



INTELIGÊNCIA DE ESTRATÉGIA ACADÊMICA:

Denise Campos
Rodrigo Neiva
Marco Sampaio

DIREÇÃO CIENTÍFICA:

Fernando Gustavo Knoerr
Irene Portela
Silvana Croope

DIREÇÃO GERAL:

Viviane Coêlho de Sêllos-Knoerr
Angelo Viglianisi Ferraro
Luciana Aboim

COORDENAÇÃO:

Maria Carolina Granja
Sandro Mansur Gibran
Alex Volnei Teixeira

Diálogos (Im)pertinentes

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

AUTORIDADES ACADÊMICAS HOMENAGEADAS:

Carlos Aurélio Mota de Souza (*In Memoriam*)
Carla Noura Teixeira
Valmir César Pozzetti
Jamil Matta Diz

APRESENTAÇÃO:

Rúben Miranda Gonçalves

Este projeto
foi concebido e realizado
em apoio aos seguintes
ODS:



17

VOLUME

ORGANIZAÇÃO:

Adriane Garcel
Bárbara Feijó Ribeiro
Bárbara Madalena Heck da Rosa
Bruno Alexander Mauricio
Camila Stabach Mendes
Edna de Cássia Santos
Gustavo de Santa Cruz Arruda
José Alberto Monteiro Martins
Luciana Paggiatto Camacho
Marcela Borges de Macedo
Marcianita Lopata de Lima
Viktória Moreira Martins
Hélio Lucas Marques



ISBN 978-85-5523-520-7



A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review”, garantindo a isenção e imparcialidade do corpo de parecerista e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.

CONSELHO EDITORIAL

Edson Fachin - Reynaldo Soares da Fonseca - Francisco Rezek - Ingo Sarlet - Sidney Guerra - Flávia Piovesan - Valerio Mazzuoli - André de Carvalho Ramos - Wagner Menezes - Felipe Chiarello - Eduardo Arruda Alvim - Nelson Nery Júnior - Ricardo Seitenfus - Demetrius Nichele Macei - Luiz Eduardo Gunther - Viviane Coêlho de Sellos Knoerr - Luis Alexandre Carta Winter - Octavio Fischer - Betina Grupenmacher - Augusto Bonner Cochran III (USA) - Andrea Pitasi (Itália) - Fernando Araujo (Portugal) - Sara Petroccia (Itália).

SÉLLOS-KNOERR, V. C.

FERRARO, A. V.

ABOIM, L.

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16 - Desafios para a concreção constitucional. Direção geral: Viviane Coêlho de Sellos-Knoerr, Angelo Viglianisi Ferraro, Luciana Aboim. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2023. E-BOOK. 153 p.

1. Direito Constitucional. 2. Direito Empresarial. 3. Direitos Humanos. I. Título.

CDD: 340

APRESENTAÇÃO

Com questões bastante pertinentes, tendo como norte a prática e a teoria jurídicas em confronto, os articulistas aqui se debruçaram sobre conceitos diversos que vão desde a democracia até a presença da inteligência artificial, as suas vantagens e os seus riscos.

Em suas reflexões, os autores demonstram a fragilidade das instituições democráticas, a sua credibilidade, e o deslocamento do nível de confiança nas próprias instituições que compõem o Estado brasileiro para que os chamados três poderes funcionem a contento.

As falhas apontadas em cada um dos artigos aqui expostos demonstram que há necessidade urgente de que o Direito e as ciências correlatas acelerem as suas investigações e produções para acompanhar com maestria os chamados tempos da pós-modernidade.

Quando percebemos que o mundo ampliado com a quantidade de informações vindas de todas as partes domina também as decisões políticas, é o momento de tentarmos abranger o mundo virtual e dominá-lo, para que os primeiros e impactantes momentos em que ele se instalou até o que vivemos a cada instante no fluxo dos algoritmos, voltar com a mesma velocidade e modificado pelo que chamamos de "avanços tecnológicos".

Deste modo, o sistema da forma que conhecemos corre o risco de não satisfazer mais as nossas necessidades, nem mesmo na forma de atender a demandas, ficando defasadas as instituições e os seus mecanismos por consequência.

Com o fantástico *A Ciência em Ação*, o sociólogo francês Bruno Latour já chamava a atenção para a era inevitável da transformação instantânea e da premência em ajustarmos a nossa maneira de ser e agir a esses novos tempos velozes.

Crises sem dúvida pulsando em todas as formas e culturas até hoje produzidas pelo homem. Incorporar o uso das redes sociais e os seus múltiplos desdobramentos tornam-se essenciais para os avanços significativos no tocante à prática do Direito e à evolução de suas normas.

O que aqui pode perceber-se é que a busca pelo que é justo, entre eles o acesso à Justiça, é meta ainda a ser perseguida e alcançada.

Diante dessa nova configuração de humanidade, das mudanças sociais e dos meios utilizados para alcançá-la, é preciso como bem colocaram Anthony Giddens, Byung Chul Han, Zigmunt Bauman e muitos outros teóricos que refletem e refletiram sobre essas mudanças de paradigma; é preciso que o Direito se renove e acompanhe tais transformações sem perder a essência de buscar igualdade e ampliar o seu raio de ação.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Conceitos que incluem reflexões mais aprofundadas sobre a democracia, a liberdade e a igualdade a ela atrelados, somado aos conceitos levantados pela filósofa Chantal Mouffe em seu *Sobre o Político*, quando distingue o ser político do ato da ação, do político em essência.

Quando se questiona mecanismos que foram fragilizados, como por exemplo a questão de improbidade administrativa, o que se vê é a própria instituição responsável diretamente por tal julgamento, fica impedida de agir por conta de ações contrárias.

De verdade, as propostas aqui colocadas trazem ao debate não apenas provocações para que se desenvolvam meios que fortaleçam as instituições, respeitem a ética, coíbam abusos e possam desse modo fazer funcionar o diálogo entre os contraditórios, como é próprio da democracia.

Muito bem-vindos os temas de atualidade aqui tratados e todo o questionamento que é colocado ao longo desses ensaios, sem contar os fundamentos teóricos que os embasam, vide a vasta bibliografia que os acompanha.

Esse 17º. volume certamente dará o que falar, provocar aprofundamentos, porque ao longo de toda a história humana, tentamos evoluir e adequar-nos aos novos tempos inseridos no contexto de convivência social.

Longo ainda será o caminho para a igualdade, a fraternidade, o respeito àquele que pensa e age diferente de nós. O que nos une, entretanto, é o que se deseja em todas as culturas, é a busca incessante da harmonia, da paz e da felicidade.

Em suma, trata-se de humanidade de forma ampla e geral, a despeito de temáticas específicas aqui discutidas. O ideal humano ainda é em sua essência a busca dessa tal felicidade, que será completa se aprendermos a somar todos esses conhecimentos e percebê-los de igual valor, não importando a cultura.

O respeito ao "diferente" ainda precisa ser cultivado para que não seja preciso, a despeito de convenções, Constituições e diversas leis garantirem essa igualdade e criminalizarem atos de rejeição. Afinal "Narciso ainda acha feio o que o não é espelho", como disse o compositor Caetano Veloso.

Ao Direito, apontar o caminho de uma convivência pacífica e menos discriminatória. E é isso que os textos aqui chamam a atenção basicamente, trazendo a inestimável colaboração de autores estrangeiros que mostram que o desejo de todos é alcançar a sobrevida da humanidade de forma equilibrada e sensível.

Não sem motivo, o ensaísta Isaiah Berlin, em seu fabuloso *Ensaio sobre a Humanidade*, define como fatores que moldaram a história humana no século XX o

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 17

desenvolvimento das ciências naturais e da tecnologia como marcos de avanços bem-sucedidos.

Agora, com o século XXI em curso, vale lembrar que nada do que foi criado o foi ao acaso. Tudo o que criamos partiu primeiramente de reflexões nascidas a partir do pensamento humano, a princípio no campo das ideias, e posteriormente na prática. Ideias sobre os seres humanos e as suas relações no passado, no presente, como deveriam ou não se desenvolver, legado para as futuras gerações dos séculos vindouros, caso a humanidade sobreviva até lá.

Esperamos que sim, e que o Direito seja capaz de continuar regulando essas relações. Aos leitores, para além do aprendizado, que seja o estímulo para muita reflexão e até mesmo aprofundamento nessas temáticas.

Dezembro de 2022,
Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Rúben Miranda Gonçalves

Doctor y Mestre en Derecho – Universidad de Santiago de Compostela
Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales – Universidad de Santiago de Compostela
Profesor de Filosofía del Derecho – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMÁRIO

O CAMINHAR DA DEMOCRACIA – NOVAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DEMOCRÁTICA.....	9
<i>Andrea Kugler Batista Ribeiro.....</i>	<i>9</i>
<i>Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr.....</i>	<i>9</i>
<i>Bárbara Feijó Ribeiro.....</i>	<i>9</i>
1. INTRODUÇÃO	9
2. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA	11
3. CONCEITO E PECULIARIDADES.....	14
4. AS NOVAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA DEMOCRACIA	15
5. FIM DA DEMOCRACIA?	20
6. CONCLUSÃO	25
 ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO, VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E DESOBEDIÊNCIA CIVIL: O QUE FAZER QUANDO O PRÓPRIO ESTADO VITIMIZA? .	29
<i>David Kerber de Aguiar.....</i>	<i>29</i>
<i>Fernando Gustavo Knoerr.....</i>	<i>29</i>
<i>Irene Maria Portela</i>	<i>29</i>
1. INTRODUÇÃO	29
2. ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO, INTERESSE PÚBLICO E CIDADANIA 30	
3. INTERESSE PÚBLICO E O CAPITALISMO	33
4. VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL DE DIREITOS.....	37
5. DESOBEDIÊNCIA CIVIL ENQUANTO EXERCÍCIO DA CIDADANIA EM DEMOCRACIAS 39	
6. CASOS RECENTES DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL.....	42
7. CONCLUSÃO	43
 PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROMOVIDAS PELA LEI 14.230/2021: MAURICE HAURIUO AS APROVARIA?	47
<i>Caroline Sampaio Peçanha Schierz.....</i>	<i>47</i>
<i>Mateus Bertoncini</i>	<i>47</i>
<i>Fabiano Augusto Petean</i>	<i>47</i>
<i>Sérgio Fernando Moro.....</i>	<i>47</i>
1. INTRODUÇÃO	47
2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	48
3. AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA LEI 14.230/2021 51	
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	64

O ATIVISMO JUDICIAL DESMISTIFICADO TENDO-SE POR BASE “UMA REVISÃO DESCOLONIAL DA TEORIA DO DIREITO BRASILEIRO”.....	67
<i>Juliano Albino Manica.....</i>	<i>67</i>
<i>Cláudia Regina Voroniuk.....</i>	<i>67</i>
<i>Miguel Kfoury Neto</i>	<i>67</i>
1. INTRODUÇÃO	67
2. A CRISE DECORRENTE DA FALIBILIDADE DAS RESPOSTAS JURÍDICAS E A BUSCA DA ESTABILIDADE	68
3. O ATIVISMO JUDICIAL E OS DESAFIOS DE UM COMPORTAMENTO HUMANISTA ...	74
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	79
 PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO, O SEMI-PRESIDENCIALISMO COMO POSSÍVEL SOLUÇÃO?	83
<i>Helio Lucas Marques</i>	<i>83</i>
<i>Marcos Alves da Silva</i>	<i>83</i>
<i>Paulo Ricardo Opuszk.....</i>	<i>83</i>
1. INTRODUÇÃO	83
2. OS MODELOS DE GOVERNO E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES	84
2.1. SISTEMA PARLAMENTARISTA	84
2.2. O SISTEMA PRESIDENCIALISTA	85
2.3. O PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES E SUA RELAÇÃO COM OS SISTEMAS DE GOVERNO	85
3. O PRESIDENCIALISMO NO BRASIL	87
3.1. PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO NO BRASIL.....	88
4. A PROPOSTA DO SEMIPRESIDENCIALISMO NO BRASIL.....	90
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	94
 UMA REFLEXÃO DA MEDIAÇÃO E SUAS TÉCNICAS PELAS LENTES DE SARAMAGO	97
<i>Camila Stabach Mendes.....</i>	<i>97</i>
<i>Francisco Cardoso Oliveira.....</i>	<i>97</i>
<i>Luiz Eduardo Gunther.....</i>	<i>97</i>
1. INTRODUÇÃO	97
2. A CRISE DECORRENTE DA FALIBILIDADE DAS RESPOSTAS JURÍDICAS E A BUSCA DA ESTABILIDADE	98
3. O ATIVISMO JUDICIAL E OS DESAFIOS DE UM COMPORTAMENTO HUMANISTA ..	104
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	109
 DOS REGIMES TOTALITÁRIOS À DEMOCRACIA TOTALITÁRIA	113
<i>Leticia Ferrarini.....</i>	<i>113</i>
<i>Clayton Reis</i>	<i>113</i>
<i>Horácio Monteschio.....</i>	<i>113</i>
1. INTRODUÇÃO	113
2. REGIMES TOTALITÁRIOS: BREVE ANÁLISE DE SEUS POSTULADOS.....	113
3. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E AS “DEMOCRACIAS TOTALITÁRIAS”	116
3.1. REGIMES AUTORITÁRIOS NA ATUALIDADE: O CASO DO CHADE	118
3.2. O ÍNDICE DA DEMOCRACIA: O BRASIL VERSUS PAÍSES DESENVOLVIDOS. TOTALITARISMO INVERTIDO?	123
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	124

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA..... 127

Adriane Garcel..... 127

Jenyfer Michele Pinheiro Leal..... 127

José Laurindo de Souza Netto..... 127

1. INTRODUÇÃO 127
2. AS NUANCES DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA..... 129
3. O PROCESSO COLETIVO: UMA VERTENTE DE ACESSO À JUSTIÇA 131
4. SISTEMATIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DE NORMAS NO PROCESSO COLETIVO..... 132
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS 136

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E A AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA.. 138

Gabriela de Menezes Barroso..... 138

Marília Mendonça Moraes Sant'Anna 138

José Eduardo de Santana Macêdo 138

1. INTRODUÇÃO 138
2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA 139
3. IA: CONCEITOS, ESPÉCIES E SUAS PROBLEMÁTICAS 140
4. RESPONSABILIDADE E SOLUÇÕES 143
5. PERSONALIDADE ELETRÔNICA E FUNDO SECURITÁRIO 144
6. CONCLUSÃO 147

O CAMINHAR DA DEMOCRACIA – NOVAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DEMOCRÁTICA

Andrea Kugler Batista Ribeiro¹
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr²
Bárbara Feijó Ribeiro³

1. INTRODUÇÃO

A democracia é um regime político fulcrado nos princípios da igualdade e da liberdade, que confere a qualquer indivíduo o direito de participar do processo decisório no que toca ao bem comum e de contestar ações governamentais sem sofrer represálias. A autorização para o exercício do poder se dá mediante o voto. No regime democrático o poder é compartilhado e fiscalizado.

Frase célebre, que muito bem define o sentido de democracia, foi proferida por Péricles, estadista ateniense, no século V a.C, e eternizada pelo presidente norte-americano Abraham Lincoln, de que ela é “o governo do povo, pelo povo e para o povo”.

O termo em si já remonta à Heródoto, há cerca de dois mil anos. Porém, foi o contratualista Jean-Jacques Rousseau o primeiro grande teórico da democracia. Desde então muitas discussões teceram-se a respeito, sendo que o regime democrático, de fato, veio a se consolidar ao longo do século XX.

Pesados golpes a ele foram observados no decorrer do século, com a assunção de regimes tirânicos totalitários que até os dias hodiernos encontram-se marcados na memória histórica da humanidade.

Certamente o fim da Guerra Fria, na década de 80, contribuiu para a formação das últimas democracias liberais que ainda não haviam sido constituídas no território europeu.

Segundo o Fórum Nacional da Democracia, no ano de 2013, 120 dos 192 países existentes no mundo adotavam o modelo democrático eleitoral, seja através da democracia direta, representativa ou semi-aberta. (List of Electoral Democracies. 2021)

¹ Advogada. Especialista em Direito Administrativo e em Direito Público. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuitiba. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5094-1795>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4219160595765297>. Email: deakugler@yahoo.com.br.

² Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba / UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016).

³ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo CEI e Introcim. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada criminalista.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Entretanto, a Revista The Economist, ao compilar um índice de democracia, analisando-na em 167 países, lança a classificação das nações em democracias plenas, democracias imperfeitas, regimes híbridos e regimes autoritários, sendo que apenas 22 países no mundo possuem uma democracia plena, 52 possuem uma democracia imperfeita, 36 possuem um regime híbrido e 53 possuem um regime autoritário(The Economist. 2021).

Outrossim, em um cenário mundial mais democrático do que autoritário, o que se observa é a mudança das formas de manifestação democrática no decorrer do tempo.

Nas últimas décadas, notadamente, observa-se uma extensão da democratização (compreendida como instituição e exercício de procedimentos que viabilizam a participação dos interessados nas deliberações de um corpo coletivo) para corpos diversos daqueles propriamente políticos.

O cidadão notou que a esfera política encontra-se inserida em uma esfera muito mais ampla – a esfera da sociedade em seu conjunto e, conseqüentemente, não existe decisão política que não esteja condicionada ou determinada por aquilo que acontece na sociedade civil.

Assim, o indicador democrático de um país, atualmente, pode ser extraído não do número de indivíduos com direito a voto, mas sim do número de instâncias diversas das tradicionalmente políticas nas quais se exerce o direito de voto.

Muitos exemplos podem ser vislumbrados atualmente, como as associações de bairro, conselhos de classe, governança e o *crowdsorsing constitutional*.

No que toca a este último, em específico, é imprescindível mencionar que o avanço tecnológico e a utilização dos meios virtuais de comunicação vêm se revelando como um palco fértil de expressão democrática. As redes sociais tornaram-se um veículo através do qual o cidadão pode manifestar sua opinião e buscar convencer os outros. Tornou-se, também, via de organização de movimentos sociais, alguns, inclusive, de cunho internacional, já que as redes desconhecem fronteiras.

Contudo, ao mesmo tempo que as ferramentas virtuais viabilizam a extensão da democracia de um lado, de outro elas dão azo ao surgimento de movimentos pró totalitarismo e segregacionistas, de cunho absolutamente anti-democrático.

Neste cenário, resta a dúvida se o futuro reserva uma derrocada, a manutenção ou uma reinvenção da democracia dentro do modelo posto.

2. SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA DEMOCRACIA

O surgimento da democracia remonta à Grécia antiga, mais especificamente na cidade-Estado de Atenas, trazendo a ideia de um governo exercido por muitos. Acredita-se que a primeira experiência democrática ocorreu sob a liderança de Clístenes, em 507-508 a.C. Contudo, ainda que muitos exercessem o poder, estava longe de configurar-se um governo de todos, vez que se encontravam dele excluídos aqueles que não eram considerados cidadãos: escravos, mulheres, trabalhadores braçais e estrangeiros, de modo que dos 200/400 mil habitantes existentes, tão somente 30/60 mil eram considerados cidadãos (HUNT, 2007. p. 44).

Na antiga República Romana não era diferente, pois apenas uma minoria da população era considerada cidadã e, portanto, possuía direito de votar. Os votos possuíam, inclusive, pesos diferentes. Contudo, premente mencionar que se trata do primeiro governo do ocidente a constituir uma república como um Estado-nação.(FERREIRA, 2006). Assim, foi um modelo inspirador para muitas das modernas democracias.

Contudo, impende mencionar que Jean-Jacques Rousseau é o primeiro teórico contratualista a falar em democracia, almejando que todos os homens possuam condição de autogoverno. Para ele, o Estado nasce não porque os homens renunciam a algum direito para viabilizar seu surgimento. O Poder Público possui poder acessório de garantir a igualdade entre os homens, para que todos tenham as mesmas condições de participação política. Assim, o Poder Público realiza o interesse geral, e quem o determina é a maioria. Eis onde reside a crítica da Democracia como um governo repressor de opressão da minoria pela maioria, vez que somente é ouvido aquele que consegue se unir à esta última. O vislumbre do modelo democrático de Rousseau como opressivo decorre do fato dele apenas ter se limitado a afirmar que se trata de um regime em que prevalece a vontade da maioria. O fato é que qualquer modelo democrático possui tal defeito. Trata-se, sempre, de uma tentativa de equilíbrio entre maioria e minoria. Certamente tais razões conduziram o ex-Presidente norte-americano Winston Churchill a proferir a frase “*a democracia é o pior dos regimes políticos, mas não há nenhum sistema melhor que ela*”. De fato, trata-se de um regime dotado de grande instabilidade, porém, é o único que permite a participação de todos.

Outrossim, na era da formação dos grandes Estados territoriais, por meio da ação centralizadora e unificadora da figura do príncipe, o clássico argumento contra a democracia era de que tal espécie de governo somente seria viável nos pequenos estados. Tanto que Rousseau acreditava que jamais existiria uma verdadeira democracia, pois ela exigia um

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

estado de dimensões diminutas, onde fosse fácil a reunião de todos para que cada indivíduo conhecesse os demais. Todavia, ao mesmo tempo em que Hegel aclamava a monarquia constitucional, já havia surgido um governo republicano, que se tornava bastante forte a ponto de chamar a atenção, o qual situava-se dentro de um vasto espaço geográfico: os Estados Unidos da América. Inclusive, alguns dos fundadores deste novo Estado, perfeitos conhecedores do pensamento clássico e moderno, não queriam que se confundisse a república por eles recém criada com a democracia dos antigos. À época, James Madison maldizia a democracia dos antigos, afirmando que elas sempre revelaram cenas de turbulência e dissensão, mostrando-se inconciliáveis com direitos de propriedade e segurança pessoal dos indivíduos, de modo que foram experiências que possuíam vida curta. Entretanto, a forma de governo que Madison denomina de democracia, no caso a democracia dos clássicos, era o que hoje se conhece como democracia direta. De outro turno, por república, compreendia-se como o governo representativo, o qual hodiernamente nomina-se de democracia, a qual contrapõe-se a todas as velhas e novas formas de autocracia. Assim, passou-se a afirmar sobre a então república (que hoje é conhecida como democracia), que em primeiro lugar *“há uma delegação da ação governativa a um pequeno número de cidadãos eleitos pelos outros; e em segundo lugar, ela pode ampliar a sua influência sobre um maior número de cidadãos e sobre uma maior extensão territorial”*. (BOBBIO, 2017. p. 196-197)

Da ultima frase acima transcrita se detrai a opinião de que existe um nexos entre Estado representativo (ou república) e a dimensão do território, de modo que, portanto, a única forma não autocrática de governo viável em um grande Estado é o governo por representação, que é então considerado uma forma de governo democrático corrigido, limitado ou temperado, compatível, deste modo, com um vasto território e com uma numerosa população. Desta feita, a passagem da democracia direta para a indireta é objetivamente definida pelas condições do ambiente, isto faz com que a república não seja propriamente uma forma contrária à democracia, mas sim a única viável em certas condições de território e população. Assim, o livro de Alexis de Tocqueville, “Da Democracia na América”, de 1835, celebrou o reconhecimento do novo Estado no mundo novo como verdadeira forma da democracia moderna, em oposição à democracia dos antigos. Deste modo, perde importância a diferença entre democracia direta e representativa, vez que o que importa é que o poder encontra-se faticamente nas mãos do povo e que a sua soberania consolide-se como a lei das leis. (BOBBIO, 2017. p. 198)

Assim, tornou-se célebre a afirmação de que *“O povo reina sobre o mundo político americano, como Deus sobre o universo. Ele é a causa e o fim de tudo: tudo dele deriva e tudo para ele é reconduzido”*. (TOCQUEVILLE, 2010. p. 77)

Ao contrário da democracia dos antigos, que não reconhecia qualquer intermediário entre o Estado e o indivíduo, a democracia dos modernos sustenta-se sobre uma multiplicidade de sociedades intermediárias.

Mais do que pelas igualdades de condições, a sociedade norte-americana impressionou pela tendência que possuem seus membros de associarem-se entre si com o escopo de viabilizar o bem público. Foram muitas as associações surgidas e desenvolvidas única e exclusivamente das vontades individuais. Assim, o associacionismo torna-se um novo critério de distinção entre uma sociedade democrática e uma não democrática. Fato interessante de ser constatado é o de que nas sociedades aristocráticas as pessoas não precisavam se unir para agir pois já encontravam-se solidamente integradas pela posição que ocupavam, já nas sociedades democráticas *“todos os cidadãos são independentes e ineficientes, quase nada podem sozinhos e nenhum dentre eles seria capaz de obrigar seus semelhantes a lhe emprestar sua cooperação. Se não aprendem a se ajudar livremente, caem todos na impotência”*. Assim, destacam-se como as duas características essenciais da democracia americana: o princípio da soberania do povo; e o fenômeno da associação. (TOCQUEVILLE, 2010. p. 226)

Contudo, com o deslinde da Primeira Guerra mundial a história da democracia conjuga-se com a solidificação dos estados representativos nas principais nações europeias e com seu desenvolvimento interno, tanto que, aos poucos, a complicada tipologia das formas tradicionais de governo será encurtada e simplificada a uma dicotomia: democracia e autocracias. O Estado representativo constrói um processo de democratização sustentado em duas linhas: a extensão do voto até o atingimento do sufrágio universal masculino e feminino; e, o progresso do associacionismo político até a constituição dos partidos de massa com o consequente reconhecimento de sua função pública. Com o reconhecimento a todo o cidadão do direito de associar-se em partidos políticos, *“desejou-se dar legitimação às organizações que através da agregação de interesses homogêneos facilitam a formação de uma vontade coletiva numa sociedade caracterizada pela pluralidade de grupos e por fortes tensões sociais”*. (BOBBIO, 2017. p. 200-201)

Contudo, a solidificação da democracia representativa não vedou o retorno à democracia direta, que apareceram sob formas secundárias. Na realidade, o ideal da democracia direta como sendo a única e verdadeira democracia foi algo que nunca

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

desapareceu, sendo preservado por grupos políticos radicais, que vislumbravam a democracia representativa como um equivocado desvio da ideia basilar de um “governo do povo, pelo povo e para o povo”, e não como um premente ajuste do princípio da soberania popular com as necessidades de largos Estados. Marx, por exemplo, supôs ter encontrado traço da democracia direta na rápida prática diretiva política realizada pela comuna de Paris em 1871. Também Lênin, em sua obra de 1917, retomou o tema. Todavia, em que pese muitas vezes a democracia representativa tenha sido contraposta à democracia direta, tida como forma própria da futura democracia socialista e, portanto, muitas vezes taxada como forma imperfeita ou como uma ilusão de democracia, ela foi vislumbrada como a única forma viável de democracia para um estado de classe como o burguês. (BOBBIO, 2017. p. 201-202)

3. CONCEITO E PECULIARIDADES

A terminologia “democracia” surgiu na antiga Grécia, oriunda da soma duas palavras: *demos* que tem significado de povo ou de muitos, e *kracia* que significa autoridade ou governo. Desta feita, a palavra expressa a ideia de uma forma de governo que é exercida por muitos. (____. Democracia. 2021)

Em 1713 o conceito existente de democracia era o de “*um governo político, diretamente oposto à monarquia, porque é popular, e nele a eleição dos magistrados depende dos sufrágios do povo*”. Já em 1813 ela é definida como forma de governo através do qual “*o sumo império, ou os direitos majestáticos residem atualmente no povo e são por ele exercidos*”. (LYNCH, 2011) Hodiernamente o significado vernacular de democracia é o de uma “*forma de governo no qual o poder emana do povo e em nome dele é constituído*”. (BUENO, 2016. p. 241)

Contudo, o conceito de democracia não é unívoco. Boa parcela dos doutrinadores compreendem-na como uma forma de governo, uma forma de organizar o exercício político, associando-se ao governo de muitos. Contudo, há quem se oponha a redução da democracia como forma de governo ou como um estilo de vida social, pelo que a vinculam ao próprio modo através do qual se constrói a subjetividade política. Para estes, a democracia seria a própria instituição da política, se seu sujeito e também de sua forma de relação. Há, ainda, quem conceitue democracia a partir de perspectiva histórica, de modo que seria necessário pinçar um determinado momento histórico para se montar um conceito, pois a dimensão da história jamais permitiria captar um conceito único em sua essência e, só é passível de definição aquilo que não possui história. Existem, também, os que conceituam democracia como o governo do povo sobre si mesmo. (BÔAS FILHO, 2013)

Um conceito de democracia que vale se trazer à lume é o seguinte: “*a democracia é um sistema político cujos membros se consideram iguais uns aos outros, são coletivamente soberanos e possuem todas as capacidades, recursos e instituições necessários para autogovernar-se.*” (DAHL, 2002. p. 373)

Outrossim, no Brasil, a Constituição Federal de 1988 busca ser um instrumento da denominada Democracia moderna, a qual é “*baseada na participação livre e igualitária dos cidadãos no processo de tomada de decisões políticas*”. (MAUÉS, 1998. p. 106)

Assim, o princípio básico da democracia pátria envolve: ideias atinentes à teoria democrática representativa, com as noções de pluralismo partidário, eleições, separação de poderes e órgãos representativos; bem como a tendência de implementar uma democracia participativa, por meio de cidadãos que aprendem a democracia através da vivência para então poder participar de um processo decisório. De tais elementos extrai-se a relação dialética, presente na vivência democrática, entre representatividade e participação. (MINHOTO, 2009)

Contudo, sabe-se que a Constituição é tão somente um mero documento formal, que em muitas ocasiões não espelha a realidade da nação, de modo que a sua análise não é capaz de revelar se o país é, ou não, faticamente democrático. Deste modo, traz-se à lume os elementos essenciais para se conseguir definir se um regime é ou não democrático, quais sejam: entendimento esclarecido; participação efetiva; igualdade de voto; controle da pauta política; e, inclusão. Tratam-se de elementos cumulativos, sendo premente a existência de todos para que um regime seja caracterizado como democrático. (DAHL, 2001. p. 49-50)

Contudo, tais elementos não funcionam sozinhos na realidade, de modo que necessitam de instituições aptas a coloca-los em prática. São elas: acesso eletivo aos cargos de governo; eleições livres, justas e periódicas; cidadania inclusiva através do sufrágio universal; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; e, liberdade associativa. (DAHL, 2001. p. 99)

4. AS NOVAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO DA DEMOCRACIA

Conforme doravante mencionado, existem três modalidades básicas de democracia, quais sejam: a democracia direta, a indireta e a semidireta. Esta última, adotada pelo Estado brasileiro, possui institutos que viabilizam uma intervenção popular direta nas decisões estatais, conforme se infere: “*a democracia semidireta é a modalidade que tenta aproximar a democracia representativa à democracia direta, pois a transferência da vontade popular é feita apenas parcialmente, diante da existência de institutos que permitem uma efetiva intervenção do povo*”. (BONAVIDES, 2016. p. 288-300)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Como principais institutos da democracia semidireta cita-se a consulta popular – realizada no cenário nacional através do plebiscito e do referendo; o veto popular; a iniciativa popular; e o direito de revogação. Todavia, a democracia pátria, de fato, revela-se uma democracia indireta, vez que é notório que, na prática, os institutos retro mencionado são parcamente utilizados.

Todavia, recentemente nota-se que vem surgindo e se desenvolvendo práticas e organizações deveras diversas das classicamente conhecidas pelas democracias liberais. Trata-se do desenvolvimento das formas de implicação das pessoas nas decisões que lhes cabem, eis um traço marcante na evolução atual dos regimes democráticos. A terminologia “democracia participativa”, criada na década de 80, justamente traduz tal inovação. O termo traz consigo a ideia de que o cidadão não mais admite unicamente eleger seus representantes passando-lhe um “cheque em branco”. O projeto de democracia deliberativa que se impôs na década de 90, objetivava superar a democracia participativa, através de uma abordagem mais qualitativa, vez que teriam as democracias modernas o escopo de assegurar três bens fundamentais, quais sejam: a legitimidade; o bem estar econômico; e um sentido viável de identidade coletiva. (BÔAS FILHO, 2013)

Assim, nas últimas décadas, notadamente nas duas últimas, a revolução tecnológica causou inúmeras mudanças na sociedade, elastecendo o plano de comunicação, até então limitado por barreiras físicas. Ela eliminou a distância e viabilizou o acesso à informação em tempo real de todos os acontecimentos mundiais. As redes sociais, notadamente, permitiram que a liberdade de expressão fosse alavancada a um nível até então inimaginável.

A internet, através da facilidade de comunicação que desconsidera a distância física entre seus interlocutores e fornece gama incomensurável de informação àqueles que a acessam, vem servindo como meio de participação popular, conforme se denota: “*A participação direta do povo na política vem se intensificando diante da facilidade de acesso à informação e ao diálogo por meio da internet, que permite a comunicação via mídias digitais, apesar dos entraves da distância física entre os interlocutores*”. (DANTAS, 2019)

De fato, o meio virtual é um facilitador para viabilização do ativismo social:

O ativismo realizado pelos canais de comunicação tecnológicos diferencia-se dos demais pelo seu alcance, pois utiliza as ferramentas cibernéticas para promover ações que visam o mesmo objetivo. Além disso, a tendência é expandir a um curto lapso de tempo informações e estratégias não apenas em âmbito regional, mas também em âmbito global. Dessa maneira, é possível, através do uso da internet, militar por causas que estejam ocorrendo do outro lado do planeta, ou também por causas que já vem acontecendo com frequência: os excessos praticados pelo poder público. (BATTEZINI, 2016)

Neste diapasão, a internet, através de ferramentas como a *Constitutional crowdsourcing*, possibilita e fomenta o ativismo popular, da seguinte forma: “*A colaboração coletiva constitucional (Constitutional crowdsourcing) é um caso especial de colaboração coletiva (crowdsourcing) que ocorre por meio de publicação on-line dos esboços da Constituição para permitir o envolvimento das pessoas no processo de redação do texto constitucional.*” Assim, pode-se dizer com estofo de certeza que é “*uma ambiciosa forma de ampliação do funcionamento da representação política direta com o auxílio do mundo virtual*”. (DANTAS, 2019)

São muitas as formas de participação social rotineiramente alavancadas pela internet no cenário hodierno. Como alegoria ilustrativa de movimento social bem sucedido realizado, em grande parte, através de meio cibernético, traz-se à lume o ocorrido em 2011 em Natal, capital do Rio Grande do Norte, em face da elevação abusiva do preço da gasolina, o qual recebeu a insígnia de “#combustivelmaisbaratoja”. (GABBAY, 2012. p. 79)

Desta feita, a internet, através de ferramentas diversas, se revela como uma forma virtual de alavancar o ativismo popular estreitando o diálogo entre a sociedade e o Estado.

Neste esteio, recentemente tem-se observado um fortalecimento do ativismo popular, com inúmeros movimentos populares que invadem as ruas e as redes sociais reivindicando por melhorias e propalando suas opiniões acerca dos rumos da nação. Tais mobilizações, quando realizadas na seara da rede mundial de computadores, consubstanciam-se em um novo paradigma social, denominado de ativismo digital ou ciberativismo. Com efeito, em que pese a Constituição Federal traga a previsão de institutos para a concretização da democracia semidireta, são eles pouco utilizados na prática. Contudo, na linha do está sendo comentando, o ativismo popular vem se fortalecendo através das mídias digitais existentes na internet, revelando-se como nova fonte de participação popular, palco de movimentos que deflagram a insatisfação do povo oriunda da má administração dos agentes estatais. (DANTAS, 2019)

Entretanto, mister destacar que o ativismo popular mostra-se frágil diante da ausência de acesso à informação, esta proveniente do descaso estatal com a educação; da dificuldade de acesso aos canais de comunicação virtual; e da desinformação alçada pelas famigeradas *fake news*. Em verdade, os detentores do poder estatal preferem manter a massa da população sem acesso à educação e alheia à verdade, com uma visão de mundo ignorante. Assim, premente combater esta cultura antidialógica fomentada pela elite dominadora com a teoria dialógica, que conscientize as pessoas acerca da ideologia opressora e viabilize a libertação da população através da educação. Neste contexto: “*transformar as relações sociais opressoras é fundamento e horizonte do processo de libertação*”. (PITANO, 2017)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Assim, *“o surgimento e fortalecimento do ativismo popular na esfera pública, desde que livre pela educação e não manipulado pela desinformação, pode se tornar um relevante instrumento de democracia semidireta e de diálogo entre a sociedade e o Estado”*, revelando uma *“enorme potencialidade de garantir um efetivo governo do povo (ideal democrático) para o bem comum (ideal republicano)”*, em um aprimoramento e fortalecimento do regime democrático (DANTAS, 2019). Desta feita, a internet, através de suas ferramentas, mostra-se como uma nova esperança de concretizar de forma ampla o ativismo popular delineado e idealizado pela Lei Maior, fortalecendo a Democracia participativa.

A Democracia não é estática e deve albergar novas formas de manifestação, como as advindas do meio virtual

Como a democracia é um processo sem fim, as modalidades de participação existentes devem ser permanentemente aprimoradas, modificando sua organização, discutindo sobre o seu papel e, ao reconhecer seus limites, identificar a necessidade de criar e possibilitar o surgimento de novas formas de participação que tenham incidência na formulação de políticas, já que o simples fato de surgirem questiona e aprimora as modalidades existentes. (ESCOREL, 2016. p. 39-48)

Nesta toada, mister destacar que inúmeras das formas de participação popular alavancadas pela rede mundial de computadores denota aquilo que se chama de democracia social, e não propriamente da democracia política.

O processo de elastecimento da democracia dentro da sociedade atual não se dá unicamente por meio da integração da democracia direta com a representativa, mas também e primordialmente por meio da extensão da democratização (compreendida como instituição e exercício de procedimentos que viabilizam a participação daqueles interessados nas escolhas de um corpo coletivo) para corpos diversos dos propriamente políticos. Assim, hodiernamente se deve falar em desenvolvimento da democracia não tanto na substituição da democracia representativa pela democracia direta, mas na passagem da democracia na esfera política (seara em que o indivíduo é tido como cidadão) para a democracia na esfera social (onde a pessoa é considerada na multiplicidade de seu status – a mesma pessoa é vista, por exemplo, como pai, médico, marido, doente, consumidor, trabalhador, etc.). Ou seja, é o alargamento da democracia para formas de poder ascendentes. Ela, que até então somente havia ocupado de modo praticamente exclusivo a seara da grandiosa sociedade política, passa a ocupar paulatinamente o campo da sociedade civil nas suas mais variadas articulações. Consequentemente, não há como interpretar as atuais formas de desenvolvimento da democracia como se fossem um novo tipo de democracia. Elas devem, sim, ser

compreendidas como sendo “*a ocupação, por formas tradicionais de democracia, de novos espaços, até então dominados por organizações de tipo hierárquico ou burocrático*”. (BOBBIO, 2017. p. 203-204)

Nesta toada, o cidadão finalmente notou que a esfera política encontra-se inserida em uma esfera muito maior de poder, que é a esfera da sociedade em seu conjunto, de modo que não há decisão política que não se encontre determinada ou, no mínimo, condicionada, pelo que se sucede na sociedade civil. Assim, deve-se destacar que a democratização da direção política, que ocorre com as instituições parlamentares, por exemplo, é diferente da democratização da sociedade, de modo que é possível existir um Estado democrático em uma sociedade na qual a maior parcela das instituições não seja democraticamente governada. Deste modo, a pergunta que melhor demonstra a hodierna fase de desenvolvimento da democracia dentro dos países politicamente democráticos é a seguinte: “é possível a sobrevivência de um Estado democrático numa sociedade não democrática?”. O indicador do desenvolvimento democrático de uma nação passou a considerar não mais apenas a quantidade de pessoas que possuem direito de voto, mas sim o número de instâncias diferentes das tradicionalmente políticas dentro das quais se exerce o direito de voto, de forma que a pergunta que se faz hoje não é mais “quem vota?”, mas sim “onde vota?”. (BOBBIO, 2017. p. 204-205)

Ou seja, não se considera mais unicamente o direito à voto na esfera política de uma pessoa, mas sim todas as instituições democráticas onde ela possui direito a voto, como por exemplo, um mesmo indivíduo pode votar tanto para a ocupação dos cargos do Poder Executivo e Legislativo das esferas de poder do local onde habita, como também ter direito de voto na sua associação de bairro, no conselho de classe profissional do qual faz parte, no condomínio no qual reside, na associação de pais da escola de seu filho, etc.

Com efeito, impende trazer à lume mais uma forma democrática de manifestação que surge no cenário recente: a governança. Trata-se de um novo modelo estrutural de governação, que traz um modo de pensar a Administração Pública que demanda a interação colaborativa entre os governos e cidadão, por meio de suas redes sociais, na busca de interesses comuns para elaboração de políticas públicas. (FERREIRA NETO, 2017)

A verdade é que o mundo vem presenciando nos últimos decênios um aumento da participação política não institucionalizada. Cada vez mais cidadãos assinam petições, fazem parte de manifestações ou pressionam de forma direta aqueles que tomam decisões em prol de suas reivindicações. Essas ações não se medem de modo objetivo e fácil como a votação, não havendo sequer um consenso em torno de sua conceituação, de modo que há autores que se

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

referem a elas como “participação não institucionalizada”, outros como “participação não eleitoral”, como “política de protesto”, ou ainda como “participação não convencional”. De todo o modo, não resta dúvidas sobre a grande evolução recente do engajamento cívico, tanto em formato regional (a exemplo do caso do *Eurobarometer*), como em esfera mundial (a exemplo do caso das três ondas da *World Values Survey*), sendo crescente o número de indivíduos que se envolve em atividades como a de fazer parte de manifestações, assumir adesão à greve não oficial, assinar petição, ocupar prédios ou estabelecimentos e aderir a boicote. (MANIN, 2013)

De fato, a democracia representativa possui entraves de legitimação e funcionamento, vez que o cidadão somente é incentivado a participar no momento da eleição, de modo que a participação direta vem sendo facilitada pela existência do mundo virtual:

Nesse contexto surgiu uma nova expressão para essa nova prática política: “democracia digital”. De acordo com José, a internet vem auxiliando na transformação da democracia participativa por meio (1) da redução do custo da ação coletiva, ao dispor informações e materiais de divulgação de ideias; (2) da redução do custo de participação dos agentes individuais; (3) da formação de novas identidades coletivas mediante espaços temáticos; (4) da horizontalidade da comunicação; (5) da possibilidade de os movimentos sociais avaliarem a repercussão das atividades políticas.

Assim, mesmo que a democracia participativa não esteja plenamente incorporada à sociedade, ela passa a ter presença cada vez mais importante dentro do funcionamento da democracia representativa atual. As redes sociais são convertidas em um novo espaço público que encoraja a participação dos mais variados atores sociais em suas lutas e reivindicações políticas. A velha dicotomia existente entre democracia representativa e democracia participativa pode ser superada pelos novos adventos tecnológicos. (ARAÚJO, 2015)

Assim, tem-se que a “democracia digital” configura-se como *“um montante muito amplo de experiências, iniciativas e práticas políticas relacionadas à idéia ou às instituições da democracia, na medida em que tais experiências iniciativas e práticas se apóiam em dispositivos, ferramentas e recursos das tecnologias digitais de comunicação e informação”*. (GOMES, 2021)

5. FIM DA DEMOCRACIA?

Diante do novo cenário apresentado que envolve uma crescente participação “não eleitoral”, notadamente através de manifestações, há autores e correntes de pensamento que vislumbram um esvaziamento da democracia, com a erosão de sua substância. Seria um processo de desmocratização, oriundo de causas diversas, tais quais: o desvirtuamento das eleições livres decorrente das sofisticadas campanhas de marketing que fazem dos atores

políticos simples bens consumíveis; a degradação da soberania nacional advinda do processo de globalização econômica, com a subtração da soberania nacional em substituição à soberania popular; a incorporação do neoliberalismo como estandarte da racionalidade política, desviando princípios da democracia liberal para a adoção de critérios de mercado, como eficácia, custo/benefício e rentabilidade; a união do poder de grandes grupos econômicos com o poder do Estado; a maior imposição de uma política securitária, que sob a égide de reprimir o terrorismo, atenta em face de princípios liberais com a adoção de medidas nada democráticas, como a de restringir a liberdade de informação e locomoção, realizar rotulações raciais e suspender garantias constitucionais; e, o aumento do domínio e poder dos tribunais, que usurpam competência originalmente pertencente ao Poder Legislativo. Contudo, alerta-se que tal situação não é algo excepcional, vez que a democracia sempre possuiu certo grau de exclusão revelada através da forma de zonas periféricas não-democráticas, as quais, por um lado materialmente lhe sustentariam e, ao revés, seriam um contraponto negativo de sua própria definição. (BÔAS FILHO, 2013)

Nesta toada, observa-se que as sociedades capitalistas promovem a larga desumanização, transformando tudo em mercadoria, incluindo a democracia. Os sistemas políticos democráticos são intensamente determinados pelos interesses mercadológicos, da elite econômica dominante. Assim, *“O projeto das classes dominantes é a democratização transnacional que está feita contra a democracia revolucionária, que implicou e implica o poder da maioria decidir sobre as questões econômicas e não só sobre as políticas”*. CASANOVA, 1995. p. 146)

Deste modo, assim como ocorria na democracia ateniense, nota-se que escondido atrás da democracia contemporânea existem interesses dominantes com capacidade de influenciar, ou até mesmo determinar, deliberações políticas (WOLKMER, 2014). Resta o questionamento de até que ponto existe democracia diante dessa determinação de interesses, com a prevalência da vontade “de quem pode mais” e, em que medida estes interesses influenciam, direta ou indiretamente, a população, a ponto de indivíduos incorporarem bandeiras de grupos econômicos e por ela protestarem.

