2019.

³⁹ Nesse sentido, o Estado brasileiro adotou as diretrizes de responsabilidade fiscal com as bases do Consenso de Washington em 2000, mediante a aprovação da Lei complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, no seguinte sentido: art. 1º, §1º. *A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.*

⁴⁰ Cfr. <https://www.jn.pt/mundo/interior/bolsonaro-anuncia-plano-de-privatizacao-de-infraestruturas-10391965.html>. Acesso em 06.03.2019.

⁴¹ Cfr. <https://www.dci.com.br/economia/privatizac-es-ser-o-prioridade-do-governo-de-jair-bolsonaro-1.769637>. Acesso em 6.03.2019.

- a) a aprovação da Lei de Reforma Constitucional de 27 de setembro de 2011⁴², que implementou nova redação ao art. 135 da Constituição espanhola - a segunda desde a aprovação em 1978 – cujo teor versa sobre matérias relativas a Economia e Fazenda, visando a disciplinar o *Princípio da Estabilidade Orçamentária* por parte das administrações públicas quer do governo central quer das regiões autônomas.
- b) a edição do Real Decreto-Lei nº 3, de 2012, para imprimir um conjunto de medidas no ordenamento trabalhista espanhol voltadas, segundo o próprio texto, a *promover a empregabilidade dos trabalhadores, reformando os aspectos relacionados à intermediação laboral e à formação profissional*. Dentre outras medidas, a norma implementa novos regimes de trabalho por tempo parcial - com a possibilidade de trabalhar horas extraordinárias -, estende o período de prova aos novos contratados e altera a disciplina dos contratos por prazo indeterminado, flexibilizando as condições legais anteriores, além de admitir a mobilidade geográfica, a distribuição irregular do tempo de trabalho e de prever hipóteses de suspensão ou extinção do contrato por causas econômicas, técnicas, organizativas de produção ou por força maior.
- c) No âmbito da previdência social, a Lei nº 27, de 2011, elevou a idade mínima de 65 para 67 anos para a aposentadoria e de 35 para 38,5 anos o mínimo de contribuições mensais necessárias para o recebimento da pensão integral pela inatividade.

⁴² Cfr. Explica o Parlamento espanhol *La reforma del artículo 135 de la Constitución, de 27 de septiembre de 2011, la segunda que se ha realizado hasta la fecha desde la aprobación de la Constitución en 1978, ha supuesto una profunda modificación de este precepto, el cual se encuadra en el Título VII relativo a las materias de Economía y Hacienda. Los dos apartados que incluía este artículo en su anterior redacción han quedado convertidos en seis, lo que da una idea de la profundidad y relevancia de la reforma llevada a cabo. Sólo el apartado 3 del precepto actual conserva la regulación de la deuda pública, refundiendo eso sí, la redacción de los anteriores dos apartados e introduciendo algunos cambios. Los restantes cinco apartados son enteramente nuevos y su eje central, tal y como queda reflejado en la nueva redacción, es asegurar el cumplimiento del principio de estabilidad presupuestaria por parte de las Administraciones Públicas. [...] El desarrollo normativo del principio de estabilidad presupuestaria se completa con la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal, cuyo Preámbulo declara su complementariedad respecto de la Ley Orgánica 2/2012. Desde la perspectiva de la sostenibilidad financiera, cabría citar la Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público. Por lo demás, la adaptación de la normativa local a los principios económico-financieros citados se ha llevado a cabo con la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.* Texto integral acessível na página da Câmara dos Deputados da Espanha na internet: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=135&tipo=2> . Acesso em 08.03.2019.

Itália

Outra vítima da crise financeira, a República social-democrática da Itália, que possui uma dívida soberana equivalente a cerca de 130% sobre o seu Produto Interno Bruto⁴³, vem respondendo a crise com as seguintes reformas normativas:

- a) Alteração do texto constitucional mediante a Lei de reforma constitucional n.º 1, de 2012, para também introduzir o *Princípio do Equilíbrio do Orçamento* no art. 81 da Constituição italiana, mediante o qual impõe a responsabilidade fiscal ao administrador nas despesas públicas e autorizado o endividamento do Estado somente após autorização prévia do Parlamento⁴⁴.
- b) Reforma no sistema de previdência social, mediante a Lei n.º 214, de 2011, (*Lei Fornero*)⁴⁵, que alterou a fórmula de cálculo das aposentadorias do sistema retributivo para o contributivo: enquanto no primeiro sistema o valor da aposentadoria era calculado com base no último salário, no segundo o valor equivale à média das contribuições pagas durante toda a carreira no trabalho. A lei também extinguiu a possibilidade de aposentadoria exclusivamente por idade, fixando tal requisito concomitante ao do tempo mínimo de contribuição de 20 anos, além de aumentar a idade mínima para a inatividade em até 3 anos e 3 meses para a inatividade remunerada.
- c) Reforma Trabalhista, mediante a Lei n.º 183, de 2014 (*Jobs Act*), a seguir complementada por oito decretos legislativos⁴⁶. Antes da reforma a regra era o contrato por tempo indeterminado com a estabilidade ao empregado. A nova disciplina flexibilizou a estabilidade para os novos contratos de trabalho em troca de indenizações proporcionais ao tempo de serviço e possibilitou a demissão coletiva no caso de o empregador justificar a necessidade no baixo desempenho financeiro da empresa.

⁴³ Cfr. Dados <http://grafici.altervista.org/prodotto-interno-lordo-e-debito-pubblico-lordo-in-italia/> . Acesso em 09.03.2019.

⁴⁴ Cfr. ESPOSITO Marco. La riforma costituzionale sul “pareggio di bilancio”. *Diritto & Diritti*, Revista eletrônica acessível em <https://www.diritto.it/la-riforma-costituzionale-sul-pareggio-bilancio/> 2017.

⁴⁵ Texto integral acessível na página oficial da Câmara dos Deputados da República italiana http://www.camera.it/leg17/465?tema=il_ddl_di_riforma_del_mercato_del_lavoro acesso em 14.03.2019.

⁴⁶ Texto integral acessível na página oficial da Câmara dos Deputados da República italiana http://www.camera.it/leg17/465?tema=jobs_act#m a. acesso em 14.03.2019.

Brasil

Após o longo e penoso processo de impeachment da ex-Presidente brasileira Dilma Rousseff, em 2016, o governo sucessor tentou reverter o quadro de recessão econômica, mas encontrou dificuldades por conta do déficit no orçamento daquele ano⁴⁷. Outro empecilho foi a governabilidade, tendo em vista a baixa legitimidade política, por se tratar do vice-Presidente em substituição durante o mandato, acrescidos dos problemas éticos relacionados a acusações de corrupção e a divisão ideológica da população, fator este agravado após a prisão do ex-Presidente Lula⁴⁸.

O ex-Presidente Michel Temer assumiu o governo numa conjuntura econômica adversa, cuja taxa de desemprego chegaria a atingir o pico de 13% no início de 2018 frente a 4,3% em 2014. Para tentar reverter a situação o governo brasileiro propôs uma série de medidas de intervenção nos direitos sociais, utilizando como base de inspiração a reforma trabalhista espanhola de 2012⁴⁹:

a) Aprovação da Emenda constitucional nº 95, de 2016⁵⁰, que cria o *Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, para vigorar por vinte exercícios financeiros*, impondo limites às despesas públicas para os Três Poderes da República em todas as esferas da Federação. Desde então qualquer norma ou ato administrativo que contemple aumento de despesas acima do teto ou fora dos parâmetros da Constituição pode ser anulado pela jurisdição constitucional.

b) No âmbito dos direitos trabalhistas o Parlamento brasileiro aprovou a Lei nº 13.467, de 2017⁵¹, contendo norma que flexibilizaram as jornadas de trabalho e as formas de contrato entre empregado e empregador, além de autorizar a contratação de serviços relativos à atividades-meio com empresas terceirizadas.

⁴⁷ Noticiado pela imprensa <https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2015/08/31/temer-diz-que-deficit-do-orcamento-e-extremamente-preocupante-e-pede-apoio-de-todos.htm> Acesso em 13.03.2019.

⁴⁸ Noticiado pela imprensa <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/pais-esta-dividido-e-isso-tem-repercussao-internacional-diz-temer-a-empresarios.shtml> Acesso em 13.03.2019.

⁴⁹ Notícia divulgada em toda a imprensa https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/27/internacional/1493296487_352960.html Acesso em 13.03.2019.

⁵⁰ Texto integral da Emenda constitucional nº 95/2016 acessível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc95.htm. Acesso em 15.03.2019.

⁵¹ Inteiro teor da lei acessível na página internet http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm. Acesso em 9.03.2019.

c) Envio ao Parlamento a Proposta de Emenda Constitucional nº 287, de 2016, relativa à “Reforma da Previdência”, cujo teor visa a modificar o texto constitucional para aumentar o tempo de contribuição e a idade mínima para se alcançar a aposentadoria, quer dos servidores públicos quer dos trabalhadores da iniciativa privada, além do aumento do valor da contribuição previdenciária, dentre outras medidas. O Parlamento não deliberou sobre proposta, ante a controvérsia das medidas e a pouca força política do governo substituto.

Terminado o mandato do ex-Presidente Michel Temer em 31 de dezembro de 2019, somente cinquenta dias após a posse do novo Presidente da República eleito no Brasil (anteriormente deputado federal contrário à reforma da previdência social) o governo enviou ao Parlamento, em 20 de fevereiro de 2019, outra proposta de reforma do texto constitucional, visando a alteração dos sistemas previdenciários dos trabalhadores do setor privado e dos servidores públicos de todas as esferas da federação, dentre outras medidas, aumentando o tempo de contribuição e as idades mínimas para alcançar a aposentadoria⁵²

Os sintomas de um fenômeno

A segunda proposta de emenda à Constituição brasileira referida no tópico precedente contém medidas muito mais duras aos trabalhadores dos setores público e privado em relação à precedente, recebendo a designação formal na Câmara do Deputado de PEC nº 6/2019⁵³. A denominação é sintomática ao constitucionalista, porquanto trata-se também da *sexta* proposta de reforma constitucional de matéria diferente formalizada somente no ano de 2019, apenas vinte dias do reinício dos trabalhos do Parlamento da nova legislatura, iniciada em 1º de fevereiro de 2019, fazendo aparentar que o texto atual da Constituição é insuficiente para reger a ordem brasileira.

A título de conclusões parciais, o quadro revela um fenômeno recorrente no Brasil, na Itália e na Espanha, no sentido de as respostas para as crises econômicas perpassarem, necessariamente, por reformas constitucionais e pela imposição de

⁵² Texto da Proposta de Emenda Constitucional nº 6, de 2017, é acessível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=4ABDEAB4B567E29175ACA6B5E2BoCDDo.proposicoesWebExterno2?codteor=1712459&filename=PEC+6/2019. Acesso em 05.03.2019.

⁵³ Dados sobre a PEC nº 6/2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/>. Acesso em 05.03.2019.

medidas de austeridade, com aumento de tributos e contingenciamento de despesas públicas nos programas sociais, bem como pelo endurecimento das regras para a aposentadoria, visando ao equilíbrio das contas públicas com o objetivo de alcançar superávits primários.

Além do equilíbrio no orçamento público, as medidas tomadas nos referidos países vêm reduzindo os direitos sociais também na esfera privada, no que passa a admitir - e incentivar - a contratação de empregados por tempo determinado e sem garantia de estabilidade contratual para cumprir jornadas de trabalho reduzidas. Segundo as justificativas das propostas de reformas – sempre coincidentes - com as novas sistemáticas adotadas pretende-se a diminuição dos índices de desemprego, mediante o pagamento de salários menores (equivalentes à jornada parcial), apostando no aquecimento da oferta de trabalho, mesmo que por períodos sazonais.

O conteúdo das modificações normativas em comento não atrairia maiores inquietações caso as medidas fossem implementadas em países que adotam o modelo constitucional de Estado essencialmente liberal, como os Estados Unidos, a Austrália ou a Nova Zelândia⁵⁴. Causa espécie, todavia, a constatação de que o fenômeno está ocorrendo na Itália, na Espanha e no Brasil, todos estes tradicionalmente organizados segundo o modelo comum de Estado constitucional social-democrata, cuja livre iniciativa encontra limites na sua função social⁵⁵.

Muito embora não seja objeto do presente estudo, vale notar que o mesmo fenômeno de mutação constitucional e de flexibilização dos direitos sociais vem ocorrendo noutro país social-democrático e economicamente mais poderoso da União Europeia que não entrou em crise. A República Federal da Alemanha alterou, em julho de 2009, os artigos 91c, 91d, 91e, 104b, 109, 109a, 115, 143d, da Lei Fundamental de Bonn⁵⁶, notadamente no capítulo relativo ao sistema financeiro, para promover a reforma do Estado visando a endurecer o sistema de previdência social e a frear o endividamento público em relação ao Produto Interno Bruto que beira 76%⁵⁷.

⁵⁴ Cfr. PINELLI, Cesare. *Forme di Stato e forme di governo*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 2009, p. 67-73.

⁵⁵ Cfr. Constituição da Itália, arts. 2º, 3º (2), 41 e 42; Constituição da Espanha art. 1º (1); e Constituição do Brasil, arts. 1 (inciso IV) e 170 (incisos III e IV).

⁵⁶ Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel) de 29 de julho de 2009.

⁵⁷ Cfr. FELD, Lars P.; BASKARAN, Thushyanthan. Federalism, budget deficits and public debt: On the reform of Germany's fiscal constitution. *Review of Law & Economics*, v. 6, n. 3, p. 365-393, 2010.

A base da reforma foi também a introdução no texto constitucional do *Princípio do Equilíbrio Financeiro*, mediante o qual os orçamentos públicos da Federação e dos Estados devem ser superavitários, ou equilibrados, sem recorrer a créditos⁵⁸.

A Alemanha implementou igualmente reformas ao *Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - SGB VI* – Sexto livro do Código Social alemão – que endureceram as regras do sistema previdenciário a partir de 2012, passando de 65 a 67 anos a idade mínima para a aposentadoria integral. Enfim, mudanças semelhantes houveram num país cuja economia encontra-se inabalada.

A tendência de reformas, portanto, não se limita a países em crise econômica, fator que revela a hipótese de que as alterações constitucionais implementadas pelos países sob exame aparentemente não guardam correlação direta com as causas das crises, como vem divulgando os respectivos governos. Por consequência, as medidas tomadas pelos governos sob exame não guardam necessária relação de causalidade e efeito com as crises vividas, razão pela qual é possível afirmar que provavelmente decorra de outro fenômeno.

O Impacto das crises nos direitos fundamentais

O cenário apresentado nos tópicos anteriores revela a tendência de mudanças normativas que aparentemente não serão temporárias, contemporâneas às crises vividas. Ao contrário, revela-se definitiva, no que implementa reformas de naturezas estruturais, voltadas a abandonar o modelo constitucional de Estado democrático-social para a adoção de modelo diverso, num formato mais próximo ao do liberalismo econômico.

O caso brasileiro é exemplar. Promulgada em 1988, a atual Constituição brasileira foi emendada, até o momento da entrega deste trabalho, noventa e nove vezes nos trinta anos de existência. Nascida em meio a uma crise econômica e aplicada durante o período do hiperinflacionário experimentado da década de 1990⁵⁹, o processo de desfiguração do texto constitucional brasileiro tem sido tão intenso quanto banalizado.

⁵⁸ Vide art. 109, parágrafo 3 da Lei Fundamental de Bonn.

⁵⁹ Cfr. BRESSER PEREIRA, L.C. Da inflação à hiperinflação: Uma abordagem estruturalista. In José Marcio Rego, org., *Inflação e Hiperinflação - Interpretações e Retórica*, São Paulo: Bienal, 1990, p. 7-28.

Nada obstante o espaço exíguo de um artigo não comportar detalhamentos, cabe uma breve menção às referidas reformas. Da leitura das noventa e nove emendas constitucionais constata-se que ao menos trinta e nove⁶⁰ delas tratam de matérias relativas ao sistema tributário e ao sistema financeiro nacional (responsabilidade fiscal e desvinculação das receitas tributárias/previdenciárias), privatizações, endurecimento das aposentadorias e outros benefícios previdenciários de servidores públicos e trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, matérias que se adequam à cartilha do Consenso de Washington ⁶¹ e que autorizam o governo a utilizar arrecadações dos sistemas de previdência social, de modo que, ao fim e ao cabo, é o trabalhador quem arca com a responsabilidade pelo aumento de gastos do Estado.

Os direitos fundamentais de caráter social existem nos países que adotam modelos constitucionais sociais-democráticos como o Brasil, a Itália e a Espanha, de modo que nos países que adotam o modelo do liberalismo econômico tais direitos, quando existem, não são fundamentais, como nos Estados Unidos.

O discurso da crise como deflagrador de reformas constitucionais voltadas a adequar as contas públicas nacionais às regras de estabilidade financeira, que determina cortes de despesas destinadas ao custeio de direitos fundamentais, revelam uma tendência de mudança de modelo político-jurídico-econômico das Constituições, de endereço ideológico próprio da política econômica liberal, mediante o qual o Estado se submete às regras do *mercado* que, por seu turno, prevalecem sobre os direitos sociais.

No discurso da crise o *mercado* emerge como um ser animado e dotado de sensibilidade, num contesto de primazia, no que as ações e as palavras dos governantes devem observar as suas regras, sob pena de uma nação sofrer as drásticas

⁶⁰ São elas as Emendas constitucionais nº 3, de 17 de março de 1993, nº 10, de 04 de março de 1996, nº 12, de 15 de agosto de 1996, nº 17, de 22 de novembro de 1997, nº 20, de 15 de dezembro de 1998, nº 21, de 18 de março de 1999, nº 25, de 14 de fevereiro de 2000, nº 27, de 21 de março de 2000, nº 30, de 13 de setembro de 2000, nº 31, de 14 de dezembro de 2000, nº 33, de 11 de dezembro de 2001, nº 36, de 28 de maio de 2002, nº 37, de 12 de junho de 2002, nº 39, de 19 de dezembro de 2002, nº 40, de 29 de maio de 2003, nº 41, de 19 de dezembro de 2003, nº 41, de 19 de dezembro de 2003, nº 42, de 19 de dezembro de 2003, nº 43, de 15 de abril de 2004, nº 44, de 30 de junho de 2004, nº 47, de 5 de julho de 2005, nº 49, de 8 de fevereiro de 2006, nº 53, de 19 de dezembro de 2006, nº 55, de 20 de setembro de 2007, nº 56, de 20 de dezembro de 2007, nº 59, de 11 de novembro de 2009, nº 62, de 9 de dezembro de 2009, nº 67, de 22 de dezembro de 2010, nº 68, de 21 de dezembro de 2011, nº 75, de 15 de outubro de 2013, nº 83, de 5 de agosto de 2014, nº 84, de 2 de dezembro de 2014, nº 87, de 16 de abril de 2015, nº 86, de 17 de março de 2015, nº 89, de 15 de setembro de 2015, nº 93, de 8 de setembro de 2016, nº 94, de 15 de dezembro de 2016, nº 95, de 15 de dezembro de 2016, e nº 99, de 14 de dezembro de 2017.

⁶¹ O modelo do Consenso de Washington exposto por Luiz Carlos Bresser Pereira in A Crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal? Revista Pesquisa e Planejamento Econômico, 21 (1), abril 1991, p. 3-23.

consequências decorrentes do seu descontentamento⁶². Assim, de ficção criada pelo homem, o *mercado* passa a ser tratado pelos humanos como um ser animado, dotado de políticas e regras próprias capazes de submeter sociedades tal qual um soberano.

O fenômeno já foi constatado e acompanhado por constitucionalistas europeus de renome, como Balaguer Callejón, segundo o qual vem se assistido no espaço público europeu o ideário ideológico sobre a crise que parece conduzir à limitação do pluralismo e ao enfraquecimento da justiça social. E tal viés se baseia sobre um determinismo econômico, segundo o qual a crise pode enfrentada somente por mediante soluções baseadas no equilíbrio orçamentário obtido através da redução das despesas públicas e da restrição dos direitos sociais⁶³.

A crise financeira da Grécia foi mercante ao desvendar o processo de mutação estrutural nas Constituições de modelo social, no que a mobilização e o embate do povo grego contra as exigências do Eurogrupo de adotar uma política radical de austeridade, com sacrifício de direitos fundamentais, e de implementar reformas no Estado, mesmo contrárias à própria Constituição⁶⁴, com vistas ao equilíbrio orçamentário das contas públicas, a soberania do povo grego saiu, ao fim, vencida e impotente contra a força do capital⁶⁵, sob pena de não receber auxílio financeiro e até mesmo deixar a zona do Euro.

Mas para o mercado liberal não bastam reformas constitucionais de ajustes orçamentários e flexibilização de direitos. Para ser contemplado com as benesses do capital deve o Estado apresentar resultados econômicos positivos e mais atraentes em relação aos demais Estados, pois o capital escolhe como destino os mercados mais competitivos, assim classificados pelas mencionadas agências de *rating* sobre as dívidas soberanas.

Enfim, para o bem ou para o mal, a *crise* emerge como o discurso sobre um grave e crônico problema que somente uma nova hegemonia, diversa da soberania popular, pode resolver: o capital. A seguir, a hegemonia emergente continua o seu discurso propondo a tomada de medidas radicais e similares remediadoras do mal chamado

⁶² ORRÙ, Paolo. Il discorso sulla crisi economica nella stampa italiana (2007-2017). *Rhesis. International Journal of Linguistics, Philology, and Literature*. 9.1, p 44-68, 2018.

⁶³ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Crisi Economica e Crisi Costituzionale in Europa. *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 1, p. 82-99, 2012.

⁶⁴ Cfr. ITZCOVICH Giulio. Legal Disorder, Financial Crisis and Constitutional Developments of the European Economic and Monetary Union, 17 *Diritto & Questioni Pubbliche* 86 (2017).

⁶⁵ MÖLLER Kolja. Um conflito da Constituição com ela mesma? Poder destituente e o desafio transnacional. *Rev. Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2541-2574.

crise, quais sejam, reformas constitucionais para conter os gastos do setor público com programas sociais e flexibilizar direitos que diminuam o lucro do setor privado.

A consequência é o enfraquecimento ou mesmo descaracterização do modelo social-democrático e esta nova forma de hegemonia emerge não pela violência física, mas pela escassez, e se fixa onde e enquanto for bem e pacificamente recebida.

Enfim, a ordem do mercado liberal parece estar não somente redirecionando a agenda dos Estados sociais, mas transformando este modelo constitucional idealizado a partir do início do século XX para adequá-lo aos parâmetros necessários ao recebimento e fixação do capital, aparentemente o aspirante a novo poder hegemônico a ser exercido sobre Estados e povos. Se o novo modelo é melhor ou pior às populações isso só o tempo dirá.

Bibliografia

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Crisi Economica e Crisi Costituzionale in Europa. *Rivista elettronica del Centro di Documentazione Europea dell'Università Kore di Enna*, n. 1, p. 82-99, 2012.

BIFFULCO Raffaele. IL PAREGGIO DI BILANCIO IN GERMANIA: UNA RIFORMA COSTITUZIONALE POSTNAZIONALE? *Rivista Telematica Giuridica dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti* n. 3 (2011), 2011.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal? *Pesquisa e Planejamento Econômico*, v. 21, n. 1, p. 3-23, 1991.

_____. Da inflação à hiperinflação: Uma abordagem estruturalista. In José Marcio Rego, org., *Inflação e Hiperinflação - Interpretações e Retórica*, São Paulo: Bional, 1990, p. 7-28.

CANUTO, Otaviano; SANTOS, PF dos. Risco-soberano e prêmios de risco em economias emergentes. *Temas de Economia Internacional*, v. 1, 2003.

CRAIG, Paul. The Financial Crisis, the European Union Institutional Order, and Constitutional Responsibility. *Ind. J. Global Legal Stud.*, v. 22, p. 243, 2015.

DE PAULA, L. F.; PIRES M. Crise e perspectivas para a economia brasileira. *Estudos Avançados* 31 (89), p. 131-132, 2017.

ESPOSITO Marco. La riforma costituzionale sul “pareggio di bilancio”. *Diritto & Diritti*. Revista eletrônica acessível em <https://www.diritto.it/la-riforma-costituzionale-sul-pareggio-bilancio/> 2017.

HÄBERLE P. Cinco Crisis Europeas – Possibilidades y limites de uma teoria constitucional para Europa. *Revista de Derecho Constitucional Europeu* n. 25. Enero-Junio de 2016.

HORGAN Sharon. The Impact of Globalisation and the Global Financial Crisis. *International Trade and Business Law Review* 43 (2014).

ITZCOVICH Giulio. Legal Disorder, Financial Crisis and Constitutional Developments of the European Economic and Monetary Union, 17 *Diritto & Questioni Pubbliche* 86 (2017).

FELD, Lars P.; BASKARAN, Thushyanthan. Federalism, budget deficits and public debt: On the reform of Germany's fiscal constitution. *Review of Law & Economics*, v. 6, n. 3, p. 365-393, 2010.

MÖLLER Kolja. Um conflito da Constituição com ela mesma? Poder destituente e o desafio transnacional. *Rev. Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2541-2574.

O'NEILL, Jim. *The Growth Map: Economic Opportunity in the BRICs and Beyond*. London: Penguin Press, 2011. pp. 65-68.

ORRÙ, Paolo. Il discorso sulla crisi economica nella stampa italiana (2007-2017). *Rhesis. International Journal of Linguistics, Philology, and Literature*. 9.1, p 44- 68, 2018.

PINELLI, Cesare. *Forme di Stato e forme di governo*. 2ª ed. Napoli: Jovene, 2009.

SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. Port. Fradera Vera Jacob. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

VECCHIO, Fausto. Crisis Econòmica y Evolución de la Administración Pública em Europa. *Revista de Derecho Constitucional Europeu*, núm. 23. Enero-Junio de 2015.

41. O IMPACTO DAS MEDIDAS DE AUSTERIDADE NOS DIREITOS DE PROPRIEDADE. UMA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-41>

Daniela Dobre¹

Resumo

Este artigo reflete sobre o impacto das medidas de austeridade adotadas no contexto da crise econômica de 2008 sobre os direitos de propriedade. A análise baseia-se na jurisprudência do TEDH e do TJUE. A fim de examinar as alterações observadas no que diz respeito à proteção do direito à propriedade durante a crise, são identificadas as notas que definem o seu âmbito e limites. As restrições genéricas e específicas que interferem na garantia efetiva deste direito perante os tribunais mencionados são estabelecidas. O trabalho conclui com a abordagem de possíveis soluções para enfrentar os obstáculos identificados.

Palavras-chave: direito de propriedade; Crise econômica; Medidas de austeridade; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Tribunal de Justiça da União Europeia

Palavras-chave: Direito à propriedade; Crise econômica; Medidas de austeridade; Tribunal Europeu dos Direitos do Homem; Tribunal de Justiça da União Europeia

Introdução

Este trabalho destina-se a determinar o nível de proteção garantido pelos tribunais supranacionais em relação aos direitos de propriedade, em consequência das diferentes medidas de austeridade que projetaram os seus efeitos sobre esta esfera dos cidadãos.

Longe de tomar uma perspectiva estática, a análise começa necessariamente com a descrição do contexto em que seu objeto é moldado. Este é um contexto altamente complexo que condicionou o nível de proteção dos direitos de propriedade durante a crise. Existem vários fatores – que são classificados aqui como genéricos e específicos, dependendo do seu impacto mediato ou imediato na garantia do direito

¹ Doutoranda em Direito Constitucional pela Universidade de Granada. Bolsista do Tribunal Constitucional. E-mail danieladobre@correo.ugr.es

fundamental estudado – que levam a uma conclusão clara: o nível de proteção proporcionado durante a crise econômica foi mínimo e foi baseado em uma certa automação argumentativa no nível jurisdicional.

A descrição do contexto em que se enquadra a proteção específica do direito à propriedade é efetuado na primeira epígrafe, enquanto no segundo se realiza a análise que se refere estritamente à jurisprudência dos dois tribunais. Os elementos centrais que moldam o direito de propriedade (proprietários, bem jurídico protegido e juízo de proporcionalidade) são apresentados tomando como referência as sentenças que foram proferidas antes e durante a crise. É também feita uma breve referência aos problemas específicos que surgem na União Europeia. Finalmente, algumas soluções – geralmente aceitas na doutrina – são propostas para aumentar o nível de proteção dos direitos de propriedade, em particular, e os direitos fundamentais, em geral, no espaço europeu.

PROTEÇÃO MULTINÍVEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E CRISE ECONÔMICA

Deve-se abordar o problema da proteção multinível dos direitos fundamentais no espaço europeu como um condicionante genérico, que constitui um avanço e, ao mesmo tempo, um desafio para os tribunais nacionais e supranacionais, bem como para os cidadãos. Através da consideração do indivíduo como sujeito do direito internacional e, portanto, merecedor de proteção não só nacional, mas também internacional, novos limites para a soberania dos Estados, voluntariamente aceitos por eles, foram refletidos.

Após a segunda guerra mundial, um evento em que "milhões de crianças, mulheres e homens foram vítimas de atrocidades que desafiam a imaginação e tocam profundamente a consciência da humanidade"², teve início na Europa um processo paulatino de criação de uma cultura europeia dos direitos humanos através de um processo de influências recíprocas.³ A submissão voluntária do estado à jurisdição supranacional do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) e do Tribunal de

² Preâmbulo do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (A/CONF. 183/9, 17 de julho de 1998).

³ J. García Roca (2010): *A discricionariedade nacional na interpretação da Convenção Europeia dos direitos do homem: soberania e integração*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona, p. 14.

Justiça da União Europeia (TJUE) – através do projeto de integração europeia – significou a aceitação comum dos direitos humanos como limites intransponíveis por parte dos Estados, bem como o reconhecimento da legitimidade desses tribunais para garantir a proteção dos direitos fundamentais.

Todavia, esta proteção é desenvolvida em virtude dos princípios da subsidiariedade, da proporcionalidade e da complementaridade⁴. Isto é explicitamente declarado no artigo 5.1 do Tratado de Lisboa, que se refere a esses princípios.⁵

Por sua vez, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE⁶) vincula – a partir de 2007 – as instituições europeias e os Estados-Membros apenas quando aplicam o direito da UE (artigo 51.1). Tudo isso demonstra a preocupação da União em relação aos seus cidadãos, sendo necessária e urgente a dotação de legitimação democrática do projeto europeu: devem ser os próprios cidadãos, não os Estados, os protagonistas do processo de integração supranacional.⁷

Neste contexto, 2008 marcou a origem de um processo de declínio na salvaguarda dos direitos fundamentais no espaço europeu, já que o início da crise econômica lançou as bases para uma excepcionalidade capaz de justificar tanto "improvisações jurídicas"⁸ observadas a respeito das medidas anti crise, como as interferências produzidas nos direitos fundamentais em consequência da adoção de diferentes disposições regulamentares nacionais que implementam medidas de austeridade.

Sem proceder a uma análise das causas da crise ou das medidas concretas tomadas pela União para a sua gestão, importa recordar que a maior parte destas medidas foram tomadas com base em instrumentos de direito internacional e, por conseguinte, não suscetíveis, em princípio, à fiscalização jurisdicional pelo TJUE. Assim, entre os mecanismos fora do direito europeu, mas envolvendo as instituições

⁴ J. García Roca (2010): *Op. Cit.*, p. 115.

⁵ Tratado da União Europeia, 13 Dezembro 2007, Lisboa, *JOUE C* 326, 26 de outubro de 2012, p. 0001-0390.

⁶ Carta dos direitos fundamentais da União Europeia. Proclamado em Nice em 7 de dezembro de 2000. *JOUE C* 202, 7 de junho de 2016, pp. 389-405.

⁷ I. Pernice (2015): "constitucionalismo multinível e a crise da democracia na Europa", *Revisão do direito constitucional europeu*, N^o 11, pp. 541 – 562, p. 551. No mesmo sentido, F. J. Carrera Hernández (2018): "fortalecendo a legitimidade da" política econômica "da União Européia: que tipo de reforço para qual política?", em F. J. Carrera Hernández, *Rumo a uma nova governação econômica da União Europeia?*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, p. 61.

⁸ K:Estou. Tuori (2012): "a crise financeira europeia: aspectos e implicações constitucionais", *Jornal eletrônico SSRN*, p. 12. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2171824

européias (a Comissão, o Banco Central Europeu e o TJUE), estão o FEEF,⁹ o MEDE¹⁰ e o Pacto Fiscal Europeu.¹¹

Esses instrumentos foram dotados de dois elementos que influenciaram diretamente o nível de proteção dos direitos fundamentais: sua natureza jurídica internacional (que dificulta, *per se*, a efetiva proteção dos direitos, subtraindo-se as regras do CDFUE) e a condicionalidade imposta aos Estados-Membros em contrapartida do recebimento de assistência financeira. Esta condicionalidade teve um impacto essencialmente sobre a disciplina orçamentária e a política econômica dos Estados-Membros que se beneficiam do empréstimo, influenciando assim diretamente o exercício da soberania estatal.¹² Estes exemplos salientam que o método de gestão de crises escolhido pela União partiu voluntariamente do domínio do direito europeu, refletindo um eterno momento de exceção *schmittiano* de exceção, onde a política é colocada antes do direito – e mais especificamente, do Direito Constitucional¹³–.

Atualmente, o estudo sobre o escopo e os limites dos direitos de propriedade é de particular interesse devido ao seu papel vital no processo de integração – tendo essa origem essencialmente econômica – tornando-se um dos pilares fundamentais da Constituição econômica da União através, em primeiro lugar, do seu reconhecimento jurisprudencial como princípio geral nos termos do artigo 6.3 TUE¹⁴ e, em seguida, mediante sua positivação como um direito fundamental no artigo 17 da CDFUE. Além disso, o direito de propriedade se enquadra na categoria de direitos civis e políticos, protegidos pelo artigo 1.º do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH.

⁹ Acordo marco do mecanismo europeu de estabilização financeira, assinado no Luxemburgo em 11 de junho de 2010. *Boe*, 11 julho 2011, no. 164, pp. 76137 a 7615. Foi uma sociedade anônima com sede em Luxemburgo.

¹⁰ É uma instituição financeira internacional cujo objetivo é mobilizar fundos e fornecer apoio de estabilidade, estrita condicionalidade, adaptado ao instrumento de assistência financeira escolhido, aos membros do MEE que experimentam ou executam o risco de problemas de financiamento graves, sempre que tal seja essencial para salvaguardar a estabilidade financeira da área do euro no seu conjunto e dos seus Estados-Membros "(artigo 3.º do Tratado que institui o mecanismo europeu de estabilidade, Bruxelas, em 2 de fevereiro de 2012. *Boe*, 21 Junho 2012, no. 239, pp. 70375 a 70397).

¹¹ Tratado sobre estabilidade, coordenação e governança na União Econômica e monetária, feito em Bruxelas, em 2 de março de 2012. *Boe*, 26 Julho 2012, no. 178, pp. 53541 a 53553.

¹² Nas palavras de F. Balaguer, ocorreu "a formalização específica [do] poder externo como um poder constituinte na ordem estatal". F. Balaguer Callejón (2013): "crise económica e crise constitucional na Europa", *Revista espanhola de direito constitucional*, No. 98, maio-agosto, p. 100.

¹³ M. Everson e C. Joerges (2013): "Quem é o guardião do constitucionalismo na Europa após a crise financeira?", *LSE 'Europa em questão' Artigo da série de discussão*, N.º 63, pp. 5-25, p. 23.

¹⁴ Acórdão do TJUE de 13 de dezembro de 1979, processo C-14/79, EU: C: 1979:290, *Hauer* especialmente para. 23.

Diferentemente dos direitos sociais – cuja proteção exige que o Estado cumpra as obrigações positivas de natureza beneficiária, e cujo relacionamento óbvio com os orçamentos estatais fica evidenciado pela alta complexidade na concessão de uma garantia efetiva – a salvaguarda do direito à propriedade exige, em princípio, meras abstenções: obrigações negativas que consistem na não interferência estatal. Esta ideia tem sido matizada, no entanto, pelo TEDH, ao afirmar que o direito à propriedade também impõe obrigações positivas: os funcionários e as autoridades estatais devem fazer tudo o que estiver ao seu alcance para proteger os interesses patrimoniais de um indivíduo.¹⁵

O JULGAMENTO DE PONDERAÇÃO APLICÁVEL AO DIREITO DE PROPRIEDADE: UM EXERCÍCIO JURISDICIONAL ARTIFICIAL EM TEMPOS DE CRISE?

Direito de propriedade: considerações introdutórias

De acordo com as explicações sobre a CDFUE¹⁶, o âmbito de aplicação do artigo 17.1 está relacionado – pelo menos – ao nível de proteção garantido pelo artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH. Por conseguinte, é observada a proteção equivalente do direito de propriedade reconhecida nos dois instrumentos normativos, cuja garantia jurisdicional reside no TJUE e no TEDH, respectivamente.¹⁷

Apesar da formulação diferente das duas disposições indicadas, existem essencialmente duas formas principais de proteção da propriedade. Por um lado, através da proibição de expropriação sem causa de utilidade pública e compensação justa¹⁸; por outro lado, através da existência necessária de um interesse geral que

¹⁵ STEDH de 30 de novembro de 2004, *Eneryldz v. Turquia*, Núm. 48939/99, 35.

¹⁶ Explicações sobre a carta dos direitos fundamentais, *JOUE C 303/02*, 14 de dezembro de 2007, pp. 17 a 35

¹⁷ A análise do artigo 17,1 CDFUE foi realizada com base em: F. Wollenschl-Ger (2014): "Art. 17 (1) – direito à propriedade", em: S. Peers et al. (editores): *A carta de righ fundamental da UETs. Um comentário*, Hart Publishing, Oregon. As referências ao direito de propriedade industrial são excluídas neste texto (Art. 17,2 CROM).

¹⁸ Artigo 1, segunda frase, do primeiro protocolo adicional à CEDH: "ninguém pode ser privado de sua propriedade, a não ser por razões de utilidade pública e nas condições estabelecidas por lei e pelos princípios gerais do direito internacional". Artigo 17.1, segunda frase, CDTFUE: "ninguém pode ser privado de sua propriedade mais do que por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e em troca, em um prazo razoável, de uma justa compensação por sua perda".

justifique possíveis interferências estatais (restrições à utilização da propriedade).¹⁹ Inclui também uma fórmula genérica para a proteção deste direito através da observância pacífica ou gozo dos bens das pessoas, que devem ser interpretados em conjugação com as duas regras específicas.