Com efeito, deve-se mencionar que a internet, notadamente as redes sociais, ao mesmo tempo que estreitam distâncias e viabilizam a realização de movimentos legítimos, também vem servindo de palco para disseminação de ideias anti-democráticas. Recentemente, pôde-se constatar no cenário mundial e nacional a eleição de líderes populistas e autoritários que se valeram de campanha maciça nas redes sociais, com discurso segregacionista e absolutamente anti-democrático.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Em entrevista, a jornalista e historiadora norte-americana Anne Applebaum relata a sedução de intelectuais conservadores pelo regime populista, e menciona o desapontamento do povo com a Democracia nos Estados Unidos, Europa em inúmeros países com eleições livres, incluindo o Brasil. Segundo ela, as ideias autoritárias são fomentadas pela imensa insatisfação com o destino da vida moderna e com as sérias e amplas mudanças demográficas e sociais ocorridas nas últimas décadas. A Democracia liberal, que tanto progresso trouxe, passa a ser questionada por diversos motivos, como a dificuldade de aprovarem-se leis, o que confere a sensação de um Congresso inoperante; a polarização do sistema político, que traz a noção de um Estado fraco; a sensação de que os líderes não possuem controle dos seus governos, etc. A situação faz emergir nas pessoas a ideia de que, se tudo encontra-se parado, seria interessante a presença de uma liderança autoritária e centralizada para realizar aquilo que os políticos não conseguem. A recente invasão do Capitólio, em Washington DC, nos Estados Unidos, revelou a explosão da imensa raiva contida ao longo de anos de uma polarização sem precedentes nas redes sociais. Segundo a historiadora, não há como restaurar o antigo debate racional e civilizado, devendo os países democráticos reinventar seu modo de fazer política. O fato do mesmo problema ser vislumbrado em países como Estados Unidos, Filipinas e Brasil, denota que existe algum fenômeno que os une nesta divisão radicalizada, no caso, as alterações no ecossistema da informação, notadamente a influência das redes sociais. Assim, urge uma regulação pública das redes, a ser feita por órgãos independentes, não no sentido de censurar conteúdo, mas sim apoiar um movimento crescente pela “*adequação dos algoritmos das plataformas ao interesse público*”, ao contrário da lógica hodierna de dar relevância a qualquer conteúdo que possua engajamento, o que propiciou a disseminação incontrolável de *fake News* e de discursos irracionais. As teorias da conspiração e a desinformação são bastante úteis aos líderes populistas, vez que corroem a credibilidade das pessoas nas instituições, na sociedade civil e na imprensa. Na enxurrada de informação recebida, não se separam as verdades das mentiras, de modo que as pessoas desejam alguém que lhe simplifique aquilo que não lhe faz sentido e, acabam se tornando reféns das campanhas de ódio. Hoje, o radicalismo de direita fomenta o radicalismo de esquerda e vice-versa, é uma retroalimentação do radicalismo e da intolerância, de modo que se perdeu o foco em pautas que unem as pessoas. Constata-se, por infortúnio, que a violência on-line acaba extrapolando as telas, muitas vezes, e tornando-se agressões reais. (MARTHE, 2021. p. 9-11)

Outrossim, existe discussão na seara da Ciência Política acerca da pertinência, ou não, de manifestações em uma sociedade democrática. Para tanto, apresentam-se duas linhas de pensamento. A primeira, aguerrida ao cunho da teoria da democracia representativa, que se

propõe a delinear condições para que a democracia moderna funcione (reflexão que afirma aquilo que “a vida é”), ela ficou conhecida como Teoria Democrática Descritiva. A segunda linha é a da Filosofia Política, que não se amarra às condições ofertadas para o funcionamento da moderna democracia e aponta perspectivas normativas, de como a “vida deve ser”. De acordo com a primeira linha, observa-se que as formas de protesto público são consideradas como ações que não possuem requisitos que conduzam as democracias modernas ao sucesso. Ao contrário da democracia dos antigos, a democracia moderna não comporta o princípio da participação. Em verdade, ela se mantém da apatia política, necessitando de instituições políticas que meçam as demandas dos eleitores aos seus governos – a poliarquia, a qual deve seguir uma série de condições sob a pena de dar lugar a um regime autoritário. Por isso se observa com ressalvas as manifestações, pois elas não seguem as regras básicas de representação de interesses, ou seja, os partidos políticos ou qualquer canal institucional diverso, sempre existindo o temor de alavancar possíveis ações extremistas. Assim, o excesso de participação revela-se como um risco para a democracia moderna, pois poderia aniquilar ou congestionar tais canais institucionais de representação de interesses. Outra forma de vislumbrar a situação é de que as manifestações não seriam meios legítimos, vez que engendradas pela minoria do povo, ou seja, pelos que não conquistaram representatividade nas instâncias de representação legítimas, de forma que não retratam interesses substanciais da sociedade. Ainda, impende mencionar a interpretação que vislumbra as manifestações como sintomas de crise das instituições, como inviabilizadoras da integração social, possivelmente decorrente de um problema moral ou da ausência de valores democráticos, os quais não foram corretamente assimilados por certos grupos. Contudo, a segunda linha de pensamento encara as manifestações como um caráter imensamente aberto da democracia para a possível incorporação incessante de novos direitos. Este ponto de vista vislumbra a democracia mais como ordem de valores, trabalhando a política como um campo indeterminado, permanentemente aberto a novas incorporações – a democracia como um terreno que não se fecha, revelando-se salutar a possibilidade das manifestações darem lugar a movimentos sociais que não possuem voz frente a política institucionalizada. (MAGALHÃES, 2013)

De fato, o agir político é dotado de imprevisibilidade, conforme se infere: “*fato de que o homem é capaz de agir significa que se pode esperar dele o inesperado, que ele é capaz de realizar o infinitamente improvável. [...] Os homens, embora devam morrer, não nascem para morrer, mas para começar*” (ARENDT, 1993. p. 191). Deste modo, a democracia

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

possui uma essência inovadora que não deve permanecer amarrada a teorias ou conceitos fixos, devendo, pela sua própria noção natural, abarcar as mais diversas formas de expressão.

Nesta toada, os movimentos de manifestação social urbana podem ter orientação sindical, comunitária ou de cidadãos. A própria história traz exemplo: a burguesia era a classe servil do feudalismo, cuja característica principal era a desigualdade institucionalizada, com classes estamentais rígidas. Foram as lutas pelos direitos sociais que redefiniram as políticas e afirmaram a cidadania. De fato, as manifestações estão diretamente ligadas ao alavanco da cidadania, sendo que ela somente se opera quando existe a garantia de direitos básicos a todo ser humano. Por esta razão, não se pode perder de vista que a manifestação pacífica é um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 5º, II, IV, XVI e XVII, da Constituição Federal. Tal possibilidade constitucional decorre do fato de que muitas vezes o direito não é dado, mas sim adquirido por meio lutas e enfrentamentos democráticos e, as manifestações populares são uma forma de luta pelo direito. (PACHECO, 2020)

Assim, do cenário apresentado, muitos compreendem que a crescente participação política não eleitoral não corroeu, mas sim transformou a democracia representativa. Existem estudiosos que sinalizam que o incremento da participação não institucionalizada não significa a insatisfação popular em relação a democracia representativa, inclusive porque a mudança da conexão entre governo e cidadão aconteceu dentro da organização das democracias representativas. Deste modo, o medo da crise resulta de uma subestimação da capacidade das instituições representativas de se adaptarem. A tomada de decisões públicas é feita de forma que se baliza nas instituições representativas, e não as substituindo. O cidadão atual não se encontra centrado apenas em seus assuntos privados e separado da vida pública, sendo que o ativismo político não morreu. Assim, o aumento dos modos alternativos de ativismo de certa forma rejuvenesce a democracia representativa. Desta feita, ao contrário do que pensam muitos, conforme doravante analisado, os órgãos tradicionais de conexão entre Estado e cidadão encontram-se muito vivos. O que ocorre é que a reinvenção do ativismo cívico viabiliza a interação através não apenas de canais tradicionais, mas também por meios alternativos, de modo que as democracias representativas acomodaram o aumento da participação política não institucionalizada. Afinal, além das eleições recorrentes, também é elemento central do governo representativo o fato de ser constitucionalmente flexível, de onde se extrai a sua resiliência e adaptabilidade. (MANIN, 2013)

6. CONCLUSÃO

De todo o exposto, é possível se perceber a dialeticidade da democracia. Ela não é estática no tempo, tampouco se manifesta através de formas rígidas.

Tal fato restou evidente na construção histórica abordada em capítulo antecedente. Muitas foram as formas que a democracia tomou até chegar na sua configuração atual. Aliás, tampouco seu formato atual é perene, o que se vislumbra nas radicais alterações nas formas de manifestação democráticas ocorridas notadamente nas últimas duas décadas.

O advento da internet, fruto dos avanços tecnológicos, viabilizou o surgimento de novas formas de manifestação da democracia. A distância e as barreiras geográficas até então existentes foram desconsideradas. A velocidade da informação ignora limites – um fato que ocorre no Japão pode ser acompanhado em tempo real no Brasil.

Assim, fatos que até então eram ignorados ou que jamais seriam descobertos, hoje são expostos aos olhos de todos pelas câmeras dos celulares e, automaticamente, postados nas redes. Com isso, a cobrança e fiscalização da Administração Pública tornou-se mais contundente. Um buraco em uma rua, que para ser reparado, há alguns anos atras demandaria a locomoção de um incomodado até a prefeitura por mais de uma vez (sendo que o reclame certamente seria ignorado por longa data), hoje requer a imediata captura da imagem com um aparelho celular e a postagem em uma rede social para que haja uma comoção em torno do fato, mensagens de indignação relativas à Prefeitura, que se vê forçada a tomar medida urgente para reparar tal buraco. E, caso a providência não seja breve, corre o risco de ver formado um eventual protesto ou manifestação em prol do fechamento do buraco. Este é o *modus operandi* hodierno, em relação a tudo, a qualquer fato da vida cotidiana.

Tornou-se imensa a facilidade de se criar movimentos, em prol de reivindicações das mais diversas. Pautas que jamais seriam ouvidas há alguns anos atrás, hoje tomam corpo devido a força e o poder de coesão das redes sociais. Movimentos que anteriormente teriam parca adesão, hoje tornam-se, inclusive, internacionais, vez que a rede possui a aptidão de ignorar barreiras físicas.

Contudo, em que pese a internet tenha propiciado o surgimento de formas diversas de manifestações legitimamente democráticas, de outro lado, justamente por ser um local muito democrático, deu azo ao surgimento de manifestações e, consequentemente, movimentos, de cunho segregacionista, autoritário, anti-democrático e opressor de minorias. Muitas pessoas, escondidas atrás da tela, ganham coragem para propagar mensagens de ódio, o que jamais fariam cara a cara. E o comportamento de manada encoraja ainda mais o comportamento

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

inadequado dos indivíduos. Ocorre que, recentemente, muito tem se vislumbrado a violência escapar das telas e ocupar as ruas, dando azo a agressões das mais diversas espécies.

Neste cenário, resta latente a dúvida acerca da vida da democracia.

Diversos foram os entendimentos trazidos ao longo do último capítulo, revelando que existem posicionamentos dos mais variados, tanto os que compreendem que a democracia se encontra amplamente ameaçada, quanto os que defendem que a democracia está mais viva do que nunca, com ainda mais formas de se manifestar.

Pode até tratar-se de uma ação do inconsciente que busca por esperança, mas prefere-se acreditar na vida longa e próspera da democracia, independente do modo através do qual ela seja expressada. Aliás, que surjam mais inúmeras formas por meio das quais ela possa surgir e ressurgir. Que ela renasça a cada dia, pois, conforme bem apontou Winston Churchill, por mais que seja o pior e mais instável regime político, não existe nenhum sistema melhor que ela, pois é o único que possibilita a participação de todos.

REFERÊNCIAS

DEMOCRACIA. Disponível em:

http://nupps.usp.br/downloads/relatorio/Anexo_02_Democracia-verbete.pdf. Acesso em 08 mar. 2021.

LIST OF ELECTORAL DEMOCRACIES. Disponível em:

<https://web.archive.org/web/20131016184935/http://www.fordemocracy.net/electoral.shtml>. Acesso em 08 mar. 2021.

ARAÚJO, Rafael de Paula Aguiar; PENTEADO, Cláudio Luiz Camargo; SANTOS, Marcelo Burgos Pimentel dos. Democracia Digital e Experiências de e-participação: Web-ativismo e Políticas Públicas. História, Ciências, Saúde, Manguinhos, v. 22, Rio de Janeiro, dez. 2015.

ARENDT, Hannah. A Condição humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

BATTEZINI, Andy Portella; REGINATO, Karla Cristine. O Ativismo Popular e o Papel das Mídias Digitais: Reflexos de um Novo Modelo de Exercer Democracia no Cenário Contemporâneo e seus Impactos na Esfera Política. Revista de Direito Brasileira. São Paulo. V. 15, n. 16, p. 173-184. Set-Dez. 2016.

BÔAS FILHO, Orlando Villas. Democracia: a Polissemia de um Conceito Político Fundamental. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 108, 2013.

BOBBIO, Norberto. Estado, Governo, Sociedade – Fragmentos de um Dicionário Político. 20. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.

BONAVIDES, Paulo. Ciência Política. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BUENO, Silveira. Minidicionário da Língua Portuguesa. 3. ed. São Paulo: FTD, 2016.

CASANOVA, Pablo González. O colonialismo global e a democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

DAHL, Robert A. La Democracia y sus críticos. Barcelona: Paidós, 2002.

DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Brasília: UNB, 2001, p. 49-50.

DANTAS, Ivo; RIBEIRO, Ana Célia de Souza. A Internet como Instrumento do Ativismo Popular Democrático. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba. V. 04., n. 57, p. 276-292. Out-Dez. 2019.

ESCOREL, Sarah; AROUCA, Luna Escorel. Democracia e Participação: para Além das Dicotomias. Saúde Debate, v. 40, n. spe, 2016, p. 39-48.

FERREIRA, José Ribeiro. A República na Grécia e em Roma. Revista de História das Ideias, Impactum Coimbra University Press, v. 27, 2006.

GABBAY, Samuel Max. A revenda de combustíveis e os limites constitucionais para a sua regulação: Uma análise aplicada aos aspectos concorrenciais e ao Controle de Preços. Dissertação (Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal. 2012.

GOMES, Wilson. Democracia Digital: que Democracia?. Disponível em: http://compolitica.org/novo/anais/2007_gt_ip-wilson.pdf. Acesso em 8 mar. 2021.

HUNT, Lynn; MARTIN, Thomas R.; RESENWEIN, Barbara H.; HSIA, R. Po-chia; SMITH, Bonnie G. The Making of the West - Peoples and Cultures. V.I. Boston and New York: Bedford/St. Martin's, 2007.

LYNCH, Christian Edward Cyril. Do Despotismo da Gentalha à Democracia da Gravata Lavada: História do Conceito de Democracia no Brasil. Dados, Rio de Janeiro, v. 54, n. 3, p. 355-390, Set. 2011.

MAGALHÃES, Fabiano Rosa de. As Manifestações no Espaço Público: a Rua como Lugar de Expressão Política. Pensamento Plural, Pelotas, p.7-35, jan./jun. 2013.

MANIN, Bernard. A Democracia do Público Reconsiderada. Novos Estudos - CEBRAP, n. 97, São Paulo, nov. 2013.

MARTHE, Marcelo. Ameaça à Democracia. Veja, ed. 2727, ano 54, n. 8, 3 mar. 2021.

MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. Poder e Democracia: o Pluralismo Político na Constituição de 1988 (tese de doutorado – USP). São Paulo: Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito, 1998.

MINHOTO, Antonio Celso Baeta. Democracia, Princípios Democráticos e Legitimidade: Novos Desafios na Vivência Democrática. Direito e Democracia, v. 10, n. 1, jan./jun. 2009.

PACHECO, Michelle Aparecida Acacio. As Manifestações Sociais como Exercício da Cidadania no Estado Democrático de Direito. Revista de Direito, Viçosa, v. 2, n. 2, 2020.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

PEREIRA NETO, Abeilard Bello; BORGES, Tiago Moreira. Accountability e a Participação Popular na Era da Informação e do Conhecimento. IV Encontro Brasileiro de Administração Pública, João Pessoa/PB, Mai. 2017.

PITANO, Sandro de Castro. A Educação Problematicadora de Paulo Freire, uma Pedagogia do Sujeito Social. Inter-Ação. Goiânia. V. 42, n. 1, p. 87-104. Jan-Abr.2017.

The Economist Intelligence United. Democracy Index 2019. Disponível em: <https://www.in.gr/wp-content/uploads/2020/01/Democracy-Index-2019.pdf>. Acesso em 08 mar. 2021.

TOCQUEVILLE, Alexis. Da Democracia na América. São Paulo: Editora Folha de São Paulo, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Resignificação do Conceito de Democracia a Partir de Direitos Plurais e Comunitários Latino-Americanos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 16, n. 16, p. 200-228, julho/dezembro de 2014.

ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO, VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL E DESOBEDIÊNCIA CIVIL: O QUE FAZER QUANDO O PRÓPRIO ESTADO VITIMIZA?

David Kerber de Aguiar⁴
Fernando Gustavo Knoerr⁵
Irene Maria Portela⁶

1. INTRODUÇÃO

João Ubaldo Ribeiro em sua obra “Política; quem manda, por que manda, como manda” desmistifica o significado da Política, esclarecendo ser um espaço de atuação e de consciência de todos, sendo que no título “Estado e Violência”, faz, entre outras, a seguinte pergunta:

Na sua opinião, existe uma espécie de hierarquia dos interesses públicos? Por exemplo, um determinado Estado prioriza a manutenção da ordem. Portanto subordina outro interesse público — vamos dizer, o de melhores salários para a maioria da população — ao da ordem. Como reivindicar melhores salários perturba a ordem, o interesse público da manutenção da ordem não permite o atendimento de outro interesse público, o de melhores salários. Que é que você acha desta e de outras hipóteses, fáceis de imaginar?
(1998, final do título 6)

Não vislumbramos uma resposta direta e simples ao questionamento, e o autor no transcorrer desse título, equaciona que o Estado, embora represente o interesse público, defende muitas vezes as vontades das classes dominantes e que os motivos de interesse realmente público são poucos e relativos no contexto político, o que reforça a complexidade do tema.

Mas se o Estado sempre representa o interesse público (o bem-estar da população) que se expressa na ordem jurídica (outorgando coercibilidade - monopólio legítimo da violência), o que fazer frente a eventual desvio de finalidade do próprio Estado? Sim, claro, recorre-se ao

⁴ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário de Curitiba - Unicuritiba). Pós-graduado em Direito do Estado pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter. Pós-graduado em Direito Civil pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter. Pós-graduado em Direito Imobiliário pelo Centro Universitário Ritter dos Reis - Uniritter. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera-Underp. Promotor de Justiça de entrância final do Ministério Público do Estado do Paraná. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-0276-232X>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9990733110457262>. E-mail: davikerber@gmail.com.

⁵ Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA - PR. Professor do Mestrado na UCAM - RJ. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juiz do TRE-PR. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. Escritor, Pesquisador e Palestrante.

⁶ Professora e Diretora do Mestrado em Solicitadoria dos Contratos e Empresarial do Instituto Politécnico do Cávado e Ave - IPCA (Portugal). Doutorada pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Poder Judiciário! E quando a normatividade formal também o contamina, afinal, também é Estado e sujeito a lei; ou o Princípio da Separação de Poderes, atributo de qualquer Estado Democrático de Direito, não realiza seu papel e sustenta redução de direito fundamental.

Então o Estado cria as normas jurídicas que devem ser obedecidas, pode exclusivamente usar da violência quando transgredida, contudo, o que fazer, a exemplo do apontado por RIBEIRO diante da constatação: “como se diz no Brasil, a lei é igual para todos, mas alguns são ‘mais iguais’ que outros (...)”. Aqui outra pergunta interessante proposta pelo autor que vem a calhar:

Famílias que moram num determinado lugar há gerações são de repente notificadas de que o governo vai desapropriar suas casas para ali construir um Jóquei Clube. Quando as famílias protestam, o Estado não aceita os protestos, alegando que está agindo no interesse público. Isto é justo? O Estado tem razão? Existem hipóteses que favoreçam ambos os lados? (1998, final do título 6)

Soma-se a isso a insatisfação crescente com sistemas político-jurídicos muitas vezes submisso ao mercado e ao insaciável apetite por lucros do modelo capitalista, que drenam considerável fatia das riquezas e marginalizam cidadãos em um Estado que não introduz possibilidades suficientes e eficientes de superação de vulnerabilidades sociais extremas.

Assim sendo, quais são as práticas sociais emancipadoras ainda não sequestradas pelo desvio de finalidades do interesse público que podem ser exploradas, representando avanço em favor das pautas de relevância social?

Buscando respostas, utilizou-se o método hipotético-dedutivo para organização do raciocínio, com enfoque crítico propositivo, com auxílio da doutrina e legislação pertinente, contextualizando o que pretende o Estado Social e Democrático de Direito da Constituição Federal de 1988, se a persecução do interesse público pode conviver com violência institucional e se a desobediência civil de caráter não violento é um ato de exercício legítimo de cidadania.

Notório que não se tem a pretensão de exaurir o tema, mas de refletir especialmente sobre a necessidade persistente de correção dos rumos impostos pelo capitalismo, explorando estratégias que aparentemente são rejeitadas sem antes serem consideradas.

2. ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO, INTERESSE PÚBLICO E CIDADANIA

Como reação ao efeito deletério social oportunizado pelo Estado Liberal, após a segunda Guerra Mundial ergue-se o modelo de Estado Social, que intervém na economia (na

livre concorrência e livre iniciativa) para promover o bem-estar social (*Welfare State*), que, para tanto, propicia “prestações tendentes a minimizar e a corrigir as imperfeições e iniquidades do sistema capitalista”, através da realização ou fomento estatal de serviços e da concessão de direitos sociais (BARBOSA GOMES, 2011, p. 588).

DI PIETRO sintetiza bem os fatos que fomentaram essa transição histórica e a preocupação com o interesse público entendido como bem comum:

Em meados do século XIX, começaram as reações contra o Estado Liberal, por suas consequências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas tinham se transformado em grandes monopólios e aniquilado as de pequeno porte; surgira uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tendia a acentuar-se com o não intervencionismo estatal pregado pelo liberalismo.

Os princípios do liberalismo, voltados para a proteção da liberdade e da igualdade, tinham-se mostrado insuficientes para debelar a profunda desigualdade que geraram. Consolida-se, após a Segunda Guerra Mundial, o **Estado Social**, também chamado do Bem-Estar, Estado Providência, Estado do Desenvolvimento, Estado Social de Direito. (...) Atribui-se então ao Estado, em sua nova concepção, a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.

Uma das tendências então verificadas foi a da socialização, que não se confunde com socialismo, mas designa a **preocupação com o bem comum**, com o **interesse público**, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos, no período do Estado Liberal. (2017, p. 9-10)

Rompe-se a pragmática jusnaturalista e os conceitos herméticos do direito, conforme destacado por ANSELMINI e SANTOS:

Essa ruptura paradigmática vem redefinir os clássicos direitos da vida, liberdade, propriedade, segurança e igualdade. É a chamada “materialização” do direito, em que a Administração Pública possui o papel de garantir aos cidadãos o acesso aos bens e serviços. O direito passa a ser interpretado como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais, bem como de programas de fins, realizáveis no “limite do possível”. (2019, p. 143)

Isto porque as Constituições modernas consagram o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, as quais, diante de sua missão, absorvem os direitos de segunda e terceira geração. Desse modo, as obrigações negativas (de não interferência em alguns pontos das liberdades individuais), características dos direitos de primeira geração, são insuficientes para a materialização do Estado Social, sobretudo em favor das classes sociais economicamente vulneráveis.

Recordando que os direitos fundamentais de primeira geração se conectam ao valor liberdade: são os direitos civis e políticos; têm índole individual e caráter negativo por exigirem abstenção do Estado, seu principal destinatário. Os direitos fundamentais de segunda

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

geração são ligados ao valor igualdade: são os direitos sociais, econômicos e culturais; direitos de titularidade coletiva e com caráter positivo, pois exigem atuações do Estado. E os direitos fundamentais de terceira geração, atados ao valor fraternidade ou solidariedade: são os relacionados ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente sustentável, à autodeterminação dos povos, à paz, bem como ao direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e ao direito de comunicação. São direitos transindividuais, em rol exemplificativo, destinados à proteção do gênero humano.

O Estado, antes liberal, renasce social e assume prestações com deveres constitucionais de promoção de dignidade a todos os indivíduos integrantes do corpo social. Agora “não basta ao Estado se abster, no novo paradigma constitucional é necessário também o agir, o prover ou o promover estatal” (TEIXEIRA, 2013, p. 229).

Temos então a democracia como um modo de vida, um regime político, uma técnica social para compor interesses diversos e, nesta lógica estatal constitucional, “seu verdadeiro objetivo é a concretização dos direitos e garantias constitucionais” (ANSELMINI; SANTOS, 2019, p. 155). DI PIETRO esclarece a função do acréscimo ao Estado Social, na ideia de Estado Democrático de Direito, e a consequente mutação do princípio do interesse público:

Por outras palavras, o Estado, sem deixar de ser Estado de Direito, protetor das liberdades individuais, e sem deixar de ser Estado Social, protetor do bem comum, passou a ser também Estado Democrático. Daí a expressão Estado de Direito Social e Democrático. Não que o princípio democrático já não fosse acolhido nas concepções anteriores, mas ele passa a ser visto sob nova roupagem. O que se almeja é a participação popular no processo político, nas decisões do Governo, no controle da Administração Pública.

(...) No período do Estado liberal, o interesse público a ser protegido era aquele de feição utilitarista, inspirado nas doutrinas de economistas como Adam Smith e Stuart Mill. O Direito tinha que servir à finalidade de proteger as liberdades individuais como instrumento de tutela do bem-estar geral, em sentido puramente material.

Com a nova concepção do Estado de Direito, o interesse público humaniza-se, à medida que passa a preocupar-se não só com os bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas também com valores considerados essenciais à existência digna; quer-se liberdade com dignidade, o que exige atuação do Estado para diminuir as desigualdades sociais e levar a toda coletividade o bem-estar social. O interesse público, considerado sob o aspecto jurídico, reveste-se de um aspecto ideológico e passa a confundir-se com a ideia de bem comum.

(...)

Em verdade, procura-se substituir a ideia de Estado Legal, puramente formalista, por um Estado de Direito vinculado aos ideais de justiça. Pretende-se submeter o Estado ao Direito e não à lei em sentido apenas formal. Daí hoje falar-se em **Estado Democrático de Direito**, que compreende o aspecto da **participação do cidadão** (Estado Democrático) e o da **justiça material** (Estado de Direito). (2017, p. 15-16)

O próprio preâmbulo da Constituição Cidadã, registrou expressamente para história que a Assembleia Nacional Constituinte instituiu um Estado Democrático, destinado a

assegurar o exercício “dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social (...)”

E na perspectiva de uma Constituição Democrática, que alinha o conceito de interesse público ao ideal de bem comum, exigindo a mitigação das desigualdades sociais, qualquer medida estatal que desvirtue tais premissas representa violação a própria razão de ser do nosso Estado.

Afinal, as ações de Estado devem estar em sintonia com os fundamentos (art. 1º) da República Federativa do Brasil, que entre eles são “a cidadania”, “a dignidade da pessoa humana” e “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º), bem como com os objetivos fundamentais (art. 3º) que inclui “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”.

E LUCAS MARTÍN (2013, p. 64-65) adverte que democracia é confiança, mas também e sobretudo desconfiança, permanente atitude crítica ante o exercício do poder para que se conserve o poder do povo; e que a luta pela “democratização da democracia” é também uma luta contra sua própria conversão em oligarquia (interesses particulares) e monopólio do poder, concluindo:

Por isso a necessidade dessa luta pela democratização da democracia que, em grande medida, nasce da desconfiança, hoje quicá mais viva porque precisamente hoje constatamos o auge de movimentos sociais que denunciam um distanciamento cada vez maior das elites políticas e dos modos de representação no que diz respeito às necessidades, interesses e expectativas dos cidadãos, de onde a crítica que se converteu em lema original do denominado movimento dos indignados na Espanha, o movimento 15 M: “não nos representam”. (2013, p. 65)

E na realidade instituída de uma democracia representativa, onde os cidadãos escolhem “representantes que assumirão as responsabilidades pela condução direta dos negócios públicos” (RIBEIRO, 1998, título 9), reforça-se que cidadania e democracia são duas faces da moeda simbolizada pelo bem comum.

3. INTERESSE PÚBLICO E O CAPITALISMO

O sistema capitalista tem gerado ao longo dos séculos uma série de crises (cíclicas) ou choques, sucedidos por aparentes períodos de estabilização. Crises profundas, como a de 1873, outras como o “crack” da bolsa de 1929 e, mais recentemente, a crise das hipotecas estadunidenses de 2008, têm apontado para um agravamento contínuo dos problemas que

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

acabam minando o sistema capitalista por todos os flancos e âmbitos (ANDRADE; FREITAS DA SILVA, 2019, p. 20).

E Michel Beaud em sua obra “História do Capitalismo: de 1500 aos nossos dias”, revela que o capitalismo evoluiu suas formas de interação social, mas não modifica seus resultados adversos:

Manufatura de algodãozinho dos séculos XVI-XVIII; grandes empresas metalúrgicas, depois siderúrgicas do século XIX, empresas de automóvel ou de eletricidade, depois grupos de informática ou teletransmissões – através delas, a mesma lógica esta sempre em andamento: coação ao sobretrabalho, realização do valor produzido e da mais-valia, ampliamiento do capital levando a produzir mais; mais mercadorias e mais mais-valia. Logo, lógica de crescimento, mas também lógica de crise: pois o acréscimo da produção conduz, de uma maneira ou de outra, à saturação, tendo em conta o poder de compra distribuído, ao endurecimento da competição, ao declínio da rentabilidade. Crise, capitais disponíveis, reserva de mão de obra mais numerosa: isto também significa pesquisa de novos mercados, de novos processos, de novas produções.

Como negar a fascinante criatividade desse sistema que, em alguns séculos, fez os teares mecanismos movidos pela água ou a vapor passarem aos robôs industriais capazes de realizarem uma sequência de operações complexas, da impressão à teletransmissão, da descoberta da América à exploração do espaço? E como não ficar assombrado com a capacidade destrutiva dessa dinâmica em andamento (amiúde em osmose com outras; cupidez, fé religiosa, sentimento nacional, ‘missão civilizadora’, racismo, etc): massacre dos índios das Américas e pilhagem de seus tesouros; destruição do modo de vida rural tradicional e proletarianização dos camponeses pobres, primeiramente na Inglaterra; utilização desperdiçada de recursos não-renováveis (...); degradação do meio ambiente (...); risco de danos pela energia nuclear que pesarão por gerações; utilização sem freios da força de trabalho – muscular e nervosa -, esgotamento, desgaste precoce dos homens, acidentes ... (1981, p. 373-374).

Há séculos a manutenção do modo de produção e circulação de riqueza do sistema capitalista (pautado na expansão e acumulação) desenha a forma de viver da coletividade, extrapolando as expectativas sociais e jurídicas. Não deveria ser, mas o Estado não raras vezes é cooptado pelo capitalismo com suas pautas não vinculadas ao bem comum.

Observa ANDRADE e FREITAS (2019, p. 25) que a globalização instrumentalizada pelo capitalismo também é um fenômeno cultural e ideológico, naturalizando processos que escondem a violência simbólica de que tratou Bourdieu. Segundo eles, o capitalismo parece construir socialmente uma realidade moldada por interesses econômicos deletérios à cidadania sem que a sociedade nem ao menos suspeite disso, como a introdução da “deletéria reificação ou coisificação dos seres humanos, mercantilizados e ‘objetizados’, escravizados pelo estímulo capitalista de eternizar a satisfação dos desejos” (2019, p. 27).

Molda-se a sociedade de consumo, de mercado, inspirada pelo capitalismo, sendo que a satisfação prometida com a “aquisição” do produto desejado, nunca é alcançada, pois

sempre se renovam os objetos de querer, e assim “o capitalismo continua a replicar a sanha pelo lucro incessante que move o sistema” (ANDRADE e FREITAS (2019, p. 28).

Contudo, qualquer manual jurídico sobre a disciplina destaca que todo o direito administrativo é erguido sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, e a indisponibilidade do interesse público. E para o que interessa ao presente artigo, o titular do interesse público é a sociedade, mas muitas vezes os governantes, mascaram intenções em favor de forças não tão ocultas (detentores do capital) e se utilizam desses conceitos para evitar o controle de seus atos pela comunidade.

E por mais basilar que pareça ser tal reconstituição semântica, BORGES (2011) enfatiza que o interesse público, por ter conceito indeterminado e plurissignificativo, sempre foi ameaçado e manipulado pelos donos do poder, sendo “manejado por certas administrações públicas como verdadeiro escudo, que imunizaria de quaisquer críticas suas posições autoritárias, e as resguardaria até, em nome de pretensa independência de poderes, do imprescindível controle do Poder Judiciário”.

Alerta-se, que não se trata de extinguir o capitalismo, até porque, não se vislumbra um horizonte com as características humanas e normativa constitucional vigente sem ele. O que é preciso, sem dúvida, é fazer integrar o acesso à cidadania e a dignidade para todos, nem que isso represente menos lucro de parte da sociedade empreendedora. O problema, se restringirmos a abordagem constitucional literal, não é do capitalismo, mas de sua aplicação prática.

Literal pois a ordem econômica e financeira está prevista nos arts. 170 a 181 da Constituição, e da redação do art. 170, observa-se o realce da valorização do trabalho humano e da livre iniciativa, com proteção ao consumidor, ao meio ambiente e a redução das desigualdades sociais. Não se trata de ordem econômica e financeira descompromissada com outros valores, mas sim entrelaçada com políticas de relevante envergadura, como a tutela do meio ambiente (art. 225, § 3º) e a promoção social, conforme igualmente se observa no art. 219: “O mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

E como explica SAYEG (2012, p. 14) o capitalismo está nítido em nossa Constituição Federal, que enuncia a liberdade de iniciativa como princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, no art. 1º, inciso IV, e como fundamento da ordem econômica, no *caput* do art. 170; cujo dispositivo constitucional também explicita a liberdade de atividade econômica, no parágrafo único; e, reconhece à propriedade privada seu princípio, no inciso II.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Com tal base normativa, não prospera o ideal de uma economia de mercado fundada em verificações de ordem natural, “a famosa mão invisível de Adam Smith, que assim propõe o laissez-faire – que, numa tradução livre, significa deixe-nos em paz – definindo uma ordem econômica (...) com os seguintes traços dominantes: Estado mínimo; propriedade privada; livre iniciativa; e o mercado como centro de coordenação da economia” (SAYEG, 2012, p. 16). Até porque, como visto, o capitalismo desenfreado provoca repercussões nefastas ao bem-estar social.

E voltando ao interesse público, sabe-se que ele se divide em primário e secundário. O interesse público primário é o próprio fim do Estado, que é o bem-estar de todos. Já o interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica (interesse do erário), esclarecendo BARROSO que:

(...) essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceitual entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se prestam à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estatal ou até dos próprios governantes.

(...)

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la”. (prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público, 2005, p. 13).

Essa mesma perspectiva se aplica a leitura do capitalismo constitucional, já que o exercício do seu interesse público primário está umbilicalmente conectado ao bem comum, constituindo interesse secundário o retorno do capital investido dos protagonistas do mercado. O capitalismo constitucional serve para alavancar o bem-estar social, não somente econômico. Tal constatação não é um devaneio impraticável, porque antes de tudo é constitucional!

4. VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL DE DIREITOS

O dever jurídico de recomposição do dano, quando se está diante de ação e omissão ilícita do Estado, denomina-se Responsabilidade Civil do Estado, originariamente prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. E não havendo controvérsias sobre a possibilidade de reconhecer e atribuir consequências aos erros do Estado, atualmente se debate a existência de ilícito pelos agentes públicos, no exercício de suas funções, com reprovabilidade apta a ser considerado ato de “violência”.

A violência institucional é definida como a violência praticada por órgãos e agentes públicos que deveriam responder pelo cuidado, proteção e defesa dos cidadãos (LADEIA, MOURAO e MELO, 2016). Muitas vezes associada a necessidade de humanização dos profissionais para coibir a violência policial, obstétrica, contra idosos e mulheres, e etc.

E somente com a publicação da Lei n. 13.431/2017 (que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência) houve reconhecimento legal expresso da “violência institucional”, como uma das formas de violência estabelecidas pelo nosso ordenamento jurídico (uma espécie, como a violência física, psicológica ou sexual), conforme inciso IV, do art. 4º: “violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização”.

Nesse ponto, um parêntese. Esse reconhecimento normativo literal é decorrência do fenômeno de integração pelo Direito de valores culturais socialmente dominantes que atingiram relevância suficiente para potencializar sua proteção jurídica. Isso não quer dizer que era negado pelo direito anteriormente a ocorrência de casos de violência institucional contra crianças e adolescentes praticadas pelos atores do sistema de garantia de direitos, contudo o que era antes proteção com base em princípios e na teoria geral de atos ilícitos, agora recebe legalmente tipificação própria, trazendo especialização e deferência para o trato jurídico da sensível temática. Parece pouco, mas em tempos de negacionismo e obscurantismo, o óbvio precisa ser dito e defendido.

Voltando ao ponto central, a violência institucional, enquanto ilícito estatal mais severo do que, por exemplo, danos materiais em acidente de trânsito ocorrido em razão de buraco em via pública, reforça a exigência de uma atuação governamental mais responsável materialmente, não apenas formalmente, com o cidadão. Não se exige somente aparato policial suficiente, mas servidores públicos aptos a prestar atendimento humanizado e com o uso excepcional da violência corporal.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Violência, que como visto, o Estado monopolizou seu uso legal, mas quando se trata de violência institucional para fins desse ensaio, não é somente aquela promovida com truculência, e sim qualquer ato ilícito institucional com tamanha hostilidade aos direitos fundamentais apto a ser classificado como violento.

Feito esse enquadramento semântico, não é difícil identificar em nosso cotidiano a pressão neoliberal que faz recursos públicos atenderem demandas de mercado, desprezando a falta que fará para realização de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensão, aumentando nosso deficit social. Na “queda de braço” entre as forças do mercado e as obrigações sociais do Estado, a pobreza de muitos e a concentração de riqueza de poucos apontam a vantagem daquele.

Como também não é tarefa árdua reconhecer que mesmo nos Estados Democrático e de Direito, algumas decisões do Parlamento (com representação da maioria de eleitores) materializadas em Leis, não se traduzem em fomento dos direitos de outras majorias fáticas (pessoas vulneráveis socialmente e direitos da negritude, por exemplo) ou respeito às diferenças de grupos minoritários (como as pautas da população LGBTQ+).

Nesse ponto RIBEIRO (1998, título 9), quando disserta sobre “Democracias” explica que todo Estado, depende, para condução do seu dia a dia, de um grupo pequeno de governantes, e se eleitos somente representantes das mesmas camadas sociais e econômicas, também não há democracia “cem por cento”, porque os cidadãos que não tem acesso aos centros de decisão ficam isolados do processo e que:

Durante muito tempo, para citarmos um caso bastante conhecido, os negros não podiam exercer funções públicas de relevância no sul dos Estados Unidos, mesmo em plena vigência da democracia americana e mesmo nas cidades onde a população negra era maioria. Já as mulheres são rotineiramente discriminadas em muitas sociedades democráticas. Os católicos são discriminados na Irlanda do Norte, os imigrantes coreanos no Japão, os imigrantes turcos na Alemanha e assim por diante. Enfim, a multiplicidade de hipóteses em que este tipo de coisa ocorre é muito grande, porque estão em jogo fatores sociais intrincados, como, por exemplo, preconceitos arraigados, que mesmo a legislação mais forte e decidida tem dificuldade em erradicar ou até em enfraquecer. (1998, final do título 9)

E como registra SANTOS JÚNIOR (2015), os romanos já repercutiam que “**non omne quod licet honestum est**” (**nem tudo que é legal é honesto**) e “Henry David Thoreau, Martin Luther King Júnior, Nelson Mandela só para dar alguns bons exemplos, lutavam por direitos civis, em governos legais, democráticos e constitucionais”. No Brasil, o Estado é disfuncional, e cada vez mais emerge a superfície as desigualdades sociais e as violações de direitos de grupos não representados no Parlamento.

Então, o que se fazer diante de uma lei que violenta direitos fundamentais? Sem esforço, chega-se a possibilidade de cumpri-la e tentar sua modificação pela via legislativa ou descumpri-la e rever sua constitucionalidade junto ao Poder Judiciário. E se nenhum desses dois caminhos oferece resposta atual e eficiente para reprimir violações graves.

Por isso o debate sobre a constitucionalidade da desobediência civil em tempos de excessos e desvios nas relações de poder em desfavor de direitos fundamentais se entrelaça com as raízes da democracia e o dissenso que a modela. A construção do marco teórico democrático não finalizou e dificilmente o será, já que são modelos históricos em contínua mudança, pois sujeitos também as alterações exigidas em cada tempo.

5. DESOBEDIÊNCIA CIVIL ENQUANTO EXERCÍCIO DA CIDADANIA EM DEMOCRACIAS

Se por direitos somos um país onde o povo é o detentor do poder, conforme o art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, de fato a cidadania participativa e solidária se realiza com o simples exercício do voto periódico dos seus representantes? O exercício de atos ilegais, não violentos e questionadores de decisões políticas específicas com desvio de finalidade constitucional tem amparo em nosso sistema jurídico vigente?

Aqui surge a necessidade de entendermos o que é desobediência civil, cujo conceito inicial é atribuído ao ativista norte-americano do século XIX Henry David Thoreau, que escreveu o ensaio “A desobediência civil”, publicado em 1849 (MEDEIROS, 2019, p. 73). No manifesto ele afirma que a desobediência é o único caminho a ser tomado quando as leis existentes são injustas e quando as ações do Estado levam o homem a cometer ou ser conivente com ações inadequadas. Defendia que um governo no qual a consciência, e não a vontade da maioria, determinasse o rumo das coisas, pois, na sua visão, a vontade da maioria ainda poderia ser injusta.

Modernamente COSTA MATOS (p. 51-52, 2016) explica que há, pelo menos, duas vertentes que tentam compreender a natureza da desobediência civil: o liberalismo e o constitucionalismo. Assevera que na tradição liberal, sendo os principais expoentes Michael Malzer e John Rawls, a desobediência civil é concebida enquanto simples protesto ou medida de pressão política, de tendência não-violenta, mas ilegal, que visa a modificação de decisões ou normas tidas como injustas, seja porque contrárias aos princípios superiores do ordenamento jurídico, seja porque atentatórias à consciência social de justiça. Já na tradição constitucionalista, cujos principais inspiradores no que se refere à fundamentação da desobediência civil em sede de filosofia político-jurídica são Hannah Arendt, Jürgen

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Habermas e Ronald Dworkin, entendem a como “um mecanismo jurídico-constitucional de proteção das garantias e direitos fundamentais, estando inscrita no corpo principiológico e valorativo dos Estados verdadeiramente republicanos”.

Nota-se que ambas as concepções definem a desobediência civil como atos de transgressão não violenta das regras do direito, contudo, a constitucional reconhece sua legalidade e legitimidade.

Com efeito, para COSTA MATOS (p. 49, 2016) “a desobediência civil corresponde a uma postura política individual ou coletiva que, mediante ação organizada, consciente e não-violenta, contesta a validade de aspectos específicos do direito vigente”. Enfatiza a autora que não se identifica com a simples revolta ou mera negativa de cumprimento de normas jurídicas, e sim pretende transformar o direito sem utilização de mecanismos jurídico-institucionais, mas que não se identifica com a anarquia, a ausência de qualquer ordem jurídica ou com a revolução (que objetiva a integral transformação do direito e do Estado).

Portanto se limita a ato não violento e que questiona uma particular ordem estatal absolutamente injusta. Nesse ponto, curioso observar que valida a tradição constitucional o esboço do conceito da desobediência civil que integrou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, primeiro diploma constitucional em que se encontra positivado o núcleo básico dos direitos fundamentais, constando em seu art. 2º: “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão”.

E traçando paralelo com o Direito Penal nacional, o estado de necessidade enquanto excludente da ilicitude (art. 23, I c/c art. 24 do Código Penal) e a inexigibilidade de conduta diversa como hipótese de não culpabilidade (art. 22 do Código Penal) - sendo que ambos tornam o fato típico, não criminoso - desenvolvem função similar a pretendida pela desobediência civil, quando atuam como exceção as normativas gerais e abstratas, visando evitar ao fim e ao cabo injustiças.

Também o direito de greve, um dos direitos fundamentais albergados pela Constituição Federal (art. 9º), traz essa noção de resistência ao poder do Estado, das organizações, do empregador, quando deflagrada contra abusos.

Assim como tais casos, entende-se que a desobediência civil está no contexto do poder constituído e por isso deve se realizar dentro dos marcos do sistema jurídico estabelecido, visando modificar algum de seus aspectos indevidamente imposto.

Com isso e na realidade de um Estado Social e Democrático de Direito filio-me aos que defendem a desobediência civil na perspectiva constitucionalista, permitindo aos cidadãos

insurgentes e pautados nas balizas supra, participação no processo político de manutenção dos direitos fundamentais não somente no período eleitoral.

Até mesmo porque o cumprimento pelos agentes políticos dos objetivos fundantes do nosso Estado, exige do tecido social contínua vigilância, que conforme explica LUCAS MARTÍN (2013, p. 63) reivindica cidadania ativa, pois o protagonismo de cada um na vida pública:

não se concretiza somente no direito ao sufrágio, nem sequer com o ganho necessário do controle do exercício dos poderes, senão também em assumir as cargas, responsabilidades e deveres que derivam da existência de tal vida pública, e que não podem ser vistas tão somente como tarefa da Administração a partir das contribuições de tipo econômico que os cidadãos realizam. Isto é, uma nova concepção da cidadania; a cidadania responsabilmente solidária.

Frente ao que costuma se argumentar, não creio que o Estado social se construa sobre um modelo de cidadão passivo que espera tudo (insaciavelmente, cada vez mais) do Estado/padre/intervencionista. Ao contrário, exige uma noção de cidadania que deve estar profundamente arraigada no compromisso social e, portanto, na ideia de responsabilidade, porque não há solidariedade sem responsabilidade.

E claro que a irresignação não pode se referir a zonas pacíficas no ideário social, pois estas não são aptas a permitir questionamentos da interpretação Constitucional fora da arena política ou da contenda judicial.

Por isso que Hannah Arendt (citado em COSTA MATOS, p. 54, 2016) aclara o caráter necessariamente coletivo da desobediência civil, que deve ser alcançada por grupos organizados (mesmo de minorias), publicamente visíveis, não violentos e que compartilham uma mesma opinião. Arendt afasta a legitimidade de ações de dissenso na defesa de consciência moral individual, pois a mera consciência, ainda que seja de um “homem bom”, é impolítica e subjetiva, incapaz de criar isoladamente manifestações coletivas, e só onde há comunidade se pode falar em política, e portanto, em desobediência civil.

E COSTA MATOS (p. 55, 2016) irretocavelmente conclui que a vantagem dessa asserção é que

ela afasta desde já a crítica vazia segundo a qual, se admitida a desobediência civil, todos fariam o que desejassem e não haveria mais qualquer respeito pela ordem constituída. Na realidade, a desobediência civil se justifica apenas enquanto ação coletiva de um grupo de cidadãos e somente assim pode ser praticada com algum sucesso. Aqui há que se recordar algo que, de tão óbvio, é quase sempre esquecido. A desobediência *civil* tem esse nome não apenas para se diferenciar da desobediência criminal, mas porque se apresenta fundamentalmente enquanto ação do cidadão, do *cíves* que jamais existe sozinho, mas sim em uma comunidade política.

Ademais, estamos falando de ato extremo e com todos os riscos de sua não convencionalidade (situada nos limites do campo do direito e com risco de sanção jurídica), o

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

que exige dos postulantes plausibilidade acurada da injustiça a ser debelada. E assim sendo, sem dúvida, o paradigma deve residir na violação clara de direitos fundamentais.

6. CASOS RECENTES DE DESOBEDIÊNCIA CIVIL

O tema, sem dúvida, exige cuidado em seu trato, já que se comparado com remédio para cura de doença específica do nosso sistema jurídico, constitui fármaco “tarja preta”, com prescrição pontual e excepcional, e se mal ministrado, pode levar a morte do paciente. Não pode ser subterfúgio, de forma alguma, para atos de violência ou de revolta armada, por exemplo.

Por isso o que efetivamente se propõe são reflexões, instigando contribuições para efetivação de direitos fundamentais muitas vezes soterrados pelo capitalismo. A utilização de situações vividas, permite contextualizar que tipo de desobediência civil estamos abordando (com o seu como, quando e por quê?).

E exercitando a difícil tarefa de indicar situações fidedignas de desobediência civil, recordemos que no Brasil, em junho de 2013, uma série de movimentos espontâneos foram as ruas das principais cidades brasileiras, iniciados em São Paulo em razão do aumento de 20 centavos no transporte público de ônibus. Iniciados, pois se espalhou pelas demais cidades do Brasil que também contavam com aumentos e baixa qualidade do serviço público ofertado.

Com isso o movimento se ampliou, diante da insatisfação com serviços públicos essenciais ineficientes não só de transporte (como na saúde, educação, segurança pública e etc), somados aos escândalos de corrupção envolvendo agentes políticos e gastos públicos astronômicos com a Copa do Mundo FIFA 2014 e Copa das Confederações 2013, conferindo legitimidade às reivindicações.

Assim com a tomada das ruas e espaços públicos sem autorização prévia do poder público, a sociedade civil organizada conseguiu dos governantes a revogação dos aumentos de passagem dos transportes públicos, a progressiva implantação do passe livre para estudantes de redes públicas de ensino em todo o país, a derrubada da PEC 37 que pretendia impedir investigações protagonizadas diretamente pelo Ministério Público, entre outros.

Outros bons exemplos, foram as ocupações de escolas nos anos de 2015 e 2016, explicados por BOUTIN e FLACH (2017, p. 431-432) com a seguinte narrativa:

Em 2015, o governo do estado de São Paulo propôs uma reestruturação da organização do ensino, prevendo o remanejamento de mais de 310 mil alunos e 74 mil professores e o consequente fechamento de 200 unidades escolares (...). Em face da proposta, os estudantes organizaram diversos protestos e atos públicos em pelo

menos 60 cidades paulistas. (...) No mesmo ano, no estado do Paraná, os estudantes foram às ruas em protesto contra a decisão do governador de fechar mais de 100 escolas estaduais, havendo, em razão dos protestos e da falta de acordo, o recuo do governo relativo à medida.

Em 2016, diante da iniciativa do governo federal em propor uma Emenda Constitucional que congela os investimentos públicos (dentre os quais, a educação) por um período de 20 anos; e a publicação da Medida Provisória nº 746/2016, alterando a Lei nº 9394/96 em relação à oferta do Ensino Médio, os estudantes paranaenses novamente se mobilizaram contra tais medidas, ocupando instituições de ensino em todo o estado. O movimento de ocupações tomou projeção nacional. Segundo os dados do movimento Ocupa Paraná, foram ocupadas cerca de 850 escolas, 14 universidades e 3 núcleos regionais de educação. Em nível nacional a União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES), contabilizou um total de 1.197 escolas ocupadas (...).

Antes disso, em 2006, ocorreu a Revolução dos Pinguins (como são conhecidos os estudantes secundaristas chilenos por causa dos seus uniformes), no Chile, em que mais de um milhão de estudantes ocuparam mais de 600 escolas, reivindicando a gratuidade do exame de seleção e reformas no sistema educacional, desde a implantação do passe livre no transporte público e melhora e aumento da merenda escolar até reforma das instalações sanitárias em estado inadequado para utilização em muitas escolas (TIFFANY; LUIZA COSTA, 2015, p. 25-26).

Com isso, claramente a desobediência civil deve estar acompanhada de ações concretas, tais como greves, ocupação permanente, não autorizada e pacífica de ambientes públicos, criação de espaços cooperativos para contrapor imposições meramente capitalistas, entre outros, agindo como autocontenção do próprio Estado, que pode muito, mas não pode tudo.

Tais amostras demonstram a força coletiva, com interesses públicos legítimos, aptos a desencadear revisão de atos pelos governantes.

7. CONCLUSÃO

Como visto o sistema capitalista tem gerado ao longo dos séculos crises e aumento das desigualdades sociais, o que reverberou na fundação do Estado moderno com viés social e democrático.

Mesmo com tais mudanças, a força do mercado no capitalismo permanece impondo sua dinâmica liberal sem corrigir as mazelas decorrentes. Aliás o desejo do capitalismo puro é incompatível com o desenhado pelas democracias modernas.

Nesse ponto veja que a ordem econômica e financeira brasileira (arts. 170 a 181 da Constituição) não é descompromissada com outros valores, mas sim entrelaçada com políticas de relevante envergadura, entre elas, a existência digna de todos.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Disso surge a importância do papel da cidadania na democracia não se limitar ao exercício do direito ao sufrágio. Ao impugnar em determinados casos a simetria que deveria estar sempre presente entre lei e justiça, a desobediência civil deixa de ser um ato individual meramente moralizante e se refunde enquanto movimento social de caráter coletivo e emancipador de pautas capitalistas contrárias ao bem comum.

Por isso se deve abandonar o sentido pejorativo muitas vezes propagado, e pouco aprofundado, sobre a temática desobediência civil, que com o devido discernimento se alicerça nos fundamentos da democracia. Não pode ser vista como uma “atitude de suspeita e temor cada vez que o povo, isto é, a cidadania, parece tomar voz para recuperar aquilo que democracia significa frente ao misto de aristocracia cultural e oligarquia econômica, que se baseia no clientelismo e degenera em corrupção institucionalizada” (LUCAS MARTÍN, 2013, p. 59).

A exigência de não violência, além de indicar a conformidade de determinados atos de desobediência com o sistema jurídico vigente (não podendo ser enquadrado como um ato de revolução ou vandalismo), desautoriza o Poder Público de praticar ações violentas, além de despertar o sentido moral do adversário, como queria Gandhi, influenciando na opinião pública, de maneira a dirigi-la contra o Estado e em favor dos desobedientes (COSTA MATOS, p. 84-85, 2016, citando Estêves Araujo).

Sendo assim não se trata de um ato de desobediência de normas de organização e pacificação social, mas sim da lei ou decisão governamental materialmente violadora de direitos fundamentais.

E mesmo o seu uso pode impulsionar reavaliação (na hipótese de antes negada) da lei injusta pela via legislativa ou pelo Poder Judiciário.

A tradição constitucionalista da desobediência civil permite participação de grupos sociais a qualquer momento (e não somente periodicamente em razão das eleições), a mecanismos de proteção à cidadania, compatível com um Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, George Bronzeado de. FREITAS DA SILVA, Jeane. Capitalismo e Democracia: a conciliação do impossível? Revista de Estudos Internacionais. Paraíba, vol. 10, n. 2, p. 19-43, 2019.

ANSELMINI, Priscila; SANTOS, Paulo Júnior Trindade dos. A Tutela Jurisdicional como instrumento de concretização da democracia: a evolução do Estado Social ao Estado

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 17

Democrático de Direito. Revista Juris Poiesis. Rio de Janeiro, vol. 22, n. 30, p. 140-167, 2019.

BARBOSA GOMES, Joaquim Benedito. Agências reguladoras: a metamorfose do Estado e da Democracia (uma reflexão do Direito Constitucional e Comparado). In: BARROSO, Luís Roberto (Org.); CLÈVE, Clèmerson Merlin (Org.). Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. VI, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Prefácio à obra Interesses Públicos versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. SARMENTO, Daniel (org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BEAUD, Michel. História do Capitalismo: de 1500 aos nossos dias. Tradução Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. Editora Brasiliense. 1987. Direitos Autorais Éditions du Seuil, 1981.

BRASIL, Constituição Federal de 1988 – Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24/02/2021.

BRASIL, Código Penal – Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 24/02/2021.

BORGES, Alice Gonzales. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 26., maio/junho/julho de 2011.

BOUTIN, Aldimara Catarina Delabona Brito; FLACH, Simone de Fátima. O movimento de ocupação de escolas públicas e suas contribuições para a emancipação humana. Revista Inter Ação. Goiânia, Universidade Federal de Goiânia, v. 42, n. 2, p. 442-446, maio/ago, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5216/ia.v42i2.45756>.

COSTA MATOS, Andityas Soares de Moura. Estado de exceção, desobediência civil e desinstituição: por uma leitura democrática radical do poder constituinte. Revista Direito e Práxis. Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. v. 7, n. 4, p. 43-49, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública. 11a ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

LADEIA, Priscilla Soares; MOURAO, Tatiana Tscherbakowski; MELO, Elza Machado. O silêncio da violência institucional no Brasil. Revista Médica de Minas Gerais. Belo Horizonte, v. 26, ed. 8, p. 398-401, 2016. Disponível em: <http://rmmg.org/artigo/detalhes/2186>. Acesso em: 21 nov. 2019.

LUCAS MARTÍN, Francisco Javier de. Desobediência e democracia: a hora da cidadania. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, v. 37, n. 1, pp. 58-72, jan./jun. 2013.

MEDEIROS, Eduardo Vicentini de. Thoreau: resistência ou desobediência. Dissonância: Revista de Teoria Crítica, v. 3, n.1, pp. 71-103, Dossiê Desobediência Civil, 1º semestre de 2019.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

RIBEIRO, João Ubaldo. Política; quem manda, por que manda, como manda. 3a ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SANTOS JÚNIOR, Marcos Lima dos. Desobediência civil e movimentos de rua de 2013: por uma política nacional de mediação. Revista eletrônica Jus.com.br. 2015. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/39627/desobediencia-civil-e-movimentos-de-rua-no-brasil-de-2013-por-uma-politica-nacional-de-mediacao>

SAYEG, Ricardo. Uma proposta de emenda Constitucional para o capitalismo humanista na Constituição Federal. Revista Jurídica da Escola do Ministério Público de São Paulo, v. 1, p. 9-31, 2012.

TEIXEIRA, Rodrigo Gomes. Bem jurídico-penal e o Direito Penal Econômico. Revista Duc In Altum - Cadernos de Direito, Recife, n. 8, vol. 5, p. 221-245, jul-dez 2013.

TIFFANY, Naomi Motomatsu; LUIZA COSTA, Ana. Educados pela luta: uma análise do documentário “A rebelião dos pinguins”. Anekumene: Revista virtual de Geografía, cultura y educación. Bogotá/Colômbia, n. 10, pp 22-31, 2015. Disponível em <https://revistas.pedagogica.edu.co/index.php/anekumene/article/view/8013/6297>

PRIMEIRAS IMPRESSÕES SOBRE AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROMOVIDAS PELA LEI 14.230/2021: MAURICE HAURIUO AS APROVARIA?

Caroline Sampaio Peçanha Schierz⁷

Mateus Bertoncini⁸

Fabiano Augusto Petean⁹

Sérgio Fernando Moro¹⁰

1. INTRODUÇÃO

A Lei 14.230, publicada em 26 de outubro de 2021, trouxe significativas mudanças na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92). Algumas modificações apenas perfectibilizam o posicionamento da doutrina e dos tribunais superiores, contudo, outras significam a aparente fragilização no combate à improbidade administrativa, o que provavelmente repercutirá na interpretação e na aplicação do Direito destinado ao controle judicial da Administração Pública, com impactos na efetivação do princípio constitucional da moralidade administrativa.

De início, o presente trabalho abordará brevemente a origem do princípio da moralidade administrativa, por meio de uma breve visita à clássica lição de Maurice Hauriou, assim como da adoção desse princípio como norma constitucional do sistema jurídico brasileiro, ao lado da norma-princípio da probidade administrativa, previstos respectivamente no artigo 37, *caput* e § 4º da Constituição Federal.

A seguir, serão analisadas as principais alterações produzidas pela Lei 14.230/2021 na Lei de Improbidade Administrativa e suas implicações na proteção da moralidade e da probidade administrativas, bem como do patrimônio público, para, ao final, responder o seguinte questionamento: as alterações promovidas na Lei de Improbidade Administrativa harmonizam-se, seriam aprovadas pelo festejado administrativista francês?

⁷ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba -UNICURITIBA (2022). <http://lattes.cnpq.br/8390682026043566>.

⁸ Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA/ÂNIMA. Pós-Doutor pelo IGC-CDH/FDUC. Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. <http://lattes.cnpq.br/8390682026043566>.

⁹ Coordenador Acadêmico do Centro de Estudos Avançados em Políticas Públicas e de Integridade do Instituto Presbiteriano Mackenzie. Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito Político e Poder Econômico (2019). Mestre em Direito Constitucional - Direitos e Garantias Fundamentais - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2005). Professor de Direito Processual Penal, Direito Penal e Ética Profissional da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Campus Higienópolis. Promotor de Justiça da Capital do Estado de São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

¹⁰ Doutor (2002) e Mestre (2000) pela UFPR. Ex-Ministro da Justiça e da Segurança Pública do Brasil. Ex-Juiz Federal. Professor da graduação e do PPGD do UNICURITIBA.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A breve pesquisa utilizar-se-á do método indutivo, de cunho exploratório e empregando revisão bibliográfica, legislativa e jurisprudencial, concluindo-se o artigo respondendo, ainda que de modo inicial, o questionamento acima aduzido.

2. O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A PROIBIDADE ADMINISTRATIVA

A origem da noção de moralidade administrativa é atribuída ao francês Maurice Hauriou, que, em 1903, referiu-se à moralidade como um critério objetivo, a fim de avaliar o desvio de finalidade, explicando que se os motivos que levaram à prática de um ato administrativo não estiverem em conformidade com os fins gerais da função administrativa, deverão ser declarados ilícitos (HAURIOU, 1903, p. 576).

Na obra *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* (1927), o autor francês relaciona a moralidade administrativa ao desvio e ao excesso de poder, em conhecida lição:

Quanto à moralidade administrativa, sua existência provém de que todo ser possuidor de uma conduta pratica necessariamente a distinção entre o bem e o mal. Como a Administração tem uma conduta, ela pratica essa distinção, ao mesmo tempo em que aquela do justo e do injusto, do lícito e do ilícito, do honrado e do desonrado, do conveniente e do inconveniente. A moralidade administrativa é geralmente mais exigente que a legalidade. Nós veremos que a instituição do excesso de poder, graças a qual são anulados muitos atos da administração, é fundada tanto na noção de moralidade como na noção de legalidade, de sorte que a administração está vinculada em certa medida pela moral jurídica, particularmente no que concerne ao desvio de poder (tradução livre).¹¹

Em 1951, o artigo do português José Antônio Brandão, publicado pela Revista de Direito Administrativo, sob o título “Moralidade Administrativa”, consubstancia-se em verdadeiro difusor das ideias de Hauriou e de seus discípulos no Brasil.

Por outro lado, cumpre lembrar o pioneirismo de Hely Lopes Meirelles desde a primeira edição do seu “Direito Administrativo Brasileiro” (1964) e Manoel de Oliveira Franco Sobrinho em “O Controle da Moralidade Administrativa” (1974) no estudo da moralidade administrativa no Brasil¹².

¹¹ “Quant à la moralité administrative, son existence provient de ce que tout être possédant une conduite pratique forcément la distinction du bien e du mal. Comme la administration a une conduite, elle pratique cette distinction en même temps que celle du juste e de l’injuste, du licite e de l’illicite, de l’honorable et du déshonorant, du convenable et du inconvenant. La moralité administrative est souvent plus exigente que la légalité. Nous verrons que l’institution de l’excès de pouvoir, grâce à laquelle sont annulés beaucoup d’administration, est fondée atant sur la notion de la motalité administrative que sur celle da la légalité, de telle sorte que l’administration est liée dans une mesure par la morale juridique, particulièrement en ce qui concerne le détournement de pouvoir” (HAURIOU, 1927, p. 346).

¹² Cabe frisar que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a expressa incorporação do princípio da moralidade como regra de observância para toda a administração pública, a doutrina pátria dedicou-se a esclarecer seu sentido e alcance. Nesse sentido, Cármen Lúcia Antunes Rocha (1994), Diogo de Figueiredo

O desenvolvimento do conceito de moralidade administrativa no direito público brasileiro deu-se com base na teoria de Maurice Hauriou sobre o desvio de poder. Em outro trecho da mesma obra, o festejado jurista traça a distinção entre a moralidade e a legalidade, abordando ser a primeira para além do espírito da lei:

Assim o desvio de poder marca a subordinação do poder administrativo ao bem do serviço, noção que ultrapassa a de legalidade e que permite restringir o poder no que há de mais discricionário: os motivos que o fazem agir. A legalidade, cujas regras gerais são rígidas, não saberia penetrar na região dos motivos sem matar a espontaneidade do poder discricionário; ao contrário, a moralidade administrativa, descendo com o juiz aos casos particulares, pode penetrar nessa região sem matar essa espontaneidade.

Para combater a distinção que aqui fazemos entre legalidade e moralidade administrativa, objetiva-se que a moralidade administrativa não é outra coisa senão o espírito da lei, e que, por consequência, o desvio de poder não é outra coisa senão a violação do espírito da lei, caso particular de violação da lei.

Mas não é verdade que o espírito das leis administrativas se confunde com a moralidade administrativa, como o espírito das leis civis não se confunde com a moralidade individual. Se apenas consultássemos o espírito das leis, teríamos apenas uma má ideia de moralidade. O espírito das leis é o limite a impor aos direitos no interesse da justiça; o espírito da moralidade é a diretriz a ser imposta aos deveres no interesse do bem; há uma distância entre o que é justo e o que é bom.

É evidente que a moralidade ultrapassa a legalidade e, por consequência, o desvio de poder ultrapassa em profundidade de ação a violação da lei (tradução livre).¹³

A influência dessa doutrina foi tamanha, que serviu de inspiração para o advento da Lei de Ação Popular (Lei 4.717/1965), e mais tarde para o reconhecimento no tecido constitucional do princípio da moralidade administrativa, que veio expresso no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, dentre os princípios norteadores da administração pública¹⁴.

Moreira Neto (1992), Emerson Garcia, Wallace Paiva Martins Júnior (2001), Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Juarez Freitas (1999), dentre tantos outros.

¹³ “*Ainsi le détournement de pouvoir marque la subordination du pouvoir administratif au bien du service, notion qui dépasse celle de la légalité et qui permet de restreindre le pouvoir dans ce qu’il a de plus discrétionnaire: les mobiles qui le font agir. La légalité dont les règles générales sont rigides ne saurait pénétrer dans la région des mobiles sans tuer la spontanéité du pouvoir discrétionnaire; au contraire, la moralité administrative, descendant avec le juge dans les cas particuliers, peut pénétrer dans cette région sans tuer cette spontanéité. Pour combattre la distinction que nous faisons ici entre la légalité et la moralité administrative, on objecte que la moralité administrative n’est pas autre chose que l’esprit général de la loi, et que, par conséquent, le détournement de pouvoir n’est pas autre chose que la violation de l’esprit de la loi, au particulier de la violation de la loi. Mais il n’est pas vrai que l’esprit des lois administratives se confonde avec la moralité administrative, pas plus que l’esprit des lois civiles ne se confond avec la moralité individuelle. Si on ne consultait que l’esprit des lois on n’aurait qu’une piètre idée de la moralité. L’esprit de la loi, c’est la limite à imposer aux droits dans l’intérêt de la justice; l’esprit de la moralité, c’est la directive à imposer aux devoirs dans l’intérêt du bien; il y a un écart entre ce qui est juste et ce qui est bien. Il est évident que la moralité dépasse la légalité et, par conséquent, le détournement de pouvoir dépasse en profondeur d’action la violation de la loi*” (HAURIOU, 1927, p. 419-420).

¹⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) §4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

De outra parte, o artigo 37, § 4º dispôs sobre as sanções aos atos de improbidade administrativa, consubstanciadas na suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário, na forma e gradação a serem previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

A Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, conhecida como Lei de Improbidade Administrativa – LIA, veio regulamentar o disposto no artigo 37, § 4º da Constituição Federal, correspondendo a importante avanço no combate à corrupção no país, tendo sido aplicada com relativa intensidade e sucesso desde o seu advento, ao instituir verdadeira modalidade especial de ato ilícito, o chamado “ato de improbidade administrativa”, que pode ser conceituado do seguinte modo:

Considera-se ato de improbidade administrativa para os fins do art. 37, § 4.º, da Constituição Federal, e de sua Lei de regência (8.429/92), as condutas de qualquer agente público contrárias diretamente aos princípios da finalidade, publicidade, do concurso público, da prestação de contas e da licitação, bem como a violação de segredo e a prevaricação, independentemente de qualquer resultado material, e os comportamentos prescritos na lei (regras), que produzam os resultados prejuízo ao erário e enriquecimento sem justa causa do agente e ou do terceiro, ensejando tais procedimentos, normalmente dolosos e excepcionalmente culposos, marcados pela violação do princípio da moralidade, responsabilização sujeita a um regime jurídico próprio, autorizador da aplicação proporcional das sanções pertinentes e compatíveis de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios fiscais ou creditícios, independentemente das instâncias administrativa, criminal, civil e política, tendo em vista a concretização do projeto constitucional de probidade na Administração Pública (BERTONCINI, 2007, p. 260-261).

Acrescente-se que a proteção da moralidade e da probidade administrativas também encontra guarida em outros dispositivos constitucionais, como o artigo 5º, LXXIV, o qual disciplina que qualquer cidadão tem legitimidade para propor ação popular visando a anulação de ato lesivo à moralidade administrativa. O artigo 15, V, cuida da suspensão dos direitos políticos por ato de improbidade administrativa. O artigo 85, V, define como crime de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição e, especialmente, contra a probidade na administração. Neste esteio, a redação do artigo 14, § 9º, depois da Emenda Constitucional de Revisão nº 4/94, determinou a estipulação por lei complementar de hipóteses de inelegibilidade, visando proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato.

Como consequência dessa destacada preocupação da Constituição com a probidade

direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

administrativa, há quem veja nesses fundamentos o reconhecimento do “direito fundamental à probidade administrativa” (BERTONCINI, 2012, p. 44-45).

Recentemente, como se afirmou, o legislador pátrio promoveu alterações na Lei de Improbidade Administrativa, modificações que pontualmente pretende-se verificar com o objetivo de responder o problema de pesquisa.

3. AS ALTERAÇÕES NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PELA LEI 14.230/2021

A Lei 14.230, de 26 de outubro de 2021, reformou a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), cujas consequências no combate à corrupção, posto que recentes, ainda não se pode aferir. Certo, no entanto, é que foram muitas, cuidando-se, a rigor, de uma “Nova Lei de Improbidade Administrativa”; praticamente, todos os seus artigos foram alterados. Seria mais adequado, haja vista a dimensão da reforma, inclusive e especialmente no plano substantivo, que se editasse uma nova lei revogando o anterior diploma legal, com o qual não se confunde. Vejamos.

O artigo 1º, que antes dispunha sobre os sujeitos ativo e passivo, veio em seu *caput* reforçar a existência de um sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, para tutelar a probidade na administração pública, o patrimônio público e social, tudo informado pelos princípios do Direito Administrativo Sancionador.

O aludido dispositivo também definiu a incidência da tipicidade estrita em matéria de ato de improbidade administrativa, consignando expressamente em seu § 1º que apenas poderão ser assim considerados os atos que consubstanciarem uma das “condutas dolosas tipificada nos arts. 9º, 10 e 11, ressalvados os tipos previstos em leis especiais”. Portanto, o antigo modelo baseado na ideia de um rol exemplificativo previsto na Lei de Improbidade Administrativa foi abandonado, assim como não mais se admite o ato de improbidade na forma culposa.

Além disso, no § 2º do artigo 1º o legislador conceituou o dolo como “a vontade livre e consciente de alcançar o resultado ilícito tipificado nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, não bastando a voluntariedade do agente.” Assim, a alteração legal exige um dolo específico, ou seja, um elemento subjetivo especial.

Do mesmo modo, o § 3º do artigo vem reafirmar o contido nos parágrafos anteriores, ao estatuir que: “O mero exercício da função ou desempenho de competências públicas, sem comprovação de ato doloso com fim ilícito, afasta a responsabilidade por ato de improbidade

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

administrativa”. Logo, para a responsabilização por improbidade administrativa não basta o simples exercício de função pública de modo ilegal (dolo genérico), mas a comprovação de ato doloso visando finalidade ilícita.

Para não deixar dúvida quanto ao seu intento, o legislador alterou ainda o *caput* dos artigos que disciplinam as espécies de atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, lesão ao erário e por violação de princípios da Administração Pública, acrescentando as expressões “mediante a prática de ato doloso” (art. 9º), “qualquer ação ou omissão dolosa” (art. 10) e “ação ou omissão dolosa” (art. 11), não deixando qualquer margem de dúvida quanto à inexistência de modalidade culposa de ato de improbidade administrativa.

Além de promover as modificações acima dispostas, com relação aos atos de improbidade administrativa por enriquecimento ilícito, o legislador alterou os incisos IV, VI e VII do artigo 9º¹⁵. Quanto aos atos de improbidade administrativa causadores de lesão ao erário dispostos no artigo 10, para além de limitar a incidência do *caput* e de suprimir as expressões que faziam alusão à culpa, o legislador acresceu à parte final do inciso VII a condição de efetiva perda patrimonial¹⁶.

Cumpra-se destacar que os atos de improbidade administrativa de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, disciplinados originariamente no artigo 10-A (revogado pela Lei 14.230/2021), passaram a ser previstos no artigo 10, XXII, da Lei 8.429/92.

Frise-se que houve a revogação da conduta antes estatuída no inciso II do artigo 11, de “retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício”, ainda “não subsistindo a incidência isolada do *caput*” (OSÓRIO, 2021). Ademais, incluiu-se ao inciso III (“revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo”) um novo elemento “propiciando beneficiamento por informação privilegiada ou colocando em risco a segurança da sociedade e do Estado”.

¹⁵ At. 9º. (...) IV - utilizar, em obra ou serviço particular, qualquer bem móvel, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei, bem como o trabalho de servidores, de empregados ou de terceiros contratados por essas entidades; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...) VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre qualquer dado técnico que envolva obras públicas ou qualquer outro serviço ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades referidas no art. 1º desta Lei; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no **caput** deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...).

¹⁶ Art. 10. (...) VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;

A Lei 14.230/2021 acrescentou parágrafos ao artigo 11¹⁷, restringindo ainda mais a configuração de atos que violem os princípios da administração pública, ao exigir a comprovação na conduta funcional do agente público, da finalidade de obtenção de proveito ou benefício indevido para si ou para outrem (pessoa/entidade); a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, indicando-se as normas constitucionais, legais ou infralegais violadas; e a relevância da lesividade ao bem jurídico tutelado, independentemente do reconhecimento de dano ao erário e de enriquecimento ilícito pelo agente público.

Por seu turno, os sujeitos passivos dos atos ímprobos estão disciplinados nos §§ 5^a a 7^a do artigo 1^o.¹⁸

No entanto, o artigo 1^o, § 8^o¹⁹ trouxe polêmica mudança ao estabelecer não configurar ato de improbidade administrativa a “conduta (ação ou omissão) praticada pelo agente público com base em divergência interpretativa da lei, em jurisprudência mesmo que não pacífica e posteriormente não prevalecente”, redação semelhante ao artigo 1^o, § 2^o, da Lei de Abuso de Autoridade (Lei nº 13.869/2019)²⁰.

¹⁷Art. 11. (...)§ 1^o Nos termos da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006, somente haverá improbidade administrativa, na aplicação deste artigo, quando for comprovado na conduta funcional do agente público o fim de obter proveito ou benefício indevido para si ou para outra pessoa ou entidade. § 2^o Aplica-se o disposto no § 1^o deste artigo a quaisquer atos de improbidade administrativa tipificados nesta Lei e em leis especiais e a quaisquer outros tipos especiais de improbidade administrativa instituídos por lei. § 3^o O enquadramento de conduta funcional na categoria de que trata este artigo pressupõe a demonstração objetiva da prática de ilegalidade no exercício da função pública, com a indicação das normas constitucionais, legais ou infralegais violadas. § 4^o Os atos de improbidade de que trata este artigo exigem lesividade relevante ao bem jurídico tutelado para serem passíveis de sancionamento e independem do reconhecimento da produção de danos ao erário e de enriquecimento ilícito dos agentes públicos. § 5^o Não se configurará improbidade a mera nomeação ou indicação política por parte dos detentores de mandatos eletivos, sendo necessária a aferição de dolo com finalidade ilícita por parte do agente.

¹⁸ Art. 1^o. (...)

§ 5^o Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 6^o Estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de entes públicos ou governamentais, previstos no § 5^o deste artigo. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7^o Independentemente de integrar a administração indireta, estão sujeitos às sanções desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade privada para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra no seu patrimônio ou receita atual, limitado o ressarcimento de prejuízos, nesse caso, à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

¹⁹ Art. 1^o. (...)§ 8^o Não configura improbidade a ação ou omissão decorrente de divergência interpretativa da lei, baseada em jurisprudência, ainda que não pacificada, mesmo que não venha a ser posteriormente prevalecente nas decisões dos órgãos de controle ou dos tribunais do Poder Judiciário.

²⁰ Art. 1^o. § 2^o A divergência na interpretação de lei ou na avaliação de fatos e provas não configura abuso de autoridade.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

O artigo 2º reafirma categoricamente como sujeitos ativos, dentre os agentes públicos, também os agentes políticos, incorporando assim entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Informativo 901²¹.

Em verdade, no *caput* do artigo 2º o legislador conceituou agente público para fins de improbidade administrativa, tal qual o Código Penal define em seu artigo 327 funcionário público para efeitos penais.

De igual forma, reafirmando a doutrina e a jurisprudência, os artigos 2º, parágrafo único, e 3º, *caput*, aclararam que, além dos agentes públicos, também o particular pode ser sujeito ativo de ato de improbidade, seja pessoa física ou pessoa jurídica, que induza ou concorra dolosamente para a prática do ato ímprobo.²²

No entanto, a antiga redação do artigo 3º, *caput*²³, abrangia o terceiro que de qualquer forma se beneficiasse direta ou indiretamente do ato de improbidade, previsão essa não repetida na alteração legislativa.

Saliente-se que a jurisprudência firmou entendimento no sentido de ser inviável o ajuizamento de ação de improbidade administrativa isoladamente e apenas contra particular, exigindo-se a presença de ao menos um agente público no polo passivo.

Por sua vez, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se recentemente no julgamento do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.402.806/TO, de relatoria do Ministro Manoel Erhardt, ser admissível o prosseguimento da ação de improbidade isoladamente contra particular, se existente processo conexo para responsabilização de agente público.

Segundo Emerson Garcia (2013, p. 665-666), sob a égide da anterior redação da LIA, a pessoa jurídica também responde por ato de improbidade administrativa.

²¹“Os agentes políticos, com exceção do Presidente da República, encontram-se sujeitos a duplo regime sancionatório, de modo que se submetem tanto à responsabilização civil pelos atos de improbidade administrativa quanto à responsabilização político-administrativa por crimes de responsabilidade”. (STF. Pet 3240 AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Roberto Barroso, julgamento em 10.5.2018).

²² Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

Parágrafo único. No que se refere a recursos de origem pública, sujeita-se às sanções previstas nesta Lei o particular, pessoa física ou jurídica, que celebra com a administração pública convênio, contrato de repasse, contrato de gestão, termo de parceria, termo de cooperação ou ajuste administrativo equivalente. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra dolosamente para a prática do ato de improbidade. [...]

²³ Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 970393/CE em 21/06/2012, de relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, já havia se posicionado pela aplicabilidade da Lei 8.429/92 às pessoas jurídicas: “Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios”.

Todavia, o §2º do artigo 3º, incluído pela Lei 14.230/2021, dispõe que não serão aplicáveis à pessoa jurídica as sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa, se o ato também for sancionado como lesivo à administração pública pela Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Com efeito, em sentido diverso, a Lei 12.846/2013 estabelece em seu artigo 30, I, que a aplicação das sanções nela previstas não afasta a responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de ato de improbidade administrativa na forma da Lei 8.429/92. Essa aparente antinomia se resolve pela aplicação da lei nova de mesma hierarquia, conforme determina o § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Quanto à responsabilização dos sócios, cotistas, diretores e colaboradores por ato ímprobo imputado à pessoa jurídica de direito privado, a inovação legal apenas admite se houver comprovação de participação e benefício direto dos primeiros, respondendo eles apenas nos limites de sua participação, consoante o §1º do artigo 3º²⁴.

Dentre as exceções à responsabilização por ato de improbidade administrativa incluídas pela Lei 14.230/2021, o artigo 23-C determina que os atos que envolvam malversação de recursos de partidos políticos ou de suas fundações virão a ser sancionados pela Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos)²⁵.

Ademais, o artigo 11, § 5º da LIA, ao tratar dos atos que atentam contra os princípios da Administração Pública, disciplina que a simples nomeação ou indicação política por detentores de mandatos eletivos não configura, por si só, eventual improbidade, fazendo-se necessário, mais uma vez, a comprovação do dolo com a finalidade ilícita do agente público.

Logo, o artigo 11, § 5º e o artigo 23-C colocam em risco a proteção eficiente da moralidade administrativa e criam obstáculos ao combate à corrupção.

Por sua vez, a responsabilidade dos sucessores ou herdeiros do *de cujos* que praticou ato de improbidade administrativa, antes estava sujeita às sanções patrimoniais dispostas na

²⁴ Art. 3º. § 1º Os sócios, os cotistas, os diretores e os colaboradores de pessoa jurídica de direito privado não respondem pelo ato de improbidade que venha a ser imputado à pessoa jurídica, salvo se, comprovadamente, houver participação e benefícios diretos, caso em que responderão nos limites da sua participação.

²⁵ Art. 23-C. Atos que ensejem enriquecimento ilícito, perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de recursos públicos dos partidos políticos, ou de suas fundações, serão responsabilizados nos termos da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995.”

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Lei 8.429/92 até o limite do valor da herança²⁶, porém, agora persiste apenas a obrigação de reparar o dano até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido (artigo 8º)²⁷.

Nesse diapasão, Eche (2021) sustenta “A inconstitucionalidade do art. 8º da Lei n. 8.429/92 com a redação dada pela Lei n. 14.230/21”, aduzindo que viola o princípio da proibição da proteção deficiente referente ao direito fundamental à moralidade administrativa e incentiva o enriquecimento ilícito, na medida em que caberia ao herdeiro tão somente reparar eventual dano causado ao erário, não respondendo por possível pena de multa aplicada ou por valores indevidamente integralizados ao patrimônio do falecido em decorrência do ato ímprobo:

Porém, pela redação atual do art. 8º[2], houve indevida limitação a essa responsabilização patrimonial. Para o legislador, ao herdeiro apenas compete reparar eventual dano causado ao erário pelo autor da herança. Ou seja, eventuais valores integralizados ao patrimônio do falecido de forma ilícita e em decorrência do ato ímprobo estarão imunes de perdimento, assim como o patrimônio deixado pelo de cujus não responderá pela multa eventualmente aplicada.

Óbvio o equívoco cometido pelo legislador, o qual deve ser reparado sob pena de violar o princípio da proibição da proteção deficiente referente ao direito fundamental à moralidade administrativa[3] e incentivar o enriquecimento ilícito, este último princípio geral do Direito.

(...)

É aqui que reside o núcleo do princípio da proibição da proteção deficiente (*üntermassverbot*), outra face do princípio da proporcionalidade: prevendo a Constituição Federal direitos fundamentais, é atribuição do Estado a adoção de postura tendente a concretizar esses direitos e colocá-los a salvo de investidas ilegítimas, seja de particulares ou do próprio Estado. Em assim não agindo o Estado, incorre em inconstitucionalidade por não tutelar, de forma eficaz, os direitos postos. Isso porque os direitos fundamentais, na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais que caracterizam sua fundamentalidade, servem, na sua qualidade de normas de direito objetivo e independentemente de sua perspectiva subjetiva, como parâmetro para controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais (ECHE, 2021).

Em relação à responsabilidade sucessória, o artigo 8º-A²⁸ disciplinou ser aplicável também às hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. Além disso, especificamente quanto à fusão e à incorporação, limitou a obrigação de reparar o dano até o valor do patrimônio transferido, afastando a aplicação das demais

²⁶ Art. 8º O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança

²⁷ Art. 8º O sucessor ou herdeiro daquele que causar dano ao erário ou que se enriquecer ilicitamente está sujeito apenas à obrigação de repará-lo, até o limite do valor da herança ou do patrimônio transferido.

²⁸ Art. 8º-A A responsabilidade sucessória de que trata o art. 8º desta Lei aplica-se também na hipótese de alteração contratual, de transformação, de incorporação, de fusão ou de cisão societária. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) Parágrafo único. Nas hipóteses de fusão e de incorporação, a responsabilidade da sucessora será restrita à obrigação de reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, não lhe sendo aplicáveis as demais sanções previstas nesta Lei decorrentes de atos e de fatos ocorridos antes da data da fusão ou da incorporação, exceto no caso de simulação ou de evidente intuito de fraude, devidamente comprovados. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

sanções previstas na lei por atos e fatos anteriores, exceto se eivados de fraude ou simulação comprovadas. Ora, nesse passo há pleno esvaziamento das sanções aplicáveis às sociedades ímprobas.

No que diz respeito às sanções por atos de improbidade administrativa, ocorreu a modificação do artigo 12 da Lei 8.429/92, em que as sanções de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar com o poder público passam a ser limitadas ao vínculo que o agente público possuía à época da infração com o ente público por ela lesado, embora se tenha aumentado os prazos, podendo excepcionalmente o magistrado estender aos demais. Além disso, foram diminuídos os valores referentes ao pagamento da multa civil, podendo a sanção corresponder apenas à aplicação de multa nos casos de menor ofensa aos bens jurídicos tutelados pela lei²⁹.

A Lei 14.230/2021 alterou o rol de legitimados para o ajuizamento da ação de improbidade, porquanto o artigo 7º da Lei 8.429/92, em sua redação original, também estatuiu a legitimidade da pessoa jurídica interessada, contudo, agora recai apenas sobre o Ministério Público.

Desse modo, se a autoridade tiver conhecimento de fatos que revelem indícios de ato de improbidade deverá representar ao Ministério Público para as providências cabíveis, conforme se depreende da nova redação do artigo 7º³⁰. A reforçar a legitimidade exclusiva do Ministério Público para propositura da ação de improbidade administrativa, tem-se o artigo

²⁹ Art. 12. Independentemente do ressarcimento integral do dano patrimonial, se efetivo, e das sanções penais comuns e de responsabilidade, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - na hipótese do art. 9º desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 14 (catorze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 14 (catorze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - na hipótese do art. 10 desta Lei, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos até 12 (doze) anos, pagamento de multa civil equivalente ao valor do dano e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 12 (doze) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

III - na hipótese do art. 11 desta Lei, pagamento de multa civil de até 24 (vinte e quatro) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o poder público ou de receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo não superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021) (...).

³⁰ Art. 7º Se houver indícios de ato de improbidade, a autoridade que conhecer dos fatos representará ao Ministério Público competente, para as providências necessárias. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

17, *caput*, e § 14³¹, prevendo a intimação da pessoa jurídica interessada caso queira intervir no processo.

Para mais, o artigo 17, § 20 estabelece que: “A assessoria jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos praticados pelo administrador público ficará obrigada a defendê-lo judicialmente, caso este venha a responder ação por improbidade administrativa, até que a decisão transite em julgado”. Portanto, ao invés de defender os interesses do sujeito passivo que sofreu o ato de improbidade, a assessoria jurídica promoverá a defesa do administrador público (sujeito ativo) que cometeu o ato ímprobo.

Nesse diapasão, a Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais – ANAFE³² ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal, a ADI n. 7043, aduzindo a inconstitucionalidade material dos artigos 17, *caput* e § 14, e 17- B, *caput* e §§ 5º e 7º, da Lei 8.429/1992, alterados e incluídos pelo artigo 2º da Lei 14.230/2021, bem ainda dos artigos 3º, §§ 1º e 2º, e 4º, inciso X, da mesma lei, por ofensa aos artigos 23, inciso I, 37, *caput* e § 4º, 129, incisos I, III e IX e § 1º, 131 e 132 da Constituição Federal.

A ANAFE sustenta, em síntese, que a restrição da legitimidade ativa para a propositura das ações de improbidade administrativa, promovida pelos dispositivos apontados da Lei 14.230/2021, além de representar ofensa à ordem constitucional e retrocesso no combate à corrupção, constitui nítida limitação do acesso dos entes públicos interessados à Justiça (art. 5º, XXXV, CF), em buscar o cumprimento daquilo que a própria Constituição lhes determina (art. 23, I, e art. 37, § 4º, CF).