Observa-se, portanto, que o direito estudado aqui não é absoluto. A referida legislação permite a concordância da interferência no direito de propriedade, no entanto, exigindo a condução de uma sentença de ponderação dos ativos jurídicos em tela. Uma característica comum observada nas sentenças analisadas²⁰ é a de que todas as alegadas infrações aos direitos de propriedade invocados pelos recorrentes em consequência da aplicação das medidas de austeridade foram enquadrados no segundo cenário: restrições uso da propriedade.

A possibilidade de analisar tal interferência à luz do conceito de expropriação foi sistematicamente descartada pelos tribunais. A possibilidade desconfortável de determinar uma compensação justa pelo Estado, se as alegadas violações tivessem sido estimadas, e a existência de um objetivo amplo no interesse público, dadas as circunstâncias excepcionais da crise – a necessidade de garantir a estabilidade financeira do país - pode constituir uma prova razoável para justificar de alguma forma esta característica recorrente no raciocínio judicial.

De acordo com jurisprudência reiterada do TJUE:

"podem ser impostas restrições ao exercício do direito de propriedade, desde que estas restrições correspondam efetivamente à consecução dos objetivos de interesse público e não constituam, à luz do objetivo prosseguido, uma intervenção excessiva e desmesurada afetando a própria essência dos direitos assim

¹⁹ Artigo 1, segundo parágrafo, do primeiro protocolo adicional à CEDH: [qualquer pessoa física ou jurídica tem direito ao respeito a sua propriedade] sem prejuízo do direito dos Estados de ditarem leis que considerem necessárias para a regulamentação da utilização de bens no interesse público ou para garantir o pagamento de impostos, outras contribuições ou multas. " Artigo 17.1, terceiro período, CDTFUE: "o uso das mercadorias pode ser regulado por lei na medida do necessário para o interesse geral".

²⁰ Entre outros: SSTEDH 7 de maio de 2013, *Koufaki e ADEDY v. Grécia* Núm. 57665/12 E 57657/12, 14 de maio de 2013, *N. K. M v. Hungria*, 21 de julho de 2016, *Mamatas e outros v. Grécia*, N.º 63066/14, 64297/14 e 66106/14 de 8 de outubro de 2013, *Da conceição Mateus v. Portugal e Santos Januário v. Portugal*, N.º 62235/12 e 57725/12 de 1 de setembro de 2015, *Da Silva Carvalho Rico v. Portugal*, No. 13341/14; O STJUE *Ledra*; Automático Tribunal geral 21 de setembro de 2017, processo T-290/13, EU: T: 2017:677, *CMBG Ltd*; Automático Tribunal geral de 16 de outubro de 2014, processo T-327/13, EU: T: 2014:909, *Mallis*; Despacho do tribunal geral, 10 de novembro de 2014 *Importa T-293/13*, EU: T: 2014:979, *Theophilou*.

garantidos.²¹ "

Por sua parte, o TEDH aplica, nas sentenças analisadas, a sua doutrina já consolidada, recordando que a análise relativa às restrições na utilização de bens contém três elementos: em primeiro lugar, a interferência estatal deve ser efetuada por lei; em segundo lugar, deve prosseguir um objetivo de interesse público. Por último, a medida nacional deve ser proporcional para alcançar o objetivo legítimo prosseguido, ou seja, existe um justo equilíbrio entre os requisitos do interesse público e os requisitos decorrentes da salvaguarda do direito à propriedade. Este equilíbrio não ocorre se a pessoa afetada teve de suportar uma carga individual excessiva²².

Titulares de direitos de propriedade e propriedade legal protegida

O artigo 1 do Primeiro Protocolo Adicional à CEDH não fornece uma definição do conceito de propriedade, simplesmente reconhecendo o direito de "qualquer pessoa física ou moral" o respeito a sua propriedade. Por sua parte, o CDFEU refere-se a "todos" como detentor deste direito. No entanto, durante a crise, foram impostas exigências adicionais à condição do titular do direito de propriedade.

Assim, o Tribunal Geral da União Europeia declarou que os acionistas (minoritários) de uma sociedade recapitalizada através de auxílios estatais devem "antecipar a aplicação das normas jurídicas; [estes devem] ser tidos em consideração por *operadores econômicos prudentes e diligentes* (...), por tratarem-se de medidas que podem afetar os seus interesses.²³" A este respeito, o Advogado-Geral Nils Wahl entendeu, em relação ao mesmo tipo de auxílio, que "um *investidor prudente e diligente* não pode satisfazer a expectativa de que se mantenha uma situação que possa ser alterada pelas autoridades competentes no exercício do seu poder discricionário.²⁴

O TEDH considerou igualmente que os credores privados dos Estados (detentores de bonificações soberanas) têm um dever acrescido com relação a outros proprietários do direito de propriedade, a sua própria atividade econômica. Referindo-

²¹ Sentenças de 16 de novembro de 2011, *Banco Melli Irã/Conselho* C-548/09 P, EU: C: 2011:735, para. 114, de 12 de maio de 2016, *Banco de indústria e minas/Conselho* C-358/15 P, EU: C: 2016:338, para. 56, de 20 de setembro de 2016, *Ledra Advertising Ltd/Comissão e BCE*, EU: C: 2016:701, Para. 70.

²² O SSTEDH 22 de outubro de 2012, *Vistins e Perepjolkins contra a Letônia*, No. 71243/01 *Mamatas e outros v. Grécia*, 96.

²³ Sentença de 12 de novembro de 2015, processo T-499/12, UE: T: 2015:840 HSH, *Participações de investimento Coinvest C.S.r.l./Comissão* Para. 94. itálico adicionado.

²⁴ Parecer do advogado-geral, apresentado em 18 de fevereiro de 2016, processo C-526/14, EU: C: 2016:102, *Kotnik e outros* parag. 69. itálico adicionado.

se expressamente às considerações do TJUE sobre este direito qualificado por operadores individuais no mercado econômico, o TEDH recordou que o investimento na compra de bonificações soberanas não é uma atividade sem risco. E isso é porque entre o tempo de emissão de tal valor e sua maturidade, há – em princípio – um período razoavelmente longo de tempo durante o qual ocorrem eventos imprevisíveis que podem ter o efeito de reduzir significativamente a solvência do seu emitente, mesmo que seja um estado, e assim causar uma perda financeira subsequente ao credor.²⁵

Entende-se que, especialmente em tempos de crise econômica, tais investidores devem estar cientes da situação econômica altamente instável que determina a flutuação no valor dos títulos de dívida adquiridos, bem como o alto risco de inadimplência²⁶. Em outras palavras, em circunstâncias tão excepcionais como as causadas pela crise econômica, os credores privados dos Estados devem respeitar o valor de mercado, e não ao valor nominal; isto influencia diretamente no cálculo dos riscos assumidos por estes operadores no mercado econômico, principalmente titulares de direitos de propriedade²⁷.

Nas sentenças analisadas no presente documento, o TEDH recordou que o conceito de Propriedade do artigo 1 tem um significado autônomo e não se limita à propriedade dos bens materiais. Portanto, as expectativas legítimas também são dignas de proteção através deste direito. Todavia, deve ser estabelecido, caso a caso, se as circunstâncias gerais determinaram a existência de um interesse efetivo protegido pelo artigo 1, ou seja, se existe uma base suficiente (jurídica ou jurisprudencial) no direito nacional para compreender que o interesse comum seria contemplado²⁸. Por outro lado, os bens protegidos pelo artigo 1 devem ser "concretos e eficazes, e não ilusórios".²⁹

Para o efeito, foram consideradas as expectativas legítimas protegidas através do direito de propriedade em relação às medidas de austeridade: remuneração,

²⁵ O STEDH *Mamatás e outros v. Grécia*, 117.

²⁶ O STEDH *Mamatás e outros v. Grécia*, 118.

²⁷ A. Iversen (2018): "o futuro das reestruturações involuntárias da dívida soberana: mamatas e outros v. Grécia e a proteção das participações de instrumentos de dívida soberana no âmbito da CEDH", *Jornal da lei dos mercados de capitais*, Vol. 14, no. 1, pp. 34-58, p. 11.

²⁸ De acordo com jurisprudência reiterada: SSTEDH *Iatridis v. Grécia*, No. 31107/96, no. 54; *Beyeler v. Itália*, N.º 33202/96, 100; *Broniowski v. Polónia*, N.º 31443/96, n.º 129.

²⁹ SSTEDH de 9 de janeiro de 2007, *Fener rum Erkek Lisesi Vakf v. Turquia*, No. 34478/97, no. 46, e *Bistrovio v. Croácia*, de 31 de maio de 2007, n.º 25774/05, n.º 35.

benefícios, bonificações e pensões de aposentadoria de funcionários públicos³⁰; a indenização legal pelo dispensa de um funcionário público³¹; a perda de 53,5% do valor nominal das bonificações soberanas causadas pela aplicação de cláusulas de ação coletiva, sofridas por credores privados (minoria em comparação com credores institucionais que faziam parte da negociação)³², ou o valor nominal dos depósitos bancários não garantidos.³³ Apesar de seu reconhecimento como merecedor de proteção por meio de direitos de propriedade, essas expectativas legítimas não foram efetivamente atendidas pela existência de um interesse público que justifique a intromissão estatal concreta.

Existência de um interesse geral

Segundo a jurisprudência do TEDH, a análise da interferência estatal no direito de propriedade deve basear-se num conceito amplo de "interesse geral"³⁴. Entende-se que os Estados desfrutam de uma ampla discricionariedade no campo da política fiscal e econômica, devido ao seu conhecimento direto das necessidades específicas da sociedade em um determinado momento.³⁵

Apesar da natureza diversa dos ativos protegidos nas sentenças analisadas, que abrangem o âmbito das pensões, a propriedade de bonificações soberanas ou a resolução bancária, o alegado interesse geral tem sido recorrente: a necessidade de assegurar estabilidade econômica e financeira do país. Isto recorda a ideia de que os Estados-Membros reconheceram um vasto leque de ações que se estende quase sem limites quando as suas decisões estão ligadas à política econômica.

Juízo de proporcionalidade

Uma vez determinados os ativos jurídicos em causa, é atingido o último passo

³⁰ O STEDH 7 de maio de 2013, *Koufaki e ADEDY v. Grécia* Núm. 57665/12 E 57657/12, 33.

³¹ STEDH de 14 de maio de 2013, *N. K. M v. Hungria* Núm. 25702/94 36.

³² STEDH de 21 de julho de 2016, *Mamatas e outros v. Grécia*, N.º 63066/14, 64297/14 e 66106/14, n.º 94. Uma análise doutrinária deste acórdão pode ser encontrada em: A. Iversen (2018): *Op. Cit.*

³³ O STJUE *Ledra* Parag. 73.

³⁴ "A noção de interesse público é necessariamente extensa", STEDH de 22 de setembro de 1987, *Hentrich c. França*, N.º 13616/88, 39.

³⁵ "Por causa de seu conhecimento direto de sua sociedade e de suas necessidades, as autoridades nacionais são em princípio melhor colocadas do que o juiz internacional para apreciar o que é" de interesse público", STEDH de fevereiro 31, 1986, *James e outros v. Reino Unido*, No. 8793/79, no. 46.

da análise: o juízo da proporcionalidade. Também neste ponto, os Estados reconheceram uma ampla discricionariedade em fazer a avaliação inicial tanto da existência de um problema de interesse público que justifique a adoção de medidas de privação de propriedade e medidas corretivas que devem ser adotadas ³⁶. Esta avaliação deve ser efetuada tendo em conta não só os meios, mas também as consequências decorrentes da medida tomada sobre o bem legal protegido individualmente através do direito de propriedade.³⁷

Desta forma, observa-se uma "reserva de decisão doméstica"³⁸ aplicada pelo TEDH, manifestada através da conhecida doutrina da discricionariedade nacional. Este último está enraizado em uma razão mais democrática para o legislador estatal tomar medidas e, assim, pesar os bens em conflito. No entanto, a crise econômica demonstrou que o fundamento por excelência da doutrina da discricionariedade é obsoleta quando são adotadas medidas nacionais em consequência da condicionalidade imposta externamente aos Estados-Membros, através de instrumentos de assistência financeira.

Em suma, segundo as regras explicadas, o TEDH, em geral, modula a aplicação do juízo de proporcionalidade com base na configuração limitada do direito de propriedade propriamente dita. Todavia, em tempos de crise, o juízo de proporcionalidade que se deve fazer é ultrapassado por um objetivo de interesse público suscetível de justificar qualquer interferência neste direito: a necessidade de assegurar a estabilidade financeira do país.

Não se pode esquecer que este objetivo já não é estritamente nacional, mas estende o seu âmbito a nível europeu, porque, como recorda o TJUE, a estabilidade financeira – e de forma específica, do sistema bancário – é um objetivo de interesse geral prosseguido pela União, e não apenas por um determinado Estado-membro³⁹.

Por conseguinte, poderia dizer-se que a crise econômica transformou a base primária que justifica o reconhecimento do critério nacional do TEDH em relação à

³⁶ STEDH de 31 de fevereiro de 1986, *James e outros v. Reino Unido*, No. 8793/79, no. 46.

³⁷ STEDH de 24 de outubro de 1986, *AGOSI c. Reino Unido*, Núm. 9118/80, 52nd.

³⁸ J. García Roca (2010): *Op. Cit.*, p. 95.

³⁹ "Os serviços financeiros desempenham um papel fundamental na economia da União. Bancos e entidades de crédito são uma fonte essencial de financiamento para as empresas que operam em diferentes mercados. Além disso, os bancos são muitas vezes interligados e muitos deles estão envolvidos em atividades a nível internacional. Por este motivo, as dificuldades de um ou mais bancos podem propagar-se rapidamente para o outro, no Estado-membro em causa ou noutros Estados-Membros. Isso pode, por sua vez, produzir efeitos negativos em cadeia em outros setores da economia", O STJUE *Ledra Paraca*. 72.

proteção dos direitos de propriedade. É evidente que já não se trata de uma questão de legitimidade democrática das decisões do legislador nacional, uma vez que são fortemente condicionadas pelas instituições que fazem parte dos instrumentos de assistência financeira. É, de fato, uma deferência do TEDH aos intervenientes institucionais (principalmente europeus: a Comissão e o BCE) que participam nesses mecanismos de caráter jurídico internacional.

A prova do exposto reside nas decisões do TEDH, que declaram sistematicamente a não violação do direito de propriedade, com base na proporcionalidade das medidas estatais. De fato, o Tribunal de Justiça faz um julgamento de ponderação artificial, uma vez que os dados que utiliza para este fim são bem conhecidos: o interesse geral justifica mecanicamente todas as infrações possíveis ao direito de propriedade.

Em suma, observa-se que a própria regulamentação supranacional e regional do direito de propriedade fornece uma garantia mínima deste direito. Esta lacuna é intensificada pela aplicação judicial da doutrina da discricionariedade. Em períodos de crise econômica, esta discricionariedade dos Estados estende-se de forma inequívoca, encontrando como base única a necessidade de assegurar a estabilidade financeira do país (e, conseqüentemente, da União). Assim, a intervenção dos tribunais supranacionais limita-se aos casos em que os parâmetros de discricionariedade aplicados pelos Estados-Membros são "manifestamente sem fundamento razoável"⁴⁰.

Na sequência da análise jurisprudencial dos casos relativos ao impacto das medidas de austeridade nos direitos de propriedade (um número de dez sentenças do TEDH⁴¹), foi observada a estimativa de uma única violação desse direito. Ela era uma funcionária pública que alegou que a imposição de um imposto de 98% sobre uma parte de sua indenização por conta de uma lei que entrou em vigor dez semanas antes de sua demissão equivalia a uma privação injustificada da propriedade, sem qualquer compensação disponível.

O Tribunal constatou que o artigo 1 do protocolo n.º 1 tinha sido violado. Apesar da discricionariedade geral à disposição das autoridades húngaras em matéria fiscal, considerou que os meios utilizados tinham sido desproporcionados para o objetivo legítimo de proteger o orçamento público frente a pagamentos por demissão. Também

⁴⁰ Y. Arai-Takahashi (2002): *A discricionariedade da doutrina e o princípio da proporcionalidade na jurisprudência da CEDH*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-New York, p. 153.

⁴¹ Breve síntese destes casos pode ser encontrar em: <https://www.echr.coe.int/Documents/.pdf>

não foi concedido ao requerente um período transitório para se adaptar ao novo regime de indenização por demissão. Além disso, ao privá-la de um direito adquirido que servia ao interesse social especial de se reintegrar no mercado de trabalho, as autoridades húngaras tinham exposto a requerente a um encargo individual excessivo⁴².

A sentença supracitada supõe uma exceção quanto ao raciocínio judicial do TEDH aplicado aos outros casos. O fundamento pode estar no fato de, para além da medida entendida em sentido estrito, adotada pelo Estado húngaro, foi aplicada de forma retroativa, aumentando assim o peso restritivo da interferência sobre o direito à propriedade.

O argumento do Estado húngaro referiu-se à necessidade de adoção da medida em causa em razão da recomendação 2009/384/CE da Comissão Europeia. Essa baseou-se na assunção excessiva de riscos no setor dos serviços financeiros e, em particular, nos bancos e nas empresas de investimento, que contribuíram para o fracasso das empresas financeiras e para a emergência de problemas sistêmicos nos Estados membros e em todo o mundo. No entanto, o TEDH considerou que a tomada excessiva de riscos no setor financeiro é irrelevante para os funcionários públicos que operam num ambiente de subordinação regulamentado⁴³.

Obstáculos específicos à proteção dos direitos de propriedade através do CDFUE

Se o TEDH aplica a doutrina da discricionariedade nacional em virtude da subsidiariedade da sua jurisdição, no caso do TJUE existem outras condições específicas adicionais que influenciam diretamente o seu raciocínio jurisdicional. Suas sentenças sobre os direitos de propriedade – inadmissões sistemáticas e descumprimentos de ações de anulação⁴⁴ e de responsabilidade extracontratual⁴⁵ – sugerem uma possível defesa das medidas anticrise adotadas pelos Estados-Membros em colaboração com as instituições europeias.

⁴² STEDH de 4 de dezembro de 2013, *N.K.M. v. Hungria* Não. 66529/11, 75.

⁴³ O STEDH *N.K.M. v. Hungria*, 58.

⁴⁴ Arts. 263 e 264 do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, de 13 de dezembro de 2007, Lisboa, OJEU n.º C 326, 26/10/2012, p. 0001-0390.

⁴⁵ Arts. 268 e 340 do TFUE.

A proteção dos direitos fundamentais é definida na União Europeia como princípio constitucional, a seguir ao artigo 6.º do TUE. Todavia, a estabilidade financeira é também um princípio constitucional, que deriva do objetivo primordial em que se baseia a própria União: o bom funcionamento do mercado único (Art. 3.1 (b) TFUE). Estes dois objetivos colidem quando o TJUE deve pesá-los no julgamento de um caso concreto.

A salvaguarda da estabilidade financeira é também um objetivo concreto atribuído ao BCE após a crise, através das novas competências de supervisão atribuídas ao abrigo do mecanismo único de supervisão⁴⁶. Com base na competência exclusiva do BCE, o TJUE torna-se o único organismo competente para julgar a legalidade dos atos ao abrigo do MUS⁴⁷. Por último, os instrumentos de gestão de crises – externos ao direito europeu – conferiram a competência jurisdicional a esse mesmo Tribunal.⁴⁸

Este contexto complexo exige que o TJUE adote posições coerentes – e claro dentro dos limites normativos – que, por sua vez, podem levar a uma certa automatização na proteção dos direitos fundamentais e, em especial, o direito à propriedade, em relação às medidas anticrise⁴⁹. As provas do exposto baseiam-se nos múltiplos recursos não aceites (ou excepcionalmente rejeitados) pelo Tribunal.⁵⁰ De acordo com o TJUE, "a importância dos objetivos (...) pode justificar as consequências negativas para certos operadores, mesmo que sejam consideráveis."⁵¹

⁴⁶ Regulamento (UE) n.º 1024/2013 do Conselho, de 15 de outubro 2013, que confia ao Banco Central Europeu tarefas específicas no que diz respeito às políticas relacionadas com a supervisão prudencial das instituições de crédito, *JOUE* L 287, 29 de novembro de 2013, pp. 63 – 89. De acordo com o considerando 5, é criado um mecanismo único de supervisão no qual o BCE exerce competências exclusivas, com o objetivo de "preservar a estabilidade financeira na União e aumentar os efeitos positivos da integração do mercado no crescimento e bem-estar." A natureza exclusiva desta competência é expressamente mencionada no Regulamento (UE) n.º 468/2014 do Banco Central Europeu, de 16 de abril 2014, que estabelece o quadro de cooperação no MUS entre o BCE e as autoridades nacionais competentes e com as autoridades nacionais designadas (regulamento-quadro do MUS), *DOUE* L 141, 14 de maio de 2014, p. 1 – 50. De acordo com o considerando 2, "o BCE terá poderes exclusivos para desempenhar as funções...". No mesmo sentido, o tribunal geral declarou que "se as autoridades nacionais executarem essas funções intervêm numa base subordinada" (acórdão de 16 de maio de 2017, processo T-122/15, UE: T: 2017:337, *Landeskreditbank/BCE e Comissão Paraca.* 59).

⁴⁷ Ver STJUE 19 de dezembro de 2018, processo C-219/17, EU: C: 2018:1023 *Berlusconi Paraca.* 58.

⁴⁸ O artigo 8 do Tratado sobre a estabilidade, a coordenação e a governança e o artigo 37.3 do Tratado MEE.

⁴⁹ Ver as sentenças bem conhecidas 27 de novembro 2012, processo C-370/12, *Pringle*, EU: C: 2012:756, 16 de 2015, processo C-62/14, *Gauweiler*, EU: C:2015:400,.

⁵⁰ Entre outros, os já mencionados Autos do Tribunal geral. Assuntos *CMBG Ltd; Mallis; Theophilou O STJUE Ledra.*

⁵¹ Autos do Presidente TJ, de 13 de novembro de 2000, processo C-317/00 P (R), EU: C: 2000:621, *Investir Parag.* 60.

Para além dos obstáculos materiais previstos no presente texto, existem diferentes obstáculos processuais no âmbito da União que impedem a garantia efetiva do direito de propriedade. O problema reside – como já se observou – na própria natureza das medidas de gestão de crises (tratados internacionais). Estas medidas não permitem a implementação do CDFUE e também exigem a adoção de regras nacionais nos termos negociados nos Memorandos de Entendimento.

Em particular, estas dificuldades processuais referem-se, em primeiro lugar, à própria identificação do ato impugnado, à identificação do requerente e ao processo a instaurar processo perante o TJUE⁵². No que tange ao primeiro aspecto, surge o principal problema ao determinar se os Memorandos de Entendimento – a origem das medidas nacionais – são acionáveis perante o TJUE. A Sentença *Ledra* parece oferecer uma resposta afirmativa, porque "estes respondem a um objetivo de interesse geral prosseguido pela União Europeia, que consiste em assegurar a estabilidade do sistema bancário da área do euro no seu conjunto".⁵³

Apesar dos progressos alcançados na sentença referido, surge um maior problema na identificação dos requerentes, ou seja, o ator ao qual se pode imputar uma possível vulnerabilidade do direito de propriedade ao abrigo do CDFUE. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou que o CDFUE não vincula os Estados-Membros na negociação destes memorandos, uma vez que não aplicam o direito da União.⁵⁴

No que diz respeito ao Eurogrupo e às instituições da UE (a Comissão e o BCE), participantes por excelência na imposição das condições relativas aos instrumentos de assistência financeira materializados através dos Memorandos, o Tribunal de Justiça excluiu a possibilidade de imputar-lhes a responsabilidade por tais atos⁵⁵. Em suma, a única responsável por estas decisões é a própria instituição financeira que presta a assistência financeira.⁵⁶

⁵² Uma análise abrangente desta questão pode ser encontrada em: A. Poulou (2017): "assistencialidade financeira e proteção dos direitos humanos: Qual é o papel condicional da carta de princípios fundamentais da UE Direitos? *Revisão da lei do mercado comum*, Vol. 54, pp. 991-1026.

⁵³ Parag. 71.

⁵⁴ Frase *Pringle*, por 180.

⁵⁵ Despacho do tribunal geral, processo *Mallis*, pare. 45

⁵⁶ A. Aguilar Calahorra (2015): "a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia face às medidas da crise econômica", *Jornal do direito constitucional europeu*, No. 24, julho-dezembro. Disponível em: https://www.ugr.es/~redce/REDCE24/articulos/04_AGUILAR.htm#51bis

Na Sentença *Ledra*, o TJUE decide deixar aberta a possibilidade de garantir os direitos fundamentais em relação à execução das medidas de crise, dando à Comissão, no âmbito do MEDE, o papel de "guardião dos tratados". Assim, é responsável por assegurar a compatibilidade dos Memorandos com os direitos fundamentais garantidos pela Carta".⁵⁷

Apesar desta obrigação específica confiada à Comissão, os obstáculos processuais não desaparecem. Isto porque a possibilidade de recurso de anulação perante o TJUE é excluída se "o guardião dos tratados" não cumprir a sua missão, uma vez que os Memorandos não são atos das instituições da UE. Há, portanto, apenas uma medida de proteção contra essas medidas fora do direito europeu: a ação de responsabilidade extracontratual nos termos do artigo 340 do TFUE.⁵⁸

Por meio do mesmo, busca-se obter indenizações por danos causados pela atividade de uma instituição ou agente da União. No caso dos direitos de propriedade e das interferências resultantes do Memorandos, os indivíduos (pessoas físicas ou jurídicas) que sofreram danos teriam o direito de apresentar a ação, solicitando que a responsabilidade extracontratual da Comissão seja declarada.

Embora pareça ser uma conquista no campo da salvaguarda dos direitos fundamentais, esta ideia é modulada na realidade, pois mesmo sendo possível demonstrar a existência de omissão e os danos causados por ela, é extremamente complicado demonstrar onexo causal entre estes dois elementos⁵⁹. A complexidade do assunto é evidente quando, além disso, um objetivo tão vasto como o da salvaguarda da estabilidade financeira na União está envolvido neste quadro.

Conclusões

A aplicação de medidas de austeridade, de várias naturezas jurídicas (leis nacionais, Memorandos de Entendimento, regras do direito europeu), teve um impacto direto na esfera dos cidadãos, titulares do direito de propriedade. Por sua vez, este direito tem um significado especial na configuração da Constituição econômica da União Europeia; mas também visa assegurar a estabilidade financeira (do país ou da União), que é reconhecida como um princípio constitucional nos Tratados originais.

⁵⁷ Frase *Ledra* Parag. 67.

⁵⁸ Frase *Ledra* Parag. 68.

⁵⁹ A. Aguilar Calahorra (2015): *Op. Cit.*

Ao mesmo tempo que a proteção dos direitos fundamentais torna-se uma tarefa não só nacional, mas também europeia e internacional – limitando a soberania estatal – objetivos com igual peso normativo (estabilidade financeira, estabilidade política monetária...) ampliam o seu alcance e importância na União. Mas eles também são capazes de transformar o raciocínio dos tribunais supranacionais. As tensões da crise, a proteção dos direitos fundamentais encontra um novo índice de referência; a dignidade humana é modulada através do poder econômico.

Este artigo demonstra a existência de uma ampla discricionariedade nacional, que é consideravelmente intensificada quando a interferência está ligada às decisões de política econômica. Isso leva a uma extensão automática dos limites dos direitos de propriedade em tempos de crise, com base no critério reconhecido pelas autoridades públicas na implementação de medidas de austeridade. Assim, a intervenção do TEDH limita-se aos casos em que a medida em causa é manifestamente injustificada.

Por conseguinte, é demonstrado que o TEDH aplica uma deferência quase absoluta aos legisladores nacionais. Por sua vez, o TJUE defende a legalidade das medidas anticrise adotadas no espaço europeu ao não considerar as várias ações de anulação trazidas pelos cidadãos afetados pelas legislações nacionais que aplicam as condições impostas através do Memorandos. Além disso, as dificuldades processuais intrínsecas à natureza jurídica dos instrumentos financeiros adotados impedem a proteção efetiva dos direitos fundamentais em geral e dos direitos de propriedade em particular.

É evidente que uma mudança no raciocínio jurídico dos tribunais seria aconselhável, reduzindo a discricionariedade dos Estados e orientando os encargos restritivos a eles. Isto abriria a lacuna para a proteção efetiva dos direitos de propriedade dos cidadãos europeus. Seria também aconselhável – em vez disso, essencial – incluir os mecanismos financeiros adotados durante a crise com base no germe intergovernamental, no direito originário da União Europeia. Desta forma, a proteção dos direitos fundamentais, incluindo o direito à propriedade, seria assegurada através do CDFUE.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A. Aguilar Calahorra (2015): "a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia

contra as medidas da crise econômica", *Revista de Direito Constitucional Europeu*, n.º 24, julho-dezembro. Disponível em: <https://www.UGR.es/~redce/REDCE24/>

A. Iversen (2018): "o futuro das reestruturações involuntárias da dívida soberana: mamatas e outros v. Grécia e a proteção de participações de instrumentos de dívida soberana no âmbito da CEDH", *revista de direito dos mercados de capitais*, Vol. 14, n.º 1

A. Poulou (2017): "condicionalidade da assistência financeira e proteção dos direitos humanos: Qual é o papel da carta dos direitos fundamentais da UE?", *Revisão da lei do mercado comum*, Vol. 54

F. Balaguer Callejón (2013): "crise econômica e crise constitucional na Europa", *Revista Espanhola de Direito Constitucional* no. 98, maio-agosto

F. J. Carrera Hernández (2018): "reforçar a legitimidade da política econômica" da União Europeia: que tipo de reforço para que política?", em F. J. Carrera Hernández, *rumo a uma nova governança econômica da União Europeia?*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona

F. Wollenschloger (2014): "Art. 17 (1) – direito à propriedade", em: S. Peers et al.(editores): *A carta dos direitos fundamentais da UE. Um comentário*, Hart Publishing, Oregon

I. Pernice (2015): "constitucionalismo multinível e a crise da democracia na Europa", *revisão do direito constitucional europeu*, n.º 11

J. García Roca (2010): *a discricionabilidade nacional na interpretação da Convenção Europeia dos direitos do homem: soberania e integração*, Thomson Reuters-Civitas, Pamplona

K. Tuori (2012): "a crise financeira Europeia: aspectos e implicações constitucionais" *jornal eletrônico de ssrn*

M. Everson e C. Joerges (2013): "quem é o guardião para o constitucionalismo na Europa após a crise financeira?", *LSE ' Europa em questão ' série de papel de discussão*, no. 633

Y. Arai-Takahashi (2002): *a margem de apreciação da doutrina e o princípio da proporcionalidade na jurisprudência da CEDH*, Intersentia, Antwerpen-Oxford-Nova Iorque.

CAPITULO II. PERFIS DE JÖRG LUTHER

42. O CURSO DA MINHA VIDA¹

Jörg Luther



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-42>

Jörg Luther

Marburgo 1959 – Turim 2020



1. Premissa

Início com uma variação das palavras que dão título a uma poesia renascentista de Michelangelo Buonarroti, para experimentar uma forma de autobiografia diferente do habitual *curriculum vitae* ou *Lebenslauf*, na qual o cidadão expõe títulos e experiências que poderiam ter uma utilidade econômica. “Curso” é uma palavra com múltiplos significados: compreende não somente o transcurso e o caminho, como também o fluir e a navegação, o movimento tanto das coisas como das pessoas no tempo e no espaço. O curso da vida não é mero decurso do tempo, nem percurso desenhado pelo destino, por uma predestinação ou pelo arbítrio individual. É, antes, a forma que a vida vivida tomou, perante eventos e decisões pessoais, mais ou menos

¹ Traduzido do espanhol por Giselle Rósimo Duarte.

condicionadas pelas diversas formas sociais, ou seja, um conjunto fragmentário de experiências continuamente reelaboradas pela memória.

Ministrei muitos “cursos” ao longo da minha vida acadêmica e sempre pincelei com experiências pessoais o ensino do Direito, mas talvez tenha chegado o momento de ensinar algo sobre mim – a mim mesmo, à minha família, aos meus amigos... Eles serão os primeiros leitores e críticos destes quartos de história pessoal, pois não digo que possa, em parte, interessar a um público mais ou menos geral.

“O errático e labiríntico caminho da vida” (Goethe, Fausto) não será de fácil leitura, mas olhar para o passado pode ensinar como vivê-la melhor no futuro e como aproveitar a vida que resta. A máxima 34 da “Arte de ser feliz” de Schopenhauer (1864) alerta para não exagerar nas reclamações pela felicidade perdida ou pela infelicidade buscada, não se perder em um processo contra si mesmo nem se forçar a confissões, mas isso não exclui que o raciocínio autocrítico de quem não se leva demasiado a sério possa ser prazeroso, nem que uma moderada auto-ironia possa ser uma virtude.

O curso da minha vida não depende somente das minhas vontades e virtudes, nem das dos outros. Antes, tem sido condicionado pelos tempos e espaços onde vivi, habitei e circulei, minha pequena parte do mundo. São tempos e lugares em que a história pessoal se entrelaça com o “curso” da civilização, assim como com alguns “recursos” da barbárie. No caso da minha vida, foram tanto a Alemanha dividida e reunificada como a Itália sectária e *consociativa* – embora não fusionados, países integrados e unidos em torno da União Europeia, num mundo ameaçado por crises apocalípticas. Tentei ampliar esse meu pequeno mundo com uma perspectiva de cosmopolitismo europeu, por meio de estudos e viagens de abertura. Mantive-me, tanto quanto possível, partidário de um mínimo de idealismo e otimismo, e adversário de cinismos e hipocrisias.

Até este momento, àqueles que pediam notícias sobre a minha vida, respondia com uma coleção de títulos e status: nascido em Marburgo, com licenciatura em Direito em Göttingen, Exame do estado em Hannover, casado em Turim, dois doutorados em Göttingen e Milão, advogado em Frankfurt, pai e proprietário de uma casa em Turim, professor titular em Pisa, Professor Catedrático na Universidade do Piemonte Oriental, ou seja, as etapas “administrativas” daquilo que chamaria de “currículo da minha vida 1”, à qual gostaria de sobrepor uma “vida 2”, mais pessoal, reflexiva e de auto-aprendizado.

Não há por que ocultar que o desejo autobiográfico teve origem num sofrimento sobrevivendo, o diagnóstico de um tumor agressivo, exatamente cinquenta anos depois de outro laudo histológico, referente a um linfoma cujo tumor primário foi encontrado no mesmo lugar, milagrosamente superado pela quimio e pela radioterapia. O preço que paguei na juventude talvez não tenha sido suficiente. O primeiro sono após o diagnóstico foi um verdadeiro terremoto, que fazia desaparecer a terra sob meus pés. Ao acordar, encontrei uma maneira de me recompor, começando por agarrar-me às lembranças felizes do passado.

2. Família, casa e infância

Não me lembro do meu nascimento (26.09.1959) nem do meu batizado na igreja gótica *Elisabethkirche* de Marburgo, mas guardo os álbuns de fotografias e as lembranças da minha mãe, que fez com que meu pai a acompanhasse até a clínica, sem carteira de motorista, num carro conduzido pelo professor Heinrich Bähr, que, posteriormente foi meu professor de matemática no instituto. Recebeu flores e felicitações também das famílias Abendroth e Herrfahrtdt, colegas dos meus pais e constitucionistas na Universidade de Marburgo.

Abandonando o curso de medicina, minha mãe casou-se com o meu pai, Wilhelm Luther (1910-1976), com cinco filhos do primeiro casamento com Susanne Lenoir (1920-1957). Gunhild, Wolfram, Tycho e as gêmeas Irene e Irmela, que tinham ficado órfãos por causa da depressão pós-parto, em 1957. A casa, construída numa colina em Marbach, em 1953, tinha recebido, até a chegada da minha mãe, o primeiro sogro do meu pai. Irmela, afetada por uma síndrome de Down tão grave que se consideraram insustentáveis a sua integração e assistência na casa, foi transferida para Hephata, uma comunidade gerida pela igreja protestante em Treysa.

O ambiente da casa paterna era burguês ou, como diria a minha mãe, *gutbürgerlich*, da boa burguesia, caracterizado também pelos bons modos à mesa, incluindo a benção. Pensando bem, eram muito diferentes as raízes rurais hessianas do meu pai, cujo avô tinha sido professor de uma escola rural, e aquele ambiente de capitalismo renano em que minha mãe tinha crescido, com o avô diretor de banca, vítima da crise dos anos 20, mas com uma pensão satisfatória.

O único antepassado jurista pela parte materna, o avô da minha avó, Daniel Mütze, participou como estudante dos movimentos revolucionários dos oitocentos, deixando uma lembrança na prisão da Universidade de Marburgo e sofrendo um *Berufsverbot*, a proibição do exercício jurídico, que lhe permitiu chegar somente ao cargo de contador oficial, na mesma cidade.

Meu pai apostou numa carreira acadêmica em Göttingen, passando da teologia de Walter Bauer à filologia clássica de Hermann Fränkel, e defendeu, em 1935, a sua tese sobre o verdadeiro e o falso na Grécia Antiga, que indagava sobre o nexos verdade e *dike*/justiça. A expatriação forçada do professor, substituído aparentemente por Max Pohlenz, a guerra e o sucessivo cativeiro na Rússia, fizeram com que o ensino na escola fosse preferível para meu pai. O casamento com uma aluna o levou a mudar-se de Kassel para Marburgo, onde se tornou diretor do instituto clássico *Gymnasium Philippinum*, além de assumir um cargo permanente de professor universitário contratado, em Pedagogia e Filosofia.

No espírito daqueles tempos, minha mãe aderiu à Federação das Jovens Alemãs (*Bund Deutscher Mädel*) e o meu pai se inscreveu, também por vontade própria, no Partido Nazista. Mesmo vendo as perseguições, não foram capazes de imaginar a *Shoah*.

Da geração anterior, conheci somente a minha avó materna, Gertrud (Romeiser), e as suas irmãs mais velhas, Elisabeth (Lippert) Giessen e Emilie (Siefert), em Munique. Ao passo que a bisavó, Eugenie Sardemann, era filha de uma família de pastores, o bisavô Ernst Mütze (1851-1938) pertenceu à corporação estudantil *Hasso-Nassovia* e, atuando primeiro como assessor sanitário militar e depois como médico em Rausch-Holzhausen, no *Hinterland* de Marburgo, aderiu ao conservadorismo bismarckiano, ao *Stahlhelm* e ao nacional-socialismo. O primogênito de Gertrud, o tio Helmut Romeiser, continuou na Renânia como engenheiro de segurança de minas, onde moram também Susanne e Annette, minhas mais queridas primas. Traute Lippert, última neta de Elisabeth, casou-se com Manfred, o filho do almirante Dönitz, psicólogo e pintor. Erik Siefert, um neto de Emilie Siefert, tornou-se um ecologista pioneiro com a produção de energias renováveis, graças aos moinhos de vento em Hesse.