De outro lado, estabeleceu-se prazos exíguos para o Ministério Público, único legitimado ativo, apurar eventuais atos ímprobos mediante inquérito civil e oferecer a respectiva ação de improbidade administrativa, no artigo 23, §§ 1º a 3º da Lei nº 8.924/92.³³

³¹ Art. 17. A ação para a aplicação das sanções de que trata esta Lei será proposta pelo Ministério Público e seguirá o procedimento comum previsto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), salvo o disposto nesta Lei. (...) § 14. Sem prejuízo da citação dos réus, a pessoa jurídica interessada será intimada para, caso queira, intervir no processo.

³² <https://anafenacional.org.br/anafe-ajuiza-acao-direta-de-inconstitucionalidade-contra-alteracoes-na-lei-de-improbidade-lia/>

³³ Artigo 23 (...)

§ 1º A instauração de inquérito civil ou de processo administrativo para apuração dos ilícitos referidos nesta Lei suspende o curso do prazo prescricional por, no máximo, 180 (cento e oitenta) dias corridos, recomeçando a correr após a sua conclusão ou, caso não concluído o processo, esgotado o prazo de suspensão. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 2º O inquérito civil para apuração do ato de improbidade será concluído no prazo de 365 (trezentos e sessenta e cinco) dias corridos, prorrogável uma única vez por igual período, mediante ato fundamentado submetido à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 3º Encerrado o prazo previsto no § 2º deste artigo, a ação deverá ser proposta no prazo de 30 (trinta) dias, se não for caso de arquivamento do inquérito civil. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

Com relação à ação de improbidade administrativa, deverá ser ajuizada no foro do local onde ocorreu o dano ou da pessoa jurídica prejudicada, prevenindo a competência do juízo para as demais ações posteriores que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, na forma dos §§ 4ª-A e 5º do artigo 17.

Além disso, foram estabelecidos novos requisitos para a petição inicial na nova redação do artigo 17, § 6º da LIA.³⁴

No regramento antecedente existia a previsão de defesa prévia, agora o juiz analisa se a petição inicial deverá ser recebida ou rejeitada. Caso a petição inicial atenda a forma devida, o magistrado ordenará sua autuação e a citação dos réus para contestar no prazo comum de 30 dias. Caberá a interposição de agravo de instrumento contra a decisão que rejeitar as preliminares suscitadas em sede de contestação³⁵.

No entanto, cumpre ressaltar que mesmo após a contestação, o juiz poderá julgar o pedido improcedente em qualquer fase do processo se constatar a inexistência de ato de improbidade, com consentâneo na nova redação do § 11 do artigo 17³⁶. Saliente-se que diferentemente da redação anterior³⁷, referida decisão fará coisa julgada material e não apenas formal.

Em existindo a possibilidade de solução consensual, as partes poderão solicitar ao juiz a interrupção do prazo para contestar por período não superior a 90 (noventa) dias³⁸.

³⁴ Art. 17. (...)

§ 6º A petição inicial observará o seguinte:(Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

I - deverá individualizar a conduta do réu e apontar os elementos probatórios mínimos que demonstrem a ocorrência das hipóteses dos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei e de sua autoria, salvo impossibilidade devidamente fundamentada; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

II - será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da veracidade dos fatos e do dolo imputado ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições constantes dos arts. 77 e 80 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

³⁵ Art. 17. [...]§ 6º-B A petição inicial será rejeitada nos casos do art. 330 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como quando não preenchidos os requisitos a que se referem os incisos I e II do § 6º deste artigo, ou ainda quando manifestamente inexistente o ato de improbidade imputado. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 7º Se a petição inicial estiver em devida forma, o juiz mandará autuá-la e ordenará a citação dos requeridos para que a contestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, iniciado o prazo na forma do art. 231 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil). (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 9º-A Da decisão que rejeitar questões preliminares suscitadas pelo réu em sua contestação caberá agravo de instrumento. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

³⁶ Art. 17. § 11. Em qualquer momento do processo, verificada a inexistência do ato de improbidade, o juiz julgará a demanda improcedente. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021)

³⁷ Art. 17. § 11. Em qualquer fase do processo, reconhecida a inadequação da ação de improbidade, o juiz extinguirá o processo sem julgamento do mérito.(Vide Medida Provisória nº 2.088-35, de 2000)(Incluído pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001)

³⁸ Art. 17. § 10-A. Havendo a possibilidade de solução consensual, poderão as partes requerer ao juiz a interrupção do prazo para a contestação, por prazo não superior a 90 (noventa) dias (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Após a contestação e, caso haja necessidade, ouvido o autor, o juiz poderá julgar conforme o estado do processo ou realizar o desmembramento do litisconsórcio para otimizar a instrução, consoante o artigo 17, § 10³⁹.

Depois da réplica pelo Ministério Público, o juiz proferirá decisão, “na qual indicará com precisão a tipificação do ato de improbidade administrativa imputável ao réu, sendo-lhe vedado modificar o fato principal e a capitulação legal apresentada pelo autor” (art. 17, § 10-C). Seguindo-se à referida decisão, serão intimadas as partes para especificação das provas que pretendem produzir (art. 17, § 10-E). Ademais, o art. 17, § 10-D disciplina que o autor deverá necessariamente indicar para cada ato de improbidade administrativa, apenas um tipo dentre aqueles previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da LIA.

A alteração legislativa passou a prever também que será nula a decisão total ou parcialmente de mérito da ação de improbidade que condenar o requerente por tipo diverso daquele constante na inicial (art. 17, § 10-F, inciso I), haja vista o princípio da correlação entre o pedido e a sentença. Do mesmo modo, será nula a decisão que vier a condenar o requerido, sem a produção das provas por ele especificadas de forma tempestiva (art. 17, § 10-F, inciso II).

Para melhor compreensão sobre em que consistem as inovações promovidas pelo artigo 17, §10-C, §10-D e §10-F, I, na Lei 8.429/92, Márcio Cavalcanti (2022) em “Lei 14.230/2021: Reforma da Lei de Improbidade Administrativa” (parte 6), exemplifica:

No pedido condenatório, era comum o MP enquadrar a conduta ímproba nos arts. 9º ou 10 e fazer pedido subsidiário de aplicação do art. 11, que contém dispositivos mais abrangentes. O juiz, por sua vez, não ficava restrito à ‘tipificação’ realizada na inicial, podendo enquadrar a conduta do agente ímprobo nos arts. 9º, 10 ou 11 (como se fosse uma *emendatio libelli*, do processo penal).

Agora, essa prática não é mais permitida, não podendo o juiz alterar a capitulação inicial.

(...)

Trata-se de aplicação do princípio da correlação entre o pedido, ou seja, entre as sanções qualitativa e quantitativamente postuladas pelo autor e a sentença.

Além disso, o artigo 17-C estipula uma série de requisitos para a sentença prolatada em ações de improbidade administrativa, destacando mais uma vez que não há configuração de ato ímprobo sem a presença de dolo que assim qualifique a ilegalidade⁴⁰.

³⁹ Art. 17. § 10-B. Oferecida a contestação e, se for o caso, ouvido o autor, o juiz (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) I - procederá ao julgamento conforme o estado do processo, observada a eventual inexistência manifesta do ato de improbidade; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) II - poderá desmembrar o litisconsórcio, com vistas a otimizar a instrução processual. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

⁴⁰ Art. 17-C. A sentença proferida nos processos a que se refere esta Lei deverá, além de observar o disposto no art. 489 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil): (Incluído pela Lei nº 14.230,

Havia entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁴¹ de que cabia o reexame necessário nas ações de improbidade administrativa julgadas improcedentes ou extintas em virtude de carência de ação, tal qual a previsão contida no artigo 19 da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65). Contudo, o artigo 17-C, § 3º proibiu o reexame necessário das sentenças proferidas nas ações de improbidade administrativa.

Por sua vez, o § 19 do artigo 17 reitera não ser cabível o reexame necessário da sentença de improcedência ou de extinção sem resolução de mérito, prevendo ainda não serem aplicáveis nas ações de improbidade: a presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor em caso de revelia; a imposição ao réu de ônus da prova; e o ajuizamento de mais de uma ação de improbidade administrativa pelo mesmo fato.

Saliente-se que o próprio legislador definiu o objeto e as características da ação de improbidade administrativa, distinguindo-a da ação civil pública (Lei 7.347/85), permitindo, contudo, a conversão da ação de improbidade em ação civil pública, conforme se depreende dos artigos 17-D e 17, §§ 16 e 17.⁴²

de 2021) I - indicar de modo preciso os fundamentos que demonstram os elementos a que se referem os arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, que não podem ser presumidos; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) II - considerar as consequências práticas da decisão, sempre que decidir com base em valores jurídicos abstratos; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) III - considerar os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados e das circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) IV - considerar, para a aplicação das sanções, de forma isolada ou cumulativa: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) a) os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) b) a natureza, a gravidade e o impacto da infração cometida; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) c) a extensão do dano causado; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) d) o proveito patrimonial obtido pelo agente; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) e) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) f) a atuação do agente em minorar os prejuízos e as consequências advindas de sua conduta omissiva ou comissiva; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) g) os antecedentes do agente; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) V - considerar na aplicação das sanções a dosimetria das sanções relativas ao mesmo fato já aplicadas ao agente; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) VI - considerar, na fixação das penas relativamente ao terceiro, quando for o caso, a sua atuação específica, não admitida a sua responsabilização por ações ou omissões para as quais não tiver concorrido ou das quais não tiver obtido vantagens patrimoniais indevidas; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) VII - indicar, na apuração da ofensa a princípios, critérios objetivos que justifiquem a imposição da sanção. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 1º A ilegalidade sem a presença de dolo que a qualifique não configura ato de improbidade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 2º Na hipótese de litisconsórcio passivo, a condenação ocorrerá no limite da participação e dos benefícios diretos, vedada qualquer solidariedade. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 3º Não haverá remessa necessária nas sentenças de que trata esta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

⁴¹ STJ, Eresp 1.220.667-MG, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/05/2017 (Info 607).

⁴² Art. 17-D. A ação por improbidade administrativa é repressiva, de caráter sancionatório, destinada à aplicação de sanções de caráter pessoal previstas nesta Lei, e não constitui ação civil, vedado seu ajuizamento para o controle de legalidade de políticas públicas e para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) Parágrafo único. Ressalvado o disposto nesta Lei, o controle de legalidade de políticas públicas e a responsabilidade de agentes públicos, inclusive políticos, entes públicos e governamentais, por danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos e ao patrimônio público e social submetem-se aos termos da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

De outro lado, embora a Lei 13.964/2019, publicada em edição extra de 24 de dezembro de 2019, chamada de Pacote Anticrime, para além de promover alterações na legislação penal e processual penal de combate à corrupção, tenha modificado a redação do § 1º do artigo 17 da LIA para admitir a celebração de acordo de não persecução civil no âmbito de improbidade administrativa e a solução consensual no § 10-A do aludido dispositivo, acabou não disciplinando o procedimento de referidos acordos devido ao veto presidencial.

Assim, a doutrina criticava que apesar de previsão na Lei de Improbidade Administrativa sobre a celebração de acordo de não persecução civil, de outro lado não havia a regulamentação de tal instrumento, cabendo a aplicação analógica das diretrizes previstas em resoluções do Ministério Público, porquanto a ausência de regulamentação não poderia constituir óbice para a realização dos aludidos acordos (SOUZA e FREITAS, 2020).

Desse modo, a Lei 14.230/2021 promoveu a inclusão do artigo 17-B, regulamentando a celebração de acordo de não persecução civil pelo Ministério Público⁴³. Portanto, há expressa previsão legal do acordo de não persecução civil para a responsabilização por improbidade administrativa, assim como de seu procedimento, traduzindo, assim, maior

Art. 17 (...)

§ 16. A qualquer momento, se o magistrado identificar a existência de ilegalidades ou de irregularidades administrativas a serem sanadas sem que estejam presentes todos os requisitos para a imposição das sanções aos agentes incluídos no polo passivo da demanda, poderá, em decisão motivada, converter a ação de improbidade administrativa em ação civil pública, regulada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

§ 17. Da decisão que converter a ação de improbidade em ação civil pública caberá agravo de instrumento. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021)

⁴³ Art. 17-B. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução civil, desde que dele advenham, ao menos, os seguintes resultados: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) I - o integral ressarcimento do dano; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) II - a reversão à pessoa jurídica lesada da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 1º A celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo dependerá, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) I - da oitiva do ente federativo lesado, em momento anterior ou posterior à propositura da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) II - de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão do Ministério Público competente para apreciar as promoções de arquivamento de inquéritos civis, se anterior ao ajuizamento da ação; (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) III - de homologação judicial, independentemente de o acordo ocorrer antes ou depois do ajuizamento da ação de improbidade administrativa. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 2º Em qualquer caso, a celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo considerará a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, da rápida solução do caso. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 3º Para fins de apuração do valor do dano a ser ressarcido, deverá ser realizada a oitiva do Tribunal de Contas competente, que se manifestará, com indicação dos parâmetros utilizados, no prazo de 90 (noventa) dias. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 4º O acordo a que se refere o **caput** deste artigo poderá ser celebrado no curso da investigação de apuração do ilícito, no curso da ação de improbidade ou no momento da execução da sentença condenatória. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 5º As negociações para a celebração do acordo a que se refere o **caput** deste artigo ocorrerão entre o Ministério Público, de um lado, e, de outro, o investigado ou demandado e o seu defensor. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021) § 6º O acordo a que se refere o **caput** deste artigo poderá contemplar a adoção de mecanismos e procedimentos internos de integridade, de auditoria e de incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, se for o caso, bem como de outras medidas em favor do interesse público e de boas práticas administrativas. (Incluído pela Lei nº 14.230, de 2021).

segurança jurídica, embora isso não signifique melhor qualidade, pois o modelo definido pelo legislador é significativamente burocrático.

No que concerne à medida cautelar de indisponibilidade dos bens, antecedente ou incidente, também veio a ser regulamentada pela Lei n 14.230/2021 que alterou a redação original do artigo 16 da Lei 8.429/92, visando “assegurar a integral recomposição do erário ou do acréscimo patrimonial decorrente do enriquecimento ilícito”. Entretanto, o § 10 do mencionado dispositivo dispõe que “a indisponibilidade recairá sobre bens que assegurem exclusivamente o integral ressarcimento do dano ao erário, sem incidir sobre os valores a serem eventualmente aplicados a título de multa civil ou sobre acréscimo patrimonial decorrente de atividade lícita”.

Conforme o artigo 18, alterado pela Lei 14.230/2021, a sentença que julgar procedente a ação lastreada nos arts. 9º e 10 “condenará ao ressarcimento dos danos e à perda ou à reversão dos bens e valores ilicitamente adquiridos, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”. Em havendo necessidade de liquidação do dano, a pessoa jurídica prejudicada deverá adotar as providências necessárias para tanto até ulterior cumprimento de sentença, contudo, se não o fizer no prazo de 6 (seis) meses, caberá ao Ministério Público nos termos do § 2º, sem prejuízo de eventual responsabilização pela verificada omissão. Ademais, na apuração do valor a ser ressarcido será descontado o serviço efetivamente prestado (§ 3º) e se demonstrada incapacidade financeira do réu, o juiz poderá autorizar o parcelamento em até 48 (quarenta e oito) parcelas mensais corrigidas monetariamente (§ 4º).

Por fim, quanto à prescrição, a nova redação do artigo 23 passou a prever o prazo único de 8 (oito) anos, contados a partir da ocorrência do fato ou, no caso de infrações permanentes, do dia em que cessar esta. No entanto, o § 5º dispõe que “Interrompida a prescrição, o prazo recomeça a correr do dia da interrupção, pela metade do prazo previsto no caput deste artigo”. Também inovou ao estabelecer a prescrição intercorrente no § 8º⁴⁴.

Nesse passo, cumpre destacar que o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral no ARE 843.989, sob relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, discutindo-se sobre a (ir)retroatividade das disposições da Lei 14.230/2021, especialmente quanto à necessidade da presença do dolo para a configuração do ato de improbidade administrativa, inclusive nas

⁴⁴ Art. 27. § 8º O juiz ou o tribunal, depois de ouvido o Ministério Público, deverá, de ofício ou a requerimento da parte interessada, reconhecer a prescrição intercorrente da pretensão sancionadora e decretá-la de imediato, caso, entre os marcos interruptivos referidos no § 4º, transcorra o prazo previsto no § 5º deste artigo.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

hipóteses do artigo 10, e a aplicação dos prazos prescricionais tanto geral quanto intercorrente (Tema 1199)⁴⁵.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Poucas inovações trazidas pela aludida lei perfectibilizam o posicionamento dos tribunais superiores sobre o tema. Em verdade grande parte dos dispositivos contém mecanismos e institutos de proteção ao agente ímprobo, desde tornar o Ministério Público único legitimado para a propositura das ações de improbidade, com exíguo prazo para encerramento do inquérito civil, além da previsão de prescrição intercorrente e prazos prescricionais pela metade, vedação de reexame necessário, diminuição dos valores das multas civis, proibição de responsabilização, na prática, dos sócios, responsabilização apenas por atos ímprobos dolosos, dentre outras restrições.

A moralidade administrativa goza de condição privilegiada no ordenamento jurídico brasileiro, eis que figura no texto constitucional como um dos princípios reitores da Administração Pública, surgindo assim como um *standard* para plena e fiel execução da função administrativa. Do mesmo modo, a probidade constitui-se em um dever de honestidade e boa administração, sendo que muitas inovações trazidas pela Lei 14.230/2021 violam o próprio espírito da Lei de Improbidade Administrativa e a Constituição Federal, aparentemente buscando outros fins, posto preocupar-se excessivamente com a proteção do ímprobo, numa verdadeira inversão de valores.

Como sabido, posto que curial, a moralidade e a probidade administrativas merecem proteção adequada e suficiente, não podendo esta ser deficitária. Contudo, as mudanças trazidas pela Lei 14.230/2021 promoveram o esvaziamento ou a fragilização, para dizer o menos, do cerne dos aludidos princípios.

Com efeito, e respondendo o problema da pesquisa, a primeira impressão que se tem da pesquisa é a de as alterações produzidas na Lei de Improbidade Administrativa pela Lei 14.230, publicada em 26 de outubro de 2021, sob o escopo de criar um sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa, assegurar a probidade na organização e no exercício das funções do Estado, bem ainda a integridade do patrimônio público e social, em verdade representam aparente retrocesso no combate à corrupção administrativa, algo que ainda depende de confirmação no tempo e no espaço.

⁴⁵ Cite-se ainda decisão proferida pelo E. TRF da 1ª Região não reconhecendo a retroatividade da prescrição intercorrente (TRF 1 – AC: 0008642-45.2011.4.01.3901, Relator: Juiz Federal Saulo José Casali Bahia (conv.), Data de julgamento: 15/02/2022, Quarta Turma, Data de Publicação: e-DJF1 16/12/2021).

Ao que tudo indica, essas mudanças não condizem com o pensamento de Maurice Hauriou, pontualmente explorado no início desse trabalho. Provavelmente, elas não seriam aprovadas pelo jurista francês.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERTONCINI, Mateus. Ato de Improbidade Administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BERTONCINI, Mateus. Direito Fundamental à Probidade Administrativa, p. 33-47. In: Estudos sobre Improbidade Administrativa: em Homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos. Organizadores: Cristiano Chaves de Farias, Alexandre Albagli Oliveira e Luciano Taques Ghignone, 2ed. revista, ampliada e atualizada. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 25, p. 454-467, Rio de Janeiro, jul./set.1951.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 4 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Disponível em tj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf. Acesso em 4 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Repercussão Geral. Tema 1199. Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4652910&numeroProcesso=843989&classeProcesso=ARE&numeroTema=1199>. Acesso em 4 jan. 2022.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (4. Turma). Apelação Cível 0008642-45.2011.4.01.3901. Apelantes e Apelados: Ministério Público Federal e José Pereira de Almeida. Relator: Desembargador Federal Olindo Menezes. Relator convocado: Juiz Federal Saulo Casali Bahia. 6 de dezembro de 2021. e-DJF1 16/12/2021. Disponível em <https://trilhante.com.br/curso/metodologia/aula/abnt-referencias-legislacao-e-jurisprudencia>. Acesso em 4 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 4 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 4 jan. 2022.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 4 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 4 jan. 2022.

CAVALCANTI, Márcio. Lei 14.230/2021: Reforma da Lei de Improbidade Administrativa, alguns pontos interessantes - parte 6. 1 jan. 2022. Instagram. Dizer o Direito. Acesso em: 4 fev. 2022.

ECHE, Luís Mauro Lindenmeyer. A inconstitucionalidade do art. 8º da Lei n. 8.429/92 com a redação dada pela Lei n. 14.230/21. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6719, 23 nov. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/94977> . Acesso em: 4 fev. 2022.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HAURIOU, Maurice. La Déclaration de Volonté dans le Droit Administratif Français. Revue Trimestrielle de Droit Civil, Paris, v. 3, 1903.

HAURIOU, Maurice. Précis de Droit Administratif et de Droit Public. 11. ed. Paris: Sirey, 1927.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 1. ed., São Paulo: RT, 1964.

OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública: corrupção: ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OSÓRIO, Fábio Medina. Retroatividade da Nova Lei de Improbidade administrativa. Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/354112/retroatividade-da-nova-lei-de-improbidade-administrativa>. Acesso em: 4 fev. 2022.

O ATIVISMO JUDICIAL DESMISTIFICADO TENDO-SE POR BASE “UMA REVISÃO DESCOLONIAL DA TEORIA DO DIREITO BRASILEIRO”

Juliano Albino Manica⁴⁶
Cláudia Regina Voroniuk⁴⁷
Miguel Kfoury Neto⁴⁸

1. INTRODUÇÃO

O trabalho trata de reflexão da falibilidade das respostas institucionais e da veiculada crise de credibilidade jurídico-estatal brasileira. Apresenta foco no assim declarado “ativismo judicial”. E principia-se na lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior e Guilherme Roman Borges na obra *A Superação do Direito como Norma: uma revisão descolonial da Teoria do Direito Brasileiro* (FERRAZ JUNIOR e BORGES, 2020).

O tema foi escolhido em razão da profusão na atualidade brasileira de críticas ao Judiciário pátrio. Com embates e reflexões acadêmicas e doutrinárias decorrentes por apregoados excessos decorrentes de um declarado ativismo por magistrados.

Almeja-se contribuir com destaque da temática à luz dos autores referidos e segundo desafios comportamentais ao exercício da cidadania humanista no ambiente jurídico brasileiro. O estado da arte partiu da recente obra nominada, com panorama descritivo de ideias e conclusões. Ampliou-se a reflexão com suporte em trabalhos e doutrina contributivos, para verificar em que medida há no Brasil um ativismo judicial e seus pontos de validação e de atuação na teoria do Direito em desenvolvimento.

Elegeu-se, para tanto, o método científico descritivo e dedutivo ao entendimento de servir mais adequadamente para o objetivo do presente trabalho.

⁴⁶ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Especialista em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC, atualmente Unicuritiba). Professor Convidado em Especialização de Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Juiz de Direito no Estado do Paraná. Email jamanica@outlook.com e <http://lattes.cnpq.br/6266346559728788>

⁴⁷ Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (Unicuritiba). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Cesumar (Unicesumar). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Pós-graduada em Docência no Ensino Superior pela Universidade Cesumar (Unicesumar). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (FDC, atualmente Unicuritiba). Professora Universitária. Advogada. Email advclairevo@outlook.com e <http://lattes.cnpq.br/5819689423298390>

⁴⁸ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

2. A CRISE DECORRENTE DA FALIBILIDADE DAS RESPOSTAS JURÍDICAS E A BUSCA DA ESTABILIDADE

Tercio Sampaio Ferraz Junior é um jurista brasileiro ativo que dispensa maiores comentários. Com amplo trabalho científico com artigos, livros etc., que vem impactando o mundo jurídico. Sua obra, *A Superação do Direito como Norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*, em coautoria com seu pupilo acadêmico Guilherme Roman Borges, trata da realidade fática e das insuficiências normativas no Brasil. Assevera que o ordenamento jurídico não resolve adequadamente todas as lides, havendo falibilidade das respostas judiciais e por isso uma crise de credibilidade estatal. Traz crítica ao “ativismo judicial” diante do risco da inconsistência normativa, mas admite haver na atualidade questões de difícil resolução como de gênero, sexualidade, comunidade, família, religião, razão, diante da aparente impossibilidade de serem construídas respostas jurídicas generalistas.

Mas não se deve esquecer que a economia, a política, e o direito são resultado e atuam em um ambiente interligado, como um mecanismo de um organismo social. Quanto mais harmonioso, potencializa-se maior estabilidade das instituições, o bem-estar geral, e o desenvolvimento de indivíduos e das sociedades e do próprio Estado.

Paulo Bonavides (1996) já tratou das revoluções da liberdade e da igualdade entre o séc. XVII e XX, além da fraternidade e do estado social nas décadas antecedentes àquela obra, por onde as formas de Estado foram se alterando com base nas ideologias e no direito natural: liberal, socialista, social das constituições pragmáticas, social dos direitos fundamentais. Fala da Segunda Grande Guerra e da Revolução Francesa, como marcos históricos influenciadores de mudanças expressivas, sem deixar de citar os Ingleses (*Magna Carta, Bill of Rights, Instrument of Government*), os Americanos (Cartas Coloniais, Pacto Federativo de Filadélfia), até reiterar a contribuição Francesa (Declaração Universal dos Direitos do Homem), até se contextualizar o novo modelo de poder por meio do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Reafirma os dogmas da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade) e vê o estado social como resultado do antecedente liberal.

O Estado brasileiro, social, inaugurado pela Constituição da República de 1988, manifesta a soberania na atuação harmoniosa do Legislativo, Executivo, e Judiciário. No entanto, mais detidamente quanto ao Poder Judiciário, brasileiro, FERRAZ JUNIOR e BORGES (2020) tratam sobre a “crise dos sentidos” contemporânea e o constatado

enfraquecimento teórico-pragmático do direito como “reserva institucional”. Para quem, o direito está atrelado aos sentidos de cada indivíduo em sua percepção de vida em coletividade. Assim como a localidade e a época do nascimento, a família, a comunidade, a escola, a igreja etc influenciam cada indivíduo e o impulsionam à aceitação das regras de convivência social. O direito enfim se apresenta no papel de estabilização dos “sentidos” para a regulação da vida em sociedade, regrado o que se entende por lícito e ilícito, tendo uma função eminentemente comunicacional, tanto para fins de discurso e de orientação social.

Oportuno relembrar o destaque por Thiago Rodrigues Pereira, Ricardo Sayeg, e Luciana Sabbatine Neves (2020), ao pesquisarem o princípio da fraternidade na Constituição Federal de 1988, como norma jurídica, com natureza deontológica e compulsória, fundamental. Onde a solidariedade se faz presente junto à liberdade e igualdade, como norte da vida em sociedade e do capitalismo humanista.

Ademais, ao estudar as relações fraternas como meio hábil à pacificação social, Gabriela Cristine Buzzi e Fernando Gustavo Knoerr (2016) destaca-se a fraternidade como norma da vida em sociedade, aplicável na resolução de conflitos pelo estímulo de se ver no semelhante, com ganhos à satisfação de cada indivíduo e às garantias constitucionais do devido processo legal e da celeridade processual.

Sem olvidar a percepção filosófica de FERRAZ JUNIOR e BORGES (2020, p.39/40), de que:

... a norma jurídica se mostra como ‘expectativas contra-fáticas, que se expressam por meio de proposições de dever-ser, estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos têm sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos’ – ‘discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por quaestio um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem fim.

É que a norma jurídica trata de “... decisões sobre decisões (determinar alternativas decisões para por fim e não necessariamente solucionar um conflito). A norma diz qual decisão/escolha deve ser tomada e qual pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado (relato e cometimento).” (FERRAZ JUNIOR e BORGES, 2020, p.40). Concentrando-se na atuação resposorial do Judiciário pátrio diante das crises hermenêuticas e normativas, tendo-se por ferramenta a dúvida reflexiva da zetética contraposta à dogmática jurídica, antes destacada também Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2015). É que se mostra útil e atual o manejo do processo reflexivo científico através da dúvida para a busca do melhor posicionamento jurídico.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Muito já se disse pela doutrina especializada acerca da superação do direito positivado no mundo todo, com marco histórico-temporal na Segunda Guerra Mundial. E basta dizer, entre nós, que Flávia Piovesan já gizou a tal respeito que a grande falha do direito positivado é não priorizar a dignidade e os direitos de cada ser humano, tão essenciais à cooperação, ao bem-estar coletivo e à segurança jurídica. Tanto que a liberdade e a igualdade ditam os direitos humanos como “... unidade interdependente e indivisível” (2010, p.137/8 e 146), e o Estado Democrático de Direito surgido na Europa com a Constituição Alemã (1949) e o Tribunal Constitucional Federal (1951), na Constituição da Itália (1947) e sua Corte Constitucional (1956), na redemocratização em Portugal (1976) e Espanha (1978), como no Brasil com a Constituição de 1988, em conjunto, estabilizam as instituições.

Não por acaso, rememora-se que Michel Beaud (1987) faz corte histórico, partindo de O Príncipe, como fator econômico e político. Usando de método temporal das relações entre tais componentes que ajustam o modelo capitalista. Com Marx, trata do capital e do Estado. E aponta o Direito como outro fator, não acomodado mas como determinante.

Para refletir se o Judiciário brasileiro, como se diz: um tanto quanto “ativista”, até legisla, mesmo que indiretamente, por políticas públicas, procurando ver até que ponto é capaz de resolver lides. Sem descuidar do compromisso do Direito com a segurança e estabilidade social, a priorizar a previsibilidade das respostas jurídicas.

FERRAZ JUNIOR e BORGES (2020) declaram que a “Modernização”, “secularização” e “pluralismo” geraram significativas mudanças na orientação do homem e da sociedade e desencadearam uma distinta “crise de sentidos” jamais experimentada” (2020, p.42), e acresceram o fenômeno da “virtualização” como quarto pilar da “crise de sentidos”, contribuindo à desagregar e reorientar os sentidos.

Admitem o mundo real e o virtual como dois modos de ser, dizendo existirem quatro: possível, real, virtual, atual. Discorrem sobre modelo árvore (na ordem jurídica, pela ideia da pirâmide normativa, com movimento centrífugo) e rizoma (destacando-se pela presença de um componente variável de modo a tornar o movimento sobrelinear). E tratam do “ciberespaço” como local da virtualização da relação comunicativa, dizendo que ali ocorre a fragmentação e a reorganização dos sentidos.

A vida ficou complexa, a exigir mais das instituições, rompendo hábitos e promovendo mudanças. Dizem os autores que a modernidade trouxe a fluidez e a liquidez das relações sociais, lembrando aqui de Bauman, a contribuir decisivamente para o enfraquecimento das relações como um todo e a refletir nos sentidos. E, nesse ponto, FERRAZ JUNIOR e BORGES declaram que a forma jurídica da argumentação agora se

pontua pela lógica do hipertexto, e que a decisão jurídica surge como “uma decisão de poder” sob a ideia do “posso porque decido” (2020, p.45/ss). Será mesmo?

A crise é um momento de maior instabilidade, convergindo para uma situação de pico, de todo superável. A jurisdição é apenas um dos elementos sociais prioritários à vida em sociedade, como o são os demais Poderes, a política e a economia. E exemplificando o que se entenderia, atualmente, como “ativismo”, mas por outro Poder, Ivo Dantas (2010) afirmou que, mesmo cabendo ao Judiciário o controle de constitucionalidade, o próprio STF já admitiu que o Executivo deixe de aplicar alguma lei que considere inconstitucional. Ademais, como não lembrar do fenômeno do manejo excessivo de medidas provisórias pelo Executivo e do recorrente e por vezes abusivo pedido e concessão de liminares e ou de tutelas de urgência perante o Judiciário, ao tempo que todos foram pensados em caráter excepcional?!

Ora, cabe ao Legislativo legislar e ao Executivo tornar efetiva a atividade estatal na vida das pessoas. Como a economia é por igual garante da dignidade humana pelo acesso a condições materiais, educação, saúde, segurança, bens e riquezas etc., tendo-se por primado o mínimo existencial. E a política é inclusiva social e igualmente solidária à dignidade da pessoa. Nesse estandarte de coagentes, o direito atua pela estabilidade, na consolidação e estabilização das relações sociais inclusivas e dignificantes a cada pessoa. O direito serve à segurança. O Parlamento concentra o debate e disputas políticas, e faz surgir as leis, segundo a vontade da matriz social influente, contribuindo de algum modo à estabilidade. E neste cenário pode surgir o que se diz por ativismo judicial quando o Judiciário funda uma intervenção em nota constitucional por conta da omissão legislativa ou normativa.

E, na obra-base deste ensaio, a teoria do direito brasileira é vista por FERRAZ JUNIOR e BORGES como uma teoria nitidamente europeia. A noção da teoria do direito é a do direito como norma, como ordenamento jurídico. Ressaltando (2020, p.58):

De consequência, erigiu-se um direito enquanto instituição marcado pelo autoritarismo, exclusividade, estatalidade, e, sobretudo, universalidade no trato com as questões de fato e da vida cotidiana, enfim, um direito que se poderia denominar de um direito oficial. Um direito artificial, que por si só enquanto instituição já é produto das forças dominantes, mas, que em países coloniais, agrava-se significativamente no distanciamento da realidade.

FERRAZ JUNIOR e BORGES destacam características da influência normativa europeia e da colonialidade do direito brasileiro. Esclarecem que o Brasil deixou de ser colônia para ser Império antes de se tornar República, sem uma ruptura ou revolução de fato, e que sua edificação como Estado foi gradual, com o ordenamento sendo erigido pelo ideário europeu, com sobreposição de manifestações locais (ex: indígenas, caiçaras, quilombolas etc).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Mesmo com a independência, persistiu por certo tempo a aplicação de Ordenações portuguesas e a influência romanística (2020, p.67). Tanto que a Constituição Federal de 1824, mesmo tendo previsto a edição de um Código Civil, este de fato só ocorreu em 1916, de forma que a teoria geral do direito brasileiro acabou por conferir uma identidade somente nas primeiras décadas do séc. XX (2020, p.69/70).

DANTAS (2010) e BARROSO (2011, p. 2) já enalteceram que o Judiciário pátrio superou o papel clássico de controle da aplicação da lei, em que se resumia a análise da forma; para exercê-lo, como destacado por PIOVESAN (2010, p.27-30) com força normativa e jurisdição constitucional pela juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais, justiça social, e dignidade humana. E, DANTAS (2010) aponta pressupostos teóricos do controle da constitucionalidade por declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade, por onde agem os valores essenciais da sociedade consagrados pelo antecedente Poder Constituinte. Cujas alterações dependem de normativo constitucional rígido, e há suprallegalidade da regra constitucional ao ordenamento. Diz que constituições sintéticas do séc. XVIII deram lugar para analíticas (como a brasileira), abrangendo questões sociais e econômicas.

Discorre que o exame da constitucionalidade pode suceder de modo ôntico, da elaboração até o conteúdo da norma e valendo-se da teoria do direito, ou limitar-se a formas e do controle da constitucionalidade. Adotando nossa Constituição o modelo difuso ou concentrado na forma do art. 52, inc. X, da Constituição Federal; o primeiro, não aplicando a norma inconstitucional, e no segundo, a retirando do sistema jurídico. A destacar, ainda, que no modelo pátrio há alargamento da matéria constitucional, com direitos fundamentais de ordem econômica, social, e cultural, e a se tutelar a organização econômica da sociedade. Tanto que constam regras pontuais, superiores, tipifica-se órgãos públicos, formas de expressão política, controle da constitucionalidade e meios da mudança formal pela emenda e revisão.

Não se olvida que o referido controle se opera por inconstitucionalidade por omissão, declaratória de constitucionalidade, descumprimento de preceito fundamental, ampliação da legitimidade ativa para ADI, e pelo crivo incidental de direitos e garantias individuais e sociais; a ação direta de constitucionalidade e a de inconstitucionalidade (art. 102 e Lei 9.868/99), a ação de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9882/99); o recurso extraordinário, com a Lei 8.950/94, e Código de Processo Civil de 2015. Há a ação direta de inconstitucionalidade com legitimidade ativa ampliada (art. 102, I, e art. 103). Ação de inconstitucionalidade por omissão com legitimidade estrita (art. 103), o mandado de injunção

com legitimidade ampliada (art. 5, inc. LXXI), funcionando o último como controle por omissão.

A legitimidade do Judiciário é decorrente da escolha de seus membros por concurso público ou da nomeação pelo Executivo no caso dos quintos constitucionais, enquanto a do Legislativo e do Executivo advém do voto. Sendo que todos sem exceção devem entre si harmonia e independência (Constituição de 1988, art. 2).

Como lembrado por FERRAZ JUNIOR e BORGES, há que se resolver as lacunas presentes no ordenamento jurídico. Sendo que os positivistas trataram de elucidá-las pela integração do direito, fontes dos costumes, analogia, e princípios gerais. E acrescem que a resolução dos conflitos pressupõe um ordenamento jurídico coerente, não contraditório. E que, na modernidade, estando conjuntamente presentes a secularização, o pluralismo e a virtualidade, faz surgir uma “crise de sentidos” pela qual entendem haver incapacidade teórico-dogmática da superação.

Ainda no campo da ocorrência de crises em sentido amplo, Paulo Bonavides (2001) trata de crises do Brasil constitucional, pela fase imperial (séc. XIX) e a da republicana (a partir de 1889). O republicano, com quatro fases: constituinte (de 1808 até Carta Imperial de 1824, Don Pedro com o poder moderador), constitucional (com a queda do império em 1889 e criação da república federativa, e Cartas de 1891 e 1946 blindando termos república e federação e a de 1988 permitindo a discussão por plebiscito ocorrido em 1993, a de 1988 com o federalismo do Estado, o voto direto e secreto e universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais), a soberania e unidade nacional. Fala da constitucionalidade material e formal. Pugna por um direito constitucional positivado, concreto e eficaz. À época do lançamento da obra (2001) falava de uma crise constituinte e de cláusulas pétreas (CR/88, art. 60, par. 4), diante da avalanche de medidas provisórias pelo Executivo. E discorre sobre crise do Judiciário, dizendo-o moroso, deficiente e de má qualidade, cujas decisões são/eram por vezes descumpridas pelo Executivo. Aduz uma crise constitucional no Brasil por conta do abuso de medidas provisórias pelo Executivo, em decorrência de debilidade do Legislativo, e por omissão do Judiciário, aventando ainda globalização e o neoliberalismo na gênese da crise. Quanto ao Judiciário acresce haver insegurança pela mitigação de normas e flexibilização de respostas jurídicas, excedendo-se, nos casos concretos, os contornos das lides, com exagero de prática constitucional, gerando decisões e revisão de decisões, de forma a chocar a sociedade pela diversidade de respostas jurídicas possíveis e coexistentes.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

3. O ATIVISMO JUDICIAL E OS DESAFIOS DE UM COMPORTAMENTO HUMANISTA

E esse panorama, retratado em 2001, parece ainda ativo, com entrechoque de um certo ativismo pelo Executivo, Legislativo, e Judiciário, cujos efeitos tornam-se fáceis de se verificar nos últimos anos, através do destaque pela imprensa de autoridades, pessoalizando-se o trabalho essencialmente impessoal e discreto, com impedimentos e prisões de altas autoridades, uma avalanche de leis e reformas, manifestações populares e repercussões internacionais, com maior aproximação e pontos de contato entre os Poderes, decorrendo por igual uma elevação generalizada de tensões e embates entre os operadores todos de funções essenciais ao Estado.

No dizer de FERRAZ JUNIOR e BORGES, detidamente quanto à porção de atuação do Judiciário, debatem que a ética deve sempre ser levada em consideração no crivo da norma instrutiva a ser aplicada. “Descolonizar a teoria do direito e tentar fugir à insuficiência da matriz tradicional do direito eurocêntrico exige uma mudança não apenas de racionalidade, como se tem ensaiado aqui, mas significativa mudança metodológica no trato com a normatividade, numa desconstrução global de categorias e procedimentos.” (2020, p.138). A proporcionalidade não é princípio mas dever que serve à resolução de conflitos, que o Judiciário se vale para trabalhar valores sociais e corrigir falhas. De maneira que, apregoam, possivelmente a zetética jurídica sirva melhor à transcendência do Direito como norma para o Direito como instrução, entendendo-se eles haver um descompasso senoidal entre o direito e a realidade.

Tanto que o direito é conservador e visa a estabilização das relações e modo de vida social enquanto a realidade é ativa e reativa e tende à ideia de mudança. Fala-se da crise do constitucionalismo moderno, resultante de diversos fatores como do capitalismo financeiro e redefinição das fronteiras estatais, insuficiência do Legislativo na tutela dos direitos e garantias individuais, política estatal do *welfare state* (bem estar social) e maior influência do Executivo, da negação aos direitos naturais do direito nazifacista e da noção de extrema injustiça pelo alemão Gustav Rabruch, da crise do primado da legalidade, dos movimentos anti-formalistas (surgidos após a 1 Grande Guerra), da modificação do Judiciário ao tratar dos limites do legalidade, introduzindo tribunais constitucionais, iniciando-se com o Alemão de 1949. (p.168/ss).

E a consequência foi o constitucionalismo moderno ou neoconstitucionalismo, surgido formalmente após a 2 Grande Guerra, assim caracterizado:”(a) novas constituições e um

constitucionalismo material (Schmitt, Smend e Heller); (ii) as constituições deixam de ser estatais para serem políticas e dirigentes (*Verfassungsdirektiven* – Peter Lerche 1965); (iii) há uma reaproximação entre direito e moral – dita mudança kantiana (*kantische Wende*) e a leitura moral do direito; (iv) um reaparecimento do jusnaturalismo, como visto, ao se questionar a validade exclusivamente formal do direito; (v) a idéia de força normativa da constituição (*die normative Kraft der Verfassung*), a partir da aula inaugural em Freiburg de Konrad Hesse em 1959) – *normierend Kraft*; e (vi) a constituição passa a ser vista como ordem objetiva (e não mais como “direitos de defesa” – *Abwehrrechte*) com eficácia de irradiação (*Austrahlungswirkung*).” (p.173). Com isso o Judiciário assumiu amplo papel na verificação das normas, pela interpretação constitucional, com redefinição da legalidade pelos princípios do direito, surgindo o perigoso mas necessário “ativismo judicial”, como garante da vontade geral.

A rotulação não agrada ou favorece a tolerância e o ideário da fraternidade, e até discrimina. O excesso por si só acaso presente em decisão judicial merece o crivo recursal próprio previsto no sistema jurídico-processual, pelo princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, não sendo este o nicho que se possa instalar o ativismo.

O nó a ser desfeito é outro, no que concerne a atuação judicial em caso concreto, que se espraie ao campo de atuação constitucional por suposta omissão do Parlamento e ou do Executivo. Logo de saída se apercebe, sob uma interpretação lógico-sistemática racional, que o espectro de atuação do ativismo judicial, quando permitido, seja excepcional e pontual, funcionando como elo de integração e solução.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 15-16) discorre sobre a interpretação constitucional sincrética, valendo-se de métodos tradicionais como gramatical, histórico, sistemático, teleológico, hierárquico, temporal e especial, além do da supremacia constitucional, unidade, razoabilidade, efetividade, das cláusulas gerais, princípios, ponderação e argumentação entre normas constitucionais. Por isso a constitucionalização do Direito, com aplicabilidade direta e inconstitucionalidade do que incompatível.

A tradição pátria é da fragmentação das normas comerciais que importam aos atos de comércio e teoria da empresa. Constam do Código Civil de 2002; no Código Comercial (Lei 556/1850) para comércio marítimo; a Lei 1.604/1976 das SA; a Lei 11.101/2005 (revista na Lei 14.112/2020) sobre recuperações e falências; a Lei 8.934/1994 sobre registro de empresas; a Lei 9.279/1996 da propriedade industrial; a Lei 4.595/1964 sobre sistema financeiro nacional; entre outras. Neste cenário, e sob cogência das normas constitucionais, ecoa potencialidade para diversidade de decisões judiciais em casos empresariais, construindo

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

respostas diversas e até antagônicas, a sugerir crise de previsibilidade. Que, no ambiente empresarial pode repercutir em desassossego indesejável ante à sensível economia, com reflexos práticos negativos, em tempo imediato às sociedades empresariais envolvidas em lide, e mediato à própria economia.

Mesmo que o alemão Peter Häberle (1997), ainda em 1975, tenha proposto uma hermenêutica constitucional pluralista ou aberta, ao alcance de todos e por assim dizer democrática, onde “... A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes (HÄBERLE, 1997, p.32/3)”. Essa interpretação proposta e por muitos aceita tem o condão de autorizar uma interpretação irresponsável das normas jurídicas? Parece que não. E, o constitucionalista Luís Roberto Barroso já disse ser contra “... voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”, asseverando que a ética e as normas e sua interpretação, assim como a função social do direito, não o autorizam (2011, p. 02).

Tercio Ferraz Júnior (2015) já tratava da função social da dogmática jurídica, e sob influência de Theodor Viehweg e Niklas Luhmann, faz distinção com a zetética. Diz que a dogmática lida com a realidade social e o controle das expectativas com foco na segurança, com diminuição de imperfeições da norma e maior aceitação social, enquanto a zetética jurídica suscita a dúvida e problematiza o direito, contudo ambas pugnam por menor perturbação social.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p.23-32) “A judicialização e o ativismo judicial são primos” quando vistos como fenômenos no mundo jurídico. Por onde na primeira hipótese o Estado-juiz põe-se por dever constitucional e inafastável a decidir a lide como concretamente apresentada. E, pela segunda, consolidada no Brasil com a Constituição de 1988 e a ser manejada em caráter eventual, conforma-se por “... uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, por retração legislativa ou distanciamento da política à sociedade. E vai além quando diz que o ativismo judicial ocorre por condutas várias, como no caso da aplicação de norma constitucional a casos não expressamente previstos ou legislados; ou quando do reconhecimento da inconstitucionalidade de ato legislativo “... com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”; ou ainda quando da “... imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

É negativo o ativismo judicial quando passa a construir respostas jurídicas aos casos concretos na área empresarial, por aplicação indireta de norma constitucional, desprezando soluções jurídicas advindas do próprio direito comercial, estas suficientemente adequadas e

precisas. Ou, como discorre BARROSO (idem, 2012), quando praticado mesmo se ausente um “processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.”. Afirmado, por assim, que desse ativismo decorrem riscos à legitimidade democrática, à politização da Justiça, e à falta de capacidade institucional do Judiciário.

Mas, a bem de melhor reflexão e compreensão da relevância do tema, há também quem sustente ser o fenômeno do ativismo judicial sempre desprezível. Tão só para exemplificar, Clarissa Tassinari (2013) afirma representar posturas discricionárias dos magistrados, a conformar um papel predatório do espaço político, com desrespeito aos limites estabelecidos na Constituição de 1988, passando, mesmo, a discorrer sobre *accountability* hermenêutico e que esse agir fragiliza a autonomia do direito. Enquanto Gabriel Heller e Luis Carlos Martins Alves Jr (2021) falam do ativismo judicial que se diz bem intencionado mas ilusório pelos riscos envolvidos, negando legitimidade ao Judiciário e dizendo este usurpar a função legislativa, de modo a contribuir para desconfiança ao ambiente político-eleitoral e à frustração e hostilidade.

Aqui calha lembrar pontos de reação da sociedade civil aos abusos do poder público: liberdades, direitos individuais, direitos de primeira geração, direitos fundamentais. Por onde as liberdades são exercidas contra o poder, limitando-o. Direitos individuais se exercem através do poder e para a proteção individual. Direitos de primeira geração então são a primeira categoria a surgir como primeiro modelo de Estado na história - o liberal. Direitos fundamentais, escritos ou não, que servem de alicerce ao modelo de Estado liberal, entre o indivíduo e o poder público. No Estado liberal cada um trabalha por si próprio, o governo atua pouco e para a proteção da liberdade de todos, e nesse modelo o capitalismo se desenvolve pela liberdade individual econômica e a garantia de preservação da atividade pelo estado.

Norberto Bobbio, na obra Direita e Esquerda (2001), põe-se a esclarecer a confusão de que a contemporaneidade passou e passa. Diz que democracia não é de direita ou de esquerda, e destaca o perigo da rotulação, como já alinhavado no início deste tópico. Na democracia a liberdade de pensamento e de manifestação são mais importantes do que o voto.

Como ensinam Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr e Fernando Gustavo Knoerr (2014, pág. 190/ss), o estado social, enquanto prestador de serviços, difere do intervencionista. A Constituição de 1988 erra ao usar a expressão intervenção do poder na economia, porque a economia trata de todas as relações de riqueza (dinheiro, patrimônio, educação, etc.). No Brasil o Estado é o principal agente econômico, sendo ele Estado a exercer a economia em grande parte, daí porque não intervém na economia mas no mercado. O Estado

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

intervencionista surgiu depois do social, com as dificuldades surgidas com o capitalismo industrial, com a percepção de que era necessário cuidar dos colaboradores para a proteção e o desenvolvimento do capital. O Estado intervencionista surgiu nos EUA, onde o capitalismo cresceu mais rápido do que os da Europa (em especial, Inglaterra) a partir do séc. XVIII. A primeira revolução industrial surgiu nos EUA, com máquinas a vapor, navios e trens. A segunda foi com energia elétrica, também nos EUA, levando iluminação e segurança e conforto etc. à população e à indústria. Já no séc. XX havia abundância de produtos, redundando queda de preços, e com isso redução da produção, prejudicando a indústria, até a quebra da Bolsa em 1929 (NY).

Seja como for, como zelar pela credibilidade do Judiciário e pela segurança jurídica, para maior aceitação das decisões judiciais e menor perturbação social? Com decisões em bases de sustentação generalista e construídas tendo por base as regras e normas do próprio direito comercial especializado e vocacionado a tratar das causas interempresariais, cujas decisões possam se ajustar a casos análogos ou assemelhados e por reflexo gerar apaziguamento no meio empresarial e economia. Neste pensar, há que se ter maior cuidado com respostas judiciais notadamente em lides empresariais, quando deliberadamente se desconectem do ramo comercial do Direito para intencionalmente se fundarem em preceito constitucional, diante do risco à previsibilidade, tão cara às relações empresariais sensíveis, e a gerar maior perturbação à economia, estimulando-se desse fácil proceder o risco de insegurança jurídica.

Não se nega o poder normativo da Constituição. O que se põe à reflexão é o desejável rigor e precisão jurídica quando de soluções de lides, como de interempresariais através de normas do direito comercial e que não colidam com a Constituição Federal. Põe-se à reflexão o ingrediente da prioridade de solução fundada em preceito comercial à causa empresarial, pelo instrumento imediato da essencialidade da norma jurídica empresarial, e mediato da constitucional. O neoconstitucionalista instado a resolver uma lide como a comercial pode integrar a resposta jurídica adequada ao caso concreto ao direito comercial ao constitucional.

José Afonso da Silva (2004, p.774) afirmou que a liberdade da empresa é “legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo no puro lucro e realização pessoal do empresário”. E, Farracha de Castro (2007, p. 173/4) asseverou que “o uso adequado e responsável da técnica da ponderação, portanto, pode contribuir para a convivência harmônica entre o lucro e a dignidade da pessoa humana. Os pilares do Código Civil (eticidade, socialidade e operabilidade) e o princípio da preservação

da empresa auxiliam nesse desiderato...”, apercebendo no lucro uma função social da empresa.

No exemplo, a se indicar haver bases sólidas no ordenamento pátrio bastantes à resolução dos conflitos de natureza empresarial, sem que seja preciso sempre o manejo da Constituição. Dito de outro modo, mesmo com a democratização da interpretação e ante ao convencimento motivado exigido, pode-se causar menor perturbação e ou crise na atuação judicial em lides empresariais, pela especialização normativa aplicada na resolução da lide concreta examinada pelo operador do direito.

FERRAZ JUNIOR e BORGES, prosseguindo, veem no ativismo uma corrente *procedimentalista*, por onde o controle judicial de atos do Executivo e Legislativo se restringe ao processo político e na tomada da decisão; e a corrente *substancialista*, para quem a interferência judicial se dá pela “(i) aplicação direta da constituição em situações não previstas; (ii) declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos; e (iii) imposição de condutas e abstenções ao Poder Público.” (2020, p.175).

Independente de críticas sofridas: falta de legitimidade; jurisprudência de valores e não da constituição; tribunais exercendo a soberania; excessivo destaque do Judiciário em detrimento dos demais poderes; intromissão na função legislativa direta; criação do direito judicial; erosão da juridicidade. E de predicados recebidos: legitimidade judicial na própria constituição; intervenção judicial moderada (Dieter Grimm); a constituição admite sua interpretação aberta (Peter Häberle); “...a democracia formal não é necessariamente equitativa e racional...” onde nem sempre o ideário da maioria ocorre por interesses privados e a se permitir o crivo da moral (Ronald Dworkin); favorece a interpretação por valores cooperativos em detrimento dos pessoais. O que chama atenção da realidade pátria atual, na visão de FERRAZ JUNIOR e BORGES, a ser melhor refletido, é o que se chamou de “personalismo evidenciado” do operador, pelo surgimento de heróis personalizados, cujo movimento não contribui à estabilização e institucionalização de sentidos do direito (2020, p.176).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirou-se em Tercio Sampaio Ferraz Junior e Guilherme Roman Borges, na obra *A Superação do Direito como Norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*, com foco na prefalada crise de credibilidade institucional e falibilidade do sistema jurídico brasileiro na atualidade, procurando-se agregar o conhecimento colaborativo de tantos outros pensadores. A fim de tratar da norma jurídica e da sugerida superação do modo como

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

entendida e útil à complexa realidade impregnada pelos fenômenos da modernização, secularização, pluralismo, e virtualização da vida.

A ética é essencial à legitimação de toda atividade institucional, notadamente pelo Judiciário. A sociedade da informação e novas tecnologias reúnem os indivíduos, as empresas, e o poder público. O passado recente da Revolução Francesa e o da Segunda Guerra fez priorizar em muitos lugares, na Europa e por aqui, a primado da fraternidade e da dignidade do ser humano, aproximando o Direito à Ética, e lançando novos marcos, como o Estado Democrático de Direito e o neoconstitucionalismo e seu poder normativo regrado. A economia, a política, e o direito se entrelaçam, com a fluidez da informação, a globalização, a circulação de pessoas e coisas, e a recorrente obsolescência de meios disponibilizados à alimentação das necessidades sociais.

Neste estado de coisas põe-se luz ao que se tem dito por crise, com foco no Judiciário, desafios da atualidade pelo excesso de litigiosidade e gestão do passivo processual, estando muito exigido e a atuar em base constitucional de controle real.

A decorrer reflexão sobre críticas quanto a possível fenômeno a ocorrer no Judiciário, pelo excesso de interferências junto às funções de outros Poderes e ou por excesso de liminares e tutelas antecipadas. Contrapondo-se a ideia de que cabe ao Judiciário fomentar harmonia junto ao Legislativo e Executivo, e de apresentar, no espectro de atuação, soluções amadurecidas e com premissas sólidas ao final de cada devido processo legal. Bem assim que não se priorize em caráter impróprio o direito constitucional em detrimento de todo o ordenamento, por seus ramos especializados, quando forem de fato necessárias respostas em bases constitucionais e com vieses substitutivos a regras ordinárias bastantes às soluções dos litígios.

O erro pelo Judiciário, por seus magistrados, é factível como o é qualquer ação humana, mas toda falha judicial é solúvel por ferramenta da própria estrutura jurídico-processual no princípio do duplo grau de jurisdição por meio dos recursos.

Sendo que exemplificativamente quanto às lides empresariais admite-se o ativismo judicial em base constitucional tão apenas em caráter excepcional, quando da inação do Legislativo ou do Executivo, diante de casos concretos cujas soluções sejam inadiáveis, além de inexistente ou insuficiente a norma infraconstitucional.

Lança-se, assim, destaque às críticas da discricionariedade indevida e da intervenção judicial com caráter político inadequado à harmonia e independência dos Poderes da República. O cisma em cada lide, em especial a empresarial, sensível e relevante à manutenção de uma economia progressista se resolve por decisões judiciais generalistas, calcadas sobre

bases do direito comercial e que fomentem a credibilidade e a segurança jurídica com reflexo na economia, política, e direito.

Reflete-se sobre os perigos do voluntarismo e do subjetivismo em decisões judiciais, com em lides empresariais, e sobre benefícios do rigor e da precisão das soluções jurídicas construídas prioritariamente sobre normas de ramo especializado.

Admite-se, enfim, o “ativismo judicial” moderado e pontual, e critica-se o solipsismo na interpretação jurídica. Ao tempo que empresta-se de FERRAZ JUNIOR e BORGES a preocupação acerca da descolonização do Direito e a da defendida superação do Direito como norma através do Direito como instrução, sugere-se a observação cautelosa e a ponderação e chama-se a todos para uma maior reflexão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Direito Constitucional: teoria geral da constituição, Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso organizadores. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2011, (coleção doutrinas essenciais: v.1).

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BEAUD, Michel. História do Capitalismo de 1500 até nossos dias. Tradução por Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. Editora Brasiliense, São Paulo: 1987.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova edi, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Editora Unesp, São Paulo: 2001.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6 edição, Malheiros, São Paulo: 1996.

BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial. 2 edição, Malheiros Editores, São Paulo: 2001.

BUZZI, Gabriela Cristina; KNOERR, Fernando Gustavo. O resgate de relações fraternas como solução para o aumento dos conflitos no Brasil. Revista Juridica, [S.l.], v. 2, n. 39, p. 88 - 109, jan. 2016. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1306/876>. Acesso em: 12 ago. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i39.1306>.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da Empresa no Código Civil. Juruá, Curitiba: 2007.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. 3 edição, Juruá, Curitiba: 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. Editora Atlas, São Paulo: 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre: 1997, reimpressão 2002.

HELLER, Gabriel; ALVES JR., Luis Carlos Martins. A Toga no Divã: uma leitura freudiana do direito contemporâneo. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 353-375, abr. 2021. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/585>. Acesso em: 12 ago. 2021. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v7i1.585>.

PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A SOCIEDADE FRATERNA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. Revista Jurídica, v. 5, n. 62, p. 28-55, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11 edição, revista e atualizada. Saraiva, São Paulo: 2010.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; KNOERR, Fernando Gustavo. Ciência política e direito: Cidadania em construção. 1ª edição. Clássica Editora, São Paulo: 2014.

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

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2013.

PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO, O SEMI-PRESIDENCIALISMO COMO POSSIVEL SOLUÇÃO?

Helio Lucas Marques⁴⁹
Marcos Alves da Silva⁵⁰
Paulo Ricardo Opuszk⁵¹

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho visa analisar como o sistema de governo no Brasil, o modelo presidencialista, mediante as crises de ordem econômica e política vivenciadas nos últimos anos, colocam o país em um cenário onde os holofotes se voltam ao poder executivo na expectativa de solução para crise posta no Brasil, situação em que o poder executivo depende ainda mais do poder legislativo para ter governabilidade o chamado “presidencialismo de coalizão”.

Sendo assim sistema de governo presidencialista ainda é o melhor modelo a ser seguindo no país?

Desse modo pretende-se investigar, entre estudos da ciência política e do direito constitucional, as alternativas possíveis aos desafios inerentes ao contexto político brasileiro.

Neste contexto, a pesquisa terá como alvo o semipresidencialismo, um modelo híbrido em suas vertentes puras o presidencialismo clássico e parlamentarismo, na tentativa de responder ao seguinte questionamento: o semipresidencialismo pode ser encarado como solução para a crise vivenciada pelo presidencialismo de coalizão brasileiro?

Desse modo busca-se fazer uma repercussão inicialmente nos princípios balizadores dos modelos puros de governo o presidencialismo e o parlamentarismo com base na teoria da separação dos poderes em verificar as vantagens e desvantagens desses sistemas de governos comparados na realidade brasileira.

Por fim expor as vantagens de um sistema híbrido de governo entre modelos acima como viável solução para problema da crise política vivenciada no Brasil.

⁴⁹ Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA.

⁵⁰ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2001). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). <http://lattes.cnpq.br/7223532195857162>. marcos@marcosalves.adv.br

⁵¹ Bacharel em Direito (2000) pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito (2006) e Doutor em Direito (2010) pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho no curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Colaborador do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

2. OS MODELOS DE GOVERNO E A TRIPARTIÇÃO DOS PODERES

Os sistemas de governos tem sido uns temas mais intrigantes de debate na academia, dada sua complexidade e estrutura, no presente estudo serão abordados os sistemas governos tido como puros, que surgiram durante o começo da idade moderna quais são o parlamentarismo inglês e o presidencialismo americano.

2.1. Sistema parlamentarista

De início temos, e como primeiro sistema de governo parlamentarista surgiu na Inglaterra do século XVIII, período, em que foi excluído o direito de sucessão da Coroa aos príncipes católicos, desse modo o desenvolvimento do parlamentarismo ocorreu nos reinados por Jorge I e Jorge II, na medida em que ambos pertenciam à casa real de Hanôver e não possuíam domínio do idioma inglês, tampouco tinham interesse nas questões políticas que os cercavam (BANHOS, Tiago 2018, p. 20).

Assim foi delegada a função administrativa para representar os interesses da Coroa na gestão diária, originando-se, assim, a figura do primeiro-ministro. A partir desse momento, passou-se a observar um Executivo dual, dividido em chefia de Estado e chefia de Governo, cabendo ao monarca a primeira função e, ao primeiro-ministro, a segunda.

Giovanni Sartori, ao tratar da temática, enuncia que:

os sistemas parlamentaristas devem seu nome ao princípio fundamental que os orienta: o parlamento é soberano. Assim, eles não permitem a separação de poderes entre o parlamento e o governo: esses dois braços do Estado baseiam-se na partilha do poder entre o legislativo e o executivo. O que equivale a dizer que todos os sistemas que chamamos de parlamentaristas requerem que os governos sejam nomeados, apoiados e, se necessário, demitidos por votação parlamentar.⁵²

Na visão de Giovanni Sartori, portanto, o sistema parlamentar teria o caráter pendular entre os poderes exercidos pelo Executivo e Legislativo, porém com maior peso conferido ao Parlamento, uma vez que considera como a principal característica desse sistema o poder de dissolução do Governo. Sob esse entendimento, pode-se dizer que não há equilíbrio total entre as forças dos poderes Executivo e Legislativo.

⁵² SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 115

2.2.O sistema presidencialista

Por sua vez o sistema presidencilista surgiu em 1787⁵³ duante a conveção da Filadélfia, momento em que havia debates entre as correntes federalista e antifederalistas, restando vencedora a corente federalista que porpunha uma monarquia eleita com mandato de duração limitada. A corrente derrotada, antifederalista, propunha um governo parlamentar, em que se visava um governo de leis, e não um governo de homens (BANHOS, Tiago 2018, p. 19).

Surge então o sistema presidencialista, nos ensinamentos de Giovanni Sartori, um sistema político presidencialista somente poderá assim ser considerado se o presidente for escolhido por meio de eleição popular, sem a possibilidade de ser demitido por votação parlamentar durante o seu mandato, e se exercer o poder de chefia ou direção para com o governo que nomeia.

Analisando a peculiaridades desse sistema de governo (VICTOR, Sérgio 2015), existe uma renovação no poder num período de 2 em 2 anos renova-se integralmente a Câmara dos Representantes, ao passo que o Senado renova um terço de seus representantes. Isso significa que a população possui condições de alterar significativamente o contexto político durante o mandato presidencial, cuja duração é de quatro anos.

Essa renovação pode ser positiva ou prejudicial ao Presidente, uma vez que ele pode ser eleito ao lado de um Congresso favorável aos interesses da sua Administração, mas poderá ser surpreendido com uma alteração drástica na composição do Legislativo, quando transcorridos dois anos de seu mandato, essa questão será aprofundada mais a diante.

2.3.O princípio da tripartição dos poderes e sua relação com os sistemas de governo

Para melhor compreensão da dinâmica de ambos os sistemas de governo abordado neste artigo faz-se necessário a abordagem dos princípio da tripartição dos poderes proposto por Montesquieu.

Nesse sentido, Sérgio Ferreira Victor leciona:

O exame da teoria da separação dos poderes serve, assim, como base para o tratamento do tema. Os sistemas de governo são resultantes, ainda que não exaustivamente, de uma engenharia institucional que é estabelecida pela Constituição, pelo menos quanto aos seus principais alicerces. É a forma de

⁵³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **Os artigos federalistas** – 1787- 1788: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

agenciamento dos poderes que permite vislumbrar quais modelos de relações entre os órgãos e funções do Estado a Constituição pretende produzir e quais ela tende a gerar. (VICTOR, 2015, P.19)⁵⁴

A proposta de Montesquieu, na obra “O espírito das leis”, é fruto do seu tempo, uma vez que a sua maior preocupação ao conceber um modelo de separação rigorosa entre as funções do poder foi a de coibir os excessos de quem estava revestido de poder e, como consequência, proteger o que era mais caro ao indivíduo na época, sua liberdade (BANHOS, Tiago 2018, p. 11).

A premissa desse modelo é dividir o poder do estado em 3 poderes distintos com atribuições competências distintas, entre elas a própria fiscalização dos outros poderes, o intuito desse instituto é impor o um sistema de freio e contrapesos para frear o poder do estado e evitar o abuso do poder.

Ao adentrar na distribuição das funções do poder, por seu turno, Montesquieu⁵⁵ (2005, p. 166-167) afirma que todo homem, ao ser investido de poder, tenderá a abusar dele e não será possível pará-lo até que ele encontre limite. Entende, ainda, que somente outro poder será capaz de contê-lo, no sentido de que o poder limita o poder, sob a perspectiva de freios e contrapesos.

Nesse sistema observamos existência dos poderes legislativo, executivo e judiciário, tendo por característica a representação desses poderes através de instituições, nessa perspectiva cada poder exerce uma função típica, por exemplo cabe ao poder executivo tem a função as demandas da esfera pública e garantir os meios cabíveis para que as necessidades da coletividade sejam atendidas no interior daquilo que é determinado pela lei.

Enquanto o poder legislativo vez que é poder representativo da população exerce a função de legislar conforme os anseios da população, além fiscalizar os atos do poder executivo.

Já em relação ao poder judiciário, este fica encarregado da função julgar, com base nos princípios legais, de que forma uma questão ou problema sejam resolvidos. Na figura dos juízes, promotores e advogados, o judiciário garante que as questões concretas do cotidiano sejam resolvidas à luz da lei, além de em última instância revisar demandas do poder legislativo e executivo.

⁵⁴ VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Presidencialismo de coalizão**: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 19.

⁵⁵ MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 166-167.

Como premissas básicas que as que três poderes exercem, o que não limita, tudo de depende do ordenamento jurídico constitucional que atribuía mais ou menos competências seja de ordem administrativa, executiva ou legislativa a cada poder.

Destarte, a luz da princípio da separação dos poderes percebemos na análise dos sistemas de governo, no caso o sistema presidencialista e o sistema parlamentarista, embora ambos possuam a tripartição dos poderes, o sistema parlamentarista possui uma parcial separação de atribuições dos poderes se comparado com o sistema presidencialista, isto porque o sistema parlamentarista os poderes executivos legislativos são figuras muito próximas, e dividem muitas competências de cunho a administrativo, ou seja, poder legislativo participa da função de exercer a governança junto ao poder executivo para além da função típica de legislar.

Em relação ao sistema presidencialista percebe-se a separação mais nítidas dos poderes, bem como suas funções de estado, porém em desvantagem ao sistema parlamentarista, o sistema presidencialista possui uma estrutura muito mais engessada pelo próprio sistema freios e contrapesos são exercidos pelos 3 poderes em se fiscalizar, fato em que faz que líder do poder executivo tenha que barganhar os demais poderes para exercer seu projeto de governo durante o seu mandato se verá a seguir.

3. O PRESIDENCIALISMO NO BRASIL

Desde a queda o império Brasileiro e inspirado no modelo americano o Brasil fundou sua república aderindo ao sistema presidencialista com a constituição de 1891, modelo mantido até os dias atuais.

Embora o sistema presidencialista tenha sido implantado na constituição republicana, esse sistema de governo foi muito debatido e criticados com o passar dos anos, tendo sido alvo de debates nas Constituintes de 1946 e 1988, bem como nos plebiscitos de 1963 e 1993. Em todas essas oportunidades, a corrente presidencialista prevaleceu sobre a corrente parlamentarista.

Com passar dos anos devidos a reformas constitucionais e pelas constituições feitas até a última constituição promulgada, a constituição de 1988, o atual modelo presidencialista no Brasil prevaleceu embora os debates sobre viabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, além do mais ganhou muito mais poderes que presidente da república possui principalmente no diz respeito a competência de iniciativa legislativa, mesmo assim o poder executivo ainda é muito depende do poder legislativo para por sua agenda de governo o que gera um problema

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

quando ambos os poderes não estão em alinhamento em seus interesses, essa questão será analisada no próximo tópico.

3.1. Presidencialismo de coalizão no Brasil

O termo presidencialismo de coalizão a muito é debatido na academia seu significado em si comportada diversas interpretações, deste modo para abordagem mais direta de seu conceito faço uma breve citação de como definiu o editorial, de 14 de agosto de 2017, do Jornal O Estado de São Paulo:

presidencialismo de cooptação [...] quando um presidente tem que governar negociando individualmente com políticos ou com partidos que só querem vantagens pessoais, que não pensam no país, uma hora apoiam, outra não, e, quando apoiam, cobram caro [...].

Outros autores divergem do termo presidencialismo de coalizão, Sérgio Resende de Barros defendem a ideia a concentração de poderes nas mãos do presidente da República provocam o interesse poder legislativo em barganhar para obter vantagens para sua base.

Fato inegável é que a coalizão, ou seja, esta relação de dependência de poderes executivo e legislativo caba sendo a única forma que o poder executivo tem para implantar sua agenda de governo, questão que pode ser favorável quando um presidente eleito possui a maioria no congresso nacional se torna uma tarefa fácil, mas quando não detém o presidente se torna refém do congresso.

Para Sérgio Abranches (1988, p. 27-28)⁵⁶, o presidencialismo de coalizão é representado pela movimentação institucional entre os poderes Executivo e Legislativo. Em sua visão, o Presidente, com o intuito de aprovar projetos de seu interesse, terá, necessariamente, que proceder à distribuição de ministérios, aplicar políticas clientelistas, bem como utilizar de outras práticas para angariar apoio a sua administração (BANHOS, Tiago 2018, p. 32).

De modo para formar uma coalizão entre os demais partidos para formar uma maioria parlamentar o chefe do executivo se vê obrigado a lotear a máquina pública federal com indicações políticas barganhadas com a os “caciques” dos partidos dos quais precisa de apoio.

Outro ponto importante sobre as coalizões políticas é sobre abertura de processo *impeachment*. A título de exemplos tem os casos dos ex-presidentes Collor e Dilma, ambos condenados pelo Senado por cometimento de crime de responsabilidade, interesse analisar

⁵⁶ ABRANCHES, Sérgio Henrique. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro, **Dados – Revista de Ciências Sociais**, v. 31, n.1, 1988, p. 27-28.

como foram as coalizões nestes governos, enquanto o presidente Collor se elegeu sem ter formado uma coalizão e com minoria do congresso nacional, após instabilidade em seu governo mediante denúncias de corrupção, instabilidade econômica foi aberto o processo de *impeachment*, e mesmo renunciando ao mandato antes da conclusão de processo o Presidente Collor foi condenado pelo Senado Federal.

Em relação ao caso Dilma, diferente do ocorrera com Collor, se elegeu com uma coalizão e possuindo maioria no congresso, ocorre com a estabilidade econômica, escândalos de corrupção em seu governo e enorme pressão popular foi aberto seu processo *impeachment*, momento que seu apoio parlamentar foi perdido.

Nota-se fatores como crise econômica e descontentamento da população são fatores que mudam completamente a relação que poder executivo possuiu com o congresso.

Desse modo mais um desafio que presidente possui além barganhar com congresso para implementar seu projeto de governo, e manter sua estabilidade em momento de crise para haja risco sem risco de passar por um processo de *impeachment*.

Ressalta-se que objetivo desta pesquisa não criticar o processo de *impeachment* ou sua validade, este seria tema próprio para discussão em outra pesquisa, no tange análise deste em relação ao presidencialismo de coalizão verifica-se que processo de *impeachment* pertence primeiramente a um mecanismo previsto na constituição federal e já ratificada sua validade por diversas vezes em discussões no Supremo Tribunal Federal, além do mais o processo de *impeachment* também pertence a um dos mecanismos freios e contrapesos, portanto um chefe do poder executivo não possui carta branca governa de forma irresponsável, de igual modo o processo de *impeachment* não pode ser usado como forma de chantagem política para coagir o presidente a acatar medidas de interesse apenas da classe política.

Desse modo no sistema presidencialista um presidente considerado franco politicamente poderá se tornar refém do congresso, seja por meio da ameaça de processo de *impeachment* ou pelo bloqueio da própria agenda legislativa, embora o presidente possua a muitas competências legislativas, que são de sua competência exclusiva como as previstas no artigo 84 da Constituição Federal, dentro outros processos legislativos edição emendas constitucionais (art. 60, CF) e medidas provisórias (art. 62, CF), ao congresso compete o processo legislativo em si, meio pelo qual tem poder adiar ou até mesmo rejeitar os projetos de lei encaminhados pelo presidente da república.

A mesma sorte segue o poder executivo nos processos legislativos iniciados pelas casas do legislativo, embora a constituição preveja poder de veto do chefe do executivo (art. 66, § 1º, CF), o congresso pode deliberar se irá manter ou derrubar o veto presencial, em

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

sendo assim um presidente que não detém a maioria no congresso não teria como impedir projetos de lei editados pelo congresso que sejam contrários aos interesses do governo por exemplo.

Devido a característica engessada regime presidencialista devido ao sistema de freios e contrapesos, nota-se a ineficiência desse sistema no diz respeito a governabilidade, principalmente em tempo crises, levando um caminho que facilita a corrupção dos poderes, desse modo os debates sobre os regimes de governo híbridos como o semipresidencialismo e semiparlamentarismo ganham força.

4. A PROPOSTA DO SEMIPRESIDENCIALISMO NO BRASIL

A ideia do Semipresidencialismo advém do fracasso, ou pelo a ineficiência do sistema presidencialista, principalmente no que tange da capacidade em superar crises.

A partir dessa premissa o sistema de governo semipresencial junta elementos positivos dos modelos presidencialista e parlamentarista (BANHOS, Tiago 2018, p. 43), na visão de Giovanni Sartori, a configuração de um sistema de governo como semipresidencial demanda o preenchimento de cinco elementos caracterizadores e que devem ser aplicados conjuntamente:

(a) o chefe de Estado (presidente) é eleito por votação popular – de forma direta ou indireta –, com mandato determinado; (b) o chefe de Estado compartilha o poder executivo com um primeiro-ministro, em uma estrutura dupla de autoridade com os três seguintes critérios de definição; (b.1) embora independente do parlamento, o presidente não tem o direito de governar sozinho ou diretamente, e, portanto, sua vontade deve ser canalizada e processada pelo seu governo; (b.2) inversamente, o primeiro-ministro e seu gabinete independem do presidente, na medida em que dependem do parlamento; estão sujeitos à confiança e/ou à não confiança parlamentar, pelo que precisam do apoio da maioria do parlamento; (b.3) a estrutura dupla de autoridade do semipresidencialismo permite diferentes equilíbrios e a oscilação de prevalências do poder dentro do Executivo, estritamente sob a condição de que subsista a autonomia potencial de cada componente do Executivo (SARTORI, 1996. p. 147).⁵⁷

Marcelo Tavares acerca desse sistema híbrido, o qual tem, entre as suas principais características, a flexibilidade nos diálogos institucionais, o que tende a possibilitar maior estabilidade diante das crises:

O semipresidencialismo apresenta dinâmica própria e estabelece relações peculiares entre o chefe de Estado, o Governo e o Legislativo. De um lado, combina traços do presidencialismo (como o exercício de algumas atribuições de política interna pelo presidente e seu poder de organizar o Governo) e do parlamentarismo (como a

⁵⁷ SARTORI, Giovanni. **Engenharia Constitucional**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996. p. 147.

responsabilidade colegiada do Governo perante o Parlamento e a dualidade do Executivo). De outro lado, sua base normativa estimula relações dinâmicas próprias na atuação preventiva em eventuais choques entre o Executivo e o Legislativo, além de dar respaldo a saídas menos traumáticas em caso de crise. (TAVARES, 2017, p.59)⁵⁸

Pensando do campo teórico para campo prático, o modelo de governo como ora analisado, países como França e Portugal adotaram sistemas de governo que mesclam as características governos presidencial e parlamentarista.

Nesta linha como aponta Luís Roberto Barroso (2006, p. 18)⁵⁹ ao enunciar que “a nota distintiva dos países que adotam o semipresidencialismo situa-se na maior ou menor atuação do Presidente na vida política”. Desse modo, os poderes conferidos ao Presidente da República pela Constituição determinarão em qual posição do espectro aqueles modelos de semipresidencialismo estarão localizados.

O sistema semipresidencialismo é formado pelo presidente eleito, após é feita formação do governo com a escolha do Primeiro-Ministro que irá montar o gabinete de governo, no modelo francês além do gabinete de governo existe ‘o Conselho de Ministros é um órgão mais amplo e que será composto por uma maior gama de autoridades, enquanto o Gabinete será composto exclusivamente pelo Primeiro-Ministro, por ministros e secretários de Estado. Já no modelo português, a composição do Executivo se dará apenas pelo Presidente e pelo Governo.

Destaca-se que, nos dois modelos, o Presidente da República será eleito de forma direta para um mandato de 5 (cinco) anos, sendo permitida uma reeleição. Diferenciam-se os referidos modelos no que concerne à vacância do cargo, de modo que, no modelo francês, nessas hipóteses, assume a presidência o Presidente do Senado, enquanto em Portugal a presidência passará a ser ocupada pelo Presidente da Assembleia da República.

Outra diferença entre os modelos está na discricionariedade na escolha do primeiro-ministro, enquanto modelo francês, o presidente tem ampla discricionariedade para escolha do primeiro ministro, enquanto no modelo português esta escolha fica sujeita à aprovação o aval dos partidos políticos vencedores da eleição, além ter um prazo de 10 dias para apresentar um plano de governo após a nomeação e, caso este seja rejeitado ou não aprovado, o Governo será exonerado.

⁵⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não? **Revista de Informação Legislativa** – **RIL**, v. 54, n. 215, p. 59, jul/set. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p59>. Acesso em: 20 jun. 2018.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. **Revista de Direito do Estado**, n. 3, jul./set. 2006. p. 18.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesse caso diferente modelo presidencialista que tem prerrogativa de organizar a administração pública com loteamento de cargos chaves, além de pastas e ministérios, caberá ao Primeiro-Ministro montar a equipe que irá implementar a agenda de governo também gabinete de governo, no modelo francês, o Governo será exonerado pelo Presidente da República quanto for solicitado pelo próprio Primeiro-Ministro e quando o Parlamento retirar a confiança para com o Primeiro-Ministro.

No contexto português, o Governo será exonerado nas seguintes circunstâncias: (i) solicitação pelo próprio Primeiro-Ministro; (ii) falecimento ou incapacidade do Primeiro-Ministro; (iii) não aprovação do projeto de governo; (iv) aprovação de moções de censura ou não aprovação de moções de confiança; e (v) ao iniciar nova legislatura. A última circunstância é de suma importância, uma vez que, a cada legislatura, necessariamente, o Governo será desfeito, o que não impede que o novo Governo seja composto pelos mesmos membros do Governo anterior.

Feitas as considerações sobre os sistemas híbridos, percebemos a principal diferença do sistema presidencialista, no início de sua formação por exemplo um sistema presidencialista precisa formar coalizões ter uma maioria parlamentar caso o governo seja eleito, enquanto no semipresidencialismo após eleito o chefe do poder executivo nomeia-se o Primeiro-Ministro que irá gerenciar o gabinete de governo.

Para melhor compreensão no quadro abaixo encontra-se os sistemas de governo atuais bem como suas diferenças.

OS SISTEMAS POLÍTICOS E SUAS VARIAÇÕES

O parlamentarismo e o presidencialismo nasceram no Reino Unido e nos Estados Unidos e geraram modelos híbridos pelo mundo

	PARLAMENTARISMO CLÁSSICO	PRESIDENCIALISMO CLÁSSICO	SEMPRESIDENCIALISMO	PRESIDENCIALISMO DE COALIZÃO
PAÍS	 Reino Unido	 Estados Unidos	 França	 Brasil
EXECUTIVO	O Poder Executivo concentra-se no primeiro-ministro. O presidente ou rei desempenha função simbólica de representação do país (caso da rainha Elizabeth II, no Reino Unido). A permanência do primeiro-ministro depende de apoio no Parlamento	No sistema americano, o presidente acumula a chefia do Estado e do governo. Ele é eleito por voto direto, e seu mandato tem prazo. Só pode ser substituído em casos excepcionais. O apoio no Congresso é importante, mas o presidente não se subordina ao Parlamento	O presidente eleito é o chefe do Estado, com o controle sobre a política externa e Forças Armadas, e escolhe o primeiro-ministro com apoio no Parlamento. O primeiro-ministro lida com as contas públicas e as políticas de alianças. Se perder apoio político, é substituído pelo presidente	O presidente é eleito pelo voto direto e tem alguns poderes legislativos, que lhe são conferidos pela possibilidade de editar medidas provisórias – uma prática exacerbada desde a Constituição de 1988. Mas o presidente depende de apoio do Congresso para manter a governabilidade
LEGISLATIVO	A separação entre os poderes Executivo e Legislativo é mais tênue do que no presidencialismo. Como o primeiro-ministro é oriundo do Parlamento, as crises políticas são mais raras. O modelo é comum em monarquias, caso de Inglaterra, Dinamarca e Holanda	A separação entre os Poderes é clara. O Congresso tem a função de aprovar leis e fiscalizar o Poder Executivo. O presidente pode ter políticas dissonantes da maioria do Congresso, mas a aprovação de reformas ficam comprometidas com um Legislativo hostil	O Parlamento governa em conjunto com o primeiro-ministro e tem poderes intermediários entre o parlamentarismo e o presidencialismo clássicos. Se o primeiro-ministro perde apoio político, o presidente pode dissolver o gabinete e formar um novo governo	Cabe ao Legislativo, além de aprovar leis, fiscalizar o Executivo. Para formar maioria e aprovar reformas importantes, o Executivo distribui cargos e poderes aos parlamentares em troca de apoio. Se o Executivo perde a maioria no Legislativo, a governabilidade do país fica comprometida

ÉPOCA - IDÉIAS - pág.: 54. Dom, 24 de janeiro de 2016.

Conforme depreende-se do quadro acima, no semipresidencialismo se o governo perder a confiança do parlamento, presidente eleito ou da população é retirado de uma forma muito mais simplificada, enquanto o sistema presidencialista o chefe do executivo necessita do processo *impeachment*, é uma medida excepcional e envolve um duro processo político que envolve maior lapso até conclusão, além do fato que ele pode ou não culminar saída do presidente de seu cargo.

Fato inegável é que independente do sistema de governo, a governabilidade de mandato necessita de uma consonância entre os poderes executivo e legislativo para haver a governabilidade e que governo eleito consiga implantar sua agenda de governo, ocorre em momento de crises como é caso do Brasil tem passado, nesse cenário percebe-se um distanciamento dos interesses dos poderes executivo e legislativo, sendo que poder executivo precisa barganhar cada vez mais com o poder legislativo para manter sua agenda de governo ou até mesmo em casos extremos tentar barrar uma tentativa de abertura de processo de *impeachment*.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Diferente do regime semipresidencialista sempre terá a maioria parlamentar, não necessita de acordos entre os poderes, porém como consequência verifica-se que poder legislativo torna-se mais relevante nas escolhas que o governo irá tomar, da mesma que pode facilmente substituído por uma nova conjuntura de governo caso a administração anterior perca confiança ou sua gestão não esteja sendo saltatória, fator deixa este modelo na frente do sistema presidencialista no que a superação de crises.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado nesta pesquisa percebeu-se a relação dos sistemas puros, presidencialista com a teoria da tripartição dos poderes, sendo demonstradas as principais diferenças entre os dois sistemas de governo, bem como suas vantagens de desvantagens.

Ao analisar a entrada do regime presidencialista no Brasil, restou demonstrado primeiramente a controversa da implementação e a discussão entre a proposta de implementar o regime parlamentar no Brasil após a constituinte de 1988.

Também restou demonstrando a frágil relação entre os poderes executivo e legislativo no diz respeito a governabilidade, neste aspecto forma abordados os desafios que poder executivo se vê para implantar sua agenda de governo, e como as coalizões são necessários em no sistema de governo do Brasil seja para governar ou até mesmo se manter no governo, visto que em tempos o risco de abertura de um processo de *impeachment*.

Diante desse cenário, tornou-se possível o questionamento acerca da viabilidade na transição para outro sistema de governo, abandonando, portanto, as origens e tradições presidencialistas que estão presentes na realidade brasileira desde a primeira Constituição Republicana.

Dessa forma também verificou-se que como funciona um sistema semipresidencialista, bem como são suas características e no que divergem do regime presidencialista, além estudar brevemente os países que adotam este sistema governo.

Por fim feita uma análise das vantagens do sistema o sistema semipresidencialista possui em relação ao sistema presidencialista, no diz respeito em relação a superação crises, foi demonstrado pela formação deste regime governo os poderes executivos e legislativos tomam as decisões governo, não existe barganha entre os poderes, de igual do contrário do sistema presidencialista que possui uma forma engessada torna-se muito difícil a retirada do chefe do poder executivo do poder, enquanto no regime semipresidencialista por ser um governo de maioria, a partir do momento que governo escolhido perde a confiança ou faz má gestão pode ser facilmente substituído.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Sérgio Henrique. O presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro, *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 31, n.1, 1988.

BARROS, Sérgio Resende de. Medidas, Provisórias. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 53, jun. 2000.

BARROSO, Luís Roberto. A reforma política: uma proposta de sistema de governo, eleitoral e partidário para o Brasil. *Revista de Direito do Estado*, n. 3, jul./set. 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. Brasília: OAB Editora, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONSTANT, Benjamin. Princípios de política. In: . Escritos de política. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. Os artigos federalistas – 1787-1788: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. The Federalist papers – 1787 – 1788: edição integral. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

LIMONGI, Fernando. Presidencialismo e governo de coalizão. In: AVRITZER, Leonardo; ANASTASIA, Fátima. (Orgs.) Reforma política no Brasil. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

MENEGUELLO, Rachel. Partidos e governos no Brasil contemporâneo: 1985-1997. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de La Brède e de. O espírito das leis. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre de. Presidencialismo. São Paulo: Atlas, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. Semipresidencialismo: Volume I – Teoria do sistema de governo semipresidencial. Coimbra: Almedina, 2007.

PIÇARRA, Nuno. A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

POMPEU, Eduardo Henrique Puglia; VIEIRA, Eriton Geraldo. O DIREITO CONSTITUCIONAL E AS PRÁTICAS ADOTADAS PARA ESTÍMULO À SUSTENTABILIDADE NO DIREITO COMPARADO: BRASIL E EUA. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 37, p. 127-153, nov. 2015. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1044>>. Acesso em: 07 jan. 2022. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v4i37.1044>.

SARTORI, Giovanni. Engenharia Constitucional. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

SOUSA, Paulino José Soares de. Ensaio sobre o direito administrativo. In: CARVALHO, José Murilo de. (Org.). Visconde do Uruguai. São Paulo: Editora 34, 2002.

STRECK, Lênio Luiz. Os dilemas do estado constitucional: entre a democracia e o presidencialismo de coalizão. In: LAZARI, Rafael de; BERNARDI, Renato. (Orgs.) Crise Constitucional: espécies, perspectivas e mecanismos de superação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Semipresidencialismo no Brasil: por que não? Revista de Informação Legislativa – RIL, v. 54, n. 215, p. 59, jul/set. 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p59>. Acesso em: 20 jun. 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. Presidencialismo de coalizão: exame do atual sistema de governo brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2015.

UMA REFLEXÃO DA MEDIAÇÃO E SUAS TÉCNICAS PELAS LENTES DE SARAMAGO

Camila Stabach Mendes⁶⁰
Francisco Cardoso Oliveira⁶¹
Luiz Eduardo Gunther⁶²

1. INTRODUÇÃO

O trabalho trata de reflexão da falibilidade das respostas institucionais e da veiculada crise de credibilidade jurídico-estatal brasileira. Apresenta foco no assim declarado “ativismo judicial”. E principia-se na lição de Tercio Sampaio Ferraz Junior e Guilherme Roman Borges na obra *A Superação do Direito como Norma: uma revisão descolonial da Teoria do Direito Brasileiro* (FERRAZ JUNIOR e BORGES, 2020).

O tema foi escolhido em razão da profusão na atualidade brasileira de críticas ao Judiciário pátrio. Com embates e reflexões acadêmicas e doutrinárias decorrentes por apregoados excessos decorrentes de um declarado ativismo por magistrados.