Lembro-me de algumas viagens divertidas a Munique, para a casa da tia Ruschka, que tinha se casado com o tio Karli, um homem de finanças que gostava de

viajar para a Áustria e a Itália de chofer. Um dia, ofereceu-me o meu primeiro copo de *prosecco*, o primeiro “*status symbol*” da diversão dentro da boa burguesia.

Não tenho muitas lembranças da infância. Nossa bela casa, alicerçada sobre as pedras vermelhas do local, que emolduravam o quarto de Gunhild, era dotada de uma grande sacada e um sótão de madeira, que se transformou no quarto de Wolfram. Ficava na rua Am Berg (no monte dos *Carbonari*), cercada por um jardim muito inclinado e ladeado por um bosque. Desse ponto, via-se o *Kindergarten* e a escola primária, com o relógio, as alcarias do núcleo histórico de Marbach, com o fundo do vale completamente verde, posteriormente integrado pela nova *Markuskirche* e pelo *Bürgerhaus*, o centro cívico. Um dia, houve um desfile de bombeiros voluntários e eu arrecadei dinheiro para levar a bandeira do corpo anfitrião. Graças à arrecadação de impostos sobre a indústria da empresa farmacêutica, fundada pelo virologista Emil von Behring, o município era suficientemente rico como para poder permitir-se novas instalações desportivas e uma piscina, antes de ser integrado à vizinha cidade de Marburgo.

Em Marburgo, morava também a tia Elsbeth Lippert, que se tornou minha primeira professora de flauta doce. Lembro-me também que acompanhava a minha mãe ao mercado dos hereges (*Ketzerbach*) e às lojas da cidade alta medieval (*Oberstadt*), olhava os peixes no aquário do mercado de peixes e, às vezes, recebia do açougueiro uma fatia de salame cozido ainda quente.

O inverno costumava trazer neve suficiente para passeios de trenó com os irmãos. Os primeiros presentes eram trazidos por *Nikolaus*, no dia seis de dezembro, que enchia nossos sapatos. No Natal, íamos com meu pai à igreja e, ao voltar para casa, sabíamos que o “Menino Jesus” (*Christkind*) havia colocado presentes em baixo da árvore. Na Páscoa, bem tosados pelo cabelereiro, buscávamos os ovos coloridos escondidos no jardim.

No verão de 1963, os meus avós vieram cuidar de mim, quando os meus pais saíram de férias, no Fusca azul, para o lago Maggiore. Logo depois, em 1964, lembro-me da chegada do meu irmão Jens.

Em 1967, presenciei uma ligação telefônica agitada. Vovó havia sofrido um ictus, resultando na hemiparesia da metade direita do corpo. Meus pais decidiram trasladá-la de Colônia para Marburgo e alugar um alojamento a cem metros da nossa casa, para assisti-la. Voltou milagrosamente a andar e aprendeu a escrever com a mão

esquerda, com a mesma caligrafia costumeira. Tinha trazido consigo uma televisão e a visitávamos para ver as primeiras séries de televisão em preto e branco, como *Bonanza*, *O comissário* (Erik Ode) ou o concurso - Qual é a minha profissão? (Robert Lembke).

Também faziam parte da casa e da família, em sentido amplo, as babás que vinham normalmente das granjas de uma vila no *Hinterland*, Treisbach, onde nos levavam de vez em quando para passar uma tarde de jogos e aventuras.

No decorrer dos anos, a família cresceu e cresceram novas gerações. A casa foi vendida, minha mãe vive numa casa para idosos. Atualmente, são as netas Susanne e Anne-Catherine que organizam a festa anual dessa grande família, de mais de trinta membros.

3. A escola

Da escola primária (*Grundschule*) de Marbach, lembro-me mais dos recreios no pátio do que das lições dos professores G. Tikwinski e O. Bergler, incluindo as de história e geografia local e regional (*Heimatkunde*).

À tarde, gostava de brincar com meu irmão Jens, em casa, ou de dar voltas pela vila e pelas casas dos amigos da escola, mas também gostava de ler muitos livros da biblioteca municipal. Com Irene e os filhos dos vizinhos, Restle e Radau, brincávamos também livremente no grande bosque atrás da colina, até o temidíssimo poço do diabo e o bunker próximo ao cemitério. Wolfram e Gunhild já tinham começado os estudos universitários, Tico tinha começado como aprendiz de mensageiro (e compartilhava comigo os restos de cigarro, atrás da casa dos Römer).

A família reunia-se sobretudo nas férias. No verão, íamos para a Suíça, para um pequeno chalé *valais* na pequena vila de Blatten, em Briga, com as espetaculares vistas que oferecia o “Belalp” do monumental glacial Alex. O senhor Imboden tinha uma piscina alimentada pelo riacho mais próximo e uma oficina para fazer gravações e máscaras tradicionais, um cachorro acrobata e um jardim para jogar badminton ou boliche. Sabia contar muitas histórias, encontrar mirtilos, amoras, groselhas e framboesas nos arredores, ordenhar e preparar a *raclette*, encontrar para nós o melhor pão negro, vinho tinto Dole, a Rivella, damasqueiro Zion e muitas outras delícias.

Essas lembranças dos Alpes, mantidas graças às minhas primeiras fotos e numerosos slides, me levam a relembrar dois momentos particulares de felicidade. O

primeiro é o dos momentos de contato lúdico, espontâneo e divertido com meu pai. Caminhar juntos, brincar de bola, fazer salsichas na churrasqueira, construir pequenas represas ou pontezinhas sobre riachos, todas coisas impossíveis de se fazer em casa.

O segundo eram os momentos de amizade entre as famílias, em particular com os Keller – Madeleine, Walter, Urs e Jürg –, de Zurique, que tinham uma vivacidade e afetividade muito suíças. Depois, essa amizade de mais de cinquenta anos se desenvolveu também em Pontresina, em Engadina, durante as férias de verão e de inverno.

Nos anos setenta, tentamos, diversas vezes, aprender a esqui na Áustria, em Mallnitz e no Tirol do Sul, em Pralongia, num hotel de montanha sobre Corvara, com o professor Josef, que subia todas as manhãs em esquis, de uma granja próxima que não estava conectada aos teleféricos. Também nas pistas suíças e francesas. O esqui tornou-se, principalmente para mim e a minha irmã Irene, um dos maiores prazeres. E as pobres notas da escola de esqui pareciam valer mais que as da escola normal.

Então, o que fica, que educação a escola me ofereceu? Não nos compliquemos com as notas de cada matéria. Inclusive, o rol de conhecimentos e competências adquiridas, sujeitas, desde os anos setenta, em Hesse, a controversas reformas “curriculares”, dificilmente permitiriam um reconhecimento e uma valorização razoavelmente equilibrados. Uma norma parâmetro poderia ser o artigo 56 da Constituição de Hesse de 1946, que, atribuindo à escola uma função também educativa, estabelece como objetivo: “formar no homem jovem uma personalidade moral, prepará-lo para a virtude profissional e a responsabilidade política, a fim de que possa prestar um serviço autônomo e responsável ao povo e à humanidade, com honestidade (*Ehrfurcht*) e amor ao próximo, respeito e tolerância, legalidade e cumprimento da verdade (*Wahrhaftigkeit*).” Infelizmente, nenhum dos professores teve a coragem de ensinar como interpretar esses critérios de desempenho constitucional da escola. Ainda estão buscando indicadores sustentáveis e, em todo caso, não poderiam ser substituídos pelas auto-avaliações dos futuros cidadãos. O que a escola parece ter me ensinado, na verdade, é mais uma capacidade de assumir laços, responsabilidade e competências socioculturais, o que não tem qualquer fácil explicação concreta.

Os vínculos com os colegas da escola primária foram, em grande parte, perdidos. Por exemplo, passava dias inteiros brincando com Jörg Hüttl, ao ar livre, na

rua Hausstatt. Amigo azarado foi Matthias Schneider: primeiro, foi atropelado por um carro no caminho de volta da escola e, depois, foi despedaçado pelos cachorros do vizinho. Entretanto, voltei a ver, anos depois, Nina Wallauer, meu primeiro amor, que se mudou para Frankfurt, e, no mais alto da sua carreira acadêmica como jurista internacionalista, Georg Nolte, um amigo do quarto ano do primário que acabou se mudando para os Estados Unidos. Ao finalizar a escola primária, decidi passar da flauta doce, não para a clássica, mas para o violoncelo. Parecia-me um instrumento mais próximo à voz masculina, ainda que tocasse o Messias de Händel num coro de vozes brancas na igreja de Lutero, em Marburgo. Assistia aos ensaios com a minha primeira professora, Heike Bultmann, na Calvinstrasse, além dos meus pais, os grandes teólogos Rudolf e Helene.

Minha mãe levava-me também para fazer ginástica, mas normalmente, preferia jogar futebol. Para surpresa dos meus pais, participei de alguns treinos e de alguns jogos dos juvenis (*D-Jugend*) do *Turn- und Sportverein Marbach*.

Eu também não desgostava da natação, mas, um dia, voltei muito debilitado da piscina, me joguei na cama e fiquei fora da convocatória da equipe. Minha mãe, que tinha acabado de começar um novo trabalho como pediatra autônoma, compreendeu imediatamente que o crescimento dos meus gânglios linfáticos não era sintoma de uma gripe comum e imediatamente me levou ao hospital pediátrico universitário.

Retiraram de mim algumas amostras e o primeiro relatório histológico de 4 de dezembro de 1969 apresentou a hipótese de um sarcoma. Os longos tratamentos de químico e radioterapia, com altas doses de morfina, no hospital e na casa da minha avó, conseguiram milagrosamente me tirar do abismo. Ainda me lembro dos efeitos da morfina, mas também das visitas dos novos colegas e do professor da escola secundária, Konrad Ohlwein, e como era positiva a assistente da clínica da minha mãe, a Sra. Susanne Potel, filha do soldado militar Fellgiebel, da conspiração do dia 22 de julho de 1944. Só soube bem mais tarde que tinha vivido os seus primeiros meses de vida na prisão de Wannsee e que foi liberada com a sua mãe pouco antes de os conspiradores serem assassinados.

Reencontrei alguns colegas da escola primária durante a preparação da *Konfirmation* (06.05.1973), uma espécie de comunhão única protestante, com a qual, a partir dos 12 anos de idade, se tem acesso à comunidade eclesiástica, nesse caso, à *Markuskirche* luterana de Marbach. Minha religião infantil era, em parte, fruto da

educação familiar, por meio das orações antes das refeições e antes de dormir, das visitas à igreja no Natal, do Dia de Ação de Graças depois do Festival da colheita (*Erntedankfest*) e do dia de oferendas aos túmulos das vítimas (*Volkstrauertag*). Era fruto também, em parte, do forte medo à morte que me invadiu um dia, quando tentei imaginá-la, brincando no jardim com vista para a igreja. Era também o estupor que sentia ao ouvir a música sacra de Johann Sebastian Bach, e a ética social da igualdade expressa na passagem da Bíblia escolhida como lema da *Konfirmation*, extraído do Evangelho de São Lucas 14, 11: “Porque todo aquele que se exaltar será humilhado, e todo aquele que se humilhar será exaltado” (a tradução católica opõe exaltação e humilhação). Permaneci, entretanto, cético à ideia de que Deus pudesse saber de tudo, sempre e em todos os lugares. Minha mãe lembra ainda uma das minhas objeções niilistas infantis, enquanto lavava meu cabelo: “Mas se não tem nada aqui, Deus não pode ver”.

No instituto clássico, eu era, para a maioria, o filho do diretor, pelo menos até o seu afastamento, em 1975. Éramos uma das primeiras turmas da nova sede, mas lembro-me ainda de alguma aula de xadrez, coral e esportes, além de alguma assembleia infantil na velha sede, lamentavelmente demolida para ser substituída por um feio centro comercial. A secretária da escola, Gertrud Hopf, conhecia todos os alunos pelo nome e sua família, mas o colégio era muito generoso em professores originais, que, conforme a teoria de Adorno, representavam modelos alternativos à figura paterna: os professores de música Will e Pusch; os professores de arte Peters e Kriegelstein; de esportes, Ohlwein, Tent e D. Engelhardt; o de francês, F. Engelhardt; os latinistas Bitsch e Hobert; os de grego, Matthes e v. Blumenthal; os matemáticos Althaus e Bähr; o químico Schwab; o biólogo Gut; os de língua, Ohlwein e Bremer; o historiador Unckel e o economista Kraschewski; e os teólogos Dohmen e M.-L. Keller. Alguns compartilhavam o ano de 1959 como o do nascimento de seus filhos, comemorando com uma memorável festa num *Gasthaus* da praça da cidade, com o diretor sentado à mesa recitando em latim.

Entre tantos colegas do instituto clássico de humanidades, baseado no ensino do Latim, do Grego e – para os voluntários da hora “o” – do Hebraico, no lugar de Filosofia, é necessário distinguir os de turma dos nascidos no mesmo ano. Nos últimos dois anos e meio, as aulas foram substituídas por um novo sistema de cursos ordinários e de especialização optativa (no meu caso, Francês, Ciências Sociais, Matemática e

Grego), seguindo o modelo das *High School* americanas. Ainda me lembro da chegada dos estudantes da cidade vizinha de Wetter, que, até aquele momento, falavam no dialeto local, difícil de compreender, inclusive para quem tinha tido babás do *Hinterland*. Na aula, talvez eu me sentisse mais confortável com meus colegas de sala do que eles comigo, pois eu continuava sendo o filho do diretor. Uma boa parte dessa geração continuou se reunindo a cada cinco anos, por iniciativa de Joachim Cappeller e Achim Kumpe. Nesses encontros de antigos alunos, via a oportunidade de remediar velhos preconceitos, a insensibilidade e a arrogância intelectual do emigrante do passado.

Lembro-me particularmente, como bons amigos, dos músicos M. Himmelmann, M. Richter, T. Oepen, S. e H. Lütcke, G. Hildebrandt, S. e C. Hohorst, C. Keller, etc. Os músicos que participaram de uma linda viagem escolar a Florença, em 1977, para apresentar um pequeno concerto numa igreja valdense. O melhor amigo de todos era Markus Himmelmann: não só pelas lembranças da música na sua casa, em particular, os trios com a sua mãe ao piano, ou com suas irmãs; lamento essa amizade, que só voltou a se reencontrar, recentemente, graças a uma ligação telefônica.

Tive também boas experiências, sobretudo lúdico-esportivas, com colegas que – como Markus – escolheram a carreira religiosa (L. Möller, E. Bormuth, M.-P. Schmitt). Com D. Graepler, sonhamos em criar um círculo literário; com C. Bethmann-Hollweg, gostaria de ter conversado sobre história contemporânea.

Com M. Himmelmann, F. Tuzcek e G. Groessl, organizamos as primeiras viagens sem nossos pais. Sem muito êxito, cortejei algumas colegas de escola. As tentativas de convidá-las a participar de alguma dessas viagens não tinham um bom final, resultando em algumas bebedeiras destrutivas.

Alguns lutos daqueles tempos também ficaram gravados. Sobretudo, aquele provocado pela progressiva cardiopatia de S. Christ, definitivamente, a melhor da nossa sala. Depois, o luto pelo suicídio do colega de sala, R. Froehlich, que ocorreu enquanto líamos, em sala, o “Adeus aos pais” de Peter Weiss. Alguns colegas foram apenas pretensos “amigos”. Algum abusado, em particular, celebrava a sua superioridade física nos desafios das brincadeiras de força. No final do primário, um grupo de abusados me fez “prisioneiro” durante toda uma tarde e testaram, entre outras coisas, a minha arte de resistir à aplicação de urtigas.

4. A adolescência e a “maturidade” precoce

Se a adolescência é considerada, normalmente, um período de desenvolvimento entre os 14 anos e a maioridade - que se antecipa na puberdade com as transformações da voz, os órgãos e a atividade sexual, e continua na juventude (*juventus*), o que talvez a caracterize mais, são os momentos de formação da personalidade. Em 1968, experimentei fortemente que tais momentos podem se originar em contextos conflitivos na escola, na família e no exercício dos direitos de cidadania.

A vítima de *bullying* logo se alistou nas brincadeiras de força, inclusive na frente da própria escola. Precisamente, aqueles que haviam sido advertidos em mais de uma ocasião por má conduta, tropeçaram na falha de um professor de outra turma, que havia deixado o registro de advertências sobre a mesa, sem esperar a presença de outros alunos na mesma sala aquela tarde.

Declarou-se aberta, então, a competição pela melhor advertência à conduta dos professores, instando todos a tirar o “melhor” de nossos sarcasmos e venenos expressáveis. Houve quem obteve a menção “incapaz de explicar e ir ao ponto”, outro, a menção “espasmódico”. Perante a ameaça do diretor de pedir uma investigação à polícia científica, a maioria dos envolvidos entregou-se, espontaneamente, para remediar uma ameaça de expulsão e uma severa pena da escola. Em casa, instaram-me a estagiar em uma filial bancária e me impuseram aulas particulares de latim e grego no escritório do meu pai, uma oportunidade para iniciar-me nas suas ideias e trabalhos mais recentes sobre a filosofia da linguagem.

Posteriormente meu pai decidiu, por sua vez, rebelar-se contra as alterações do sistema de provas do estado para os futuros professores de Marburgo, realizado através de uma bateria de provas, da qual havia se tornado presidente e gerente.

O mecanismo estabelecido pelos professores filiados ao pequeno partido comunista, privilegiou todos os exercícios alinhados ao partido e os então - reitor e ministro, ambos socialdemocratas, não tiveram coragem de corrigi-lo de maneira efetiva, como se esperava da banca. Meu pai decidiu abandonar o Partido Social Democrata, depois de quase trinta anos, e publicar, em uma revista próxima à oposição, provas desses fatos, uma decisão respaldada por toda a família. Um dos professores mais envolvidos, conhecido décadas mais tarde em Alexandria, confirmou os fatos em uma conversa amigável.

Para nos proteger do estresse, decidimos passar as férias curtas de outono em Creta. De frente para o hotel em Mália, havia uma linda praia com uma pequena ilha, coroada por uma igreja, a menos de cem metros a nado, que atraiu a todos, imediatamente após o almoço. No retorno, meu pai sentiu-se indisposto, alguns banhistas o tiraram da água e trataram de reanimá-lo. Tive que correr até o hotel para buscar ajuda médica e cuidar do meu irmão Jens. Como não havia serviço de traslado de emergência, veio um ônibus velho, o qual levou quase uma hora para percorrer os 30 km até o hospital norte-americano mais próximo, que, por infortúnio, era longe demais, já que ao chegar, apenas puderam certificar a sua morte (03.10.1976). Durante o funeral em Marburgo, ouviram-se lindas palavras, mas, alguns dos familiares, me exigiram que assumisse as funções de pai, talvez para evitar suas próprias responsabilidades.

De minha parte, decidi aproveitar a oportunidade que o novo sistema de estudos oferecia para antecipar a prova final para dezembro de 1977. Tive sorte especialmente na prova de grego, porque o tema geral da tragédia grega estava bem contemplado na biblioteca do meu pai, e ele induziu-me a traduzir muito Aristóteles, escolhido mais tarde pela comissão. Os resultados das outras matérias também foram melhores que as minhas médias e, como recompensa, pude dedicar-me aos meus desejos de internacionalização.

No verão de 1977, tive a oportunidade de fazer minha primeira viagem autônoma, sem a família, para Paris. No albergue perto do Louvre encontrei, pela primeira vez, contemporâneos de um terceiro país europeu, a Itália. Paolo Ferrario e Salvatore Mappa, conhecido como Torre, ambos de apenas dezoito anos, vinham de uma pequena cidade na Lombardia, Rivolta d'Adda. Com eles, descobri a capital europeia da época, ainda com *Les Halles* e já com o *Beaubourg*, o bairro latino (onde Foucault iniciou os estudos no *Collège de France*), Montmartre, a catedral, etc. Em longas conversas e diálogos, nasceu uma amizade ítalo-alemã que se tornou fundamental para o curso da minha vida, despertando o desejo de visitar o país e estudar seu idioma, talvez até mais expressivo e romântico que o francês, preferido do meu irmão Wolfram. A adolescência me trouxe o *Fernweh*, o desejo de empreender no país onde florescem os limoeiros.

Antes da realização desse sonho, entretanto, havia prometido preencher uma lacuna da minha formação no instituto, indo à Inglaterra para fazer um curso intensivo

de inglês na Escola de Inglês Eckersley para Estudantes Estrangeiros em Oxford (janeiro a março de 1978). Nessa escola, que concluí com o “*Oxford Examination in English as a Foreign Language (Written English) Preliminary Level*” (*with distinction*), estudantes do mundo todo reuniam-se com excelentes professores. Lembro, especialmente, de Ian Thompson, que nos ensinou a “encantar” as orações e nos convidava a ir à sua casa para tomar chá e visitar sua grande coleção de harmônicas históricas. Tive a honra de ser hospedado com o violoncelo, na casa da família de um arquiteto, que era presidente do Rotary, mas não estive à altura das suas expectativas, demasiadamente ignorante das etiquetas e de costumes como a proibição de assoprar os alimentos muito quentes. Uma visita a alguns parentes (Bill e Elke Owen), no povoado próximo a Stratford-Upon Avon, me consolou: o espírito de classe não era para todos.

Oxford era um mundo cheio de curiosidades, da vida tradicional das universidades medievais até o futebol da segunda divisão, e, os lugares de música punk. A música também permitiu contatos com o mundo universitário, abrindo-me acesso ao *Oxford University Opera Club*, que produziu a estreia de *The Lambdon Worm*, uma obra moderna totalmente escrita e interpretada *in loco*. Aquelas dez semanas voaram, mas o prazer pelo inglês e a experiência de que a solidão sempre pode ser derrotada, permaneceram.

Propus ao resto da família irmos, logo após meu retorno, descobrir a Itália, em uma viagem para a Sicília na Páscoa de 1978, pegando a balsa de Gênova para Palermo com o BMW branco. A primeira parte da viagem, fiz no trem noturno de Frankfurt para Milão Central, onde Paolo e o seu pai Luigi foram me buscar, levando-me em um velho *Cinquecento* até Rivolta d'Adda. Ainda lembro bem da primeira cálida boas-vindas da mãe Anita, os irmãos Federico e Giuseppe (Pepe), assim como da babá Linda, em uma cozinha na parte de trás da farmácia, em um edifício com uma pequena torre medieval, com vistas para a praça e para a parte posterior de uma igreja milenar. Os avós de Paolo também tinham uma pequena vila próxima dali e estavam orgulhosos de ter um convidado alemão não-nazista. Este pequeno mundo tão diferente dos outros que havia descoberto na França e na Inglaterra, onde todos pareciam se conhecer, ainda não havia visto, aquilo me fascinava e apaixonava.

A Sicília, entretanto, era uma Itália muito diferente da Lombardia. Somente quando retornei a Marburgo descobri, nas cartas do meu pai, que quarenta anos antes,

ele também havia feito uma viagem à Sicília, pernoitando inclusive no mesmo hotel de Palermo e partilhando muitas das etapas que havíamos projetado. E em Milazzo me tornei, pela primeira vez, tio, do pequeno Max de Wolfram e Hélène. *Vita nova*.

Ainda falta contar como última prova de maturidade, a viagem com Markus, Florian, Paolo e Marco no meu novo *Polo* e no *Cinquecento* do Paolo, à Grécia, no verão de 1978. Fiz a minha primeira viagem à Grécia, com toda a família em 1976, com meu pai empenhado em decifrar o grego antigo e moderno e em contar a história dos lugares e artefatos nas escavações arqueológicas. Essa vez, pernoitávamos em Puglia e pegamos a balsa Brindisi-Igoumenitsa para descobrir primeiro o Peloponeso e, depois, Atenas e o entorno, incluindo a magnífica ilha de Egina. Dormimos em tendas, a céu aberto, comendo nas tabernas e frequentando e absorvendo, não somente no vinho, toda a cultura mediterrânea de uma Grécia ainda muito rural, que acabava de ser liberada do regime autoritário. As fotos artísticas de Markus capturaram muito do encanto das pessoas e da natureza. No retorno de Igoumenitsa encontramos a balsa em greve. Decidimos nos juntar a um casal francês para irmos para Tessalônica e voltar pelos Bálcãs da, então, Iugoslávia Federal Socialista, passando, em um total de dois ou três dias, por Skopje, Belgrado, Zagreb e Liubliana, até Trieste, talvez a parte mais aventureira, perigosa e definitiva dessa viagem pela Europa oriental.

5. A escolha da universidade

À pergunta do porquê decidi estudar Direito, não me é fácil de responder. A *Rechtskunde*, o direito mais civil que público, estudado em um curso optativo no instituto, não havia sido das minhas matérias preferidas nem das mais apaixonantes. Uma alternativa poderia haver sido o conservatório, mas as experiências dos concertos com a *Kammerorchester* e as dificuldades técnicas às que haviam chegado meus estudos de violoncelo me fizeram temer que a música profissional pudesse um dia divertir-me menos do que o que já me oferecia a música amadora. Outra alternativa, poderia ter sido línguas ou ciências políticas e sociais, mas isso teria significado levar uma vida de professor de escola.

Provavelmente, a escolha foi pouco racional. Por um lado, havia uma curiosidade pelas instituições e a prática da justiça, porque havia assistido como público a um processo por infanticídio no Tribunal de Marburgo. Por outro lado,

acreditava, talvez, que meus conhecimentos históricos e meus interesses políticos poderiam ser úteis. De toda forma, não percebia que estudar Direito em 1978, na Alemanha, significava vincular-se a um ordenamento nacional e adquirir conhecimentos jurídicos não facilmente utilizáveis em outros países europeus. A natureza sedentária dos juristas, não conciliava bem com o desejo de morar algum dia em outro país europeu.

Deixei que a minha mãe me matriculasse na universidade de Marburgo, também para estar perto de Jens, que ainda estava na escola. Como efeito de uma maturidade precoce, iniciei o semestre no verão, junto a uma dezena de outros matriculados. À diferença da escola, lembro ainda alguns conteúdos das aulas, inclusive se a memória dos prazeres e das dores da vida estudantil universitária se torna decisivamente mais ativa que a do estudo verdadeiro. Excelentes foram as lições de Direito Civil (M. Vollkommer), Constitucional (H. Lecheler), mais “evidente” a ontologia do Direito ditada por definições e preceitos absolutos (E. Wolf) e o Direito penal “criminal” (E. Hupe) com visitas à prisão, ao campo de tiro e ao hospital forense. Mais que o Direito Romano e a história do Direito (E. Kaufmann) me atraíam as lições de doutrina especial do Estado da República Federal da Alemanha de H. v. Arnim, ainda que uma vez eu tenha dormido e tivesse que ser acordado pelo próprio professor durante uma aula com somente quatro alunos. Sermos poucos favorecia a formação de uma comunidade de estudo (*Arbeitsgemeinschaft*), que decidiu divertir-se, no inverno do segundo semestre, com uma viagem à floresta bávara em Waldmünchen.

A longo prazo, o Direito de Marburgo não me convenceu, e a cidade me parecia muito pequena e estreita. A família era demasiadamente conhecida, por isso, a maioria das pessoas me via somente como filho do *Herr Direktor* e *Frau Doktor*. Daí a decisão de buscar outra faculdade e outra cidade, com alternativas como Bonn, Heidelberg, Münster e Göttingen. A Renânia católica, mas também o sul, me atraíram menos que a Baixa Saxônia protestante e, que, Göttingen, antigamente a universidade do meu pai. Em Göttingen, ainda vivia a viúva do meu tio Martin Luther, diretor da famosa biblioteca da universidade, que nos anos sessenta havia se jogado pela janela quando recebeu um convite para assumir a gestão da biblioteca e o arquivo da fundação de patrimônio cultural prussiano. A tia Ruth mantinha vivas as tradições da casa e convidava estudantes estrangeiros da biblioteca para almoçar alguns sábados.

À diferença de Marburgo, Göttingen me permitia viver em um belo quarto em uma casa de estudantes coabitada metade por estudantes alemães e metade por estudantes africanos e asiáticos, na pouco generosa gíria popular conhecida como *Affenheim* (casa de macacos). Entre os estudantes estrangeiros, a maioria de ciências naturais, lembro bem do Mujahidin iraniano Reza, um iraquiano chamado Saddam, a tailandesa Rarim e sobretudo Ding Feng Bing, um matemático cinquentenário, vítima da revolução cultural novamente separado da família, por determinação do novo regime de Deng Hsiao Ping com a finalidade de recuperar conhecimento científico. Ter uma casa própria permitia um salto de liberdade, também por causa das primeiras relações com as mulheres. Dois anos depois, experimentava pela primeira vez no bairro Sul, primeiro, o aluguel de um quarto individual e, depois no bairro Leste, a fórmula do apartamento compartilhado (*Wohngemeinschaft*) no mítico *Sölenborn*.

Outra diferença entre as duas universidades era relativa à oferta de seminários. O mais instrutivo e interessante foi aquele de doutrina geral do Estado, de Christoph Link, no instituto de Goslarstrasse que havia sido dirigido por Gerhard Leibholz e Rudolf Smend. O seminário tratava de temas grandes e atuais como a doutrina de Weimar, a justiça constitucional, a separação dos poderes, o princípio da igualdade, do Estado de Direito e a democracia. Tive o prazer e a honra de apresentar e discutir ali minha análise sobre a recepção de Carl Schmitt na esquerda, sobre os poderes intermediários clássicos, novos e sobre a Corte constitucional italiana. Inesquecíveis foram os jantares na casa de Link, e as viagens a Karlsruhe/Estrasburgo (1981), Bruxelas (1982), Viena (1983) e - com alguns convidados de *Solidarnosz* - para Rhumspringe (1983). Lembro de muitas discussões com os pesquisadores (H. Wendenburg, C. Meinck, P. Preu) e os assistentes (em particular, o amigo Immo Rühling e H. De Wall) no instituto no qual conheci, também em 1983, o Pasquale Pasquino, que me ajudou a encontrar meu futuro professor italiano. Alguns dos participantes seguiram carreira acadêmica depois. A mudança do professor alemão para Erlangen pôs fim, infelizmente, a uma das tradições locais mais belas e estimulantes da faculdade de Göttingen.

Mas não foi esse, o único seminário. Na vertente civilista participei com um estudo sobre os efeitos gerais do casamento em um seminário de Direito Internacional Privado (U. Diederichsen e K. Hübner) e com um trabalho sobre greve e acordo patronal na Itália e na França no seminário de Direito do Trabalho (H. Otto), no

âmbito penal acompanhei um seminário sobre dogmática das atenuantes (M. Maiwald). Robert Alexy ministrou em 1980 seu “*proseminar*” sobre lógica e jurisprudência.

Para não me desviar em um comentário sobre o conteúdo das lições, quisera somente expressar finalmente um agradecimento especial, destacando a excelente qualidade das lições de Filosofia do Direito, teoria do Direito e Sociologia do Direito mas também a análise de textos clássicos da teoria marxista do Direito e a análise de casos de Ralph Dreier. Era o único professor não alinhado com o partido majoritário, aberto a teorias críticas da justiça. Devo a ele não somente uma sugestão para meu projeto de tese, mas também, antes de qualquer formação sobre o assunto, a sensibilidade na ordem analítica dos discursos, as técnicas de interpretação, argumentação e equilíbrio enriquecidas pelos seus discípulos (também J. Sieckmann). Com seu discípulo Reinhard Baule não somente começamos a ler a *Dialética da Ilustração* de Horkheimer e Adorno, senão que sempre discutimos com o maior proveito e prazer intelectual todas as críticas no nosso tempo.

Em conclusão, sempre estive convencido que a eleição de Göttingen foi a mais sortuda. Não cortei nunca de todo, os laços com Marburgo, frequentando as primeiras lições de “Direito Social” (*Sozialrecht*) do vice-presidente cego da Corte de Kassel E. Brocke, mas nunca aspirei a uma carreira acadêmica em Göttingen, nem sequer quando ganhava meu primeiro dinheiro como jurista traduzindo para o alemão para o especialista em Direito Nuclear (e músico) Werner Bischof as leis italianas sobre o uso da energia nuclear, derogadas posteriormente por um referendo popular.

Meus amigos mais críticos, sempre vão me lembrar que não respondi à pergunta que o presidente Rauschning me fez em Hannover, durante a primeira prova estatal, ao final dos estudos universitários: “Como se chama a classe dominante no pensamento marxista do Estado?”. Para além do medo de haver sido alvo da inquisição anticomunista, talvez também não quisesse saber nada da burguesia acadêmica.

6. O *Basisgruppe*

Minha mãe sempre expressou o temor de que meus amigos da faculdade me tornassem um “comunista”. Teria preferido a minha adesão ao corpo estudantil ou aos jovens do seu partido preferido, o Partido Democrata Cristão. Portanto, não falei nada

sobre os novos amigos de Göttingen, muitos dos quais haviam aderido, de diferentes posições políticas, ao chamado “Grupo de Base”, uma espécie de organização pós-maio de 68 que queria trazer um espírito democrático novo, mais crítico e alegre para o corpo docente mais tradicionalista da universidade. O grupo foi formado para participar nas eleições para o conselho estudantil da faculdade, a assembleia que constituía um órgão de autogoverno (Fachschaft), do ponto de vista do grupo de base, também com mandato político em sentido mais geral e substancialmente dedicado a experimentar novas formas de política democrática direta, não enquadradas na política partidária. No dia da primeira vitória eleitoral, hasteei uma bandeira vermelha no telhado do Juridicum, o prédio da universidade.

O grupo não era apenas político, mas também tentava inspirar novas formas de estudo coletivo entre os participantes e os alunos do primeiro ano. Além da experiência de preparação em grupo para o exame com Manfred Wiegandt e Immo Rühling, lembro-me de liderar um grupo de orientação entre alunos do primeiro ano, discutindo um livro sobre o fenômeno do blefe em competições estudantis. Lembro-me também de ter jogado como goleiro de um time de futebol (somente masculino) no *sport-dies* e de ter assistido à execução de uma peça de R. Hochhuth, intitulada "O Substituto" (der Stellvertreter) dedicada à figura do governador de Baden-Württemberg, Hans Filbinger, autor de algumas sentenças de morte da justiça militar nazista.

Os membros do grupo de base estavam sujeitos a um regime de estudos e a uma dupla responsabilidade cultural: acima de tudo, formavam um grupo para acompanhar as aulas e seminários, mas, também, formavam um grupo para discutir criticamente aquilo que nos ensinavam e todos os problemas que o ensino não abordava. Stephan Weil e Thomas Oppermann, dois dirigentes da juventude socialista, que depois fizeram uma longa e prestigiosa carreira política, indicaram o objetivo em termos elitistas: aspirar a ser os melhores alunos, tanto do ponto de vista interno da instituição, como do externo, em termos de crítica e reforma das instituições. Em um alerta às instituições, apoiei o seguinte ideal do jurista alternativo: “Via de regra, são as relações de poder econômico que determinam as jurídicas. Excepcionalmente, porém, a interpretação e aplicação da lei podem, mesmo independentemente da legislação, modificar as relações sociais de poder”.

As formas associativas dos subgrupos de estudo, mais próximos a mim, incluíam competições e eventos de baixa gastronomia, mais que de alta gastronomia,

em uma ocasião concluída para mim com salmonela no hospital. Lembro-me também do prazer particular de pregar peças, nem sempre de bom gosto, como o presente de uma galinha viva a um colega, a reserva surpresa de um serviço de mudança para um colega ou reclamações de consumidores por alegada falta de qualidade de Chocolates Ferrero. Também participei de duas excursões à floresta, a de Reinhardswald (1982) e a de Kaufunger Wald (1983), com camping, fogueira e excesso de álcool.

O grupo também tinha uma revista, “*Mindermeinung*”, que entendia a opinião credenciada dos professores como “menor”, geralmente apenas por razões quantitativas de consenso. De 1980 a 1982, acolheu minhas primeiras publicações, uma investigação sobre as condições do estudo, observações sobre Direito do Estrangeiro, uma crítica ao processo contra as manifestações anti-nucleares em Brokdorf e uma resenha de um livro de U. Wesel. Idealmente, ele estava tentando desenvolver *in loco* as funções da revista *Kritische Justiz*, a grande revista de 68 para juristas de esquerda. Na prática, o espírito crítico lutou contra uma pluralidade de raízes que exigiu muitos sacrifícios. Mesmo durante as três semanas para o exame de Estado (Hausarbeit), tomei a liberdade de escrever um recurso de inconstitucionalidade individual contra a obrigação de revelar a religião, estabelecida pela Lei do Censo Popular de 1983.

O grupo de base era de esquerda, mas não tinha uma alma propriamente comunista, por exemplo do *Kommunistischer Bund* a nível universitário, na época liderado por J. Trittin. Também sentimos simpatia pelos posseiros, não pelo *Mescalero* que confessava sua "alegria clandestina" pelo assassinato do prof. Buback (1977). E obviamente as autoridades estavam nos observando. Também me lembro de uma visita à prisão local, em que o oficial se gabou com um "nós os conhecemos bem".

7. O doutorado alemão na Itália

A vida em Göttingen era divertida demais para terminar com o exame estadual, mas a vida italiana também estava me atraindo cada vez mais. É por isso que pedi ao professor Link para fazer a tese de doutorado no Tribunal Constitucional italiano, graças a duas recomendações ótimas, recebi uma bolsa de estudo anual da Fundação Nacional para o Estudo do Povo Alemão (Studienstiftung des deutschen Volkes) e uma bolsa de estudos semestral do serviço nacional de intercâmbio acadêmico (Deutscher

Akademischer Austauschdienst, DAAD). Por meio de P. Pasquino, H. Ridder e K. Öllers-Frahm, estabeleci contato com o autor do mais conhecido manual sobre justiça constitucional, Gustavo Zagrebelsky. Após o casamento de Gine e Immo Rühling e uma viagem com Manfred à Espanha, Albocásser e Madrid, carreguei o Fiat Punto vermelho com meus poucos bens, me despedi de Geli e viajei para Rivolta d'Adda. Depois de ter tentado em vão um contato mais próximo no estado de Milão, voltei a me encontrar com Gustavo Zagrebelsky pela primeira vez em Turim. A recepção na empoeirada biblioteca Ruffini di Palazzo Nuovo foi amigável no início, tornando-se calorosa assim que nossos respectivos interesses musicais se tornaram claros. O professor chegou a pedir ao irmão que me hospedasse na primeira noite, com um pouco de febre e após a declaração do hóspede de conformidade com o regulamento antiterrorista. Alberto Romano, mesmo percebendo a minha falta de adesão aos costumes do vestuário, permitiu-me frequentar o *Istituto Giuridico*, em particular o quarto nº. 16 para escrever a tese (16. 10. 1984).