Almeja-se contribuir com destaque da temática à luz dos autores referidos e segundo desafios comportamentais ao exercício da cidadania humanista no ambiente jurídico brasileiro. O estado da arte partiu da recente obra nominada, com panorama descritivo de ideias e conclusões. Ampliou-se a reflexão com suporte em trabalhos e doutrina contributivos, para verificar em que medida há no Brasil um ativismo judicial e seus pontos de validação e de atuação na teoria do Direito em desenvolvimento.

Elegeu-se, para tanto, o método científico descritivo e dedutivo ao entendimento de servir mais adequadamente para o objetivo do presente trabalho.

⁶⁰ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Brasil; Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Brasil (2020); Curso de Extensão Universitária em Comércio Internacional: desafios sociais, jurídicos e econômicos num mundo globalizado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, UC, Portugal (2017); Formação complementar em Direito e Empresa na Prática: Desafios Contemporâneo, pelo Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil (2018); Formação complementar em Direito Empresarial Aplicado: Contabilidade e Relações Negociais, pelo Centro Universitário Curitiba, UNICURITIBA, Brasil (2019); Advogada; Mediadora Privada; E-mail: camila.s.mendes@icloud.com

⁶¹ Doutor em direito pela UFPR - Universidade Federal do Paraná, Professo do PPGD do UNICURITIBA, Juiz de Direito no Tribunal de Justiça do Paraná. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-9440-019X> Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8673496012113467>

⁶² Professor do PPGD do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA, Pós-doutor pela PUCPR, Doutor e Mestre pela UFPR, Desembargador do Trabalho do TRT 9, membro eleito da Academia Brasileira de Direito do Trabalho e da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

2. A CRISE DECORRENTE DA FALIBILIDADE DAS RESPOSTAS JURÍDICAS E A BUSCA DA ESTABILIDADE

Tercio Sampaio Ferraz Junior é um jurista brasileiro ativo que dispensa maiores comentários. Com amplo trabalho científico com artigos, livros etc., que vem impactando o mundo jurídico. Sua obra, *A Superação do Direito como Norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*, em coautoria com seu pupilo acadêmico Guilherme Roman Borges, trata da realidade fática e das insuficiências normativas no Brasil. Assevera que o ordenamento jurídico não resolve adequadamente todas as lides, havendo falibilidade das respostas judiciais e por isso uma crise de credibilidade estatal. Traz crítica ao “ativismo judicial” diante do risco da inconsistência normativa, mas admite haver na atualidade questões de difícil resolução como de gênero, sexualidade, comunidade, família, religião, razão, diante da aparente impossibilidade de serem construídas respostas jurídicas generalistas.

Mas não se deve esquecer que a economia, a política, e o direito são resultado e atuam em um ambiente interligado, como um mecanismo de um organismo social. Quanto mais harmonioso, potencializa-se maior estabilidade das instituições, o bem-estar geral, e o desenvolvimento de indivíduos e das sociedades e do próprio Estado.

Paulo Bonavides (1996) já tratou das revoluções da liberdade e da igualdade entre o séc. XVII e XX, além da fraternidade e do estado social nas décadas antecedentes àquela obra, por onde as formas de Estado foram se alterando com base nas ideologias e no direito natural: liberal, socialista, social das constituições pragmáticas, social dos direitos fundamentais. Fala da Segunda Grande Guerra e da Revolução Francesa, como marcos históricos influenciadores de mudanças expressivas, sem deixar de citar os Ingleses (*Magna Carta, Bill of Rights, Instrument of Government*), os Americanos (Cartas Coloniais, Pacto Federativo de Filadélfia), até reiterar a contribuição Francesa (Declaração Universal dos Direitos do Homem), até se contextualizar o novo modelo de poder por meio do constitucionalismo e dos direitos fundamentais. Reafirma os dogmas da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade) e vê o estado social como resultado do antecedente liberal.

O Estado brasileiro, social, inaugurado pela Constituição da República de 1988, manifesta a soberania na atuação harmoniosa do Legislativo, Executivo, e Judiciário. No entanto, mais detidamente quanto ao Poder Judiciário, brasileiro, FERRAZ JUNIOR e BORGES (2020) tratam sobre a “crise dos sentidos” contemporânea e o constatado

enfraquecimento teórico-pragmático do direito como “reserva institucional”. Para quem, o direito está atrelado aos sentidos de cada indivíduo em sua percepção de vida em coletividade. Assim como a localidade e a época do nascimento, a família, a comunidade, a escola, a igreja etc influenciam cada indivíduo e o impulsionam à aceitação das regras de convivência social. O direito enfim se apresenta no papel de estabilização dos “sentidos” para a regulação da vida em sociedade, regrado o que se entende por lícito e ilícito, tendo uma função eminentemente comunicacional, tanto para fins de discurso e de orientação social.

Oportuno relembrar o destaque por Thiago Rodrigues Pereira, Ricardo Sayeg, e Luciana Sabbatine Neves (2020), ao pesquisarem o princípio da fraternidade na Constituição Federal de 1988, como norma jurídica, com natureza deontológica e compulsória, fundamental. Onde a solidariedade se faz presente junto à liberdade e igualdade, como norte da vida em sociedade e do capitalismo humanista.

Ademais, ao estudar as relações fraternas como meio hábil à pacificação social, Gabriela Cristine Buzzi e Fernando Gustavo Knoerr (2016) destaca-se a fraternidade como norma da vida em sociedade, aplicável na resolução de conflitos pelo estímulo de se ver no semelhante, com ganhos à satisfação de cada indivíduo e às garantias constitucionais do devido processo legal e da celeridade processual.

Sem olvidar a percepção filosófica de FERRAZ JUNIOR e BORGES (2020, p.39/40), de que:

... a norma jurídica se mostra como ‘expectativas contra-fáticas, que se expressam por meio de proposições de dever-ser, estabelecendo-se entre os comunicadores sociais relações complementares institucionalizadas em alto grau (relação metacomplementar de autoridade/sujeito), cujos conteúdos têm sentido generalizável, conforme núcleos significativos mais ou menos abstratos’ – ‘discursos heterológicos, decisórios, estruturalmente ambíguos, que instauram uma meta-complementaridade entre orador e ouvinte e que, tendo por quaestio um conflito decisório, o solucionam na medida em que lhe põem fim.

É que a norma jurídica trata de “... decisões sobre decisões (determinar alternativas decisões para por fim e não necessariamente solucionar um conflito). A norma diz qual decisão/escolha deve ser tomada e qual pré-decisão deve ser entendida pelo endereçado (relato e cometimento).” (FERRAZ JUNIOR e BORGES, 2020, p.40). Concentrando-se na atuação resposorial do Judiciário pátrio diante das crises hermenêuticas e normativas, tendo-se por ferramenta a dúvida reflexiva da zetética contraposta à dogmática jurídica, antes destacada também Tercio Sampaio Ferraz Júnior (2015). É que se mostra útil e atual o manejo do processo reflexivo científico através da dúvida para a busca do melhor posicionamento jurídico.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Muito já se disse pela doutrina especializada acerca da superação do direito positivado no mundo todo, com marco histórico-temporal na Segunda Guerra Mundial. E basta dizer, entre nós, que Flávia Piovesan já gizou a tal respeito que a grande falha do direito positivado é não priorizar a dignidade e os direitos de cada ser humano, tão essenciais à cooperação, ao bem-estar coletivo e à segurança jurídica. Tanto que a liberdade e a igualdade ditam os direitos humanos como “... unidade interdependente e indivisível” (2010, p.137/8 e 146), e o Estado Democrático de Direito surgido na Europa com a Constituição Alemã (1949) e o Tribunal Constitucional Federal (1951), na Constituição da Itália (1947) e sua Corte Constitucional (1956), na redemocratização em Portugal (1976) e Espanha (1978), como no Brasil com a Constituição de 1988, em conjunto, estabilizam as instituições.

Não por acaso, rememora-se que Michel Beaud (1987) faz corte histórico, partindo de O Príncipe, como fator econômico e político. Usando de método temporal das relações entre tais componentes que ajustam o modelo capitalista. Com Marx, trata do capital e do Estado. E aponta o Direito como outro fator, não acomodado mas como determinante.

Para refletir se o Judiciário brasileiro, como se diz: um tanto quanto “ativista”, até legisla, mesmo que indiretamente, por políticas públicas, procurando ver até que ponto é capaz de resolver lides. Sem descuidar do compromisso do Direito com a segurança e estabilidade social, a priorizar a previsibilidade das respostas jurídicas.

FERRAZ JUNIOR e BORGES (2020) declaram que a “Modernização”, “secularização” e “pluralismo” geraram significativas mudanças na orientação do homem e da sociedade e desencadearam uma distinta “crise de sentidos” jamais experimentada” (2020, p.42), e acresceram o fenômeno da “virtualização” como quarto pilar da “crise de sentidos”, contribuindo à desagregar e reorientar os sentidos.

Admitem o mundo real e o virtual como dois modos de ser, dizendo existirem quatro: possível, real, virtual, atual. Discorrem sobre modelo árvore (na ordem jurídica, pela ideia da pirâmide normativa, com movimento centrífugo) e rizoma (destacando-se pela presença de um componente variável de modo a tornar o movimento sobrelinear). E tratam do “ciberespaço” como local da virtualização da relação comunicativa, dizendo que ali ocorre a fragmentação e a reorganização dos sentidos.

A vida ficou complexa, a exigir mais das instituições, rompendo hábitos e promovendo mudanças. Dizem os autores que a modernidade trouxe a fluidez e a liquidez das relações sociais, lembrando aqui de Bauman, a contribuir decisivamente para o enfraquecimento das relações como um todo e a refletir nos sentidos. E, nesse ponto, FERRAZ JUNIOR e BORGES declaram que a forma jurídica da argumentação agora se

pontua pela lógica do hipertexto, e que a decisão jurídica surge como “uma decisão de poder” sob a ideia do “posso porque decido” (2020, p.45/ss). Será mesmo?

A crise é um momento de maior instabilidade, convergindo para uma situação de pico, de todo superável. A jurisdição é apenas um dos elementos sociais prioritários à vida em sociedade, como o são os demais Poderes, a política e a economia. E exemplificando o que se entenderia, atualmente, como “ativismo”, mas por outro Poder, Ivo Dantas (2010) afirmou que, mesmo cabendo ao Judiciário o controle de constitucionalidade, o próprio STF já admitiu que o Executivo deixe de aplicar alguma lei que considere inconstitucional. Ademais, como não lembrar do fenômeno do manejo excessivo de medidas provisórias pelo Executivo e do recorrente e por vezes abusivo pedido e concessão de liminares e ou de tutelas de urgência perante o Judiciário, ao tempo que todos foram pensados em caráter excepcional?!

Ora, cabe ao Legislativo legislar e ao Executivo tornar efetiva a atividade estatal na vida das pessoas. Como a economia é por igual garante da dignidade humana pelo acesso a condições materiais, educação, saúde, segurança, bens e riquezas etc., tendo-se por primado o mínimo existencial. E a política é inclusiva social e igualmente solidária à dignidade da pessoa. Nesse estandarte de coagentes, o direito atua pela estabilidade, na consolidação e estabilização das relações sociais inclusivas e dignificantes a cada pessoa. O direito serve à segurança. O Parlamento concentra o debate e disputas políticas, e faz surgir as leis, segundo a vontade da matriz social influente, contribuindo de algum modo à estabilidade. E neste cenário pode surgir o que se diz por ativismo judicial quando o Judiciário funda uma intervenção em nota constitucional por conta da omissão legislativa ou normativa.

E, na obra-base deste ensaio, a teoria do direito brasileira é vista por FERRAZ JUNIOR e BORGES como uma teoria nitidamente europeia. A noção da teoria do direito é a do direito como norma, como ordenamento jurídico. Ressaltando (2020, p.58):

De consequência, erigiu-se um direito enquanto instituição marcado pelo autoritarismo, exclusividade, estatalidade, e, sobretudo, universalidade no trato com as questões de fato e da vida cotidiana, enfim, um direito que se poderia denominar de um direito oficial. Um direito artificial, que por si só enquanto instituição já é produto das forças dominantes, mas, que em países coloniais, agrava-se significativamente no distanciamento da realidade.

FERRAZ JUNIOR e BORGES destacam características da influência normativa europeia e da colonialidade do direito brasileiro. Esclarecem que o Brasil deixou de ser colônia para ser Império antes de se tornar República, sem uma ruptura ou revolução de fato, e que sua edificação como Estado foi gradual, com o ordenamento sendo erigido pelo ideário

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

européu, com sobreposição de manifestações locais (ex: indígenas, caiçaras, quilombolas etc). Mesmo com a independência, persistiu por certo tempo a aplicação de Ordenações portuguesas e a influência romanística (2020, p.67). Tanto que a Constituição Federal de 1824, mesmo tendo previsto a edição de um Código Civil, este de fato só ocorreu em 1916, de forma que a teoria geral do direito brasileiro acabou por conferir uma identidade somente nas primeiras décadas do séc. XX (2020, p.69/70).

DANTAS (2010) e BARROSO (2011, p. 2) já enalteceram que o Judiciário pátrio superou o papel clássico de controle da aplicação da lei, em que se resumia a análise da forma; para exercê-lo, como destacado por PIOVESAN (2010, p.27-30) com força normativa e jurisdição constitucional pela juridicidade, constitucionalidade, direitos fundamentais, justiça social, e dignidade humana. E, DANTAS (2010) aponta pressupostos teóricos do controle da constitucionalidade por declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade, por onde agem os valores essenciais da sociedade consagrados pelo antecedente Poder Constituinte. Cujas alterações dependem de normativo constitucional rígido, e há suprallegalidade da regra constitucional ao ordenamento. Diz que constituições sintéticas do séc. XVIII deram lugar para analíticas (como a brasileira), abrangendo questões sociais e econômicas.

Discorre que o exame da constitucionalidade pode suceder de modo ôntico, da elaboração até o conteúdo da norma e valendo-se da teoria do direito, ou limitar-se a formas e do controle da constitucionalidade. Adotando nossa Constituição o modelo difuso ou concentrado na forma do art. 52, inc. X, da Constituição Federal; o primeiro, não aplicando a norma inconstitucional, e no segundo, a retirando do sistema jurídico. A destacar, ainda, que no modelo pátrio há alargamento da matéria constitucional, com direitos fundamentais de ordem econômica, social, e cultural, e a se tutelar a organização econômica da sociedade. Tanto que constam regras pontuais, superiores, tipifica-se órgãos públicos, formas de expressão política, controle da constitucionalidade e meios da mudança formal pela emenda e revisão.

Não se olvida que o referido controle se opera por inconstitucionalidade por omissão, declaratória de constitucionalidade, descumprimento de preceito fundamental, ampliação da legitimidade ativa para ADI, e pelo crivo incidental de direitos e garantias individuais e sociais; a ação direta de constitucionalidade e a de inconstitucionalidade (art. 102 e Lei 9.868/99), a ação de descumprimento de preceito fundamental (Lei 9882/99); o recurso extraordinário, com a Lei 8.950/94, e Código de Processo Civil de 2015. Há a ação direta de inconstitucionalidade com legitimidade ativa ampliada (art. 102, I, e art. 103). Ação de

inconstitucionalidade por omissão com legitimidade estrita (art. 103), o mandado de injunção com legitimidade ampliada (art. 5, inc. LXXI), funcionando o último como controle por omissão.

A legitimidade do Judiciário é decorrente da escolha de seus membros por concurso público ou da nomeação pelo Executivo no caso dos quintos constitucionais, enquanto a do Legislativo e do Executivo advém do voto. Sendo que todos sem exceção devem entre si harmonia e independência (Constituição de 1988, art. 2).

Como lembrado por FERRAZ JUNIOR e BORGES, há que se resolver as lacunas presentes no ordenamento jurídico. Sendo que os positivistas trataram de elucidá-las pela integração do direito, fontes dos costumes, analogia, e princípios gerais. E acrescem que a resolução dos conflitos pressupõe um ordenamento jurídico coerente, não contraditório. E que, na modernidade, estando conjuntamente presentes a secularização, o pluralismo e a virtualidade, faz surgir uma “crise de sentidos” pela qual entendem haver incapacidade teórico-dogmática da superação.

Ainda no campo da ocorrência de crises em sentido amplo, Paulo Bonavides (2001) trata de crises do Brasil constitucional, pela fase imperial (séc. XIX) e a da republicana (a partir de 1889). O republicano, com quatro fases: constituinte (de 1808 até Carta Imperial de 1824, Don Pedro com o poder moderador), constitucional (com a queda do império em 1889 e criação da república federativa, e Cartas de 1891 e 1946 blindando termos república e federação e a de 1988 permitindo a discussão por plebiscito ocorrido em 1993, a de 1988 com o federalismo do Estado, o voto direto e secreto e universal e periódico, a separação dos poderes, os direitos e garantias individuais), a soberania e unidade nacional. Fala da constitucionalidade material e formal. Pugna por um direito constitucional positivado, concreto e eficaz. À época do lançamento da obra (2001) falava de uma crise constituinte e de cláusulas pétreas (CR/88, art. 60, par. 4), diante da avalanche de medidas provisórias pelo Executivo. E discorre sobre crise do Judiciário, dizendo-o moroso, deficiente e de má qualidade, cujas decisões são/eram por vezes descumpridas pelo Executivo. Aduz uma crise constitucional no Brasil por conta do abuso de medidas provisórias pelo Executivo, em decorrência de debilidade do Legislativo, e por omissão do Judiciário, aventando ainda globalização e o neoliberalismo na gênese da crise. Quanto ao Judiciário acresce haver insegurança pela mitigação de normas e flexibilização de respostas jurídicas, excedendo-se, nos casos concretos, os contornos das lides, com exagero de prática constitucional, gerando decisões e revisão de decisões, de forma a chocar a sociedade pela diversidade de respostas jurídicas possíveis e coexistentes.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

3. O ATIVISMO JUDICIAL E OS DESAFIOS DE UM COMPORTAMENTO HUMANISTA

E esse panorama, retratado em 2001, parece ainda ativo, com entrechoque de um certo ativismo pelo Executivo, Legislativo, e Judiciário, cujos efeitos tornam-se fáceis de se verificar nos últimos anos, através do destaque pela imprensa de autoridades, pessoalizando-se o trabalho essencialmente impessoal e discreto, com impedimentos e prisões de altas autoridades, uma avalanche de leis e reformas, manifestações populares e repercussões internacionais, com maior aproximação e pontos de contato entre os Poderes, decorrendo por igual uma elevação generalizada de tensões e embates entre os operadores todos de funções essenciais ao Estado.

No dizer de FERRAZ JUNIOR e BORGES, detidamente quanto à porção de atuação do Judiciário, debatem que a ética deve sempre ser levada em consideração no crivo da norma instrutiva a ser aplicada. “Descolonizar a teoria do direito e tentar fugir à insuficiência da matriz tradicional do direito eurocêntrico exige uma mudança não apenas de racionalidade, como se tem ensaiado aqui, mas significativa mudança metodológica no trato com a normatividade, numa desconstrução global de categorias e procedimentos.” (2020, p.138). A proporcionalidade não é princípio mas dever que serve à resolução de conflitos, que o Judiciário se vale para trabalhar valores sociais e corrigir falhas. De maneira que, apregoam, possivelmente a zetética jurídica sirva melhor à transcendência do Direito como norma para o Direito como instrução, entendendo-se eles haver um descompasso senoidal entre o direito e a realidade.

Tanto que o direito é conservador e visa a estabilização das relações e modo de vida social enquanto a realidade é ativa e reativa e tende à ideia de mudança. Fala-se da crise do constitucionalismo moderno, resultante de diversos fatores como do capitalismo financeiro e redefinição das fronteiras estatais, insuficiência do Legislativo na tutela dos direitos e garantias individuais, política estatal do *welfare state* (bem estar social) e maior influência do Executivo, da negação aos direitos naturais do direito nazifacista e da noção de extrema injustiça pelo alemão Gustav Rabruch, da crise do primado da legalidade, dos movimentos anti-formalistas (surgidos após a 1 Grande Guerra), da modificação do Judiciário ao tratar dos limites do legalidade, introduzindo tribunais constitucionais, iniciando-se com o Alemão de 1949. (p.168/ss).

E a consequência foi o constitucionalismo moderno ou neoconstitucionalismo, surgido formalmente após a 2 Grande Guerra, assim caracterizado:”(a) novas constituições e um

constitucionalismo material (Schmitt, Smend e Heller); (ii) as constituições deixam de ser estatais para serem políticas e dirigentes (*Verfassungsdirektiven* – Peter Lerche 1965); (iii) há uma reaproximação entre direito e moral – dita mudança kantiana (*kantische Wende*) e a leitura moral do direito; (iv) um reaparecimento do jusnaturalismo, como visto, ao se questionar a validade exclusivamente formal do direito; (v) a idéia de força normativa da constituição (*die normative Kraft der Verfassung*), a partir da aula inaugural em Freiburg de Konrad Hesse em 1959) – *normierend Kraft*; e (vi) a constituição passa a ser vista como ordem objetiva (e não mais como “direitos de defesa” – *Abwehrrechte*) com eficácia de irradiação (*Austrahlungswirkung*).” (p.173). Com isso o Judiciário assumiu amplo papel na verificação das normas, pela interpretação constitucional, com redefinição da legalidade pelos princípios do direito, surgindo o perigoso mas necessário “ativismo judicial”, como garante da vontade geral.

A rotulação não agrada ou favorece a tolerância e o ideário da fraternidade, e até discrimina. O excesso por si só acaso presente em decisão judicial merece o crivo recursal próprio previsto no sistema jurídico-processual, pelo princípio constitucional do duplo grau de jurisdição, não sendo este o nicho que se possa instalar o ativismo.

O nó a ser desfeito é outro, no que concerne a atuação judicial em caso concreto, que se espraie ao campo de atuação constitucional por suposta omissão do Parlamento e ou do Executivo. Logo de saída se apercebe, sob uma interpretação lógico-sistemática racional, que o espectro de atuação do ativismo judicial, quando permitido, seja excepcional e pontual, funcionando como elo de integração e solução.

Luís Roberto Barroso (2011, p. 15-16) discorre sobre a interpretação constitucional sincrética, valendo-se de métodos tradicionais como gramatical, histórico, sistemático, teleológico, hierárquico, temporal e especial, além do da supremacia constitucional, unidade, razoabilidade, efetividade, das cláusulas gerais, princípios, ponderação e argumentação entre normas constitucionais. Por isso a constitucionalização do Direito, com aplicabilidade direta e inconstitucionalidade do que incompatível.

A tradição pátria é da fragmentação das normas comerciais que importam aos atos de comércio e teoria da empresa. Constam do Código Civil de 2002; no Código Comercial (Lei 556/1850) para comércio marítimo; a Lei 1.604/1976 das SA; a Lei 11.101/2005 (revista na Lei 14.112/2020) sobre recuperações e falências; a Lei 8.934/1994 sobre registro de empresas; a Lei 9.279/1996 da propriedade industrial; a Lei 4.595/1964 sobre sistema financeiro nacional; entre outras. Neste cenário, e sob cogência das normas constitucionais, ecoa potencialidade para diversidade de decisões judiciais em casos empresariais, construindo

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

respostas diversas e até antagônicas, a sugerir crise de previsibilidade. Que, no ambiente empresarial pode repercutir em desassossego indesejável ante à sensível economia, com reflexos práticos negativos, em tempo imediato às sociedades empresariais envolvidas em lide, e mediato à própria economia.

Mesmo que o alemão Peter Häberle (1997), ainda em 1975, tenha proposto uma hermenêutica constitucional pluralista ou aberta, ao alcance de todos e por assim dizer democrática, onde “... A unidade da Constituição surge da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes (HÄBERLE, 1997, p.32/3).”. Essa interpretação proposta e por muitos aceita tem o condão de autorizar uma interpretação irresponsável das normas jurídicas? Parece que não. E, o constitucionalista Luís Roberto Barroso já disse ser contra “... voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais”, asseverando que a ética e as normas e sua interpretação, assim como a função social do direito, não o autorizam (2011, p. 02).

Tercio Ferraz Júnior (2015) já tratava da função social da dogmática jurídica, e sob influência de Theodor Viehweg e Niklas Luhmann, faz distinção com a zetética. Diz que a dogmática lida com a realidade social e o controle das expectativas com foco na segurança, com diminuição de imperfeições da norma e maior aceitação social, enquanto a zetética jurídica suscita a dúvida e problematiza o direito, contudo ambas pugnam por menor perturbação social.

Para Luís Roberto Barroso (2012, p.23-32) “A judicialização e o ativismo judicial são primos” quando vistos como fenômenos no mundo jurídico. Por onde na primeira hipótese o Estado-juiz põe-se por dever constitucional e inafastável a decidir a lide como concretamente apresentada. E, pela segunda, consolidada no Brasil com a Constituição de 1988 e a ser manejada em caráter eventual, conforma-se por “... uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”, por retração legislativa ou distanciamento da política à sociedade. E vai além quando diz que o ativismo judicial ocorre por condutas várias, como no caso da aplicação de norma constitucional a casos não expressamente previstos ou legislados; ou quando do reconhecimento da inconstitucionalidade de ato legislativo “... com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição”; ou ainda quando da “... imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”.

É negativo o ativismo judicial quando passa a construir respostas jurídicas aos casos concretos na área empresarial, por aplicação indireta de norma constitucional, desprezando soluções jurídicas advindas do próprio direito comercial, estas suficientemente adequadas e

precisas. Ou, como discorre BARROSO (idem, 2012), quando praticado mesmo se ausente um “processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso.”. Afirmando, por assim, que desse ativismo decorrem riscos à legitimidade democrática, à politização da Justiça, e à falta de capacidade institucional do Judiciário.

Mas, a bem de melhor reflexão e compreensão da relevância do tema, há também quem sustente ser o fenômeno do ativismo judicial sempre desprezível. Tão só para exemplificar, Clarissa Tassinari (2013) afirma representar posturas discricionárias dos magistrados, a conformar um papel predatório do espaço político, com desrespeito aos limites estabelecidos na Constituição de 1988, passando, mesmo, a discorrer sobre *accountability* hermenêutico e que esse agir fragiliza a autonomia do direito. Enquanto Gabriel Heller e Luis Carlos Martins Alves Jr (2021) falam do ativismo judicial que se diz bem intencionado mas ilusório pelos riscos envolvidos, negando legitimidade ao Judiciário e dizendo este usurpar a função legislativa, de modo a contribuir para desconfiança ao ambiente político-eleitoral e à frustração e hostilidade.

Aqui calha lembrar pontos de reação da sociedade civil aos abusos do poder público: liberdades, direitos individuais, direitos de primeira geração, direitos fundamentais. Por onde as liberdades são exercidas contra o poder, limitando-o. Direitos individuais se exercem através do poder e para a proteção individual. Direitos de primeira geração então são a primeira categoria a surgir como primeiro modelo de Estado na história - o liberal. Direitos fundamentais, escritos ou não, que servem de alicerce ao modelo de Estado liberal, entre o indivíduo e o poder público. No Estado liberal cada um trabalha por si próprio, o governo atua pouco e para a proteção da liberdade de todos, e nesse modelo o capitalismo se desenvolve pela liberdade individual econômica e a garantia de preservação da atividade pelo estado.

Norberto Bobbio, na obra Direita e Esquerda (2001), põe-se a esclarecer a confusão de que a contemporaneidade passou e passa. Diz que democracia não é de direita ou de esquerda, e destaca o perigo da rotulação, como já alinhavado no início deste tópico. Na democracia a liberdade de pensamento e de manifestação são mais importantes do que o voto.

Como ensinam Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr e Fernando Gustavo Knoerr (2014, pág. 190/ss), o estado social, enquanto prestador de serviços, difere do intervencionista. A Constituição de 1988 erra ao usar a expressão intervenção do poder na economia, porque a economia trata de todas as relações de riqueza (dinheiro, patrimônio, educação, etc.). No Brasil o Estado é o principal agente econômico, sendo ele Estado a exercer a economia em grande parte, daí porque não intervém na economia mas no mercado. O Estado

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

intervencionista surgiu depois do social, com as dificuldades surgidas com o capitalismo industrial, com a percepção de que era necessário cuidar dos colaboradores para a proteção e o desenvolvimento do capital. O Estado intervencionista surgiu nos EUA, onde o capitalismo cresceu mais rápido do que os da Europa (em especial, Inglaterra) a partir do séc. XVIII. A primeira revolução industrial surgiu nos EUA, com máquinas a vapor, navios e trens. A segunda foi com energia elétrica, também nos EUA, levando iluminação e segurança e conforto etc. à população e à indústria. Já no séc. XX havia abundância de produtos, redundando queda de preços, e com isso redução da produção, prejudicando a indústria, até a quebra da Bolsa em 1929 (NY).

Seja como for, como zelar pela credibilidade do Judiciário e pela segurança jurídica, para maior aceitação das decisões judiciais e menor perturbação social? Com decisões em bases de sustentação generalista e construídas tendo por base as regras e normas do próprio direito comercial especializado e vocacionado a tratar das causas interempresariais, cujas decisões possam se ajustar a casos análogos ou assemelhados e por reflexo gerar apaziguamento no meio empresarial e economia. Neste pensar, há que se ter maior cuidado com respostas judiciais notadamente em lides empresariais, quando deliberadamente se desconectem do ramo comercial do Direito para intencionalmente se fundarem em preceito constitucional, diante do risco à previsibilidade, tão cara às relações empresariais sensíveis, e a gerar maior perturbação à economia, estimulando-se desse fácil proceder o risco de insegurança jurídica.

Não se nega o poder normativo da Constituição. O que se põe à reflexão é o desejável rigor e precisão jurídica quando de soluções de lides, como de interempresariais através de normas do direito comercial e que não colidam com a Constituição Federal. Põe-se à reflexão o ingrediente da prioridade de solução fundada em preceito comercial à causa empresarial, pelo instrumento imediato da essencialidade da norma jurídica empresarial, e mediato da constitucional. O neoconstitucionalista instado a resolver uma lide como a comercial pode integrar a resposta jurídica adequada ao caso concreto ao direito comercial ao constitucional.

José Afonso da Silva (2004, p.774) afirmou que a liberdade da empresa é “legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo no puro lucro e realização pessoal do empresário”. E, Farracha de Castro (2007, p. 173/4) asseverou que “o uso adequado e responsável da técnica da ponderação, portanto, pode contribuir para a convivência harmônica entre o lucro e a dignidade da pessoa humana. Os pilares do Código Civil (eticidade, socialidade e operabilidade) e o princípio da preservação

da empresa auxiliam nesse desiderato...”, apercebendo no lucro uma função social da empresa.

No exemplo, a se indicar haver bases sólidas no ordenamento pátrio bastantes à resolução dos conflitos de natureza empresarial, sem que seja preciso sempre o manejo da Constituição. Dito de outro modo, mesmo com a democratização da interpretação e ante ao convencimento motivado exigido, pode-se causar menor perturbação e ou crise na atuação judicial em lides empresariais, pela especialização normativa aplicada na resolução da lide concreta examinada pelo operador do direito.

FERRAZ JUNIOR e BORGES, prosseguindo, veem no ativismo uma corrente *procedimentalista*, por onde o controle judicial de atos do Executivo e Legislativo se restringe ao processo político e na tomada da decisão; e a corrente *substancialista*, para quem a interferência judicial se dá pela “(i) aplicação direta da constituição em situações não previstas; (ii) declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos; e (iii) imposição de condutas e abstenções ao Poder Público.” (2020, p.175).

Independente de críticas sofridas: falta de legitimidade; jurisprudência de valores e não da constituição; tribunais exercendo a soberania; excessivo destaque do Judiciário em detrimento dos demais poderes; intromissão na função legislativa direta; criação do direito judicial; erosão da juridicidade. E de predicados recebidos: legitimidade judicial na própria constituição; intervenção judicial moderada (Dieter Grimm); a constituição admite sua interpretação aberta (Peter Häberle); “...a democracia formal não é necessariamente equitativa e racional...” onde nem sempre o ideário da maioria ocorre por interesses privados e a se permitir o crivo da moral (Ronald Dworkin); favorece a interpretação por valores cooperativos em detrimento dos pessoais. O que chama atenção da realidade pátria atual, na visão de FERRAZ JUNIOR e BORGES, a ser melhor refletido, é o que se chamou de “personalismo evidenciado” do operador, pelo surgimento de heróis personalizados, cujo movimento não contribui à estabilização e institucionalização de sentidos do direito (2020, p.176).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inspirou-se em Tercio Sampaio Ferraz Junior e Guilherme Roman Borges, na obra *A Superação do Direito como Norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro*, com foco na prefalada crise de credibilidade institucional e falibilidade do sistema jurídico brasileiro na atualidade, procurando-se agregar o conhecimento colaborativo de tantos outros pensadores. A fim de tratar da norma jurídica e da sugerida superação do modo como

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

entendida e útil à complexa realidade impregnada pelos fenômenos da modernização, secularização, pluralismo, e virtualização da vida.

A ética é essencial à legitimação de toda atividade institucional, notadamente pelo Judiciário. A sociedade da informação e novas tecnologias reúnem os indivíduos, as empresas, e o poder público. O passado recente da Revolução Francesa e o da Segunda Guerra fez priorizar em muitos lugares, na Europa e por aqui, a primado da fraternidade e da dignidade do ser humano, aproximando o Direito à Ética, e lançando novos marcos, como o Estado Democrático de Direito e o neoconstitucionalismo e seu poder normativo regrado. A economia, a política, e o direito se entrelaçam, com a fluidez da informação, a globalização, a circulação de pessoas e coisas, e a recorrente obsolescência de meios disponibilizados à alimentação das necessidades sociais.

Neste estado de coisas põe-se luz ao que se tem dito por crise, com foco no Judiciário, desafios da atualidade pelo excesso de litigiosidade e gestão do passivo processual, estando muito exigido e a atuar em base constitucional de controle real.

A decorrer reflexão sobre críticas quanto a possível fenômeno a ocorrer no Judiciário, pelo excesso de interferências junto às funções de outros Poderes e ou por excesso de liminares e tutelas antecipadas. Contrapondo-se a ideia de que cabe ao Judiciário fomentar harmonia junto ao Legislativo e Executivo, e de apresentar, no espectro de atuação, soluções amadurecidas e com premissas sólidas ao final de cada devido processo legal. Bem assim que não se priorize em caráter impróprio o direito constitucional em detrimento de todo o ordenamento, por seus ramos especializados, quando forem de fato necessárias respostas em bases constitucionais e com vieses substitutivos a regras ordinárias bastantes às soluções dos litígios.

O erro pelo Judiciário, por seus magistrados, é factível como o é qualquer ação humana, mas toda falha judicial é solúvel por ferramenta da própria estrutura jurídico-processual no princípio do duplo grau de jurisdição por meio dos recursos.

Sendo que exemplificativamente quanto às lides empresariais admite-se o ativismo judicial em base constitucional tão apenas em caráter excepcional, quando da inação do Legislativo ou do Executivo, diante de casos concretos cujas soluções sejam inadiáveis, além de inexistente ou insuficiente a norma infraconstitucional.

Lança-se, assim, destaque às críticas da discricionariedade indevida e da intervenção judicial com caráter político inadequado à harmonia e independência dos Poderes da República. O cisma em cada lide, em especial a empresarial, sensível e relevante à manutenção de uma economia progressista se resolve por decisões judiciais generalistas, calcadas sobre

bases do direito comercial e que fomentem a credibilidade e a segurança jurídica com reflexo na economia, política, e direito.

Reflete-se sobre os perigos do voluntarismo e do subjetivismo em decisões judiciais, com em lides empresariais, e sobre benefícios do rigor e da precisão das soluções jurídicas construídas prioritariamente sobre normas de ramo especializado.

Admite-se, enfim, o “ativismo judicial” moderado e pontual, e critica-se o solipsismo na interpretação jurídica. Ao tempo que empresta-se de FERRAZ JUNIOR e BORGES a preocupação acerca da descolonização do Direito e a da defendida superação do Direito como norma através do Direito como instrução, sugere-se a observação cautelosa e a ponderação e chama-se a todos para uma maior reflexão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Direito Constitucional: teoria geral da constituição, Clèmerson Merlin Clève e Luís Roberto Barroso organizadores. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2011, (coleção doutrinas essenciais: v.1).

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BEAUD, Michel. História do Capitalismo de 1500 até nossos dias. Tradução por Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. Editora Brasiliense, São Paulo: 1987.

BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia. A Era dos Direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova edi, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. Direita e Esquerda: razões e significados de uma distinção política. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Editora Unesp, São Paulo: 2001.

BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. 6 edição, Malheiros, São Paulo: 1996.

BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial. 2 edição, Malheiros Editores, São Paulo: 2001.

BUZZI, Gabriela Cristina; KNOERR, Fernando Gustavo. O resgate de relações fraternas como solução para o aumento dos conflitos no Brasil. Revista Juridica, [S.l.], v. 2, n. 39, p. 88 - 109, jan. 2016. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1306/876>. Acesso em: 12 ago. 2021. doi:<http://dx.doi.org/10.21902/revistajur.2316-753X.v2i39.1306>.

CASTRO, Carlos Alberto Farracha de. Preservação da Empresa no Código Civil. Juruá, Curitiba: 2007.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

DANTAS, Ivo. O Valor da Constituição. 3 edição, Juruá, Curitiba: 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Função Social da Dogmática Jurídica. Editora Atlas, São Paulo: 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; BORGES, Guilherme Roman. A superação do direito como norma: uma revisão descolonial da teoria do direito brasileiro. São Paulo: Almedina Brasil, 2020

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre: 1997, reimpressão 2002.

HELLER, Gabriel; ALVES JR., Luis Carlos Martins. A Toga no Divã: uma leitura freudiana do direito contemporâneo. REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS, [S.l.], v. 7, n. 1, p. 353-375, abr. 2021. ISSN 2447-5467. Disponível em: <https://estudosinstitucionais.com/REI/article/view/585>. Acesso em: 12 ago. 2021. doi:<https://doi.org/10.21783/rei.v7i1.585>.

PEREIRA, Thiago Rodrigues; SAYEG, Ricardo; NEVES, Luciana Sabbatine. A SOCIEDADE FRATERNA E O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE. Revista Jurídica, v. 5, n. 62, p. 28-55, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 11 edição, revista e atualizada. Saraiva, São Paulo: 2010.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coêlho de; KNOERR, Fernando Gustavo. Ciência política e direito: Cidadania em construção. 1ª edição. Clássica Editora, São Paulo: 2014.

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

TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do Judiciário. Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre: 2013.

DOS REGIMES TOTALITÁRIOS À DEMOCRACIA TOTALITÁRIA

Leticia Ferrarini⁶³
Clayton Reis⁶⁴
Horácio Monteschio⁶⁵

1. INTRODUÇÃO

De início, sobreleva notar que a opção pela temática em comento deve-se à relevância do tema, delineado pelos desafios e perspectivas para exercício de uma democracia plena em todos os países, de um modo não só global, mas também regional e local.

Como preparação ao ponto central do ensaio, faz-se uma breve síntese dos postulados dos regimes totalitários. Após, uma abordagem sucinta da “federalização do direito”, então necessária à compreensão de sua dinâmica com os regimes autoritários existentes na atualidade e o surgimento pressão “democracia totalitária”, ou “totalitarismo contemporâneo”.

Mais adiante, passa-se para o cerne deste trabalho: a análise da democracia totalitária em si, embasada em estudos de índice da democracia, e sua manifestação nos países mais autoritários (exemplificado neste estudo pelo Chade), no Brasil, e nos países mais desenvolvidos, permitindo, assim, reflexões a respeito.

2. REGIMES TOTALITÁRIOS: BREVE ANÁLISE DE SEUS POSTULADOS

De acordo com o dicionário Brasileiro da língua portuguesa, o termo “totalitário”, é *“relativo a regime político em que um grupo centraliza todos os poderes administrativos, não permitindo oposição nem a existência de outros partidos, exigindo completa submissão do cidadão ao Estado”*.⁶⁶

⁶³ Advogada. Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto de Direito Bacellar. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA).

⁶⁴ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1996). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1970). Magistrado em Segundo Grau, aposentado, do TJPR. Professor na Escola da Magistratura do Paraná e pertence ao Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2012-2013).

⁶⁵ Pós-Doutor na Universidade de Coimbra - Portugal e pelo UNICURITIBA, Paraná - Brasil. Pós-Doutorado.Mediterranea International Centre for Human Rights Research, MICH, Itália. Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo- FADISP. Mestre em Direitos da Personalidade - UNICESUMAR. Professor de Direito e Processo Administrativo do UNICURITIBA. Professor do Programa de mestrado da UNIPAR. Pós-Graduado em Direito Imobiliário e Direito processual civil pela Escola Paulista de Direito.

⁶⁶ “O andar em que se situava o quarto de Lacerda estava sob a responsabilidade da enfermeira Maria Auxiliadora, portuguesa desinibida que [...] aqui se encontrava exilada, como outros portugueses que de alguma forma haviam se beneficiado ou participado do governo totalitário de Oliveira Salazar [...]”.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Cavalcanti (1977) aduz que o ponto de partida para análise do tema incide justamente no querer do Estado, do governo, do poder, de chamar para si o homem todo – daí o nome totalitário –, ou seja, suas convicções, sua consciência, suas opções, invadindo a área daquilo que, em linguagem aristotélico-tomista, se chama o segredo da pessoa, a intimidade da pessoa, sua privatividade.

Segundo o autor, é próprio do totalitarismo querer tomar para si toda a pessoa, impondo-lhe um modo de pensar, um modo de se conduzir, enfim, tirando-lhe toda a área de liberdade, inclusive aquela que é absolutamente inatingível, que é a área da consciência, das atitudes, no sentido dos direitos humanos ou naturais. (CAVALCANTI, 1977).

O totalitarismo não respeita a pessoa e apropria-se dela, numa atitude de divindade leiga. Não há nenhum limite na ação totalitária: *“o ponto fundamental está no fato de o Estado totalitário avocar para si o homem todo, monopolizando a expressão da verdade e invadindo o segredo da pessoa”* (CAVALCANTI, 1977, p. 98).

A partir da referida apropriação, o indivíduo passa a aceitar a verdade oficial que emana do Estado – apoiada numa ideologia, cujo processo de contínua afirmação, que se dá por meio de técnicas e instrumentos com alto grau de eficácia, impede qualquer pluralidade de pensamento (cita-se, como exemplos, o uso de propaganda política intencionalmente deturpada na intenção da manipulação das massas, bem como a instituição da polícia secreta).

Características comuns dos referidos regimes são a censura e o unipartidarismo, porquanto a multiplicidade de partidos políticos implicaria no reconhecimento formal de uma oposição e na aceitação de verdades diferentes daquela proclamada pelo Estado.

Neste sentido, ressalta Cavalcanti:

Uma faceta não pode ser esquecida na análise do totalitarismo: é que ele implica uma necessidade de não ser contestado. O sistema totalitário adota como postulado uma verdade política única e exclusiva, uma observância absoluta às suas formulações. Vale dizer, uma tendência à busca total de unanimidade. O totalitarismo é antes de tudo um sistema que nos obriga a pensar contra a nossa vontade, um sistema de intoxicação progressiva, que busca unanimidade nas suas formulações, porque a verdade totalitária, isto é, a verdade oficial, está sempre fundamentada numa ideologia e, como tal, não pode aceitar nenhuma espécie de crítica nem ser contestada. Ela nega o valor da liberdade. (CAVALCANTI, 1977, p. 99-100)

Para o autor, a ideologia e a propaganda podem ser insuficientes para afastar ou eliminar a divergência. Deste modo, a obstinação da unanimidade que anima e instiga os

regimes totalitários requer o terror que, mediante coação, afasta a possibilidade de opções e obtém a anuência expressa e tácita dos comportamentos. Alcança a igualdade, portanto, diante do medo, e por essa razão o totalitarismo tem como um de seus instrumentos de dominação mais importantes: a polícia secreta (CAVALCANTI, 1977, p. 98).

Logo, o Estado passa a ter o controle de todas as atividades sociais, cuja dinâmica que lhe é própria prescinde de um monopólio estatal, direto ou indireto.⁶⁷

Para fins de diferenciação entre os regimes totalitários e os demais existentes, o presente trabalho leva em consideração a conceituação trazida pela filósofa política Hannah Arendt.

Em sua notável obra “Origens do totalitarismo” (1951), Arendt restringe o uso do termo totalitarismo, utilizando-o para se referir apenas aos regimes políticos que tiveram lugar na Alemanha nazista e na Rússia stalinista, não o considerando para a Itália de Mussolini:

A restrição de Arendt quanto à aplicação do conceito totalitarismo parece se pautar em dois pontos: primeiro, na constatação de que os regimes verdadeiramente totalitários visam ao estabelecimento de uma espécie de “domínio mundial”; segundo, porque tais regimes se utilizam da instituição dos campos de concentração para o exercício desse domínio totalitário. [...] Arendt não emprega o rótulo totalitarismo para se referir à ditadura fascista. (GONÇALVES; LIMA, 2017, p. 76)

Para a autora, o nazismo e o stalinismo se assemelham às ideologias totalitárias, isto é, com uma explicação compreensiva da sociedade e também da vida individual, demonstra como a via totalitária depende da banalização do terror, da manipulação das massas, do acriticismo face à mensagem do poder. Segundo ela, Hitler e Stalin seriam duas faces da mesma moeda, tendo alcançado o poder por terem explorado a “solidão organizada” das massas:

O totalitarismo não se confunde com nazismo, fascismo ou stalinismo, ou outros tantos movimentos de poder político. Uma reflexão aprofundada sobre a origem, a evolução e o conteúdo social dos diversos regimes reivindicados como totalitários revela diferenças muito profundas entre eles, principalmente entre o nazismo alemão e o stalinismo russo. Em primeiro lugar, existe uma diferença notável com relação à duração de ambos os regimes: o nazismo durou doze anos, de 1933 a 1945,

⁶⁷ Segundo os autores Neumann (1969) apud Chasin (2013, p. 15), o totalitarismo é fundamentalmente uma oposição radical ao estado liberal. Os mesmos consideram cinco fatores como essenciais na ditadura totalitária, os quais facilmente se contrapõem, as apresentando como “*as características do mais repressivo sistema político*”:

- 1) transição de um estado de direito para um estado policial – oposição entre lei e força;
- 2) transição do poder difuso nos estados liberais para a sua concentração no regime totalitário – oposição entre difusão e concentração do poder;
- 3) existência de um partido estatal monopolista – oposição entre pluralismo partidário e seu contrário;
- 4) transição dos controles sociais que passam de pluralistas para totalitários – oposição entre estado e liberdade;
- 5) presença decisiva do terror como ameaça constante contra o indivíduo – oposição entre violência e razão (consubstanciada no indivíduo) (CHASIN, 2013).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

conhecendo uma radicalização acumulativa até o seu desfecho, após o fim da II Guerra Mundial; o stalinismo soviético, por sua vez, durou mais de 30 anos e, ao contrário do nazismo, não encontrou o seu fim após o fracasso em uma guerra, mas devido a uma crise interna. Em segundo lugar, existe uma diferença patente na formação dos regimes: no caso do nazismo, um regime que se constitui por meio de uma alternância política legal; no caso do stalinismo, um regime que nasce de uma revolução política. Em terceiro lugar, também são distintas as ideologias que fomentam os dois regimes: no nazismo, uma concepção de mundo racista, fundada em uma visão nacionalista biologizada e, consequentemente, em culto à mitologia de superioridade alemã; no caso do regime stalinista, uma ideologia amparada em uma interpretação dogmática do marxismo. As diferenças ideológicas entre a Alemanha hitlerista e a Itália fascista, no entanto, diminuíram notavelmente a partir de 1938, quando da promulgação de leis raciais e antisemitas na Itália. (TRAVERSO, 2005, p. 103-104).

Desta forma, tal qual para Arendt, o totalitarismo é compreendido como uma formulação teórica, sem caráter científico, abonado na experiência do nazismo, na Alemanha, e do stalinismo, na Rússia, movimentos que se fundamentam basicamente na mobilização das massas⁶⁸ e numa ideologia de controle e terror⁶⁹.

3. O FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO E AS “DEMOCRACIAS TOTALITÁRIAS”

Advindos os eventos antropológicos ocorridos no início do século XX, principalmente após as grandes Guerras Mundiais, tornou-se premente a necessidade da verticalização de um ordenamento jurídico, submetido à uma constituição, oriunda do poder do povo.

Tal fenômeno, chamado por Barroso (2014) como “*o fenômeno da constitucionalização do direito*”, foi presenciado em especial na Alemanha de 1949:

⁶⁸ Para Hannah Arendt o totalitarismo é uma forma de governo inédita, arraigada em duas novas camadas sociais: a ralé e as massas. A ralé seria composta “*do refúgio da sociedade capitalista, daqueles que não encontram representação no sistema político, e que também são subprodutos da burguesia, não se desligando desta*” (PIRES, 2020, p. 39); enquanto as massas seriam formadas “*pelas pessoas neutras, desarticuladas e isoladas, indiferentes politicamente, atomizadas, supérfluas, resultantes de um mundo destruído*” (PIRES, 2020, p. 39). Na análise de Arendt (1998, p. 128): “*A ralé é fundamentalmente um grupo no qual são representados resíduos de todas as classes. E isso que torna tão fácil confundir a ralé com o povo, o qual também compreende todas as camadas sociais. Enquanto o povo, em todas as grandes revoluções, luta por um sistema realmente representativo, a ralé brada sempre pelo “homem forte”, pelo “grande líder”.*” (ARENDT, 1998, p. 128).

⁶⁹ “*Por existirem num mundo que não é totalitário, os movimentos totalitários são forçados a recorrer ao que comumente chamamos de propaganda. Mas essa propaganda é sempre dirigida a um público de fora – sejam as camadas não-totalitárias da população do próprio país, sejam os países não totalitários do exterior.*” (ARENDT, 1998, p. 390).

[...]

“*Quando o totalitarismo detém o controle absoluto, substitui a propaganda pela doutrinação e emprega a violência não mais para assustar o povo (o que só é feito nos estágios iniciais, quando ainda existe a oposição política), mas para dar realidade às suas doutrinas ideológicas e às suas mentiras utilitárias.*” (ARENDT, 1998, p. 389).

...sob o regime da Lei Fundamental de 1949 e consagrando desenvolvimentos doutrinários que já vinham de mais longe, o Tribunal Constitucional Federal assentou que os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção de situações individuais, desempenham uma outra função: a de instituir uma ordem objetiva de valores. O sistema jurídico deve proteger determinados direitos e valores, não apenas pelo eventual proveito que possam trazer a uma ou a algumas pessoas, mas pelo interesse geral da sociedade na sua satisfação. Tais normas constitucionais condicionam a interpretação de todos os ramos do direito, público ou privado, e vinculam os Poderes estatais.

Transcorrido lapso temporal, a mudança de nomenclatura do capitalismo para sistemas de mercado, somado ao fim da Guerra fria; a preocupação com o meio ambiente; a valorização dos direitos humanos; a ideologia de gênero, dentre outros eventos, levaram a maioria dos Estados à sua plenitude democrática, ao menos no ocidente.

Medeiros (2012) pontua que:

Nasce um Estado que carrega consigo preocupações sociais, cujo modelo de sociedade tem como base a dignidade da pessoa humana. Isso se deve, por ter sido esse modelo erigido em um cenário de degradação mundial, no período das grandes guerras mundiais e a crise econômica de 1929, tornando evidente que as livres regras do mercado demonstraram-se insuficientes para atender os anseios sociais e que a intervenção do Estado se fazia necessária na vida econômica e social. Assim, o século XX assiste ao crescimento do Estado, ampliando sua área de atuação que antes era restrita. Vários setores foram abrangidos, como: a vida social e econômica, a previdência social, a cultura, a educação, a saúde, entre outros.

Entretanto, ao analisar regimes autoritários existentes na atualidade – em contraponto com a crescente busca da constitucionalização do direito – alguns autores atuais fazem uso da expressão “democracia totalitária”, ou “totalitarismo contemporâneo”.

Rosenfield (2009) cita a “democracia totalitária” ao se referir ao regime bolivariano da Venezuela, asseverando que *“os dois termos antônimos não são absolutos”*.

Já Alves (2007) descreve o “totalitarismo contemporâneo” de acordo com as seguintes características:

- a) a ausência de alternância real do poder político, ausência essa conjugada, via de regra, com um sistema de partido político único;
- b) a presença de uma ideologia política que delimita e explica totalmente toda a realidade social, ou pelo menos pretende delimitar e explicar na sua totalidade com base em premissas e argumentos pretensamente científicos; e
- c) a existência de um aparelho burocrático altamente desenvolvido e de uma estrutura administrativa complexa a serviço do Estado e não a serviço do indivíduo e da Sociedade.

...

O que caracteriza o estado totalitário contemporâneo é o controle repressivo e, regra geral, difuso do Estado e do seu aparelho burocrático sobre a Sociedade e sobre o indivíduo mediante o monopólio estatal dos componentes organizacionais básicos da Sociedade (produção e difusão da cultura popular, aí incluindo os meios de informações e de educação; controle dos mecanismos de mobilidade social; controle sobre a estrutura de transportes de massa e da estrutura de saúde pública; etc.).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Medeiros (2012 apud Franco 1993) explica que nessa intervenção ocorre uma integração entre os sistemas jurídico e econômico, agindo no equilíbrio do mercado, com vistas à manutenção dos direitos, garantias e liberdades fundamentais, trazendo regulação.

Logo, as ditas “democracias totalitárias” carregam forte traço de intervenção econômica estatal.

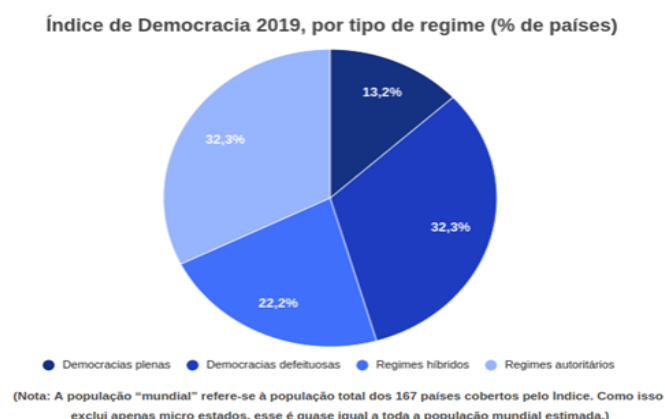
3.1. Regimes autoritários na atualidade: o caso do Chade

Feita breve retrospectiva sobre os postulados dos regimes totalitários e o surgimento do fenômeno das democracias totalitárias, pode-se dizer que o mundo ainda não se viu livre dos governos autoritários.

De acordo com estudo anual realizado pela Unidade de Inteligência do Jornal *The Economist* (*Economist Intelligence Unit*), conhecido como Índice de Democracia, no ano passado – 2019, último estudo divulgado no início deste ano⁷⁰ – 54 (cinquenta e quatro) países ainda são considerados regimes autoritários.

Importante mencionar que a população mundial se refere à população total dos 167 (cento e sessenta e sete) países cobertos pelo índice, não sendo abrangidos apenas microestados, o que permite a apuração de índices fidedignos.

O estudo revela que quase cinquenta por cento da população vive em algum tipo de democracia – classificação entre democracias plenas, democracias defeituosas, e regimes híbridos e regimes autoritários – mas apenas uma minoria esmagadora vive em uma democracia plena (22 países, representando menos de 6%):



Fonte: Índice de Democracia 2019/Economist Intelligence Unit

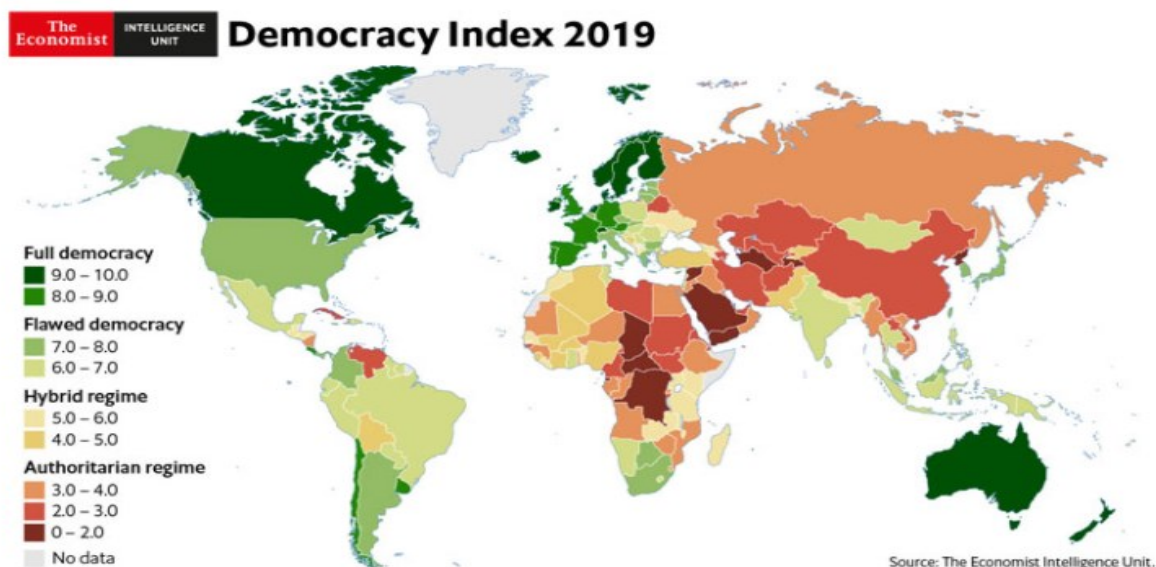
⁷⁰ Disponível em <<https://www.opendemocracy.net/es/qu%C3%A9-pasa-con-la-democracia/>>. Acesso em: 07 set. 2020.

Sobre o conceito de democracia plena, se deve ter em mente que o *The Economist* avalia os países em cinco critérios: (1) processo eleitoral e pluralismo; (2) funcionamento do governo; (3) participação política; (4) cultura política; e (5) liberdades civis, com notas que vão de zero a dez.

Segundo o informe:

A marcha global da democracia estagnou nos anos 2000 e recuou na segunda década do século XXI. Mas a recente onda de protestos no mundo em desenvolvimento e a insurgência nas democracias maduras mostram o potencial de renovação democrática.⁷¹

Os países que lideram o índice como as democracias mais plenas são Noruega, Islândia, Suécia, Nova Zelândia e Finlândia. Já os piores do *ranking*, então considerados como os regimes mais autoritários, são Chade, Síria, República Centro-Africana, República do Congo e Coreia do Norte:



Fonte: Índice de Democracia 2019/Economist Intelligence Unit

Isto posto, faz-se a análise do país considerado com o governo mais autoritário da atualidade: o Chade.

O Chade, oficialmente república do Chade, é um país localizado no centro-norte da África, que se encontra dividido em três grandes regiões geográficas: a zona desértica no Norte, o cinturão árido do Sael no centro e a savana sudanesa fértil no sul.

⁷¹ Disponível em <https://www.eiu.com/public/topical_report.aspx?campaignid=democracyindex2019>. Acesso em: 07 set. 2020.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Curiosamente o Lago Chade, do qual o país obteve o seu nome, é o segundo maior corpo de água da África e o maior do país, que abriga mais de duzentas etnias.⁷²

Desde os primórdios existiram disputas pelo controle das rotas do comércio transaariano, e no século XIX a França colonizou este território, o incorporando à África Equatorial Francesa. O domínio francês no Chade foi caracterizado pela visão da colônia como uma importante fonte de mão de obra barata e algodão, motivo pelo qual a França introduziu a produção em grande escala desta matéria prima (1929).

Em 11 de agosto de 1960 a independência foi proclamada. Em 1962 o primeiro presidente eleito, François Tombalbaye, dissolveu os partidos de oposição e estabeleceu o unipartidarismo. Em meados de 1965 – após três anos – revoltas contra a política do país fez com que os muçulmanos ao norte entrassem em uma guerra civil, e anos depois o presidente foi assassinado.

Em 1979 os rebeldes tomaram a capital e puseram fim à hegemonia cristã no sul. Entretanto, o conflito entre os comandantes rebeldes permaneceu, atravessou as fronteiras, culminando com o conflito entre o Chade e o Sudão, com milhares de refugiados vivendo em acampamentos no leste do país.

E no governo atual, liderado pelo general Idriss Déby, houve a reintrodução do unipartidarismo. Déby é o Presidente do país desde 1990, quando liderou uma rebelião contra o então Presidente Hissène Habré.

Desde 2001 o país passou a explorar o petróleo, com esperança de que o Chade tivesse uma nova perspectiva, mas os conflitos internos voltaram a eclodir, se instalando uma nova guerra civil, e afastando os investidores estrangeiros.

Neste ponto, grifa-se que no início de 2003 o Banco Mundial financiou parte de um oleoduto para união de milhares de jazidas da região à terminais da costa atlântica de Camarões (oleoduto Chade – Camarões), mas o projeto de empréstimos foi suspenso quando o governo do Chade aprovou leis para reduzir os investimentos feitos por esses programas.

Em contrapartida, a realidade interna era a de que o país, cuja floresta sempre teve importância fundamental em sua cultura, modo de vida e história, já vivenciava os gravíssimos danos ambientais decorrentes da exploração do território, reforçando a necessidade de respostas por parte do líder do governo.⁷³

⁷² Disponível em <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Chade>>. Acesso em: 08 set. 2020.

⁷³ O “despejo dos povos da África Central é objeto de estudo de organizações não governamentais, como por exemplo a “Survival”, movimento global pelos direitos dos povos indígenas: “*Muitas dessas comunidades, porém, foram deslocadas por projetos de conservação e suas florestas remanescentes foram degradadas pela exploração madeireira extensiva, expansão por parte dos agricultores, e atividades comerciais como o comércio*

Atualmente, com questão dos refugiados ao leste, a população também vivencia o aumento da violência étnica.

Chama-se atenção ao fato de que apesar dos recursos – como dito uma das maiores reservas de petróleo da África, e da localização privilegiada – respeitadas as limitações do território, os chadianos vivem na pobreza, aliás, cerca de 40% (quarenta por cento) da população vive abaixo da linha da pobreza.

Mais especificadamente voltando à temática dos regimes totalitários, os opositores de Déby apontam que o mesmo está no poder há mais de 30 (trinta) anos por ser um excelente estrategista militar:

Os críticos do atual Presidente do Chade descrevem-no como um autocrata. Apesar da disputa de poder entre vários grupos étnicos, Idriss Deby está no poder há 30 anos. Segundo analistas, isto deve-se sobretudo à sua astúcia como estrategista militar.

Ativistas denunciam que o Presidente chadiano usa as receitas do petróleo para construir redes de patrocínio e reprimir os dissidentes. Abdelkérím Yacoub Koundougoumi, um ativista político chadiano que vive no exílio na França, é um deles. "Ele faz tudo para eliminar todos aqueles que se opõem ao seu regime. E desmantelou os grupos da sociedade civil", conta Koundougoumi à DW.

O Presidente chadiano ganhou a confiança da Europa com a sua tentativa de liderar a luta contra o terrorismo na região do Sahel. No Chade, Deby Itno beneficia das lutas entre os grupos étnicos.⁷⁴

Ainda, evidenciam a necessidade da criação de um cenário de instabilidade interna:

Analistas explicam que o regime precisa de instabilidade interna para justificar a sua permanência no poder.

Desde a independência, a França já interveio militarmente em África mais de 50 vezes, sobretudo no Chade. A maioria dos chadianos acredita que é possível estabilizar o país sem a ajuda da França. Mas também sabem que é quase impossível livrarem-se do antigo colonizador, especialmente com o atual regime no poder.⁷⁵

*intensivo de carne. Poucos grupos receberam qualquer compensação pela perda de seu auto-sustentável modo de viver na floresta, e muitos enfrentam níveis extremos de pobreza e problemas de saúde em assentamentos nas periferias das terras que antes pertenciam a eles. (...) Comunidades Twa foram expulsas dos parques em toda a região, incluindo o Parque Nacional de Vulcões (Ruanda), Mgahinga (Uganda) e Kahuzi-Biega (República Democrática do Congo). Como povos da floresta, eles sofreram muito com suas terras sendo convertidas em áreas de conservação ambiental das quais eles foram despejados. Vivendo na pobreza nas bordas da terra que já lhes pertenceu, eles se tornaram dependentes de esmolas e trabalham para outros por um mísero salário. **Em 1999, o Parque Nacional Campo Ma'an foi demarcado em "compensação" pelos danos ambientais causados pelo oleoduto Chade-Camarões. Não só os caçadores-coletores Bagyeli perderam suas terras, mas também têm sido impedidos de acessar a área e forçados a praticar agricultura, sem nenhuma forma de consulta. No sudeste dos Camarões, caçadores-coletores Baka estão sendo ilegalmente despejados de seus lares ancestrais para abrir caminho a parques nacionais, e enfrentam prisão e espancamentos, tortura e morte nas mãos de guardas florestais apoiados por grandes grupos de conservação ambiental como o WWF.** Disponível em: <<https://www.survivalbrasil.org/povos/africacentral>>. Acesso em: 08 set. 2020.*

⁷⁴ Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/60-anos-ap%C3%B3s-a-independ%C3%Aancia-que-liberdade-existe-no-chade/a-54522341>>. Acesso em: 08 set. 2020.

⁷⁵ Idem.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

E aqui se pode fazer uma ligação entre os ditos governos autoritários e os antigos regimes totalitários, ao passo que o exemplo do Chade igualmente evidencia postulados como a concentração do poder em um único governante ou em grupo pequeno que impõe sua autoridade por meio de força militar, repressão e censura de opositores, violação dos direitos e liberdades individuais, e existência de uma ideologia de controle.

Fazendo um parêntese, no último mês de julho a Liga de Direitos Humanos chadiana denunciou que quarenta e quatro pessoas detidas ilegalmente no Chade por alegadamente pertencerem ao grupo terrorista Boko Haram foram "*asfixiadas deliberadamente*" na prisão, contradizendo a versão de suicídio coletivo anunciada pelas autoridades locais.⁷⁶

A ambivalência do líder totalitário, fornecendo a ficção necessária para manipulação social, e ao mesmo tempo sendo o destruidor dos paradigmas que sustentam a sociedade e as relações sociais a ponto de transformá-las continuamente, há muito já foi apontada por Hannah Arendt (1989):

[...] o líder enfrenta duas tarefas que a princípio parecem absurdamente contraditórias: tem de estabelecer o mundo fictício do movimento como realidade operante da vida de cada dia, e tem, por outro lado, de evitar que esse novo mundo adquira nova estabilidade; pois a estabilização de suas leis e instituições certamente liquidaria o próprio movimento. O líder totalitário tem de evitar, a qualquer preço, que a normalização atinja um ponto em que poderia surgir um novo modo de vida – um modo de vida que, após certo tempo, poderia deixar de parecer tão falso e conquistar um lugar entre os modos de vida muito diferentes e profundamente contrastantes das outras nações da terra.

Logo, vê-se que ainda hoje os países considerados como sendo de regimes mais autoritários, perpetuam uma cultura que não é enraizada nas vivências de práticas e relações sociais, mas apontam para uma relação majoritária entre os indivíduos e o Estado, onde aqueles são privados da possibilidade de formar livremente o pensamento sociocultural a partir de uma razão dialógica pura, sem interferências sobre as relações comunicacionais, sociais e econômicas.

Em outras palavras, a comunicação e interação entre os membros da sociedade já se apresenta contaminada pelas ideias e ideologias difundidas pelo Estado, bem como os indivíduos passam a ter relações uns com os outros baseados nos padrões desenhados pelo domínio estatal.

⁷⁶ "Na véspera da morte destas 44 pessoas, um misterioso fumo invadiu a cela, pelas seis da tarde, e todos os prisioneiros começaram a tossir, tendo morrido 44 dos 58", adiantou o advogado, durante a apresentação do relatório da Liga sobre o sucedido, em N'Djamena, capital chadiana. "*Só à meia noite, os carcereiros foram retirar os sobreviventes*", acrescentou. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-002/liga-denuncia-asfixia-deliberada-de-44-detidos-no-chade/a-54228865>>. Acesso em: 09 set. 2020.

3.2.O índice da democracia: o brasil versus países desenvolvidos. Totalitarismo invertido?

Voltando à análise do Índice de Democracia – porém com enfoque no território nacional – o estudo apontou que o ano de 2019 foi um ano intenso de reveses democráticos e protestos populares, o que demonstra um potencial de renovação, mas por mais um ano seguido o Brasil caiu no *ranking*, ficando em 52º lugar – a pior classificação desde o início do índice, em 2006.

Com essa pontuação, o Brasil fica classificado como "democracia defeituosa", ou seja, leva-se em consideração que o país possui eleições livres e justas e que as liberdades básicas são respeitadas. Mas, em contrapartida, há pontos sensíveis na gestão do governo, e principalmente participação popular reduzida nas políticas adotadas.

Por fim, observa-se que a crise democrática se estendeu também aos chamados países avançados. Em particular, os Estados Unidos continuam não sendo classificados como uma democracia plena, e se mantém na mesma categoria do Brasil ("democracia defeituosa"), o que coincide com ao período de eleição de Trump.

Sobre a temática, cita-se a tese muito interessante do cientista político norte americano Sheldon Wolin, chamada totalitarismo invertido, tratada em artigo que se vale de uma matéria do jornalista Chris Hedges, publicada no portal *Truthdig*.

Em seu livro intitulado *"Democracia Incorporada: democracia administrada e o espectro do totalitarismo invertido"*, Wolin sustenta que o sistema político dos Estados Unidos se encontra completamente dominado pelo poder das grandes corporações e que, por isso, não é de fato democrático – mas, ao contrário, totalitário.

Isso porque, segundo Wolin, nos regimes totalitários "clássicos" (fascismo nazista ou do comunismo soviético), a economia se encontrava subordinada à política. Mas, sob o totalitarismo invertido a economia domina a política, de modo que os Estados Unidos *"se tornaram o mostruário do modo como a democracia é administrada pelos interesses das empresas sem parecer que foi suprimida"*:

Ao contrário dos nazistas que tornaram a vida difícil para os ricos e para os privilegiados, ao mesmo tempo em que proporcionavam programas sociais para a classe trabalhadora e para os pobres, o totalitarismo invertido explora os pobres, reduzindo ou enfraquecendo os programas de saúde e os serviços sociais, fomentando uma educação de massa para uma mão-de-obra insegura, constantemente ameaçada pela importação de trabalhadores com baixos salários. (...) O emprego em uma economia de alta tecnologia, volátil e globalizada, é normalmente tão precário quanto durante uma depressão do velho tipo. O resultado é que a cidadania, ou o que resta dela, é praticada em meio a um estado de preocupação contínuo. Hobbes tinha razão: quando os cidadãos estão inseguros e se encontram, ao mesmo tempo, impulsionados por aspirações competitivas, eles

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

anseiam por estabilidade política ao invés de engajamento cívico, querem proteção e não envolvimento político”.⁷⁷

O autor então fala de “ditadura disfarçada”, narrando que desde que aqueles que se opõe permaneçam impotentes, o totalitarismo invertido sempre evitará as medidas violentas de controle, já que a mídia corporativa faz o papel de uniformização da opinião pública, sempre com respostas mensuráveis.

E, neste ponto, adentra na problemática das eleições. Eleições periódicas significam uma verdadeira democracia? O dinheiro substitui o voto?

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a leitura e análise da questão ligada aos regimes totalitários, é possível concluir que, não obstante o advento da democratização do direito, ainda hoje existem países com governos autoritários.

Ainda que por um momento pareça distante e voltem à memória os efeitos nefastos da Alemanha nazista ou da Rússia stalinista, levando-se em consideração a existência de um aparelho burocrático altamente desenvolvido e de uma estrutura administrativa complexa a serviço do Estado – e não a serviço do indivíduo e da Sociedade; somados à cultura enraizada não nas relações sociais (e sim de relações entre indivíduo e Estado), e à forte intervenção econômica, denota-se que a democracia pode ser sim considerada totalitária.

Demonstrou-se que a crise democrática foi estendida também aos países avançados, baseado na constatação da dominação das grandes corporações, que então fazem com que a economia se sobreponha à política, coordenando como um todo a atividade estatal.

Especificamente com relação ao Brasil, se analisados os critérios chave do *The Economist* para que o país seja considerado uma democracia plena (processo eleitoral e pluralismo, funcionamento do governo, participação política, cultura política, e liberdades civis), tem-se que a classificação é de democracia defeituosa, principalmente em decorrência da reduzida participação social nas políticas estatais adotadas.

Por fim, indo mais adiante, e levando em consideração o cenário atual, são permitidas reflexões importantes no sentido de que, a perspectiva do Brasil é de se tornar um governo mais autoritário ou mais democrático? Como mensurar os princípios democráticos? Dados os critérios de pontuação, existem controles suficientes sobre o nosso governo? Sob o prisma da

⁷⁷ Hedges, Chris – **Sheldon Wolin and inverted totalitarianism**. Truthdig: 2/11/2015. Disponível em: <https://aterraedredonda.com.br/sobre-o-totalitarismo-invertido/#_ednrefl>. Acesso em: 09 set. 2020.

cultura política, a sociedade demonstra capacidade de se mostrar coesa em relação aos valores da democracia, e apoiar os valores da democracia?

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. (1949). Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ARENDT, Hannah. O Movimento Totalitário. In: Origens do totalitarismo. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. Parte III, Cap. 2. p. 390-438.

BIGNOTTO, Newton. Totalitarismo e liberdade no pensamento de Hannah Arendt. In: MORAES, Eduardo Jardim de, BIGNOTTO, Newton. (Org.). Hannah Arendt: diálogos, reflexões, memórias. Belo Horizonte: UFMG, 2001 apud MATTEDI, Milton Carlos Rocha. Liberdade e totalitarismo: os movimentos totalitários modernos e o estado de exceção como seu instrumento. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano 8, n. 10, p. 395-417, jun. 2007. Disponível em: <http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista10/Discute/MiltonCarlos.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

CAVALCANTI, Themistocles et al. Estado totalitário e estado autoritário. Mesa redonda realizada em 17 set. 1976. Revista Ciência Política, v. 20, n. 1, p. 85-117, jan./mar. 1977. Disponível em: <file:///C:/Users/PCHOME/Downloads/59728-126415-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

CHASIN, J. Sobre o conceito de totalitarismo. Verinotio – revista on-line de filosofia e ciências humanas, n. 15, ano 8, p. 15-21, abr. 2013. Disponível em: <http://www.verinotio.org/conteudo/0.18115063214781754.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

DEUTSCHE WELLE. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/60-anos-ap%C3%B3s-a-independ%C3%A2ncia-que-liberdade-existe-no-chade/a-54522341>. Acesso em: 08 set. 2020.

DEUTSCHE WELLE. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/liga-denuncia-asfixia-deliberada-de-44-detidos-no-chade/a-54228865>. Acesso em: 09 set. 2020.

GONÇALVES, Acrísio Luiz; LIMA, Andréa Moreira. Interpretações do totalitarismo: Hannah Arendt e Friedrich-Brzezinski. Revista Clareira, v. 4, n. 1-2, p. 68-83, jan./dez. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/PCHOME/Downloads/106-655-1-PB.pdf>. Acesso em: 3 set. 2020.

HEDGES, Chris. Sheldon Wolin and inverted totalitarianism. Truthdig: 2/11/2015. Disponível em: https://aterraeredonda.com.br/sobre-o-totalitarismo-invertido/#_ednref1. Acesso em: 09 set. 2020.

KITCHEN, Martin. Fascism. Houndmills, Basingstoke, Hampshire, London: Macmillan Publishers LTD, 1985. (Original publicado em 1976).

MATTEDI, Milton Carlos Rocha. Liberdade e totalitarismo: os movimentos totalitários modernos e o estado de exceção como seu instrumento. Revista da Faculdade de Direito de Campos, ano 8, n. 10, p. 395-417, jun. 2007. Disponível em:

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

<http://www.uniflu.edu.br/arquivos/Revistas/Revista10/Discute/MiltonCarlos.pdf>. Acesso em: 1º set. 2020.

MICHAELIS ON LINE. Disponível em:

<<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=totalit%C3%A1rio>>. Acesso em: 15 dez. 2020.

NEUMANN, Franz. Estado democrático e estado autoritário. Rio de Janeiro: Zahar Editores, p. 268-270, 1969 apud CHASIN, J. Sobre o conceito de totalitarismo. Verinotio – revista on-line de filosofia e ciências humanas, n. 15, ano 8, p. 15-21, abr. 2013. Disponível em: <http://www.verinotio.org/conteudo/0.18115063214781754.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2020.

PIRES, Felipe Augusto Mariano. Hannah Arendt e o totalitarismo como forma de governo apoiada na rale e nas massas. Investigação Filosófica, Macapá, v. 11, n. 1, p. 39-56, 2020. Disponível em:

<https://periodicos.unifap.br/index.php/investigacaofilosofica>. Acesso em: 3 set. 2020.

STOPPINO, Mario. Totalitarismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. (Eds.). Dicionário de política. 11. ed. Brasília: Universidade de Brasília, p. 1247-1259, 1998.

SURVIVAL BRASIL. Disponível em: <<https://www.survivalbrasil.org/povos/africacentral>>. Acesso em: 08 set. 2020.

TRAVERSO, Enzo. El Totalitarismo. Uso y abuso de un concepto. In: FORCADELL, Carlos; SABIO, Alberto. (Eds.). Las Escalas del pasado. CONGRESO DE HISTORIA LOCAL DE ARAGON, 4. Instituto de Estudios Altoaragoneses, p. 99-110, 2005.

A TUTELA DOS DIREITOS COLETIVOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

Adriane Garcel⁷⁸
Jenyfer Michele Pinheiro Leal⁷⁹
José Laurindo de Souza Netto⁸⁰

1. INTRODUÇÃO

De que modo é factível a outorga plena e efetiva do acesso à justiça no âmago de um Estado que detém graves e sérias falhas estruturais e na qual os recursos humanos, financeiros e econômicos são limitados?

Como é possível garantir a proteção concreta e real dos direitos do cidadão num contexto em que o Poder Judiciário está sobrecarregado de demandas das mais variadas espécies? De que maneira se revela tangível o alcance da tutela de direitos, no plano da eficácia e celeridade, através do processo judicial?

Eis algumas das questões que permeiam as discussões afetas a efetividade do poder jurisdicional.

Está-se diante de um dilema quase incontrastável. Ao mesmo tempo em que se busca a tangibilidade do direito constitucional de acesso à justiça, seja através da reestruturação do sistema judiciário, da criação de novos mecanismos de tutela de direitos, do aperfeiçoamento de legislações e desburocratização de procedimentos, por outro lado, tenta-se reduzir o quantitativo, a numerosidade dos processos judiciais, seja por meio da implementação de critérios com o fim de realizar a filtragem das ações, da imposição de condições para apreciação de sua admissibilidade ou até mesmo da inserção de regras no ordenamento jurídico com o escopo de afunilar a competência dos órgãos.

⁷⁸ Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Cidadania no Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Pós-graduada em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Escola da Magistratura do Trabalho – EMATRA/UNIBRASIL. Pós-graduada em Ministério Público - Estado Democrático de Direito pela Escola do Ministério Público - FEMPAR/UNIVERSIDADE POSITIVO. Graduada em Letras e Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná. Assessora Jurídica do TJPR, Mediadora Judicial e Professora de Ciência Política e Teoria Geral do Estado. EMAIL adriane.garcel@tjpr.jus.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5096-9982> LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3684019694966209>

⁷⁹ Advogada. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Anhanguera (LFG). Pós-Graduada em Direito Tributário pela Unifitec. E-mail: jenyfer_direito@outlook.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1532-1707>. Lattes: 57965212726 97187.

⁸⁰ Doutor e Mestre em Direito pela UFPR. Professor no Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Desembargador e Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Presidente do Conselho de Presidentes dos Tribunais de Justiça Estaduais – CONSEPRE.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A despeito disso, do que não se duvida é que num Estado, que se afirme isonômico e democrático, o acesso à justiça não deve compor um mero cenário de aspiração, mas sim um retrato da moldura fática de sua realidade. E isso, com certeza, não é uma tarefa simples.

Conferir esse acesso não é simplesmente prevê-lo na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional. É sim, muito além disso, colocar à disposição da sociedade ferramentas que amparem seus direitos e confirmem soluções aos seus problemas e angústias de ordem jurídica.

E o primeiro passo para o alcance dessa pretensão é, seguramente, a previsão legislativa. Faz-se necessário criar no ordenamento jurídico diversos instrumentos que visem a proteção de direitos. A legislação é, na maioria das vezes, a base estrutural dessa salvaguarda. Não é por outra razão que, a cada instante, leis são criadas e outras são alteradas com o intuito de aperfeiçoar ou, de forma mais simples, “melhorar” esse acesso à ordem jurídica justa.

O exemplo mais latente disso é a proposta, que está na pauta da agenda política do País, de criação de um Código de Processo Constitucional. Fruto do desejo de sistematização e consolidação do regime jurídico aplicável ao processamento e julgamento de ações de índole constitucional – tais como o mandado de segurança, habeas data, mandado de injunção e daquelas oriundas do controle abstrato de constitucionalidade, dentre outras –, está imbuído do precípua escopo de conferir segurança jurídica ao ordenamento, através da uniformidade, racionalidade e potencialização das normas de proteção aos direitos fundamentais individuais e coletivos e aos procedimentos de defesa da Constituição.

É indubitável, nesse trilhar, a quão inovadora é esta proposta: traz em si uma carga considerável de prospecção, dado que a edição de um código desse jaez espelha, de forma salutar, as conquistas já galgadas pelos direitos humanos no que concerne a garantia e efetividade.

Por corolário, a tutela dos direitos coletivos é enaltecida, pois, a falta de sistematização e de unificação de regras que lhe sejam aplicáveis, acaba sendo, muitas das vezes, um entrave para a sua proteção, deixando-os a mercê de provimentos jurisdicionais para sagrar-lhes defesa e aplicabilidade prática.

O código espelhará, portanto, em seu cerne o reflexo da conquista paulatina de concretização do acesso à justiça no que toca aos direitos de natureza transindividual.

2. AS NUANCES DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE ACESSO À JUSTIÇA

Falar desse exímio direito, que é o acesso à justiça, parece algo fácil. De forma simples, poderia se dizer que ele se trata de um direito com previsão na Constituição Federal e que visa, basicamente, assegurar que o cidadão tenha acesso ao Poder Judiciário.

Essa visão, de certo modo, não está errada, contudo não perpassa, nem de longe, à proximidade dos debates e entraves que giram em torno dele ou até mesmo do que ele representa. O acesso à justiça não mais se confunde com o acesso ao Poder Judiciário, eis que este é apenas uma via daquele.

A expressão “acesso a Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas 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. A premissa básica é a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 9).

Nesse aspecto, importa salientar, inicialmente, que o acesso à justiça representa um direito fundamental previsto no texto constitucional, um direito humano no plano internacional e, para muitos, uma norma-princípio. Mas, indiferentemente da definição que se dá a ele, tem-se, como mais importante, aquilo que dele se permite extrair.

Sua previsão constitucional objetiva, em essência, assegurar que a sociedade tenha, em mãos, ferramentas hábeis a resolução de seus conflitos e, ao seu dispor, meios pelos quais possam fazer valer seus direitos, resguardando-os de eventuais atos lesivos praticados pelo Estado ou por particulares.

Deste modo, a conotação que se deve atribuir à expressão é aquela ligada a uma noção substancial que retrate o acesso a uma ordem política, social e econômica justa, na qual o indivíduo tenha, à sua disposição, instrumentos eficazes à concretização de direitos e solução de litígios.

Assim, sob a acepção axiológica de justiça, o acesso à lei não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual (CESAR, 2002, p. 49). O acesso à justiça assegura o exercício dos direitos e garantias dos cidadãos, conferindo-lhes proteção em caso de violação.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A partir dessas elucubrações, pode-se notar o quão relevante é esse direito. A sua previsão revela, como não poderia deixar de ser, uma própria face do Estado Democrático de Direito, dado que de nada adiantaria afirmar-se como tal se não tivesse sob seus auspícios meios para assegurar a proteção da coletividade.

Mas, enfim, o que é necessário para que o Estado possa declarar que oferece acesso à justiça? É incontestável que não basta, unicamente, tê-lo previsto em um dispositivo legislativo ou disponibilizar algumas estruturas para atender esse acesso, tampouco meramente afirmá-lo se ele não for, deveras, efetivo. Para tanto, é preciso que o Estado coloque à disposição da sociedade mecanismos judiciais e extrajudiciais, eficientes, céleres, enérgicos e capazes de dar respostas aos reclamos dos administrados.

Não é à toa que o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11/12).

Ocorre que o contexto social, em razão dos mais variados fatores – tais como a deficiência estrutural do Poder Judiciário, os obstáculos de caráter econômico-financeiro e administrativo, a burocratização exacerbada do processo formal, à profusa judicialização de litígios e a complexidade das demandas – conspira em desfavor de um efetivo acesso à Justiça.

Isso é notório. Basta observar o acúmulo de um número infindável de processos, que evidenciam o explícito desequilíbrio entre a demanda por decisões judiciais e a capacidade para proferi-las; a morosidade no trâmite processual e no desfecho dos casos; o desgaste psicológico das partes e o vultoso custo econômico para o Estado e para os litigantes.

Este é um paradoxo: muito se lutou para que o direito de acesso à justiça fosse efetivo, mas, ao mesmo tempo em que isso foi se concretizando, houve uma eclosão de demandas judiciais.

Transparece, nesse cenário, que a instituição de um código que sistematize o processo constitucional, especialmente no que concerne aos direitos coletivos, exprime uma conquista expressiva e inigualável. Isto porque a tutela coletiva resolve, molecularmente e com maior celeridade, os conflitos sociais. Além disso, evita decisões contraditórias e desburocratiza o acesso ao Poder Judiciário.

A relevância que o circunda reclama, portanto, que suas particularidades sejam atentamente observadas.

3. O PROCESSO COLETIVO: UMA VERTENTE DE ACESSO À JUSTIÇA

A internacionalização das relações comerciais, o surgimento de novas ferramentas de comunicação, o aumento tremendo na velocidade de troca de informações, a modernização e a inovação tecnológica, a desenfreada integração política, cultural e econômica entre os países, a intensificação dos riscos ambientais e o consumismo em larga escala faz com que as relações sociais se tornem, a cada dia, mais complexas.

Questões relacionadas à poluição atmosférica, ao vertiginoso desmatamento de florestas, a degradação ambiental, a economia de mercado cegamente voltada ao lucro, a publicidade enganosa, a violação voluntária de garantias do consumidor, entre outros fenômenos que, ocorrem diariamente, e afetam a população em massa enunciam que a clássica concepção do processo, identificado como método de solução de litígios de ordem subjetiva, acaba não sendo suficiente para outorgar a proteção necessária aos direitos sociais e fundamentais da coletividade.

O novel formato social das interações humanas fez com que conflitos de massa se tornassem algo recorrente. São inúmeros casos em que uma isolada conduta ou omissão culmina na lesão ou ameaça de lesão a direitos de um incontável número de pessoas, gerando, assim, o famigerado dano coletivo. Tal fenômeno faz transparecer que muitos dos litígios que urgem no seio da sociedade não são um mero átomo, mas, sim, a composição de uma forma molecular.

Assim, ao passo em que a complexidade dos conflitos se agigantam, se torna incontestável o fato de que a intervenção e o controle ordinário dos órgãos públicos, através dos métodos tradicionais, não é capaz de defender tais interesses da forma que eles realmente merecem, reclamando, portanto, a edição e o aperfeiçoamento de instrumentos jurídicos.

Tal cenário foi revelando, aos poucos, que era preciso reestruturar o processo para que ele fosse capaz de oferecer respostas aos desafios e as exigências insurgentes da nova era. Era necessário elastecer a legitimação ativa, despojando-se de vínculos estritamente individualistas, para admitir que grupos ou entidades pudessem atuar em representação de interesses transindividuais, assim como conferir um novo, e mais objetivo, contorno a coisa julgada com o fim de ampliar os efeitos para todos os membros de um grupo, ainda que sem a sua manifestação.

Estes são apenas alguns dos principais pontos que reclamaram transformação para adaptar-se a nova realidade. A necessidade de aplacar lesões que transcendem interesses individuais, ou seja, direitos cuja titularidade excede o indivíduo singularmente considerado,

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

fez com que o processo judicial cedesse lugar, ou melhor, abrisse espaço para a tutela coletiva.

Sob esse aspecto, giza-se que o processo coletivo é um importante instrumento de efetivação do acesso à justiça, dado que permite que um grupo de pessoas tenha, ao seu alcance, de uma só vez e através de um único processo, a tutela jurisdicional. Sobremaneira, não se pode negar os seus benefícios: numa só oportunidade o Judiciário tem a chance de prover a solução de um litígio de massa e conferir proteção a direito de um número significativo de pessoas.

Nesse cariz, importa sublinhar que não raras vezes, nos casos que envolvem violações a direitos em “massa”, o indivíduo lesado encontra-se numa posição inoportuna para buscar a tutela de seu direito, seja porque a lesão pode ser subjetivamente diminuta ou limitada a ponto de motivá-lo a procurar a defesa do seu interesse, seja por não conhecer os seus direitos ou, então, em virtude dos significativos custos com despesas processuais e honorários advocatícios que podem chegar a superar o eventual resultado da demanda.

Nessa guisa, o acesso à justiça é deveras efetivado, sobretudo em causas que envolvam somas relativamente pequenas. Isto porque se tais litígios tiverem de ser resolvidos através de um processo judicial ocorrerá um entrave abissal, dado que os custos relativos à demanda podem, na maioria das vezes, exceder o objeto da controvérsia ou, senão, consumir o conteúdo do pedido ao ponto de tornar a ação em uma futilidade.