Graças aos amigos de Pasquale Pasquino, em particular Gabriella Silvestrini e Fabio Fiore, consegui um quatinho na casa da irmã de Gabriella, Maria Teresa, chamada Terri, em uma casa na Piazza Vittorio Veneto, a poucos metros da biblioteca principal de pesquisa de doutorado. Descobri Turim desde o centro, agitado, estudantil, nos últimos degraus e com tanto desejo de vida boêmia.

Mais tarde, no Palazzo Nuovo, encontrei o anúncio de Rupert Raison para dividir uma casa na Via San Secondo, marcando um encontro ao pé do duomo, porque o próprio Rupert trabalhava lá. Era "cerveja fácil, mas não aqui" o lema afixado acima da entrada do apartamento com a parada do bonde ao lado da cama.

Escrever não foi fácil porque, como sempre acontece nas teses, arriscava-me com distrações e digressões frequentes sobre temáticas diferentes da atualidade e de interesse turinense. Lembro-me das discussões animadas com Stefano Sicardi, Nicolò Zanon, Elisabetta di Suni, Anna Poggi, Roberto Louvin. Um resultado particular dos estudos com o professor foi a tradução de "Constituição e Direito Constitucional" de Rudolf Smend, realizada com energia em parceria com o querido amigo Fabio Fiore (1988). Outra experiência altamente formativa foi o primeiro congresso de constitucionalistas, em particular o de Pádua (1986).

A tese mantinha uma estrutura trilateral: Pasquale Pasquino havia estimulado meu interesse pela história das instituições e pela ideia de justiça constitucional

mediterrânea. A análise das fontes da Corte acompanhava a redação da segunda edição do manual de Gustavo, mas também a pesquisa comparativa sobre justiça constitucional, em Turim bem próxima a Giorgio Lombardi. Na terceira parte, estudei alguns casos importantes para entender melhor a contribuição da Corte no desenvolvimento da Constituição a partir de uma ótima micro-comparação judicial. Essa parte também foi influenciada pela experiência das práticas (*refendariato*). Não foi fácil fazer amigos italianos lerem a tese alemã ou representar a realidade institucional para tutores alemães. No final foi Christian Starck quem se encarregou da disputa, vendo-me chegar mais de um quarto de hora atrasado e com alguns lapsos de memória na parte histórica alemã (24.02.1989).

8. Antonella

No outono de 1984 fui convidado por Gabriella para um jantar na casa da amiga Laura, do qual também participaram Fabio e outro amigo alemão. Durante o jantar conheci uma garota de rosto doce, muito animada e curiosa. Cortei-a imediatamente e, ao contrário de minhas apresentações anteriores, recebi uma troca de sorrisos e amor. No final da noite fiz questão de acompanhá-la com o Fábio. Fomos para minha casa. Antonella teve que se preparar para um exame e pediu tempo, mas eu não queria que tudo se perdesse. Gabriella mais tarde me deu seu número e nos encontramos novamente. Também na casa de campo de Antonella em Bosconero.

Eu ainda não sabia nada sobre as consequências desse desejo de felicidade genuína. Foi uma mistura de sentimentos fortes, de descoberta, também emocionais, diferentes dos anteriores. Não foi difícil ser aceito pela sua família, pelo menos até decidirmos morar juntos sem o consentimento de seu pai (1988).

Era um relacionamento à distância, com contas de telefone altas, ardor e tantos quilômetros de estrada. A viagem mais longa foi Padua-Dublin (1986), passando pela França, Calais, Dover, Inglaterra e País de Gales. Não fui às Ilhas Aran, tema da tese de Antonella, seguida de Melita, mas procurei muitos livros dentro e fora da Biblioteca Nacional e nos antiquários, sem abrir mão da alegria de viajar pelo interior da Irlanda com o Polo vermelho. Talvez, por isso, fizemos tantas outras belas viagens juntos, primeiro pela Europa, até o último na Turquia, Rússia, Califórnia e Arizona. Após o

meu retorno à Alemanha, Antonella alugou uma pequena casa, com Roberta e Gabriella, para sediar o referendário pendular.

Na parte final do meu período de estágio (*referendariat*) decidimos viver juntos na Via San Secondo e, depois de dois anos, casar. No dia 12 de julho de 2013, em plena Copa do Mundo, trocamos alianças na Villa della Tesoriera em Turim e celebramos com um grande banquete no *Reale Mutuo Soccorso* de Prascorsano, aos pés das montanhas Canavese. Nossos parentes italianos e alemães se encontraram e se integraram alegremente.

O casamento também foi o principal momento de integração ítalo-alemã para mim. Se você me perguntar por que vivi metade da minha vida na Itália, respondo, porém, que não foi só por amor a Antonella. Mais que isso, foram experiências agradáveis de emoção, paixão e sociabilidade e, se você quiser procurar uma justificativa racional, a ideia de que com minha bagagem cultural alemã, eu poderia ser mais útil na Itália do que com o italiano na Alemanha.

9. O referendariato

Desde janeiro de 1986, comecei o treinamento prático para juristas alemães, chamado *Referendariat*. Formalmente, fui designado primeiro para um juiz civil, depois para um juiz do trabalho, para o ministério público da *Staatsanwaltschaft*, para um advogado do colégio de Kassel, para o diretor da diretoria do distrito ambiental de Kassel e para o gabinete da presidência do governo territorial *Regierungspräsident Kassel* com jurisdição sobre as emissões da indústria, e finalmente tive a honra de desenvolver em Turim um período de seis meses no escritório do advogado Franzo Grande Stevens como um complemento internacional à minha escolha. Substancialmente, a partir do estágio, lembro-me de alguns momentos particulares usados posteriormente em minhas aulas de italiano: o juiz que explicou em dialeto a sentença ao infanticida; outro juiz que num processo de abandono do centro de asilo, por um refugiado, que estando indefeso, pronunciou-se verbalmente: “o arguido pede pena leve”; minha conclusão na acusação que solicitava agravantes para um caso de assédio sexual por parte de um aposentado. Nas instituições administrativas tive um difícil processo de regularização de um pequeno zoológico, mas também a revisão dos vários sistemas de caça, a proteção da paisagem do distrito e a técnica de *Auflagen*, ou

seja, as ordens revogadas como condições destinadas a proteger o meio ambiente nas autorizações de atividade industrial ou as técnicas de equalização financeira municipal entre a cidade e os municípios vizinhos a Kassel.

No entanto, o período de estágio foi uma forma ainda mais complexa e divertida da vida estudantil, devido ao lugar e à história de Kassel, devido a alguns locais como a cantina judicial e as reuniões sindicais, devido à proximidade do tribunal aos museus da *Documenta*, e os ambientes de artistas e arquitetos.

Divertido, por exemplo, era o jogo semanal de vôlei e o consequente consumo de cerveja entre o grupo de advogados e os estagiários. Diversão era também a casa da Friedrich-Ebert-Strasse 145, dividida com dois músicos, entre os quais, o saxofonista era tão bom quanto irreprimível. A diversão máxima vinha nos finais de semana em Turim, na fase final no escritório de Franzo Grande Stevens onde também conheci o advogado Kaiser de Frankfurt, um grande especialista em livros antigos e prazeres da vida e futuro principal da minha breve atividade como advogado (que durou até 1996). Enquanto o advogado me cortejava com uma estadia de verão em um escritório de advocacia londrino, em Lincolns Inn, outros colegas políticos me pediram para ser recrutado como juiz na Alemanha.

Menos divertido foi o exame final em 16.03.1989 em Marburgo, para cuja preparação, recebi um caso complicado de Direito Imobiliário, na Flórida. No exame oral fizeram-me perguntas que mostraram como é difícil combinar a prática com a teoria e como o meu Direito já havia se tornado bastante italiano.

10. O doutorado italiano e o acesso a *La Consulta*

Em 1989 comecei meu doutorado em Direito Constitucional da Universidade de Milão. Havia conquistado uma vaga sem bolsa para Direito Comparado em Florença, com Alessandro Pizzorusso. Mas Milão estava mais perto de Turim e fui recebido com muita cordialidade e interesse por Giovanni Bognetti. Nas aulas milanesas participaram da *Via Festa del Perdono*, o professor Paolo Biscaretti de Ruffia e muitos futuros colegas com os quais me sinto ligado afetuosamente por uma longa amizade.

Havia muitas diferenças formais entre os dois doutorados, desde a prova de admissão, até o poder da comissão de declarar a validação dos meus diplomas alemães pela licenciatura, a exclusão da bolsa para estudantes licenciados no exterior, o curto

prazo de três anos, a centralização do exame final perante uma comissão nomeada pelo Ministério das Universidades e Pesquisa etc. Desde então, o doutorado foi ambíguo, em parte como voluntariado científico e em parte como um primeiro passo para uma carreira acadêmica, na qual os professores de Turim começaram a considerar que tinha possibilidades. No entanto, ainda havia uma norma em vigor que exigia a posse da cidadania como requisito para o acesso à carreira de pesquisador.

Mais do que o valor de troca do título, fui atraído pela formação cultural, seu contraste. Enquanto a tese do primeiro doutorado alemão tratava de trazer a instituição mais característica do "dúctil" Direito italiano a um auditório de língua alemã, com o segundo doutorado tratava de promover um diálogo entre o público italiano com a história da liberdade de consciência: "Liberdade de consciência e justiça constitucional". O tempo dos Direitos diagnosticada por Norberto Bobbio parecia impulsionar o estudo dos Direitos, embora não sem reservas e perplexidades por parte dos professores de Turim. O novo papel dos Direitos foi enfatizado pelo "Direito Dúctil" de Gustavo Zagrebelsky, que deu aulas em 1989 com os professores L. Favoreu, F. Delpérée, R. Llorente, D. Grimm no primeiro *Cours International de Justice constitutionnelle* de Aix-en Provence sobre justiça constitucional e Direitos Fundamentais, outro momento verdadeiramente fundamental da minha formação.

Posteriormente, recorro a uma série de discussões animadas em Turim, em particular com o professor de Direito eclesiástico Rinaldo Bertolino e o historiador do Direito Michael Stolleis (da *Fondazione Einaudi*), o primeiro mais ligado aos deveres da consciência, o segundo mais cético a respeito da possibilidade de uma história da consciência.

Como o segundo doutorado ficou sem bolsa, tive que viver tentando fazer toda uma série de trabalhos de pesquisa, consultoria e tradução relacionados, de alguma forma, ao Direito Constitucional.

Entre os meus papéis e as minhas poucas lembranças, vale a pena mencionar a carta do atual Presidente da Corte Constitucional, Francesco Saja, ao Dr. Gianni de Michelis, Ministro das Relações Exteriores, datada de 06.12.1989 com o objetivo de conceder uma bolsa de estudos: "Como disse, seria bem-vinda para Luther a possibilidade de um período de colaboração com este Tribunal. As colaborações deste tipo são extremamente úteis para o próprio Tribunal, que necessita de informações

cada vez mais extensas e precisas do Direito Comparado, especialmente em relação aos países da Comunidade Europeia”.

Foi a chave de acesso ao maravilhoso *Palazzo della Consulta*, quando fui designado para o departamento de estudos da seção de Direito Comparado, administrado pelo falecido amigo Nicola Sandulli e a descoberta das relações sociais dentro da Corte em umas belas férias romanas organizada por Massimo Siclari.

Outras fontes de renda foram o contrato de professor em Urbino e posteriormente em Udine, obtido através de Giorgio Lombardi, bem como algumas atividades de pesquisa. Também aproveitei meu recente título de advogado, inscrito no Tribunal de Frankfurt, colaborando ocasionalmente com o escritório de advocacia Valerio Onida.

O produto final foi aceito pela comissão (Dogliani, Grisolia, Occhiocupo) em 23.07.1992. Foi depositado em Roma, mas não foi publicado como livro. O impacto da tese foi modesto, mas a ideia de distinguir entre liberdade educacional, comunicação e ação / objeção de consciência foi muito apreciada, pelo menos, pelos novos amigos do chamado Grupo de Pisa.

11. Os concursos e a integração na comunidade científica

Neste ponto da minha vida acadêmica na Itália, abre-se a corrida dos concursos. Perdi um (em Direito Comparado), mas tive êxito em todos os outros dos quais participei, começando pelo de Direito Constitucional para ser professor titular, o último concurso “nacional”. Apresentei como contribuição a publicação da tese na coleção Starck e uma pequena monografia que se aprofundava na ideia e na história da justiça constitucional do século XIX. A comissão foi presidida pelo prof. Franco Modugno, que é hoje juiz constitucionalista. O tema da minha aula foi "Direitos Sociais". Um concurso que durou cinco anos devido a várias complicações processuais e de recursos (não meus), dos quais nunca se colocaram todas as cartas na mesa.

Como era possível que um estrangeiro, além de alemão, ganhasse um concurso acadêmico de Direito Constitucional, disciplina tradicionalmente vinculada ao mais estrito Direito nacional? Fui o primeiro, sinal de novos ares um novo e mais aberto sobre a matéria, também na Itália. A isso, acrescento algumas palavras que um colega me disse mais tarde, mais ou menos ironicamente: sua cooptação entre os

constitucionalistas italianos poderia servir como elemento dissuasivo contra a imitação e o plágio da doutrina alemã.

Nesse momento, deveria ser "chamado" por uma das trinta e cinco sedes universitárias interessadas no concurso. Foi em Pisa, onde Alessandro Pizzorusso lecionava, a quem sempre serei grato por ter me escolhido para o que então ousava-se chamar, sem brincadeira, de escola pisana de Direito Constitucional.

Minhas aulas eram ministradas na Sala Magna com belos afrescos no *Palazzo della Sapienza*, reaberta após sua restauração, depois do terremoto de 2012. Meu escritório no *Istituto di diritto pubblico* na *Piazza dei Cavalieri* tinha vista para o *Palazzo della Normale* e para a torre do Conde Ugolino. Na biblioteca podia trabalhar até tarde porque, com a cumplicidade de alguns zeladores, tinha uma via de fuga fornecida *ad personam*. A partir dessa base em Pisa, tive a oportunidade de lecionar também na Academia Naval de Livorno e de colaborar com a *Scuola Sant'Anna*.

Em Pisa também pude cultivar meus interesses musicais. Com um professor de física nuclear, um professor emérito de hidráulica e um alfaiate, formamos um quarteto de cordas que tocava em uma casa histórica sobre o Arno, outras vezes na *Dannunziana Marina di Pisa*. Alguns dos meus colegas hoje se lembram de mim sobretudo como goleiro em uma famosa partida de futebol de professores contra alunos, uma mostra beneficente que foi até mesmo narrada pela imprensa local. Não consigo me lembrar e acariciar um a um aqui, mas todos sabem que esses anos em Pisa foram particularmente felizes, *vita bella*.

O percurso posterior da minha carreira fez com que eu adquirisse, com uma edição provisória da monografia "Prática dos Direitos Fundamentais" e com o apoio de romanos e pisanos, o credenciamento na primeira categoria em concurso local na Universidade de Teramo, o que permitiu que eu fosse contratado em Alexandria.

O reconhecimento formal das publicações e o credenciamento acadêmico sempre me pareceu pouco. É mais difícil conseguir e conservar a autoestima substancial e o reconhecimento da qualidade dos próprios trabalhos.

Quantitativamente, não faltaram contribuições, mas qualitativamente sempre me senti no dever de apresentar novas ideias, mesmo fora do comum, e de investigar novos critérios de avaliação. Embora tantos amigos e colegas falem tanto sobre competições, não são as competições que fazem o professor, mas sim uma boa pesquisa

e uma boa didática. Voltarei a esses aspectos da investigação e à minha busca pela identidade do "bom constitucionalista" mais tarde.

Embora tantos amigos e colegas falem tanto dos concursos, não são os concursos que fazem o professor, senão a boa pesquisa e a boa didática. Voltarei a esses aspectos da investigação e à minha busca pela identidade do "bom constitucionalista" mais tarde.

12. *Incipit vita nova*

O dia mais bonito em Pisa foi aquele em que nos deram a notícia de que Claudia, uma menina de um mês e meio (26.11.1996), foi dada em adoção. Decidi pegar o último trem de volta para *Novi Ligure* e Antonella veio com Andrea Giorgis me buscar à uma e quinze da manhã. Na manhã seguinte, tivemos nosso primeiro encontro e imediatamente o amor surgiu. Três dias depois, foi assinada a resolução, momento que ainda hoje recordamos como o "dia da família". Claudia era uma menina e é uma jovem belíssima, com olhos que vão do azul escuro ao claro, cabelos cacheados, vivaz e corajosa, sabe rir com prazer e prestar atenção nas pessoas, embora às vezes tenha dificuldade em suportar conflitos e homens dominantes. Seus álbuns estão cheios de boas lembranças de infância. Em casa ela deixou as flautas que tocava com Ulrike Merkel e as fotos de cavalos. Aprendeu alemão sem sotaque, passou na seleção, no exame de direção e sozinha encontrou casa, trabalho e autonomia.

Sempre procurei estar perto, mesmo nos momentos mais difíceis da adolescência. Não me cabe avaliar o meu sucesso, mas devo admitir que nem sempre foi fácil para mim, expressar adequadamente os aspectos subjetivos e emocionais da minha maneira de ver as coisas, e de ver as suas. No percurso da minha vida, a questão que permanece é o que ela me ensinou e o que ensinamos um ao outro. Uma resposta poderia ser que me ensinou a acalmar minha impulsividade, minha paixão e, às vezes, também a minha irascibilidade hessiana. Outra resposta poderia ser que aprendemos a constituir construir uma família independentemente da carreira, unindo a nossa à grande família dos Luther que se reúne todos os verões na Alemanha.

A sorte da adoção de Claudia nos encorajou a querer mais, um irmão internacional. O dia 24 de julho de 2002, foi o dia do nosso inesquecível encontro com Sujan em Bal Mandir, em Kathmandu. Nossos olhos imediatamente se encontraram e

se perfuraram e começamos a brincar com uma bola. Ele tinha então 4 anos e meio e um irmão quase gêmeo sob a responsabilidade de uma família em Milão. Imediatamente ele me pareceu fisicamente um Mowgli, espiritualmente um pequeno Buda.

O mês que passamos em Katmandu serviu não só para que nos conhecêssemos no hotel Shangrila, mas também para descobrir com Sujan aquela parte do Nepal e também para adotar o país numa época em que a queda de sua monarquia era iminente. Conservo alguns escritos sobre a esperança de constitucionalização do país e com Domenico Francavilla fizemos uma primeira leitura sobre sua difícil transição.

Quando voltamos para a Itália, Sujan nos confidenciou muitas de suas primeiras memórias e logo aprendeu italiano e alemão, inevitavelmente às custas de sua língua materna. O álbum “seus primeiros 18 anos” é repleto de momentos e belas imagens que mostram como ele cresceu sem perder sua beleza exterior e interior.

Sujan quis aprender a tocar violoncelo e fizemos alguns duetos juntos, não apenas em família. Ele abriu nossos olhos para o mundo do design. Ele também queria se dedicar ao mundo do Direito, mas hoje reúne suas primeiras experiências de trabalho como cozinheiro, trabalho árduo, mas certamente mais criativo e produtivo.

Tal como aconteceu com Claudia, tive muito a aprender com ele no aspecto emocional e não tenho a certeza se consegui protegê-lo de forma adequada do espírito desta época, cada vez mais intolerante com a diversidade. Pelo que poderia ter me ensinado, diria que consegue cuidar de formas de comunicação silenciosa muito mais eficazes do que a polêmica e a discussão.

Tive o privilégio de poder ensinar à minha família também novas formas de mobilidade e vice-versa. Até Antonella teve a coragem de apertar os esquis e aprender junto com Claudia e Sujan a superar o medo da descida livre nas montanhas de Valsassina. O chalé de Amazas, perto da nascente do gnaisse e da casa de Ezio, Luisa, Francesco e Laura, nos permitiu viver fora da metrópole e do, mais que majestoso, alojamento da Via Roero de Cortanze.

Fazem parte da mobilidade, o deslocamento automobilístico entre a Itália e a Alemanha, as visitas à avó em Marburgo, aos outros parentes alemães, ou a amigos como Immo, Gine, Robert e Lennart Rühling de Göttingen. A esta mobilidade, quis aliar uma particular abertura e hospitalidade na nossa casa turinense, ainda que não compita a este que escreve, avaliar a sua efetividade.

Falta mencionar a mobilidade das viagens em família, nas férias de verão e de páscoa, com metas italianas como Salento, Toscana, Valle d’Aosta, Brenta; europeias como Dinamarca, Polônia do Norte, Suécia, Praga, Escócia, Croácia e um grande giro pela Europa Central (de Dresde, passando por Auschwitz, Cracóvia, os montes Tatra, Győr, Graz, até Trieste), St. Moritz, Malta, Mallorca, e fora da Europa a Costa Leste com a família Wiegandt, Namíbia com a família Hoffer e Turquia com a família Cantino. O elenco de metas turísticas pode ser um exemplo da vontade de mobilidade e de vitalidade dos pais mais que dos filhos, os quais, talvez tenham preferido mais estabilidade e tranquilidade.

Nos últimos vinte anos, vivi como um pêndulo entre Turim e Alexandria. No momento em que conquistei o posto, havia me proposto ficar pelo menos uma década, para não abusar da mais jovem e menor universidade, como mero trampolim de entrada para Turim, onde havia dado aulas de justiça constitucional nos anos noventa, às que se somaram outros cursos de Direito Constitucional, também em inglês, desde 2012.

O Piemonte oriental - ou melhor, o *Basso Piemonte* - é uma universidade que se desenvolve não só em Alexandria com seus “*Mandrogn*”, segundo Umberto Eco, de caráter fechado, astuto e teimoso, mas também Vercelli e Novara, um triângulo interprovincial com tanta história quanto rivalidade local. Vinte anos não foram suficientes para conhecer todos os tesouros culturais de Alexandria e Vercelli custodiados pelo nosso amigo Angelo Torre. Até o ano passado, eu não conhecia, graças a Renato Balduzzi, a “Ilha reencontrada dos compositores”. Sem poder mudar de residência, envolvi-me com os alunos - também nas escolas - contribuindo com pesquisas locais, ou de doutorado, como os projetos de recuperação de Marengo, os estudos do ISRAL (*Istituto per la Storia della Resistenza di Alessandria*), ou para o Fórum Político Mundial em Bosco Marengo, e em alguns aspectos da presença institucional da província e da Câmara Municipal.

Fui chamado de *professore straordinario* da atual Faculdade de Ciências Políticas fusionada, não sem atrito, com a de Direito em um único departamento sediado no *Palazzo Borsalino*, sede histórica da fábrica de chapéus revivida pelo

recente documentário Borsalino City (2015). Eu era um defensor da fusão, embora nem sempre estivesse satisfeito, em particular pelo doutorado em pesquisa, que coordeno desde 2011.

Aos alunos do meu curso de (Instituições de) Direito Público, apresentei as ciências políticas, econômicas e sociais como uma tríade de estudos do discurso, dos interesses e dos fatos da sociedade, desenvolvendo um método talvez mais pisano que turinense, mais atento aos elementos, às fontes do Direito e aos princípios fundamentais da Constituição. Estudamos Direito tanto como linguagem técnica quanto como história dos princípios fundamentais condicionados por uma pluralidade de fontes, contextos institucionais e condicionantes da solução dos principais problemas jurídicos e políticos da atualidade.

Ao ser, inicialmente, o único jurista, com Luca Geninatti, os colegas não juristas me deixavam livre para escolher as disciplinas (por exemplo, Direitos da União Europeia) e para experimentar novas temáticas jurídicas (como política constitucional comparada). Por outro lado, fui eleito para o conselho de administração da faculdade (2005-2012), dando-me uma grande oportunidade de desenvolver as competências práticas necessárias para todo jurista acadêmico. Posteriormente, o Conselho Universitário Nacional me nomeou membro do Conselho Judicial da Corte de Apelação de Piemonte / Vale de Aosta (2012-2016).

Após a fusão, meus colegas constitucionalistas me permitiram retomar o ensino de Justiça Constitucional e até o privilégio de lecionar um ano de Filosofia do Direito. Tudo isso teria sido mais difícil, senão impossível, em outros departamentos. Sendo o decano dos juristas, devo expressar não apenas gratidão aos meus colegas, mas também pedir desculpas por meus excessos apaixonados em minhas posturas, por vezes, moralizantes.

Os últimos vinte anos no Piemonte Oriental, ensinaram-me o dever de expressar minhas preocupações e esperanças pelo bem institucional do departamento e da faculdade. Ainda restam preocupações sobre o futuro da licenciatura quinquenal, da pesquisa jurídica e da biblioteca. Fica, ainda, a fé de que os colegas saibam entendê-lo. A intransigência e a involução devem ser evitadas, e continuar a buscar mediação e a (re)ponderação.

14. O doutorado alexandrino

A ideia do DRASD (*Dottorato di ricerca in autonomie locali, servizi pubblici e diritti di cittadinanza*) foi de Renato Balduzzi, sendo desde o início compartilhada e apoiada por mim. Imaginava um doutorado vanguardista (“*di nicchia*”) em juspublicismo, até hoje inexistente na Itália, que não tem estruturas e revistas acadêmicas especializadas no Direito local que sejam comparáveis às francesas e alemãs. Tivemos muitos bons estudantes, com teses nunca recusadas no exame final, assim como a tradição da semana de estudos sobre as autonomias locais, aulas magistrais sobre temas gerais, um anuário e um observatório sobre as autonomias locais (OPAL), mas, infelizmente, não montamos uma biblioteca especializada adequada.

Na última década, assumi a responsabilidade de integrar o DRASD num doutorado interdisciplinar, com dois outros espíritos humanistas, um filológico e o outro, histórico, por exemplo, com seminários sobre Umberto Eco ou sobre *Law and Culture in India (Prasannanshu)*. Com essa finalidade, também fundamos uma coleção editorial chamada “Línguas, direitos, histórias”. Não sem engenho, aumentou-se a sua internacionalidade e interdisciplinaridade, assim como no doutorado sobre aprendizagem, com a ANCI.

Ao contrário dos programas de doutorado que frequentei, todos centrados na relação com um único relator principal, decidi, acima de tudo, assumir a responsabilidade direta pela formação geral e individual dos doutorandos e pela sua autonomia de pesquisa. Mas como ensinar, hoje em dia, a pesquisa jurídica científica? A didática da pesquisa jurídica ainda parece um livro de sete selos. Num debate em Turim entre Gustavo Zagrebelsky e Armin von Bogdandy, apontou-se, há muito tempo, a fragilidade das “ciências jurídicas” e o caráter demasiado “prudente” e prático do saber próprio aos juristas acadêmicos. A proibição italiana de citar fontes doutrinárias nas sentenças, ainda que como fontes auxiliares, acaba premiando mais as opiniões *pro veritatem* dos advogados – e uma cultura de comentários mais ou menos comuns sobre as decisões tomadas – do que a apresentação de interpretações construtivas sobre sistemas jurídicos complexos e bem ordenados.

A meu modo, busquei treinar habilidades de pesquisa bibliográfica, num contexto em que revistas e novas formas de comunicação social fazem, dentro das

comunidades científicas, com que a redação do livro acadêmico seja cada vez mais difícil. Não menos intenso foi o trabalho de conhecer os critérios, as técnicas de revisão e os sistemas de avaliação de textos inter- e multidisciplinares. Na tradição europeia (ou franco-alemã), deu-se foco principalmente às exigências e garantias estruturais da tese. Aderindo à ideia da ciência constitucional como ciência cultural, de Peter Häberle, no fim das contas, dei mais importância às competências de contextualização da pesquisa.

O interesse público pela autonomia local e pela atividade doutoral foi importante tanto dentro das instituições de província e da câmara municipal de Alexandria quanto no âmbito estatal periférico, por parte dos funcionários. Produziu-se uma importante abertura na região, e não só graças à *Rivista Piemonte delle Autonomie*. Mostrou-se mais difícil, às vezes, conseguir o apoio material do departamento.

Queria dedicar uma última menção aos meus alunos doutores Giovanni Boggero, Giovanni Cavaggion e Maike Heber. Ter acompanhado as suas teses sobre a Carta de Autonomia Local do Conselho Europeu, direitos culturais e política constitucional italiana foi não só um prazer, como também um orgulho.

15. Construir pontes entre a cultura constitucional da Itália e da Alemanha

Peter Häberle já me caracterizou e elogiou em diversos lugares como um pequeno “pontífice”. Em que sentido pude servir a uma causa tão nobre com a minha pesquisa? Tentei, sobretudo, combater os estereótipos nacionais, que tanto pesaram sobre as relações entre os dois países, tendo Gian Enrico Rusconi observado, há tempos, o seu lento retorno. Segundo Luigi Vittorio Ferraris, os alemães amam os italianos, mas não os estimam, enquanto os italianos estimam aos alemães, mas não os amam. Lembro-me, por exemplo, de um juiz de Kassel que me perguntava se, na Itália, com sua instabilidade política, havia verdadeiramente uma constituição.

Em segundo lugar, falta um maior conhecimento mútuo, por meio de traduções e comparações diligentes. No que diz respeito às traduções de textos clássicos, seguiram-se à de Rudolf Smend outras de Hans Kelsen, Ernst Fraenkel (por Enrico Daly) e Peter Häberle. No tocante à comparação, aprendi a ter consciência das assimetrias e fragmentações das informações comparativas, sempre que parte de um

ordenamento mais conhecido do que o outro. Mostrou-se necessário evitar um estilo de comparação apressadamente valorativo e identitário, como por exemplo: no longo prazo, as nossas instituições são as melhores. É preciso diálogo e uma disponibilidade recíproca para reconhecer os elementos comuns e representar as diferenças: o que podem aprender, uns dos outros, povos e instituições.

Em terceiro lugar, é necessário ter sensibilidade histórica e filológica, assim como a capacidade de prestar contas ao passado e às tradições interpretativas da constituição. Sempre busquei representar o contexto italiano para o interlocutor alemão e vice-versa. Não como histórias nacionais paralelas e antitéticas, e sim como uma história europeia comum, enraizada numa memória difusa da *Shoah*. A incapacidade de indenizar os trabalhadores forçados italianos e as medidas contra a Villa Vigoni foram casos emblemático, que salientaram a divergência entre as culturas constitucionais e as relações internacionais dos dois países.

A comunidade é necessária para construir pontes. O próprio Peter Häberle me adotou, desde os anos 90, em sua comunidade científica, constituída em torno de um excelente seminário e de um grupo de amigos internacionais, que exportaram o seminário para Roma, Granada, Montpellier, Lisboa e Brasil. No fim das contas, tive a honra de contribuir, como mais um discípulo, em seu último livro-homenagem.

As outras comunidades que me recrutaram foram a *Societas Juris Publici Europae* (C. Starck) e o *Colloquio costituzionale italo-tedesco* (A. v. Bogdandy, P. Huber, S. Cassese). Finalmente, tive a grande honra de ser o primeiro professor italiano a ser incluído numa associação alemã de juspublicistas. Na minha última participação, tentei atrair o interesse dos colegas alemães pelo *Réseau Académique de la Charte Sociale Européenne*.

Resta a dúvida sobre ter criado o suficiente, ter produzido, mas não gravado, e continuar sendo, basicamente, um estranho. Em todo caso, pelo menos tentei. A esperança é que a próxima geração possa crescer numa Europa forte e resiliente.

16. O constitucionalista viajante

Para conhecer a Europa em seu pluralismo institucional e legal, não basta viajar pelo continente: é necessário, também, ter pontos de vista externos. Durante a minha vida laboral, tive mais de uma oportunidade, nas fronteiras da União Europeia.

Lembro-me de uma viagem a Sarajevo (2008) para um curso de capacitação sobre “Direitos fundamentais, federalismo, minorias e regras da maioria”, organizado por Fulco Lanchester e destinado aos técnicos e membros do parlamento, incluindo alguns acusados de crimes de guerra, assim como de uma viagem de inverno a Oslo (2011), com Erik Fossum e Agustín Menéndez, para discutir o estado da constituição europeia da UE.

Um projeto de pesquisa de interesse nacional, ao lado de Gianmaria Ajani e Lihong Zhang, me permitiu viajar, pela primeira vez, a Shanghai, na China (2009), para falar sobre as perspectivas da justiça constitucional. Posteriormente, também fui convidado à histórica Nanquim (2014), para falar sobre a história dos direitos fundamentais; a China não rejeita nenhum constitucionalismo, mas acredita, sobretudo, na efetividade do Direito político. Para repensar a circulação dos modelos, estudei a história da rota da seda.

Um convite intermediado por Hellmuth Goerlich proporcionou-me a honra de participar – visivelmente coxo – da conferência preparatória para a reforma constitucional turca, em Istambul (2011), com um breve discurso sobre as experiências de revisão mais recentes na Itália e na Europa. O grande problema é a possibilidade de estabelecer uma democracia islâmica, relativizando os princípios e cânones do secularismo de Ataturk. Tive reuniões com constitucionalistas do Egito e do Iran.

Depois, o mestre alemão Peter Häberle levou o seu “Giorgione” ao Brasil, em São Paulo, Salvador da Bahia e Brasília (2011), onde fiz apresentações sobre os direitos fundamentais europeus. Descobri outra peça dos BRICS, com uma constituição ampla, juízes fortes e uma sociedade multicultural, muito colorida. Alguém brincou, dizendo que, neste momento, poderia até ser conveniente para Portugal unir-se à federação brasileira. Um dia depois da eleição de Bolsonaro (2018), voltei a Porto Alegre (Ingo Sarlet), Curitiba (Carlos Strapazzon) e Brasília (Gilmar Mendes), me atrevendo a fazer um prognóstico moderadamente reconfortante sobre a estabilidade da constituição.

Uma conferência internacional sobre “*Consent and Conflict in the Constitutional Basic Order*”, organizada por Hermann Glaser, d “*German –Southeast Asian Center of Excellence for Public Policy and Good Governance (CPG) at Thammasat University Faculty of Law Tailandia*”, levou-me, por fim, à Tailândia (2012), o país asiático com o maior número de constituições de menor duração.

Depois, Gorki Montilla me convidou para uma apresentação na *Universidad Católica de Lima*, no Peru (2012), no *Centro de Estudios de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional*. Também falei num workshop sobre direitos indígenas, durante a primeira convenção nacional de direito constitucional do país, e fiz uma contribuição sobre a razoabilidade e responsabilidade do magistrado na Escola da Magistratura.

O convite de Malhendra Singh para uma conferencia indo-alemã na *National Law University*, na Índia (2016), me deu a oportunidade de sustentar que o que faz a economia de mercado ser “social” não é apenas a solidariedade, como também a garantia de direitos sociais. Voltei a lecionar Direito Constitucional Comparado (e a visitar o *Uttarakhand*), participando ainda de uma *Winter University* do professor Prasannanshu.

Também teria gostado de aprofundar-me sobre as riquezas antropológicas do constitucionalismo africano, mas só fiz um estudo sobre a Somália e a *Shoah* na África. Juntas, todas essas inspiradoras missões, além de vários outros trabalhos e reuniões com colegas estrangeiros, ensinaram-me que o mundo do Estado constitucional é grande demais para ser conhecido por um único constitucionalista. O constitucionalismo continua sendo um modelo mais ocidental do que global e muitas autoridades públicas, nacionais, e internacionais, do privado, seguem tendo desconfiança.

17. O ideal do bom constitucionalista

Depois de tudo isso, é o momento de refletir sobre o sentido e o valor da nossa profissão. Começo perguntando-me por que, durante os meus estudos na Universidade de Göttingen, o Direito Constitucional me “tocou” mais do que outros campos jurídicos. É uma pergunta que me faço agora, o porquê de eu ter gostado mais, à época. Hoje, poderia dizer que era, sobretudo, a abertura do Direito para a política: não a política partidária, mas sim, com simpatia, especialmente na juventude, pela política de esquerda. Era um momento de idealismo, que se reencontrava, acima de tudo, com os princípios fundamentais da Constituição. Percebo que essa atitude “idealista” talvez seja mais extensa entre quem estuda Direito Constitucional do que em outras áreas do Direito. Afinal, a Constituição alemã possuía e opunha uma força positiva às experiências totalitárias que dissolveram a Constituição num todo, fosse

em torno do povo como unidade ética e étnica ou do líder que personificou. Aliás, à época, a Constituição italiana parecia-me cheia de potenciais ideais. Com o tempo, os meus estudos me ensinaram que o idealismo, por si só, não é suficiente, devendo associar-se a uma boa dose de realismo. Equilíbrio difícil, pois estamos lidando com opostos.

Mais do que isso, o meu problema sempre foi a perspectiva realista, porque sempre senti o perigo do cinismo oportunista à espreita dos constitucionalistas (como para os internacionalistas). Desde a década de 1990, encontrei, na Itália, um ambiente agradável para relançar a ideia de política aristotélica, da qual me sinto próximo, ao invés da maquiavélica.

Quem quer que trate da Constituição tem maior responsabilidade do que outros juristas, pois o objeto de seu trabalho não se refere a isso ou aquilo, individualmente, e sim à qualidade de vida da comunidade, em seu conjunto. É sabido que, em todos esses anos, eu sempre busquei me manifestar, não só na produção científica, como também nas aulas universitárias que dispensei nas instituições onde fui convidado a atuar. Um exemplo: a Comissão de Garantia da Região do Piemonte (um pequeno tribunal constitucional). Talvez por personalidade, sempre senti uma certa relutância em aparecer em pública, quer para assinar os muitos manifestos elaborados na Itália, quer para fazer aparições na televisão ou declarações e entrevistas. Considero que a neutralidade é meu dever, o que não significa indiferença – inclusive, não tomar posições propagandísticas nas campanhas de referendo (e, com frequência, fui mal interpretado e criticado por isso).

Para mim, a advocacia não foi conciliável com o ideal do bom constitucionalista universitário. Ao contrário da Alemanha, é muito difundida, na Itália, a figura do constitucionalista-advogado, mas entendo que o constitucionalista tem mais em comum com o promotor e o juiz, posto que não representa interesses particulares. Alguns colegas me criticaram por ser ingênuo quanto ao constitucionalismo dos magistrados, mas aprendi, com estudos e no Conselho judicial, que a própria magistratura tem o poder de “constitucionalizar”. Além disso, um tribunal constitucional aberto para a sociedade civil nem sempre é amistoso e deve evitar um excessivo envolvimento com o sofrimento ou a intolerância da política.

18. As formações musicais

Nesse excuro, gostaria de rememorar as principais formações musicais que marcaram o curso da minha vida. A primeira de que participei talvez tenha sido um curso de música para crianças (*Musikfreizeit*), durante uma semana, no hotel juvenil Winterberg. Depois vieram as orquestras do ensino médio e uma orquestra particular do Dr. Butenuth. A experiência amadora mais divertida foi um quarteto, composto por um médico, um varejista de brinquedos e uma enfermeira. Tocávamos todo o repertório clássico à tarde e, às vezes, depois de jantar espaguete, varávamos a noite.

Na Orquestra de Câmara de Marburgo, dirigida por Horst Pusch, atendemos toda a região com concertos, não raro, associados a coros, que criavam cantatas, oratórios e missas. Comemoramos 20 anos em 1983 e fizemos algumas viagens agradáveis, em especial, uma a Maribor, na Eslovênia.

Depois de um interlúdio no *Oxford Opera Club*, fui aceito na *Akademische Orchestervereinigung* de Göttingen, ao lado de Joachim Sticherling. O diretor Hermann Fuchs era um grande músico, com inúmeras qualidades. Como musicólogo, sabia explicar o repertório romântico e moderno com muita clareza. Na qualidade de responsável musical da igreja da universidade, interpretou cantatas todos os anos e, além disso, compunha. Também organizamos concertos de música de câmara na aula magna dos domingos, pela manhã, e, por ocasião do festival da cidade, uma orquestra de música ligeira. Lembro-me de dois maravilhosos finais de semana de ensaio em Katlenburg e de duas turnês em Orléans (1982) e Toruń.

Quando cheguei à Itália, a vida musical parecia, inicialmente, mais difícil. Uma forma particular foram os encontros com professores pianistas, primeiro, com Gustavo Zagrebelsky e, depois, com Peter Häberle. Outra forma encontrada foram dois shows de “Spaghetti Rock” nos clubes Metró e Centralino, com Rupert Raison, e, uma vez, cheguei até a tocar numa discoteca.

Houve, em 1985, um recomeço mais condizente com o barroco piemontês, com o grupo *Consonanza*, um conjunto barroco fundado pelo flautista Paolo Dogliotti e a cantora Maria Freda, ao qual também se juntou Ilaria Gallinaro. Lembro-me, em particular, de um bom concerto numa igreja em Canale d’Alba.

Depois, o cravista Walter Mammarella me incluiu no *Insieme Strumentale Arché*, um grupo de jovens do conservatório, com quem me lancei em vários concertos

de música barroca bem orquestrada, entre 1990 e 1993. Lembro-me de um concerto comovente em Novara, no dia do assassinato de Giovanni Falcone. Inicialmente, o violinista Paolo Cantamessa também me incluiu como participante em sua formação “Augusta”. Com o cornista Filagna, tocamos até sextetos do antigo professor de violino Vallora, em Piazza Cavour. Vem-me à mente um lindo concerto no estúdio Casorati.

No final dos anos noventa, formou-se o quarteto pisano, que me trouxe alegria e felicidade. Charlotte Hermelink também organizou música de câmara em sua casa, em Turim. Depois, a família retomou o hábito da música natalina nas edições anuais do festival de *chefs* e músicos, buscando pôr em prática a máxima de Telemann: em todas as coisas, o canto é a base da música. O musicólogo Alberto Rizzuti procurou enriquecer os programas e também organizou outras iniciativas, em especial, o “Combate entre Tancredo e Clorinda”, de Claudio Monteverdi, na aula magna. Com a flautista Elisabetta di Suni, também tocamos música barroca no departamento. Athos Canestrelli organizou um concerto para o meu 50º aniversário.

Por fim, a última formação musical foi a dos flautistas barrocos Paolo Gambino e Gabriele Ricchiardi. Com eles, a *Hausmusik* manteve viva a música amadora, que não era completamente substituível pela música e os concertos no Teatro Regio, ou outros momentos da música profissional de Turim. Em conclusão, as formações musicais fizeram da música uma alegria indispensável na minha vida, mas a minha música amadora talvez tenha tido um significado ainda mais profundo.

19. *Non posso non dirmi laico e credente*

O curso da minha vida está caminhando para o fim. Ficam algumas penúltimas perguntas. Perguntei a um amigo valdense se seria hipocrisia reatar com a consciência religiosa somente ao aproximar-nos do fim da vida. A resposta foi negativa, porque sempre aspirei a um estilo de vida otimista, baseado na alegria de viver e na busca por significado e valor, duas formas de luz que são faróis fundamentais nas religiões. O desespero, por outro lado, seria um pecado.

Algumas objeções merecem ser tratadas imediatamente. Em primeiro lugar, não nego que vivi fora da igreja protestante durante muito tempo, que não estou acostumado a invocar Deus como meu pai, que não gostei de me declarar religioso e que não dei nenhuma educação religiosa específica aos meus filhos. No entanto,

respeito as instituições eclesiásticas e aceitei pertencer à cultura protestante. Entendo que Deus não pode ser personificado e que falar “Deus” é uma questão de atos, não de palavras. No fim das contas, a educação das crianças deve respeitar tanto a sua liberdade de consciência quanto o seu direito de avançar na direção de modelos culturais mais complexos, que incluam valores religiosos. Além disso, objetaram-me que, às vezes, eu fui excessivamente viciado em trabalho, ofuscando os prazeres e a alegria da vida social. Ora, os sofrimentos do trabalho sempre foram equilibrados com os prazeres intelectuais da pesquisa e as docências, pelas satisfações dessa vida de relacionamento com outros pensadores, produzida pelo intercâmbio de trabalho intelectual. Mesmo aqueles que podem ter sofrido com minhas críticas e provocações, muito diretas e nem sempre suficientemente educadas, não podem negar o desejo de espontaneidade, originalidade, imediatismo e autenticidade das minhas ideias. Isso não significa que a fé dependa do desempenho espiritual, pois também se pode viver uma vida privada mais humilde e contemplativa.

Enfim, poder-se-ia objetar, em particular, que o bom constitucionalista não pode deixar de se identificar com um princípio de laicidade das instituições públicas. Para mim, tal secularismo foi representado, em Turim, por muitos professores e amigos, mas nunca justificou consequências ateias ou agnósticas, no âmbito pessoal e social. Pelo contrário, sempre acreditei no amor ao próximo, na possibilidade de encontrar uma verdade e na busca de um sentido para a minha existência. Essa fé foi fundamental para a minha vida e o meu trabalho.

Em muitos artigos científicos, senti a relevância das questões de consciência. O meu interesse pela história e pelo ensino da *Shoah*, compartilhado inicialmente com Simona Forti e, depois, com Sarah Kaminski, também tinha uma razão religiosa, uma defesa cultural contra o ódio que corrói a positividade. A reinvenção da dignidade humana, entendida com o direito de ter direitos garantidos, é mais do que uma simples religião civil e, também, uma sacralização da pessoa humana.

Por último, durante o doutorado, ao comparar o apocalipse ambiental de Luca Mercalli à teologia da criação de Jürgen Moltmann – segunda a qual Deus “mora” no mundo –, tive a visão de um possível teocídio. A minha crença não é uma palavra sobre Deus, e sim a ação justificável, numa consciência que reconhece os seus limites e não pretende ser eterna e suprema.

Recentemente, concordei em escrever um panfleto sobre os valores europeus para um grupo da iniciativa “epiStoa”, que alude ao individualismo epicuriano e às virtudes estoicas. Isso também é uma busca pelo significado da existência. Não é de se surpreender que os valores fundamentais das constituições europeias, com os quais a maioria se identifica, situem a paz em primeiro lugar. Sem negar a dialética dos conflitos, tenho fé e esperança na paz.

20. Algumas conclusões

Esse curso chega ao fim. Acima de tudo, gostaria de agradecer a todos que me concederam o seu amor e sua amizade, incluindo aqueles que não foram citados – e temo que, entre parentes, colegas e amigos das horas livres, sejam muitos. A isso, quero agregar os meus votos de felicidade e serenidade, para o futuro de cada um, individualmente, e de todos. Não é fácil pensar e gerir esse futuro num contexto de crises múltiplas – políticas, econômicas e culturais –, que tornam os nossos mundinhos mais inseguros. O curso da minha vida ensinou-me a ser moderadamente otimista.

No plano político, bate o coração de todos à esquerda, embora, depois, sentimentos e razões nos levem a dividir-nos em posições distintas. No curso da minha vida, tive mais posições normalmente críticas à posição majoritária e próximas da socialdemocracia, dos ecologistas, dos radicais e dos democratas, embora nunca tenha me afiliado e, como constitucionalista, sempre tenha tentado buscar o diálogo com outras posições. Essas formas de pluralismo podem recuar diante do populismo, mas, enquanto tivermos um mínimo de esperança e almejarmos uma política melhor e mais pacífica, elas continuaram sendo defesas indispensáveis para qualquer democracia europeia e cosmopolita.

Na esfera econômica, o capitalismo não venceu em 1989, pois o modelo europeu de economia social de mercado resiste aos modelos americano e chinês. Desigualdade e pobreza não são destino. A próxima geração já está assumindo a responsabilidade pela prevenção de emergências ambientais no planeta, assim como pela proteção dos bens comuns.

Por fim, no âmbito cultural, estão surgindo muitos novos desafios, desde a proteção da diversidade cultural para o desenvolvimento sustentável até o impacto das

novas formas de inteligência artificial. Deve-se manter a autonomia das culturas no que diz respeito à economia e à política. Precisamos de otimismo quanto à capacidade de inovação das culturas.

Portanto, não nos desesperemos e tenhamos confiança em nós mesmos. A vida seguirá adiante.

43. DESPEDIDA DE JORG LÜTHER



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-43>

G. Zagrebelsky

Publicado em DPCE online 2020/1

Tristeza e dor nos unem aqui, hoje, em nome de Jörg: tristeza e dor que compartilhamos com Antonella, Claudia e Suján. Ao mesmo tempo, percebemos uma onda de afeto, que talvez não imaginássemos ser tão forte, e justamente agora, quando é tarde demais para demonstrar esse afeto a Jörg. Não ousamos confundir nosso duelo com o de uma família muito especial em muitos aspectos, que agora perde um de seus dois pilares. Querida Antonella, prometemos ficar ao seu lado, de forma mais intensa do que no passado, mesmo perdendo mais de uma ocasião para fazê-lo.

Tenho o privilégio de me lembrar de Jörg - junto com você esta tarde - porque talvez seja eu quem o conhece há mais tempo em Turim.

Apresentou-se no Instituto Legal, de bermuda (escândalo!), com o violoncelo nas costas e uma carta de apresentação do professor que dirigira - na Alemanha - sua tese de doutorado sobre justiça constitucional na Itália e que então revisava a publicação (ocorrida em 1990, na prestigiada editora Nomos). Ele já falava bem italiano, ainda que com algumas dificuldades que nos faziam sorrir; por exemplo, ele não conseguia pronunciar a palavra *qui* (aqui) corretamente e sempre entendia *qvi*. Ele planejava então um semestre acadêmico na Itália, como se seguisse o próprio costume alemão (que seu pai cultivara com a família) de "viajar para a Itália".

Naquele semestre logo teve que se transformar em uma raiz peculiar que, entretanto, não poderia cancelar suas raízes culturais alemãs, nem o *genius loci* de sua matriz. Desde então, uma pessoa perfeitamente binacional esteve conosco, que às vezes nos parecia muito alemão, e talvez na Alemanha ele possa ter parecido muito italiano. Jörg tem sido uma ponte muito forte e eficaz, como seu principal mentor alemão, Peter Häberle, disse na época. Ficou muito feliz quando foi acolhido na *Associazione Italiana dei costituzionalisti*, o primeiro membro alemão, bem como quando foi acolhido na Associação Alemã de Professores de Direito Público, como o primeiro membro italiano.

Reunindo ideias e memórias para esta despedida, percebi muitos aspectos da personalidade de Jörg que nunca havia considerado como um todo. Agora que as juntei, é como se tivesse nas mãos uma paleta cheia de muitas cores, entre as quais cada um de nós poderia ter e extrair a sua preferida, ou mesmo todas essas cores ao mesmo tempo. Digo “extrair”, porque se exibir ou se fazer exibir nunca foi costume desse tipo, discípulo doce, delicado e até frágil, tímido, esquivo e quase incômodo em eventos acadêmicos em algumas ocasiões, como se tivesse medo de não ser aceito como “um de nós”; quando na verdade era muito mais do que isso. E quando se deparou com as dificuldades das relações (humanas e) acadêmicas - ele as encontrou, como todos nós ou talvez mais - nunca conseguiu seguir o conselho: deixa pra lá, esquece, segue seu caminho sem se preocupar com outras coisas, ou os outros.

Ele acreditava na cultura, sendo ele próprio muito culto e não só na área jurídica. De seu pai trouxe uma predileção pelo pensamento filosófico, teológico e político da Reforma, ao qual até dedicou alguns estudos. Em sua biblioteca, há uma estante que reúne os livros de seu pai - principalmente muitos textos kantianos - que ele ensinou aos visitantes com grande reverência. E a música, cultivada até os últimos dias de forma nada profissional, mas profunda, quase sempre junto com outros instrumentistas, que interpretou sintetizando com um lema de Telemann (se bem me recordo): a música é feita de notas que vão e vêm quando querem, e você nunca sabe para onde irão.

As “notas” que Jörg tinha à sua disposição eram de fato muitas, e quando ele tomou a palavra - mesmo em circunstâncias estritamente legais - você nunca sabia onde ele iria parar, com efeitos inesperados e, aparentemente, até chocantes ou extravagantes: mas apenas à primeira vista porque ao insistir neles, percebeu-se que abriam novas perspectivas. Resumindo: não era alguém que repetia pensamentos corriqueiros, mas buscava novas misturas que abrissem perspectivas e dessem estímulos para avançar em um mundo complexo, quase tudo a ser construído.

Sua personalidade estava aberta ao diálogo e em acordo com diferentes ideias, mas sempre se mantendo firme em seus princípios. A justiça era sua bússola, mas não uma justiça sem conteúdo, mas a justiça dos fracos que se opõem à opressão e, em última instância, conduz à paz na justiça. Sem dúvida, ele poderia ter compartilhado o lema do Antigo Testamento: três coisas governam o mundo, verdade, justiça e paz, com a justiça no centro. E mesmo quando - como muitas vezes acontecia - tomava

posições que lhe pareciam legalistas ou formais, isso acontecia porque nelas encontrava correspondência com algo mais profundo e bem enraizado no direito constitucional como o "direito cultural", que não significa direito "irônico" (como talvez já tenha sido dito), mas certo como resultado de uma longa luta por justiça, para a qual Jörg olhou de uma forma "moderadamente otimista". Nessa luta, o ideal e o real se encontram e muitas vezes se chocam em uma perspectiva muito concreta, que nada mais é do que a cultura como ele a entendia.

Apesar de sua timidez - ou talvez justamente por causa de sua tendência a ficar em segundo plano, e do desejo de reagir a ela - não conseguimos lembrar um congresso, uma mesa redonda, uma conferência em que Jörg não levantou a mão para pedir a palavra e, quando não o podia fazer, recordamos bem os seus murmúrios, que também eram um comentário persistente, uma reflexão contínua sobre o que se dizia, ou se fazia, como acontecia tantas vezes na vida administrativa do Faculdade.

A sua visão da vida acadêmica era a de uma profunda solidariedade laboral e profissional, uma ideia de "companheirismo" que nem sempre condizia com o individualismo, o carreirismo e a dissolução da comunidade de espíritos e vivências que infelizmente caracterizou a Universidade ao longo do tempo presente.

Para ele, o direito constitucional deveria ter uma vocação internacional - antes, global ou cosmopolita - assim como a paz e os direitos deveriam ser globais. Sua compilação de escritos no volume *Europa constituenda* (2007) atesta que para ele a Europa era uma questão crucial, talvez devido à memória das terríveis consequências do histórico conflito franco-alemão.

E, finalmente, sua verdadeira paixão pelo ensino. Quantos cursos ministrou, quantas horas dedicou a eles, quantos experimentos didáticos já tentou? Eu não seria capaz de listá-los. Nos mais jovens, via quem tinha que nos continuar. Durante sua doença, Jörg dedicou o que restava de suas forças a uma meditação que é tanto um equilíbrio quanto um legado, intitulada *Il corso della vita mia* (O curso de minha própria vida). Esta meditação ampla e de campo pleno, escrita na recordação imposta por uma doença sem saída e da qual ele tinha plena consciência, coincide com uma comovente abertura à continuidade da vida e ao compromisso que já deu aos seus discípulos e à comunidade científica da qual faz parte. Em sua despedida, ele escreve:

“Queijo da Córsega giunge alla sua fina. Vorrei innanzitutto ringraziare tutti coloro che mi hanno concesso il papagaio amore e la papagaio amicizia, incluindo

tutti coloro - e fear che tra parenti, colleghi ed amici del tempo libero siano tanti - che non sono stati nominati. É por isso que eu devolvo o aggiungere degli auguri di parabéns e serenità pelo futuro de ognuno pessoalmente e di tutti. Não sou fácil pensar e administrar esse futuro em resposta à crise política, política, econômica e cultural, e aos nossos nostri piccoli mondi più insicuri. Il corso della vita mia me tem sido um restaurante inseguro a moderadamente otimista.

Nell'ambito politico, il cuore di tutti batte a sinistra, anche se poi sentimenti e ragioni portano a dividersi su posizioni molto diverse. Nel corso della vita mia ho avuto più posizioni spesso critiche di quelle maggioritarie e vicine a partiti come la socialdemocrazia, i verdi, i radicali e democratici, anche se non ho mai preso tessere e da costituzionalista ho sempre cercato il dialogo anche con altre posizioni. Queste forme di pluralismo possono regredire di fronte al populismo, ma fino a quando abbiamo un minimo di speranza e volontà di una politica migliore e pacifica resteranno difese indispensabili per una democrazia anche europea e cosmopolita.

Nell'ambito economico, il capitalismo non ha vinto nel 1989, perché il modello europeo dell'economia sociale di mercato resiste ai modelli statunitensi e cinesi. La disegualianza e la povertà non sono il destino. La responsabilità per la prevenzione delle emergenze ambientali del pianeta e la tutela dei beni comuni è già stata rivendicata dalla generazione prossima.

Nell'ambito culturale infine emergono tante nuove sfide, dalla tutela delle diversità culturali nello sviluppo sostenibile fino all'impatto delle nuove forme di intelligenza artificiale. Occorre mantenere l'autonomia delle culture dall'economia e dalla politica.

Serve ottimismo nella capacità di innovazione delle culture.

Quindi nessuno disperi ma tutti abbiano fiducia in sé stessi. La vita andrà avanti.”

A vida continuará: o mesmo acontecerá não apenas com moderados otimistas como Jörg, mas também com moderados pessimistas. E vai continuar sem ele: de verdade?

Nas conversas espirituais das últimas semanas e no Curso citado há muitas reflexões sobre o que restará de nós. Jörg não era religioso no sentido de pertencer organicamente a uma denominação religiosa, embora seu nascimento, sua vida e sua morte tenham sido profundamente luteranos. Ele acreditava em uma realidade espiritual superior - a respeito da qual cada um de nós permanece muito pequeno - e que, no entanto, não nos esmaga, pois é feita daquilo que contribuimos

espiritualmente ao longo de nossas vidas e por meio delas. É uma realidade, não simplesmente uma memória. Nem tudo é matéria, corpo. Não é verdade que os mortos vivem apenas na memória dos vivos, como sombras condenadas a desaparecer. O espírito é uma realidade que pode separar-se dos corpos, sobreviver a eles para voltar a ser compreendida, apreendida e vivificada para nos vivificar.

Tal como acontece com aqueles que estão fisicamente vivos, podemos dialogar com aqueles que vivem nessa esfera superior que sobrevive aos corpos. E se nos voltarmos para eles, não é apenas para lhes dar ofertas passageiras, mas também para receber suas dádivas duradouras. É este o Deus em que podemos acreditar? Nas palavras ditas nesses momentos, não podemos mentir para nós mesmos: nessas palavras não podemos deixar de acreditar. E então dizemos por sua vez: adeus professor Jörg Luther.

44. ECONOMIA DOS SENTIMENTOS



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-44>

Francisco Balaguer Callejón

Hoje, 23 de março de 2020, nono dia de confinamento, abri um livro muito especial. Suas páginas estão em branco e em cada uma delas desenhei três colunas, marcadas com uma linha vermelha. A primeira é dedicada ao nome das pessoas, as outras duas são como os dos livros de contabilidade, com um débito e um crédito. Numa dessas colunas anoto todos os dias os abraços e beijos que devo a amigos que não poderei ver neste período. Os que parei de dar nos dias anteriores ao isolamento, quando parei no meio de quem se aproximava de mim com a ideia de me cumprimentar. Os muitos abraços ou beijos que mando em mensagens todos os dias para minha família e para aqueles que me escrevem perguntando se estou bem e me dizendo para me cuidar e não sair. Não posso deixar de me lembrar, ao mesmo tempo, da minha tia Lola (Tita, para minhas irmãs e para mim) e da canção de Léo Ferré, *avec le temps*. Só que não esqueci, com o tempo, aquela voz que me dizia "não volte tarde e, acima de tudo, não fique com frio". Este é também um momento para a memória de quem ficou nos caminhos que percorremos e para que essa memória nos dê forças para continuar.

Na outra coluna escrevo os abraços e beijos que todas as pessoas que não verei durante esses trinta dias me devem. Quase me assusta pensar nisso porque me lembro das minhas tias de Balerna e das bochechas doloridas que me deixaram quando eu era pequeno, quando me viram e me comeram com beijos. Também anoto aqueles que me foram enviados por tantas pessoas queridas, algumas das quais não me contatam há meses ou mesmo anos e agora escrevo de vez em quando para transmitir o seu carinho. Se fosse possível medir a ternura que circula nas redes, certamente teremos superado em poucos dias a de muitos anos anteriores, inclusive com as mensagens de Natal.

Existe uma economia real, que teremos de reconstruir sabe-se lá como, quando tudo isso acabar. Mas há também uma economia de sentimentos que não se enfraqueceu nem um pouco e que cresce a cada dia. Nele encontraremos todos os recursos de que precisamos para resistir e vencer. Nós vamos conseguir.

Já se passaram vinte dias desde que Jörg nos deixou, vítima de câncer. Em 3 de fevereiro, tive a primeira notícia de sua doença, por meio de Peter Häberle, e liguei para ele para saber como ele estava. No dia 4 tive que fazer uma viagem ao México, mas combinamos que iria vê-lo quando voltasse quando ele ministrava o curso que tinha em Milão em meados de fevereiro. De Milão fui para sua casa em Torino na manhã desta quinta-feira, dia 20. Conversamos por mais de duas horas, sobre muitas coisas, principalmente direito constitucional. Ele estava sereno e calmo, como se nos tivéssemos visto na véspera e estivéssemos retomando uma conversa já iniciada. Quando saí, ele me deu um livro sobre o futuro da constituição e nos despedimos com um abraço. Então veio a eclosão da epidemia e a necessidade de cortar qualquer contato físico com outras pessoas. Tive a sorte de poder dar o meu último abraço a Jörg e estou ciente do privilégio que isso acarreta num momento em que já não é possível dizer adeus a entes queridos numa situação tão difícil.

Sempre considerei Jörg como uma espécie de irmão mais novo. Não posso dizer por que isso acontece. Tínhamos a mesma idade (até ele era três meses mais velho do que eu), mas sempre tive um sentimento de proteção em relação a ele, talvez porque ele fosse um tanto ignorante em relação às coisas práticas da vida. Às vezes, eu precisava ajudá-lo a organizar uma viagem ou tirá-lo de algum problema, como quando ele se tornou muito alemão em um contexto mediterrâneo no meio de uma crise financeira. Uma de suas muitas qualidades era justamente a inocência, uma ingenuidade que o levou a defender suas ideias sem se dar conta às vezes do lugar e do ambiente em que o fazia.

É difícil para mim saber quando conheci Jörg. Lembro que estávamos conversando em Torino sobre quando foi a primeira vez que ele esteve em Granada e nenhum de nós conseguiu acertar a data. Na verdade ele era uma daquelas pessoas que você tem a impressão de já ter conhecido por toda a vida. Ele começou a acompanhar nosso professor em suas viagens a Granada há muitos anos e mais tarde nos congressos que organizamos da Fundação Peter Häberle fora de Granada, Itália, França, Portugal, Alemanha ou Brasil. Quando Peter Häberle parou de viajar para fora da Alemanha por motivos de saúde, Jörg continuou a vir conosco onde quer que alguém da comunidade Häberlian em todo o mundo organizasse uma reunião. A última vez foi em Hamburgo em maio do ano passado e alguns meses antes em várias cidades do Brasil. Além disso,

tínhamos outros amigos alemães e italianos em comum, por isso tínhamos nos encontrado recentemente em várias conferências em Milão, Salerno ou Berlim.

Guardo as fotos de todos esses congressos e Jörg costuma aparecer com sua expressão entre amistosa e distraída, a de um intelectual que parece estar pensando em outra coisa. Lembro-me especialmente de alguns deles, por exemplo, aquele que celebramos em Granada com um concerto no *Palacio de los Córdoba* que ele e Peter Häberle deram. Anos depois repetiram um concerto, com outro repertório, em outro congresso que fizemos em Catânia. A música, sempre a música, até ao fim, com a peça de Telemann que soou, segundo Antonella, no momento da despedida. Um vínculo que uniria especialmente Peter Häberle, um conforto também para todos nós nas horas tristes, tão esbanjadas nos últimos anos, como o será para Antonella e seus filhos.

Nos dias do congresso de Catania, nós três (Peter Häberle, Jörg e eu) sentados no parque ao lado da *Oreja de Dioniso*, em Siracusa, idealizamos aquele lindo projeto que viria a se tornar o livro *Peter Häberle. Ein Portrait*, no qual Jörg prestou inestimável ajuda na revisão dos textos que acompanham as fotos. Foi um belo presente que preparámos para os 80 anos de Peter Häberle, no dia 13 de maio de 2014, no âmbito de um Congresso em Lisboa organizado pelo nosso amigo Vasco Pereira da Silva. No dia 13 de maio também tivemos uma reunião em Düsseldorf no Congresso organizado por Lothar Michael, que tivemos que adiar até que seja possível, talvez até o próximo ano, quando a crise de saúde terminar.

Seja quando for o Congresso de Düsseldorf, Jörg não estará mais fisicamente presente no evento. Mas sua ausência não será motivo para esquecer, mas para lembrar. Não só porque lhe dedicaremos esse Congresso e porque a sua imagem presidirá as sessões, mas porque a dimensão da sua perda, hoje obscurecida pela multiplicidade de tragédias quotidianas que estamos a testemunhar no mundo, terá plena relevância quando as águas se acalmarem e houver para começar a falar sobre o futuro do direito constitucional. Precisamente o título daquele livro que ele me deu da última vez que nos vimos e que guardo como um tesouro.

No aplicativo de contatos do meu telefone, mantenho os nomes dos amigos que não estão mais lá. Sei que não poderei ligar para esses números e que, se o fizesse, outras vozes além das que reconheceram a minha atenderiam. Mas nunca consegui apagar seus nomes porque para mim isso seria o equivalente a uma despedida final.

Percorro a lista quando tenho que ligar para alguém e o coração sempre dá um salto, porque você sabe que por trás desse nome só existe um número que eles não vão mais atender. Agora, no entanto, com os novos aplicativos de mensagens, o nome de Jörg ainda está anexado à sua foto de perfil e às fotos que enviei a ele de algumas das últimas conferências que compartilhamos. Já os nomes das pessoas que nos deixaram, como o de Jörg, estão vinculados a um pedaço da vida que ficará para sempre lá, enquanto os aplicativos de computador permitirem.

No livro de abraços pendentes que abri hoje, nono dia de reclusão, aparece o nome de Giorgione, como alguns de seus amigos o chamavam carinhosamente de Jörg. Eu sei que nunca poderei retribuir a ele e àqueles que devo a ele, ou receber o que ele poderia ter me dado. Continuo anotando, no entanto, toda vez que recebo mensagens de amigos que me lembram disso atualmente. Do Brasil à Alemanha, passando pela Itália, França, Espanha, Portugal ou México. Quem sabe se aqueles abraços virtuais com nossas lembranças e nosso carinho também não chegarão a ele.

Os intelectuais nunca morrem completamente, porque seus trabalhos permanecem e, com o passar dos anos, podem continuar a inspirar o trabalho das gerações futuras. Mas pessoas como Jörg não apenas continuarão a viver através de seus livros e escritos, mas também em nossa memória e na amizade que compartilhamos. Porque eles são uma parte muito importante da economia de nossos sentimentos. Com sua aparência um tanto confusa, seu comportamento afetuoso, sua indiscutível timidez e a gentileza que irradiava ao seu redor, Jörg sempre terá um lugar em nossos corações.

45. DESPEDIDA A UM QUERIDO AMIGO



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-45>

Manfred H. Wiegandt

Ele morava na Itália há mais de três décadas e, segundo me disse, conseguia se expressar melhor em italiano do que em alemão. Mas Jörg Luther! Com esse sobrenome, era impossível esconder sua herança alemã. Não quero me concentrar muito na carreira acadêmica de Jörg, que em grande parte aconteceu durante a segunda metade de sua vida na Itália. Esse nunca foi o foco de nossas conversas. No entanto, ao longo dos anos, tivemos conversas, telefonemas e correspondência sobre tópicos acadêmicos e trocamos nossas publicações; às vezes ele ajudou a editar um texto em inglês. No entanto, nesta área, outros saberão muito mais do que eu sobre o Professor Jörg Luther. Por isso, prefiro contribuir com alguma ideia sobre sua personalidade, pelo menos na medida em que tive a oportunidade de vivenciá-la.

Quando nos conhecemos durante nossos primeiros semestres como estudantes de direito na Universidade de Göttingen, ele tinha aquele cabelo ruivo encaracolado e despenteado. Portanto, era normal para alguns de nós chamá-lo de "Red Jörg". Politicamente, ele também poderia ser chamado de vermelho, pelo menos, se isso significasse caracterizá-lo como uma pessoa de tendência esquerdista ou crítica. Esses alunos ainda eram uma minoria distinta entre os alunos de direito em Göttingen na época, por isso não foi surpreendente que nos deparamos com uma dúzia de alunos fundando um grupo de direito, chamado *Basisgruppe Jura*, que principalmente abrangia alunos de esquerda, esquerda liberal e alunos alternativos em nosso corpo docente, e eles eram o antídoto para os conservadores tradicionais lá.

Na Alemanha, o exame final depois de estudar Direito não é conduzido pela universidade, mas pelo Ministério da Justiça do Estado, a universidade tradicionalmente não tem sido uma boa preparadora de seus alunos para aquele primeiro exame de direito crucial. Por isso, muitos alunos matriculam-se em cursos particulares que os preparam durante meses - e com uma boa quantia, claro - para o exame completo. No entanto, muitos de nós não gostamos dessa abordagem comercializada e, além disso, pensamos que especialmente os aspectos críticos da lei seriam completamente perdidos neste tipo de preparação para o exame escolar.

Portanto, os alunos frequentemente formavam seus pequenos grupos de preparação para o exame (*Examensarbeitsgruppen*). Jörg, Immo Rühling (outro amigo querido) e eu fundamos nosso próprio grupo cerca de dezoito meses antes de planejarmos a inscrição para nossos exames. Nos encontramos três vezes por semana; Cada sessão foi preparada e orientada alternadamente por um de nós, abordando os principais temas, Direito Privado, Penal e Público. Ainda me lembro claramente de nossa primeira sessão de Direito Público no dormitório afro-asiático onde Jörg vivia entre a maioria dos estudantes estrangeiros, que era exatamente o ambiente em que uma pessoa de orientação internacional como ele floresceria. Ao contrário de muitos alunos que iniciaram a preparação para o exame, não iniciamos nossas sessões de Direito Público falando sobre a estrutura do exame ou a importância do notório "ato administrativo" (*Verwaltungsakt*). Naquele dia, até ignoramos totalmente o livro que selecionamos para usar como texto básico. Pelo contrário, discutimos - provavelmente sendo o primeiro grupo de preparação a fazer isso - as várias teorias da democracia, e em parte de forma muito controversa. Não é de estranhar! Jörg era o encarregado de orientar a discussão.

Isso era típico dele. Ele estava menos interessado nos aspectos pragmáticos e dogmáticos, mas muito mais intrigado com a filosofia e a teoria do direito subjacentes, com ideias novas e interessantes. Não era incomum termos que levantá-lo de suas nuvens de raciocínio filosófico e lembrá-lo de que o objetivo de nosso esforço era - entre outras coisas - passar em um exame. Embora frequentemente acompanhem seus desvios do pensamento jurídico comum, também nos opusemos a algumas de suas ideias que às vezes eram muito rebuscadas. Raramente tínhamos sessões chatas. O resultado foi que não seguimos a maioria para nos tornarmos advogados unidimensionais. E também que todos nós passamos nos exames com resultados acima da média.

Nós três tínhamos muito mais contato um com o outro do que muitos outros amigos da faculdade de direito. Além do nosso grupo de preparação para exames, havia cursos de direito ordinário para assistir, incluindo os seminários muito inspiradores no Instituto *Allgemeine Staatslehre* (teoria constitucional); Havia nossas atividades do *Basisgruppe*, que também incluía jogar futebol, mas também havia muito tempo livre que dividíamos juntos. Na minha opinião, Jörg tinha duas características específicas, em parte contraditórias. Um era o do notório "professor distraído", alguém

que sempre metia o nariz em um livro novo que estudava com o lápis nas mãos, alguém que perdia repetidamente a carteira em algum lugar da cidade (mas se recuperava milagrosamente na maior parte do tempo). Seu interesse pela academia era óbvio e ele provavelmente o herdou de seu pai, que era professor de didática em línguas antigas e filosofia na cidade natal de Jörg, Marburg, em Hesse. Infelizmente, ele morreu tragicamente antes de Jörg terminar a escola lá. Em geral, a infância e a juventude de Jörg podem ser consideradas fases protetoras e intelectualmente satisfatórias. Sua família *gutbürgerliche* (burguesa) deu-lhe acesso à música.

Ele se tornou um talentoso violoncelista e buscou refúgio neste instrumento ainda nas últimas semanas de sua vida. Crescendo com um pai cujos passos acadêmicos ele seguiria mais tarde e uma mãe carinhosa e compreensiva, um médico de profissão cuidou dele, de seu irmão mais novo e de cinco outros irmãos do primeiro casamento do pai de Jörg. A vida nem sempre foi fácil para ele, pois ele teve que superar o linfoma não-Hodgkin. Apesar disso, Jörg era - e essa era a outra característica de sua personalidade - uma pessoa com muito humor. Quando sua mente não estava ocupada com ideias filosóficas ou outras ideias altamente intelectuais, ele costumava ser como uma criança pequena, suas piadas quase me faziam lembrar de Tom Sawyer de Mark Twain. Ele era alguém que traria uma galinha viva como presente de aniversário para uma festa em um apartamento de estudantes. Já como estudante, ele era conhecido por ser descaradamente Italófilo. Lembro-me de uma viagem com nosso seminário de Staatslehre a Bruxelas durante a Copa do Mundo de 1982 na Espanha. Fomos com um grupo maior a um bar para assistir à segunda parte da partida entre Itália e Brasil. Todos apoiavam o Brasil, exceto "Giorgione", que era como alguns amigos italianos mais tarde o chamariam. Quando a Itália venceu, Jörg ficou tão feliz (e ao mesmo tempo chateado conosco) que deixou o grupo. Não o vimos novamente naquela noite, pois ele estava comemorando a vitória italiana acenando com o tricolor para os fãs da cidade.

Seu estilo de direção selvagem era perceptível. Até os italianos, que são muito menos preconceituosos do que os alemães, balançaram a cabeça e chamaram de *pazzo*. Eu poderia contar mais anedotas, por exemplo, a história de uma caminhada em que bebi demais e quase tropecei na fogueira. Em vez de me salvar da morte pelo fogo, Jörg, que estava sóbrio, pegou minha câmera e tirou uma foto minha. Eu sobrevivi sem

a ajuda deles, mas a foto é sempre algo para começar uma história. Essas memórias fazem parte de uma longa amizade.

Os amigos se amam apesar de seus defeitos e Jörg era um verdadeiro amigo. Desde a década de 1990 vivíamos muito distantes, ele em Torino, eu na Nova Inglaterra. Com muita energia, muitas viagens entre Turim, Pisa, Roma, Alemanha e outros lugares, conseguiu realizar os seus dois sonhos, viver como um "europeu nascido na Alemanha", como se autodenominava na Itália, tornando-se professor. Quando eu ia visitar a Alemanha, ele costumava dirigir por horas com sua família, para me ver (e minha família). Ele sempre tirava algumas horas de seu tempo limitado na Alemanha para visitar um amigo doente e, claro, sua mãe idosa em Marburg. Frequentemente nos trazia algumas iguarias que ainda não conhecíamos, é claro, não sem antes nos dar uma palestra sobre o que era, de onde vinha e como deveria ser preparado. Ele certamente gostava de sua profissão acadêmica, mas era principalmente apaixonado por ela porque ajudava a satisfazer sua própria curiosidade.

Nunca o ouvi se gabar de todas as pessoas que conheceu no mundo, e alguns de seus muitos contatos internacionais só me foram revelados agora, após sua morte. Jörg também sempre teve uma opinião ou ideia sobre tudo, e não porque sempre soube mais, mas porque se interessava por tudo. Ele era um amigo em quem você podia confiar, alguém que lhe daria sua última camisa, se você precisasse.

A última vez que nos encontramos antes de sua doença foi em Göttingen, no início de novembro de 2019, para comemorar o 40º aniversário do nascimento do grupo de alunos que um dia ajudamos a fundar. Ele parecia saudável e muito mais jovem, até um pouco infantil, durante os sessenta anos que carregava nos ombros. Algumas semanas depois, soube de seu diagnóstico devastador de câncer pancreático. Considero-me afortunado por o ter tido como amigo e por ter tido a oportunidade de o ver pela última vez, três semanas antes do seu falecimento. Ele estava se preparando para o final e escrevendo suas memórias, *Il corso della vita mia*. Marburg 1959 - Torino 2020, principalmente para seus dois filhos adultos, Claudia e Sujan. Ele faleceu pacificamente em casa, cercado pela família e alguns amigos no dia 3 de março de 2020, aniversário de sua amada esposa, Antonella. Você precisa de ritmo, meu caro amigo.

46. JÖRG LUTHER, JURISTA EUROPEU



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-46>

*Enrico Grosso*¹

*Anna Maria Poggi*²

O professor Jörg Luther nos deixou prematuramente após uma curta doença.

A comunidade de constitucionalistas deve muito a ele. Jörg foi um ponto de referência para todos nós a nível científico e humano. Um jurista original e refinado e um amigo generoso, que sempre soube surpreender e obrigar seus interlocutores a elevar o nível do confronto dialético e a elaborar pensamentos mais complexos, enfim, esforçar-se cada vez e nunca se contentar com raciocínios fáceis ou triviais. Embora às vezes possam ser cansativas, as discussões científicas com ele sempre levam você um passo adiante, mesmo quando você não compartilha as passagens argumentativas ou conclusões. E a sua cortesia pessoal, o seu irônico mas sempre bom e amável sorriso, a generosidade e o impulso com que deu a sua atenciosa contribuição para a comunidade científica a que pertencia levaram todos a perdoá-lo por algumas angulosidades e rigidez, que por sua vez foram filhas de um sentido muito forte da “ética do jurista”, mistura de rigor e idealismo, intransigência e profunda autenticidade.

Traçar um perfil científico do Prof. Lutero não é fácil, tão vasta é a sua produção, tanto do perfil quantitativo quanto dos interesses desenvolvidos em mais de trinta anos. Se quiséssemos dar uma definição de seu itinerário científico, poderíamos dizer que Jörg Luther manifestou plenamente, mesmo do ponto de vista de sua biografia pessoal, a figura do jurista europeu. “Cidadão europeu nascido na Alemanha”, gostava de se definir. E esta sua maneira de ser - ao mesmo tempo - irredutivelmente “alemão” e orgulhoso “italiano” (e, portanto, uma síntese perfeita do melhor espírito europeu) encontra-se em seus numerosos escritos sobre a Europa. Sua reflexão sempre se entrelaçou com os temas do direito público europeu, que em sua visão teórica representou a âncora ideal das capacidades expansivas inatas do direito

¹ Universidad de Turín.

² Universidad de Turín.

constitucional. Sua contribuição para a construção de uma teoria do "constitucionalismo europeu" representa um dos legados mais fecundos de seu pensamento. Jörg estava sinceramente convencido da necessidade de professar adesão, bem como atenção, à "construção da Europa" a partir do perfil do direito constitucional e da cultura.

A isto, que considerou uma verdadeira e própria tarefa do jurista, dedicou muitos escritos, alguns dos quais decidiu recolher no volume *Europa Constituenda* de 2007 (cf. *Europa constituenda. Studi di diritto, politica e cultura costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007). Foi uma época de grandes ilusões, alternada com muitas outras grandes decepções, à época imediatamente após o descarrilamento do projeto de Tratado Constitucional e o consequente fracasso do processo constituinte europeu, quando Jörg ainda estava envolvido nas perspectivas da política constitucional europeia, concluindo seu volume com a advertência de que “a história constitucional europeia não termina” (cf. *Ibid.*, p. 231).

No sempre previsto fim da Europa, nunca desistiu, embora, nos últimos tempos, tenha manifestado todas as suas preocupações a este respeito. Em um longo ensaio sobre o futuro da Europa que apareceu em 2018 (*Il Futuro dell'integrazione Europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista*, em *Nomos*, 2018), ele usou um ângulo visual interessante (e como sempre "alternativo"), o de a "democracia futurista" de Marinetti de 1919, para traçar um paralelo ousado e intrigante entre o antiparlamentarismo tecnocrático dos futuristas da época e os mecanismos de tomada de decisão da Eurocracia de hoje. No entanto, pregava, contra esta tendência que afirmava ser mais cultural do que institucional, o "otimismo das Constituições", capaz de construir o futuro de forma diferente do presente, graças aos preciosos "instrumentos de direito público que tendem a despersonalizar e institucionalizar os poderes, tornando-os mais longevos do que as pessoas que compõem a cidade, para proteger os bens e interesses comuns para a posteridade, para legitimar e limitar o ordenamento jurídico por meio de ideais e valores comuns, com representações simbólicas” (*ibid.*), p. 4).

Aqui também emerge a firme crença de Jörg Luther na superioridade do fator cultural de longo prazo sobre a miséria da contingência política. Para ele, a identidade constitucional europeia é antes de tudo, talvez essencialmente, um fato cultural. Cabe, portanto, em primeiro lugar, ao jurista, e especialmente ao constitucionalista, divulgar

a mensagem, sem cometer o erro de se deter em detalhes contingentes, se é verdade que “no constitucionalismo europeu houve expectativa de progresso através da realização de ideais e, portanto, no século esclarecido, as esperanças são projetadas no "futuro" que no século 18 alemão se traduz em *Zukunft*, o que "acontecerá no e com o "tempo"(ibid., p. 5).

Por outro lado, de forma mais geral, para Jörg, “quem lida com a Constituição tem uma responsabilidade maior do que os outros juristas, porque o objeto de seu trabalho não se refere a isso ou aquilo individualmente, mas à boa vida da comunidade em seu todo”. Desta máxima soube extrair consequências precisas do ponto de vista da teoria geral: não só o direito constitucional é um fator de desenvolvimento cultural de toda uma sociedade, mas a própria doutrina da Constituição é uma "ciência da cultura”, segundo o ensinamento de um de seus professores, Peter Häberle, de quem traduziu um dos ensaios mais conhecidos (“*Per una dottrina della Costituzione come scienza della cultura*”). E precisamente à perspectiva de uma “boa vida” para o futuro dos povos (ou dos europeus) foi dedicada a última passagem, cheia de esperança, daquele ensaio sobre a integração: “Ao espectro da destruição da terra, a União Europeia se opôs a um ideal de sustentabilidade verde, com políticas ambientais ainda muito tímidas diante dos venenos e dos meios de circulação. Às regressões da civilização e à corrupção do capitalismo geradas pela Europa, a Europa continuará a se opor a uma esperança fraca, mas imperecível, de civilização e progresso social. Não se pode negar que o capitalismo foi uma invenção europeia, mas o que este capitalismo “europeu” não pode não ser uma união solidária de estados sociais”(ibid., P. 17).

A reflexão de Jörg Luther sobre a justiça constitucional tem sido constante no tempo, começando com seu primeiro livro, publicado na Alemanha em 1990 como uma reformulação de sua tese de doutorado, sobre o controle da constitucionalidade das leis na Itália (*Die Italienische Verfassungsgerichtbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1990). Dezenas de escritos tratam dos modelos de justiça constitucional na Alemanha e na Itália, o *Verfassungsbeschwerde*, o desenvolvimento do cânone da razoabilidade como um parâmetro de legitimidade constitucional, o impacto da jurisprudência constitucional do *Bundesverfassungsgericht* no desenvolvimento da integração europeia (magistral, nesse sentido, seu comentário sobre o *Lissabon Urteil - Il processo di Karlsruhe al trattato di Lisbona: alla ricerca di interpretazioni ragionevoli*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2011, 925 ff .. - sempre movido pela

tentativa, corajoso à beira da imprudência, para orientar os resultados para um desenvolvimento positivo do processo de integração).

Um lugar particular nesta área - devido ao caráter histórico peculiar e ao corajoso esforço para voltar a seguir um caminho contra a corrente - ocupa a monografia sobre "*Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*" de 1991. Com o objetivo de buscar as raízes históricas do processo constitucional (aliás, de um verdadeiro e próprio direito processual constitucional, categoria que – especialmente naqueles anos – estava longe de se estabilizar e ser univocamente aceita pela doutrina constitucional), Jörg os encontrou justo naquele "século esquecido", que ele mesmo define como o aparente "tempo perdido para a justiça constitucional" (ibid., p. 26): o século entre o *Marbury vs. Madison* em 1803 e a instituição do *Verfassungsgerichtshof* austríaco em 1920. Certamente não foi uma perda de tempo, muito pelo contrário.

O século XIX manifesta-se como um tempo fértil de tentativas e reflexões, de experiências e dissertações teóricas: do corpo dos Éforos de Pagano ao júri constitucional do Abade Sieyès; das "arbitragens constitucionais" nos estados alemães do início do século 19 às várias formas de *Staatsgerichtsbarkeit* introduzidas após a Restauração para tentar - sem muito sucesso - regular as complexas relações entre monarquias constitucionais que surgiram após a explosão do Sacro Império Romano; da chamada "justiça constitucional do federalismo", que surgiu, sempre nos estados alemães, entre 1815 e 1848, ao "litígio constitucional" na Alemanha unida de Bismark. De todas essas experiências embrionárias, e do debate cultural e científico que delas se desenvolveu, Jörg oferece uma reconstrução meticulosa e nunca banal, tentando melhorar os elementos de continuidade no translático, as raízes férteis naqueles destinados a secar, com o objetivo alcançado de construir uma espécie de "historiografia da justiça constitucional" que se esquivou da mera arqueologia jurídica, em consciência, totalmente adequada e adequada ao rigor e seriedade do seu método científico, que nestas questões era impossível escrever uma "história": mais antes, "histórias", representativas de uma série de tendências ideais, sem pretender oferecer razões demonstrativas para um significado ou um projeto como um todo de acordo com os cânones historicistas da "*Zustand*", tal como concebidos por Savigny.

Diante da evidência da impossibilidade de fazer referência a todas as articulações de uma atividade de pesquisa verdadeiramente onívora, espelho de uma paixão incansável por todas as facetas do direito constitucional, não se pode deixar de

mencionar a especial sensibilidade de Jörg Luther aos direitos fundamentais (a quem dedicou, especialmente na última fase da sua atividade docente, vários cursos monográficos). Entre estes, um verdadeiro e próprio lugar eletivo do itinerário de seu pensamento gira em torno do meio ambiente, da saúde e de sua proteção.

Seu primeiro trabalho científico, publicado na *Giurisprudenza costituzionale* em 1986, não é por acaso que tratou dos perfis constitucionais de proteção ambiental na Alemanha (*Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, 2555 ff.) Seguiram-se dezenas de títulos, nos quais o autor destaca progressivamente os traços de uma dialética entre "antropocentrismo" e "ecocentrismo". Em todas essas obras ele mostra seu profundo idealismo, que combina com uma visão firme do princípio da responsabilidade.

Princípio que o levou, por exemplo, a defender com ousadia a oportunidade de envolver fumantes no financiamento de despesas hospitalares para cura de doenças relacionadas ao tabaco, em aplicação do princípio geral "quem polui paga", segundo o qual o fumante estaria livre para fumar e arriscar sua saúde, mas não às custas da comunidade (cf. *Il fumo nella lotta per i diritti*, em V. Angiolini (a cura di), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 1992, p. 130 ss. Espec. 142). Como se pode verificar, a perspectiva de análise de qualquer matéria relacionada com a proteção dos direitos fundamentais nunca foi banal, mas quase sempre "fora do coro", alternativa à custa de ser irreduzível e por vezes abrasivamente minoritária. De Jörg você nunca poderia esperar submissão servil a um único pensamento. Em vez disso, a antecipação de questões nas quais a maioria de nós teria começado a se concentrar anos depois (pense no trabalho da década de 1990 sobre o tema dos conflitos trágicos e da liberdade de consciência, aqueles muito antes da explosão do debate na Itália nos últimos tempos, sobre os direitos culturais e os direitos das gerações futuras).

Uma paixão mais recente, também inspirada em experiências pessoais e familiares, surgiu nos anos 2000 pelo direito constitucional nos países asiáticos: Nepal, Índia, China. Também aqui o seu ponto de vista foi sempre original à custa de desalojar (como na sua tentativa bem-sucedida de construir raízes históricas europeias de um constitucionalismo chinês: cf. *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, em G. Ajani (a cura di), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Napoli, Jovene, 2009), e estar sempre imbuída de um rigor científico absoluto, livre de qualquer anacronismo, bem como do eurocentrismo precipitado da maioria, que se

combinou bem com uma atitude de máximo respeito pela identidade cultura dos países investigados (exemplar, desse ponto de vista, é o trabalho de 2017 *Comparing Fundamental Social Rights in the European and Indian Union*, em *The Indian Yearbook of Comparative Law*, 2016, 279 ss.). E depois as dezenas de ensaios sobre regionalismo.

O interesse de Jörg Luther pela questão regional, sempre presente em sua produção, se intensificou a partir da década de 2000, levando em consideração as reformas constitucionais "autonomistas" adotadas em alguns países europeus (inclusive Itália) já na década de noventa e também considerando a atenção renovada que as instituições europeias reservam a esta questão, cada vez mais solicitadas a tornar mais democrática a "governança" da União.

A sua produção a este respeito caracteriza-se por alguns elementos de absoluta originalidade ao nível metodológico e de conteúdo. Em primeiro lugar, a amplitude de perfis e facetas para observar e avaliar o estado da questão da implementação do princípio autonomista: o conceito de autonomia (*Alla ricerca di un concetto giuridico Europeo di autonomia* em *Annuario DRASD*, 2012); subsidiariedade (*La sussidiarietà come principio sussidiario del diritto pubblico*, em *Il Piemonte delle Autonomie*, 3/2019); a democracia local *Qualche referendum sulla nuova linea ferroviaria Torino-Lione*, em *Il Piemonte delle Autonomie*, 3/2018, e *I dubbi della democrazia regionale piemontese (prima e dopo le sentenze TAR 9-15 gennaio 2014)*, em *Rivista AIC*, 1/2014); o nexa entre constitucionalismo e regionalismo (*Costituzionalismo e regionalismo europeo*, em *Il Mulino*, 6/2007); as garantias constitucionais estatutárias (*Osservazioni sulla prima esperienza della Commissione di garanzia della Regione Piemonte*, em *Le istituzioni del federalismo*, 4/2011); arquitetura local (*Le province in trasformazione: miserere o resilienza?*, em *Il Piemonte delle Autonomie*, 2/2015); reformismo (*Il bicameralismo se supera se reinventar (ma anche se si rottama)*, em *Il Piemonte delle Autonomie*, 2/2014).

A esta riqueza de perfis (que se tornou rara no panorama de uma produção doutrinal cada vez mais caracterizada por ser monotemática), o Nosso une, em segundo lugar, uma tenaz capacidade analítica.

Mesmo os problemas mais intrinsecamente políticos são dissecados em sua dimensão jurídica para posteriormente formular o juízo síntese do ponto de vista do direito constitucional. Assim, no referido escrito sobre a linha ferroviária Torino-Lyon,

depois de relatar e analisar rapidamente um número impressionante de documentos legislativos e administrativos, a partir dessa reconstrução, ele chega a formular as questões políticas sobre “quem” pode decidir, “O que” pode decidir e através de que tipo de atos, para posteriormente conseguir colocar essas questões políticas no quadro dos princípios constitucionais.

Da mesma forma, na carta sobre a anulação das eleições regionais do Piemonte, depois de ter reconstruído o denso debate institucional que se seguiu à sentença do TAR (Tribunal Administrativo Regional) do Piemonte posteriormente confirmado pelo Conselho de Estado, levanta inúmeros problemas jurídicos, com o propósito, como convém aos estudiosos mais sérios, de iluminar os termos da questão democrática: “Em sua complexidade, essas experiências ensinam que os caminhos da democracia e do Estado de direito podem ser longos e que os cidadãos e seus representantes terão do que conviver com mais de uma dúvida (...) Cabe ao cidadão e a seus representantes reler o artigo primeiro da Constituição como apelo à boa vontade e responsabilidade republicana e como último critério de julgamento e decisão, um critério que pode ser interpretada de várias maneiras e talvez não sem ambiguidades e paradoxos, mas sempre reconhecida como válida para todos no contexto atual: cada pessoa decide "na dúvida pró-democracia".

Terceiro, - e como poderia ser de outra forma? – a ligação com a esfera europeia é fundamental na análise das questões regionais, numa perspectiva de comparação, tanto na perspectiva da procura dos princípios básicos de uma visão europeia comum do regionalismo, como ainda mais aprofundada, na perspectiva do valor intrínseco da mesma experiência europeia, também nesta, como em qualquer outra questão de direito constitucional. Isso emerge, entre outros, no artigo *Costituzionalismo e regionalismo europeo*, em que após pesquisar o conceito de região e o valor das autonomias regionais na Europa, considerando os múltiplos e diferentes modelos europeus de região (regiões com legislativas e garantias jurisdicionais de existência; regiões com poder legislativo e sem garantias constitucionais de existência; regiões apenas com poder legislativo concorrente e com garantias constitucionais de existência; regiões com poder legislativo e sem garantias constitucionais de existência; regiões com poderes não legislativos e órgãos eleitos diretamente; regiões com poderes não legislativos e órgãos eleitos por entidades locais), conclui sobre o virtuosismo do “pluralismo de modelos”: “Seria perigoso, por outro lado, considerar os modelos

obtidos pela comparação como etapas de melhoria da autonomia, como se todos Estados europeus ao longo do tempo tiveram que chegar a um federalismo abrangente em todos os níveis. A referência à democracia regional permite, vice-versa, relativizar e manter as diferenças entre federalismo e regionalismo. Em primeiro lugar, neutraliza eventuais mais-valias de um e de outro devido a ideologias políticas ou sociais liberais. Além disso, permite não afastar o problema da soberania democrática que no Estado regional continua incardinada a nível nacional, e por outro lado, na esfera federal dobrou nos níveis e se multiplicou na *demoi*. E, finalmente, prevê um processo de desenvolvimento cultural de todos os modelos regionais, um diálogo pragmático no qual os defensores do federalismo podem aprender com as experiências do regionalismo da mesma forma que os defensores do regionalismo podem aprender com o federalismo sem complexos de minoria ”.

E para concluir, um aspecto que tem a ver diretamente com a revista “*Il Piemonte delle Autonomie*”, da qual até o último momento foi vice-diretor, não pode ser deixada de lado. Desde sua instituição, e generosamente, Jörg publicou muitos de seus trabalhos sobre autonomies a fim, acreditamos, tanto para encorajar colegas mais velhos a fazer o mesmo, quanto para mostrar aos mais jovens a utilidade de se envolver na primeira pessoa no “ construção ” de uma comunidade de trabalho científico, como um Jornal, e qualquer trabalho de pesquisa coletiva, necessariamente requer. Um exemplo e um incentivo para todos. Em suma, Jörg Luther não foi apenas um constitucionalista refinado e autorizado, mas uma pessoa de grande estatura humana, que em sua própria obra não viu exclusivamente o instrumento de sua própria realização pessoal (por outro lado amplamente alcançada), mas acima de tudo o caminho para a construção de uma “ comunidade ” de relações científicas e humanas. Também somos gratos por isso. A melhor forma de honrar sua memória será o compromisso de não dispersar essa herança.

47. JÖRG LUTHER, UMA LEMBRANÇA



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-47>

Renato Balduzzi¹

Sempre tive meu amigo e parceiro, Prof. Jörg Luther, constitucionalista da Università del Piemonte Orientale, sobretudo como um investigador. Foi em uma terça-feira, quando ele deixou sua família e a comunidade científica com uma doença implacável com apenas 60 anos de idade.

Sua paixão pela pesquisa (jurídica, certamente, embora Jörg culturalmente englobasse outras ciências) podia ser lida em seus olhos, em seus movimentos, no uso exato das palavras, em qualquer uma das línguas que usava.

Acima de tudo, tinha o rigor metodológico do pesquisador, fruto de uma grande tradição que embebeu em seu Marburg e no contato com Peter Häberle e sua escola, e que fortaleceu seus encontros com Gustavo Zagrebelsky. Tolerante com todos, foi rígido e exigente, principalmente na relação com os mais novos, quando percebia uma falha no método e no rigor científico.

O pesquisador também tinha a capacidade de se surpreender e surpreender: a pesquisa é antes de tudo o gosto pela alteridade, e ele a encarnava plenamente. Sua capacidade de desalojar o interlocutor, sugerindo um ponto de vista novo e não abordado, tornava cada conversa com ele uma aventura em territórios inexplorados.

Esta atitude ele reservou para a amizade, mas também em momentos oficiais, alguns dos quais memoráveis. Em 2008, quando estava terminando o congresso nacional de constitucionalistas italianos que ele havia conseguido organizar em Alexandria, pedi a ele que nos brindasse com algumas palavras finais e ele nos saudou pedindo que, ao voltarmos para casa, fizéssemos um carinho em nossos filhos: os colegas presentes ainda recordam bem a impressão e a alegria que nos deu a todos a evocação, feita por um atormentado protestante de origem alemã, de um dos discursos mais famosos do Papa João.

¹ *Università Cattolica del Sacro Cuore.*

O Prof. Luther demonstrou plenamente sua qualidade como pesquisador experiente nas ciências humanas, e não apenas nas ciências jurídicas, no Programa de Doutorado Alexandrino em Autonomias Locais: depois de ser um excelente coordenador vicário, concordou em me suceder na posição de coordenador e, quando o doutorado foi unificado com colegas lingüistas e historiadores, conseguiu cimentar iniciativas interdisciplinares de grande relevância científica. Neste último era possível ver seu temperamento europeu, totalmente italiano, totalmente alemão, só porque ele era totalmente europeu.

Um verdadeiro investigador é sempre um, mesmo nos momentos difíceis e até o último minuto. Assim, nas suas últimas semanas, as nossas conversas foram sobre a prevista Semana de Estudos sobre as Autonomias Locais para maio de 2020 e a questão da democracia local; e quando ele tinha apenas alguns dias restantes, Jörg sugeriu para a revista "*Corti Supreme e Salute*" a nova decisão do Tribunal Constitucional alemão sobre o fim da vida. Ele teria querido comentar sobre isso, correspondia a ele por atos e por lei. Outros comentarão, mas o farão a partir da memória explícita do professor Jörg Luther, um jurista europeu.

48. EM MEMÓRIA DE JÖRG LUTHER



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-48>

Paola Bilancia

Conheci Jörg Luther há muitos anos. Reunimo-nos em congressos e outros eventos de interesse dos constitucionalistas nos quais sempre me admirou pelo seu rigor científico, pela multiplicidade dos seus interesses, pela sua preparação completa, assim como pela sua paixão pela investigação, que por vezes o induziu a intervir nos debates do uma forma que pode parecer excêntrica para os cânones da academia italiana, mas que de forma alguma excede a crítica ou falta de cortesia. Sempre li as suas obras com grande interesse, capazes de oferecer uma nova perspectiva sobre temas clássicos, graças a uma abordagem da teoria comparativa e geral que, com toda a justiça, lhe rendeu a fama de "jurista europeu".

Nos últimos anos, nossos caminhos profissionais se estreitaram devido a um projeto de pesquisa comum e a uma colaboração entre minha escola milanesa e o doutorado que ele coordenou. A partir daí, acendemos uma intensa colaboração sobre temas que nos interessaram a ambos, referindo-se em particular às perspectivas incertas do processo de integração europeia (que moveu as nossas convicções europeístas comuns), à frequentemente esquecida categoria dos direitos culturais (de que Jörg foi um dos principais especialistas), às críticas a que hoje estão submetidas a democracia representativa e a representação, à reforma constitucional, à evolução do nosso sistema constitucional face aos fenômenos da globalização e da relação entre pedidos. Neste contexto, tivemos a oportunidade de dialogar e confrontar nossas opiniões sobre estes e outros temas inúmeras vezes, e sempre foi um prazer tê-lo como convidado nas conferências e seminários que organizamos, pelo menos uma vez por ano, em Milão. Também colaboramos em inúmeras publicações e projetos de pesquisa.

Assim tive a oportunidade de conhecer, além do advogado, o perfil humano de Jörg, descobrindo uma pessoa correta, leal, gentil e atenciosa, generosa com os outros e sempre disposta a oferecer uma mão altruísta. Recordo com alegria as suas histórias dos cursos de Alexandria e de Turim, do seu amor pelo ensino e dedicação aos alunos, bem como do doutoramento em Alexandria que coordenou com devoção e rigor

científico preciso, prestando particular atenção à formação dos jovens investigadores, atividade à qual dedicou grande parte do seu tempo e que, creio, o teria proporcionado cada vez mais satisfação ao longo dos anos. Recordo também a sua insistência na chamada "terceira função" e as suas inúmeras iniciativas para abrir as portas da universidade à sociedade civil, na convicção de que o papel do constitucionalista ia além do ensino e da investigação.

Jörg foi um companheiro de viagem amigável: com ele e seus amigos Paco Balaguer, Roberto Miccù, Angelo Schillaci (e muitos outros), tivemos a oportunidade há alguns anos de participar de sessões de estudo e pesquisa, por exemplo, em Granada ou em diferentes universidades brasileiras. É especialmente nestas ocasiões que emergiu a sua capacidade de construir pontes entre diferentes culturas (não só jurídicas), a sua dimensão não só como "jurista europeu" mas como *tout court* "europeu".

Jörg nos deixou este ano e, acima de tudo, deixou sua família maravilhosa.

Há um sentimento de que, na doutrina italiana, Jörg não foi totalmente compreendido, mas todos nós estamos indiscutivelmente conscientes do empobrecimento cultural que sua perda acarretou.

Por outro lado, ficamos com a certeza de termos sido privados muito cedo de um colega e amigo que ainda poderia ter contribuído muito para a nossa comunidade e para cada um de nós, tanto científica como humanamente. Mesmo em um momento difícil como este, seu "leve otimismo", sua gentileza e sua sincera curiosidade servirão de exemplo e inspiração para enfrentar os desafios que enfrentamos.

49. EM RECORDAÇÃO A JÖRG LUTHER (MARBURG, 26 DE SETEMBRO DE 1959 - TURIM, 3 DE MARÇO DE 2020)



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-49>

*Chiara Tripodina et. al.*¹

Em 3 de março de 2020, deixou-nos o Professor Jörg Luther, Professor Titular de Instituições de Direito Público do Departamento de Direito e Ciências Políticas, Econômicas e Sociais; Professor da Universidad del Piemonte Orientale desde 2001 e desde 2013 Coordenador do Doutorado em “Instituições Públicas, Sociais e Culturais: língua, direito, história”.

Dos seus vinte anos no Piemonte Orientale disse: “Foi-me ensinado o dever de expressar as minhas preocupações e esperanças pelo bem institucional do Departamento e da Universidade, procurando tanto evitar a intransigência e rupturas, como também promover a mediação e (re)equilíbrio”.

Jörg Luther foi um professor totalmente apaixonado pelo seu trabalho, em todos os seus aspectos possíveis: ensino, pesquisa, transferência de conhecimento.

Amava profundamente o ensino a alunos e doutorandos, pelos quais tinha sincero respeito: procurou despertar neles a autonomia de pensamento e a capacidade de análise crítica, e soube aproveitar ao máximo a inteligência de cada um, unindo-se de forma indissociável gentileza com severidade exigente.

Ele também foi um pesquisador de grande visão, cultura e curiosidade em todo o campo do direito constitucional, italiano e comparado. Ele considerava seu dever investigar com qualidade, mas mantendo níveis quantitativos consideráveis.

Além disso, fez da transferência da Constituição para fora dos muros da Universidade uma missão pessoal, estabelecendo relações privilegiadas com o ISRAL (Istituto Storico de Resistenza Alessandrino). Segundo ele, “quem trata da constituição tem uma responsabilidade maior do que a dos outros juristas, porque o objeto do seu trabalho não trata de forma singular isto ou aquilo, mas sim a boa vida da comunidade como um todo”.

Mas isso por si só não descreve suficientemente Jörg Luther como uma pessoa.

¹ e colegas do Departamento de Direito e Ciências Políticas, Econômicas e Sociais

Jörg não era de passar despercebido. A começar pelo seu modo de vestir anticonformista, “a la German” (casaco, calção e sandálias, para nós compreendermos), que nos mostrava uma certa indiferença pelas formas, mas nunca pela substância.

Nem deixou seus interlocutores indiferentes quando ele falou; mesmo depois de horas de discussão, seja em reuniões, seminários ou conferências, ele sempre foi capaz de oferecer um ponto de vista novo, original e inusitado: o que ninguém havia pensado ainda. “Sempre senti o dever de apresentar novas ideias, mesmo fora do coral, e de investigar novos pontos de extremidade”, disse ele sobre si mesmo. Jörg tinha assim “um olhar lateral”, “alternativo” nas coisas, nas pessoas e nos objetos de sua pesquisa: ele via o que os outros não entendiam. E ele fez isso de uma maneira totalmente própria: um pouco travesso, com a cabeça ligeiramente inclinada para o lado e um tímido esboço de um sorriso irônico nos lábios.

Jörg era uma pessoa animada por um profundo idealismo acompanhado por uma dose semelhante de profundo rigor. Às vezes, era difícil para aqueles ao seu redor, e talvez também para ele, manter o alto padrão ético que ele queria que tudo e todos seguissem. Se mal-entendidos surgiram, eles se originaram de sua visão ideal das coisas e das pessoas - o dever ser - que se chocou com o senso de realidade - ser - do resto do mundo. Isso poderia gerar sofrimento nele e nos outros, mas ele nunca pediu aos outros mais do que não pediu a si mesmo. Em suas palavras: “mesmo quem pode ter sofrido minhas críticas e provocações, muitas vezes muito diretas e nem sempre de forma suficientemente cortês, não pode ignorar a vontade de espontaneidade, originalidade, imediatismo e autenticidade de minhas ideias”.

Resumindo, Jörg era um homem gentil e generoso; atencioso e sensível; amante da cultura em todas as suas formas e, particularmente, da música; “Adversário do cinismo e da hipocrisia”; irônico e humilde como só pessoas verdadeiramente inteligentes sabem ser.

Mesmo na última etapa de sua vida, Jörg nos deu muito: entendeu imediatamente que era hora de fechar o curso normal das coisas, sem ficções. Depois de terminar as aulas em Instituições de Direito Público e Justiça Constitucional, dedicou seus últimos três meses de vida a outro tema: “O curso da minha vida”; uma autobiografia -da qual foram retiradas as aspas destas páginas-, na qual percorreu os anos da sua vida, de memória em memória, sem remorsos e com grande serenidade.

Jörg queria compartilhar sua doença, sem se isolar por trás da “vergonha do mal”. Ele recebeu em sua casa quem lhe pediu; quem procurou, entrou em contato por telefone ou correio; Ele deu a todos eles a oportunidade de falar com ele mais uma vez, de se reconciliar com ele, de recuperar sua melhor memória. E por esta sua última lição, sobre como viver os momentos finais da vida com plenitude e dignidade, estamos verdadeiramente gratos.

Estas são as últimas palavras que nos confia: “Não é fácil pensar e gerir este futuro num contexto de múltiplas crises, políticas, econômicas, culturais, que tornam os nossos pequenos mundos mais inseguros. O curso da minha vida me ensinou a permanecer moderadamente otimista [...]. Portanto, não deixe ninguém se desesperar, mas todos tenham confiança em si mesmos. A vida vai continuar ”.

Especialmente nestas horas, tentamos manter seu otimismo moderado, Jörg. Obrigado!

50. JÖRG LUTHER

1959-2020



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-50>

Hermann-Josef Blanke¹

Em 3 de março de 2020, Jörg Luther faleceu após uma breve doença. Ele foi o primeiro dos acadêmicos de uma universidade italiana a ser aceito como membro da *Deutschen Staatsrechtslehrervereinigung*. Ao mesmo tempo, foi o primeiro alemão a ingressar na *Associazione italiano dei costituzionalisti*. Jörg Luther foi um professor internacional de direito público alemão e italiano.

Após seu segundo exame de Estado, trabalhou como advogado de 1989 a 1996 no Tribunal Regional de Frankfurt e já estabeleceu contato na época com o Serviço de Estudos do Tribunal Constitucional italiano. Em 1989 obteve o título de Doutor em Direito com a obra dirigida por Christian Starck “*Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit - Geschichte, Prozessrecht, Rechtsprechung*” na Georg-August-Universität em Göttingen.

Nessa altura já tinha encontrado o tema da sua vida científica, que se caracterizava pelo estudo intensivo do direito constitucional italiano, do direito comparado e do direito europeu. Em 1992 obteve o título de *Dottore di ricerca* da Universidade Estadual de Milão com uma investigação sobre “Jurisdição constitucional e direitos fundamentais”. De 1996 a 2001 trabalhou como professor associado na Faculdade de Direito da Universidade de Pisa até ser nomeado professor na Universidade do Leste do Piemonte “*Amedeo Avogadro*” (Alessandria) e, desde 2005, professor ordinário da mesma universidade.

Desde 2010, ele também lecionou na Universidade de Torino. O amplo espectro de suas áreas de ensino nas Universidades do Leste de Piemonte e Turim variava de instituições de direito público a direito administrativo, passando por direito local e direitos sociais, culturais e econômicos. Ele estava particularmente interessado em direitos sociais e culturais. Jörg Luther foi membro da Rede Acadêmica da Carta Social

¹ Universidad de Erfurt.

Europeia. Ele será lembrado por seus alunos, seus doutorandos, seus discípulos e seus colegas como um professor apaixonado e dotado de grandes habilidades analíticas.

Seu modelo entre os professores alemães de direito constitucional era Peter Häberle. Jörg Luther publicou vários artigos no "*Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*" que Häberle editou por trinta anos, em particular seu „*Italienische Beobachtungen und Verarbeitungen des Grundgesetzes (1949–2009)*“ (JöR Bd. 57, 2009), bem como o Professor de Ciência da Administração e Direito Administrativo Carlo Francesco Ferraris (1850-1924), que passou vários anos acadêmicos na Alemanha e na Inglaterra ("*CF Ferraris und das Deutsche Reich - eine Biographie des europäischen öffentlichen Rechts*", JöR Bd, 56, 2008). Na Itália, Jörg Luther encontrou um professor, mentor e amigo paterno em Gustavo Zagrebelsky, professor da Universidade de Torino, então magistrado do Tribunal Constitucional italiano (1995-2004) e presidente do mesmo no final de seu mandato. De numerosas publicações individuais, também em espanhol e inglês, Jörg Luther publicou, com outros constitucionalistas italianos, escritos sobre o futuro da constituição ("*Il Futuro della Costituzione*", 1996), A prática dos direitos fundamentais ("*Pratica dei diritti fondamentali*", 2000), Experiências com jurisdição constitucional ("*Esperienze di giustizia costituzionale*", 2000), Princípios da constituição italiana ("*I principi fondamentali della Costituzione Italiana - Um mundo de segundas câmaras*", 2006), bem como o Tribunal Constitucional vinte anos após o ponto de inflexão ("*La Corte costituzionale a vent'anni dalla svolta*", 2011). Numa coleção de obras próprias, publicada sob o título "*Europa constituenda*" (2007), analisa, entre outras coisas, à luz do fracasso do Tratado Constitucional, a desgraça que o conflito histórico entre a França e a Alemanha antes da aproximação entre os dois países no contexto da integração europeia. Em 2019, o Centro Italiano da Universidade Livre de Berlim publicou um texto sobre o institucionalismo jurídico de Santi Romano, no qual Jörg Luther analisou, juntamente com Dian Schefold, autor de um dos livros jurídicos italianos mais frequentemente traduzidos para outras línguas ("*L'Ordinamento Giuridico*", 1918).

O pensamento de Jörg Luther não foi caracterizado por uma combinação de ideias comuns. Em vez disso, buscava novas abordagens que abrissem perspectivas e as mostrassem levando em consideração a complexidade de seus desenvolvimentos. Foi guiado pelo desejo, auto-imposto, da espontaneidade, originalidade, rapidez e

autenticidade. Ele compartilhou a opinião de Peter Häberle de que a lei constitucional nacional na Europa faz parte de uma cultura constitucional europeia comum. A contribuição de Jörg Luther para uma teoria do "constitucionalismo europeu" é provavelmente a coisa mais importante que ele nos deixa (*"O futuro da integração europeia nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista"*, in *Nomos, Le attualità nel diritto*, 2018).

Graças ao seu sólido conhecimento geral e sua memória cultural, ele conseguiu colocar as coisas em um contexto mais amplo. Como um violoncelista experiente, ele amava a cultura em todas as suas formas. É aí que residem as fontes de sua modéstia e auto-ironia, bem como de seu caráter aberto e comunicativo, principalmente em relação a quem pensa diferente. Gustavo Zagrebelsky o descreveu como um humanista. Jörg Luther foi, não menos importante, um excelente construtor de pontes no diálogo entre as ciências jurídicas da Itália e da Alemanha.

Nas últimas semanas de vida, o jurista europeu Lutero expressou sua intenção de comentar a decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre a proibição da promoção comercial do suicídio assistido. Depois de deixar o ensino em novembro de 2019, ele tirou as conclusões sobre sua vida (*"Il corso della vita mia"*). Agradeceu à sua família, aos seus companheiros profissionais e pessoais e aos seus discípulos, encorajando-os, apesar de todas as crises políticas, econômicas e culturais do seu país de adoção, a "permanecerem moderadamente otimistas" e não perderem "a autoconfiança em si mesmos". O pluralismo social é ameaçado pelo crescente populismo, mas "enquanto tivermos um mínimo de esperança e anseio por uma política melhor e mais pacífica", permanecerá a determinação de "defender uma democracia que também seja europeia e global, que permaneça inalienável".

Jörg Luther deixou sua esposa Antonella, sua filha Claudia e seu filho Sujan. Sua família perdeu um ente querido e nós perdemos um colega muito apreciado, muito cedo.

51. BIOGRAFIA ACADÊMICA DE JÖRG LUTHER¹



<https://doi.org/10.36592/9786587424378-51>

Giovani Cavaggion

Giovanni Boggero

Biografia acadêmica

Jörg Luther nasceu em Marburgo, na Alemanha, em 26 de setembro de 1959.

Depois de passar pelo liceu clássico humanista *Gymnasium Philippinum*, de Marburgo, matriculou-se na *Georg-August Universität Göttingen* (Göttingen), obtendo, em 1983 (no *Land* de Baixa Saxônia), o título de *Referendar* (equivalente à graduação de Direito), sendo aprovado no *Erstes Juristisches Staatsexamen* (Primeiro Exame de Estado).

Em janeiro de 1986, iniciou o período de práticas (*Referendariat*), que realizou ao lado de magistrados (juiz civil, juiz social, Ministério Público ou *Staatsanwaltschaft*), profissionais liberais (no escritório de um advogado, em Kassel) e na administração pública (Direção distrital de Florestas para a Proteção do Meio Ambiente de Kassel, Escritório da Presidência do Governo territorial - *Regierungspräsident* – de Kassel para supervisão de indústrias e emissões). Além disso, durante o período de *Referendariat*, trabalhou durante seis meses no escritório turinês do advogado Franzo Grande Stevens.

Prestou o exame final (*Zweites Juristisches Staatsexamen*) em 16 de março de 1989, em Marburgo, obtendo o título de *Assessor* (no *Land* de Hesse) e exercendo, portanto, a profissão de advogado (*Rechtsanwalt*) no Tribunal de Frankfurt (*Landgericht Frankfurt*), até 1996. Destaca-se, entre suas colaborações profissionais, a que ensejou com o escritório milanês de Valerio Onida, que depois se tornou magistrado da Corte constitucional italiana.

Após o bacharelado, concomitantemente com seu período de *Referendariat*, Jörg Luther encetou sua carreira universitária na Faculdade de Direito da *Georg-August Universität Göttingen*, iniciando o doutorado; como aluno de Christoph Link e Peter Häberle, desenvolveu a sua pesquisa com foco, principalmente, na Corte constitucional italiana.

¹ Traduzido do espanhol por Giselle Rósimo Duarte.

Nos anos de doutorado, obteve, entre outros, uma bolsa anual da Fundação Nacional de Estudos do Povo Alemão (*Studienstiftung des Deutschen Volkes*) e uma bolsa semestral do Serviço Nacional para Intercâmbios Acadêmicos (*Deutscher Akademischer Austauschdienst*, DAAD), que lhe deu a oportunidade de fazer um estágio de pesquisa na Itália, no *Istituto Giuridico dell'Università degli Studi di Turim*, em Turim, onde iniciou uma colaboração com Gustavo Zagrebelsky (magistrado da Corte constitucional italiana), de quem se tornou discípulo.

Durante os seus estudos de doutorado em Turim, realizou, dentre os seus primeiros trabalhos, a tradução de *Costituzione e diritto costituzionale*, de Rudolf Smend, ao lado de Gustavo Zagrebelsky e Fabio Fiore (R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, introdução de G. Zagrebelsky, tradução para o italiano aos cuidados J. Luther, F. Fiore, Milão, Giuffrè, 1988).

Em 24 de fevereiro de 1989, defendeu com sucesso a sua tese de doutorado (com *disputatio* de Christian Starck), obtendo assim o título de *Doktor der Rechtswissenschaften (PhD)*.

Em 1989, iniciou um novo doutorado em Direito Constitucional, desta vez, na Itália, na *Università degli Studi di Milão*, sob a orientação, entre outros, de Giovanni Bognetti e Paolo Biscaretti di Ruffia. Também conquistou uma vaga em Florença, no doutorado de Direito Comparado da *Università degli Studi di Firenze* (à qual renunciou para se inscrever no doutorado em Milão).

Durante os anos de doutorado em Direito Constitucional, recebeu uma dotação para um período de estudo e pesquisa no Serviço de Estudos da Corte constitucional italiana (Seção de Direito comparado, dirigida por Nicola Sandulli).

Naqueles anos, iniciou a sua atividade docente, lecionando a disciplina de Direito Constitucional Italiano e Comparado na *Università degli Studi di Urbino* (1989-1990); e de Legislação Internacional e Comparada de Bens Culturais e Ambientais na *Università degli Studi di Udine* (1992).

Além disso, encarregou-se da disciplina de Justiça constitucional na *Università degli Studi di Turim*, de 1991 a 1992.

Lecionou Direito administrativo, Instituições de direito público e Direito comunitário e público comparado nas *Scuolas per assistenti sociali* de Cuneo e Novara, assim como no Centro “Carlo Ghiglieno” de Ivrea (1990-1995).

Ao terminar esses estudos de doutorado, defendeu com sucesso (perante uma banca composta por Mario Dogliani, Maria Cristina Grisolia e Nicola Occhicupo) uma tese sobre a “Liberdade de consciência e justiça constitucional”, obtendo, portanto, em 23 de julho de 1992, o título de *Dottore di ricerca (PhD)* em Direito Constitucional.

Depois do doutorado, entre 1993 e 1996, ensinou Direito Constitucional Italiano e Comparado na Faculdade de Direito Alejandría da *Università degli Studi di Turim*; e, entre 1993 e 1994, lecionou Justiça constitucional na *Università degli Studi di Turim*.

Ademais, colaborou com a escola de Peter Häberle, participando de um seminário internacional de constitucionalistas que envolveu universidades italianas (Roma), espanholas (Granada), francesas (Montpellier), portuguesas (Lisboa), brasileiras, peruanas e mexicanas, e de que também formaram parte, entre outros, Francisco Balaguer Callejón, Paolo Ridola, José Joaquim Gomes Canotilho, Jorge Miranda, Gilmar Mendes, Ingo Sarlet, Diego Valadés, Domingo García Belaunde e César Landa.

Em 1996, Jörg Luther tornou-se o primeiro estrangeiro a passar no concurso de acesso ao cargo de professor universitário da disciplina (*settore concorsuale*) de Direito Constitucional. Mais especificamente, habilitou-se como Professor Titular (*Professore associato*) na última edição do concurso nacional (comissão presidida por Franco Modugno, hoje magistrado da Corte constitucional italiana), com uma aula sobre direitos sociais. Como títulos para a habilitação, apresentou a publicação de sua tese alemã na coleção de Christian Starck (J. LUTHER, *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1990), além de uma monografia sobre as ideias e a história da Justiça constitucional no século XVIII (J. LUTHER, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Turim, Giappichelli, 1990).

Em 1996, foi chamado *Professore associato* de Instituições de Direito Público na Faculdade de Direito da *Università di Pisa*, iniciando uma colaboração com a escola de Alessandro Pizzorusso.

Na *Università di Pisa*, encarregou-se das disciplinas de Instituições de Direito Público (1996-2001), Direito Constitucional (2001-2002) e Sistemas Jurídicos Comparados (1998).

Durante esses mesmos anos, ensinou Instituições de Direito Público (1997-1998) e Direito Constitucional e Comparado (1998-1999) na *Università degli Studi di Turim*.

Além disso, de 2001 a 2002, colaborou com a Academia Naval de Livorno e com a *Scuola Superiore Sant'Anna* de Pisa.

De 1998 a 2014, foi membro do *collegio docenti* do Doutorado em “Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais” da *Università di Pisa*.

Em 2000, obteve, num concurso local da *Università degli Studi di Teramo*, a habilitação de Catedrático (*Professore ordinario*) na disciplina (*settore concorsuale*) de Direito Constitucional, apresentando, como título principal, uma edição provisória de uma monografia sobre a prática dos direitos fundamentais (inédita até hoje; J. Luther, *Pratica dei diritti fondamentali*, Turim, Giappichelli, ed. provisória, 2000).

Em 2001, foi chamado *Professore straordinario* e, depois, como *Professore ordinario* de Instituições de Direito Público na Faculdade de Ciências Políticas (posteriormente, Faculdade de Direito e Ciências Políticas, Econômicas e Sociais) da *Università degli Studi del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”* (sede do *Palazzo Borsalino*).

Na *Università degli Studi del Piemonte Orientale*, destacou-se, em primeiro lugar, pelo seu empenho na docência e ao serviço dos estudantes, lecionando Instituições de Direito Público (2001-2012, 2014-2020), Justiça Constitucional (2015-2020), Direitos Fundamentais Europeus (2009-2012), Direito da União Europeia (2010-2011), Direito Administrativo (2004-2005), Direito dos Entes Subnacionais (2010-2011, 2017-2020), Sistemas Jurídicos Comparados (2001-2004), Política Constitucional Comparada (2005-2007), Sistemas Constitucionais Comparados (2010-2013), Direito Público Comparado (2011-2012), Direito Privado Comparado (2015-2017) e Filosofia do Direito (2014/2015).

Nesses mesmos anos, lecionou Direito Constitucional Avançado (2013-2020), Garantias dos Direitos Fundamentais (2012-2013), Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (2015-2019), *Fundamental Rights in Europe* (2012-2020) e Direito Constitucional Italiano Comparado (2014-2015) na *Università degli Studi di Turim*.

De 2005 a 2012, foi membro eleito do *Consiglio d'amministrazione dell'Università degli Studi del Piemonte Orientale*.

De 2005 a 2008, foi codiretor do *Centro Interateneo di Studi per la Pace*, formado pelas universidades *Università degli Studi di Turim*, *Università degli Studi del Piemonte Orientale* e pelo *Politecnico di Turim*.

Em 2008, foi eleito pelo Conselho Regional do Piemonte como membro da Comissão de Garantias (órgão consultivo especializado, que auxilia o Presidente da Junta Regional, o Conselho Regional e Conselhos de Autonomias Locais), onde atuou até o fim do mandato, em 2014.

Também foi indicado pelo *Consiglio Universitario nazionale* como membro do *Consiglio giudiziario della Corte d'Appello Piemonte / Valle d'Aosta* (órgão consultivo com funções de controle sobre o funcionamento dos *Uffici Giudiziari del Distretto di Corte d'Appello*), prestando serviços de 2012 a 2016.

Continuou produzindo numerosas publicações de relevância nacional e internacional, entre as quais se destaca, em especial, uma monografia de teor juspublicista sobre o processo de constitucionalização da União Europeia (J. LUTHER, *Europa constituenda. Studi di diritto, politica e cultura costituzionale*, Turim, Giappichelli, 2007).

Durante o período na *Università del Piemonte Orientale*, dedicou-se com especial empenho aos *collegi docenti* de doutorado e à formação de jovens pesquisadores.

De 2006 a 2010, foi orientador no doutorado de Direito Público da *Università degli Studi di Turim*, lecionando e sendo orientador, também, de 2006 a 2020, no doutorado de “*Institutions, Economy & Law*” da mesma universidade.

De 2010 a 2020, foi membro do *collegio docenti* da escola de doutorado de “Ciências Jurídicas” da *Università di Pisa*.

De 2011 a 2015, foi membro do *collegio docenti* do doutorado de Direitos e Instituições da *Università degli Studi di Turim*.

A partir de 2008, foi membro do *collegio docenti* do doutorado de “Autonomias locais, serviços públicos e direitos de cidadania” (*DRASD*) da *Università degli Studi del Piemonte orientale*, primeiro doutorado na Itália a especializar-se na análise juspublicista do Direito dos entes locais (nascido de uma ideia de Renato Balduzzi). Em 2011, assumiu as funções de coordenador-adjunto do Doutorado, tornando-se, a partir de 2013, coordenador do novo doutorado de “Instituições públicas, sócias e culturais” da *Università del Piemonte Orientale* (ao qual se integra o *DRASD*). De uma

ideia sua, nasceu o *Osservatorio per le Autonomie Locali (OPAL)*, uma revista que, sob a sua direção, recebeu contribuições de jovens pesquisadores sobre as questões mais atuais do Direito Público e Administrativo, em torno do sistema das autonomias.

Sob a sua coordenação, o doutorado ganhou um perfil interdisciplinar (com a criação de momentos de conexão com suas duas outras naturezas humanistas, a filológica e a histórica) e intersetorial (com o lançamento de doutorados sobre aprendizagem, em colaboração com a ANCI). Foi fundada, além disso, a coleção “*Linguaggi, diritti, storie*” (linguagens, direitos, história), editada pela Aracne, sendo iniciadas colaborações com a Província e com a Região (em especial com a OPAL, com a posterior participação dos doutorandos nas atividades da revista “*Il Piemonte delle Autonomie*”). Luther assumiu, de forma direta, a responsabilidade pela formação geral e individual dos doutorandos e por sua autonomia de pesquisa, salientando a necessidade de ensinar não só o Direito substantivo, como também a ética, a metodologia e a técnica de pesquisa.

No curso da sua carreira, foi membro do Comitê Diretivo, Comitê Científico ou Comitê de Redação de inumeráveis revistas, coleções e centros de investigação, entre as quais se destacam: *Archivio delle costituzioni storiche*, *Università degli Studi di Turim*; Revista de Direito Constitucional Europeu, Universidade de Granada; *Diritto pubblico comparato ed europeo*, red. *Alessandria-Novara* (organizado por Giuseppe Franco Ferrari); *Rassegna di diritto pubblico europeo*, Nápoles (organizada por Raffaele Bifulco, Lorenzo Chieffi, Alberto Lucarelli, Andrea Patroni Griffi); *Fondazione Istituto Piemontese Antonio Gramsci*, Turim (1996-2016); *Centro di cultura protestante* (até 2017 *Centro Evangelico di Cultura Arturo Pascal*), Turim; *Centro Interateneo di Studi per la Pace*, Turim; Centro de Estudos de Filosofia do Direito e Teoria Constitucional, Lima (membro honorário desde 2012); *Réseau Académique sur la Charte Sociale Européenne*, seção italiana; *Istituto Storico della Resistenza di Alessandria (ISRAL)*; *Piemonte delle autonomie*, Conselho Regional, Turim (organizada por Mario Dogliani); *Centro di ricerca sulle cittadinanze*, Regio de Calabria (organizada por Alessio Rauti); *Centro interateneo di storia e didattica della Shoah*, Téramo; Coleção “Sovranità, Federalismo, Diritti” (Soberania, Federalismo, Direitos), *Università dell’Insubria* (organizada por Giorgio Grasso); *Osservatorio sulla Sostenibilità culturale*, *Università degli Studi di Milão* (dirigido por Paola

Bilancia); *Centro interdipartimentale di Diritto e Storia costituzionale* (DISCO), Alejandria (dirigido por Chiara Tripodina).

Durante seus anos na *Piemonte Orientale* também foi co-director da série “*Political Theory and Law*” da revista “*POLIS Working Papers*”.

Membro de numerosas associações de juristas e constitucionalistas, entre as quais se destacam: a Associação Italiana de Constitucionalistas (AIC); a *Societas Juris Publici Europae*; o *Deutsch-Italienisches Verfassungskolloquium* (Colóquio constitucional ítalo-alemão); o Grupo de Pisa; a *Società Italiana per la Ricerca nel Diritto Comparato* (SIRD); a *Associação de Direito Público Comparado e Europeu* (DPCE); o Istituto Subalpino per l'Analisi e l'Insegnamento del Diritto delle Attività Transnazionali (ISAIDAT); a *Associação Mundial de Justiça Constitucional*; a Associação “*Club giuristi dell'ambiente*”; a Sociedade italiana de Direito sanitário (SoDiS).

Foi o primeiro acadêmico italiano a ser admitido como sócio da *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (VDSTRL).

Jörg Luther faleceu em Turim, o dia 3 de março de 2020, após uma breve enfermidade.

Principais obras

A) Monografias

J. Luther, *Die italienische Verfassungsgerichtsbarkeit*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1990.

A primeira monografia, baseada em sua tese de doutorado alemã, tem por objeto, a justiça constitucional italiana. A análise das fontes que regulam a Corte Constitucional e a sua atividade, desenvolvida também, graças à colaboração na produção manualística de Gustavo Zagrebelsky, é acompanhada por elementos da pesquisa comparada sobre a justiça constitucional em Turim, próxima de Giorgio Lombardi. A obra, também se concentra no estudo da jurisprudência que direciona a sua atenção sobre a contribuição da Corte, para o desenvolvimento da Constituição, inclusive, a partir de uma ótica de microcomparação judicial. Até hoje, continua sendo um dos principais estudos em língua alemã sobre a justiça constitucional italiana.

J. Luther, *Idee e storie di giustizia costituzionale nell'Ottocento*, Turim, Giappichelli, 1990.

A monografia reconstrói os fundamentos históricos do "Direito Processual Constitucional" na Europa, através dos modelos revolucionários francês e italiano, os primeiros tribunais das monarquias constitucionais no início do século XVIII, na Alemanha, o controle constitucional durante o Império Guilhermino e as primeiras formas da justiça constitucional da Itália de Cavour. A ideia é reconstruir as evoluções ocorridas, no que se refere à justiça constitucional, no que muitos consideram, um "século esquecido" (neste aspecto), para verificar como influenciaram os modelos de justiça constitucional instituídos na Europa do século XX.

J. Luther, *Pratica dei diritti fondamentali*, Turim, Giappichelli, ed. provisória, 2000.

A monografia, até então inédita, tem por objeto, a prática dos direitos fundamentais. A obra foi recentemente recuperada e será publicada nos próximos meses, pelos discípulos do Prof. Luther.

J. Luther, *Europa costituenda. Studi di diritto, politica e cultura costituzionale*, Turim, Giappichelli, 2007.

O volume aborda, numa perspectiva juspublicista, a história do processo de integração europeia, de 1995 a 2007. São abordadas as principais fases do processo de constitucionalização da União, partindo das primeiras análises do princípio da subsidiariedade, passando pelo nascimento da Carta de Nice e a nova atenção da Europa, aos direitos fundamentais, para o desenvolvimento do sistema multinível e o papel das regiões na União, alcançando o diálogo entre os tribunais e a sua construção. É dada especial atenção ao "desenvolvimento do Direito ao desenvolvimento" (entendido como o direito dos cidadãos europeus de desenvolver a Europa, inclusive do ponto de vista constitucional, e como dever da Europa, de colaborar para o desenvolvimento dos outros) e as potencialidades do Tratado Constitucional e da cidadania europeia (também social) para a potencialização e a definição de uma autêntica "identidade europeia".

B) Artigos, estudos e coordenações

Justiça constitucional

A produção de Jörg Luther, especialmente numa primeira fase, focou sua atenção na questão da justiça constitucional e na configuração dos tribunais constitucionais nos ordenamentos italiano e alemão (que também foram objeto de estudos de doutorado e da primeira monografia). É, especialmente importante para os acadêmicos dos dois países, sua relação com o conhecimento recíproco dos dois modelos. Nesse sentido, destacam:

J. Luther, *I giudici costituzionali sono giudici naturali?*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1991.

J. Luther, *La giurisprudenza costituzionale del tribunale costituzionale federale nel biennio 1991-92*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1993.

J. Luther, N. Zanon, *Chroniques: Italie*, em *Annuaire International de Justice Constitutionnelle* VII.1991, 1993.

J. Luther, *Cenni di diritto comparato sui conflitti di attribuzioni fra i poteri dello Stato*, em A. Anzon, B. Caravita, M. Luciani, M. Volpi (org.), *La Corte costituzionale e gli altri poteri dello Stato*, Turim, Giappichelli, 1993.

J. Luther, *Ragionevolezza e Verhältnismäßigkeit nella giurisprudenza costituzionale tedesca*, em *Diritto e società*, 1993.

J. Luther, *La motivazione delle sentenze costituzionali in Germania*, em A. Ruggeri (org.), *La motivazione delle decisioni della Corte costituzionale*, Turim, Giappichelli, 1994.

J. Luther, *La giustizia costituzionale tedesca nel biennio 1993-94*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1995.

J. Luther, *Problemi di organizzazione e funzionamento degli organi di giustizia costituzionale in Germania*, em P. Costanzo (org.), *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, Turim, Giappichelli, 1996.

J. Luther, *La formazione dell'avvocato in Germania*, em *Rassegna dell'ordine degli avvocati e procuratori di Turim*, n° 2, 1996.

J. Luther, *La giustizia costituzionale tedesca nel biennio 1995-96*, em *Giur cost.*, 1997.

J. Luther, *Promuovere nuovi giudizi davanti a una Corte costituzionale "revisionata"?*, em *Il Foro italiano*, V, 1997.

J. Luther, *Una tutela preventiva ragionevole dei non fumatori: come un monito al legislatore si trasforma in moniti al giudice e al datore di lavoro*, em *Giur cost.*, 1997.

J. Luther, *Interventi*, em R. Romboli et. al. (org.), *La Corte costituzionale nei lavori della Commissione bicamerale*, Turim, Giappichelli, 1998.

J. Luther, *Il contraddittorio nei procedimenti della Normenkontrolle tedesca*, em V. Angiolini (org.), *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi*, Turim, Giappichelli, 1998.

J. Luther, *La giustizia costituzionale tedesca nel biennio 1997-89*, em *Giur cost.*, 1999.

J. Luther, *Il giudice costituzionale può fermare una guerra? Una sentenza del Bundesverfassungsgericht sull'intervento militare nel Kosovo*, em M. Dogliani, S. Sicardi (org.), *Diritti umani e uso della forza*, Turim, Giappichelli, 1999.

J. Luther, *La Verfassungsbeschwerde tedesca: mito o meta?*, em A. Anzon, P. Caretti, S. Grassi (org.), *Prospettive di accesso alla giustizia costituzionale*, Turim, Giappichelli, 2000.

J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (org.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turim, Giappichelli, 2000.

J. Luther, *La giustizia costituzionale nella Repubblica Federale di Germania*, em J. Luther, R. Romboli, R. Tarchi (org.), *Esperienze di giustizia costituzionale*, Turim, Giappichelli, 2000.

J. Luther, *Interventi*, em A. Pizzorusso, R. Romboli (org.), *Le norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale dopo quasi mezzo secolo di applicazione*, Turim, Giappichelli, 2002.

J. Luther, *Gretchenfrage nach dem Respekt gegenüber Entscheidungen des italienischen Verfassungsgerichtshofs (Anmerkung zu Corte costituzionale sent. n. 466/2002)*, em Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2003.

J. Luther, *La composizione dei tribunali costituzionali e le autonomie territoriali: esperienze straniere*, em A. Anzon, G. Azzariti, M. Luciani (org.), *La composizione della Corte costituzionale*, Turim, Giappichelli, 2004.

J. Luther, E. Grosso, *Revisione costituzionale e giustizia costituzionale*, em R. Bin, G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi (org.), *“Effettività” e “seguito” delle tecniche decisorie della Corte costituzionale*, *Scritti per il cinquantenario della Corte Costituzionale*, Nápoles, ESI, 2006.

J. Luther, *Giustizia costituzionale*, em U. Pomarici (org.), *Filosofia del diritto: concetti fondamentali*, Turim, Giappichelli, 2007.

J. Luther, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit in Italien*, em C. Stark, A. Weber (org.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa*, 2. Aufl., Baden-Baden, Nomos, 2007.

J. Luther, *Le interpretazioni adeguatrici nel diritto tedesco vivente*, em Corte costituzionale (org.), *Corte costituzionale, giudici comuni e interpretazioni adeguatrici*, Milão, Giuffré, 2010.

J. Luther, *Lo status giuridico del giudice costituzionale nell'esperienza tedesca*, em C. Astudillo (org.), *El estatuto jurídico del juez constitucional*, México, UNAM, 2010.

J. Luther, R. Balduzzi, M. Cavino (org.), *La Corte costituzionale a vent'anni dalla svolta*, Turim, Giappichelli, 2011.

J. Luther, *Il costituzionalismo dei giudici costituzionali*, em *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 16, nº 2, 2016.

J. Luther, *Le (in-)certezze del diritto tra legislatore interprete e giudice che aggiusta automatismi*, em AA. VV., *Crisi della giustizia e (in)certezza del diritto*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2018.

Princípios, direitos e deveres constitucionais

A produção de Jörg Luther sobre princípios, direitos e deveres constitucionais, já presentes nas suas monografias, foi posteriormente ampliada em sua produção menor. Inclusive, neste caso, os elementos comparativos entre os sistemas europeus têm sido muito enriquecedores, mas, não somente. Uma atenção especial foi dedicada à questão dos direitos culturais, categoria muitas vezes "negligenciada" pela doutrina constitucional no panorama nacional e comparado, matéria na qual tornou-se um dos maiores especialistas na Itália, introduzindo o tema no debate do direito público e fornecendo as primeiras definições e elaborações da categoria. No campo dos princípios, numerosos trabalhos foram dedicados ao critério da razoabilidade (*ragionevolezza*). Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *L'aborto: tema con variazioni per legislatori, giudici e custodi della costituzione (nota a Corte costituzionale ord. 445/1987)*, em *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1987.

J. Luther, *L'idea dei diritti fondamentali nel protestantesimo*, em *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, a. XXI, 1991.

J. Luther, *Della libertà di partecipare. Significati dell'astensione fra individualismo e organicismo*, em *Opera al rosso, nº 2: Fra senso comune e consenso*, Gênova, Marietti, 1992.

J. Luther, *I diritti della coscienza in attesa di una nuova legge (nota a Corte costituzionale sent. 467/1991)*, em *Giurisprudenza italiana*, I, 1992.

J. Luther, *Il fumo nella lotta per i diritti*, em V. Angiolini (org.), *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, Turim, Giappichelli, 1992.

J. Luther, *Die Rechte der Gewissen in der multikulturellen Verfassung*, em T. Fleiner-Gerster (org.), *Die multikulturelle und multi-ethnische Gesellschaft*, Fribourg, Institut du Fédéralisme, 1995.

J. Luther, *Coscienza (diritti della)*, em L. Violante (org.), *Dizionario delle istituzioni e dei diritti del cittadino*, Roma, Editori riuniti, 1996.

J. Luther, *La croce della democrazia (prime riflessioni su una controversia non risolta)*, em *Quaderni di dir. e pol. eccl.*, n° 3, 1996.

J. Luther, *Ragionevolezza (delle leggi)*, em *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Turim, UTET, 1997.

J. Luther, F. Pastore, *Italia, Europa, Mondo: per una geografia dei diritti e dei doveri*, em CESPI (org.), *Diventare Europei*, Turim, Edizioni di Comunità, 1999.

J. Luther, *Anspruch auf Gebrauch der Sprache einer Sprachminderheit im Strafprozess (Anmerkung zu Corte costituzionale sent. n° 406/1999)*, em *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2000.

J. Luther, *I diritti fondamentali riscritti pretendono nuovi rimedi?*, em P. Costanzo (org.), *La Carta Europea dei diritti. Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Genova*, Gênova, 2001.

J. Luther, *La sfida dei diritti culturali in Europa*, em B. Henry, A. Loretoni (org.), *La Carta dei diritti fondamentali. verso una Costituzione europea?*, Vol. XV (2), Florença, Forum per i problemi della pace e della guerra, 2001.

J. Luther, E. Malfatti, E. Rossi (org.), *I principi fondamentali della Costituzione italiana*, Pisa, Edizioni Plus, 2002.

J. Luther, *Le frontiere dei diritti culturali in Europa*, em G. Zagrebelsky (org.), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

J. Luther, *Die Charta der Arbeit: Grundrechte vs Korporativismus*, em A. Schlegelmilch (org.), *Einführung in die moderne europäische Verfassungsgeschichte, Studienbrief Fernuniversität Hagen, Fachbereich Kultur- und Sozialwissenschaften, Kurseinheit 1: Grundrechte und Repräsentation*, Hagen, 2003.

J. Luther, *Istruire la storia del crocifisso*, em S. Ceccanti, R. Bin (org.), *La laicità crocifissa?*, Turim, Giappichelli, 2004.

J. Luther, *Il velo scoperto dalla legge: tavole di giurisprudenza costituzionale comparata*, em www.olir.it, 2004.

J. Luther, *La protezione europea dei diritti umani nella Carta di Nizza*, em Ufficio Scolastico Regionale del Piemonte e Fondazione Giovanni Agnelli (org.), *Scuola, diritti umani e cittadinanza europea*, Turim, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 2005.

J. Luther, *Libertà di astenersi e dovere di informarsi: donare gameti è un malcostume da vietare?*, em Costituzionalismo.it, 2005.

J. Luther, *Il velo scoperto dalla legge: profili di giurisprudenza costituzionale comparata*, em S. Ferrari (org.), *Islam ed Europa*, Roma, Carocci, 2006.

J. Luther, *In che modo il costituzionalismo deve essere "laico"?*, em F. Bolgiani, F. Margiotta Broglio, R. Mazzola (org.), *Chiese cristiane, pluralismo religioso e democrazia liberale in Europa*, Bolonha, il Mulino, 2006.

J. Luther, *Intervento, em Presidenza del Consiglio dei Ministri. Ufficio nazionale per il servizio civile, comitato di consulenza per la difesa civile non armata e non violenta (org.)*, *L'evoluzione del principio costituzionale del sacro dovere di difesa della patria alla luce dell'evoluzione normativa e costituzionale (Atti del seminario Roma 19 maggio 2005)*, Roma, Istituto Sturzo, 2006.

J. Luther, *L'uso dei principi fondamentali nella giurisprudenza costituzionale, em S. Staiano (org.)*, *Giurisprudenza costituzionale e principi costituzionali (atti del convegno annuale del Gruppo di Pisa Capri, 3-4 giugno 2005)*, Turim, Giappichelli, 2006.

J. Luther, R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso (org.), *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi (Atti del Convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006)*, Turim, Giappichelli, 2007.

J. Luther, *Tecniche di normazione e tutela dei diritti fondamentali: il caso tedesco, em A. Ruggeri, L. D'Andrea, A. Saitta, G. Sorrenti (org.)*, *Tecniche di normazione e tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali (Atti dell'incontro di studio svoltosi a Messina il 14 dicembre 2006)*, Turim, Giappichelli, 2007.

J. Luther, *I doveri di chi giudica il giudice dei doveri, em R. Balduzzi, M. Cavino, E. Grosso, J. Luther (org.)*, *I doveri costituzionali: la prospettiva del giudice delle leggi (Atti del Convegno di Acqui Terme-Alessandria svoltosi il 9-10 giugno 2006)*, Turim, Giappichelli, 2007.

J. Luther, *Fundamental Rights in the Regional State, em A. Weber (org.)*, *Fundamental Rights in Europe and North America*, Leiden, Nijhoff, 2007.

J. Luther, *Ragionevolezza e dignità umana, em A. Cerri (org.)*, *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Vol. II, Roma, Aracne, 2007.

J. Luther, *Il crocifisso come simbolo religioso, culturale e politico in costituzione*, em G. E. Rusconi (org.), *Lo stato secolarizzato nell'età post-secolare*, (Annali dell'Istituto storico italo-germanico di Trento, Quaderni, 73), Bolonha, il Mulino, 2008.

J. Luther, *Intervento*, em Associazione Italiana dei Costituzionalisti (org.), *Annuario 2007: Problemi pratici della laicità agli inizi del secolo XXI*, Atti del XXI Convegno Annuale Nápoles, 26-27 ottobre 2007, Pádua, CEDAM, 2008.

J. Luther, *L'antiterrorismo giuridico nell'esperienza tedesca*, em M. Cavino, M. Losano, C. Tripodina (org.), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti costituzionali*, Turim, Giappichelli, 2009.

J. Luther, *Fiat iustitia pereat vita? – Grundrechtskonflikte als Gewissenskonflikte*, em Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2009.

J. Luther, *El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia*, em Revista Española de Derecho Constitucional, nº 89, 2010.

J. Luther, *Il diritto alla memoria come diritto culturale dell'uomo in democrazia*, em AA.VV., *Studi in onore di Franco Modugno*, Vol. III, Nápoles, ESI, 2011.

J. Luther, *La condizione giuridica del "migrante" in Germania*, em C. Panzera, A. Rauti, C. Salazar, A. Spadaro (org.), *Metamorfosi della cittadinanza e diritti degli stranieri*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2016.

J. Luther, *La costituzione delle politiche di integrazione nella Germania multiculturale*, em G. Cerrina Feroni, V. Federico (org.), *Società multiculturali e percorsi di integrazione*, Florença, Firenze University Press, 2017.

J. Luther, G. Boggero (org.), *Alimentare i diritti culturali*, Roma, Aracne, 2018.

J. Luther, Editoriale, em J. Luther, G. Boggero (org.), *Alimentare i diritti culturali*, Roma, Aracne, 2018.

J. Luther, *Alimentare la democrazia: come il diritto all'alimentazione "si adegua"*, em *J. Luther, G. Boggero (org.), Alimentare i diritti culturali*, Roma, Aracne, 2018.

J. Luther, *The judge's power over life and death*, em *Corti supreme e salute*, n° 2, 2018.

J. Luther, *Garanzie e limiti costituzionali del diritto alla cogestione delle aziende*, em *Federalismi.it*, n° 5, 2019.

Integração europeia

Seus escritos menores, também aprofundaram, posteriormente, o tema da integração europeia, por sua vez, objeto de uma monografia. A atenção à questão da identidade europeia e, de um modo mais geral, do desenvolvimento e da sorte do processo de constitucionalização da União, juntamente à sua capacidade de dar vida a um diálogo proveitoso entre as várias culturas jurídicas, proporcionou-lhe um amplo reconhecimento na academia italiana e internacional como "jurista europeu". Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *Il principio di sussidiarietà: un "principio speranza" per il diritto costituzionale comune europeo?*, em *Il Foro italiano*, V, 1996.

J. Luther, R. Finocchi Ghersi, *Germania*, em *Corte Costituzionale (org.), Diritto comunitario europeo e diritto nazionale*, Milão, Giuffrè, 1997.

J. Luther, R. Finocchi Ghersi, *Irlanda*, em *Corte Costituzionale (org.), Diritto comunitario europeo e diritto nazionale*, Milão, Giuffrè, 1997.

J. Luther, R. Finocchi Ghersi, *Regno Unito*, em *Corte Costituzionale (org.), Diritto comunitario europeo e diritto nazionale*, Milão, Giuffrè, 1997.

J. Luther, *Un nuovo test per il diritto costituzionale comune europeo*, em *R. Bin et. al. (org.), Stranieri tra i diritti*, Turim, Giappichelli, 2001.

J. Luther, *Costituzionalismo europeo e costituzionalismo americano: scontro o incontro?*, em *Rivista AIC*, 2003.

J. Luther, *Wege zu einer europäischen Union der Justiz: deutsch-italienische Erwartungen und Begegnungen, Bericht von einer Tagung des Goethe-Instituts Turin*, em *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2003.

J. Luther, *Principles of Integration with Respect to the Fundamental rights in Europe*, em B. Henry, A. Loretoni (org.), *The Emerging European Union*, Pisa, ETS, 2004.

J. Luther, *Union, States, Regions: How do we Develop Multilevel Rights and Multilevel Democracy?*, em U. Morelli (org.), *A Constitution for the European Union*, Milão, Giuffré, 2004.

J. Luther, *Zur Entwicklung des Rechts auf Entwicklung - Europäische Beiträge*, em A. Blankenagel, I. Pernice, H. Schulze-Fielitz (org.), *Verfassung im Diskurs der Welt*, Tübingen, Mohr, 2004.

J. Luther, *Jueces europeos y jueces nacionales: la Constitución del diálogo*, em *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, nº 3, 2005.

J. Luther, *L'identità europea e le letture del Trattato Costituzionale*, Provincia di Alessandria. Presidenze del Consiglio, *Lecture provinciali della costituzione europea*, 2006.

J. Luther, *Prospettive della politica costituzionale europea*, em AA. VV., *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di A. Pizzorusso*, Pisa, Pisa University Press, 2006.

J. Luther, *Die "gleiche Freiheit" der europäischen Bürger in Italien und Deutschland*, em *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nº 68, 2008.

J. Luther, *La costruzione del diritto costituzionale europeo secondo il metodo haerberliano*, em *Rivista AIC*, 2009.

J. Luther, *El constitucionalista europeo como observador participante de la democracia europea*, em *Revista de derecho constitucional europeo*, vol. 6, nº 12, 2009.

J. Luther, *L'Unione europea delle difese nel Trattato di Lisbona*, em A. Lucarelli, A. Patroni Griffi (org.), *Dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona*, Nápoles, ESI, 2009.

J. Luther, *Il costituzionalista europeo come osservatore partecipante alla democrazia europea*, em A. Cantaro (org.), *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, Turim, Giappichelli, 2010.

J. Luther, *Il processo di Karlsruhe al trattato di Lisbona: alla ricerca di interpretazioni ragionevoli*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 2011.

J. Luther, *Interpretare Karlsruhe: luce gialla o rossa per gli Eurobonds?*, em *Quaderni Costituzionali*, 2012.

J. Luther, *Qual è lo stato della costituzione europea oggi?*, em A.J. Menendez, J.E. Fossum (org.), *La peculiare costituzione dell'Unione europea*, Florença, Firenze University Press, 2012.

J. Luther, *The Constitution's gift to the European Union: A donkey or a Trojan horse?*, em J.E. Fossum, A.J. Menendez (org.), *A multitude of constitutions? European constitutional pluralism in question*, Oslo, Arena Report, 2012.

J. Luther, *Alla ricerca di un concetto giuridico europeo di autonomia*, em R. Balduzzi, J. Luther (org.), *Annuario Drasd 2012: Dal federalismo devolutivo alla spending review*, Milão, Giuffrè, 2013.

J. Luther, *Il rinvio pregiudiziale di Karlsruhe sui poteri della BCE, em Quaderni costituzionali*, n° 1, 2014.

J. Luther, *Nationale Parlamente und Europaeisches Parlament in der Multilevel Governance, em Deutsches Verwaltungsblatt*, 2015.

J. Luther, *Il Parlamento tedesco come titolare del potere di integrazione europea (alcune osservazioni comparate), em P. Bilancia (org.), Il ruolo dei parlamenti nazionali nel processo di integrazione europea*, Pádua, CEDAM, 2016.

J. Luther, *Perspectives for an Accession of the European Union to the (Revised) European Social Charter, em J. Luther, L. Mola (org.), Europe's Social Rights under the "Turin Process" - Les droit sociaux de l'Europe sous le "Processus de Turin"*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2016.

J. Luther, *I parlamenti come memoria di sovranità e generatori di solidarietà, em F. Lanchester (org.), Parlamenti nazionali e Unione Europea nella governance multilivello*, Roma, 2016.

J. Luther, L. Mola (org.), *Europe's Social Rights under the "Turin Process" - Les droit sociaux de l'Europe sous le "Processus de Turin"*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2016.

J. Luther, *Costituzionalizzare l'Integrationsgewalt: non solo querelle d'Allemagne, em A. Bernardi (org.), I controlimiti*, Nápoles, Jovene, 2017.

J. Luther, *Les constitutions sous la pression économique: la règle d'or dans l'espace européen, em F. Balaguer Callejón, S. Pinon, A. Viala (org.), Le pouvoir constituant au XXIe siècle*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2017.

J. Luther, *I diritti sociali non sono insostenibili nell'Unione Europea, em Direito Público*, n° 81, 2018.

J. Luther, *Il futuro dei diritti sociali dopo il “social summit” di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?*, em *Federalismi.it*, n. speciale, 2018.

J. Luther, *Il futuro dell'integrazione europea nel contesto globale: preoccupazioni del costituzionalista*, em *Nomos*, n° 2, 2018.

J. Luther, *Judicial Independence and Accountability in the Council of Europe and the European Court of Human Rights*, em *E. Hirsch Ballin, G. van der Schiff, M. Stremler (org.)*, *European Yearbook of Constitutional Law 2019: Judicial Power: Safeguards and Limits in a Democratic Society*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2020.

Autonomias, federalismo e regionalismo

Jörg Luther enfrentou, diversas vezes e em fases diferentes, da sua jornada científica, a questão das autonomias, do federalismo e do regionalismo. Seu estudo concentrou-se nas autonomias locais, sobretudo, na fase final da sua carreira, graças à sua participação (e posterior coordenação) no Doutorado Alexandrino, e também, nas revistas "OPAL" (das quais foi o idealizador e fundador) e "Il Piemonte delle Autonomie". Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *Aspetti costituzionali dell'autonomia valdostana*, em *S. Wolf (org.)*, *Storia d'Italia - Le regioni dall'Unità ad oggi: La Valle d'Aosta*, Turim, Einaudi, 1995.

J. Luther, *Federalismo*, em *L. Violante (org.)*, *Dizionario delle istituzioni e dei diritti del cittadino*, Roma, Editori Riuniti, 1996.

J. Luther, *Il modello tedesco dello Stato federale sociale*, em *F. Pizzetti (org.)*, *Federalismo, regionalismo e riforma dello Stato*, Turim, Giappichelli, 1996.

J. Luther, *Francia: le funzioni; Germania: l'organizzazione costituzionale e amministrativa; le funzioni; la dimensione e le circoscrizioni territoriali*, em *ISAP (org.)*, *Il governo locale in Francia, Gran Bretagna, Germania*, Milão, Giuffrè, 1998.

J. Luther, *Le competenze regionali in materia di funzioni giudiziarie e le esperienze di giudici "regionali" nel diritto comparato*, em *Federalismi.it*, nº 7, 2004.

J. Luther, *La valorizzazione del museo provinciale della battaglia di Marengo: un parere di diritto pubblico*, em *Working paper POLIS - Political Theory and Law*, nº 44, 2004.

J. Luther, C. Malandrino, *Lecture provinciali della costituzione europea*, em *Working paper POLIS - Political Theory and Law*, nº 74, 2006.

J. Luther, *Costituzionalismo e regionalismo europeo*, em *Le Regioni*, 2007.

J. Luther, *La riforma del federalismo in Germania all'esame del parlamento italiano*, em A. D'Atena (org.), *I cantieri del federalismo in Europa*, Milão, Giuffrè, 2008.

J. Luther, *Il finale della transizione*, em *Provincia di Alessandria. Presidenza del Consiglio, Letture provinciali della Costituzione Italiana*, Alexandria, 2008.

J. Luther, *Primeras observaciones sobre la posición del la Comisión de Garantía de Región Piemonte en perspectiva comparada*, em M. A. Aparicio Pérez, M. Barcelò i Serramalera (org.), *Los órganos garantes de la autonomía política*, Barcelona, Atelier, 2009.

J. Luther, *Federalismo*, em *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Garzanti, 2009.

J. Luther, *Le regioni metropolitane tedesche*, em G. F. Ferrari, P. Galeone (org.), *Città a confronto: le istituzioni metropolitane nei paesi occidentali*, Bolonha, il Mulino, 2010.

J. Luther, *Elementi per una storia della Regione Piemonte*, em *Regione Piemonte/ Consiglio regionale del Piemonte (org.), 40 anni di Regione 1970- 2010*, Turim, Eda, 2010.

J. Luther, *La ricerca della giustizia elettorale: “dramma” piemontese per legislatori, amministratori, giudici, scienziati e coro, in tre atti, em Rassegna parlamentare*, 2011.

J. Luther, *Osservazioni sulle prime esperienze della Commissione di garanzia della Regione Piemonte, em Le Istituzioni del Federalismo*, 2011.

J. Luther, *La cooperazione intercomunale nell'esperienza del federalismo tedesco, em R. Balduzzi (org.), Annuario DRASD 2011*, Milão, Giuffrè, 2011.

J. Luther, R. Balduzzi (org.), *Annuario Drasd 2012: Dal federalismo devolutivo alla spending review*, Milão, Giuffrè, 2013.

J. Luther, *Momenti di devoluzione nel federalismo tedesco, em R. Balduzzi, J. Luther (org.), Annuario Drasd 2012: Dal federalismo devolutivo alla spending review*, Milão, Giuffrè, 2013.

J. Luther, *I dubbi della democrazia regionale piemontese (prima e dopo la sentenza del TAR Piemonte del 9-15 gennaio 2014)*, em *Rivista AIC*, n° 4, 2014.

J. Luther, *La cooperazione intercomunale nell'esperienza del federalismo tedesco, em G.C. De Martin (org.), L'intercomunalità in Italia e in Europa*, Pádua, CEDAM, 2014.

J. Luther, *Tutela e valorizzazione della montagna nella prospettiva di riforma delle aree protette: osservazioni conclusive, em R. Louvin, P. Macchia (org.), Tutela e valorizzazione della montagna nella prospettiva di riforma delle aree protette*, Roma, Aracne, 2015.

J. Luther, *Le province in trasformazione: “miserere” o “resilienza”?*, em *Il Piemonte delle autonomie*, n° 3, 2015.

J. Luther, *Indagine conoscitiva della Commissione parlamentare per le questioni regionali sulle forme di raccordo tra lo Stato e le autonomie territoriali, con*

particolare riguardo al “Sistema delle conferenze”. Parere giuridico con profili di diritto comparato, em Il Piemonte delle autonomie, n° 2, 2016.

J. Luther, *Il difficile governo dei mondi montani*, em R. Louvin (org.), *Mondi montani da governare*, Roma, Aracne, 2017.

J. Luther, *La vastità delle aree e quella dei problemi della loro sistemazione*, em J. Luther, G. Cavaggion (org.), *Osservatorio per le autonomie locali (2014-2017)*, Roma, Aracne, 2018.

J. Luther, *Il progetto dell’Osservatorio per le Autonomie Locali (OPAL)*, em J. Luther, G. Cavaggion (org.), *Osservatorio per le autonomie locali (2014-2017)*, Roma, Aracne, 2018.

J. Luther, *Il “cantierismo” servirà alle autonomie? Servirebbe uno stress-test per le istituzioni di autonomia locale*, em J. Luther, G. Cavaggion (org.), *Osservatorio per le autonomie locali (2014-2017)*, Roma, Aracne, 2018.

J. Luther, G. Cavaggion (org.), *Osservatorio per le autonomie locali (2014-2017)*, Roma, Aracne, 2018.

J. Luther, *Lo Stato decentrato nella Regione Piemonte*, em AA. VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Piemonte*, Turim, Giappichelli, 2018.

J. Luther, *Gli organi regionali di garanzia*, em AA. VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Piemonte*, Turim, Giappichelli, 2018.

J. Luther, *La nascita e l’apprendimento dell’autonomia*, em AA. VV., *Lineamenti di diritto costituzionale della Regione Piemonte*, Turim, Giappichelli, 2018.

J. Luther, *Qual(che) referendum sulla nuova linea ferroviaria Turim-Lione?*, em Il Piemonte delle autonomie, n° 3, 2018.

J. Luther, G. Cavaggion, *La transition écologique et les collectivités territoriales en Italie*, em AA. VV., *La transition écologique et les collectivités territoriales – Droit et gestion des Collectivités Territoriales*, Paris, Le Moniteur, 2019.

Direito comparado

Uma parte relevante da produção científica de Jörg Luther foi dedicada à comparação, pela sua vocação para ser, em todos os sentidos, um "jurista europeu", e pela sua genuína curiosidade pela confrontação com outros ordenamentos. Em primeiro lugar, uma comparação entre a Itália e a Alemanha, devido ao seu profundo conhecimento do sistema jurídico de ambos os Estados. Em segundo lugar, e num horizonte amplo, a comparação entre a tradição constitucional europeia e as de outras culturas constitucionais, como a asiática ou a africana. Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *Profili costituzionali della tutela dell'ambiente in Germania*, em *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1986.

J. Luther, *Sviluppi recenti della tutela dei dati in Germania*, em *Il diritto dell'economia*, 1988.

J. Luther, *Antropocentrismo ed ecocentrismo nel diritto dell'ambiente: profili tedeschi ed italiani*, em *Politica del diritto*, 1989.

J. Luther, *La giurisdizione costituzionale sul contenzioso elettorale politico in Germania ed Austria*, em *Quaderni Costituzionali*, 1990.

J. Luther, *L'Autoumwelt: automobile ed ambiente in Germania e Italia*, em *Il diritto dell'economia*, 1990.

J. Luther, *Dalla Repubblica federale tedesca alla Repubblica federale di Germania*, em *Quaderni Costituzionali*, 1991.

J. Luther, *La normativa sui parchi naturali nel diritto tedesco*, em *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1992.

J. Luther, *La Funktionalreform tedesca*, em *Amministrare*, 1993.

J. Luther, A. Giorgis, E. Grosso, *À propos de quelques nouveautés dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle italienne en 1993*, em *Annuaire international de justice constitutionnelle IX*. 1993, 1994.

J. Luther, *L'esperienza del voto dissenziente nei paesi di lingua tedesca*, em *Politica del diritto*, 1994.

J. Luther, *Die italienische Verfassung im letzten Jahrzehnt*, em *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, (nF 43 (1994/95)), 1995.

J. Luther, *Il diritto dei beni culturali nella Repubblica federale di Germania*, em *L. Mezzetti (org.), I beni culturali*, Pádua, CEDAM, 1995.

J. Luther, *La dottrina tedesca in tema di forma di governo*, em *Riv. Dir. Pub. Comp. Europ*, 1999.

J. Luther, *Le direttive di Karlsruhe per la riforma fiscale*, em *Il Foro italiano*, IV, 1999.

J. Luther, *Die Verfassung in Zeiten des "Übergangs": italienische Beobachtungen*, em *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*. Neue Folge, Band 50, 2002.

J. Luther, *I sistemi televisivi locali in Germania*, em *Comitato regionale per le comunicazioni della Toscana (org.), TV locali in Europa*. Atti del convegno gennaio 2001, Florença, 2003.

J. Luther, *Military Law in Italy*, en *G. Nolte (org.), European Military Law Systems*, Berlin, De Gruyter, 2003.

J. Luther, *Zur Verfassungsentwicklung der Republik Somalia: Frieden durch Verfassung?*, em *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, n° 53, 2005.

J. Luther, *Das Gesetz als Mittel zur Prozessverschleppung, die Politisierung der italienischen Justiz und die Grenzen europäischer Rechtsstaatlichkeit*, em *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2005.

J. Luther, *Il debole della democrazia del cancelliere*, em *Quaderni Costituzionali*, 2005.

J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, em *Working paper POLIS - Political Theory and Law*, n° 78, 2006.

J. Luther, P. Passaglia, R. Tarchi (org.), *A World of Second Chambers. Handbook for Constitutional Studies on Bicameralism*, Milão, Giuffré, 2006.

J. Luther, D. Francavilla, *Nepal's Constitutional Transition*, em *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, n° 56, 2007.

J. Luther, *La democrazia del cancellierato come "sublimazione" del presidenzialismo*, en A. Di Giovine, A. Mastromarino (org.), *La presidenzializzazione degli esecutivi nelle democrazie contemporanee*, Turim, Giappichelli, 2007.

J. Luther, *Appunti per lo studio comparato dei sistemi sanitari*, em R. Balduzzi (org.), *Sistemi costituzionali, Diritto alla salute e organizzazione sanitaria*, Bolonha, il Mulino, 2009.

J. Luther, *Percezioni europee della storia costituzionale cinese*, em G. Ajani, J. Luther (org.), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Nápoles, Jovene, 2009.

J. Luther, *Il "costituzionalismo" può essere praticato anche da un giudice cinese?*, em G. Ajani, J. Luther (org.), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Nápoles, Jovene, 2009.

J. Luther, *Italienische Beobachtungen und Verarbeitungen des Grundgesetzes (1949-2009)*, em *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2009.

J. Luther, G. Ajani (org.), *Modelli giuridici europei nella Cina contemporanea*, Nápoles, Jovene, 2009.

J. Luther, F. Longo, *Costituzioni di microstati europei: i casi di Cipro, Liechtenstein e Città del Vaticano*, em *Working paper POLIS - Political Theory and Law*, nº 176, 2010.

J. Luther, *Der schwierige Dialog zwischen Italien und Oesterreich als Aufgabe der Rechtsvergleichung im deutsch- und italienssprachigen Raum*, em P. Hilpold, W. Steinmair, C. Perathoner (org.), *Rechtsvergleichung an der Sprachgrenze*, Frankfurt, P. Lang, 2011.

J. Luther, *Zu einigen spannenden Fragen der Religionsfreiheit aus italienischer Sicht*, em B. Ehrenzeller (org.), *Religionsfreiheit im Verfassungsstaat*, Zuerich-Baden-Baden, Dike-Nomos, 2011.

J. Luther, *Per una comparazione federalista della Legge fondamentale e della Costituzione italiana in materia di Unione europea*, em G. Cerrina Feroni, F. Palermo, G. Parodi, P. Ridola (org.), *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro*, Turim, Giappichelli, 2012.

J. Luther, *The constitutional impact of class actions in European legal systems*, J. Ackhaus A. Cassone, G. Ramello (org.), *The Law and Economics of Class Actions in Europe*, Cheltenham, Edward Elgar, 2012.

J. Luther, *Il rinnovato interesse italiano per la Verfassungsbeschwerde: elementi di politica costituzionale comparata*, em R. Tarchi (org.), *Patrimonio costituzionale europeo e tutela dei diritti fondamentali: il ricorso diretto di costituzionalità*, Turim, Giappichelli, 2012.

J. Luther, *Le opere pubbliche degli enti locali e il loro finanziamento in Germania*, em G.F. Ferrari, P. Galeone (org.), *Le opere pubbliche locali in Europa*, Bolonha, il Mulino, 2012.

J. Luther, *Zu den Moeglichkeiten einer tuerkischen Rezeption neuerer europaeischer Verfassungsreformerfahrungen*, em M. Yanik et. al. (org.), *International Congress on Constitutional Law*, Istanbul, G.M. Matbacilik ve Tc. A.S., 2012.

J. Luther, *Massime di buona prassi scientifica nel diritto pubblico. Il codice etico dei giuspubblicisti tedeschi. Testo con commento*, em Rivista AIC, n° 1, 2013.

J. Luther, *Eleggere un capo dello Stato in Europa: esperienze della vicina Germania*, em Federalismi.it, n° 9, 2013.

J. Luther, *Europaeische Verfassungsreformen: Einsichten und Aussichten der Tuerkei*, em *Jahrbuch des Oeffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2013.

J. Luther, *Il modello tedesco della politica ecclesiastica e religiosa*, em *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, n° 1, 2014.

J. Luther, *La dimension constitutionnelle entre "Europe allemande" et "Europe italienne"*, em F. Balaguer Callejón, S. Pinon, A. Viala (org.), *Le droit constitutionnel européen à l'épreuve de la crise économique et démocratique de l'Europe*, Paris, LGDJ, 2015.

J. Luther, *Conflict and Consent in the Constitutional Order of Italy: Lessons for (and from) Thailand?*, em H. Glaser (org.), *Norms, Interests and Values. Conflict and Consent in the Constitutional Order*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

J. Luther, *La Costituzione del Liechtenstein (1921/2003)*, em R. Orrù, G. Parodi (org.), *Codice delle costituzioni, Volume II: Regno Unito, Austria e altri Paesi europei*, Pádua, CEDAM, 2016.

J. Luther, *Crisi economica ed impatto sulle istituzioni nazionali: i punti di vista della Germania*, em *Federalismi.it*, nº 26, 2016.

J. Luther, *Comparing fundamental social rights in the European and the Indian union*, em *Lex Social*, vol. 7, nº 1, 2017.

J. Luther, *Erwartungen und Zumutungen des italienischen Verfassungsreferendums*, em *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, vol. 65, 2017.

J. Luther, *Dove è diretta la democrazia? Risposte tedesche*, em *Federalismi.it*, n. speciale 1, 2017.

J. Luther, *Powers and Limits of the Unelected Federal Government in Germany*, em *Federalismi.it*, nº 24, 2018.

História constitucional

Dentre os múltiplos e multifacetados interesses científicos de Jörg Luther, destaca-se também, aquele pela história constitucional, o que atesta, uma vez mais, sua propensão à interdisciplinaridade. Sua pesquisa, neste campo, foi frequentemente submetida à interseção com seus estudos de direito comparado, teoria geral e o sistema de autonomias locais. Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *Rudolf Smend: genesi e sviluppo della dottrina dell'integrazione*, em G. Gozzi (org.), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, *Annali dell'istituto storico italo-germanico di Trento*, nº 24, Bolonha, il Mulino, 1987.

J. Luther, *La libertà di coscienza nella dottrina teologica e politica della Riforma*, em *Il diritto ecclesiastico*, 1991.

J. Luther, *L'autorità "eccezionale"*, em Istituto per la storia della resistenza e della società contemporanea della provincia di Asti (org.), *Asti contemporanea 3: Emergenza alluvione*, 1995.

J. Luther, *Le esperienze della Notverordnung (Appunti per una comparazione)*, em Corte Costituzionale (org.), *I decreti-legge non convertiti*, Milão, Giuffré, 1996.

J. Luther, *Pagine di storia costituzionale tedesca del secondo dopoguerra*, em *Germania ed Europa dal 1945 ad oggi*, La Spezia, Acit, 1999.

J. Luther, *Vorstufen einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit um 1900*, em M. Kirsch, A. Kosfeld, P. Schiera (org.), *Der Verfassungsstaat vor der Herausforderung der Massengesellschaft - Konstitutionalismus um 1900 im europäischen Vergleich*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002.

J. Luther, *L'esperienza costituzionale di Weimar: federalismo o regionalismo?*, em D. Preda, C. Rognoni Vercelli (org.), *Storia e percorsi del federalismo. L'eredità di Carlo Cattaneo*. (Atti del convegno di Pavia 2001), Vol. Tomo I, Bolonha, il Mulino, 2004.

J. Luther, *Ferraris e la Germania: una BIOGRAFÍA del diritto pubblico europeo*, em *Facoltà di Scienze Politiche (org.)*, *Dal Monferrato alla costruzione dello stato sociale italiano: l'esperienza intellettuale, scientifica e politica di Carlo Francesco Ferraris (Moncalvo 1850-Roma 1924)*(Atti del Convegno tenuto in Alessandria e Moncalvo, 22-24 marzo 2007), Turim, Claudiana, 2007.

J. Luther, *C.F. Ferraris und das Deutsche Reich - eine Biographie des europäischen öffentlichen Rechts*, en *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, n° 56, 2007.

J. Luther, S. Caporal, O. Vernier, *Constitutional Documents of France, Corsica and Monaco 1789–1848 / Documents constitutionnels de la France, de la Corse et de Monaco 1789–1848 / Verfassungsdokumente Frankreichs, Korsikas und Monacos 1789–1848*, em H. Dippel (org.), *Constitutions of the World from the late 18th*

Century to the Middle of the 19th Century / Verfassungen der Welt vom späten 18. Jahrhundert bis Mitte des 19. Jahrhunderts, XI, Berlin, De Gruyter-Saur, 2009-2010.

J. Luther, *Documenti costituzionali di Italia e Malta 1787–1850 Parte I: Costituzioni nazionali/Costituzioni degli stati italiani (Ancona-Lucca)/ Constitutional Documents of Italy and Malta 1787–1850, Part I: National Constitutions/ Constitutions of the Italian States*, em H. Dippel (org.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century*, 661p., Europe: Volume 10, Berlin, De Gruyter-Saur, 2010.

J. Luther, *Documenti costituzionali di Italia e Malta 1787–1850, Parte II: Modena e Reggio-Verona, Malta/Constitutional Documents of Italy and Malta 1787–1850, Part II: Modena and Reggio – Verona, Malta*, em H. Dippel (org.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century*, 780p., Europe: volume 10, Berlin, De Gruyter-Saur, 2010.

J. Luther, *Elementi per una storia della Regione Piemonte*, em *Quaderni regionali*, XXX, n° 1, 2011.

J. Luther, *Quel che la storia di Attilio Brunialti insegna al costituzionalismo italiano*, em *Democrazia e diritto*, 2011.

J. Luther, *Calvino ispiratore di un costituzionalismo protestante?*, em C. Malandrino, L. Savarino (org.), *Calvino e il calvinismo politico*, Turim, Claudiana, 2011.

J. Luther, *Werte an der Front. Eine Geschichte der Lehren Heinrich Herrfahrdts*, em *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, n° 62, 2014.

J. Luther, *Per una storiografia costituzionale conforme a costituzione*, em AA. VV., *Costituzionalismo e Costituzione nella vicenda unitaria italiana*. Annuario 2011, Nápoles, Jovene, 2014.

J. Luther, *Jean Calvin, ein guter Geist des Konstitutionalismus?*, em H. De Wall (org.), *Reformierte Staatslehre in der Fruehen Neuzeit*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014.

J. Luther, G. Cavaggion, *Quel che le storie delle riforme costituzionali possono insegnare*, em *Quaderno di storia contemporanea*, n° 60, 2016.

J. Luther, *Learning Democracy from the History of Constitutional Reforms*, em *Italian Law Journal*, n° 1, 2017.

J. Luther, *Il diritto di Leopoli nelle vite di lauterpacht, Lemkin e Karski*, en *Lo Stato*, n° 11, 2018.

J. Luther, *Die Institutionenwelt des Santi Romano*, em M.D. Poli (org.), *Der juristische Institutionalismus von Santi Romano*, Berlin, Italienzentrum Freie Universitaet Berlin, 2019.

Negacionismo, holocausto e direitos das vítimas.

Uma parte significativa da produção científica, especialmente nos seus últimos anos de atividade, foi dedicada ao tema do negacionismo, do Holocausto e dos direitos das vítimas. Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *L'antinegacionismo nell'esperienza giuridica tedesca e comparata*, em *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008-2009.

J. Luther, *Non negare la storia dell'antinegacionismo giuridico*, em *Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900*, XII, 2009.

J. Luther, *Riparare equamente: una storia dei diritti delle vittime*, em *Contemporanea. Rivista di storia dell'800 e del '900*, XIV, n° 3, 2011.

J. Luther, *Diritto e memoria*, em U. Pomarici (org.), *Atlante di filosofia del diritto*, Turim, Giappichelli, 2012.

J. Luther, *Costituzione, memoria e garanzie di innegabilità*, em F. R. Recchia Luciani, L. Patruno (org.), *Opporsi al negazionismo*, Gênova, Il Melangolo, 2013.

J. Luther, *L'Europa antinegazionista*, em F. Germinario (org.), *Il negazionismo*, Roma, Carocci, 2015.

J. Luther, *Shoah e genocidi in Africa, alcune storie da rileggere*, em *Quaderno di storia contemporanea*, nº 63, 2018.

Miscelânea

Por fim, tendo em vista seus diversos e variados interesses científicos ao longo de sua carreira, são inúmeras as publicações que tratam de temas que não se enquadram em nenhuma das macro-categorias mencionadas até aqui. Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *Le vie del padre non sono finite (nota a Corte costituzionale ord. n. 389/1988)*, em *Giurisprudenza costituzionale*, I, 1988.

J. Luther, *Lavoro anziché detenzione? - Ma che domanda! (nota a Corte costituzionale ord. n. 100/1992)*, em *Giurisprudenza italiana*, I, 1992.

J. Luther, *La polizia al Palazzo dei Marescialli*, em *Il Corriere Giuridico*, 1992.

J. Luther, M. Dogliani, *Sussidiario di diritto costituzionale*, Turim, Giappichelli, 1993.

J. Luther, *Un'interpretazione adeguatrice a favore del commercio di videocassette a contenuto pornografico (nota a Corte costituzionale sent. 368/1992)*, em *Giurisprudenza italiana*, 1993.

- J. Luther, *Il Garante per la radiodiffusione e l'editoria*, em Sisifo, n° 29, 1995.
- J. Luther, *Le garanzie costituzionali di una cultura delle informazioni*, em Sisifo, n° 29, 1995.
- J. Luther, *Principi per il diritto dei musei pubblici in Italia*, Turim, Fondazione G. Agnelli, 1995.
- J. Luther, *Commenti agli articoli 9, 52, 54 e 67, 134-129 della costituzione*, em G. Neppi Modona (org.), *Lo Stato della costituzione*, Milão, Il Saggiatore, 1995.
- J. Luther, G. Zagrebelsky, P. Portinaro (org.), *Il futuro della costituzione*, Turim, Einaudi, 1996.
- J. Luther, *Questioni di chiarezza*, em R. Bin (org.), *Elettori legislatori?*, Turim, Giappichelli, 1999.
- J. Luther, *I conti della democrazia non tornano: invalide le elezioni finanziate con fondi neri?*, em Quaderni Costituzionali, 2000.
- J. Luther, *La scienza häberliana delle costituzioni*, em P. Comanducci, R. Guastini (org.), *Analisi e diritto*, Turim, Giappichelli, 2001.
- J. Luther, *Richterehre und Abgeordnetenimmunität* (Anmerkung zu Corte costituzionale, sent. n. 283/2002), em Europäische Grundrechte Zeitschrift, 2002.
- J. Luther, *Turim e la Germania*, en *Enciclopedia di Turim*, Turim, Edizioni del Capricorno, 2004.
- J. Luther, *La partecipazione delle Forze armate italiane a missioni internazionali: elementi di analisi costituzionale comparata*, em P.P. Rivello (org.), *La giustizia militare dell'Italia repubblicana*, Turim, Giappichelli, 2005.

J. Luther, *La responsabilità dell'università per la cultura, em Ateneo e città*. Periodico di informazione dell'Università del Piemonte Orientale A. Avogadro, n° 18, 2006.

J. Luther, *Commento all'art. 52 della Costituzione, em R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (org.)*, Commentario alla Costituzione, Vol. I, Turim, UTET, 2006.

J. Luther, *Precedente e linguaggio giuridico in Italia, em B. Ehrenzeller, P. Gomez, M. Kotzur, D. Thürer, K. Vallender (org.)*, Präjudiz und Sprache - Precedent and its Language, Zürich-Baden-Baden, Dike-Nomos, 2008.

J. Luther, *Per un "diritto alla Costituzione"*, em *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2009.

J. Luther, *Erneut verfassungswidriges Gesetz als Vorlage zur Verfassungsreform in Italien?*, em *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 2009.

J. Luther, *Il contributo di Leopoldo Elia al bicameralismo*, em *Rassegna parlamentare*, n° 51, 2009.

J. Luther, *Legge*, em *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Garzanti, 2009.

J. Luther, *Presidente del Consiglio (dei Ministri)*, em *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Garzanti, 2009.

J. Luther, *La democrazia dei minori, em P.P. Portinaro (org.)*, *L'interesse dei pochi, le ragioni dei molti*. Le letture di biennale democrazia, Turim, Einaudi, 2011.

J. Luther, *Riconoscimento di forza normativa ad atti non prodotti da poteri-fonte (la soft-law)*, em M. Dogliani (org.), *Il libro delle leggi strapazzato e la sua manutenzione*, Turim, Giappichelli, 2012.

J. Luther, *La legislazione costituzionale*, em M. Siclari (org.), *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2012.

J. Luther, *Osservazioni sulla cura scientifica dei “confini delle cure”*, em P. Macchia (org.), *Ai confini delle cure*, Nápoles, ESI, 2012.

J. Luther, *Intervento*, em *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (org.)*, *Grundsatzfragen der Rechtsetzung und Rechtsfindung. Veroeffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin-New York, De Gruyter, 2012.

J. Luther, P. Vipiana, *Contributi in tema di semplificazione normativa e amministrativa*, em Working paper POLIS - Political Theory and Law, n° 208, 2013.

J. Luther, *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, em H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, trad. it org. J. Luther, Milão, Giuffrè, 2013.

J. Luther, *Giustizia elettorale sarà fatta?*, em E. Catelani, F. Donati, M.C. Grisolia (org.), *La giustizia elettorale*, Nápoles, ESI, 2013.

J. Luther, *Esperienze di federalismo universitario*, em G. Colombini (org.), *Finanziamento, competizione ed accountability nel governo dell'università*, Nápoles, Editoriale Scientifica, 2013.

J. Luther, *I rischi dell'educazione al rischio*, em *Bambini*, n° 2, 2014.

J. Luther, *Il bicameralismo si supera se si reinventa (ma anche se si rottama)*, em *Il Piemonte delle autonomie*, 2014.

J. Luther, *Die Verfassungskultur des homo ridens*, em A. Blankenagel (org.), *Den Verfassungsstaat nachdenken*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014.

J. Luther, *La rappresentanza delle minoranze in Parlamento: passato, presente e futuro della question*, em C.F. Ferraris, *La rappresentanza delle minoranze in parlamento* (1870), org. F. Ingravalle, Roma, Aracne, 2014.

J. Luther, *Le scienze e le norme dell'alimentazione in una umanità in crescita*, em P. Macchia (org.), *La persona e l'alimentazione*, Roma, Aracne, 2014.

J. Luther, *The Italian Senate under Reform: Sacrifice or Self-Reflection*, em H.J. Blanke, P. Cruz Villalón, T. Klein, J. Ziller (org.), *Common European Legal Thinking. Essays in Honour of Albrecht Weber*, Heidelberg, Springer, 2015.

J. Luther, *Il mandato sociale del giudice*, em M. Dogliani (org.), *La ricerca dell'ordine perduto*, Bolonha, il Mulino, 2015.

J. Luther, *Italienische Spuren europäischen Religionsverfassungsrechts*, em L. Jaeckel, B. Zabel, R. Zimmermann (org.), *Grundrechtspolitik und Rechtswissenschaft*, Tuebingen, Mohr, 2015.

J. Luther, *Presiedere e presidiare*, em A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (org.), *Il costituzionalista riluttante*, Turim, Einaudi, 2016.

J. Luther, *Intervento*, em AA. VV., *Verfassung als Ordnungskonzept*, Berlin, De Gruyter, 2016.

J. Luther, A. Giorgis, E. Grosso (org.), *Il costituzionalista riluttante*, Turim, Einaudi, 2016.

J. Luther, *Realism and Idealism in the Italian Constitutional Culture*, em M. Adams, E. Hirsch Ballin, A. Meuwese (org.), *Constitutionalism and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

J. Luther, *Haerberliana*, em *Lo Stato*, n° 10, 2018.

J. Luther, *La giustizia di classe esiste ancora?*, em E. Fraenkel, *Giustizia di classe e politica costituzionale. Raccolta di saggi di Ernst Fraenkel*, postfazione di J. Luther trad. it org. E. Daly, J. Luther, Roma, Aracne, 2018.

C) Traduções

A atividade científica de Jörg Luther inclui também a tradução de clássicos, fruto fecundo do seu bilinguismo e do seu profundo conhecimento das culturas jurídicas italiana e alemã. A tradução de *Costituzione e diritto costituzionale* de Rudolf Smend (uma das primeiras obras, durante seu doutorado), foi seguida por traduções de Hans Kelsen e Ernst Fraenkel, além de outras traduções (respectivamente em italiano e alemão) de seus dois professores Peter Häberle e Gustavo Zagrebelsky e a tradução, para o italiano, de várias sentenças alemãs. Nesse sentido, destaca-se:

R. Smend, *Costituzione e diritto costituzionale*, introduzione di G. Zagrebelsky, trad. it org. J. Luther, F. Fiore, Milão, Giuffrè, 1988.

A. Anzon, J. Luther, *Il trattato di Maastricht nella sentenza 12 ottobre 1993 del Tribunale costituzionale federale*, em *Giurisprudenza costituzionale*, 1994.

A. Anzon, J. Luther, *La Legge fondamentale tedesca*, Milão, Giuffrè, 1997.

P. Häberle, *La cittadinanza europea come tema di una dottrina europea della costituzione*, trad. it org. J. Luther, em *Rivista di diritto costituzionale*, 1998.

J. Luther, *Lo Stato federale (BVerfGE 1, 14; 12, 205); I limiti alla libertà individuale nell'ordinamento tedesco: il caso della liceità del consumo di droga (BVerfGE 90, 145); Libertà di espressione nell'ordinamento costituzionale tedesco: il divieto penale di negazione dell'olocausto (BVerfGE 90, 241); L'esperienza tedesca: il caso del crocifisso (BVerfGE 93, 1); La forma di governo parlamentare razionalizzata in Germania: la sentenza del tribunale costituzionale sullo scioglimento anticipato del Bundestag (BVerfGE 62, 1)*, en R. Tarchi (org.), *Corso di Diritto Comparato*, Milão, Giuffrè, 1999.

P. Häberle, *Il caso tedesco*, trad. it org. J. Luther, em AA. VV., *La nascita delle costituzioni europee del secondo dopoguerra*, Pádua, CEDAM, 2000.

P. Häberle, *Per una dottrina della costituzione come scienza della cultura*, trad. it org. J. Luther, Roma, Carocci, 2001.

P. Häberle, *Legal Comparison for Constitutional Development – The Relevance of Federalism and Regionalism*, trad. it org. J. Luther, em J. Luther et al. (org.), *A World of Second Chambers*, Milão, Giuffrè, 2006.

W. Huber, *Fede e ragione*, trad. it org. J. Luther, L. Savarino, em L. Savarino (org.), *Laicità della ragione, razionalità della fede?*, Turim, Claudiana, 2008.

J. Luther, *Traduzione della sentenza del Bundesverfassungsgericht sul trattato di Lisbona*, na página web da Corte costitucional italiana, 2009.

P. Häberle, *Diritto costituzionale nazionale, unioni regionali fra Stati e diritto internazionale come diritto universale dell'umanità: convergenze e divergenze*, trad. it org. J. Luther, em *Rivista AIC*, n° 1, 2010.

P. Häberle, *Prima lezione di diritto costituzionale*, trad. it org. J. Luther, em R. Balduzzi, J. Luther (org.), *Dal federalismo devolutivo alla spending review: annuario DRASD 2012*, Milão, Giuffrè, 2013.

G. Zagrebelsky, *Die Verfassungslehre*, trad. tedesco org. J. Luther, em *Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2013.

H. Kelsen, *Dottrina generale dello Stato*, trad. it org. J. Luther, Milão, Giuffrè, 2013.

J. Luther, *Legge fondamentale per il Regno dei Paesi Bassi*, em R. Orrù, G. Parodi (org.), *Codice delle costituzioni, Volume II: Regno Unito, Austria e altri Paesi europei*, Pádua, CEDAM, 2016.

P. Häberle, *I compiti della giurisdizione - in nome di chi?*, em A. Giorgis, E. Grosso, J. Luther (org.), *Il costituzionalista riluttante*, Turim, Einaudi, 2016.

A. Voskuhle, T. Wischmeyer, *Il giurista nel contesto*, trad. it org. J. Luther, em *Lo Stato*, n° 10, 2018.

E. Fraenkel, *Giustizia di classe e politica costituzionale. Raccolta di saggi di Ernst Fraenkel*, postfazione di J. Luther trad. it org. E. Daly, J. Luther, Roma, Aracne, 2018.

D) Resenhas

Jörg Luther sempre deu atenção especial às resenhas, gênero científico frequentemente pouco valorizado pela doutrina constitucional italiana, que ajudou a manter viva, envolvendo também os jovens alunos do Doutorado por ele coordenado. As resenhas, na sua produção, foram sempre pontuais e rigorosas, nunca representando (apenas) um meio de conferir uma maior visibilidade à obra alheia, mas sobretudo, uma oportunidade para dialogar com o autor e suscitar novas reflexões sobre o objeto de pesquisa, muitas vezes, com pontos de vista novos e originais. Nesse sentido, destaca-se:

J. Luther, *Recensione di "W. Blümel (org.), Die Zukunft der kommunalen Selbstverwaltung, Berlin 1991"*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1992.

J. Luther, *Corte costituzionale (org.), La Corte costituzionale tra diritto interno e diritto comunitario*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993.

J. Luther, *Recensione di "P. Ridola, Democrazia e libertà associativa, Milão 1987"*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1993.

J. Luther, *Recensione di "F. Lanchester, Momenti e figure nel diritto costituzionale in Italia e in Germania, Milão 1994"*, em *Der Staat*, 1995.

J. Luther, *Recensione di "Hansjörg Melchinger, Die Eigentumsdogmatik des Grundgesetzes und das Recht des Denkmalschutzes"*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995.

J. Luther, *Recensione di "Michael Bauer, Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und das Kartellrecht, Baden-Baden 1993, 504-505"*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995.

J. Luther, *Recensione di "Toshiyuki Ishikawa, Friedrich Franz von Mayer, Begründer der "juristischen Methode" im Verwaltungsrecht, Berlin 1992"*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995.

J. Luther, *Recensione di "Christoph Meyer-Bohl, Die Grenzen der Pflicht zur Aktenvorlage und Aussage vor parlamentarischen Untersuchungsausschüssen unter Berücksichtigung von Besonderheiten der Hamburger Verfassung, Berlin 1992"*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1995.

J. Luther, *Recensione di "M. Wiegandt, Norm und Wirklichkeit: Gerhard Leibholz (1901-1982), Baden-Baden: Nomos-Verlag 1995"*, em *Teoria politica*, 1996.

J. Luther, *Ma la retorica non è contraffazione della giustizia? Recensione a: A. Saitta, Retorica e logica nella motivazione delle decisioni della Corte costituzionale, Milão 1996*, em *Ragion pratica*, n° 8, 1997.

J. Luther, *Recensione di "Andreas Anter, Max Webers Theorie des modernen Staates, Berlin 1995"*, em *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1997.

J. Luther, *Recensione di "G. Capoccia, La Germania unita fra continuità e rottura, Roma 1995"*, em *Der Staat*, 1997.

J. Luther, *Il pane dei filosofi e i denti dei giuristi: diritti culturali fondamentali? Recensione a: Gabriele Britz, "Kulturelle Rechte und Verfassung, Tübingen 2000"*, em *Teoria politica*, n° 3, 2001.

J. Luther, *Recensione di "G. Scaccia, Gli strumenti della ragionevolezza, Milão 2000"*, em *Rivista di Diritto Costituzionale*, 2002.

J. Luther, *Il pensiero federalista di Lucio Levi (recensione a L. Levi, Il pensiero federalista)*, em *Federalismi.it*, n° 7, 2004.

J. Luther, *Per un diritto comune delle confessioni protestanti (recensione a Gianni Long Ordinamenti giuridici delle chiese protestanti (Bolonha, Il Mulino, 2008)*, em *Daimon*, n° 9, 2009.

J. Luther, *L'IS(IS) non sarà "Stato islamico", Recensione di A. Beccaro, ISIS - Storia segreta della milizia islamica più poente e pericolosa del mondo, Roma 2018*, em *Lo Stato*, n. 11, 2018.