Por outro lado, se estas lesões ou ameaças de lesões forem observadas sob a ótica coletiva, o interesse em proteger os direitos eventualmente ofendidos pode exsurgir dada a sua proporção, relevância social e extensão.

Para além disso, as ações coletivas são, inigualáveis, no que concerne ao quesito economia processual, pois elas permitem que, através de um só processo, situações de diferentes indivíduos sejam resolvidas, por meio de uma resposta uniforme. Esse fator faz com que tanto a molecularização de processos judiciais quanto decisões contraditórias sejam evitadas, conferindo, assim, maior segurança jurídica ao sistema, credibilidade ao Poder Judiciário e igualdade entre os jurisdicionados.

4. SISTEMATIZAÇÃO E UNIFICAÇÃO DE NORMAS NO PROCESSO COLETIVO

Os interesses ou direitos metaindividuais, também denominados difusos e coletivos, supraindividuais, sobreindividuais, transindividuais, superindividuais ou coletivos *lato sensu*, são aqueles cuja titularidade extrapola a esfera jurídica de um único indivíduo para atingir

uma coletividade de pessoas. Há, no ordenamento jurídico três espécies de direitos ou interesses: os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, tais institutos se revelam imbuídos de características distintas as quais serão, detalhadamente, exploradas nesse artigo.

Tais conceitos são extraídos do próprio Código de Defesa do Consumidor. O texto normativo prevê que interesses ou direitos difusos (transindividuais), de natureza indivisível, são aqueles de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, I, CDC). Um grande exemplo que elucida tal conceito é a publicidade enganosa - um anúncio que induz o consumidor a erro na qual um fornecedor objetiva vender produto ou prestar um serviço que não atenda as expectativas deixadas pela propaganda. A simples veiculação da campanha publicitária enganosa é o suficiente para que todos os consumidores, potencialmente expostos a campanha, componha a coletividade afrontada pela violação cometida pelo fornecedor. Notável que é a circunstância de fato que reunirá os consumidores coletivamente, diante da conduta do fornecedor de anunciar a propaganda enganosa.

De outro vértice, interesses ou direitos coletivos são os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II, CDC). Tal relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo “*affectio societatis*” (v.g. médicos inscritos no CRM) ou pela sua ligação com a parte oposta (v.g. contribuintes de um determinado imposto).

A forma mais simples de visualizar a diferença entre essas duas relações jurídicas de direito material é imaginando que, solucionada a crise jurídica envolvendo o grupo, classe ou categoria de pessoas, essa unidade entre elas continuará a existir, porque a relação jurídica base existente entre elas não se confunde com aquela relação jurídica resolvida em juízo (NEVES, 2020, p. 164). Tanto o direito difuso quanto o direito coletivo são considerados direitos essencialmente coletivos, mas há uma diferença crucial - no direito difuso o titular do direito é a coletividade e no direito coletivo é uma comunidade, determinada por um grupo, classe ou categoria de pessoas.

Por fim, interesses ou direitos individuais homogêneos, também denominado como direito acidentalmente coletivos (BARBOSA MOREIRA, 1984, p. 195/196), são os decorrentes de origem comum (art. 81, II, CDC), isto é, os direitos individuais homogêneos se caracterizam por serem um feixe de direitos subjetivos individuais, marcados pela nota da divisibilidade, de que é titular uma comunidade de pessoas indeterminadas, mas determináveis, cuja origem está em alegações de questões comuns de fato ou de direito (GIDI, 1995, p. 30). Noutros termos, são direitos individuais de massa, mas que se distinguem do

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

direito individual, pois existe uma circunstância de fato comum que atinge uma proporção de indivíduos de maneira semelhante e uniforme. Exemplo disso é o abatimento proporcional de mercadoria no caso de produto adquirido com vício de um mesmo lote (a ligação entre eles não decorre de uma relação jurídica, mas sim, do fato de terem adquirido o mesmo produto com vício) ou, ainda, familiares que buscam reparação indenizatória contra a companhia aérea diante de acidente aéreo, pois poderão ajuizar tanta demanda individual quanto coletivamente.

Observa-se que os direitos homogêneos são, por esta via exclusivamente pragmática, transformados em estruturas moleculares, não como fruto de uma indivisibilidade inerente ou natural (interesses e direitos públicos e difusos) ou da organização ou existência de uma relação jurídica-base (interesses coletivos *stricto sensu*), mas por razões de facilitação de acesso à justiça, pela priorização da eficiência e da economia processuais (ZAVASCKI, 2017, p. 40).

A partir de incipientes manifestações em legislações esparsas, como a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.072/1990), tais direitos transindividuais foram paulatinamente trilhando um caminho no sentido de seu reconhecimento. No Brasil, a sua incorporação operou-se definitivamente com a Constituição Federal de 1988. Até o advento do texto constitucional de 1988, malgrado houvesse alguns dispositivos constitucionais que por via reflexa sinalizavam para a necessidade de tutela de direitos transindividuais, ainda se mantinha a rígida e anacrônica distinção entre direito público e privado e o garantismo individual. Somente com a Constituição brasileira de 1988, os direitos metaindividuais alcançaram assento constitucional, juntamente com os mecanismos de tutela jurisdicional. Formando-se um verdadeiro microssistema de proteção desses direitos.

Em breve retrospecto, trilha-se uma linha cronológica que revela a evolução histórica do processo coletivo, passando pelas principais tentativas de Codificação - Código Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América; Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual, Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e Projeto de Lei nº 5.139/2009 (Lei das Ações Coletivas), o qual reconduz a estrutura normativa disposta no microssistema coletivo a um único corpo legal, buscando assentar as principais lições doutrinárias e jurisprudenciais colhidas nesse ínterim de chancela coletiva brasileira.

O microssistema de tutela coletiva busca, como não poderia deixar de ser, a resolução de conflitos fragmentários e de massa, por meio de ações moleculares, cujas normas, regras, princípios e instituições são totalmente diversos do processo individual.

À vista disso, vê-se que a consolidação e unificação de normas, princípios, instrumentos e entendimentos jurisprudenciais que tratam da tutela coletiva em um só ordenamento, aproximando o sistema da tutela aos preceitos encartados na Constituição, é de suma importância para a proteção coletiva.

Nesse sentido, é preciso esforços conjuntos do Poder Público – do Legislativo para que tome medidas adequadas para reunir os mais diversos diplomas legais em um só a fim de facilitar a proteção – e, do Poder Judiciário para que promova medidas para tratar as demandas que chegam até o Judiciário de forma adequada, célere e estratégica, pois para haja efetividade do processo é necessário à admissão ao processo (ingresso em juízo), ou seja, a abertura dos esquemas clássicos da legitimação ativa, passando-se a falar em representantes adequados da coletividade; o modo de ser do instituto da coisa julgada e das suas particularidades inerentes ao processo coletivo; a justiça das decisões, participação efetiva do magistrado, que deverá ter conhecimento da realidade sócio político econômica do país; e a utilidade das decisões que visa à efetividade do processo coletivo (CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, 2001, p. 34-35).

O Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) vem ganhando destaque nesse aspecto. Recentemente, criou o Centro de Inteligência do Poder Judiciário (CIPJPR) com a finalidade precípua de identificar e promover o tratamento adequado das demandas estratégicas e repetitivas e de massa no âmbito da Justiça do Estado, através da Resolução nº 295 do Órgão Especial.

Em breve retrospecto acerca da incumbência da CIPJPR vê-se que, além de buscar prevenir o ajuizamento de demandas repetitivas ou de massa a partir da identificação das causas geradoras do litígio em âmbito nacional, com a possível autocomposição ou encaminhamento de solução na seara administrativa é, também, emitir notas técnicas referentes às demandas repetitivas ou de massa para recomendar a uniformização de procedimentos administrativos e jurisdicionais e o aperfeiçoamento da legislação sobre a controvérsia; propor estudos sobre as causas e consequências do excesso de litigiosidade na Justiça Estadual; articular políticas e ações de mediação e conciliação institucional ou interinstitucional, inclusive envolvendo segmentos distintos do Poder Judiciário quando se tratar dos mesmos litigantes ou dos mesmos fatos, dentre outras atribuições.

Estes são apenas alguns dos exemplos das iniciativas do Poder Público atrelado à tutela coletiva.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido, é sim, para muito além disso, é um sistema que assegura o exercício dos direitos e garantias dos cidadãos, conferindo-lhes proteção em caso de violação. Sua previsão na Constituição pretende assegurar que a sociedade tenha ferramentas hábeis a resolução de seus conflitos e meios pelos quais possam fazer valer seus direitos, a fim de resguardar eventuais atos lesivos.

Giza-se que o processo coletivo é um importante instrumento de efetivação do acesso à justiça, pois permite que uma coletividade de pessoas tenha ao seu alcance a tutela jurisdicional de uma só vez.

As violações que ocorrem em relação a direitos em “massa”, a despeito de terem se transmutado em um fenômeno ordinário da complexa sociedade contemporânea, necessita de um amparo mais acentuado e um novo comportamento advindo do Poder Público com a sistematização e reunião das legislações que tratam acerca da proteção de direitos e interesses coletivos e, a par disso, com criação de mecanismos efetivos aptos a tutelar os direitos lesados, aplicando-se celeridade na análise desses conflitos e segurança jurídica nas decisões judiciais.

A iniciativa da Câmara Legislativa em reunir uma comissão de juristas para avaliar a sistematização de normas de processo constitucional é de fundamental valia, pois refletirá a conquista incessante de concretização do acesso à justiça no que toca aos direitos de natureza transindividual.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. Temas de direito processual. 3ª série. São Paulo: Editora Saraiva, 1984.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Portal da Presidência da República do Brasil. Brasília: DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Dispõe sobre a Ação Popular. Senado Federal. Brasília. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Dispõe sobre a Ação Civil Pública. Senado Federal. Brasília. Acesso em: 29 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Acesso em 29.06.2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Resolução nº 295 do Órgão Especial, de 14 de junho de 2021, publicada em 24 de junho de 2021. Institui o Centro de Inteligência do Poder Judiciário do Paraná e dá outras providências. Disponível em <https://www.tjpr.jus.br/legislacao-atos-normativos/-/atos/documento/4630411>. Acesso em: 28 jun. 2021.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CESAR, Alexandre. Acesso à justiça e cidadania. Cuiabá: Editora UFMT, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Editora LTr, 1995.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de processo coletivo: volume único - 4 ed., rev., atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL (IA) E A AUSÊNCIA DE PERSONALIDADE JURÍDICA

Gabriela de Menezes Barroso⁸¹
Marília Mendonça Moraes Sant'Anna⁸²
José Eduardo de Santana Macêdo⁸³

1. INTRODUÇÃO

A inovação tecnológica, apresentada pela mídia como uma utopia desde década de 60, citada no seriado *The Jetsons*, teve seu conceito evoluído na sociedade com uma contínua imersão tecnológica.

Anteriormente, as pessoas acreditavam ser irreal um mundo no qual utilizando-se de softwares e internet, pode-se pedir comida (*delivery*), transporte (*Uber*), ou ainda lembrar de tarefas específicas ou itens da lista de compras por agentes artificiais como a Alexa da Amazon, ou Siri da Apple. Além disso, o próprio conceito de um telefone móvel ser de extrema importância para o bem-estar de um indivíduo parecia fantasioso.

Contudo, a sensação de utopia foi substituída pelo hábito. Atualmente, usa-se *GPS* ou *Uber* para locomoção, o *Whatsapp* para solucionar questões pessoais bem como profissionais. A inteligência artificial automatiza todo sistema elétrico de uma casa como o controle à distância do ar-condicionado, da iluminação, dos eletrodomésticos, auxilia na dirigibilidade e manutenção dos automóveis, além de auxiliar na vida profissional.

Todavia, quem será responsabilizado caso se utilizar o GPS, este lhe direcione para um endereço no qual acabe infringindo sua integridade física? Quem sanará os danos cometidos por um agente artificial que forneça informações inapropriadas ou até mesmo perigosas à um menor?

Dito isto, verifica-se que a inovação e a imersão tecnológica surgiram mais rapidamente do que a sociedade conseguiu criar meios preventivos ou reparatórios das suas problemáticas. As pessoas naturais e jurídicas, atualmente dependentes da tecnologia, sofrem danos por agentes artificiais e desconhecem como prosseguir para seu futuro ressarcimento ou ainda, proteção na prevenção do mesmo.

⁸¹ Graduanda em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT/AJU). Email: gm.barroso500@gmail.com

⁸² Doutora pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe (UFS/AJU). Email: marilia.mendonca@souunit.com.br

⁸³ Doutor em Direito Político e Econômico pela UPM - Universidade Presbiteriana Mackenzie (SP). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (CE). Bacharel em Direito pela UFS - Universidade Federal de Sergipe (SE). Email: eduardomacedo.msc@hotmail.com

Portanto, utilizando de pesquisa bibliográfica nacional e internacional, este trabalho visa solver a problemática quanto a ausência de reparação por danos cometidos por meio da personificação do agente artificial, assim como a criação de fundos securitários.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A tecnologia, ressignificada na Terceira Revolução Industrial, norteou inovações tecnológicas no ramo das comunicações, como o telégrafo e o rádio, concomitantemente ao acréscimo no estímulo de pesquisas no ramo tecnológico, como a criação da lâmpada por Thomas Edison. Contudo, foi em meados da Segunda Guerra Mundial que se iniciou o investimento e interesse por tecnologia avançada.

Em 1943, Warren McCulloch e Walter Pitts publicaram o trabalho “*A Logical Calculus of the Ideas Immanent in Nervous Activity*”, onde discutiam a noção de uma rede de neurônios artificiais objetivando a execução de funções lógicas. Este marco foi o início da teoria do *neural networks* (redes neurais), que posteriormente viria a se tornar o impulso para o desenvolvimento do *deep learning* (aprendizado profundo).

Em seguida surgiu a 1ª Geração de Computadores, como o Z3 e o Colossus. Nos anos seguintes de 1955 a 1965, a 2ª Geração dos Computadores, que se caracterizou pela criação do *microchip*, que inovou os computadores pré-existentes e foi o precursor dos estudos voltados à informática.

Neste âmbito de inovações, Alan Turing (1950) revolucionou a concepção da inteligência presente numa máquina, ao introduzir na sua obra “*Computing Machinery and Intelligence*” a dúvida quanto a capacidade de uma máquina “pensar” e não apenas imitar o que lhe foi anteriormente apresentado. Utilizando-se de um método denominado de “*Imitation Game*” (Jogo da Imitação), criou um teste com a possibilidade de determinar a capacidade interpretativa e de discernimento de uma máquina, averiguando se esta conseguiria conversar de maneira complexa com humanos, sem que estes conseguissem a identificar como agente artificial. De acordo com Bartneck et al. (2020), o “*Turing Test*” (Teste Turing), foi um marco que definiu as limitações da inteligência de uma máquina e as traduziu como agentes que atuam para a concretização de objetivos específicos.

Contudo, apenas em 1956, na Conferência de Dartmouth, o termo “Inteligência Artificial” (IA) foi apresentado. John McCarthy foi a primeira pessoa a utilizar o termo “inteligência artificial” para definir a capacidade de uma máquina simular a habilidade de pensar, assim como Marvin Minsky, Claude Shannon, Nathan Rochester e outros dez

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

cientistas, criaram o “*Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*”, conhecido como marco inaugural da IA como projeto de pesquisa.

Entretanto, nos anos subsequentes à Conferência de Dartmouth, o campo de estudo da IA passou por um exponencial crescimento com financiamentos abundantes, seguidos por um período de recessão (denominados de “*Ai winters*”), devido a impossibilidade de resolver os problemas propostos com o nível tecnológico da época. Apesar da decepção trazida pela impossibilidade de concretizar seus objetivos com a tecnologia da época, esse período foi de extrema importância para o desenvolvimento da IA como conhecemos hoje, podendo citar a contribuição realizada por Arthur Samuel, em 1959, ao criar o termo “*machine learning*” (aprendizado de máquina) para se referir a maneira como programou seu computador para se aperfeiçoar no jogo de damas; e a criação da ELIZA, em 1966, por Joseph Wizenbaum, no qual consistia no primeiro protótipo de *chatbot* existente.

Futuramente, em meados de 1980, surgiram os sistemas especialistas, possuindo essa nomenclatura por utilizar uma base de dados introduzida por um especialista da área visando solucionar demandas específicas (*domain specific areas*); contudo, devido ao preço elevado de uma máquina que oferecia poucas funções, juntamente com a dificuldade de inserir manualmente conhecimento de experts, os sistemas especialistas logo foram ofuscados pelos seus sucessores mais desenvolvidos. Com a transição do mundo analógico para o digital e a criação de conceitos como o *Big Data* e IoT (*Internet of Things*), marcou-se o período de maior evolução da IA no âmbito de *machine learning* (aprendizado da máquina), desenvolvendo então o *deep learning* (aprendizado profundo) e consolidando o início da era que o fundador e presidente executivo do Fórum Econômico Mundial, Klaus Schwab (2016), denominou de “Quarta Revolução Industrial”.

3. IA: CONCEITOS, ESPÉCIES E SUAS PROBLEMÁTICAS

Apesar de não haver consenso quanto ao conceito de IA, sua concepção vem se modificando com o passar dos anos.

Em 1950, Alan Turing introduziu a definição de “máquina-criança”, dando ênfase ao aprendizado da máquina como um ponto essencial à sua inteligência; ou seja, a IA deveria ser capaz de agir em prol da conclusão do seu objetivo, e durante o processo, possuir a capacidade de aprender, adaptar e se auto aprimorar.

Objetivando categorizar os diferentes tipos de IA, John Searle (1980), no seu livro “*Minds, Brains and Science*” foi um dos pioneiros em diferenciar os tipos de capacidade intelectual de uma máquina. No seu experimento do “Argumento do Quarto Chinês” (*Chinese*

Room Argument), institui os conceitos de “*Weak Ai*” (IA fraca) e “*Strong Ai*” (IA forte), sendo respectivamente a inteligência artificial que apenas reproduz dados previamente introduzidos, e a inteligência artificial que possui uma maior complexidade algorítmica capaz de solucionar demandas mais complexas.

Em seu livro “*Artificial Intelligence: A Modern Approach*”, Russell e Norvig (2010), apresentaram quatro categorias de caracterização da inteligência de um agente artificial: *devendo agir humanamente*, baseando-se pela aprovação da IA no *Turing Test*; *pensar humanamente*, porém, ainda é um âmbito complexo pela ausência de determinações sobre o pensamento humano; *pensar racionalmente*, baseando suas decisões em comportamentos envoltos de lógica; e *agir racionalmente*, ou seja, a IA deve ser capaz de alcançar o resultado da problemática apresentada, ou em situações extraordinárias, o melhor resultado possível no caso concreto. Contudo, vale ressaltar que atualmente as categorias de “agir como humano” e “pensar como um humano” são infrutíferas, pois, além de não haver uma IA que fora capaz de passar no *Turing Test*, não há consenso quanto o que é em seu âmago “pensar como um humano”.

Ademais, Fabiano Hartmann Peixoto e Roberta Zumblick Martins da Silva (2019) definem que para a IA operar, necessita de uma base algorítmica e abordagens de treinamento. Sua base algorítmica, também conhecida como método instrucional, pode se dar por *machine learning* (aprendizado de máquina) ou *deep learning* (aprendizado profundo), havendo divergência devido ao fato do *deep learning* possuir um conjunto de algoritmos mais complexos para auxiliar as IA nas suas tomadas de decisão, como os *neural networks* (redes neurais) e as *decision tree* (árvores de decisão). Além disso, os juristas elucidam que as abordagens de treinamento podem se dar de modo supervisionado, quando a máquina é treinada baseando-se apenas em dados previamente introduzidos, e as não supervisionadas, quando a máquina possui a autonomia de usar os dados inseridos, para buscar soluções que não foram programadas previamente.

Outrossim, Lopes (2021) atesta a existência de outros dois métodos, denominados de semi supervisionado, no qual a IA ainda utiliza poucos dados previamente introduzidos, e o aprendizado por reforço, no qual há a presença de um sistema representativo de recompensa para o agente artificial.

Com o crescente desenvolvimento tecnológico e a integração da sociedade com o meio digital, a procura por agentes inteligentes autônomos capazes de solucionar problemáticas de maneiras inovadoras, utilizando um grande banco de dados introduzido pelo *Big Data*, se amplificou. Sua aplicação trouxe avanços tecnológicos à diversos âmbitos na sociedade, como

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

na saúde, auxiliando no diagnóstico personalizado feito por uma base de dados genéticos específicos de cada paciente, assim como também na telemedicina, na prevenção de doenças, pesquisa e auxílio burocrático; no ramo de serviços, com a implementação de agentes artificiais no nosso dia a dia, como a Siri da Apple e a Alexa da Amazon; na educação, com a ampliação das plataformas de estudo online; no âmbito da administração pública, com a implementação da polícia preditiva; e ainda, na seara jurídica, com a implementação da decisão automatizada.

Porém, o que são agentes autônomos?

No âmbito da conceituação da IA autônoma, Silva (2004) elucida que um agente autônomo consiste naquele que atua sem intervenção de outrem, devendo possuir como características: execução autônoma; comunicação com outros agentes; e monitoramento do seu andamento e do ambiente no qual executa seu objetivo. Entretanto, Chopra e White (2011) ampliam esse conceito classificando os agentes autônomos como softwares que excedem em alguma dessas características: capacidade de operar independentemente de outrem; exercem controle autônomo sobre suas ações e estados internos; capacidade social de interação com humanos ou outros agentes artificiais; capacidade de agir almejando um objetivo específico; capacidade de perceber um ambiente e se adaptar conforme; capacidade de se ajustar conforme os hábitos e preferências dos usuários ou outros agentes; capacidade de movimento, tanto no ambiente virtual quanto no físico; representatividade, podendo vir a ser representante ou intermediário de outro agente.

Em síntese, o agente autônomo é aquele que atua na tomada de decisão sem interferência de outro agente, possuindo a capacidade de aprender com os erros e se adaptar, visando a conclusão de um objetivo específico, porém, sendo hábil em aprimorar a maneira como irá concluir tal finalidade.

Entretanto, apesar dos avanços e benefício trazidos à sociedade, há também de se falar nos possíveis riscos que estes agentes oferecem. Lopes (2021) traduz essas problemáticas em: Imprevisibilidade; consistindo na probabilidade do agente apresentar um comportamento irregular ou imprevisto, podendo advir de erro humano em algumas das etapas da programação, ou ainda, pela própria capacidade de aprendizado do agente, sendo capaz de se adaptar e surgir com soluções inovadoras; ininteligibilidade, devido a ausência de clareza quanto aos dados utilizados no aprendizado de uma máquina e ao modo no qual a IA utiliza para solucionar problemáticas, muitas das vezes utilizando métodos complexos, como o *deep learning*, não sendo possível rastrear qual foi o dado danoso ou onde ocorreu o lapso na programação, ademais, caso o dano tenha ocorrido devido a própria autonomia da máquina, se

utilizando da *database* para apresentar resultados imprevisíveis, também é inviável se fazer o mapeamento para solucionar o por que desse resultado ou qual dado fez a IA chegar nessa conclusão.

4. RESPONSABILIDADE E SOLUÇÕES

De acordo com Mafalda Miranda Barbosa (2021, p. 273), simultaneamente ao aumento da autonomia da inteligência artificial, desenvolveu-se também a capacidade de aprender com base em experiência e com isto, tomarem decisões embasadas em um aprendizado gradativo.

Diante desta concepção, as problemáticas como imprevisibilidade e ininteligibilidade criaram seus exemplos práticos, como a preferência da plataforma LinkedIn ao oferecer nomes masculinos invés dos femininos na sua aba de busca, dado em vista a preferência dos seus próprios utilizadores; ou ainda, no âmbito da culpabilização dos próprios agentes de proteção de dados, como ocorreu na problemática do Tik Tok, na qual os seus desenvolvedores deram preferência de visualização a uma determinada classe de pessoas, surgindo então uma programação com viés discriminatório. Contudo, diante disto, gera-se a dúvida se o nosso atual método de imputação de responsabilidade é útil para demandas cometidas por agentes artificiais.

A “culpa”, elemento essencial para a aplicação da responsabilidade subjetiva, têm sua previsão na definição de “ato ilícito”, presente no art. 186, do Código Civil de 2002, no qual define que o indivíduo que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Ademais, o art. 927, trás em seu *caput* que “aquele que por ato ilícito, causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo”, se complementando com seu parágrafo único, no qual se refere a existência da responsabilização com ausência de culpa do agente, configurada como responsabilidade objetiva.

Visando solver essa problemática de maneira especializada, o Brasil sancionou em 2021, a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), tendo como alicerce os princípios e recomendações da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), sendo estes: desenvolvimento inclusivo, sustentável e focando no bem estar; IA devendo ser programada de acordo com os direitos humanos, valores sociais e democráticos, além de estar de acordo com o Estado de Direito e programar salvaguardas em caso de necessidade de intervenção humana; obrigação de transparência e explicabilidade dos responsáveis pelo sistema artificial; e obrigatoriedade de oferecer uma IA robusta e segura

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

durante o ciclo da sua vida, com necessidade de avaliações de risco e gerenciamento contínuos.

No âmbito da responsabilização, a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), trouxe inovações normativas, como a criação dos “agentes de tratamento de dados”, na figura do controlador, a pessoa natural ou jurídica, que incumbe decisões referentes ao tratamento dos dados, e ao operador, responsável pelo tratamento em nome do controlador. De acordo com o princípio da transparência, o titular deve estar ciente do objetivo por trás da coleta dos seus dados, para que possa usufruir do direito de autodeterminação normativa, previsto no art. 2º, II, da LGPD, consistindo na competência de escolher quais dados poderão ser utilizados e os limites para esta utilização. Além disso, configurando que os dados foram manuseados por um agente autônomo e que acabou gerando um desfecho prejudicial ao titular dos dados, ele possui o “direito de revisão de decisão automatizada”, previsto no art. 20º da LGPD.

No entanto, a responsabilização fática prevista na lei também carrega a “culpa” como seu elemento, cabendo ao controlador ou ao operador a responsabilidade apenas nos danos ocorridos com a violação da legislação, ou no caso do operador, também com a desobediência das instruções lícitas do controlador. Vale ressaltar ainda, a possibilidade da responsabilização solidária entre os agentes, e exclusão de responsabilidade nos casos em que: os agentes de tratamento não realizaram o tratamento dos dados pessoais; realizaram o tratamento, porém não houve violação à legislação; e o dano advindo de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiros.

Todavia, é imprescindível afirmar que a imputação da responsabilidade trazida pela LGPD não oferece uma proteção ampla, já que não engloba os casos nos quais o dano ocorre por delimitação de uma IA autônoma, sem haver intervenção humana, e estando de acordo com os preceitos normativos e o princípio da prestação de contas (*accountability*) presentes na EBIA.

5. PERSONALIDADE ELETRÔNICA E FUNDO SECURITÁRIO

Personalidade configura-se como um atributo jurídico que concede à um indivíduo a capacidade para exercer direitos e obrigações (GOMES, 2001).

De acordo com Maria Helena Diniz (2017), o termo “personalidade” advém da acepção jurídica do termo “pessoa”, consistindo no ente físico ou jurídico passível de direito e obrigações, tendo a “capacidade” como a manifestação do alcance do seu poderio, ou seja, o parâmetro utilizado para determinar se preenche os requisitos para o indivíduo “agir por si”.

Contudo, a “personalidade” atualmente não é mais uma característica exclusiva do ser humano ou da entidade jurídica, sendo um setor que ao acompanhar o desenvolvimento social e suas inovações, também se modificou para adequar as demandas sociais, como o recente reconhecimento dos animais como uma personalidade *sui generis*, garantindo-lhes proteção jurisdicional e direitos ligados ao seu reconhecimento como seres sencientes, porém, não se igualando a capacidade atribuída aos humanos.

No âmbito de atribuição da personalidade aos entes artificiais, há um contínuo debate sobre os benefícios e os riscos advindos do seu reconhecimento. No decorrer da sua história, o princípio da busca pelo benefício humano introduzido por Russel e Norvig (2009), nortearia teorias como o reconhecimento da IA como agente capaz de atuar como representante legal apto a contrair direitos e obrigações em prol de outrem (SOLUM,1992), e a presença da autonomia e capacidade de responsabilização da IA forte (*Strong Ai*) como características que viabilizam a criação de uma entidade digital (KURKI,2019).

Contudo, em contrapartida ao desenvolvimento de uma personalidade digital capaz de solver a problemática dos danos irreparáveis, isto é, danos sofridos pelos usuários no qual não há de se falar de responsabilidade para com a empresa detentora da IA, seus agentes de proteção de dados, ou ainda, dos “agentes de inteligência artificial”, de acordo com a PL nº 21 de 2020, há também convicções contrárias à criação desta entidade personalizada.

De acordo com Tomas e Vinicius Filho (2018), devido a IA se tratar de uma inteligência lógico-matemática e não possuir intelecto emocional, torna-se complexo sua aplicabilidade para agir em prol dos direitos fundamentais e humanos, frequentemente apresentando conflitos quando se exige do agente artificial uma percepção racional da situação. Utilizando-se como exemplo o aplicativo de GPS, que ao indicar um caminho ao motorista, não averigua se irá passar por locais que possam ferir a integridade física ou moral do indivíduo. Para solucionar os possíveis danos advindos de responsabilidade civil, o jurista elenca o art. 12 do Código de Defesa do Consumidor, categorizado como responsabilidade objetiva do produtor, fabricante, construtor e importador defeitos advindos do produto eletrônico. Todavia, a própria aplicabilidade do artigo para responsabilização dos danos advindos da inteligência artificial possui suas limitações previstas nos incisos do parágrafo 3º, constatando que ao comprovar que não colocou o produto no mercado, que o defeito inexistia ao colocá-lo, e que a culpa advém do consumidor ou terceiro, não haverá responsabilidade perante o fabricante, construtor, produtor ou importador. Consequentemente, a possibilidade da criação de uma entidade eletrônica para solucionar as demandas de ausência de responsabilidade se tornou mais evidente em 2017, na “*Civil Law of Robotics*” apresentada

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

pelo Parlamento Europeu, no qual também trouxe em seu texto a possibilidade da criação de “seguros”, com natureza de fundo compensatório semelhante a utilizada nos automóveis.

Diante dessa possibilidade, Mafalda Miranda Barbosa (2021, p. 283) elucida sugere a criação de um fundo comum, financiado apenas pelos usuários da determinada tecnologia, que compensariam as vítimas quando emergisse um dano, sendo intrinsecamente ligado à responsabilidade objetiva, não se discutindo a existência da culpa do agente eletrônico, apenas compensando as partes prejudicadas por um risco assegurado. Ademais, a jurista também cita como possível solução a personificação dos entes dotados de inteligência artificial.

A responsabilidade, característica inerente dos seres inteligentes, fica correlacionado ao nível de inteligência do agente artificial, ou seja, somente devendo ser aplicada nos casos em que a IA se provar verdadeiramente inteligente, garantindo assim uma a criação de uma personalidade *sui generis* à IA, embasada pela criação de um fundo securitário, que os usuários da tecnologia possam utilizar caso ocorra dano que enseje reparação.

“Tais fundos não devem substituir totalmente a responsabilidade” (BARBOSA, Mafalda, p. 290, 2021).

Diante disso, é válido ressaltar que a aplicação do fundo securitário deve se fazer por meio de alternativas nas quais indenizem o agente pelo dano causado, assim como imputem a responsabilidade ao agente eletrônico.

Por conseguinte, essas alternativas são definidas como: “Responsabilidade baseada num específico risco” ou “responsabilidade baseada num **risco geral**”, tendo sua diferenciação vinculada a diversos fatores, como o modo do seu aprendizado, e a complexidade da sua programação.

Buscando uma solvência ampla desta problemática, Henrique Souza Antunes (2019) definiu o entendimento de que os conteúdos digitais obtidos também interferem direta ou indiretamente com outros conteúdos digitais adquiridos pelo utilizador anteriormente, como programas previamente instalados. Consequentemente, sendo viável a aplicação de fundo securitário e um posterior ressarcimento de danos puramente patrimoniais, advindos de produtos defeituosos ou da destruição ou deterioração de dados em virtude de defeito no software que os gerou.

Afinal, de acordo com Mafalda Barbosa (2021, pg. 290), os fundos de compensação devem ser acionados na presença de um dano, não sendo relevante a determinação do agente causador.

6. CONCLUSÃO

Apesar da desnecessidade da atribuição de culpa para a concretização do ressarcimento por fundo securitário, há de se ressaltar que nem todos os fundos cobrem os mesmos danos, havendo a possibilidade de cobertura apenas de danos patrimoniais vinculados ao mal funcionamento do produto adquirido. Desta forma, surge a possibilidade da criação de um fundo específico, intrínseco ao reconhecimento do agente artificial como um causador de danos por agir autonomamente, consequentemente lhe imputando uma personalidade *sui generis* para ser responsabilizado.

Outrossim, caso não haja a vinculação ao fundo securitário, a reparação do dano ocorrido ficará ligada a necessidade de descobrir o causador do dano, para posteriormente haver reparação. Contudo, caso este dano não ocorra em função dos desenvolvedores ou agentes de proteção de dados, cria-se uma lacuna na seara da responsabilização.

Vale ressaltar que a personificação do agente artificial tem a natureza de uma nomenclatura *sui generis*, se diferenciando da personalidade *sui generis* dos animais domésticos, como seres sencientes, possuindo direitos e não obrigações. A personalidade atribuída a IA deverá possuir obrigações, sem a atribuição de direitos, já que apesar de não possuímos pacificação sobre o que é “pensar humanamente”, há um consenso quanto ao fato de que a máquina age de acordo com sua programação e mesmo quando se desenvolve por estímulo próprio, é inviável lhe atribuírem direitos intrínsecos a existência de emoções.

Por conseguinte, se conclui que para solver a demanda da ausência de responsabilização, a personificação da IA deverá ser aplicada concomitantemente com a criação dos fundos securitários, não devendo serem tratados como meios de responsabilização distintos e sim, meios que se utilizados conjuntamente, se completam e atingem a criação de um tipo jurídico específico, assim como a reparação do dano buscado pelo agente prejudicado.

REFERÊNCIAS

ALABALL, Josep V. *et alii*. Telemedicine in the face of the COVID-19 Pandemic. In: Science Direct. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0212656720301268> . Acesso em: 25 de julho, 2021

ALMEIDA, Paulo S. de. Indústria 4.0: Princípio Básicos, Aplicabilidade e Implantação na Área Industrial. São Paulo: Érica, 2019.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

BARBOSA, Mafalda M. Responsabilidade Civil pelos Danos Causados por Entes Dotados de Inteligência Artificial. In: BARBOSA, Mafalda M. et al. Direito e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa. São Paulo: Foco, 2021, p. 271-306.

BARROSO, Gabriela de M. Inteligência Artificial e Ausência de Responsabilidade Jurídica. In: KARPOWICZ, Débora Soares et al. Temas Específicos de Direitos Humanos e Fundamentais. Rio de Janeiro: Pembroke Collins, 2021, p. 527-546.

BARTNECK, Christoph. *et alii*. An Introduction to Ethics in Robotics and AI. Cham: Springer, 2020.

BBC News. Alexa tells 10-year-old girl to touch live plug with penny. In: BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-59810383> . Acesso em: 18 de fevereiro, 2022.

BINDLE, Sam; Ribeiro, Paulo V.; DIAS, Tatiana. Invisible Censorship: TikTok Moderators to Suppress Posts by “Ugly” People and the Poor to Attract New Users. In: The Intercept. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/03/16/tiktok-app-moderators-users-discrimination/> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

BRASIL. Código Civil: Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 3 ed. São Paulo: Edipro, 2019.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. Portaria GM nº 4.617, de 6 de abril de 2021. Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos, 2021.

BRASIL. Projeto de Lei nº 21, de 4 de abril de 2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1853928 . Acesso em: 12 de outubro, 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, Lei Geral de Proteção dos Dados Pessoais (LGPD), 2018.

BURANYI, Stephen. Rise of the racist robots: How AI is learning all our worst impulses. In: The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/inequality/2017/aug/08/rise-of-the-racist-robots-how-ai-is-learning-all-our-worst-impulses> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

BHASKAR, Sonu *et alii*. Designing Futuristic Telemedicine Using Artificial Intelligence and Robotics in the Covid-19 Era. In: NCBI. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7667043/pdf/fpubh-08-556789.pdf> . Acesso em: 25 de julho, 2021.

CAPANEMA, Walter A. A responsabilidade Civil na Lei Geral de Proteção de Dados. In: TJSP. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/ii_6_a_responsabilidade_civil.pdf?d=637250347559005712 . Acesso em: 29 de julho, 2021.

CERUZZI, Paul E. A history of modern computing. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2003.

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 17

COLE, David. The Chinese Room Argument. In: The Stanford Encyclopedia of Philosophy Archive. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/chinese-room/>. Acesso em: 27 de julho, 2021.

CHOPRA, Samir; WHITE, Laurence F. A Legal Theory for Autonomous Artificial Agents. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2011.

CRIDDLE, Cristina. Facebook sued over Cambridge Analytica data scandal. In: BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-54722362> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

DAY, Matt. How LinkedIn's search engine may reflect a gender bias. In: The Seattle Times. Disponível em: <https://www.seattletimes.com/business/microsoft/how-linkedins-search-engine-may-reflect-a-bias/> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

DINIZ, Maria H. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

European Parliament. Civil Law Rules on Robotics, de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html . Acesso em: 12 de outubro, 2021.

FOX, Chris. TikTok admits restricting some LGBT hashtags. In: BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-54102575> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas B. Direito e Inteligência Artificial: Em Defesa do Humano. Belo Horizonte: Forum, 2020.

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GOZES, Ophir. *et alii*. Rapid AI Development Cycle for the Coronavirus (COVID-19) Pandemic: Initial Results for Automated Detection & Patient Monitoring using Deep Learning CT Image Analysis. In: Arxiv . Disponível em: <https://arxiv.org/pdf/2003.05037.pdf>. Acesso em: 24 de julho, 2021.

G20 Ministerial Statement on Trade and Digital Economy. OECD: Better Policies for better lives, 2021.

HERN, Alex. Google's solution to accidental algorithmic racism: ban gorillas. In: The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/jan/12/google-racism-ban-gorilla-black-people> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

HUNT, Elle. Tay, Microsoft's AI chatbot, gets a crash course in racism from Twitter. In: The Guardian. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/mar/24/tay-microsofts-ai-chatbot-gets-a-crash-course-in-racism-from-twitter> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

ISRANI, Ellora T. When an Algorithm Helps Send You to Prison. In: New York Times, Disponível em: <https://www.nytimes.com/2017/10/26/opinion/algorithm-compas-sentencing-bias.html> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

JÚNIOR, José Luiz de M. F. A Evolução da Inteligência Artificial em Breve Retrospectiva. In: BARBOSA, Mafalda M. et al. Direito e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa. São Paulo: Foco, 2021, p. 31-70.

KELION, Leo. TikTok suppressed disabled user's videos. In: BBC News. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/technology-50645345> . Acesso em: 6 de agosto, 2021.

KONDU, Shohini. Referenciais para uma discussão sobre ética na IA e Direito. In: PEIXOTO, Fabiano H. Inteligência Artificial e Direito: Convergência Ética e Estratégica. Curitiba: Alteridade, 2020.

KURKI, Visa Aj. A Theory of Legal Personhood. Oxford: Oxford University Press, 2019.

LAGE, Fernanda de C. Manual de Inteligência Artificial: No Direito Brasileiro. Salvador: JusPodivm, 2021.

LIMA, Cíntia Rosa P. de; OLIVEIRA, Cristina G. B. de; RUIZ, Evandro Eduardo S. Inteligência Artificial e Personalidade Jurídica: Aspectos Controvertidos. In: BARBOSA, Mafalda M. et al. Direito e Inteligência Artificial: Diálogos entre Brasil e Europa. São Paulo: Foco, 2021, p. 204-229.

LOPES, Giovana F. P. Inteligência Artificial: Considerações sobre personalidade, agência e responsabilidade civil. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

MCCARTHY, John. Artificial Intelligence, Logic and Formalizing Common Sense. In: CiteSeerX. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.47.169&rep=rep1&type=pdf> . Acesso em: 25 de julho, 2021.

MCCARTHY, John. What is Artificial Intelligence? In: Stanford University. Disponível em: <http://www-formal.stanford.edu/jmc/whatisai.pdf> . Acesso em: 25 de julho, 2021.

MCCULLOCH, Warren S.; PITTS, Walter. A Logical Calculus of the Ideas Immanent in Nervous Activity. In: Carnegie Mellon University: School of Computer Science. Disponível em: <https://www.cs.cmu.edu/~/epxing/Class/10715/reading/McCulloch.and.Pitts.pdf> . Acesso em: 26 de julho, 2021.

OECD: Better Policies for better lives. OECD Principles on Ai. In: OECD. Disponível em: <https://www.oecd.org/going-digital/ai/principles/> . Acesso em: 27 de julho, 2021.

PEIXOTO, Fabiano H.; Silva, Roberta Z. M. da. Inteligência Artificial e Direito. 1 ed. Curitiba: Alteridade, 2019.

PEIXOTO, Fabiano H. Direito e Inteligência Artificial: Referenciais Básicos. In: Dr IA. Disponível em:

https://drive.google.com/file/d/1eqeHvPfT_4OnBMnXUkCFYxcCRcbp_Hr2/view . Acesso em: 27 de julho, 2021.

POLONSKI, Vyacheslav. Mitigation Algorithmic bias in predictive justice: 4 design Principles for AI fairness: Algorithms are being used to convict criminals and decide jail time. In: Towards Data Science. Disponível em: <https://towardsdatascience.com/mitigating-algorithmic-bias-in-predictive-justice-ux-design-principles-for-ai-fairness-machine-learning-d2227ce28099> . Acesso em: 27 de julho, 2021.

RUSSELL, Stuart; NORVIG, Peter. Artificial Intelligence: A Modern Approach. In: Calvin University. Disponível em: <https://cs.calvin.edu/courses/cs/344/kvlinden/resources/AIMA-3rd-edition.pdf> . Acesso em: 26 de julho, 2021.

SAMUEL, Arthur L. Some Studies in Machine Learning Using the Game of Checkers. In: University of Virginia: Computer Science. Disponível em: <http://www.cs.virginia.edu/~evans/greatworks/samuel1959.pdf> . Acesso em: 26 de julho, 2021.

SANTOS, Junieber R. dos. A proteção aos animais no Brasil: objetos ou sujeitos de direitos? In: DireitoNet. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11446/A-protecao-aos-animais-no-Brasil-objetos-ou-sujeitos-de-direitos> . Acesso em: 16 de agosto, 2021.

SEARLE, John. Minds, Brains and Science. Cambridge: Harvard University Press, 1984.

SOUSA, Henrique Antunes. Responsabilidade civil do produtor: os danos ressarcíveis na era digital. In: Revista de Direito da Responsabilidade. Disponível em: <https://revistadireitoresponsabilidade.pt/2019/responsabilidade-civil-do-produtor-os-danos-ressarciveis-na-era-digital-henrique-sousa-antunes/> . Acesso em: 11 de janeiro, 2022.

SOLUM, Lawrence B. Legal Personhood for Artificial Intelligences. In: UNC School of Law. Disponível em: https://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol70/iss4/4/?utm_source=scholarship.law.unc.edu%2Fnlclr%2Fvol70%2Fiss4%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages . Acesso em: 17 de agosto, 2021

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2019.

TOMASEVINICIUS FILHO, Eduardo. Inteligência Artificial e Direitos da Personalidade: Uma contradição em termos? In: Revista da Faculdade de Direito da USP. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156553> . Acesso em: 17 de agosto, 2021.

TORRES, Beatriz G. The True Father of Artificial Intelligence. In: Open Mind BBVA. Disponível em: <https://www.bbvaopenmind.com/en/technology/artificial-intelligence/the-true-father-of-artificial-intelligence/> . Acesso em: 25 de julho, 2021.

TURING, Alan. Computing Machinery and Intelligence. In: Princeton. Disponível em: <https://www.cs.princeton.edu/~chazelle/courses/BIB/turing-intelligence.pdf> . Acesso em: 24 de julho, 2021.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

TITO, Joel. Destination Unknown: Exploring the Impact of Artificial Intelligence on Government. In: Centre for Public Impact. Disponível em: <https://www.centreforpublicimpact.org/assets/documents/Destination-Unknown-AI-and-government.pdf> . Acesso em: 27 de julho, 2021.

REALIZAÇÃO:

Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania Unicuritiba

Coordenação Erasmus do Departamento de Direito, Economia e Ciências Humanas da Universidade Mediterranea de Reggio Calabria

Mediterranea International Centre for Human Rights Research

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Comissão da Prevenção da Corrupção no Instituto Politécnico do Cavado e do Ave (IPCA)

Research Centre for Justice and Governance (IPCA)

Apoio:

